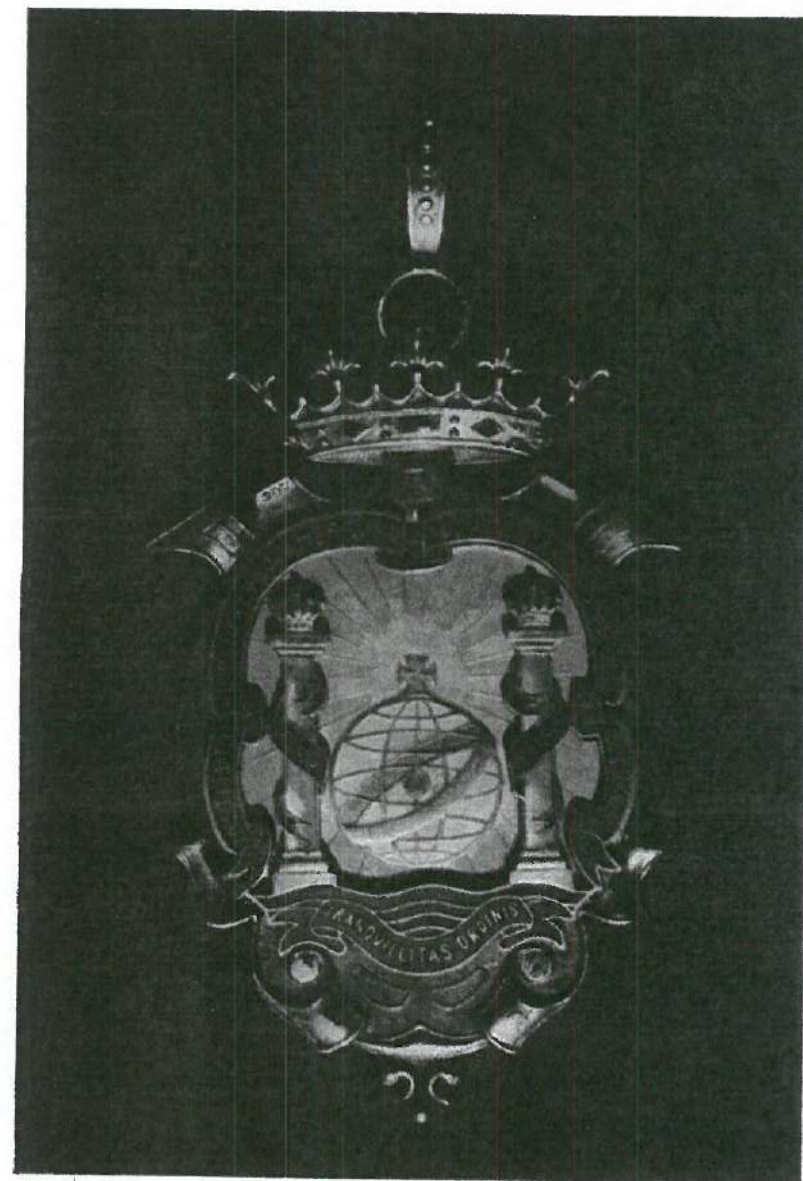


I.S.B.N.:84-505-0087-8
Depósito legal:M-33.214-1979

Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional



ANUARIO
HISPANO-LUSO-AMERICANO
DE
DERECHO INTERNACIONAL



9

1991

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, Colegio Universitario "MARIA CRISTINA" - 28200 SAN LORENZO DE EL ESCORIAL (Madrid, España).

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
PRESENTACION.....	9
PONENCIAS	11
<i>Ilícitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa</i> , por Miguel Angel Espeche Gil	13
<i>Comunicaciones por satélites</i> , por Manuel Augusto Ferrer	39
<i>La equidad en Derecho Internacional Público: aspectos actuales</i> , por José Juste Ruiz	85
<i>La lucha y la cooperación internacional contra el terrorismo</i> , por José Pérez Montero	141
ESTUDIOS	233
<i>Los derechos de la Humanidad en el sistema jurídico internacional</i> , por Aldo Armando Cocca	235
<i>Perspectiva actual del Derecho Internacional Privado puertorriqueño</i> , por Antonio Fernós	287
<i>Una nueva etapa del Derecho Aeronáutico</i> , por Enrique Mapelli	297
<i>Fortaleciendo el Asilo Diplomático</i> , por Alfredo Martínez Moreno	323
<i>El primer caso de intervención ante la Corte Internacional</i> , por Alejandro Montiel Argüello	333

<i>El principio de no intervención en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia</i> , por Ernesto J. Rey Caro	339
<i>El sobrevuelo por los estrechos utilizados para la navegación internacional</i> , por José A. de Yturriaga Barberán	359
NOTICIAS DE LIBROS	423
NOTICIARIO DEL IHLADI	443
<i>Cuadro de Honor del IHLADI</i>	445
<i>Consejo Directivo del IHLADI</i>	449
<i>In Memoriam:</i>	
– <i>Yolanda Frías Sánchez (1941-1989)</i> , México, por Prometeo Cerezo de Diego	453
– <i>Luis Sela Sampil (1899-1990)</i> , España, por José Pérez Montero	457
<i>Breve crónica del XV Congreso del IHLADI</i>	459
<i>Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XV Congreso del IHLADI</i>	469

PRESENTACION

Continuando con la práctica seguida en la publicación de los volúmenes anteriores de este Anuario, se presenta ahora el número IX, correspondiente al XV Congreso celebrado durante los días 24 al 28 de abril de 1989 en la histórica y hospitalaria ciudad de Santo Domingo de la República Dominicana, "tierra - según palabras del Magfco. y Excmo. Sr. Rector de la Universidad Iberoamericana, Dr. Jorge A. Hazoury Bahlés - en donde se organizó la epopeya española y sirvió de escenario al encuentro cultural hace ya casi quinientos años".

Se incluyen en estas páginas el texto íntegro de las Ponencias que fueron debatidas en dicha reunión, así como las propuestas de Conclusiones presentadas por los ponentes. Junto con las Ponencias se incorporan por orden alfabético una serie de Estudios elaborados por Miembros y Asociados del IHLADI. A todos ellos, ponentes y colaboradores, les expresamos nuestro agradecimiento en nombre del Instituto.

Finaliza el volumen con una sección de Noticias de libros y un Noticiario con una breve crónica del XV Congreso, las Conclusiones aprobadas sobre las Ponencias y otros Acuerdos del XV Congreso del IHLADI.

P.C.

PONENCIAS
DEL XV CONGRESO DEL IHLADI

ILICITUD DEL ALZA UNILATERAL DE LOS INTERESES DE LA DEUDA EXTERNA

Miguel Angel ESPECHE GIL
Miembro del IHLADI

I. Introducción

La deuda externa

Es uno de los problemas contemporáneos que más aflige a los llamados países en desarrollo. Originariamente económico, ha sido abordado desde distintos planos de la realidad y los países acreedores de — consuno con la declarada aspiración de los países deudores (1) — finalmente han admitido su planteamiento político global. Ahora reconocen que dicho problema también requiere soluciones políticas.

El "Plan BAKER" y el "Plan BRADY" de la nueva administración estadounidense, así como numerosas declaraciones (por ejemplo, el Presidente de Francia, Francois MITTERRAND ha afirmado que el tema constituye "la amenaza más urgente que pesa sobre la humanidad" (2) y actitudes de gobiernos europeos occidentales, no desdénan aludir a los aspectos políticos de la cuestión: las relaciones Norte-Sur, las trabas al progreso del comercio internacional, la degradación del nivel de vida de los países afectados, el desempleo, la salubridad — mortalidad infantil — y el plexo de situaciones derivadas de la falta de inversión y del freno al crecimiento económico que en definitiva conspiran contra la supervivencia del sistema democrático.

Desde la óptica de los países desarrollados al tema se lo relaciona principalmente con la necesidad de que los países deudores ordenen sus economías, modernizando sus estructuras estatales, racionalizando el gasto público y evitando el despilfarro de recursos; la Santa Sede lo ha profundizado en el marco de los principios éticos que deben guiar a la comunidad internacional.

(1) "Compromiso de Acapulco para la paz, el desarrollo y la democracia". Acapulco, 29 de noviembre de 1987.

(2) Associated Press, 24 de marzo de 1989.

II. a) El alza unilateral de las tasas de interés y sus consecuencias.

b) La desvalorización de los títulos de la deuda externa.

a) El alza unilateral de las tasas de interés y sus consecuencias.

Entre los múltiples trabajos publicados al respecto sobresale, por lo descriptivo y por la autoridad intelectual de su autor, un artículo reciente (3) del Dr. Henry KISSINGER. En él, el ex-secretario de Estado expresa:

...«El problema, evidentemente, es de solvencia: algunos países deben más de lo que pueden llegar a devolver. Los programas de ajustes temporarios de 1982 se han convertido en la austeridad aparentemente permanente de 1988. Desde fines de 1982 América Latina ha pagado alrededor de 235.000 millones de dólares en intereses, pero su endeudamiento se ha incrementado en 50.000 millones de dólares. América Latina, una región subdesarrollada, se ha convertido en un exportador neto de capital, lo cual constituye una situación insostenible e injusta.»

"Esta 'impase' se agudiza porque los puntos de vista de los Estados Unidos y de América Latina sobre el problema de la deuda son casi diametralmente opuestos: la discusión entre ellos suele ser un diálogo de sordos. Por eso es tan esencial un nuevo enfoque."

«El punto de vista predominante en el gobierno estadounidense y los principales bancos sigue negando que exista una emergencia. Se citan los esquemas de reducción de la deuda de México, del Brasil y de Chile, la refinanciación sobre varios años para el Brasil, Venezuela y México y el préstamo multimillonario al Brasil como pruebas de que el proceso funciona. Se alega que las experiencias de casi bancarrota del Brasil y del Perú han enseñado a los

(3) "Bush y la deuda latinoamericana", Los Angeles Times Syndicate. "Clarín", Buenos Aires, 8 de febrero de 1989.

países latinoamericanos la futilidad de no cumplir con los pagos de intereses. Se obtiene consuelo de los superávits comerciales de México, la Argentina y el Brasil y del papel cada vez más importante que desempeña el Banco Mundial. El estancamiento, al parecer permanente, y la inflación desbocada de América Latina se atribuyen a la falta de determinación para aplicar las reformas.»

«Los países latinoamericanos y casi todos sus dirigentes están exasperados por este enfoque técnico. Para ellos el nivel de vida en marcada declinación no significa un progreso potencial sino una catástrofe política segura. El colapso de los salarios reales en casi toda América Latina —según el nuevo presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari, en su país cayeron un 50%— significa un desastre interno. Ningún gobierno democrático puede soportar la prolongada austeridad y los recortes de los servicios sociales exigidos por las instituciones internacionales. En todos los países latinoamericanos, la élite política se ha convencido de que el sistema actual de manejo de la deuda externa se ha vuelto políticamente insostenible.»

«Ambas partes tienen razón. Desde un punto de vista estrictamente económico, la perspectiva estadounidense es válida. Desde un punto de vista político, la argumentación latinoamericana es convincente.»

«Afortunadamente ambas partes aprendieron mucho en estos seis años de manejar la crisis de la deuda. Los bancos estadounidenses han entendido a grandes rasgos que el problema tiene un componente político. La mayoría de ellos ha llegado al límite de lo que las instituciones con fines de lucro pueden absorber reduciendo sus márgenes de ganancias y creando reservas por incobrables. En general se han mostrado creativos en el diseño de esquemas financieros para aliviar la carga de la deuda. Lo que no harán voluntariamente será perdonar la deuda o aceptar un descuento al valor del mercado sobre la masa de los créditos pendientes. Temen que así se establezca un grave precedente que pueda perjudicar su capacidad de préstamo y en consecuencia causar una crisis financiera global. Prefieren verse obligados por el gobierno de los Estados Unidos a aceptar pérdidas, con la teoría de que entonces

el gobierno estaría en la obligación de aliviar sus cargas, aunque sólo fuera mediante exenciones impositivas»...

...«El elemento clave de esta solución será una redistribución de la carga de la deuda — tanto capital como intereses — entre los deudores, los bancos y los gobiernos. Los bancos no pueden soportar solos toda la carga. Es inevitable una participación del gobierno estadounidense. Pero a éste no le interesa comprometerse en promover una cesación de pagos por etapas y su contribución sólo puede justificarse sobre la base de que promueva el crecimiento y la democracia latinoamericanos y de una relación más cooperativa dentro del hemisferio occidental»...

Una descripción actualizada de la cuestión de los intereses se encuentra en el trabajo de Alan STOGA (4) basado en el informe de la CEPAL (5) que diseña, junto con el proceso histórico de la formación de la deuda, la incidencia de los intereses en su creciente configuración.

El meollo del problema es, pues, el alza de los intereses de la deuda decidida de modo unilateral por los acreedores. Ello ha dado como resultado que, lejos de disminuir, el monto de lo adeudado aumente constantemente, no obstante los pagos efectuados, impidiendo el desarrollo y comprometiendo el bienestar de los países deudores.

b) La desvalorización de los títulos de la deuda externa.

En forma paralela al enfoque realizado surge otro elemento a manejar: la notable desvalorización de los títulos de deuda externa en el llamado mercado negro, en el que los papeles negociables valen por lo que de ellos se espera y no por su valor facial.

De acuerdo con cálculos elaborados por "Salomon Brothers", en papeles de conversión de junio 1988 hasta el mes

(4) STOGA, Alan: "The International Economy", enero-febrero, 1989.

(5) CEPAL: "Balance Preliminar de la Economía Latinoamericana en 1988".

de febrero próximo pasado dicha desvalorización habría sido la siguiente:

	Caída porcentual	Valor actual U.S.\$
Brasil	44%	29,25
Venezuela	38%	34,25
México	31%	35,75
Argentina	30%	18,25
Chile	0	58,50

El surgimiento de ese mercado echa por tierra el fundamento lógico de los acuerdos con vistas al pago integral de los intereses.

Mientras un país deudor accede a abonar diez centavos de intereses por dólar en la ventanilla del banco acreedor, en la del banco vecino los papeles de un dólar se están vendiendo a mitad de precio.

Según el periódico "American Banker" el año pasado el Chase Manhattan vendió 1.000 millones de dólares de sus papeles del Tercer Mundo a una cotización de 65 centavos por dólar. Por su lado, el City Bank vendió 1.600 millones a 75 centavos por dólar.

A comienzos de febrero de este año el Subsecretario del Tesoro de los Estados Unidos, David MULFORD citó la actividad de dicho mercado como prueba de la necesidad de arribar a una reducción formal de la deuda del Tercer Mundo.

El 8 de marzo de 1989, en el curso de una entrevista el Gobernador del Estado de San Pablo, Brasil, Dr. Orestes QUERCIA, al responder sobre el tema "deuda externa", señaló: (6)

...«en el mercado internacional, un título de deuda brasileña que valía 100 dólares, por ejemplo, puede ser adquirido por 35 y, a veces, hasta por menos. Eso quiere

(6) Traducción libre del portugués.

decir que el propio mercado financiero sabe que la deuda brasileña, que es superior a 120 mil millones de dólares, no vale esa cantidad. El mercado busca adecuarse a la realidad, aceptando hacer negocio. Es verdad que no todas las parcelas de la deuda pueden negociarse de esa forma, pero el simple hecho de que haya negociaciones sobre esas bases indica que hay algo equivocado con la deuda. El error consiste en negociar el pago de los intereses fingiendo que debemos 120 mil millones de dólares. O sea: pagamos intereses sobre toda esa deuda, una carga gigantesca que sacrifica al país, cuando todo el mundo sabe que no vale eso. Lo que es preciso es encarar la deuda sobre su valor real y buscar una solución a partir de ahí».

Habría que ver si esa asunción de la realidad, que es la disminución del valor de los títulos en el mercado de valores, coincide, "grosso modo", con el valor que tendrían hoy las deudas de haberse continuado cobrando los niveles de intereses entendidos como normales hasta que comenzó la crisis deflagrada por los aumentos unilaterales.

III. El alza unilateral de las tasas de interés ante el derecho internacional.

a) La ilicitud del alza.

El agravamiento a escala mundial de la situación suscita en los juristas de los países que atraviesan esta dura prueba el deber moral de aportar todos los elementos que suministra nuestra disciplina para lograr un tratamiento justo del problema y así contribuir a encontrar una salida, conforme a derecho, a una de las cuestiones más críticas de la realidad presente.

Falta considerar la dimensión jurídica del problema, o sea ubicarlo bajo la óptica del derecho internacional público.

A raíz del gran incremento de los intereses, en 1984 observamos este aspecto de la cuestión diciendo lo que sigue:

«A la condena moral que ha recibido el aumento unilateral de los intereses de la deuda externa de América Latina habría que procurar sumar la condena jurídica».

Es notable comprobar que un asunto de esta magnitud, *que trata de derechos y obligaciones* y que ha sido analizado desde diferentes ángulos —ético, sociológico, político y básicamente el económico, con relación al comercio internacional y al desarrollo de los pueblos latinoamericanos—, no haya sido abordado por los grandes medios de difusión desde el punto de vista del derecho internacional.

Sobre aspectos jurídicos del tema se han publicado algunos trabajos. Destacamos dos de ellos por su singular valor; el primero plantea la corresponsabilidad del prestamista internacional (7) y, el segundo (8), la necesidad de proceder a un estudio sobre la aplicabilidad de los principios de la doctrina Drago y la teoría del riesgo. Estos análisis contribuyen a esclarecer la situación de deudores y acreedores frente al aumento abusivo de las tasas de interés y constituyen un insoslayable alegato técnico y doctrinario en favor de los primeros.

b) Conclusiones de la Conferencia Internacional sobre la deuda externa. San Pablo, 1986.

La Conferencia Internacional sobre la deuda externa de los países en desarrollo realizada en San Pablo, Brasil, en diciembre de 1986, incluye las siguientes conclusiones de carácter jurídico en lo atinente al alza de los intereses:

«Una solución efectiva del problema de la deuda externa exige tanto cambios en el orden económico internacional como importantes transformaciones internas, que permitan a los países latinoamericanos dinamizar sus economías y mejorar sustancialmente las condiciones de vida de amplios sectores perjudicados.»

«El análisis de los contratos que instrumentan la deuda externa revela que muchos de ellos son ilícitos, por violar

(7) ALAGIA, Ricardo A. Y RODRIGUEZ BERRUTTI, Camilo H. "La Deuda Externa; su vis jurídico internacional". Revista "Geopolítica", N° 34, 1986.

(8) VANOSSI, Jorge R.: "El deber de los Estados y otros sujetos internacionales", "La Razón", Buenos Aires, 23 de agosto de 1987.

principios y normas consagradas por el derecho internacional y por el orden jurídico interno, no sólo de los países deudores, sino también de los propios países acreedores. Constituye una violación flagrante de principios básicos de derecho universalmente reconocidos y aceptados la inserción en los contratos que permitan la alteración del valor de las obligaciones y de las condiciones de su cumplimiento, por la voluntad unilateral de uno de los contratantes, como ocurre con el cobro de tasas de interés variables, que son fijadas por la parte acreedora».

«03. Debe ser hecha una amplia revisión de los contratos que instrumentan la deuda externa, eliminándose las cláusulas contrarias a los principios de derecho, público o privado, internacional o interno, especialmente las que aseguran a los acreedores la posibilidad de alterar unilateralmente las condiciones y los valores de las obligaciones, anulándose sus efectos.»

c) El alza unilateral de las tasas de los intereses es usuraria.

Nos encontramos ante una situación arbitraria y abusiva que se configura a partir del alza unilateral de las tasas de interés de la deuda externa, cuyas consecuencias gravosas persisten y se acentúan.

Correspondería entonces precisar el punto central —la licitud o ilicitud del aumento de las tasas de interés de la deuda externa, decidido unilateralmente y sin límites por los acreedores— a la luz del derecho de gentes, definiendo su naturaleza jurídica.

Creemos estar frente a un caso de abuso de derecho, de usura, porque las tasas fueron elevadas muy por encima de sus niveles históricos y de los vigentes cuando se contrajeron las deudas. Acciones semejantes han sido calificadas del mismo modo en todos los sistemas jurídicos, por más que se las pretenda justificar en cláusulas contractuales.

d) La incriminación de la usura es un principio general de derecho.

Esos aumentos usurarios de intereses, que contravienen el citado precepto, no deben quedar por más tiempo exentos de

la aplicación de las normas que regulan la convivencia entre los Estados.

Ellos deben ser considerados en función de la responsabilidad emergente de los Estados y de los organismos internacionales, en la medida en que vulneran el histórico principio universal de derecho civil sancionatorio de la usura, afectando el orden internacional. Se trata de una acción humana penada en todos los sistemas jurídicos, históricos y vigentes, constituyendo por ello su incriminación uno de los "principios generales de derecho de las naciones civilizadas", que el inciso c. del punto 1 del artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. establece como fuente del derecho internacional.

Este enfoque resalta el valor de esta dimensión humana que es el derecho, opacada con tanta facilidad en la actualidad. La tesis que sustentamos se centra en el valor vinculante de los principios generales del derecho y por ello del que condena universalmente a la usura.

Como recordara el maestro VERDROSS (9), el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J., parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, admite, como el de la C.P.I.J., su antecesora, que los principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas, forman parte del derecho internacional general.

El valor de los principios, como fuente del derecho internacional, ha sido enfatizado por el profesor austríaco de la siguiente forma:

«El artículo 38, en su apartado c) autoriza, pues, a la C.I.J. a admitir una demanda que habría de ser rechazada si se aplicase única y exclusivamente el DI convencional y consuetudinario. Por eso está en lo cierto Guggenheim cuando subraya que los principios generales del derecho preceden la norma que establece la libertad de los Estados, ya que la parte demandada sólo es libre en tanto y en cuanto la demanda *tampoco* pueda fundarse en un principio general del derecho »...

(9) VERDROSS, Alfred: "Derecho Internacional Público", Madrid, 1955.

«De lo que llevamos dicho se desprende que los principios generales del derecho, lejos de ser una mera fuente para las decisiones de la C.I.J., valen para la vida internacional en general».

En este orden de ideas cito la opinión del Profesor PASTOR RIDRUEJO (10):

«los principios generales del derecho constituyen, en realidad, un fondo normativo común a los Derechos internos y al Derecho Internacional. Pero como aquellos — los Derechos internos — están en una fase más adelantada de desarrollo que el Derecho Internacional, el sentido general de la transposición de los principios es siempre el mismo. Se trata de principios formulados antes en los Derechos internos y que luego, cuando surgen problemas y necesidades similares en el Derecho Internacional, son aplicados a éste. El desarrollo incesante que está experimentando el Derecho Internacional pone de relieve el enorme interés que tienen en nuestros días los principios generales del Derecho: Derecho de las Organizaciones internacionales, Derecho Económico Internacional, etc.»

«(25) En estas condiciones, surge entonces el problema de la determinación exacta de los requisitos de transposición de un principio de los Derechos internos al Derecho Internacional. Centrándonos en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal de la Haya, aparecen los siguientes interrogantes: ¿Cuándo se podrá decir con seguridad que estamos ante uno de los 'principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas'? ¿Cuál será el criterio de civilización? ¿Cuál será el grado de reconocimiento necesario?»

«En lo que concierne al criterio de civilización, se reconoce hoy tanto por la doctrina occidental como por la de las democracias populares que lo satisfacen, los siste-

(10) PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: "La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional, Anuario IHLADI, Nº 4, p. 103, 1973.

mas jurídicos de todos los Estados, independientemente de su ideología, de su sistema político o de su grado de desarrollo económico.»

«Respecto al criterio del reconocimiento general se ha dicho que el único método válido es el del Derecho Comparado aunque con sentido negativo, es decir 'como correctivo a las tendencias eventuales de los juristas internacionales de recurrir a concepciones o reglas que pertenecen exclusivamente a un solo sistema jurídico o se encuentran en un pequeño número de sistemas».

Coincidentemente el Profesor JIMENEZ DE ARECHAGA afirma:

«¿Qué son estos principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas? Son esas normas básicas, esenciales en todo ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el derecho interno privado como en el público; por ejemplo, la regla de que todo aquel que comete un acto ilícito que provoca un daño a otro debe reparar ese daño, esa reparación debe comprender no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante causado a la víctima del perjuicio; la norma de que nadie puede ser juez en su propia causa; el principio del enriquecimiento injusto, de la cosa juzgada, etc. En suma, se trata de esos preceptos básicos y fundamentales del derecho positivo en algunos sistemas, como el nuestro, formulados en la Constitución o en los Códigos, y en otros, sobreentendidos como máximas subyacentes que, al decir de Carnelutti, se encuentran dentro del orden jurídico como está el alcohol dentro del vino: constituyen la esencia o espíritu del Derecho.»

«Esos principios que han sido, por así decirlo, decantados por la conciencia jurídica de la humanidad en el curso de siglos y que son compatibles con la estructura orgánica de la comunidad internacional, son igualmente reglas positivas de derecho internacional, directamente aplicables a las relaciones entre los Estados. Si bien han surgido y evolucionado para regir relaciones jurídicas entre particulares, reflejan de tal modo los sentimientos básicos de justicia y equidad natural que, cuando son aplicables, de-

ben sin ningún género de dudas utilizarse también para regir las relaciones entre Estados.»

«Cuando los autores del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debieron enumerar las fuentes de las que habrían de extraer los miembros de la Corte los preceptos jurídicos en que basar sus decisiones, tuvieron en cuenta no sólo los tratados y la costumbre, sino también el hecho de que los órganos arbitrales internacionales, en todas las épocas, habían hecho aplicación de esos principios básicos que, al ser utilizados con ingenio por juristas avezados, pueden servir para colmar vacíos o lagunas del ordenamiento internacional, supliendo la escasez o insuficiencia de sus normas. Y entonces se enumeró como tercera fuente de Derecho Internacional, ésta de los 'principios generales de derecho'» (11).

Tal vez convenga poner el acento en el significado actual de los términos, "reconocidos por las naciones civilizadas", contenidos en la norma estatutaria mencionada. La opinión más generalizada de la doctrina moderna entiende que se refieren a los países que: son amantes de la paz, aceptan las obligaciones de la Carta y están capacitados para cumplirlas y dispuestos a hacerlo (Carta de la O.N.U., art. 4, requisitos para la admisión de Estados). Con ello, como lo reseña el prof. PIZA ESCALANTE (*), la disposición "ha perdido la connotación imperialista europea que la alumbró".

Sobre el valor de los principios generales de derecho hoy en día y con expresa referencia al tema de la deuda el Profesor VANÓSSI (12) dice:

... «el standard de conducta externa en virtud del cual los sujetos del derecho internacional no pueden evadirse o excusarse de los riesgos inherentes a sus actos de libre y

(11) JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo: "Curso de Derecho Internacional Público", Tomo I, p. 62 y 63, Montevideo, 1976.

(*) PIZA ESCALANTE, Rodolfo E.: "La 'Opinio Juris' como fuente autónoma del derecho internacional". Anuario del IHLADI, N° 8, 1987, p. 143.

(12) Op. cit. (7).

plena determinación, encuentra sustento jurídico y justificación ética en las reglas que emanan de principios generalmente aceptados en el derecho interno (tanto privado cuanto público) que, a su vez, se remontan originalmente a 'adagios' que han universalizado a las ya milenarias elaboraciones del derecho romano, muchas de las cuales fueron paulatinamente apropiadas por el derecho de gentes.»

«Asistimos, pues, a un proceso de creación normativa inverso al de la recepción e incorporación del derecho externo al derecho interno: acá, en vez, se trata de la traspolación de reglas iusprivatísticas (y, por lo tanto, de origen nacional) al plano de la regulación de la conducta internacional; y ello se opera sobre la base del paralelismo de las razones que alimentan al encuadramiento moral y político de los campos de pertenencia de ambos actos humanos. No puede perderse de vista que en todos los casos se está regulando conducta humana, con la sola diferencia de que en algunos casos aquella resulta imputable a órganos que, precisamente, han emanado de la propia creación estatal, tanto cuando se dirige al derecho público interno cuanto se orienta al externo o de la comunidad internacional».

IV. Viabilidad de un pedido de opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia.

El literal c. del punto 1 del artículo 38 del Estatuto, al dar valor positivo a los principios generales del Derecho, fundamenta el carácter de ilícito internacional por usurario que tiene el alza de los intereses unilateralmente dispuesta por los acreedores. En él se basa el derecho de fondo para el caso y permite plantear, además, su viabilidad procesal mediante la interposición estatutaria de un período de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas) para que dictamine sobre la naturaleza de los aumentos de interés y la responsabilidad internacional emergente.

Insistimos en que este es el punto central de esta tesis, aquel en el que el Derecho Internacional suministra a la comunidad internacional una vía hacia una corrección de justicia de una de las grandes arbitrariedades de esta época.

Entendemos que la Corte tiene facultades para declarar el derecho aplicable en esta cuestión y ya que, prima facie, la vía contenciosa no se presenta como factible, la consultiva abre aquella perspectiva.

La opinión consultiva que se propicia podría ser solicitada por alguno de los organismos de las Naciones Unidas, de acuerdo con lo que establece el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la C.I.J.

En el punto 1 del artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se dice que:

«La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma.»

En consecuencia, los organismos autorizados son los únicos que pueden solicitar opiniones consultivas a la C.I.J.

El artículo 96 de la Carta dispone que:

«1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.»

«2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.»

En su trabajo sobre la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el ex Juez de ese Tribunal, doctor Eduardo

JIMENEZ DE ARECHAGA (13), y miembro de nuestro Instituto, afirma:

«Jurisdicción Consultiva de la Corte.»

«Tanto la Carta, en su art. 96, como el Estatuto en su art. 65 y siguientes, se refieren a una competencia muy especial que posee la Corte Internacional de Justicia de emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica, a pedido de los órganos de las Naciones Unidas.»

«Es esta una institución muy particular y que llama la atención de muchos juristas, especialmente los formados en el sistema del derecho civil, porque en estos regímenes las Cortes de Justicia no tienen, por lo general, esta misión de actuar como órganos de asesoramiento jurídico. Sin embargo, otra cosa sucede en la tradición jurídica anglosajona: el Comité Judicial del Consejo Privado inglés, por ejemplo, es el Cuerpo judicial supremo y, al mismo tiempo, actúa como órgano de asesoramiento de los gobernantes.»

Señala luego que:

«El primer problema de interpretación que se plantea respecto de esta jurisdicción consultiva, es saber qué quiere decir 'cualquier cuestión jurídica'.»

En otro punto de su trabajo, expresa:

«...La Corte hizo una interpretación amplia de sus facultades, que puede ser antecedente de la actitud que ella asuma en el futuro con respecto al concepto de "controversias de orden jurídico", mencionado en el art. 36 del Estatuto.»

(13) JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo: "Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia". Estudios Jurídicos no memoria de Eduardo "Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia". Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 417 y sigs.

«Se ha discutido también en el campo de la doctrina, pero ha sido ya resuelto definitivamente por la Corte, el problema de si este órgano tiene competencia para emitir opinión cuando se le formula una cuestión en términos abstractos, sin referirse a un caso concreto determinado. La Corte rechazó en términos categóricos esa pretendida limitación diciendo: 'Se ha sostenido que la Corte no debe ocuparse de una cuestión formulada en términos abstractos. Esta es una mera afirmación carente de toda justificación. Según el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto, la Corte puede dar una opinión consultiva en toda cuestión jurídica abstracta o no abstracta'.»

Con relación al carácter de la solicitud de opinión consultiva si se planteara la votación en la Asamblea General de las Naciones Unidas es decir, si se trata de una cuestión sustantiva o procesal el Profesor ROUSSEAU (14) dice:

«Es interesante destacar que, contrariamente a la tesis que prevalecía en la S.D.N. antes de 1939, los votos sobre los pedidos de consulta se consideran como cuestiones de procedimiento que pueden obtener mayoría simple (declaración del presidente de la Asamblea General con fecha 6 de diciembre de 1949)».

En esa eventualidad sería del caso aplicar el art. 18, numeral 3 de la Carta de las Naciones Unidas:

«3. Las decisiones sobre otras cuestiones, incluso la determinación de categorías adicionales de cuestiones que deban resolverse por mayoría de dos tercios, se tomarán por la mayoría de los miembros presentes y votantes.»

Se aprecia que la jurisprudencia de la C.I.J. particularmente la de los últimos años permite abrigar una expectativa favorable en cuanto a su aceptación del valor normativo

(14) ROUSSEAU, Charles: "Derecho Internacional Público Profundizado". Buenos Aires, 1966, p. 367.

vinculante de los principios generales de derecho, entre los que consideramos que se encuentra el de la condena a la usura.

Las implicancias políticas de la cuestión no habrían de empecer el andamio del pedido de opinión, de carácter indudablemente jurídico. Por tanto es válido traer a colación lo que dice el Profesor Ian BROWNLIE (15) sobre los dictámenes de la C.I.J.:

«In the "Admissions" and the "Expenses" cases the Court concerned itself with issues of interpretation which had considerable political ramifications, and, significantly, the organs concerned were unable to act on these two opinions. In refusing to decline the requests by virtue of its discretion in the matter of advisory jurisdiction, the Court has reiterated the view that as it is an organ of the United Nations a request for an advisory opinion should not, in principle, be refused.»

En la evaluación que efectúa sobre la actuación de la C.I.J., el mismo profesor afirma:

«When, in its advisory opinions the Court has pronounced on the interpretation of the United Nations Charter, it has trenched boldly on political issues (which did not cease to be such because they were also legal issues) of the first magnitude. Whatever the prospect before the International Court, the usefulness of the judicial process in international relations continue to receive wide recognition».

En el análisis de los principios generales del derecho que hace el Prof. BARBERIS (16), se expresa:

«El contenido de los principios generales de derecho».

(15) BROWNLIE, Ian: "Principles of Public International Law", Clarendon Press. Oxford, 1979, p. 730.

(16) BARBERIS, Julio: "Fuentes del Derecho Internacional", p. 5 y sigs., La Plata, 1973.

«a) *Los principios generales de derecho y el derecho interno de los Estados.* La redacción del artículo 38, inciso 1, c), debe su origen a los trabajos del Comité de juristas que, en 1920, estuvo encargado de elaborar el Estatuto de la antigua Corte permanente. De las actas de las sesiones de dicho Comité se puede deducir que la tendencia que prevaleció en su seno en cuanto a la disposición que nos ocupa, fue la representada por los miembros anglosajones, ROOT y lord PHILLIMORE. Este último explicó al Comité que los principios generales considerados por el proyecto de Estatuto eran aquéllos aceptados por los Estados *in foro domestico*. La disposición sobre los principios generales substituyó invariable en el texto del Estatuto de la nueva Corte adoptado en la Conferencia de San Francisco.»

Más adelante el Profesor BARBERIS sostiene que puede deducirse que, para la Corte:

«los principios generales de derecho tienen como contenido disposiciones provenientes de diversos órdenes jurídicos internos.»

Puntualiza, además, que:

«Los votos particulares de los jueces corroboran también la idea que el contenido de los principios generales de derecho tienen su origen en el derecho interno de los diferentes Estados. La doctrina comparte igualmente esta tesis. Si bien existe toda una serie de teorías sobre el fundamento de su validez, los autores están de acuerdo en que los principios generales previstos por el artículo 38, inciso 1, c), son los aceptados por los diferentes Estados en sus órdenes jurídicos internos.»

«Los principios de derecho positivo interno susceptibles de pasar a integrar el ordenamiento internacional son principalmente los relativos al derecho civil y al procedimiento civil. En cuanto al derecho civil, existe una analogía entre la teoría general de los contrarios y la de los tratados internacionales, entre los principios sucesorios y la sucesión de Estados, y entre los principios que regulan la adquisición de la posesión y el dominio y las normas sobre

adquisición de la soberanía territorial. Respecto del orden procesal, el derecho de gentes ha tomado principios tales como el de la cosa juzgada y los que rigen el *onus probandi* y ciertos medios de prueba».

Con respecto a este punto recuerda el ejemplo de la aplicación de los principios de buena fe en el cumplimiento de los contratos en fallos de la C.P.J.I.

El Tribunal se sirve cada vez con mayor frecuencia del concepto de equidad. En la obra citada el Profesor BARBERIS pone de relieve:

«b) *Los principios generales de derecho y la idea de justicia.* Hasta la segunda guerra mundial la jurisprudencia consideró siempre que los principios generales de derecho eran normas que reconocían como origen el derecho positivo interno de los distintos Estados. Pero, a partir del establecimiento de la actual Corte internacional de justicia este concepto ha adquirido otra extensión. En efecto, la jurisprudencia del tribunal ha comenzado a reconocer que los principios generales de derecho son tanto aquéllos que hallan su origen en el derecho positivo interno como los que constituyen una aplicación de la idea de justicia. Esta corriente doctrinaria que se advierte en las decisiones de la Corte actual implica una modificación substancial respecto de la tesis sostenida por su predecesora».

Bajo el mismo liberal b), un poco más adelante, dice:

«La tendencia que señalamos se puso de manifiesto por primera vez con motivo de la sentencia dictada en el caso del estrecho de Corfú (9-4-1949), entre Gran Bretaña y Albania. En este litigio, el Reino Unido reclamó se declarara a Albania culpable por haber sembrado un campo de minas en sus aguas territoriales sin haber dado aviso previo, lo cual había sido causa de graves perjuicios a buques británicos. La Corte sostuvo que Albania había estado obligada a hacer conocer la existencia del campo de minas, en el interés de la navegación general. La Corte afirmó que las obligaciones a cargo de las autoridades albanesas:

"Sont fondées non pas sur la Convention VIII de la Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre,

mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats". (C.I.J., Recueil, 1949, p. 22)".

Luego el Profesor BARBERIS cita otros antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios en apoyo de su precedente afirmación, destacando: (17)

...«el voto individual del juez Anzilotti anexo a la opinión consultiva sobre el régimen aduanero austro-alemán (5-11-1931), éste examina las restricciones a la soberanía impuestas por las grandes potencias en los tratados de paz a los Estados vencidos, y afirma:

'On peut se demander s'il n'y a pas une certaine contradiction à un Etat de vivre et à le mettre en même temps dans une situation qui rend sa vie extrêmement difficile'»

En otro punto del mismo libro alude (18) a la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las reservas a la Convención sobre el genocidio, de la siguiente manera:

«La Corte señaló que dicha Convención tiene su origen en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la O.N.U. en la que se califica al delito de genocidio como una negación del derecho 'que es contraria a la ley moral' (O.N.U., doc. A/64/Add 1, p. 128).»

«Fundándose en este antecedente, la Corte manifestó:

'Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civili-

(17) Op. cit. p. 127 (16)

(18) Op. cit. p. 10 (16)

sées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel'»

«El voto disidente del juez TANAKA en la sentencia sobre el suroeste africano enuncia con toda precisión cuál es el sentido y extensión que la jurisprudencia de hoy al artículo 38, inciso 1, c), del Estatuto de la Corte. El juez japonés sostiene que la aplicación del *apartheid* constituye un acto antijurídico internacional porque viola, entre otras normas, un principio general de derecho que prohíbe a los Estados hacer discriminaciones por razón de la raza. Según su opinión, el artículo 38, inciso 1, c), comprende los principios generales de derecho positivo reconocidos por los diferentes Estados y aquellos otros que, independientemente del reconocimiento por parte de los órdenes jurídicos internos, hacen a la naturaleza humana. Señala que estas dos categorías comprendidas en el artículo 38, inciso 1, c), tienen respectivamente las características del *jus gentium* y del *jus naturale* del derecho romano. El juez TANAKA se expresa así:

'In short, human rights which require protection are the same; they are not the product of a particular juridical system in the hierarchy of the legal order but the same human rights must be recognized, respected and protected everywhere man goes. The uniformity of national laws on the protection of human rights is not derived, as in the cases of the law of contracts and commercial and maritime transactions, from considerations of expediency by the legislative organs or from the creative power of the custom of a community, but it already exists in spite of its more-or-less vague form. This is of nature *jus naturale* in roman law.

* The unified national laws of the character of *jus gentium* and of the law of human rights, which is of the character of *jus naturale* in roman law... at the same time constitute a part of international law through the medium of Article 38, paragraph 1 (c). But there is a difference between these two cases. In the former, the general principles are presented as common elements among diverse national laws; in the latter, only one and the same law exists and this is valid through all kinds of human societies in relationship of hierarchy and coor-

dination. This distinction between the two categories of law of an international character is important in deciding the scope and extent of Article 38, paragraph 1 (c).»

«A nuestro modo de ver el pasaje transcripto constituye un acertado resumen del contenido que la jurisprudencia de la Corte actual asigna a los principios generales de derecho.»

Si se acepta que el aumento unilateral de las tasas es un acto de usura y por tanto vulnera el principio general de derecho que la penaliza, cabría ponderar si ese principio posee las características de "ius cogens". Este es un aspecto que merece ser desarrollado en el momento de la redacción de la petición de opinión consultiva que eventualmente se formule. Paralelamente convendrá profundizar, en el caso, la vinculación del "ius cogens" con el concepto de "buena fe".

La base sustantiva de la petición la hallamos, pues, en la violación de un principio general de derecho, el de abuso de derecho y el de la condena a la usura, apoyándonos en el literal c. del inciso 1 del art. 38 del Estatuto, pero quizá no sea la única.

Múltiples instrumentos y declaraciones oficiales de países acreedores les comprometen a promover y favorecer el desarrollo de los países del tercer mundo en general y, en particular, de los de América Latina; cabe preguntarse, entonces, si a través de esos instrumentos no surge, también, un deber jurídico convencional de los reconocidos en el literal a. del inciso 1 del citado artículo 38 que se encontraría igualmente incumplido por el alza unilateral de los intereses.

La Alianza para el Progreso, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la Carta de Alta Gracia, entre los más antiguos, y otros instrumentos más modernos de los organismos económicos de las Naciones Unidas, tales

(19) UNCTAD: Sistema Generalizado de Preferencias Comerciales (Países desarrollados se comprometen a dar un trato más favorable a los países en desarrollo, en materia comercial.)

como los de UNCTAD (19), y de las organizaciones regionales, asignan a los países desarrollados la obligación de promover el desarrollo de los países ahora deudores; y resulta de toda lógica que el cobro de intereses arbitrarios conspira contra dicho desarrollo.

En consecuencia surgiría otra vertiente, digna del más detenido análisis, para una fundamentación paralela y simultánea de nuestra alegada ilicitud del alza unilateral de intereses. La petición de una opinión consultiva que eventualmente haya de redactar el organismo de las Naciones Unidas que la presente deberá contener una minuciosa reseña de todos los instrumentos internacionales que contengan aquel tipo de obligaciones contraídas por los hoy países acreedores. La solicitud se fundaría, entonces, en los literales a. y c. del inciso 1 del artículo 38, aunque insistimos en que la apoyatura es más consistente en el último de los literales mencionados.

V. Las cuestiones a ser presentadas en la solicitud de opinión consultiva.

Las cuestiones a ser formuladas a la C.I.J. en el pedido de opinión consultiva podrían redactarse sobre las siguientes bases:

1) La condena a la usura, ¿constituye uno de los principios generales de derecho mencionados en el inciso c. del punto 1 del artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.?

2) En caso de ser afirmativa la respuesta a la cuestión anterior, ¿son actos de abuso de derecho y usurarios las alzas unilaterales de las tasas de los intereses de la deuda externa?

3) Si la respuesta a las dos cuestiones anteriores fuere afirmativa, ¿están obligados los países acreedores a no permitir que se cometa ese ilícito contra los países deudores?

4) En caso de ser afirmativas las respuestas a las tres cuestiones precedentes, ¿deben, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, actuar en consonancia con aquellas obligaciones de los países acreedores?

5) Paralelamente, ¿existe para los países acreedores la obligación, fundada en el derecho internacional convencio-

nal, de no permitir que los actos de usura incriminados sean ejercicios contra los países deudores?

Lo principal de la petición tendría que fundarse en lo que antecede; pero también podrían agregarse otros argumentos aplicables al caso, tales como los emergentes de la corresponsabilidad de los acreedores y los basados en la teoría del riesgo y en la Doctrina Drago actualizada.

Asimismo podrían incluirse elementos probatorios (art. 65.2 del Estatuto) que surgen de los datos recientemente publicados sobre la desvalorización de los papeles negociables de la deuda externa, mencionados en el punto II b), de esta ponencia.

Finalmente habría que analizar la conveniencia de agregar otras cuestiones referidas al carácter de los pagos ya efectuados y, consecuentemente, a la fijación del criterio para establecer el saldo real de lo adeudado.

VI. Conclusiones

Surge con fuerza de evidencia la importancia de una opinión consultiva de la C.I.J. declarando que es deber de los países acreedores no permitir el cobro de intereses usurarios.

Una primera consecuencia sería la de abrir posibilidades de defensa procesal en eventuales pleitos contra bienes de países deudores en situación de incumplimiento de pagos de intereses. Ello sería especialmente valioso en países donde rige el derecho anglosajón cuyos tribunales aplican directamente el derecho de gentes como "ley del país".

Puede avizorarse así la repercusión y la trascendencia de una opinión consultiva como apoyatura para la defensa judicial de los Estados deudores, por más que tenga carácter declarativo solamente.

Debe recordarse, además, que las opiniones consultivas del tribunal mundial de La Haya tienen valor jurisprudencial para todos los organismos del sistema de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentran el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, con tanta responsabilidad en el manejo del tema de la deuda externa.

El lanzamiento del "Plan BAKER" y el reciente "Plan BRADY" así como las llamadas concesiones, que en ese orden de acciones financieras los acreedores parecen estar dispuestos a otorgar a los deudores para disminuir la deuda a título alegado de condonación o perdón, entrañan, a la luz de los argumentos expuestos, una falsedad conceptual. Lejos de ser actos de beneficencia internacional serían por el contrario, el cumplimiento de un deber jurídico: el de reparar, reconociendo a los deudores mediante la asignación de un nuevo carácter a las prestaciones ya cumplidas por éstos la condición de pagos de capital e intereses acorde con lo genuino de la deuda y no con su arbitrario monto actual.

Por su prestigio científico y su larga tradición en la lucha por el derecho, el IHLADI se encuentra habilitado para emitir una declaración sobre la base de las argumentaciones expuestas en este trabajo, instando a los organismos internacionales pertinentes a que asuman, por la vía procesal indicada, la defensa de los derechos de los países deudores.

La oportunidad no puede ser más adecuada, los tiempos están en sazón para que la comunidad internacional rescate el valor del derecho como cimiento de la convivencia entre los Estados. Si el desarrollo es el nuevo nombre de la paz (y ésta en el fruto de la justicia, como rezaba el lema del Papa Pío XII), la misión es categórica: cumplamos con nuestro deber de juristas y demos a la comunidad internacional organizada un instrumento que permita ayudarla a enfrentar y resolver uno de los problemas más difíciles del presente.

«COMUNICACIONES POR SATELITES»

Manuel Augusto Ferrer (h)
Miembro del IHLADI

I. INTRODUCCION

Las comunicaciones por satélites están hoy planteando problemas jurídicos al Derecho Espacial, y al Derecho de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión.- En esta reunión del IHLADI de República Dominicana, estudiaremos algunos de estos problemas jurídicos, sin entrar, obviamente, en la cuestión de las autonomías de estas ramas de la ciencia jurídica, pero reconociendo que, internacionalmente, hay soluciones que se deben buscar.-

Para que el trabajo de este Relator tenga alguna posibilidad de proponer conclusiones, dada la limitación del tiempo, no tendría sentido traer un catálogo de problemas.- Más bien, parecería conveniente que trazará un panorama general del estado de las comunicaciones por satélites en la actualidad.- Y luego, al deternernos en algunos de los instrumentos internacionales que tengan atingencia, señalaremos algunas cuestiones jurídicas, con vistas al fin propuesto.- De igual manera, en los casos en que la comunidad internacional ha fracasado en las soluciones, intentaremos señalarlas, ofreciendo modestas propuestas de *lege ferenda*.-

Así las cosas, haremos un viaje a vuelo de pájaro sobre los datos de la realidad, utilizando como fuente bibliográfica, en estos temas técnicos tan ajenos a nuestra comprensión, los documentos que en gran cantidad produce las Organización de las Naciones Unidas.-

En materia de comunicaciones, y desde un punto de vista realista, el satélite de comunicaciones no es más que una antena ubicada en el espacio ultraterrestre (y, aunque no sea la que prefiero, utilizaré la denominación de espacio ultraterrestre porque es la que adoptó Naciones Unidas para los textos en idioma español).-

¿Y cuál es el protagonismo del satélite?

La explicación es sencilla.- Una emisión de televisión, como se sabe, puede llegar alrededor de cien kilómetros de

la emisora, porque, al ser la propagación rectilínea, la curvatura de la Tierra impide que esas micro ondas lleguen a distancias mayores.- Obviamente todo depende de la altura de las antenas emisoras y receptoras, de la existencia o no de rebotes, y de otros parámetros técnicos.-

En tierra firme, estos inconvenientes se pueden obviar con repetidores.- Pero la dificultad viene de las comunicaciones intercontinentales.-

De esta suerte, las comunicaciones por satélites han sido una de las primeras aplicaciones de la tecnología espacial, y actualmente absorben buena parte de la misma.- Sin comunicaciones entre la nave espacial y las instalaciones de Tierra, no hay actividad posible.-

Esta actividad comenzó con la retransmisión pasiva de la voz y las imágenes en el satélite Early Bird, allá por los años 60, y en la actualidad una enorme cantidad de satélites recorren el espacio, dedicados a las comunicaciones, especialmente en la órbita geoestacionaria y otros en órbitas elípticas altas.- No podemos concebir al mundo de hoy sin comunicaciones por satélites, tanto para los servicios internacionales, cuanto para servicios nacionales.- Toda esta actividad ha sido posible merced al enorme desarrollo tecnológico en el área espacial y otras vinculadas, como la microelectrónica, transmisores, diseño de antenas, técnicas de alta frecuencia y de comunicación, microprocesadores, etc.-

Nos preguntamos: ¿Qué son las comunicaciones por satélites? Nos respondemos que son las telecomunicaciones que se logran mediante un satélite, generalmente ubicado en una órbita geoestacionaria.- Es decir, son comunicaciones que se logran por medio de las ondas radioeléctricas, utilizando a ese fin un satélite artificial de la Tierra para la transmisión de mensajes auditivos o visuales o ambos a la vez.-

Si ya tenemos un concepto de comunicaciones por satélite, nos faltaría definir al satélite llamado geoestacionario.- Al respecto nos dice Jowett que la órbita de un satélite geoestacionario es una órbita circular contenida en el plano ecuatorial de la Tierra, que tiene la singular propiedad de que un satélite efectúa en ella una revolución completa alrededor del eje terrestre en 24 horas, es decir, en el mismo periodo de rotación de la Tierra alrededor de su eje.- Como el movimien-

to del satélite en la órbita tiene la misma dirección que el de rotación de la Tierra, el satélite parecerá estar constantemente en una posición fija al observador situado en cualquier punto de la superficie de nuestro planeta.- Esta es lógicamente una característica que tiene inmensas ventajas prácticas para las telecomunicaciones.- Se podría denominar quizás a esta órbita, para mayor precisión, "órbita ecuatorial circular geosíncrona de satélites", pero se ha generalizado la expresión suficientemente explícita "órbita de satélites geoestacionarios", que a menudo se abrevia, para mayor comodidad, en "órbita geoestacionaria" (J.K.S. Jowett, "Problemas técnicos del uso de la órbita de satélites geoestacionarios", en Boletín de Telecomunicaciones de la UIT, nº 38, pág. 301).-

Otros han definido al satélite geoestacionario con semejantes conceptos, aunque atendiendo a otras consecuencias.- Así, Namurois dice que es aquel cuya posición está siempre estabilizada sobre un punto dado de la Tierra y que puede "ver" un tercio de la superficie el globo y asegurar los contactos entre dos puntos de esta zona.- (Albert Namurois, "Structures et organisation de la radio-télévision dan le cadre des radiocommunications", Monographie Nº8, série juridique et administrative de L'Union Européenne de Radiodiffusion (UER), Genève, 1972, pág. 21).-

Veamos de ubicar ahora a las comunicaciones por satélite dentro del marco de las telecomunicaciones.- En un anexo al convenio de la U.I.T. se define a las telecomunicaciones de la siguiente manera: "Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos".-

Si esa definición de la Unión Internacional de Telecomunicaciones comprende a todas las telecomunicaciones, las telecomunicaciones por satélite serán, de esas, las que utilizan el satélite como un "punto superior" para un enlace de telecomunicaciones entre puntos de la Tierra (Servicios fijos o móviles), o aquéllas en que las telecomunicaciones son los únicos medios posibles para transmitir informaciones de todo género entre el satélite y la Tierra y viceversa (Documento A/AC.105/100, "Actividades y recursos espaciales", página 54).-

Estas son diversas aplicaciones espaciales de las telecomunicaciones, ya que "...en muchos casos se ha puesto de manifiesto la tendencia a considerar las radiocomunicaciones espaciales no como un servicio propiamente dicho sino más bien como una técnica particular usada en distintos servicios" (Undécimo informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones sobre las telecomunicaciones y la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, fascículo 10, pág. 6).

Ahora bien, para nuestro estudio, vamos a considerar dos casos diferentes.- El primero, el llamado de las comunicaciones de "punto a punto", y el otro, la radiodifusión por satélite.-

Esto nos pone en el problema de definir el concepto de "radiodifusión".- El Convenio Internacional de Telecomunicaciones concibe la radiodifusión como "un servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general.- Dicho servicio abarca emisiones sonoras de televisión o de otro género".- Algunos autores consideran que esta definición es demasiado técnica y proponen otras.- (Véase Félix Fernández-Shaw, "Consideraciones sobre la radiodifusión y las relaciones iberoamericanas", separata del nº 26 de la Revista Política Internacional, marzo-abril de 1973, pág. 124).-

Nosotros podríamos decir, para aclarar el concepto, que en la radiodifusión no existe un interlocutor.- En la radiodifusión no existe un interlocutor.- En la radiodifusión la señal que lleva el contenido del mensaje, es la señal que va del organismo de origen al público en general y no tiene retorno.- El público en general es oyente, espectador, u oyente-espectador, pero no es protagonista activo, sino beneficiario del mensaje.- En cambio, en una comunicación telefónica por satélite -que no es radiodifusión sino telecomunicación- ambas partes son protagonistas de la comunicación.-

Por esta razón, podríamos decir que la radiodifusión es una especie de telecomunicación, siendo esta última el género (Manuel Augusto Ferrer (h), "Contribución de entidades y organizaciones de radiodifusión", en Enseñanza del Derecho Internacional aplicado al espacio ultraterrestre y a las comunicaciones espaciales, organizado por la UNESCO y la CNIE, Buenos Aires, 1972, pág. 177).-

La radiodifusión por satélite abarca dos modalidades, que han sido también definidas ya por la U.I.T.- En la Conferencia Administrativa Mundial de Telecomunicaciones Espaciales reunida en Ginebra en 1971, se modificó el artículo 1º del Reglamento de Radiocomunicaciones:

84AP- Servicio de radiodifusión por satélite: servicio de radiocomunicación en el cual las señales emitidas o retransmitidas por estaciones espaciales están destinadas a la recepción directa por el público en general.-

(En el servicio de radiodifusión por satélite el término "recepción directa" abarcará tanto la recepción individual como la recepción comunal).-

84APA- Recepción individual (en el servicio de radiodifusión por satélite): Recepción de las emisiones de una estación espacial del servicio de radiodifusión por satélite con instalaciones domésticas sencillas y, en particular, aquellas que disponen de antenas de pequeñas dimensiones.-

84APB- Recepción comunal (en el servicio de radiodifusión por satélite): Recepción de las emisiones de una estación espacial del servicio de radiodifusión por satélite con instalaciones receptoras que, en ciertos casos, pueden ser complejas y comprender antenas de mayores dimensiones que las utilizadas para la recepción individual y destinadas a ser utilizadas:

- por grupo del público en general en un mismo lugar;
- o mediante un sistema de distribución que dé servicio a una zona limitada. -

Dice Aldo Armando Cocca: "Las definiciones recordadas pertenece a un Derecho Espacial internacional de las comunicaciones, o si se quiere, de las telecomunicaciones, para respetar el nombre de la más antigua organización internacional consagrada a la administración del espectro de frecuencias y a todos los aspectos técnicos: la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).- Como es natural, por pertenecer al reglamento de radiocomunicaciones, estas definiciones son técnicas.- Sin embargo, todas ellas están acompañadas de un principio jurídico, a veces reglamentado y otras veces a estudio, pero que no ha descuidado el Derecho del espacio.- Así, el servicio móvil por satélite se halla regulado

por el Derecho del Espacio en cuanto al ámbito (espacio ultraterrestre), en cuanto al vehículo (satélite) y en cuanto a la actividad espacial, aun cuando se la mire como actividad cumplida en una estación terrena.- Lo mismo puede decirse del servicio marítimo por satélite, que cumple una actividad espacial, aun cuando se considere la estación terrena a bordo de barcos.- La conclusión es válida para el servicio de radio-navegación marítima por satélite.- En cuanto a la órbita y a los satélites geosincrónico y geoestacionario, rige, además, el "derecho a la trayectoria", que tiene quien puso en el espacio ultraterrestre un vehículo espacial a condición, ciertamente, de no interferir un derecho anterior en igual sentido que tuviese otro".-

Vemos de esta suerte que las comunicaciones por satélites pueden ser realizadas, como dijimos, de dos grandes maneras, en lo que será objeto de nuestro estudio: las comunicaciones de "punto a punto" y la radiodifusión por satélite.-

Las comunicaciones de "punto a punto" son aquéllas en las que la señal, desde una estación terrena, es enviada al satélite que la recibe, la mejora y limpia de ruidos, y la envía para ser captada por otra estación terrena.- En Argentina, estas comunicaciones se logran merced a las antenas de Balcarce, que ENTEL tiene instaladas en zona próxima a esa localidad de la Provincia de Buenos Aires (y decimos antenas en plural, ya que la estación cuenta con dos antenas: Balcarce 1 y 2), y a la instalada en Bosque Alegre, Provincia de Córdoba.-

Esta comunicaciones de "punto a punto" son las que permiten al espectador de televisión, por ejemplo, ver un partido de fútbol mientras se está desarrollando en otros continentes, o una carrera de automóviles.- Es el sistema que aquel histórico 20 de julio de 1969 nos permitió, al igual que millones de seres, ver la llegada del hombre a la Luna.-

Este sistema es hoy operativo, y se cumple por medio de satélites que son operados por dos organizaciones internacionales diferentes: INTELSAT e INTERSPUTNIK.-

En cambio la radiodifusión directa por satélites recién está en su fase experimental.- Como vimos, esta radiodifusión por satélites puede ser de dos formas actualmente definidas, de recepción comunal y de recepción individual.- La radiodifusión directa por satélite de recepción individual, es decir el

procedimiento que permitirá captar la emisión del satélite con el televisor doméstico, en el hogar, todavía no es operativa, y presenta, como más adelante veremos, graves problemas jurídicos, políticos, sociales, económicos, etcétera.-

A su vez, la radiodifusión directa por satélite de recepción comunal ya ha comenzado sus actividades.- En 1974 los Estados Unidos lanzaron el satélite ATS-F para realizar experimentos en materia de transmisiones con fines educativos, experimentos que se realizaron en los Estados de las Montañas Rocosas y la región de los Apalaches y Alaska.- El satélite fue lanzado exitosamente el 30 de mayo de 1974.-

II. EL AMBITO

Las comunicaciones por satélite discurren a través de todos los espacios conocidos.-

a) El espacio aéreo sometido a la soberanía de los Estados.-

Nos detendremos un momento en esta cuestión.- Ella está íntimamente ligada al capítulo respectivo del derecho de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión.-

Y nos detenemos porque no ha faltado ocasión para que se afirmará que, al desplazarse las ondas electromagnéticas por el territorio de los Estados, les estaban sometidas a su dominio.- Y otras afirmaciones semejantes, nos incitan a plantear la cuestión de fondo y en buenos principios.-

Los fenómenos electromagnéticos, a los que los hombres llaman "frecuencias", y al conjunto de éstas "espectro electromagnético", reciben estas denominaciones vagas y metafóricas, porque, en verdad, no se conoce su naturaleza.- Y al no conocerse su naturaleza, no se los puede definir en los términos que nos exige la lógica jurídica, es decir por género propio y diferencia específica.- A estos fenómenos electromagnéticos solamente los conocemos por sus efectos.- Y para dar un ejemplo sencillo, advirtamos que no sabemos lo que es uno de ellos, por ejemplo la luz.- Sabemos cómo generarla, cómo transmitirla, cómo utilizarla, pero no sabemos qué es en su naturaleza, aunque breguen por explicarlo distintas teorías.-

Es cierto que el ámbito por donde ellos discurren en ocasiones está en el territorio soberano de los Estados.- Pero del hecho de que el Estado ejerza jurisdicción en el ámbito de sus fronteras, no se sigue que sea dueño del espacio electromagnético ni que los fenómenos electromagnéticos que por él discurren les estén sometidos a su soberanía.-

El hombre es titular de un derecho natural: el *jus communicationis*.- Ese derecho natural del hombre es preexistente a las actuales organizaciones políticas de los hombres en Estados.- La naturaleza jurídica de esos fenómenos electromagnéticos, y del ámbito por donde discurren, es la de una *res communis humanitaris*, si predicamos de su propiedad, y una *res communis usus*, si predicamos de su utilización.

De ese recurso natural, la comunidad internacional ha confiado su administración a un organismo internacional eficiente y técnico: la Unión Internacional de Telecomunicaciones.- Y de ese modo, la UIT asigna a los Estados diferentes "frecuencias" para su uso, así como tiene asignadas frecuencias para las comunicaciones espaciales.-

¿Cómo se plantea la cuestión del tránsito de esas comunicaciones por satélites en su llegada al territorio de los Estados?

En primer lugar, nos detengamos un momento para considerar el modo de ser de la actividad.- Cuando una señal es puesta en un satélite de comunicaciones, esa vuelve a la Tierra e "ilumina", como una lluvia, toda la extensión de la cobertura del satélite.- Por tanto, el Estado que está recibiendo la señal en su territorio no puede pretender ningún protagonismo sobre ella, sin lesionar, como vimos, gravemente, el derecho a comunicarse que tienen sus habitantes.- Bien decía VERDROSS que "el principio más importante del Derecho Internacional de telecomunicación es el deber de tolerar el tránsito".

Pero ocurre que en las comunicaciones por satélites, la cuestión es diferente del caso de las ondas de radio, las llamadas ondas cortas, que viajan alrededor del planeta por rebotes.-

Así, si algún Estado quiso aislarse de la comunidad internacional, impidiendo que sus habitantes oigan noticias del

mundo libre, solamente le bastó crear una cortina electrónica en sus fronteras, transmitiendo en la misma frecuencia de la emisión que venía del exterior.- Así creaba una interferencia.- Pero esta interferencia, si bien violentaba las normas de la UIT que le habría asignado frecuencias (justamente para evitar esas interferencias), producía un daño que se operaba principalmente en el territorio del Estado que se quería aislar.- Ese daño no llegaba a la fuente emisora.-

Con las comunicaciones por satélite ocurre una cosa diferente.- Ese es un dato de la realidad que el jurista debe tener ante sí, cuando propone soluciones.-

Como las señales que bajan del satélite hasta la Tierra no están, en general, dirigidas a un lugar del planeta en especial, sino que cubren toda su área de cobertura, no es posible interferirlas.- No se puede construir un paraguas sobre el territorio.-

De donde se sigue que, en el estado actual de la técnica, la única manera de impedir que entre una señal al territorio de un Estado, es interferir al satélite.- Crearle un "ruido" en la entrada.-

Pero una conducta tal sería gravísima, porque anularía el satélite y causaría perjuicios bien diferentes de la interferencia de radio que arriba consideramos.- La interferencia de un satélite sería una conducta internacional ilegítima, que crearía graves responsabilidades.- Sería, por lo pronto, un daño de los previstos en el "Convenio de responsabilidad" de 1972.- A más, la gama de reacciones o represalias que generaría una conducta tal, no son fácilmente calculables.-

El dato de la realidad nos está demostrando que una conducta ilegítima como la considerada nunca se ha utilizado.- Y sabemos que, aún en los pocos años de la actividad espacial, se han dado casos en que los Estados habrían dado una solución, si ésta hubiera estado en sus manos.-

b) El espacio aéreo fuera de la jurisdicción de los Estados.-

Cuando una señal procedente de un satélite llega a los espacios ubicados fuera de la jurisdicción de los Estados, la cuestión parece simplificarse.-

Basta afirmar que los Estados deben cumplir allí sus deberes internacionales de tolerar el tránsito, así como de respetar las normas de la UIT en materia de asignación de frecuencias.- Obviamente, desde esos ámbitos rige también la obligación jurídico-internacional de respetar el tránsito de las señales, y abstenerse de actos de agresión contra el satélite que emite.- Estas afirmaciones son válidas desde que, aún en los ámbitos no sometidos a la jurisdicción de los Estados, esta jurisdicción se ejerce, obviamente, a bordo de buques, aeronaves o plataformas.-

c) El espacio ultraterrestre.-

Las afirmaciones hasta ahora propuestas, son válidas en el espacio ultraterrestre.- Especialmente si tenemos en cuenta que el régimen jurídico de éste, a diferencia de los otros considerados, tiene particularísimas condiciones.- En el tratado que recoge los principios válidamente aceptados por el Derecho Espacial, se han convertido en normas de derecho positivo las que dan particular fisonomía a estos inmensos ámbitos del cosmos.- Así, está reconocido el derecho de tránsito, está prohibido reivindicar soberanía, es una exigencia la actividad pacífica, la responsabilidad de los Estados es internacional, etc. etc.-

Señalo a mis colegas en la reunión de Santo Domingo que no he hablado de "libertad de tránsito" sino de "derecho de tránsito".- Ello así por la corruptela actual de usar aquella frase hecha, que se origina en los países sajones y donde, generalmente, se entiende "libertad" como mera posibilidad.-

Al ser un derecho el tránsito, entra de lleno en el mundo jurídico, con todas las implicancias que ello conlleva.-

Así, parece conveniente recordar ahora la conclusión que obtuve, a mi propuesta, la reunión celebrada por la UNESCO y la Comisión Nacional de Investigaciones Espaciales de Argentina, en 1972, en materia de cooperación internacional.- Dijo el Seminario: "La cooperación internacional, a partir del Tratado del Espacio, es una obligación legal y condicionante de la licitud de la actividad cumplida en el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, incluidas las comunicaciones espaciales".- (Ver "Enseñanza del Derecho

Internacional, aplicado al espacio ultraterrestre y a las comunicaciones espaciales".- UNESCOCNE, 1972, pág. 79).-

No es éste el momento para detenernos a fundar en Derecho esta conclusión, pero la dejo como herramienta del trabajo de esta reunión, y en lo que pueda servir a las conclusiones.-

Pero, a mi entender, se hace evidente que, si tal cooperación internacional no puede ser lograda, al menos deberá ser ofrecida; y, lógicamente, tiende a una cooperación, es decir actividad en conjunto.-

d) El nuevo concepto del "espacio electromagnético".-

Para traer a esta reunión mis puntos de vista en la materia, nada me parece mejor que seguir mis razonamientos en un trabajo que titulaba: "El espacio electromagnético, reflexiones en torno a una idea pionera de Félix Fernández-Shaw".- Decía entonces:

I. Introducción

Entre el 27 y 28 de junio del pasado año 1985, organizamos en Córdoba, República Argentina, un "Simposio sobre la Comunicación Audiovisual Internacional", del que fue Director el Embajador de España en Uruguay, el profesor doctor Félix Fernández-Shaw.-

En esas circunstancias, entre muchas aportaciones novedosas, propuso a la consideración de la doctrina una idea pionera, que todos recibimos expectantes.- Habló del "espacio electromagnético".- La afirmación, por novedosa, parecía que debía ser repensada, y, en la meditación del gabinete, aceptada, rechazada, o enriquecer con nuevas aportaciones.-

No era la primera vez que Fernández-Shaw utilizaba este concepto. Ya antes había usado la expresión, aunque sin detenerse en la misma (ver Félix Fernández-Shaw, "Relaciones Internacionales y Medios Audiovisuales", Editorial Tecnos, Madrid, pág. 35).-

No obstante las reservas primeras durante aquel simposio, en el curso de los debates pareció conveniente reconocer, en principio, la entidad jurídica de ese ámbito.- Ya, en las conversaciones que mantuvimos con Fernández-Shaw en mi re-

fugio junto al lago, donde le alojaba, fuimos encontrando el andamio que la cuestión tenía, hasta el punto que la propusimos como una de las conclusiones del simposio.- Así, la conclusión 6 decía: "Debe reconocerse jurídicamente la existencia de un espacio electromagnético, distinto del espacio aéreo y del espacio ultraterrestre.- De ello ha de ocuparse el Derecho de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión".-

II. El espacio electromagnético

Si partimos de la realidad de orden físico de que el espacio es el continente de todos los objetos sensibles, se hace cierto que la división entre espacio aéreo y espacio ultraterrestre solamente responde a una diferencia de régimen jurídico de ellos.-

Y, en ese sentido, advertimos que el espacio aéreo ubicado sobre el territorio de un Estado está sometido a la soberanía del Estado subyacente.- Advertimos también que el espacio aéreo sobre la alta mar sigue el régimen jurídico de ella.- Y que el espacio ultraterrestre tiene un régimen jurídico distinto.-

Si así son las cosas, cabría preguntarse dónde se ubica, físicamente, el espacio electromagnético.- ¿Está en un lugar distinto que el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre, o se confunde con ellos? La pregunta parece que debe contestarse afirmando que se confunde con ellos.- Su existencia es una creación de la razón, a los fines de otorgarle un régimen jurídico propio.-

Partimos del razonamiento de afirmar que el espacio electromagnético es un concepto jurídico.-

El espacio electromagnético es el ámbito por donde discurren los fenómenos electromagnéticos.-

A esta altura del razonamiento parece conveniente confesar nuestra ineptitud para adentrarnos en la conceptualización de estos fenómenos.- Pero nuestro atrevimiento se apoya en la imposibilidad que la ciencia tiene actualmente para definir la naturaleza de estos fenómenos electromagnéticos.- No se sabe con seguridad en qué consisten, solamente se conocen sus consecuencias.- Hasta la fecha, no parece que se sepa qué es la luz.- Para intentar explicarla se utilizan concep-

tos diversos.- Unos dicen que son corpúsculos (Newton), otros afirmaron que son ondas (Huygens), y las teorías Einsteinianas han avanzado en el planteo de nuevas consideraciones, sin haber resuelto la cuestión.-

A los fenómenos electromagnéticos, en razón de su representación figurada, se les ha llamado "ondas electromagnéticas".- Estas ondas electromagnéticas, que se representan como sinusoidales, tienen una longitud y una frecuencia.- El conjunto de los valores de la amplitud sería, entonces, el espectro de amplitudes.- Y el conjunto de los valores de la frecuencia, constituiría el espectro de frecuencias (Conf. B.M. Yanoasky, A.D. Detlaf, "Manual de Física", Edit. Mir).-

En el espectro electromagnético caben las ondas electromagnéticas, que por su amplitud y su frecuencia van desde los rayos cósmicos, los rayos gamma, los rayos X, los rayos ultravioleta, hasta la luz visible, los rayos infrarrojos, las microondas (radio, TV, calor), las ondas cortas, medias y largas (radiodifusión), el ultrasonido, etc. (conf. Daniel Cohen, "La Comunicación Radiofónica", Editorial El Oeste).-

Por tanto, deberíamos entender por "frecuencia" el número de veces que ciertos fenómenos se repiten en una unidad de tiempo.- De donde las frecuencias electromagnéticas serán las generadas por fenómenos electromagnéticos.-

Como arriba dijimos, en esta nuestra incursión por campos que no conocemos, no parece conocerse la naturaleza íntima de estos fenómenos electromagnéticos.- Una simplificación haría decir que son vibraciones que se transmiten por un medio elástico.- Esta afirmación sería válida para las ondas sonoras que se transmiten por el aire.- Pero no resolvería el problema de la transmisión por el espacio ultraterrestre, donde la cohesión molecular es casi inexistente, el haber menos de una partícula (conocida) por centímetro cúbico.-

La Física mide estos fenómenos por sus consecuencias; y sobre estos datos de la realidad, establece valores convencionales de amplitud y frecuencia.-

En el estado actual del conocimiento sólo cabría afirmar que estos fenómenos electromagnéticos, que tienen capacidad de penetración en algunos cuerpos y que "rebotan" en determinadas condiciones o ante ciertas fuerzas (Cinturón de

Van Allen), ocupan, o pueden ocupar, todo el espacio.- Este discurrir o desplazarse significa un modo de ocupación.- Por esta razón, el salón de sesiones de estas Jornadas estará ocupado no solamente por los participantes del certamen científico, y los muebles allí ubicados, sino también por fenómenos electromagnéticos que no dejan ni un milímetro cúbico del espacio sin utilizar.- ¿De cuál espacio? Respondemos: del espacio físico del salón.- Espacio físico que es parte del espacio aéreo uruguayo, pero que, a los fines del Derecho, llamaríamos espacio electromagnético.-

Estos fenómenos electromagnéticos son actividad y desplazamiento.- El espacio que ocupan, o por donde se desplazan, o donde cumplen la actividad, es el espacio electromagnético.- Sabemos experimentalmente, por los datos de la Física, que el desplazamiento se realiza a una velocidad de 300.000 Km. por segundo.- Y sabemos que a su actividad y penetración no se oponen la mayoría de los cuerpos, los que son atravesados sin que el fenómeno se detenga.-

Pero ocurre que no todos estos fenómenos electromagnéticos son naturales, como el caso de la luz del sol, por ejemplo.- Muchos son provocados por el hombre para el cumplimiento de distintos fines.- Así, las llamadas ondas electromagnéticas de determinada amplitud y frecuencia, son generadas por el hombre como soporte o vehículo para transportar señales de telecomunicaciones.-

Y ese transporte de una señal puede circular por el espacio electromagnético con destino a un receptor individual o puede ser dirigido al público en general (caso de la radiodifusión).-

III. El espacio electromagnético y el Derecho

Una dificultad primera podría plantearse respecto a la superposición de este ámbito con otros ámbitos regulados por el Derecho: el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre.- Estos dos últimos, que necesariamente son vecinos ya que uno comienza donde termina el otro, tienen diferente régimen jurídico.-

El espacio aéreo, por estar sometido a la soberanía del Estado subyacente, tiene un régimen jurídico establecido por

los convenios internacionales y por la legislación doméstica de cada Estado.-

Tengo afirmado que esta regulación del derecho positivo actual es equivocada, por cuanto parte de la base de que la idea de soberanía sobre el espacio aéreo nacional es contraria al derecho de libre tránsito por ese espacio.- Como se sabe, y referido a la aviación, estas dos teorías se disputaron la definición de la naturaleza jurídica del espacio aéreo.- Cuando el Convenio de París de 1919 estableció el reconocimiento de la soberanía del Estado subyacente sobre su espacio aéreo, se entendió que había triunfado la teoría de la soberanía sobre la teoría de la libertad.- Cuando, posteriormente, el Convenio de Chicago, en 1944, consagra en su artículo primero este principio de la soberanía, con el agregado pintoresco de que es completa y exclusiva (como si se pudiera ser soberano a medias), la doctrina siguió entendiendo que se había refirmado el triunfo de la teoría de la soberanía sobre la de la libertad.-

Y con esa visión equivocada, las leyes de los países, con rara uniformidad, siguen exigiendo a las aeronaves extranjeras que obtengan un permiso previo del Estado subyacente para poder entrar en su espacio aéreo.-

Esta es la regulación del derecho positivo actual para el régimen jurídico del espacio aéreo, en materia de tránsito de las aeronaves.- Tengo sostenido que la interpretación de la teoría de la soberanía como contraria a la de libertad, es un equívoco (ver Manuel Augusto Ferrer (h), "Espacio Aéreo y Espacio Superior", Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1971).-

El régimen jurídico que actualmente tiene atribuido el espacio aéreo nacional en todo el derecho comparado vigente, es injusto, porque violenta el "jus communicationis" que fundamentara, para gloria de España, el fundador del derecho Internacional, Fray Francisco de Vitoria.-

Por las razones ya dichas, si bien es cierto que el régimen jurídico del espacio aéreo está especialmente pensado respecto al tránsito de aeronaves, vemos que no resulta apropiado para el Derecho de las Telecomunicaciones.-

En cambio, el régimen jurídico atribuido al espacio ultraterrestre parece conveniente al Derecho de las Telecomunicaciones.-

Pero, como de suyo y por su naturaleza, las Telecomunicaciones discurren por el espacio aéreo de los Estados, parece conveniente apoyarse en la idea de Félix Fernández-Shaw y perfeccionar el concepto del espacio electromagnético.-

No puede afirmarse válidamente que, por el hecho de que las telecomunicaciones discurren por el espacio aéreo de un Estado ellas deban estar sometidas a sus leyes que regulan el discurrir de otros vehículos como son, por ejemplo, las aeronaves.-

El hecho de que una propiedad o un edificio de departamentos ocupe el espacio aéreo de un estado no significa que las reglas del condominio de ese edificio se regulen por las leyes del espacio aéreo.-

Eso parece claro.- La dificultad surge cuando se considera que ese espacio electromagnético se confunde con el espacio aéreo de un Estado donde este Estado tiene competencia territorial.- Y por tener competencia territorial sobre ese ámbito físico, le está sometido a su jurisdicción, como consecuencia de su soberanía.-

IV. La idea de frontera

Avancemos en el razonamiento.- Es evidente que un Estado, para lograr su fin de satisfacer el bien común de su población, debe avanzar con el poder de su soberanía hasta donde fuera necesario.- Pero, ocurre que el Estado vecino, por iguales razones, debería llegar con el poder de su soberanía hasta donde fuese también necesario.- De allí surge la idea de frontera, como límite natural a las competencias de todos los Estados.- Así, serán los Estados soberanos fronteras adentro, e independientes, fronteras afuera.-

En un seminario jurídico que se realizó en ocasión de la II Conferencia Mundial de Uniones de Radiodifusión, en Río de Janeiro, propusimos, y así lo resolvió el Seminario, que el espectro de frecuencias era un recurso natural de la humanidad, y que la comunidad internacional había entregado para su gobierno a uno de sus órganos, la Unión Internacional de Telecomunicaciones.- Ella repartía las frecuencias entre los

Estados, los que solamente las administraban por delegación.- Este es el concepto de lo que entonces se aprobó, y no lo citamos textualmente.-

Lo que entonces teníamos en mente, es lo que estamos afirmando hoy.- que este espectro de frecuencias fue una denominación equivocada, pero que se estaba refiriendo, en realidad, a los fenómenos electromagnéticos que sirven de soporte a mensajes que el hombre envía.- Por Derecho natural, el hombre tiene derecho al libre desplazamiento tanto sea de su persona, como de sus mensajes.- Ese "Jus Communicationis" halla su causa primera en la igual dignidad de la persona humana.- Ahora, ajustando el pensamiento, debemos reconocer que el llamado espectro de frecuencias es, como el espacio electromagnético que le da cabida, un "res communis humanitatis".- Cuando decimos cosa común de la humanidad estamos predicando acerca de la propiedad, ya que, si nos referimos al uso de esa cosa común, deberemos reconocer que es una "res communis usus".-

Así las cosas, el espacio electromagnético, por ser una "res communis humanitatis", es un recurso natural de la humanidad cuyo uso ha sido encomendado por la comunidad internacional a uno de sus órganos, la UIT, para que ella distribuya entre los Estados las asignaciones de esos fenómenos electromagnéticos llamados "frecuencias".-

De esta suerte, el espacio electromagnético es un recurso natural de la humanidad, que existe en su dominio antes de que los hombres se organizaran en divisiones políticas llamadas Estados.- En este orden de razonamiento, el dominio de este recurso natural no se habría entregado a los Estados.- Coincidente con este razonamiento, en los hechos, la comunidad internacional ha creado un organismo internacional, la UIT, que administra este recurso natural (administra el uso) y que por delegación a los Estados (simples administradores, por tanto), les asigna la parte de recursos que pueden usarse dentro de su territorio de competencia jurisdiccional.-

De esta suerte, vemos que, si bien es cierto que parte del espacio electromagnético se confunde con el espacio aéreo de los Estados, dentro del límite de la jurisdicción de éstos, hay una verdadera frontera entre la competencia territorial

del Estado y el espacio electromagnético, "res communis humanitatis".-

Y esa frontera pone un límite, como toda frontera política, a la competencia jurisdiccional del Estado.-

Por ello podría también afirmarse que todos los Estados son vecinos del espacio electromagnético, pero ninguno podría, en Derecho, transformar esa vecindad en apoderamiento.-

No es éste el momento ni la ocasión de entrar en el apasionante problema de la regulación jurídica integral de este ámbito.- Han sido éstas solamente reflexiones que nacieron a sugerencia de las inquietudes de mi amigo Fernández-Shaw.-

Queda muchísima tarea por hacer.- Incluso han quedado insinuadas algunas líneas de pensamiento, como la novedad orgánica y la especialidad de los principios que deben regir la actividad en este espacio electromagnético, que pueden servir de base al reconocimiento de la autonomía de Derecho de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión.

III. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

a) INTELSAT.-

El primer sistema se inició como provisional, con los Acuerdos de Washington de 1964, "Sistema Comercial Mundial de Comunicaciones por Satélites" y que ahora se rige por los acuerdos definitivos de Washington de 1971, que han institucionalizado la "Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélites", INTELSAT.-

Estos acuerdos provisionales sirvieron para dar comienzo a la actividad de este consorcio internacional.- En razón de que no se organizó en el marco de las Naciones Unidas ni en conferencia convocada por la UIT, así como por el fuerte predominio de estados Unidos en el Sistema, estos acuerdos fueron objeto de numerosas críticas.- (Al respecto véase nuestro informe del relator, los trabajos presentados y los debates habidos en las III Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial, organizadas por la Universidad del

Salvador, Buenos Aires, 1969, en el tomo que recoge la actividad de estas Jornadas, Tercera Sesión de Trabajo, pág. 181 en adelante).-

No vamos a detenernos ahora en el estudio de los acuerdos provisionales o interinos, como también se los ha llamado, pero podemos destacar que, todas y cada una de las críticas que se recogieron en las Conclusiones de las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial, realizadas en Buenos Aires en 1969, han venido a quedar recogidas en los acuerdos definitivos que hoy estructuran a INTELSAT.- En el mismo sentido, y ya que ése parecía ser un pensamiento común iberoamericano, las conclusiones de las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho aeronáutico y del Espacio, realizadas en Quito, en junio del año 1970 (IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, junio de 1970, edición de Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1971; en la pág. 242 figuran las conclusiones en el tema "Situación actual y desarrollo futuro de los Acuerdos para el establecimiento de un régimen aplicable a un sistema comercial mundial de telecomunicaciones por satélites de 1964").-

La primera conferencia convocada para lograr estos acuerdos definitivos fracasó en febrero de 1969, ya que estaban decididamente en pugna distintos criterios (véase Félix Fernández-Shaw, "intelsat: los Acuerdos de Washington de 1964 y de 1971" estratto da "Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni", anno IV, 1972, pág. 11 y sig., así como la enunciación de los distintos satélites activos y pasivos operados por Intelsat).- Pero finalmente se lograron conciliar las posiciones extremas, y el 20 de agosto de 1971 se firmaron los acuerdos definitivos.- Ellos son: un Acuerdo Intergubernamental en virtud del cual se establece la Organización Internacional de Comunicaciones por Satélite (INTELSAT), al que se le denomina Acuerdo.- Este acuerdo viene a ser el Tratado Marco que funciona en el plano del Derecho internacional general, y un Acuerdo Operativo que funciona dentro del marco de Derecho Internacional particular que crea el Acuerdo, al que se llama Acuerdo Operativo.-

En razón de que el art. 1º del Acuerdo está destinado a las definiciones, es en el art. 2º donde se establece la organiza-

ción internacional INTELSAT, cuyo fin principal es "continuar y perfeccionar sobre una base definitiva la concepción, desarrollo, construcción, instalación, mantenimiento y explotación del segmento espacial del sistema comercial mundial de telecomunicaciones por satélite, establecido conforme a las disposiciones del Acuerdo Provisional y del Acuerdo Espacial".- En el inciso siguiente de este artículo se establece, lo mismo que existía en los acuerdos provisionales, que "cada estado parte firmará o designará una entidad de telecomunicaciones pública o privada, para que firme el Acuerdo Operativo".- Igual que antes, las relaciones entre el Estado y la entidad se registrarán por la ley nacional aplicable.

El art. 3º establece genéricamente que "INTELSAT tendrá como objetivo primordial el suministro, sobre una base comercial, del segmento espacial necesario para proveer a todas las áreas del mundo y sin discriminación, servicios internacionales públicos de telecomunicaciones de alta calidad y confianza".- También se establece que tendrán el beneficio las áreas de un mismo país que estén separadas por jurisdicciones de otro Estado, por el mar, y áreas que no estén comunicadas entre sí mediante estaciones terrestres de banda ancha y separadas por tales accidentes geográficos, que impidan la instalación de las mismas.- Así, por ejemplo, España tiene un alto porcentaje de participación, debido a la intensa utilización del satélite para poder llegar diariamente a las Islas Canarias.-

Una de las sustanciales modificaciones que se introducen a los acuerdos provisionales en éstos definitivos es que, en el Acuerdo cada Estado tiene un voto, y que en lugar de un consorcio, es una organización internacional con personalidad jurídica y plena capacidad, según lo establece el art. 4º.-

El art. 5º establece los principios financieros de los que resulta que INTELSAT es la propietaria del segmento espacial y de los demás bienes adquiridos por INTELSAT.- Debemos recordar que, según la definición del art. 1º, "segmento espacial" designa "los satélites de telecomunicaciones, las instalaciones y los equipos de seguimiento, telemetría, telemando, control, comprobación y demás conexos necesarios para el funcionamiento de dichos satélites".-

Se establece también que el interés financiero en INTELSAT de cada signatario del Acuerdo operativo será una participación de inversión equivalente a un porcentaje de la utilización total del segmento, espacial de INTELSAT por todos los signatarios.-

Esta también es una innovación importante respecto a los acuerdos provisionales.- En aquellos acuerdos el interés financiero de cada signatario era en base a la participación que su país tenía en el tráfico mundial de las telecomunicaciones.- Ahora, en cambio, cada signatario tiene una participación en la empresa que está en proporción al uso que él haga del sistema INTELSAT.-

Por eso es que la participación de Estados Unidos, que en los acuerdos provisionales era bastante superior al 50%, en la actualidad solamente llega alrededor del 33,6%.-

El art. 6º determina la estructura de INTELSAT, que está constituida por los siguientes órganos: 1) La Asamblea de Partes, 2) la reunión de signatarios, 3) la Junta de Gobernadores y 4) un órgano ejecutivo, responsable ante la Junta de Gobernadores.- cada uno de estos órganos tiene funciones propias y el convenio prevé que no deberá dificultar ni interferir las funciones de otro órgano.- Parecería que el de más alto nivel, por su naturaleza y las funciones que tiene, así como el derecho que le acuerda el punto 6 del inciso 1) del art. 7º, es la Asamblea.

Ya hemos visto que la reunión de signatarios es la reunión de las entidades de cada país designadas por éste para que lo represente.- En el caso de Argentina es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL) y en el caso de los Estados Unidos es COMSAT.- Esta entidad, que no participa de los caracteres diferenciados en nuestro derecho de los tipos de sociedades clásicas, aunque se acercaría a las empresas de economía mixta, fue prevista por el presidente de los Estados Unidos, que era en 1962 el presidente Kennedy, mediante la "Communications Satellite Act" que dio nacimiento a la Communications Satellite Corporation (COMSAT), creada en junio de 1964, controlada por el gobierno de los Estados Unidos.- La mita de las acciones ordinarias fueron suscriptas por las empresas de telecomunicaciones, fueran éstas transportadoras de señales, radiodifusoras, fabricantes de imple-

mentos del ramo, etc., y la otra mitad por accionistas privados que quisieran suscribir.-

Este consorcio, en los acuerdos provisionales, asumía las funciones de gerente del sistema.- En los acuerdos actuales hay un Director General que emplea a más de 600 personas procedente de aproximadamente 60 países, y se ocupa de las actividades cotidianas de INTELSAT.- Forman parte del personal de INTELSAT ingenieros, contadores y expertos en las esferas de adquisiciones, relaciones públicas y externas, derecho, personal y formación.-

La sede de INTELSAT está en Washington, D.C., con nuevas instalaciones inauguradas en abril de 1985 por el Sr. Abdou Diouf, Presidente del Senegal; además INTELSAT tiene oficinas auxiliares en California y el Reino Unido.- El Director General de INTELSAT es el Sr. Richard R. Colino, quien informa a la Junta de Gobernadores y es el representante legal de la organización.-

La Junta de Gobernadores está legislada por los arts. 9º y 10º.- Tendrá hasta veinte miembros, que actualmente son los catorce mayores inversores de acuerdo a la utilización del sistema INTELSAT, más los miembros que, sumados, llegan al porcentaje del 14, más los que representen áreas geográficas de la UIT, no pudiendo éstos ser más de cinco.- En la votación, cada gobernador tiene una participación de voto igual a la parte de participación de inversión del Signatario que representa.-

La solución de controversias está dispuesta en el art. 17, que remite, genéricamente, a las disposiciones del Anexo C del Acuerdo, donde se establece el arbitraje obligatorio para las cuestiones que surjan, así como el procedimiento.- Nos place destacar que el primer presidente de estos tribunales de arbitraje del INTELSAT fue nuestro compañero de tareas y generoso amigo Aldo Armando Cocca.-

El Acuerdo operativo se firma juntamente con el Acuerdo y su suerte está ligada a la de éste.- Se determinan en este Acuerdo Operativo los porcentajes de inversión de cada signatario, una vez por año, estableciéndose así un sistema más flexible que el de los acuerdos provisionales.-

La participación de cada signatario no puede ser inferior al 0,05 por ciento, se fija un tupe de capital de quinientos millones de dólares, pudiendo la Junta de Gobernadores ampliarlo hasta un diez por ciento y requiriéndose la decisión de la reunión de signatarios para ampliaciones mayores.- Se establecen también normas sobre adquisiciones, la propiedad de las patentes, etcétera.-

Es de destacar que, en los primeros años, todos los ingresos de INTELSAT procedían de los servicios telefónicos internacionales, dependientes de entidades públicas.- En este decenio, el rápido aumento de los servicios comerciales y de televisión ha hecho que éstos representen una proporción cada vez mayor de los ingresos.-

Hoy INTELSAT está arrendando transpondedores, con los cuales los usuarios pueden acceder al satélite y enviar su mensaje según necesidades.-

Hoy más de cien países de la Tierra son miembros del consorcio INTELSAT, que lo utilizan para sus comunicaciones internacionales, así como las domésticas mediante la locación de transpondedores.-

Es un servicio excelente, tanto desde el punto de vista técnico, como comercial.- Es eficiente.- No obstante, no debería descuidarse que, mediante los mecanismos afortunadamente previstos en la UIT, este organismo, con la fuerza que tiene, quiera convertirse en monopolio.- De hecho está actuando como una suerte de monopolio.- Por esa razón, debe ponerse cuidado en que las asignaciones de frecuencias espaciales y de posiciones orbitales que sean solicitadas por países en nombre de particulares, no sean observadas, como forma de impedir la competencia.-

b) INTERSPUTNIK.-

Este sistema de comunicaciones por satélites sirvió a la región política de los países del este.-

El 15 de noviembre de 1971 se firmó en Moscú el "Acuerdo sobre la creación de un sistema internacional y organización de las telecomunicaciones espaciales "Intersputnik".-

Anteriormente, en agosto de 1968, los gobiernos de Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, Hungría, Mongolia, Polonia,

Rumania y la Unión Soviética transmitieron a las Naciones Unidas un proyecto de acuerdo para el establecimiento de estos sistemas.-

El convenio vigente ha sido firmado por Bulgaria, Hungría, República Democrática Alemana, Cuba, Mongolia, Polonia, Rumania, Checoslovaquia y la Unión Soviética.-

El objeto del acuerdo de conformidad con el art. 1º, es "Crear un sistema internacional del servicio de telecomunicaciones por satélites artificiales de la Tierra" y, a fin de asegurar la colaboración y coordinación de esfuerzos en la elaboración de proyectos, creación, explotación y desarrollo del sistema de telecomunicaciones, las partes contratantes instituyen una organización internacional "Intersputnik", llamada la "organización".-

La sede estará en Moscú y es una organización internacional abierta, sin ser condición que los firmantes sean miembros de la UIT.-

El sistema comprenderá, como elementos integrantes, de conformidad con el art. 4º, el complejo espacial, o segmento espacial, que abarca los satélites de telecomunicaciones con los retransmisores o respondedores, dispositivos de a bordo y sistemas de comando terrestres que aseguren el funcionamiento del satélites artificiales de la Tierra.- El complejo espacial es de propiedad de la organización o se alquila entre los Estados miembros que lo posean.- Las estaciones terrenas son de propiedad de los Estados o de las organizaciones de Explotación privada reconocidas.- Pueden incorporarse estaciones terrenas si éstas cumplen los requisitos de la organización.- Los satélites de comunicaciones que sean propiedad de la organización serán lanzados y operados por los miembros que estén en condiciones de hacerlo, sobre la base de contratos ente la Organización y sus miembros.-

Como se echa de ver, el sistema Intersputnik parece más sencillo en el texto del Acuerdo que el de Intelsat, pero, como acabamos de referir, se dejan varias cuestiones para ser resueltas con posterioridad.-

El sistema INTERSPUTNIK estableció tres etapas:

a) Etapa de trabajos de ensayo efectuados por los miembros de la Organización en sus estaciones terrenas mediante

el uso de canales de comunicación facilitados a título gratuito por la URSS, hasta 1973.-

b) Etapa de los trabajos con aprovechamiento de las vías de telecomunicación a bordo de los satélites a título de locación.-

c) Etapa de explotación comercial del sistema de telecomunicaciones con aprovechamiento del complejo espacial propiedad de la Organización o alquilado entre sus miembros.- Esta etapa tendrá lugar cuando la Organización o alquilado ente sus miembros.- Esta etapa tendrá lugar cuando la Organización haya creado el complejo espacial o lo haya alquilado y sea económicamente razonable.- Hoy vive ya esta tercera etapa.-

Como acabamos de ver, el sistema INTERSPUTNIK tiene prevista una explotación comercial de las comunicaciones por satélite.- Por eso, la Comisión de Control que se crea tiene que fiscalizar las actividades financieras de la organización (art. 12), y en ese mismo artículo se prevé la distribución de beneficios, y el art. 15 inc. 9, establece el destino de la ganancia proveniente de la explotación.-

Compartimos el criterio de los países socialistas firmantes del acuerdo, de que el sistema tiene que ser comercial, así como compartimos que tenga previsto que los servicios puedan ser alquilados a otros usuarios (art. 16, inc. 2º).-

Por eso es que no podemos compartir las críticas que se han hecho a los acuerdos de INTELSAT por la naturaleza comercial del sistema, que se decía era atentatorio del principio del libre acceso.-

Opinamos que este procedimiento del convenio INTERSPUTNIK, así como el de INTELSAT, es una real forma de hacer efectivo el principio de la obligatoriedad de la cooperación internacional, así como del principio de que la actividad sea de beneficio para la humanidad.- Pero ya tenemos dicho que cooperación es cooperación y que no es legítimo que nadie, sea Estado o sujeto individual, pretenda enriquecerse sin causa.-

Se establece también que la Organización coordinará sus actividades con la UIT, y se establecen los órganos que tendrá: a) un órgano de administración, compuesto de un repre-

sentante de cada miembro de la Organización; b) una dirección, que será el órgano ejecutivo y administrativo permanente encabezada por un director general, y c) una comisión de contralor.-

Se establecen aportes que no se indican a cuánto ascenden y que se determinarán, en su momento, en un protocolo especial.- Ese fondo estará compuesto de contribuciones que se calcularán en base a la utilización de los canales de comunicación.-

Actualmente, hay más países miembros, ya que lo integran Afganistán, Bulgaria, Cuba, Checoslovaquia, Hungría, Mongolia, Polonia, República Democrática Alemana, República Democrática Popular de Laos, República Popular Democrática de Corea, Rumania, URSS, Viet Nam y Yemen Democrático.-

Originalmente operaba con los satélites Molnya, de órbita elíptica, lo que creaba problemas de funcionamiento.- Hoy lo hace con satélites geoestacionarios Statsionar-4, sobre el Atlántico, y Statsionar-13, sobre el Índico.-

Debe agregarse que, desde el primero de enero de 1983 el sistema funciona comercialmente.-

c) INMARSAT

Esta organización internacional, abierta a todos los países, se estableció para satisfacer necesidades de comunicaciones fiables en la actividad marítima.- Las anteriores maneras de comunicación radial, reconocían los defectos de demoras e interferencias que eran causadas por las condiciones meteorológicas o las lógicas interferencias que se producían en un espectro muy saturado.-

Por iniciativa de la OMI en los años 1975/76 se convocaron a conferencias diplomáticas para resolver el problema.- Así se aprobaron en Londres, en septiembre de 1976, los instrumentos que dieron nacimiento a la organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélites.-

Siguiendo el sistema del tratado marco que ya había rendido excelentes frutos en INTELSAT, se aprobaron entonces dos instrumentos internacionales: uno, la Convención sobre

INMARSAT, y otro, el Acuerdo Operativo, que entraron en vigor en julio de 1979.-

El objeto es suministrar el segmento espacial necesario para mejorar las comunicaciones marítimas, de manera de facilitar la transmisión de llamadas de socorro, y las comunicaciones sobre cuestiones de seguridad, la eficiencia y administración de los barcos y la capacidad de radiodeterminación.-

La organización está facultada para arrendar el segmento espacial y debe prestar comunicaciones marítimas en toda las zonas del mar.-

Su segmento espacial puede ser utilizado por buques de todas las banderas, y debe actuar exclusivamente con fines pacíficos.-

Tiene su sede en Londres y la integran más de 40 países, entre ellos la Argentina, Brasil, Chile, España, etc.-

INMARST tiene personería jurídica y es responsable de sus actos.- En este punto se produjo, en las conferencias diplomáticas, una de las varias situaciones difíciles a sortear.- La Unión Soviética no aceptaba la responsabilidad de los gobiernos de las obligaciones emergentes del Acuerdo Operativo o de explotación.- Estados Unidos y Japón propugnaban este punto de vista.- Finalmente, dice MAUREEN WILLIAMS, "se llega a una solución de compromiso.- El resultado fue, como ha dado en llamarse, una organización híbrida, en parte de naturaleza privada y en parte pública... Inmarsat constituye un raro ejemplo de organización intergubernamental comercial" (ver Maureen Williams, "El Derecho Internacional del Mar y los Satélites de Comunicaciones", en Anuario Argentino de Derecho Internacional I- 1983, pág. 166).-

INMARSAT funciona con tres órganos:

a) La Asamblea de los representantes de los Estados firmantes, la que se reúne cada dos años.- Debe examinar las actividades, las finalidades, la política general y los objetivos a largo plazo de INMARSAT y la formulación de recomendaciones al Consejo.- En esta Asamblea, cada Estado tiene un voto.-

Durante la negociación del Convenio, la determinación de los poderes de la Asamblea fue de los temas conflictivos, ya que debemos recordar que en ella rige la fórmula "un Estado-un voto".-

Siguiendo el excelente trabajo de Maureen Williams, puede afirmarse: "Hubo una diferencia tajante al respecto.- Los países europeos, el bloque soviético y los países en desarrollo, consideraban que la misma debería ser el órgano supremo de la organización, debiendo las decisiones del Consejo estar siempre sujetas a las decisiones de la Asamblea.- Estados Unidos y el Japón, por el contrario, entendían que la Asamblea no podía tener poder de decisión, debiendo, por lo tanto, limitarse sus poderes.- El resultado fue una solución de compromiso entre ambas posiciones, aunque se nota una ligera inclinación hacia la segunda, puesto que la Asamblea sólo puede expresar sus puntos de vista sobre la política general y los objetivos a largo plazo, mientras que el Consejo simplemente debe tener en cuenta las recomendaciones de la Asamblea al tomar sus decisiones en áreas funcionales (ver Silvia Maureen Williams, op.cit.).-

b) El Consejo.- Consta de representantes de los Signatarios o grupos de signatarios.- Dieciocho por los que tienen mayores aportaciones de capital y cuatro elegidos por la Asamblea en base a una equitativa distribución geográfica.- La formulación de la política de INMARST es función del Consejo.- Los Signatarios tienen en el Consejo un poder de voto equivalente a los aportes de capital, estando previsto que ningún signatario puede tener derecho a más de 25% de participación en la votación.-

c) La Dirección.- Está a cargo de un jefe ejecutivo, con el título de Director General; responde ante el Consejo y es el representante legal de la organización.-

d) OTROS SISTEMAS

d 1) ARABSAT.- Esta organización internacional que lleva el nombre de Organización Árabe de Comunicaciones por Satélites, está integrada por los servicios de Correos y Telecomunicaciones, que se coordinan en la Unión Árabe de Telecomunicaciones.- Los miembros de la Liga de los Estados Árabes la crearon por medio de la Carta de ARABSAT,

firmada en abril de 1976.- Está compuesto por 22 miembros y la sede se encuentra en Riad.-

El objetivo es establecer y mantener un sistema regional de telecomunicaciones para la región árabe.-

Está equipado para proveer a nivel regional y nacional servicios de telefonía, telegrafía, télex y transmisión de datos, televisión regional y nacional y televisión comunitaria.-

ARABSAT está compuesto por tres órganos principales: La Asamblea, que integran los Ministros de Correos, Telégrafos y Telecomunicaciones de los países signatarios.- La Junta de Directores, que se constituye con nueve miembros, de los cuales cinco representan a los signatarios que aportan mayor cantidad y son permanentes, y los cuatro restantes son elegidos por la Asamblea General cada dos años.-

Completa el sistema el Órgano Ejecutivo, presidido por un Director General, que es el jefe y representante legal de la organización internacional.-

El sistema está compuesto por satélites geoestacionarios.- El ARABSAT 1 a fue lanzado por el cohete Ariane en febrero de 1985 y el ARABSAT 1 b por el Transbordador Espacial de los EE.UU. en junio de 1985.- El sistema comenzó a funcionar en ese mismo año.-

d 2) EUTELSAT.- La Organización Europea de Satélites de Telecomunicaciones tiene por objetivo el diseño, el perfeccionamiento, la construcción, el establecimiento, la explotación y el mantenimiento del segmento espacial del sistema o los sistemas europeos de comunicaciones por satélites.-

Esta organización internacional fue establecida en mayo de 1977, por diecisiete organizaciones europeas de telecomunicaciones o agencias de operaciones privadas reconocidas por la Conferencia Europea y de organizaciones de Correos y Telecomunicaciones.- Tenía forma provisional.- Y se constituyó definitivamente el 1º de septiembre de 1985, con la entrada en vigor de sus instrumentos: la Convención Intergubernamental y su Acuerdo Operativo.- La sede está en París y tiene veintiséis miembros, incluida la Ciudad-Estado del Vaticano.- La organización opera con los satélites EUTELSAT en órbita geoestacionaria.- El segmento espacial del sistema se utiliza para tráfico telefónico, transmisiones de

televisión a redes de cable (servicios de arriendo y transpondedores), la Red Eurovisión de la Unión Europea de Radiodifusión, datos, servicios comerciales de comunicaciones.- Esta organización prevé para principios del próximo decenio, sistemas de radiodifusión directa por satélites, tema al que más adelante nos referiremos.-

d 3) Sin que se agote la cuestión, debemos mencionar sistemas nacionales como los de TELESAT en Canadá, BRASILSAT en Brasil, MORELOS en México, y todos los existentes en los Estados Unidos de Norteamérica.-

e) EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1974

En cuanto al preámbulo, y aun admitiendo que nos ubicamos entre quienes creen en la obligatoriedad de sus cláusulas, debemos reconocer que el agregado que se ha hecho al quinto párrafo no puede interpretarse como que el Convenio de Bruselas reconozca la obligatoriedad del Convenio Internacional de Telecomunicaciones y su Reglamento de Comunicaciones, ni la Convención de Roma de 1961.- Esta disposición que comentamos no es imperativa.- Debemos interpretarla como explicativa de que los Estados firmantes de este Convenio de Bruselas son conscientes de que no se deben debilitar los acuerdos internacionales vigentes; entre ellos se menciona únicamente el Convenio Internacional de Telecomunicaciones.- Y luego agrega que también son conscientes de que no se debe "impedir en absoluto una adhesión más copiosa a la Convención de Roma..." La referencia a la Convención de Roma, que criticamos, creemos que se debe interpretar como que los Estados firmantes de este Convenio de Bruselas son conscientes de su obligación internacional de respetar el principio de no intervención en los asuntos internos de otro Estado.- Los Estados soberanos son quienes deciden adherir o no a un convenio y, por virtud del principio de igualdad de los Estados, tampoco puede interpretarse esta referencia al Convenio de Roma como que unos estados están aconsejando a otros la conveniencia firmar una convención internacional.-

El art. 1º establece las definiciones.- Debe señalarse que la definición de "programa" es buena, y es la que habíamos aconsejado entre las variantes posibles que preveía el texto

de Nairobi.- Al establecer que es todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, se ha optado por la mejor solución.- Ella es coincidente con la doctrina argentina en el sentido de no limitar únicamente a la televisión la radiodifusión por satélite.- Con esta redacción queda protegida también la emisión del organismo de origen que solamente contenga sonidos.-

Las otras cuestiones del art. 1º, aun las innovaciones que la Conferencia Diplomática de Bruselas introdujo al convenio, no creemos que vayan a crear cuestiones de interpretación.-

No obstante, podemos referirnos brevemente al concepto de "señal emitida" y al de "señal derivada".-

"Señal emitida" es toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él; esta señal está protegida por el Convenio contra su utilización sin autorización del organismo de origen.-

En cambio, "señal derivada" es toda señal obtenida por la modificación de las características técnicas de la señal emitida, haya habido o no una fijación intermedia o más, según establece el inc. 5º del art. 1º.- De ello se sigue que la "señal derivada" no requiere para su conceptualización el hecho de que haya habido como mínimo una fijación intermedia.- Puede decirse, en general, que en la mecánica del Convenio la "señal derivada" es la "señal emitida" luego de que esta última ha pasado por la estación terrena llegando a un distribuidor.- La "señal derivada" está también protegida por el Convenio.-

El art. 2º del Convenio firmado en Bruselas tiene algunas modificaciones respecto al proyecto que llegó a esa conferencia diplomática.- En primer lugar cambia de ubicación, ya que en el proyecto era art. 1º.- Juzgamos acertada esta modificación por las razones que ya tenía adelantadas la European Broadcastings Union (EBU).-

Otra innovación del Convenio en este artículo es respecto a la limitación en el tiempo de la duración de la protección de la señal.- En el proyecto se preveían veinte años; en cambio el texto aprobado establece que aquella duración será fijada por las leyes nacionales de cada Estado.- La solución no es

objetable, aunque debe reconocerse que atenta contra las ventajas de la ley uniforme.-

El otro comentario que merece el art. 2º es relativo a la disposición del inciso tercero, que establece la no aplicabilidad del Convenio a la distribución de señales derivadas procedentes de señales ya distribuidas por un distribuidor al que las señales emitidas estaban destinadas.-

Esta disposición puede tener un doble ángulo de enfoque, al referirse a distintas posibles situaciones.- La primera, cuando la señal derivada es enviada por un "distribuidor" a quien estaba destinada la señal emitida, mediante coaxil o microondas, a otra estación para su distribución al público en general, o a ese mismo público mediante repetidoras.-

En este primer caso no parece haber cuestiones de interpretación, ya que el derecho de propiedad que se ha buscado proteger en el Convenio encuentra acabada protección, a condición, por supuesto, de que los países tengan normas domésticas de protección.-

La otra posible situación es que el "distribuidor" envíe la señal derivada mediante cable a un público limitado de abonados.- Si ese cable recorre exclusivamente el territorio nacional, no parece haber cuestión.- La dificultad vendría del hecho de que el cable cruzara la frontera y llegase a otro Estado.-

En este caso se hace evidente que, si un país considera ilegítimo este verdadero apoderamiento sin causa legal de los derechos de otro, deberá tomar medidas para impedir que un cable pase sus fronteras, como forma para impedir la distribución de esas señales dentro de su territorio.- Para eso tienen procedimientos que nada tienen que ver con este Convenio.- Y la interpretación que hacemos tiene su fundamento, no en las disposiciones del inciso tercero que estamos comentando, sino en la norma del inciso primero de este art. 2º que se refiere a la distribución en o desde su territorio.-

El art. 3º del Convenio no creemos que pueda crear problemas de interpretación, aunque no se ve claramente la salvedad de que la señal sea emitida en nombre del organismo de origen.- El sistema del Convenio trata de proteger al organismo de origen, por eso es que no aparece clara esta

previsión.- De todas maneras, en los casos de radiodifusión directa, la intención del organismo de origen es que su señal llegue a todo el cono de iluminación.- Al menos en el estado actual de previsión posible, parece que una norma como la comentada no creará problemas, aunque desde ya podemos imaginar situaciones en que se torcería la voluntad del radiodifusor por satélites de recepción individual.- Estas razones habrían jugado para la discusión del Convenio, pero no en el estado actual de norma legislada.- Por ello nos abstenemos del comentario de la situación de *lege ferenda*.-

El art. 4º puede traer problemas de interpretación, ya que prevé que el Convenio no es aplicable en los supuestos de distribución por un distribuidor a quien no está destinada la señal emitida, para los casos de breves fragmentos con finalidad informativa, los casos de citas con propósito informativo o para los casos, en los países en desarrollo, en que tenga propósitos de enseñanza o de investigación científica.-

Tenemos dicho que pueden generarse cuestiones de interpretación, las que podrían dirigirse a atacar las bases mismas del Convenio.- Esta afirmación podría ser hecha alegando que este instrumento es contrario al Tratado del Espacio o a la costumbre internacional en derecho Espacial, y, por ese camino, abrir la puerta a las violaciones del Convenio, entrando justamente por este art. 4º al ámbito de su violación.-

Así, podría alegarse que el Convenio es contrario al Tratado del Espacio, porque violenta la obligación de la cooperación internacional.- Y en este sentido, alegar que el Estado donde está asentado el organismo de origen tolera que éste realice un tratamiento discriminatorio con radiodifusores de otros Estados, cuando elige a determinados distribuidores excluyendo a otros.-

Pero estos argumentos son falsos.- Y si pretendieran ejercitarse, al buscar quebrar el sistema del Convenio, irían principalmente en contra de los países en desarrollo, como explicaremos más adelante.-

Afirmamos que el Convenio no está en contradicción con el Tratado del Espacio, en tanto ley internacional, ni está en contradicción con la Resolución 1721 de la Asamblea General de las Naciones Unidas -que es una *opinio juris generalis*, según Bing Chen.- No debe descartarse que sea una costum-

bre internacional instantánea en la opinión de Manfred Lachs, que tiene, a nuestro juicio, la obligatoriedad que le reconocen Eugène Pépin o Julio Barboza.-

Según tenemos dicho en reiteradas oportunidades, la cooperación internacional es una obligación legal, a partir del Tratado del Espacio, y condicionante de la licitud de desplazamiento de un vehículo por el espacio superior.- Pero esta obligación de cooperación internacional no está quebrada por el Convenio que estudiamos.- Sabemos que la cooperación internacional es una cooperación, es decir, una operación en conjunto.- No es ni puede ser entendida como una dádiva que vendría a quebrar el principio que veda el enriquecimiento sin causa.-

El art. 4º del Convenio no concreta el principio de la cooperación internacional, sino que establece otra cosa: las facilidades de uso de parte de la señal que los Estados han creído legítimo permitir, pero fundados en otros principios distintos al de la cooperación internacional.- Por ello es que no puede afirmarse que el Convenio violenta el sistema del Tratado del Espacio.-

Tampoco violenta el principio de la Resolución 1721 de las Naciones Unidas.- Como se sabe, este convenio de protección de la señal contra su utilización sin autorización del organismo de origen, tiende a poner orden en el espacio bajo el imperio del derecho.- Especialmente tiende a proteger el derecho de propiedad.- Nos estamos refiriendo, naturalmente, al derecho de propiedad del organismo de origen, sea éste un organismo de Estado o una empresa privada.- Pero resulta que, protegiendo los derechos del organismo de origen, viene a proteger también los derechos del distribuidor a quien la señal está destinada, o, mejor dicho, a quien se le ha permitido usar la señal.-

Veamos cómo se concreta esa protección.- Hasta el presente, los organizadores de grandes eventos deportivos internacionales, al calcular el precio de los derechos de televisión que venderán al organismo de origen, tienen en cuenta que ese programa no llegará solamente a los receptores cubiertos por los distribuidores que han comprado los derechos en cada país, sino que también llegará a otros receptores como consecuencia de distribuidores que han pirateado la señal, es

decir, que sin estar autorizados por el organismo de origen para tomar la señal y enviarla al aire, lo hacen.- esta circunstancia hace que se encarezcan los costos, no sólo del organismo de origen, sino de los distribuidores que éste autoriza en base al precio que les cobra.- Como los estados en desarrollo son muchos más que los desarrollados, es presumible que ellos sean potencialmente, al menos, mayores compradores de programas.- Y, en el caso que el organismo de origen esté en un país en desarrollo, el estado interesado tendrá la obligación legal de proteger a su radiodifusor, para lo cuál este Convenio es el mejor y casi diría único medio.-

De lo dicho se sigue que es necesario interpretar este art. 4º del Convenio en forma restrictiva, y permitiendo solamente las situaciones de excepción allí expresamente previstas, en interés general.-

El art. 5º no parece crear problemas de interpretación, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.-

El art. 6º tampoco parece contener problemas de interpretación.- Nadie que conociera los proyectos anteriores, y especialmente la postura en que se encontraban algunos, podría entender la inclusión de este artículo en el texto del Convenio.-

En efecto, es un artículo que nada dice.- Lo mismo que ha citado convenios vigentes para algunos Estados que protegen ciertos derechos, podría haber citado un enorme número de convenios que protejan otros derechos.- Por eso interpretamos que nada dice.-

El art. 7º parecería crear los mismos motivos de estupor que el anterior.- Evidentemente que el Convenio, que a los fines de la legislación interna de los Estados es ley posterior a la que ellos tengan vigente al momento de la firma del mismo, no puede interpretarse como que limite la legislación interna en cuestiones de orden público, como sería, en el caso de este artículo, la represión del abuso de los monopolios.- Con la redacción que ha quedado, es decir suprimiendo la palabra "internacional" del texto de Nairobi, parece que la inclusión de este artículo en el Convenio es superflua.- Pero ya tenemos dicho que la inclusión de estas disposiciones superfluas en los convenios internacionales es producto de las transacciones necesarias a que deben llegar los Estados, aun

en desmérito de la buena técnica jurídica.- Redactado como está, se refiere evidentemente a una cuestión ajena al convenio, ha que se trata de un asunto de derecho interno.- Por ello, debe entenderse que un Estado no acepta el monopolio que podría ejercer dentro de su país un distribuidor único que actuara monopolísticamente.-

Nunca podría interpretarse este art. 7º como referido a la actividad que un Estado quisiera calificar de monopolística, realizada por el organizador de un evento deportivo internacional, ya que a ellos, ni se podría dirigir el Convenio, ni se dirige.-

El art. 8º establece taxativamente las reservas que permite el Convenio.- Trataremos cada una por separado, ya que ambas se refieren a cuestiones diferentes, y creemos que pueden resultar de interés para la situación de nuestros países.- El inciso segundo prevé una reserva que se podría haber obviado si se hubiera aceptado nuestra postura defendida en la Segunda Conferencia Mundial de Uniones de Radiodifusión, Río de Janeiro, 1973.-

Entonces sostuvimos que el actual art. 2º del Convenio se debió redactar en otra forma.- El último párrafo del inciso primero del art. 2º del convenio, en lugar de establecer, como establece que "la obligación de tomar estas medidas existirá cuando el organismo de origen posea la nacionalidad de otro Estado contratante", debió decir "cuando la señal emitida lo haya sido desde el territorio de otro Estado contratante".-

Esto habría mejorado la redacción y habría evitado la cláusula de reserva que ahora estamos comentando.- Por ello es que parece que, al ratificar o adherir nuestros países al convenio, deban notificar la reserva de este inciso segundo del art. 8º.-

El inciso tercero de este art. 8º, en su apartado a), establece otra cláusula de reserva, que está referida a la protección que tengan negada los Estados, al 21 de mayo de 1974, a la C.A.T.V. cuando está limitada a un público de abonados.- Este era el caso en que se encontraban los Estados Unidos, en cuyo país se ventilaba en aquel momento esta cuestión judicialmente.- El tema merece que se considere a nivel de la situación de cada país.- Y como la protección debería ser

expresa, parecería que es conveniente que se estudie la situación en cada país.-

El art. 9º trae una cuestión de interés, y es la establecida en su inc. 4º, mediante el cual se deja entendido que, desde el momento en que un Estado se obligue por el presente Convenio, estará en condiciones de aplicar lo preceptuado en él, de conformidad con su derecho interno.- Esta cuestión es muy importante, y debe ser tenida debidamente en cuenta al ratificar el convenio.- Ella implica que se debe dictar previamente una legislación interna en que se reconozca al organismo de origen el derecho de propiedad de la señal, en cuanto a su contenido.- De otra forma no parece posible aplicar el Convenio.- En los casos que se han dado de "piratería" de la señal en el orden doméstico nacional, ha sido imposible ejercer un derecho inmediato como el que darían las leyes de protección de la propiedad intelectual.- Y la señal de televisión no cabe en esas leyes, por la imposibilidad de registrar el contenido.- En esos casos sólo ha quedado el camino -no sabemos si intentado o no- de reclamar con posterioridad judicialmente, fundado en los daños y perjuicios resultantes para el perjudicado.-

Por ello, creemos que es necesario el dictado de una ley nacional que reconozca este derecho no tutelado tampoco por los códigos penales.-

Y no parece que el Convenio, en tanto tratado firmado con otro Estado, pueda penetrar en el sistema de la ley interna.- El convenio obliga a los firmantes a hacer respetar una ley interna en el sentido de la protección. Y parece decirlo expresamente este inciso 4º del art. 9º.-

Finalmente, cabe señalar la satisfacción que nos proporciona la norma del art. 9º en tanto establece que el depositario del Convenio será el Secretario General de las Naciones Unidas.- Esta ha sido la tesis invariablemente sostenida por la argentina durante la discusión de los convenios que se refieren al espacio ultraterrestre, por ser la más jurídica, al eliminar el veto virtual que implica la designación de Estado depositarios, en expresión de Aldo Armando Cocca.-

IV. LA RADIODIFUSION DIRECTA DE RECEPCION INDIVIDUAL

La complejidad de este tema no podía estar ausente de alguna referencia en esta reunión del IHLADI.- Pero ocurre que la vastedad de las cuestiones que presenta, haría muy difícil considerar en profundidad el asunto, y ello por respeto a los colegas que vamos a trabajar en Santo Domingo.-

Baste decir que, actualmente, la comunidad internacional no ha podido llegar a un texto de Convenio que la regule.- Y esto ha ocurrido después de enormes esfuerzos de la Comisión del Espacio de Naciones Unidas, especialmente de su Subcomité de Asuntos Jurídicos.-

Ya la Resolución 2916 de la Asamblea General llevó al seno de la Comisión la necesidad de estudiar un proyecto que había presentado la Unión Soviética.- A él se sumaron muchísimos otros.-

Pero, lamentablemente para la codificación progresiva del Derecho del Espacio, los integrantes de la comisión se dejaron llevar por el desaliento de no ver fructificados sus esfuerzos, y en una inexplicable actitud, quebraron el sistema del consenso sobre el que habían trabajado siempre, y produjeron un texto por mayorías.- En aquel 10 de diciembre de 1982 se adoptó la resolución 37/92 de la Asamblea General que, quebrando los usos no escritos de la comisión del Espacio, obtuvo 108 votos a favor, 13 abstenciones y 13 votos en contra.- Naturalmente que las abstenciones y los votos en contra eran de los países que realizaban la actividad.- Por ello, esa Resolución no tiene significación alguna.- Ni es una costumbre internacional, ni es un texto positivo, ni obliga a nadie.- Y, lo que es peor, la cuestión ya ha sido tratada en Naciones Unidas y no puede volver a ella.-

Mientras tanto, el problema sigue sin resolverse.-

Esta Resolución tiene contradicciones esenciales en sí misma.- Pretendió resolver la vieja cuestión del consentimiento del Estado iluminado, y, ciertamente, no lo logró.- Como bien dice Brigitte Cherreau "... la contradicción de intereses aparece desde el principio.- A "propósitos y objetivos" que evoca a la vez los derechos soberanos de los estados y el derecho de toda persona de investigar, recibir y difundir

informaciones e ideas consagradas en los instrumentos pertinentes de Naciones Unidas" (ver BRIGITTE CHERREAU, la télévision directe, publicado en Droit de l'Espace, aspects récents sous la direction de Jacqueline Dutheil de la Rochère, Editions Pedone, París, 1988).-

Maureen Williams, en su relato al Congreso de la Asociación Argentina de Derecho INTERNACIONAL, Tucumán, agosto de 1987, opina "...que esta Resolución ha contribuido a agravar el enfrentamiento entre los defensores de la libertad de información, y quienes, partiendo de un concepto de soberanía absoluta -inadmisible en un mundo donde la interdependencia es un signo de los tiempos abogan por el requisito del consentimiento previo".-

Parece claro que esta Resolución de la Asamblea General no resuelve los problemas, y que debe buscarse adelantar por el camino de los sistemas regionales, como se concluyó en aquel congreso.-

También parece claro que no debo someter a los participantes al esfuerzo que merituaría en una reunión para considerar solamente este tema, con el acopio de datos que podemos hacer arrancar desde que en 1979 Aldo Armando Cocca presentó, en nombre de Argentina, el primer proyecto de Convenio internacional sobre la materia.-

Al respecto, son bien interesantes los esfuerzos que los europeos vienen haciendo para solucionar los previsibles problemas jurídicos que puede plantear la actividad en punto a publicidad comercial (recordemos la "Declaración de Principios relativos a la publicidad comercial difundida por satélites de radiodifusión directa", de 15 de julio de 1983); asimismo, R(84) 3 del Consejo de Ministros sobre los "principios relativos a la publicidad televisada", de 20 de abril de 1984; el libro verde de la comisión de Comunidades Europeas, de 14 de junio de 1984, etc.-

También las tareas del Consejo de Europa sobre las condiciones de locación de canales de televisión en satélites.-

Asimismo los estudios sobre derecho de respuesta o rectificación, y los referidos, entre otros, a la protección de los derechos de autor en materia de radiodifusión directa por satélites de recepción individual.-

V. LA CUESTION DE LA ORBITA GEOESTACIONARIA

Este es un tema que, solamente su consideración, nos llevaría todo el relato.- Por eso es que, como en otros, nos limitaremos a dar una información general del asunto.- Por un irrenunciable deber de conciencia, creemos que debemos abordar el estudio de esta cuestión desde un plano exclusivamente científico, y sin que nuestra opinión pueda interpretarse como una injerencia en las cuestiones de los Estados que han sostenido, en la materia, una postura que no podemos compartir.-

Hecha esta salvedad, que conlleva el mayor respeto por las posiciones asumidas por algunos países ecuatoriales, abordaremos nuestros comentarios acerca de la utilización de la órbita geoestacionaria.-

En Derecho Espacial habíamos varias veces reclamado la necesidad de la limitación del espacio ultraterrestre.- Desde nuestra tesis de doctorado hasta publicaciones recientes han sido testigos de nuestra preocupación.- Pero, ocurre que se ha venido a plantear por algunos países, una nueva cuestión que hace imperioso el tratamiento y consideración del asunto, ya largamente postergado en la Subcomisión Jurídica del COPUOS.-

Obviamente, nos estamos refiriendo a la llamada "Declaración de Bogotá" adoptada en la Primera Reunión de Países Ecuatoriales" realizada en Bogotá entre el 29 de noviembre y el 3 de diciembre de 1976, según anunciaron representantes de esos llamados países ecuatoriales en el seno de la Subcomisión Jurídica del COPUOS y luego, en junio de 1977, ante la propia Comisión.- Los representantes de algunos de esos Estados han fundado los puntos de vista que justificarían tal actitud (ver documento A/AC.105/C.2/SR.272, pág. 3, y mismo documento pág. 5 del texto español; documento A/AC.105/C.2/SR277, pág. 3).-

En síntesis, esa Declaración reivindica la soberanía de los estados ecuatoriales sobre el segmento de la órbita geoestacionaria que se ubica sobre sus territorios.- Como consecuencia de esa posición, afirman que los artefactos que se preten-

dan ubicar fijamente sobre el segmento de la órbita geoestacionaria de un estado ecuatorial, requerirán autorización previa y expresa por parte de ese estado, y, para su funcionamiento, quedará regulado por la ley nacional de ese estado.- Agregan que esos países ecuatoriales no acuerdan su aquiescencia a los satélites ubicados en sus segmentos y declaran que la existencia de estos satélites no confiere ningún derecho a la colocación y al uso de sus respectivos segmentos, a menos que sea expresamente autorizado por el Estado que ejerce soberanía sobre el correspondiente segmento.-

Una parte de esa declaración afirma que "los Estados ecuatoriales no objetan el libre tránsito orbital y el de las comunicaciones que requieran los satélites contemplados y autorizados por la UIT, cuando estos satélites transiten su cielo territorial en vuelo gravitacional fuera de su órbita geoesacionaria".- Con esta declaración parecería despejarse la duda que expresara el representante del Reino Unido en las sesiones de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del COPUOS (ver documento A/AC.105/C.2/SR.269, pág. 9 del texto español).- El señor Greenwood, en nombre de la delegación inglesa, no sabía si esos países reclaman parte de la órbita geoestacionaria como un trozo aislado del espacio ultraterrestre, o si su reclamación incluye todo el segmento espacial comprendido entre el país subyacente y la órbita geoestacionaria.-

De todas maneras, debemos reconocer una cierta ambigüedad en el texto, ya que solamente se refiere a los satélites "autorizados" por la UIT, cosa que no es de fácil comprensión.- Ello dejaría sin ese reconocimiento a otros vehículos cósmicos, con la dificultad de interpretación que deja al jurista la expresión "cielo territorial".-

El principal argumento jurídico en que se apoya esta posición de los estados ecuatoriales busca su fuerza en el carácter de recurso natural limitado de la órbita geoestacionaria.-

Veamos de estudiar este argumento.- En primer lugar, debemos señalar nuestra posición al respecto.- Tenemos dicho que la órbita geoestacionaria no es un recurso natural limitado.- Y esto se prueba afirmando que, si por naturaleza es un recurso natural, la limitación no le vendría de su naturaleza, sino del estado actual de la técnica (ver Manuel Au-

gusto Ferrer (h), "Derecho Espacial", Editorial Plus Ultra, pág. 257).-

Es evidente que para el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, que está regulando una realidad fáctica y actual, la órbita geoestacionaria sea un recurso natural limitado.- Pero no es menos cierto que la limitación actual es exclusivamente técnica.- A mayor abundamiento, hoy la UIT tiene asignadas, en la órbita geoestacionaria, en el mismo meridiano, más de una posición orbital.-

Avancemos en el razonamiento.- El sol es, ciertamente, un recurso natural.- Y, por tal razón, sería inaceptable que algún país pretendiera reclamar derechos de soberanía sobre el sol.- En la reivindicación de soberanía de los países ecuatoriales sobre un ámbito que nunca han alcanzado ni dominado, nos parece encontrar una cierta semejanza sobre una pretensión de reclamación de soberanía sobre el sol.-

No parece que pueda aceptarse tampoco el argumento de que se estaría frente a un ámbito como el de las 200 millas del mar.- En el caso de los reclamos de soberanía sobre las 200 millas marinas se está ejercitando un derecho nacional, sobre un ámbito que pertenece a los estados ribereños, que lo transitan, que viven de él, que imponen su legislación, y que, en todos los casos, pueden predicar acerca de él todos los requisitos que el Derecho Intencional impon como necesarios para una reivindicación de soberanía.- Esta situación no se da respecto a la órbita geoestacionaria.- Y téngase bien en cuenta que no estamos refiriéndonos a la tesis del control efectivo.-

Se ha usado también un argumento que podríamos llamar "gravitacional" para fundar la tesis de los países ecuatoriales, afirmándose que "...la existencia de la órbita sincrónica geoestacionaria depende de su relación con los fenómenos gravitacionales de la Tierra, y, por ende, esa órbita se sustrae del concepto mismo del espacio ultraterrestre".- (Ver documento A/AC.105/C.2/SR.277, pág. 3, del texto español).-

No podemos tampoco compartir este argumento, ya que los fenómenos gravitacionales son el planeta Tierra, pero nunca atribuibles a uno o más estados ecuatoriales.-

Pero la cita nos pone frente a otra de las cuestiones que se han articulado: que la órbita geoestacionaria no está propiamente en el espacio ultraterrestre, ya que éste no ha sido hasta ahora definido ni delimitado.-

Tomemos la objeción.- En primer lugar debemos señalar que, si bien no está reconocido en un texto internacional obligatorio el límite del espacio ultraterrestre, respecto del espacio aéreo, se hace evidente que no puede aceptarse, en derecho, que los estados pretendan extender hacia arriba ilimitadamente el ámbito de su soberanía territorial.- Y si así lo hicieran, caerían en lo que podríamos llamar un absurdo cosmográfico.- A ese absurdo se llegaría por la aplicación a los inmensos ámbitos del cosmos, de una restringida visión terrena.- No podemos olvidar que nuestro planeta, en sus movimientos de rotación y traslación, está recorriendo un camino inexorable.- Si un país pretendiera prolongar en altura su soberanía, nos encontraríamos que, el cabo de pocas horas, se habrían confundido en el cosmos los ámbitos soberanos de todos los Estados de la Tierra.-

Pero, adelantando el pensamiento, debemos recordar que ese espacio ultraterrestre cuyos límites no están hasta hoy convencionalmente fijados, se encuentra, necesariamente, a no más de 150 kilómetros de altura sobre la Tierra.- Y proponemos esa altura, ya que hasta allí ha llegado en muchos casos la altura mínima del perigeo de objetos espaciales.-

La alternativa es de hierro.- O reconocemos esta realidad, o aceptamos que estos vehículos han estado violando el espacio aéreo de tantos países, y reconocemos también que, en ningún caso, se ha conocido una protesta por violación de supuestas soberanías.-

También debemos reconocer que en el espacio ultraterrestre está reconocida la libertad de tránsito, a diferencia del régimen jurídico del espacio aéreo de los países.-

Y si bien es cierto que algunos países no han firmado el Tratado del Espacio -argumento que esgrimen algunos países ecuatoriales- no es menos cierto que todos los países de la Tierra, reunidos en las Naciones Unidas, votaron solemnemente y por unanimidad la Resolución 1962 de la Asamblea General, que fijaba los grandes principios del espacio ultra-

terrestre, y, posteriormente, la Resolución 2222 que incluía como Anexo el hoy vigente Tratado del Espacio.-

Podrá, por ello, sostenerse que se trata de una *communis juris opinio*, o que se trata, como creemos nosotros, de una costumbre internacional instantánea, pero, en el mejor de los casos, no puede negarse que la libertad del espacio ultraterrestre es una norma de *ius cogens*, que obliga a todos los Estados de la Tierra, entre ellos, a los países ecuatoriales.-

De lo dicho hasta el momento se sigue que, en nuestra opinión, no hay ni puede haber ninguna diferencia de naturaleza entre la zona del espacio ultraterrestre llamada órbita geoestacionaria, y cualquier otra zona, como sería, por ejemplo, la de los Cinturones de Van Allen, en lo que a régimen jurídico se refiere.-

Por ello, la libertad de utilización de esa órbita, como derecho, debe ser predicada, condicionada, es cierto, al cumplimiento de todas las obligaciones que conlleva el derecho reconocido.- El propio Tratado del Espacio, al reconocer ese derecho, impone las obligaciones correlativas.-

Los llamados países ecuatoriales, siguen planteando ante el COPUOS argumentos semejantes, en las intervenciones de sus representantes y en los documentos de trabajo que ofrecen.- El tema aún sigue en la agenda del Subcomité Jurídico y no ha alcanzado solución.-

Los especialistas de los países ecuatoriales han duplicado sus esfuerzos para encontrar razones de derecho que fundamenten la mencionada Declaración de Bogotá.- Así, el respetado amigo Diego Pablo Tovar extremó los argumentos, que obviamente no me convencieron, en el "Simposio Internacional sobre órbita geoestacionaria" organizado por el Centro de Investigación y Difusión Aeronáutico-Espacial (CIDA) en Montevideo, el 5 de junio de 1980, Simposio en el cuál fuimos los dos únicos expositores.-

Especialmente debo mencionar los patrióticos esfuerzos del Embajador Jaime Marchan que asumió la tarea de escribir su cuidado "Derecho Internacional de Espacio" para llegar a culminar con un capítulo exclusivamente dedicado al Régimen Jurídico de la Órbita Sincrónica Geoestacionaria.-

Parece conveniente que, luego de los debates en Santo Domingo, y si así se creyera conveniente, se pudieran lograr también algunas conclusiones en este tema.-

PROPUESTA DE CONCLUSIONES

- 1) En las comunicaciones por satélites, como en todas las comunicaciones por medios electrónicos, el hombre ejerce un derecho natural a comunicarse, preexistente a todas las normas de derecho positivo estatal.-
- 2) El espacio electromagnético es un recurso natural de la Humanidad.-
- 3) Los Estados deben regular, en sus ordenamientos nacionales, el derecho de propiedad del "programa" para poder ratificar el Convenio de Bruselas de 1974.-
- 4) En radiodifusión directa por satélites de recepción individual se debe alentar la conclusión de acuerdos regionales.-
- 5) La órbita geoestacionaria, que tiene el régimen jurídico del espacio ultraterrestre, necesita que se le asigne un régimen jurídico especial.-

LA EQUIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO ASPECTOS ACTUALES

José JUSTE RUIZ*
Miembro del IHLADI

1. INTRODUCCION: LA NOCION DE EQUIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL
2. LA DIMENSION EXTRAPOSITIVA DE LA EQUIDAD: (ÉQUITÉ AU DELA DES TEXTES O OUTSIDE THE RULES)
 - 2.1. LA EQUIDAD EN LA FORMACION Y EN LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL
 - 2.1.1. *La equidad en formación del Derecho internacional*
 - 2.1.2. *La equidad en la aplicación del Derecho Internacional*
 - 2.2. LA EQUIDAD EN LA DELIMITACION DE LOS ESPACIOS TERRESTRES
 - 2.2.1. *Equidad infra legem*
 - 2.2.2. *Equidad praeter legem*
 - 2.2.3. *Equidad contra legem*
 - a) Eficacia correctiva de la equidad
 - b) Equidad y decisión ex aequo et bono
3. LA DIMENSION IUSPOSITIVA DE LA EQUIDAD (ÉQUITÉ SELON DES TEXTES O WITHIN THE RULES)
 - 3.1. LA EQUIDAD EN LA FORMULACION DEL DERECHO INTERNACIONAL
 - 3.2. LA EQUIDAD EN LA DELIMITACION DE LOS ESPACIOS MARINOS
 - 3.2.1. *Origen de la regla de la delimitación equitativa*
 - 3.2.2. *Contenido de la regla de la delimitación equitativa*
 - 3.2.3. *Aplicación de la regla de la delimitación equitativa*
4. CONCLUSION

* Catedrático de Derecho Internacional.
Universidad de Valencia

1. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE EQUIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL.

Ius est ars boni et aequi.

1. La *noción* de equidad, íntimamente ligada a la idea de justicia, ha estado presente de un modo u otro en todos los sistemas jurídicos a través de los tiempos (1).

Sin embargo, como todas las grandes nociones de base, esta figura es difícil de definir de un modo preciso y su papel en el mundo jurídico igualmente difícil de delimitar con exactitud. Así, la naturaleza jurídica concreta de esta noción permanece todavía hoy ampliamente indeterminada; para algunos parecería constituir una suerte de principio general

(1) En el Derecho romano la equidad llegó incluso a constituir durante un largo período un auténtico sistema normativo y jurisdiccional de carácter paralelo, que permitía obtener un remedio adecuado en aquellos casos en los que la aplicación estricta del Derecho producía resultados contrarios a la justicia.

Lo mismo sucedió curiosamente en el Derecho anglo-sajón en el que el sistema de la *equity* se mantuvo durante largo tiempo como un sistema alternativo al *common law*, aplicado por una jurisdicción también distinta — *the Court of Chancery* —, hasta su unificación definitiva por las *Judicature Acts* de 1873-75.

La noción de equidad ha sido también acogida en el tronco común de los ordenamientos continentales europeos, en los que en ocasiones ha llegado a jugar un papel importante como elemento de creación (Código civil suizo de 1907, Artículo 1) o, en todo caso, de interpretación y aplicación del derecho (tal es esencialmente el papel que la equidad desempeña en los ordenamientos inspirados en el modelo napoleónico de los que puede ser una expresión prototípica el Artículo 3, párrafo 2 del Código civil español).

El examen del Derecho comparado muestra asimismo que la equidad ha penetrado también, con profundidad y significados distintos, en otros sistemas jurídicos tales como el canónico, el islámico, el judaico, los Derechos primitivos africanos y orientales y los sistemas jurídicos socialistas. En definitiva, puede decirse que la noción de equidad es consubstancial a la idea misma de Derecho y que, en medidas distintas según los casos, su presencia se ha afirmado de un modo constante en los diferentes ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia. Vide *passim* NEWMAN, R.A. (Editor) "Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study", Brussels (Bruylant) 1973.

de todo ordenamiento; pero la mayoría de la doctrina la considera más bien como una virtud jurídica fundamental que contribuye a una mejor realización de los fines del Derecho (2). Por lo demás, la noción de equidad no ha podido nunca precisarse suficientemente, víctima sin duda de su propia riqueza substantiva y de su variada gama de formas y matices. Porque la característica principal de la equidad es su condición proteiforme, su versatilidad substancial, su diversidad formal, su permanente adaptación a las situaciones cambiantes para lograr lo que constituye su esencia misma: la justicia del caso concreto.

Esta idea de la justicia del caso concreto, sin duda difusa e indeterminada, constituye el denominador común de todos los intentos de definición realizados hasta la fecha y es posiblemente la única a la que puede reducirse conceptualmente una noción de tal enjundia y variedad de facetas.

2. Igualmente difícil es determinar el *contenido* básico de la noción de equidad.

Es una visión inicial y, por así decir, primitiva, la equidad se concreta en la idea de igualdad: *equality is equity*, según la conocida máxima de *common law*. Sin embargo, una reflexión más detenida lleva pronto a la comprobación de que la aplicación indiscriminada de la igualdad no siempre produce resultados equitativos principalmente en los supuestos en los que se parte de una situación de base desigual (3). El Tribunal internacional de Justicia, siguiendo la línea marcada por su

(2) HERRERO de la FUENTE, A. «La equidad y los principios generales del Derecho de gentes», Valladolid (Gráficas A. Martín), 1973, p. 21.

(3) «On se rend ainsi compte que l'égalité n'est un critère de l'équité que si l'on met à sa base certains jugements de valeur qui permettent de déterminer "quelles différences sont négligeables ou non pour le traitement égal des objets pris en considération. La maxime anglaise *Equality is equity*, appelle donc dans les rapports internationaux un correctif. Une égalité de traitement qui négligerait entièrement l'inégalité des conditions et des résultats peut conduire à de graves injustices». De VISSCHER, Ch. «De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public», Paris (Pedone) 1972, pp. 7-8.

predecesor el Tribunal permanente (4) lo afirmó con claridad en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte:

"L'équité n'implique pas nécessairement l'égalité" (5).

El profesor REUTER ha tratado de precisar algo más el contenido básico de esta noción, señalando que la misma suele concretarse en tres direcciones distintas: la búsqueda de un principio de equivalencia, la búsqueda de un principio de proporcionalidad o la búsqueda de una solución de finalidad (6). Con todo, como señala el propio autor, la aplicación de parámetros objetivos no siempre resulta idónea para expresar el contenido concreto de la equidad, sobre todo cuando éstos se conciben "como una fórmula matemática que se impone por la gracia de los números" (7).

De nuevo aquí, todo parece indicar que más allá de la idea de justicia, de razón y de buena fe, la concreción del contenido real de la equidad no puede efectuarse con carácter general (8). Pues lo que ella postula es precisamente, la singularidad, la diferenciación, la adaptación, el ajuste... La equidad evoca, como hemos visto, la realización de la justicia del caso concreto; pero ésta se realiza necesariamente utilizando parámetros distintos en cada ocasión, de acuerdo con la diversidad de las situaciones jurídicas de base en su infinita variedad.

3. Con todo, si la equidad no puede ser plenamente precisada ni en su concepto ni en su contenido, sí puede al menos acotarse la *función* que le es propia y el terreno jurídico en el que está llamada a realizar preferentemente su misión.

(4) Série A/B n° 64, p. 19.

(5) *CII Recueil* 1969, p. 50, par. 91. Pero *Vide ibid.*, par. 99 y 101.

(6) REUTER, P. «Quelques réflexions sur l'équité en droit international» (1), *Rev. Belge D.I.*, vol. XV, 1980-1, pp. 165-186.

(7) *Ibid.*, p. 179.

(8) *Vide.*, CHEMILLIER-GENDRAU, M. «La signification des principes équitables dans le droit international contemporain», *Rev. Belge de D.I.* 1982, pp. 518 y sig., especialmente p. 522.

Así, como ha escrito el profesor BARDONNET, la equidad evoca la idea de ponderación para la realización de un equilibrio razonable:

«Elle renferme dès lors l'idée de balance et d'équilibre et à son propos on parle justement de "balance des droits et obligations des parties en litige", de "balance des faits et des intérêts" ou "d'équilibre impartial et raisonné des intérêts"» (9).

Consecuentemente, la equidad ha encontrado en el plano internacional un doble campo de aplicación privilegiado. Por una parte, en las "cuestiones estatutarias y civiles" (10) que afectan sobre todo a las situaciones de trato comparativo: derechos de los extranjeros, no discriminación, igualdad de los Estados... Por otro lado, la equidad encuentra un terreno idóneo en la solución de las cuestiones "económicas y territoriales" (11) que afectan a los procesos de reparto de los bienes jurídicos entre los sujetos que los reclaman para sí: problemas de nacionalización y compensación, acceso y utilización de los recursos del planeta, delimitación de los espacios terrestres y marinos entre los Estados...

En el mundo del Derecho internacional la equidad busca, pues, sobre todo establecer la justa parte de cada cual (*suum quique*); la equidad es ponderación razonable y reparto justo; es, en definitiva *aequitatis ratio*.

4. Con todo, la penetración de la equidad en el campo del Derecho internacional (12) ha estado marcada por una con-

(9) BARDONNET, D. «Équité et frontières terrestres», *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*. Paris (Pedone) 1981, p. 42.

(10) CHEMILLIER-GENDRAU, M. *Op. cit.*, p. 525.

(11) *Ibid.*, p. 525.

(12) Al margen de los autores ya citados en las notas precedentes: BERLIA, G. «Essai sur la portée de la clause du jugement en équité en droit de gens», Thèse, Paris (Sirey) 1937. BERMEJO GARCIA, R. «Lugar y función de la equidad en el nuevo Derecho internacional», *Anuario de Derecho internacional*, vol. VII, 1983-84, pp. 171-209. BIN CHENG «Justice and equity in International Law», *Current Legal Problems*, vol. 8, 1955, pp. 185-211. CASTILLO DAUDI, M. «La noción de equidad en la juris-

tradición que se ha manifestado con claridad a lo largo de su historia.

En efecto, un ordenamiento dominado por la preponderancia cuantitativa del Derecho no escrito, sustentado en una raíz moral que llegó incluso a ocultar durante largo tiempo su propia identidad jurídica, y que con un arsenal normativo escasamente evolucionado debía hacer frente a una gran diversidad de situaciones — caracterizadas generalmente por su complejidad y su evolutividad —, parecía un terreno abonado para el recurso a la noción de equidad. Y sin embargo, el recelo secular de los Estados a permitir la intervención de instancias jurisdiccionales con competencia obligatoria para la solución de controversias y, más todavía, a abandonar el escudo protector del Derecho estricto, ha actuado en la práctica como un freno a un recurso más generalizado a la equidad.

Por otra parte, como ha puesto de relieve la profesora CHEMILLIER-GENDREAU (13), la equidad se sitúa en el centro de una contradicción conceptual y metodológica entre una visión formalista del ordenamiento internacional (que es

prudencia internacional», Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Valencia (Universidad de Valencia) 1977, vol. I, pp. 95-106. DEGAN, V.D. «L'équité et le droit international», La Haye (Nijhoff) 1970; DIAZ ALBONICO, R. «La place de l'équité et l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnité en cas de nationalisation», Rev. Egyptienne de D.I. 1973, pp. 175-210. HANDL, G. «The Principle of Equitable Use as Applied to internationally Shared Natural Resources: its Role in Resolving Potential International Disputes over Transformer Pollution», Rev. Belge D.I., 1978-79, pp. 40-64. MARTI de VESES PUIG, C. «La equidad en el ordenamiento jurídico internacional», Filosofía y Derecho cit., vol. I, pp. 695-739. MIAJA de la MUELA, A. «La equidad en las decisiones de los Tribunales internacionales», Anales de la Universidad de La Laguna, t. VI, 1968-69, pp. 3-37. MOUSKHELI, M. «L'équité en droit international moderne», RGDIP, 1933 — I — pp. 347-134. ROSENNE, S. «Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals», Festschrift für Rudolf Binds, Bern (Stämpfli) 1980, pp. 407-425. SCHWARZEMBERGER, G. «Equity in International Law», Yearbook of World Affairs; vol. 26, 1973, pp. 346 y ss. STRUPSP, K. «Le droit du juge international à statuer selon l'équité», RCADI 1930 — III —, vol 33, pp. 450-462.

(13) CHEMILLIER-GENDREAU, M. *Op. cit.*, p. 512.

la propia del positivismo idealista) y una aproximación ideológica al mismo (que corresponde con los postulados de la dialéctica materialista). La primera concepción, que ha dominado la doctrina y la jurisprudencia tradicional en la materia, presenta a la equidad como una noción abstracta, directamente vinculada a la idea de justicia, que forma parte (aunque a título indefinido) del *corpus iuris* internacional. La segunda concepción, considera que la equidad tiene sobre todo una función ideológica y como tal ha sido utilizada, principalmente por los países en desarrollo, para provocar la transformación del Derecho vigente haciendo aparecer nuevas normas que dieran satisfacción a sus reclamaciones históricas.

Con todo, tanto en la larga época de dominio del positivismo como en la reciente coyuntura de búsqueda de un nuevo orden internacional, la aplicación de la equidad en el campo del Derecho internacional se ha visto frenada por el recelo de los Estados a otorgar a la jurisdicción internacional un papel más destacado y, en cualquier caso, más libre de los rigores del Derecho estricto. Pero, en los últimos años, la propia jurisprudencia del Tribunal internacional de Justicia parece haber encontrado una fórmula conceptual que ha propiciado una renovada eclosión de la equidad en el campo del Derecho internacional. El punto de partida de esta renovación metodológica es el conocido *dictum* del Tribunal internacional de Justicia en su sentencia de 20 de febrero de 1969 en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte:

"La Cour en vient maintenant à la règle de l'équité. Le fondement juridique de cette règle dans le cas particulier de la délimitation du plateau continental a déjà été précisé. Il faut noter cependant que cette règle repose aussi sur une base plus large. Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justifications objectives de ses décisions, non pas au-delà

des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément, une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables" (14).

Con estas palabras el Tribunal parece haber abierto una nueva vía de aproximación a la siempre evasiva figura de la equidad, señalando con claridad el doble plano en el que dicha noción se proyecta en el actual Derecho internacional. De un lado, en una dimensión genérica, "como representación de la justicia abstracta" (15), es decir, como exigencia básica en el proceso global de formación y aplicación del Derecho internacional. De otro lado, en una dimensión auténticamente positiva, como una "verdadera regla de derecho" en los casos en los que "los textos" mismos exigen una aplicación (16). Superando así una contradicción largo tiempo considerada como irreductible (17), la equidad ha adquirido una suerte de condición dual que le permite mostrarse tanto en su tradicional dimensión extrapositiva (*equity outside the rules* o *au-delà des textes*) como en su dimensión iuspositiva (*equity within the rules* o *selon des textes*).

Este planteamiento metodológico, cuyo potencial explicativo no ha sido todavía suficientemente explorado por la doctrina científica, constituye el eje de la presente ponencia. En su desarrollo prestaremos especial atención a los datos de la práctica internacional, principalmente jurisprudencial. Así podremos comprobar que la tradicional imagen de la equidad extrapositiva se ha manifestado sobre todo en los procesos de delimitación de las fronteras terrestres, mientras que la nueva

(14) *CIJ Recueil* 1969, p. 49, par. 88.

(15) *Ibid.*, p. 47, par. 85 y p. 49 par. 88.

(16) *Ibid.*, p. 49, par. 88.

(17) «Depuis longtemps, les philosophes et les juristes se sont aperçus de ce caractère dualiste du droit; c'est ainsi que Cicéron opposait la *lex nata* a la *lex scripta*. Cette distinction conservée a travers les siècles, a été reprise par les juristes modernes. N'est-ce pas la même idée qu'exprime la distinction entre *das positive Recht* und *das richtige Recht* de Stammler: le *droit positif* et le *droit objectif, rationnel ou naturel* de M. Le Fur: le *donné* et le *construit* de M. Geny: ou la *source formelle* et la *source réelle* de M. Bonnet?». MOUSKHELY, M. *Op. cit.*, p. 348.

modalidad de la equidad iuspositiva ha encontrado su campo de aplicación privilegiado en la delimitación de los espacios marinos.

2. LA DIMENSIÓN EXTRAPOSITIVA DE LA EQUIDAD (ÉQUITÉ AU DELA DES TEXTES O OUTSIDE THE RULES).

El juez FITZMAURICE, en su opinión individual en la sentencia de la Barcelona Traction de 5 de febrero de 1970, afirmó:

"el Derecho y la equidad no pueden realizar la justicia más que si ambos se completan mutuamente" (18).

Estas palabras reflejan la concepción tradicional de la equidad que ha experimentado siempre una gran dificultad para precisar si dicha noción está fuera (19) o dentro del Derecho (20) e incluso, si se acepta esto último, el lugar exacto que aquella ocupa en el seno de éste.

En efecto, las fronteras entre los componentes morales y sociales del Derecho y el Derecho mismo nunca han sido trazadas con claridad y menos aun en el caso de un ordenamiento como el internacional caracterizado por su "primitivismo", su fluidez y su escaso grado de institucionalización. La doctrina tradicional ha mantenido pese a todo que la equidad constituye una noción jurídica que tiene también su lugar propio en el seno del Derecho internacional. Sin embargo, dicha doctrina nunca ha logrado determinar con claridad cual sea éste lugar exacto, sobre todo en lo que respecta

(18) *CIJ Recueil* 1970, p. 86, par. 36.

(19) Cf. REUTER, P. *Op. Cit.*, pp. 165-166.

(20) Así lo había afirmado ya el juez HUDSON en su opinión en el asunto de las tomas de agua del Mosa:

«It must be concluded, therefore, that under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as part of the international law which it must apply". *PCIJ Ser. A/B* p. 76-77.

a la relación entre la equidad y las fuentes normativas del ordenamiento internacional. ¿Constituye la equidad un principio general del Derecho aplicable en el plano internacional? ¿Constituye acaso una regla consuetudinaria? Esta cuestión no ha sido respondida nunca con claridad, aunque ello no ha impedido que la equidad fuera evocada comúnmente como una figura perteneciente al corpus iuris internacional (21).

La Doctrina y la jurisprudencia internacionales han presentado así tradicionalmente a la equidad en una dimensión que podríamos denominar extrapositiva (*outside the rules; au-delà des textes*); es decir, como un referente jurídico que, sin embargo, no está integrado en la formulación de la regla misma. Concebida en estos términos, la equidad ha desempeñado un papel bastante significativo en los procesos de creación y aplicación del Derecho internacional; en las páginas siguientes trataremos de examinar el alcance real de ese papel en la teoría y en la práctica.

2.1. LA EQUIDAD EN LA FORMACION Y EN LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El papel de la equidad en Derecho internacional ha sido tradicionalmente considerado en una doble dimensión: a saber, como elemento de base en la formación de las normas de este ordenamiento y como elemento inherente a una sana aplicación de las mismas. En efecto, como ha dicho el profesor Charles de VISCHER:

«L'équité... présente deux aspects selon qu'on l'envisage dans les décisions individuelles ou qu'on s'attache à son rôle dans la formation du droit objectif» (22).

(21) Vide los trabajos del Centre d'Etudes et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye (1972), en *Anuario de l'AAA* 1972-73, nº 42-43, pp. 59-103.

(22) De VISSCHER, Ch. *Op. cit.*, p. 6.

2.1.1. La equidad en la formación del Derecho internacional.

La presencia de la equidad ha creído así poderse detectar, en primer lugar, en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional. Esta presencia, velada pero inequívoca, ofrece sin embargo diversos grados de evidencia y diversos niveles de proyección que conviene tratar de distinguir.

En efecto, la equidad aparece las más de las veces en una dimensión genérica, difusa e inconcreta, como un elemento latente en los procesos de formación del Derecho internacional. En tales ocasiones la impronta de la equidad queda oculta entre el conjunto de consideraciones, de intereses y de aspiraciones que dan origen a la regla (23) y su presencia no se hace patente en la expresión positiva de la misma. Parafraseando las afirmaciones del TIJ en la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte podría decirse que, sobre la base de principios muy generales de justicia y buena fe, la equidad aparece aquí "simplemente como una representación de la justicia abstracta" (24). La equidad se presenta así, en una primera manifestación, como un elemento integrante del fondo común del Derecho internacional que aparece sobre todo como una expresión particular de la idea de justicia en el proceso de formación de las normas de este ordenamiento.

En otros casos, la equidad constituye la célula jurídica matriz de numerosas instituciones, principios y reglas internacionales, que tienen sin embargo una existencia autónoma: responsabilidad, abuso de derecho, cambio fundamental de circunstancias (*rebus sic stantibus*), enriquecimiento sin causa... En tales supuestos, y por patente que sea la presencia subyacente de la equidad bajo la expresión de estas figuras, un imperativo básico de rigor y economía jurídica debe llevarnos a propugnar la aplicación de lo que podríamos denominar el principio de especialidad. En su virtud, hay que

(23) REUTER, P. *Op. cit.*, p. 185.

(24) *CIJ Recueil* 1969, pp. 47-48, par. 85.

evitar remontarse a consideraciones derivadas de la idea de equidad siempre que el Derecho internacional haya traducido ya sus exigencias a través de mecanismos y reglas particulares que presentan un contenido más preciso y poseen un mejor respaldo en el plano positivo. El profesor REUTER ha subrayado este punto con su habitual penetración:

«Quand à raison de son contenu détaillé et précis la règle juridique conduit presque directement par elle-même à son application, il n'est pas utile de mentionner expressément qu'il faut encore mettre un peu d'équité pour réaliser sa concrétisation finale; cela va de soi et à quoi bon rappeler qu'au moins à très faible dose l'équité est partout? Cela n'éclaire ni ne fortifie des arrêts de justice. A l'opposé quand il s'agit, remontant aux fins de la règle, de souligner des obligations ou des conditions que les apparences ne révélaient pas immédiatement, le juge ou l'arbitre mentionnera volontiers des figures juridiques plus précises et plus convaincantes par conséquent qu'une équité non qualifiée: c'est ainsi que l'on invoquera l'abus de droit ou la frustration du common law. L'équité se révèle ainsi nominativement dans la jurisprudence dans un champ plus restreint que celui qu'une analyse doctrinale lui assigne» (25).

Por último, la impronta de la equidad en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional es en ocasiones tan fuerte que llega incluso a manifestarse exteriormente como un elemento integrante de la regla de Derecho positivo.

En tales supuestos, la equidad se eleva del trasfondo substancial del Derecho para cristalizar en la expresión positiva de la regla misma, adquiriendo así una eficacia normativa autónoma. Este es el ámbito de la equidad "inside the rules" o "selon les textes" que fue evocado por el Tribunal internacional de Justicia en su sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969 (26) y que, por la novedad e

importancia del fenómeno, será objeto de un examen particularizado en la sección 3 del presente trabajo.

2.1.2. *La equidad en la aplicación del Derecho internacional.*

Con todo, al igual que en los demás sistemas jurídicos, en Derecho internacional la equidad ha encontrado su proyección principal en el plano de la aplicación de las normas, actuando como elemento de traslación de las exigencias genéricas de la justicia abstracta a las coordenadas específicas de los casos concretos.

El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Luxemburgo de 1937, afirmó con claridad esta función genérica de la equidad en los procesos de aplicación (judicial o arbitral) del Derecho internacional:

"L'Institut ayant procédé à l'examen... du rôle de l'équité dans l'oeuvre du juge international; émet l'avis:

1º que l'équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et que le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit;

2º que le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin" (27).

Tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia arbitral y judicial han reconocido ésta dimensión equitativa del Derecho internacional y han postulado la proyección de la equidad como un elemento inherente a una normal aplicación de los principios y reglas de este ordenamiento. El propio Tribunal internacional de Justicia ha recurrido en alguna ocasión a consideraciones derivadas de esta forma de equidad

(25) REUTER, P. *Op. cit.*, p. 185.

(26) *CJ Recueil 1969*, pp. 49, par. 88.

(27) *Annuaire de l'Institut de Droit International. Session de Luxembourg, Août-Septembre 1937*, p. 271.

normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho, resumiendo su posición en la conocida afirmación de la sentencia de 1969 en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte:

«Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables» (28).

La equidad se presenta así como normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho internacional. Pero, resulta difícil precisar hasta donde alcanza su fuerza de proyección en el marco del Derecho positivo o, más concretamente, hasta donde alcanza la elasticidad del Derecho internacional en vista a una aplicación equitativa del mismo. Para tratar de responder a esta cuestión conviene repasar los datos de la práctica internacional; siguiendo las indicaciones de BARDONNET (29), nosotros concentraremos nuestra atención en el examen de la práctica relativa a la delimitación y las fronteras terrestres que nos ofrece una buena muestra de la virtualidad (y de los límites) que presenta la referencia a la equidad en la aplicación de las reglas de Derecho internacional.

2.2. LA EQUITAD EN LA DELIMITACION DE LOS ESPACIOS TERRESTRES.

La práctica internacional contiene abundantes muestras de que los Estados, los órganos políticos y las instancias jurisdiccionales encargados de la delimitación de los espacios terrestres han recurrido a menudo a la equidad en su propósito de trazar una frontera estable y definitiva (30).

(28) *CII Recueil* 1969, p. 49, par. 88.

(29) El autor señala que la conexión entre la Equidad y las fronteras terrestres se plantea a menudo en la aplicación e interpretación de los convenios fronterizos o de principios tales como el *uti possidetis*:

«C'est dans ce cadre précisément qu'un examen, même sommaire, de la pratique internationale permet de constater le rôle nécessaire de l'équité». BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 36.

(30) «Pour tracer une ligne frontière, on ne peut en effet échapper,

Para examinar el alcance concreto de los procesos de aplicación equitativa de las reglas de Derecho internacional, la doctrina suele recurrir a la tradicional distinción entre la equidad *infra legem*, la equidad *praeter legem* y la equidad *contra legem*. Como veremos en las páginas que siguen, esta distinción posee esencialmente un valor sistemático pero carece en realidad de todo criterio de objetivación. Por ello, en la práctica, es extremadamente difícil distinguir materialmente los diversos supuestos en los que la equidad es calificada con arreglo a estas categorías formalistas, sobre todo en los casos en los que dicha noción despliega una eficacia modificativa, correctiva o creativa en la delimitación de las fronteras terrestres (30 bis). Sin embargo, en su reciente sentencia de 22 de diciembre de 1986, la Sala del Tribunal internacional de Justicia que ha juzgado la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali (31) ha adoptado una vez más esta aproximación metodológica que, pese a su inevitable

quelle que soit la procédure utilisée, à un certain nombre d'exigences raisonnables et nécessaires et on doit tenir compte de toutes les circonstances particulières à chaque situation frontalière qui est spécifique. La finalité de toute opération de ce genre est de promouvoir une bonne frontière, c'est-à-dire une frontière stable et définitive, qui corresponde aux aspirations des populations frontalières et contribue à la paix et à la sécurité dans la région. C'est bien "une être équitable". BARDONNET, D. *Op. cit.*, pp. 46-47.

(30 bis) «Les lignes qui vont suivre... ont pour seul objectif d'esquisser, à partir de quelques exemples connus de la pratique des Etats et de la jurisprudence arbitrale, les principales fonctions que l'équité peut remplir en ce domaine, permettant de modifier une frontière établie par voie conventionnelle, de corriger les injustices résultant de l'application du principe de l'*uti possidetis* et même de fonder le tracé de la ligne divisoire dans une région au statut indéterminé». BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 47.

(31) *CII Recueil* 1986, p. 567, par. 28:

«Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, s'attacher *ex aequo et bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs, elle doit également écarter en l'espèce tout recours à l'équité *contra legem*. La Chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités».

ambigüedad y a su carácter puramente formalista, parece gozar todavía de cierto predicamento.

Por ello, nosotros utilizaremos también esta distinción para tratar de determinar su virtualidad y sus límites.

2.2.1. *Equidad infra legem.*

Una primera manifestación de la equidad como elemento usual de aplicación del Derecho internacional es la que se ha denominado *infra legem*. En su virtud, como ha explicado SOERENSEN, "le juge, entre plusieurs interprétations ou applications possibles d'une règle positive, choisit celle qui tient le mieux compte de la situation individuelle des parties en litige et de l'ensemble de leurs droit et devoirs... dans les limites du droit positif" (32).

Del examen de la práctica internacional en materia de delimitación de las fronteras terrestres parece poderse deducir que la equidad *infra legem* desempeña, en primer lugar una función meramente interpretativa e individualizadora, proyectando el contenido de la norma sobre el caso concreto de acuerdo con las exigencias de la justicia. Así lo ha explicado recientemente la sala del Tribunal internacional de Justicia que ha resuelto el litigio frontera entre Burkina Faso y Mali por medio de una sentencia de 22 de diciembre de 1986. En efecto, tras recordar que en materia de delimitación de las fronteras terrestres no existe un equivalente de la noción de "principios equitativos" a la que reenvía tan frecuentemente el derecho aplicable en materia de delimitación de las zonas marítimas, la sentencia mencionada afirma que:

«La Chambre... prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation de droit et en est l'une des qualités» (33).

(32) SOERENSEN, M. «Les sources de Droit international», Copenhague, 1946, p. 197.

(33) *CIJ Recueil* 1986, pp. 567-568, par. 28. Vide también p. 633, par. 149.

Pero junto a su eficacia meramente interpretativa, la equidad *infra legem* parece haber desempeñado también en alguna ocasión una cierta función complementaria o integradora, ofreciendo al juez o al árbitro internacional un criterio para resolver las cuestiones de detalle que la norma aplicable no contempla específicamente. En teoría, se trata aquí de una forma de equidad *infra legem* que, sin separarse del marco substancial del Derecho aplicable, permite al juzgador concretar sus perfiles ajustándolos a las exigencias del caso concreto. En la práctica, sin embargo, a veces se prolonga levemente el alcance expreso de la norma, haciéndose entonces muy difícil distinguir esta función integradora de la equidad de otras modalidades de aplicación supletoria (*praeter legem*) o derogatoria (*contra legem*), consideradas como inadmisibles.

El profesor BARDONNET ha señalado así una multiplicidad de ejemplos en los que las Comisiones de delimitación y, en su caso, las instancias arbitrales y judiciales, han recurrido a la equidad para ultimar los detalles relativos al proceso de delimitación, incluso en ausencia de una disposición expresa del convenio fronterizo (34). El autor considera "benéfico" este uso de la equidad integradora, con eficacia complementaria e incluso correctiva, aunque señala pese a todo que:

«Son maniement est sans doute délicat surtout en l'absence d'une référence expresse, et il se situe toujours dans un registre relativement restreint» (35).

El propio Tribunal internacional de Justicia ha ido también en ocasiones bastante lejos en el uso de la equidad *infra legem* con eficacia integradora (36). Así, en el asunto de la

(34) BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 52.

(35) *Ibid.*, p. 55.

(36) La equidad ha sido evocada en diversas ocasiones por la jurisprudencia internacional como parámetro para la determinación del importe de las compensaciones pecuniarias debidas en concepto de reparación. El propio Tribunal internacional de Justicia ha recurrido a esta forma de equidad *infra legem* para calcular el importe de la indemnización en el asunto de las Sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT por deman-

controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali, la Sala del Tribunal internacional de Justicia consideró que la equidad *infra legem* le permitía recurrir a la aplicación de criterios equitativos para determinar el trazado de la frontera litigosa en los lugares donde la manifestación *uti possidetis* no pudiera ser establecida con claridad:

«La Chambre conclut dès lors qu'en l'absence d'indications précises dans les textes quant à l'emplacement de la ligne frontrière celle-ci doit diviser la mare de Soum en deux, de façon équitable. Bien que "l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité" (*Plateau continental de la Mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 49, par.91), il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là» (37).

2.2.2. Equidad *praeter legem*

La doctrina y la jurisprudencia tradicionales han rechazado por el contrario generalmente la virtualidad de la equidad para desempeñar una función normativa autónoma, con carácter supletorio, en los casos de insuficiencia o laguna del Derecho positivo (equidad *praeter legem*).

Con todo, en la práctica arbitral relativa a la delimitación de los espacios terrestres (38), parece poderse encontrar

das contra la UNESCO:

«Dans ces conditions, la Cour... se bornera à dire que si le tribunal, dans les motifs de sa décision sur le fond a dit "que la réparation sera assurée *ex aequo et bono* par l'allocation au requérant du montant ci-après", le contexte ne fait nullement apparaître que le tribunal ait entendu par là se départir des principes du droit. Il a voulu seulement énoncer que, le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit des règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci (*affaire du Détroit du Corfou*, arrêt du 15 décembre 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 249).» C.I.J. Recueil 1956, p. 100.

(37) C.I.J. Recueil 1986, p. 633, par. 150.

(38) Cf. AKEHURST, M. «Equity and General Principles of Law», I.C.L.Q. 1976, p. 805, nota 29. Vide también BARDONNET, D. *Op. cit.*, pp. 57 y sig.

algunos ejemplos de aplicación de la equidad para llenar ciertos vacíos del Derecho positivo.

Puede citarse a este respecto el asunto de la controversia fronteriza entre Bolivia y Perú resuelta por el laudo arbitral del Presidente argentino Figueroa Alcorta, el 9 de julio de 1909. En este caso, en virtud del Tratado General del Arbitraje de 21 de noviembre de 1901, debía aplicarse en principio la regla del *uti possidetis* de 1810. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Convenio especial de 30 de diciembre de 1902, el árbitro podía resolver la cuestión equitativamente en los tramos en los que no apareciera definido con claridad la extensión del territorio según los documentos del Virreinato. En el transcurso del procedimiento, pronto se hizo evidente la dificultad de aplicar el principio *uti possidetis* ya que, de acuerdo con los documentos aportados por las partes, la zona disputada se encontraba completamente inexplorada. En tales condiciones, el laudo hubo de fundarse casi totalmente sobre la equidad para resolver el litigio fronterizo planteado, pues como dijo el propio arbitro:

«considérant... ce qui précède il résulte que je dois résoudre équitablement la question qui m'est soumise, en m'approchant, dans la présente décision, du sens des dispositions royales invoquées par les défenses respectives des Parties et de l'esprit qui les a inspirées» (39).

Asimismo, en el asunto del Rann de Kutch entre la India y Pakistán, la inexistencia de un auténtico acuerdo de límites, la inaplicabilidad del principio *uti possidetis*, y la complejidad de las circunstancias históricas y geográficas condujo al Juez Laguerren a pronunciar el 19 de febrero de 1968 una sentencia ampliamente fundada en la idea de equidad, aunque sin llegar a constituir una decisión *ex aequo et bono* (40).

(39) R.S.A. vol. XI, p. 145.

(40) En una primera decisión de 23 de febrero de 1966 el Tribunal distinguió cuidadosamente entre el recurso a la *equity* en el sentido anglosajón del término (que ambas partes propugnaban, aunque con matices distintos) y una auténtica decisión *ex aequo et bono*:

«An international Tribunal will have the wider power to adjudicate

El territorio disputado constituía una vasta superficie de 9.100 km² configurando un «un fenómeno geográfico único» por su carácter desértico, pantanoso y casi marítimo, en el que no existía una frontera bien establecida reconocida históricamente. El interés principal de la sentencia estriba en que en ella se sostiene que *equity* y equidad aparecen en gran medida ancladas en un mismo fondo común y forman igualmente parte del Derecho internacional:

«As both Parties have pointed out, equity forms part of International Law; therefore the Parties are free to present and to develop their cases with reliance on principles of equity» (41).

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal dio curso a las reclamaciones principales de Pakistán, adjudicando a este país una extensión correspondiente al 10% del territorio litigioso (830 km²). La delimitación de los tres sectores en los que se dividía esta zona, y sobre todo la atribución a Pakistán de la mayoría del territorio en el sector más oriental de la misma, se fundó esencialmente en razones de equidad (*equity*) y más concretamente en consideraciones de orden y estabilidad de las relaciones entre Estados:

«In my opinion it would be inequitable to recognise these inlets as foreign territory. It would be conducive to friction and conflict. The paramount consideration of promoting peace and stability in this region compels the recognition and confirmation that this territory, which is

a case *ex aequo et bono*, and thus to go outside the bounds of law, only if such power has been conferred on it by mutual agreement between the Parties. The Tribunal cannot find that the Agreement of 30 June 1965 does authorize it clearly and beyond doubt to adjudicate *ex aequo et bono*. Therefore, and as the Parties have not by any subsequent agreement consented to confer the power upon the Tribunal to adjudicate *ex aequo et bono*, the Tribunal resolves that it has no such power». *The Indo-Pakistan Western Boundary Case Tribunal (Constituted Pursuant to the Agreement of 30 June 1965). Award 19 February 1968.* p. 6.
(41) *Ibid.*, p. 6.

wholly surrounded by Pakistan territory, also be regarded as such» (42).

¿Puede, pues, deducirse de esta jurisprudencia la existencia de una regla que permite la aplicación de la equidad *praeter legem* en la delimitación de las fronteras terrestres entre los Estados?

La respuesta a esta cuestión no es fácil, pero parece que debe decantarse por la negativa. En efecto, reducida a sus justos términos, la práctica arbitral citada no parece avalar verdaderamente la aplicación de la equidad *praeter legem* para colmar las lagunas jurídicas que pudieran presentarse en la solución de los conflictos fronterizos. Pues en realidad, en todos los casos examinados, la autorización para que el árbitro colmara las lagunas que se presentaran en el proceso de delimitación estaba expresamente contemplada ora en las propias reglas a aplicar ora en el compromiso arbitral.

La práctica del Tribunal internacional de Justicia parece confirmar este planteamiento contrario a la admisión de la equidad *praeter legem*. En efecto, aunque la jurisprudencia del Tribunal sea en este punto algo movediza (43), sus afirmaciones al respecto son, en general, poco proclives a la admisión de la eficacia normativa supletoria de la equidad (44). Así, por lo que se refiere a las cuestiones de delimitación

(42) *Ibid.*, pp. 152-153.

(43) En efecto en el asunto del Canal de Corfú el Tribunal se apoyó en consideraciones humanitarias afirmando incluso expresamente algunos de sus miembros la eficacia de la equidad para rellenar las lagunas del Derecho. Por el contrario, en el asunto del Sudoeste Africano, el Tribunal se negó de plano a rebasar el ámbito del Derecho estricto. *Vide* MIAJA, A. *Op. cit.*, pp. 3-8.

(44) Un buen exponente de la posición del TIJ en este punto podría ser la sentencia de 5 de febrero de 1970 en el asunto de la Barcelona Traction. En efecto, en este caso, tras reconocer que se trataba de una materia en la que «el Derecho internacional no ha fijado sus propias reglas», el Tribunal se negó a cubrir este vacío recurriendo a consideraciones puramente equitativas:

«Il a été suggéré que, si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son État national, il pourrait être: indiqué, pour

de los espacios terrestres, la reciente sentencia relativa al litigio fronterizo entre Burkina Faso y Mali es particularmente ilustrativa de la ambigüedad que suele acompañar la aplicación de estas categorías formalistas. En efecto, como ya hemos visto (45), la Sala del Tribunal que, en ausencia de indicaciones precisas en los textos, se había sentido legitimada para dividir la zona pantanosa de Soum en dos y atribuir las por igual a cada una de las partes, conjuró sin embargo tajantemente (pero también retóricamente) la aplicación de la equidad *praeter legem*:

«Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, statuer *ex aequo et bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs, elle doit également écarter en l'espèce tout recours à l'équité *contra legem*. La chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem* c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités. En effet comme la Cour l'a dit: «Il ne s'agit pas simplement d'arriver une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable.» (*Compétence en matière de pêcheries*, CII Recueil 1974, p. 33, par. 778, p. 202, par. 69) (46).

2.2.3. Equidad *contra legem*.

En principio, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia coinciden aquí de un modo unánime en la afirmación de que no cabe recurrir a la equidad para descartar la aplicación del Derecho internacional positivo, a menos que las partes interesadas lo hayan solicitado así expresamente. Esta idea, fue

des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assumé par leur propre Etat national. L'hypothèse ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire». CII Recueil 1970, p. 49, par. 93.

(45) Supra p. 12 y nota (37).

(46) CII Recueil 1986, pp. 567-568, par. 28.

reafirmada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1937 (47) y aparece consagrada en el propio Artículo 38, párrafo 2, del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia:

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

Este planteamiento, aparentemente simple, no ha dejado sin embargo de presentar algunos puntos oscuros referentes, por un lado, a la posibilidad de que la equidad despliegue pese a todo una cierta eficacia correctiva en la aplicación de las reglas positivas, y, por otro, al verdadero sentido del recurso a la jurisdicción de equidad (decisión *ex aequo et bono*) cuando las partes así lo convinieren.

a) Eficacia correctiva de la equidad.

La exclusión de principio de la equidad *contra legem* no ha impedido que esta noción haya desempeñado en la práctica, en determinadas ocasiones, una cierta función modificativa o correctiva de la aplicación de las reglas jurídicas.

La compatibilidad de este uso correctivo de la equidad con la proclamada exclusión de la equidad *contra legem* se ha logrado efectivamente forzando los resquicios que presenta inevitablemente este tipo de planteamientos de naturaleza esencialmente formalista. Así, en ocasiones, el árbitro ha encontrado una vía para la aplicación de la equidad derogatoria en los términos más o menos permisivos del acuerdo de delimitación o en las cláusulas del propio compromiso. En otros casos, el árbitro ha encontrado la legitimación para proceder a una utilización moderada de la equidad correctiva en la consideración de que los principios y reglas aplicables resultaban parcialmente impracticables o podían conducir a

(47) «Le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin.» IDI: *Annuaire cit.*, p. 271.

resultados irrazonables. Así, como ha señalado BARDONNET:

«Le recours aux considérations d'équité a-t-il tenu une place importante dans les arbitrages latino américains et pourrait-il contribuer au règlement de certains différends frontaliers dans d'autres parties du monde, pour corriger les injustices qui ne manque pas de susciter la généralisation de l'*uti possidetis*» (48).

En efecto en la práctica hispanoamericana, la equidad ha sido utilizada en alguna ocasión como un instrumento jurídico para conseguir la necesaria corrección de los inconvenientes derivados de una rígida aplicación del principio *uti possidetis*. Tal sucedió, por ejemplo, en el caso de la sentencia arbitral de 23 de febrero de 1933, dictada por el Chief Justice Charles Evan Hughes en un litigio fronterizo entre Guatemala y Honduras (49). En efecto, ante las discrepancias de las partes sobre la aplicación del principio *uti possidetis*, el árbitro se vio abocado a interpretar extensivamente el compromiso recurriendo así a la equidad para establecer una parte de la frontera:

«The Tribunal, by the provision of the as to the line of *uti possidetis* of 1821, is not required to perform the impossible, and manifestly is bound to establish that line only to the extent that the evidence permits it to be established. And as the Tribunal is expressly authorized in the interest of justice... to depart from the line of *uti possidetis* of 1821, even where that line is found to exist, the treaty must be construed as empowering the Tribunal to determine the definitive boundary as justice may require throughout the entire area in controversy, to the end that the question of territorial boundaries may be finally and amicably settled» (50).

(48) BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 56.

(49) R.S.A. vol. II, pp. 1307-1366.

(50) *Ibid.*, p. 1352. En este mismo laudo el Tribunal precisó incluso el contenido concreto de los criterios equitativos que le habían de servir de pauta para la determinación de la frontera: "In fixing the boundary, the

El Tribunal internacional de Justicia parece haber sido, sin embargo, más cauteloso respecto a la posible eficacia correctora de la equidad. En efecto, la Sala que ha emitido la sentencia relativa al litigio fronterizo entre Burkina Faso y Mali ha limitado considerablemente el papel de la equidad al afirmar que en su virtud no puede en modo alguno derogarse la eficacia vinculante de otras reglas jurídicas existentes en materia de establecimiento de las fronteras terrestres. Así, según la sala, la equidad no puede contradecir las exigencias del principio *uti possidetis* considerado como un regla aplicable de Derecho positivo:

«A cet égard l'idée qui la guide est simplement celle-ci: «L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice» (*Plateau continental (Tunise Jamahiriya arabe libyenne)*). *CIJ Recueil* 1982, p. 60 par. 71). La chambre tient néanmoins à souligner que rien n'autorise un recours à la notion d'équité pour modifier une frontière établie. Dans le contexte africain en particulier, on ne saurait invoquer les insuffisances manifestes, du point de vue ethnique, géographique ou administratif, de maintes frontières héritées de la colonisation pour affirmer que leur modification s'impose ou se justifie par des considérations d'équité. Ces frontières, aussi peu satisfaisantes soient-elles, jouissent de l'autorité de l'*uti possidetis* et sont à ce titre entièrement conformes au droit international contemporain. Hormis le cas d'une décision rendue, avec l'assentiment des Parties, *ex aequo et bono*, «il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable». (*Compétence en matière de pêcheries*, *CIJ Recueil* 1974 p. 33 par. 78)» (51).

Tribunal must have regard: 1) to the facts of actual possession; 2) to the question whether possession by one Party has been acquired in good faith, and without invading the right of the other Party; and 3) to the relation of territory actually occupied to that which is as yet unoccupied. In the light of the facts as thus ascertained, questions of compensation may be determined". *Ibid.*, p. 1532.

(51) *CIJ Recueil* 1986, p. 633, par. 149.

b) Equidad y decisiones *ex aequo et bono*.

En los supuestos en los que las partes autorizan expresamente al Tribunal a pronunciar una decisión *ex aequo et bono*, se ha planteado también el problema de determinar el alcance concreto de esta "jurisdicción de equidad".

En efecto, cabe preguntarse en primer lugar si la autorización para pronunciar una decisión *ex aequo et bono* supone en realidad la aplicación de la equidad *contra legem*. La expresión es sin duda demasiado contundente y traduce mal el significado del mecanismo que se trata de aplicar. Pues no se trata en realidad de contradecir las reglas del Derecho positivo sino más bien de lograr la solución del litigio al margen de las mismas.

Por otra parte, se ha cuestionado si esta autorización para dictar una sentencia *ex aequo et bono* remite al juzgador a la aplicación de la equidad -considerada como una noción jurídica- o si le conduce, por el contrario, a un terreno ajeno al propiamente jurídico y le permite alcanzar una decisión basada exclusivamente en los criterios de conveniencia y ponderación que considere más pertinentes para la solución del caso.

Algunos eminentes internacionalistas, tales como SERENI (52) y GUGGENHEIM (53), consideran efectivamente que la autorización para el ejercicio de la jurisdicción de equidad no permite al juzgador situarse de lleno fuera del Derecho para ejercer una suerte de amigable composición desvinculada de toda consideración jurídica. Según este punto de vista, el juez o el árbitro encargado de emitir una decisión *ex aequo et bono* debe en realidad recurrir a la aplicación de la equidad considerada como una noción jurídica que debe ser utilizada con flexibilidad, pero también con rigor técnico, para la apropiada solución del caso.

(52) SERENI, A.P. «Diritto internazionale», Vol. I. Milano, 1956, p. 154.

(53) GUGGENHEIM, P. «Traité de Droit international Public», T.I., Genève, 1947, p. 212.

La mayoría de los autores considera hoy, sin embargo, que el pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono* permite al juzgador situarse al margen del Derecho mismo, descartando tanto la aplicación de las reglas de carácter positivo como la aplicación de la equidad considerada en su dimensión jurídica. Así, un jurista tan autorizado como Sir R. Y. JENNINGS ha llegado a afirmar que:

«(a) decision *ex aequo et bono* could well be made without the need of specifically legal training or skill. On the other hand, a decision according to equity as part of law should mean the application to the case of principles and rules of equity for the proper identification of which a legal training is essential» (54).

Cualquiera que sea la respuesta definitiva a esta cuestión todavía abierta, parece necesario subrayar un punto de particular importancia en este debate. A saber, que las decisiones *ex aequo et bono*, por más que puedan descartar la aplicación de las reglas de carácter dispositivo, no pueden en modo alguno adoptar soluciones incompatibles con las normas imperativas pertenecientes al *ius cogens* internacional. Así, como ha escrito el profesor DIEZ DE VELASCO (55), la autorización para el ejercicio de la jurisdicción *ex aequo et bono* encuentra su límite jurídico en las exigencias de las normas de *ius cogens* que, tal como señala el artículo 53 del

(54) JENNINGS, R.Y. «Equity and Equitable Principles», *Annuaire Suisse de D.I.*, 1986, p. 30. Vide también BROWN, E. «The Tunisia-Libya Continental Shelf Case. A Missed Opportunity», *Marine Policy*, 1983, pp. 149-150. BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 38. Esta parece ser también la opinión del propio Tribunal internacional de Justicia, tal como se deduce de sus afirmaciones en el asunto de la plataforma Libia-Túnez:

«il faut distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de prendre une décision *ex aequo et bono*, ce que la Cour ne peut faire que si les Parties en sont convenues (art. 38, par. 2 du Statut). En pareil cas la Cour n'a plus à appliquer strictement des règles juridiques, le but étant de parvenir à un règlement approprié», *CII Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

(55) DIEZ DE VELASCO, M. «Instituciones de Derecho internacional público», T.I. séptima edición, Madrid (Tecnos) 1985, p. 83.

Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 "no admiten acuerdo en contrario".

Este breve repaso de la jurisprudencia relativa al papel de la equidad en la delimitación de los espacios terrestres pone de relieve el carácter esencialmente retórico de las distinciones al uso y la incertidumbre de una noción que se ha mostrado siempre refractaria a una auténtica objetivación de sus elementos y que ha posibilitado así el ejercicio de un amplio margen de discrecionalidad jurisdiccional. En la práctica, las distinciones usuales entre la equidad *infra legem*, *prater legem* y *contra legem*, lejos de ofrecer una guía metodológica segura, se han mostrado como una cobertura adicional de decisiones que poseían ya su propio fundamento jurídico.

La experiencia muestra pues que la equidad ha cumplido en los distintos casos de delimitación de las fronteras terrestres una discreta función interpretativa, sustitutoria o derogatoria en razón de la eventual imprecisión, insuficiencia o injusticia de la regla de Derecho positivo. El recurso de equidad se ha legitimado así, en la práctica, en virtud de su propia necesidad, de su carácter razonable y conveniente (56). Pero su propia condición extrapositiva le ha conferido tradicionalmente un estatuto jurídico incierto. No es, por tanto, de extrañar que en los últimos años hayamos asistido al desarrollo de un proceso tendente a reforzar el fundamento jurídico de la equidad mediante su incorporación a la propia regla de Derecho internacional positivo.

Esta es la nueva dimensión de la equidad *within the rules* o *selon les textes* cuya proyección teórica y práctica trataremos de analizar en las páginas que siguen.

(56) BARDONNET, D. *Op. cit.*, p. 42.

3. LA DIMENSION IUSPOSITIVA DE LA EQUIDAD (ÉQUITÉ SELON DES TEXTES O WITHIN THE RULES)

3.1. La equidad en la formulación de las reglas de Derecho internacional.

La impronta de la equidad en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional es en ocasiones tan fuerte que llega incluso a manifestarse exteriormente como un elemento integrante de la regla de Derecho positivo. En tales supuestos, cada vez más extendidos, la equidad se eleva del transfondo substancial del Derecho para cristalizar en la expresión positiva de la regla misma. Este es el ámbito de la equidad "inside des rules" o "selon des textes" que fue evocado por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969:

«Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de la justification objective de ses décisions, non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application des principes équitables» (57).

Con estas palabras el Tribunal parece haber abierto una nueva vía de aproximación a la siempre evasiva figura de la equidad, al señalar que ésta puede adquirir una dimensión auténticamente positiva como elemento normativo autónomo, es decir, como una "verdadera regla de derecho", obligatoria para los Estados, en los casos en los que "los textos" mismos exigen su aplicación (58).

La práctica internacional conoce hoy efectivamente un creciente número de casos en los que la equidad ha quedado formalmente integrada en el contenido material de la regla

(57) *CII Recueil* 1969, p. 49, par. 88.

(58) *Ibid.*, par. 85 y par. 88.

de Derecho positivo como un referente normativo expresamente identificado. Esta dimensión iuspositiva de la equidad no ha pasado desapercibida a los autores que con mayor penetración han examinado el fenómeno en los últimos años: JENNINGS (59), CHEMILLIER-GENDREAU (60), BARDONNET (61). El profesor REUTER se ha referido también a esta innovadora faceta de la equidad, resultante de su incorporación a la regla de Derecho positivo:

«Dans les cas plus extrêmes, cette subordination est simplement formelle: c'est une règle juridique qui renvoie expressément à des principes équitables qu'elle ne précise pas autrement...» (62).

Esta nueva dimensión iuspositiva de la equidad no deja, sin embargo, de presentar ciertas dificultades conceptuales y materiales. En primer lugar, como indican las palabras del profesor REUTER, es forzoso reconocer que el contenido concreto de esta evasiva noción no se hace más preciso por su incorporación a la regla de Derecho positivo. La equidad se positiviza pero "guarda su misterio" (63).

(59) JENNINGS, R.Y. *Op. cit.*, pp. 28-29.

(60) CHEMILLIER-GENDREAU, M. *Op. cit.*, pp. 509-510:

«L'équité et les principes équitables son évoquées avec une grande fréquence et une grande importance dans des domaines aussi divers et aussi importants que le respect des droits de l'homme, le fonctionnement de la justice internationale, le droit de la mer, le droit international économique et plus particulièrement le droit qui régit la question de l'indemnisation en cas de nationalisation».

(61) BARDONNET, D. *Op. cit.*, pp. 39-40:

«Beaucoup plus fécond est le souci d'incorporer l'équité au droit. La règle de droit, qu'elle soit de nature coutumière ou conventionnelle, renvoie alors à l'équité. On trouve de nombreuses traces de cette tendance dans le droit des traités, de la responsabilité internationale, de la succession de Etats ou l'environnement. Elle se manifeste également dans les situations de plus en plus fréquentes où des obligations de nature économique sont définies, en ce qui concerne par exemple l'utilisation des ressources naturelles dans le droit des fleuves internationaux, le nouveau droit de la mer, ou plus généralement le droit international économique».

(62) REUTER, P. *Op. cit.*, p. 179.

(63) *Ibid.*, p. 165.

Por otra parte, la jurisprudencia internacional, que en los últimos años ha hecho un uso generoso de esta nueva movilidad de la equidad, no se ha preocupado excesivamente de hacer explícita la naturaleza concreta de la regla que, en cada caso específico, reclamaba su aplicación. Amparándose en el carácter particularmente difuso y evolutivo de éste ordenamiento jurídico, el árbitro y el juez internacional han evocado de un modo inespecífico los "principios y reglas" internacionales para justificar la aplicación de la equidad. Esta relajada actitud jurisprudencial contrasta con el rigor metodológico empleado en otros casos. Así, en la propia sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969, el Tribunal, que había sometido a un extenso y severo escrutinio el fundamento normativo de la equidistancia, se mostró mucho menos exigente en la determinación del origen jurídico formal de la regla de la equidad en materia de delimitación (64).

Con todo, forzoso es reconocer que, pese a la inicial inconcreción de su funcionamiento normativo, a partir de la sentencia del Mar del Norte de 1969 la figura de la equidad se ha ido abriendo progresivamente camino hacia la superficie del Derecho internacional positivo que, en un creciente número de esferas, ha visto aparecer referencias cada vez más explícitas a esta noción. La equidad se ha convertido así en un componente formal de diversos textos que han hecho su aparición en la práctica del Derecho internacional en los últimos años. Entre los variados campos en los que se ha manifestado de un modo pujante esta nueva dimensión iuspositiva de la equidad cabe citar principalmente los siguientes: los textos relativos a la instauración de un nuevo orden económico internacional, uno de cuyos principios inspiradores es el del "beneficio mutuo y equitativo" (65); las reglas relativas al régimen de explotación de los recursos compartidos entre Estados (66); los convenios de codificación en

(64) *CII Recueil* 1969, p. 32, par. 47, par. 85 y sig; p. 49 par. 88 y sig.

(65) Consagrado *inter alia* en el Artículo 1, e) de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (AG Resolución 3281, de 12 de diciembre de 1974).

(66) *Vide* BARBERIS, J. «Los recursos naturales compartidos entre

materia de sucesión de Estados (67) y de utilización de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (68); y las normas que establecen el régimen de aprovechamiento de los recursos de ciertos espacios tales como el espacio ultraterrestre (69), la Antártida (70) o el propio medio ambiente común (71), que deben ser utilizados equitativamente por constituir un patrimonio colectivo de las generaciones presentes y futuras.

Pero sin duda el texto en el que la equidad aparece de un modo más reiterativo es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 30 de mayo de 1982 (72) que se refiere a esta noción, tanto de un modo implícito como de un modo explícito, en un significativo número de sus disposiciones. Cabe citar así, por ejemplo, entre las referencias expresas a la noción de equidad, las que afectan a los siguientes temas: solución equitativa de los conflictos relativos a la atribución de derechos y jurisdicción en la zona económica exclusiva

Estados y el Derecho internacional", Madrid (Tecnos) 1979, pp. 35 y sig; 68 y sig; 131 y sig; 154 y sig.

(67) *Vide* Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 8 de abril de 1978, en especial Arts. 17, 1, c); 17, 3; 18, 1, b) y d); 18, 2; 31, 2; 37, 2; 40, 1 y 41.

(68) *Vide* CDI. Segundo informe sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Doc. A/CN.4/381, de 24 de abril de 1984), Arts. 6, 7 y 8. *Vide* también HANDL, C. *Op. cit.*, *infra* nota (71).

(69) *Vide* Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (AG. Resolución 34/78 de 5 de diciembre de 1979, Anexo) Art. 11, 7 d). *Vide* también WILLIAMS, S.M. «The Role of Equity in the Law of Outer Space», *International Relations*, vol. V, 1975, pp. 776-799; CURTEIX, J. «De l'accès "équitable" à l'orbite des satellites géostationnaires», *AFDI* 1985, pp. 790-802.

(70) Doc. AMR/SCM/88/787: Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, Arts. 29, 3, b) y c); 35, 5.

(71) HANDL, G. «The principle of "Equitable Use" as Applied to Internationally Shared Natural Resources: its Role in Resolving Potential International Disputes over Transboundary Pollution», *Rev. Belge de D.I.*, 1978-79, pp. 40-64.

(72) BELLO, E. «International Equity and the Law of the Sea», *Verfassung und Recht in Übersee*, 1980, pp. 201 y sig.

(73); acceso equitativo de los Estados sin litoral (74) y en situación geográfica desventajosa (75) a los excedentes de recursos vivos de la misma; distribución equitativa de los beneficios financieros y económicos derivados de las actividades en la Zona de fondos marinos (76); modalidades y condiciones equitativas para la transmisión de tecnología relacionada con tales actividades (77); promoción de precios equitativos para los consumidores de minerales procedentes tanto de la Zona como de otras fuentes (78)...

Con todo, como es bien sabido, son los Artículos 74 y 83 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativos a la delimitación equitativa de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, quienes contienen la más enjundiosa de las referencias normativas a esta noción. Por ello, en razón de la proyección adquirida por los "principios equitativos" en los procesos de delimitación de los espacios marinos, esta cuestión será objeto de un examen particularizado en el apartado siguiente.

3.2. LA EQUIDAD EN LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARINOS.

La equidad ha jugado en los últimos años un importante papel como criterio jurídico para la delimitación de los espacios marinos entre Estados cuyas costas son adyacentes (delimitación lateral) o están situadas frente a frente (delimitación frontal). En particular, una reiterada jurisprudencia ha señalado que la obligación de lograr un acuerdo equitativo constituía la "norma fundamental" (79) en lo que respecta a la delimitación de los espacios marinos entre Estados vecinos. La regla de la delimitación equitativa se ha convertido así, aparentemente, en una exigencia del Derecho internacional

(73) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Art. 59.

(74) *Ibid.*, Art. 69, 1.

(75) *Ibid.*, Art. 70, 1.

(76) *Ibid.*, Art. 140, 2.

(77) *Ibid.*, Art. 144, 2 a).

(78) *Ibid.*, Art. 150, f) y Art. 151, 1, a).

(79) *CIJ Recueil* 1984, p. 299, par. 112.

positivo en la materia. Por ello se hace necesario explorar el origen, el contenido y el alcance de esta nueva regla.

3.2.1. Origen de la regla de la delimitación equitativa.

Como es sabido, la referencia a la equidad no estaba expresamente contemplada en las reglas relativas a la delimitación de los distintos espacios marinos que fueron objeto de codificación en los Convenios de Ginebra de 1958. En efecto, el Artículo 12 del Convenio sobre Mar territorial y zona contigua (80) hacía referencia únicamente a la delimitación por acuerdo entre las partes y, en su caso, por aplicación del criterio de la equidistancia matizado por la posible incidencia de circunstancias especiales que justificaran otra delimitación. Y la misma orientación inspiró el Artículo 6 del Convenio sobre Plataforma continental, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas están situadas una frente a otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

2. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

(80) Este artículo afirma efectivamente que:

«Cuando las costas de dos Estados se hallan situadas frente a frente o sean adyacentes, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo mutuo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media determinada de forma tal que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados. No obstante, la disposición de este párrafo no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma».

tación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se efectuará aplicando el principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

Aunque los textos reseñados no contienen una referencia expresa a la equidad, fue precisamente en materia de delimitación de la plataforma continental donde, de la mano de la jurisprudencia, se inició el afloramiento progresivo de esta figura a la superficie del Derecho positivo. En efecto, conectando con las expresiones originarias de la Proclamación Truman de 1945, que había afirmado ya que los límites de la plataforma continental debían establecerse convencionalmente "in accordance with equitable principles" (81), el Tribunal internacional de Justicia afirmó en su sentencia sobre la plataforma continental del Mar del Norte que los principios esenciales en la materia eran:

«que la delimitation doit être l'objet d'un accord entre les États intéressés et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables. Il s'agit là, sur la base de préceptes très généraux de justice et de bonne foi, de véritables règles de droit en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes, c'est-à-dire, de règles obligatoires pour les États pour toute delimitation; en d'autres termes, il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière...» (82).

Esta elevación de los "principios equitativos" a la categoría de reglas de Derecho positivo no dejaba de presentar puntos oscuros al no precisarse convenientemente su origen con-

(81) *CII Recueil* 1969, p. 33, par. 47.

(82) *Ibid.*, pp. 47-48, par. 85.

vencional, consuetudinario o derivado de un principio general. Con todo, junto al conjunto de razones genéricas evocadas por el Tribunal en apoyo de la regla propuesta (83), no faltó una indicación específica de que los principios equitativos se encontraban implícitamente contenidos en la referencia del propio Artículo 6 del Convenio sobre plataforma continental de 1958 a las circunstancias especiales:

«c'est en raison de la (conviction que la délimitation devait s'effectuer selon des principes équitables) qu'elle a introduit l'exception des "circonstances spéciales"» (84).

El origen difuso de la regla de la delimitación equitativa no impidió, en todo caso, que ésta se afirmase progresivamente como una constante básica de la jurisprudencia internacional en la materia. La sentencia arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto de la delimitación de la Plataforma continental franco-británica en la zona del Mar d'Iroise reiteró las afirmaciones anteriores del TIJ en términos sensiblemente similares:

«la limite entre des Etats qui donnet sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord, être déterminée selon des principes équitables» (85).

La referencia a la equidad como criterio para la delimitación de los espacios marinos habría de cobrar un nuevo impulso en los trabajos de la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que culminaron con la adopción del Convenio de 10 de diciembre de 1982. En efecto, aunque la elaboración del artículo relativo a la deli-

(83) *Ibid.*, p. 34, par. 48; también p. 47, par. 85, en el que el Tribunal evoca razones vinculadas a «la historia del desarrollo del régimen jurídico de la plataforma» y a «ciertas nociones jurídicas de base que reflejan desde el principio la *opinio iuris* en materia de delimitación».

(84) *Ibid.*, p. 37, par. 55.

(85) *Vide*: R.S.A. vol. 18, pp. 3 y sig. Cf. RODRIGUEZ CARRION, A. «Sentencia arbitral de 30 de junio de 1977 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa, sobre delimitación de la plataforma continental», REDÍ, vol. XXX, 1977, pp. 423 y sig.

mitación frontal y lateral del mar territorial discurriera por un camino separado y diferente (86), el debate sobre la equidad se extendió allí esencialmente no solo a la delimitación de la Plataforma continental sino también a la nueva Zona Económica Exclusiva, que se confundieron así en una polémica única en los trabajos de la Conferencia (87).

La formulación inicial del texto relativo a esta cuestión, redactada al final del tercer período de sesiones (Ginebra, 1975) y contenida en el Texto único oficioso para fines de negociación, reproducía casi literalmente el contenido del Artículo 6 del Convenio de Ginebra de 1958, sin haber mención expresa de la equidad (88). No es por ello de extrañar que los Estados partidarios de este criterio (y no de la equidistancia) se mostraran insatisfechos con esta fórmula y reclamaran una nueva redacción que atribuyera a la equidad un papel, más destacado -y sobre todo más explícito- como parámetro jurídico para la delimitación de los espacios marinos de que se trata. En el cuarto período de sesiones (Nueva York, 1976) el embajador venezolano Andrés AGUILAR, Presidente de la Comisión Segunda, introdujo en el texto único revisado a fines de negociación una nueva disposición modificativa de la anterior en la que se hacía referencia expresa a los "principios equitativos" (89). Durante el V pe-

(86) En efecto, el principio de la delimitación equitativa no fue retenido por la conferencia en lo que se refiere a la delimitación del Mar territorial. El Artículo 15 finalmente adoptado tiene un contenido prácticamente idéntico al del Artículo 12 del Convenio de 1958 (*Vide supra*, nota (80)) reteniendo esencialmente el criterio de la equidistancia contra el que habían combatido sin éxito las delegaciones de Venezuela y Turquía. *Vide* PASTOR RIDRUEGO, J.A. «Curso de Derecho internacional público». Madrid (Tecnos) 1986, p. 323.

(87) *Vide* PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Op. cit.*, pp. 332-335. *Vide* también la opinión disidente del juez ODA en la sentencia de la plataforma Libia-Túnez, *CII Recueil* 1982, p. 157, par. 134-145.

(88) Doc. A/CONF.62/WP.8/Parte 2.

(89) En virtud de esta disposición la delimitación debía efectuarse: «por acuerdo entre los Estados interesados, de conformidad con principios equitativos, empleando cuando sea apropiado la línea media o equidistante y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes». Doc. A/CONF.62/WP.8/Rev.1/Parte 2, Nota introductoria, pár. 6

riodo de sesiones (Nueva York, 1976) las objeciones tanto de procedimiento como de fondo planteadas por los partidarios de la línea media — coordinados por la delegación de España — no lograron atajar el avance imparable de los partidarios de los principios equitativos — coordinados por la delegación de Irlanda —. La solución de esta espinosa cuestión, calificada como una de las "fundamentales" por la Conferencia, fue encargada a un "grupo de negociación" que propuso una fórmula de compromiso incluida en el Texto integrado oficioso para fines de negociación (primera parte del IX período de sesiones, Nueva York, 1980), a cuyo tenor:

«La delimitación... se efectuará por acuerdo... de conformidad con el Derecho internacional. Tal acuerdo se ajustará a principios equitativos, empleando la línea media o de equidistancia, cuando proceda, y teniendo en cuenta todas las circunstancias prevaletientes en el área de que se trate» (90).

Pese a ser todavía globalmente favorable a sus intereses, esta fórmula transaccional tampoco resistió el impulso creciente de los países partidarios de los principios equitativos. Así, al final del X Período de sesiones (Ginebra, 1981) se adoptó como fórmula definitiva el texto que hoy figura en los Artículos 74 y 83 del Convenio, a cuyo tenor:

«1. La delimitación (de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental) entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho internacional, a que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa».

Los ecos de esta evolución tuvieron a su vez su caja de resonancia en el Palacio de Justicia de La Haya. El Tribunal, cuya sentencia de 1969 había actuado como detonante del proceso expansivo de los "principios equitativos" que permi-

(90) Doc. A/CONF.62/WP.10/Rev.30.

tan alcanzar un "resultado equitativo" constituía una exigencia del Derecho positivo internacional en materia de delimitación de la plataforma continental, precisando incluso que se trataba de "un principio general directamente aplicable como Derecho":

«L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice ne saurait manquer d'en faire application... la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit. De plus, en appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce... La tâche de la Cour est ici... (d)'appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable» (91).

Esta línea jurisprudencial ha continuado manifestándose, con un trazado zigzagueante, en la sentencia dictada por una Sala del TIJ en el asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine de 12 de octubre de 1984 en la que, tras repasar los antecedentes convencionales, consuetudinarios, jurisprudenciales y codificatorios (92), se proclama que los "principios y reglas" (93) que exigen proceder a una delimitación equitativa pertenecen a la *lex lata*

(91) *CJI Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

(92) *CJI Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

(93) Como ha dicho el propio tribunal, los términos «principios» y «reglas» deben entenderse aquí como sinónimos:

«Quant à l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit, de l'avis de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles de droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental». *CJI Recueil* 1984, pp. 288-290, par. 79.

en el actual "Derecho internacional consuetudinario" (94) y constituyen por tanto la "norma fundamental" aplicable a "toda delimitación marítima entre Estados vecinos" (95). Así, según afirma la sentencia de referencia:

«De l'avis de la Chambre, les dispositions dont in s'agit... peuvent être considérées comme conformes actuellement au droit international général en la matière» (96).

La misma opinión ha sido manifestada por el Tribunal en su sentencia de 3 de junio de 1985 en el asunto de la plataforma continental entre Libia y Malta al subrayar que las "decisiones judiciales son unánimes en afirmar que la delimitación debe efectuarse mediante la aplicación de principios equitativos tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes a fin de llegar a un resultado equitativo" (97):

«Le caractère normatif des principes équitables appliqués sans le cadre du droit international général présente de l'importance parce que ces principes gouvernent non seulement la délimitation par voie judiciaire ou arbitrale mais aussi, et d'ailleurs surtout, l'obligation incombant aux Parties de rechercher en premier lieu une délimitation par voie d'accord, ce qui révient à viser un résultat équitable» (98).

La regla de la delimitación equitativa ha penetrado así por diversos caminos en el Derecho internacional actual sin que sus orígenes inespecíficos hayan impedido su incorporación efectiva a la *lex lata* como expresión definitiva del consenso general en la materia (99).

(94) *Ibid.*, p. 300, par. 114. *Vide también Ibid.*, p. 266, par. 22.

(95) *Ibid.*, p. 299, par. 112.

(96) *Ibid.*, p. 294, par. 94.

(97) *CII Recueil 1985*, p. 38, par. 45.

(98) *Ibid.*, p. 39, par. 46.

(99) La idea del *consensus* fue formalmente evocada por la Sala del TIJ en la sentencia relativa al asunto del Golfo de Maine. *CII Recueil 1984*, p. 294, par. 112.

3.2.2. Contenido de la regla de la delimitación equitativa.

La regla de la delimitación equitativa, que como hemos visto tiene unos orígenes normativos relativamente difusos, requiere también alguna precisión en lo tocante a su contenido concreto.

En efecto, la expresión literal de la regla ha variado considerablemente al hilo de sus reiteradas evocaciones jurisprudenciales así como en los diversos estadios del proceso codificador de los artículos relativos a la delimitación de los espacios marinos. El contenido concreto de esta "norma fundamental" es así particularmente difícil de aprehender toda vez que se trata de una regla innovadora (100), de perfiles poco fijados y de substancia especialmente huidiza, como corresponde a su denominador común que no es otro que la idea misma de equidad.

Se trata, además de una regla que, al menos en su aplicación judicial, presenta una fisonomía normativa variable en función de los perfiles jurídicos también variables de los espacios marinos a delimitar en cada caso. Puede señalarse así, a título de ejemplo, el cambio sobrevenido en relación con la noción de "prolongación natural", que la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte había considerado como un elemento integrante de la regla de delimitación (101) y que la sentencia de la plataforma Túnez-Libia ha caracterizado simplemente como "una de las circunstancias a retener como elemento de una solución equitativa" (102).

Sin embargo, la práctica derivada de las reiteradas aplicaciones jurisprudenciales de esta nueva regla, permite vislumbrar, dentro de esta fórmula de geometría variable, una incipiente arquitectura común en la estructura general de la misma. Los diversos elementos básicos que parecen componer esta estructura serán examinados a continuación.

(100) *CII Recueil 1984*, p. 299, par. 111.

(101) *CII Recueil 1969*, p. 47, par. 85 in fine.

(102) *CII Recueil 1982*, p. 58, par. 68. *Vide también* par. 36-68, espec. par. 43 in fine.

a) obligación de lograr un acuerdo equitativo.

El primer elemento de la regla considerada es que la delimitación debe efectuarse por acuerdo entre los Estados interesados, ya sea directamente o ya sea mediante el recurso voluntario a la decisión de un tercero — árbitro o juez internacional —, con vistas a lograr un resultado equitativo.

Este punto fue subrayado ya en la sentencia del TIJ de 1969 en el asunto del Mar del Norte, al afirmar que la historia del desarrollo del régimen jurídico de la plataforma continental ha puesto de manifiesto la presencia de ciertas nociones jurídicas de base que reflejaban desde su origen la *opinio juris* en materia de delimitación:

«ces principes sont: que la delimitation doit être l'objet d'un accord et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables» (103).

La exigencia de llegar a un acuerdo delimitador fue objeto de ulteriores comentarios en la sentencia de referencia (104) y ha sido especialmente desarrollada por la Sala del TIJ en la sentencia de 1984 relativa al asunto del Golfo de Maine. En esta sentencia, los jueces han intentado efectuar una formulación "más completa" y "más precisa" de la "norma fundamental" afirmando, en particular que, de acuerdo con el Derecho internacional general:

«Aucune délimitation maritime entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face ne peut être effectuée unilatéralement par l'un de ces Etats. Cette délimitation doit être recherchée et réalisée au moyen d'un accord faissant suite à une négociation menée de bonne foi et dans l'intention réelle d'aboutir à un résultat positif. Au cas où, néanmoins, un tel accord ne serait pas réalisable, la délimitation doit être effectuée en recourant à une instance

(103) *CIJ Recueil* 1969, p. 47, par. 85.

(104) *Ibid.*, pp. 47-48, par. 86-87.

tierce dotée de la compétence nécessaire pour ce faire" (105).

Por otra parte, conviene subrayar que el acuerdo delimitador (y *a fortiori* la decisión judicial o arbitral) debe en todo caso amoldarse a las exigencias del Derecho internacional. Así lo expresa, en particular, el texto de los Artículos 74 y 83 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar de 1982 al afirmar que la delimitación se efectuará por acuerdo entre los Estados:

«sobre la base del Derecho internacional a que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa».

Pero los perfiles del Derecho internacional en esta materia son hoy particularmente cambiantes y sus exigencias concretas igualmente movedizas, pudiéndose decir que esencialmente se limitan a exigir que la delimitación efectuada resulte equitativa. Con todo y pese a las profundas variaciones que han jalonado la acción judicial en este punto, la propia jurisprudencia del Tribunal insiste en que el proceso de delimitación equitativa debe amoldarse a las normas del Derecho internacional expresadas en el Artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto (106) y, en especial, a las coordenadas jurídicas que afectan al espacio marino considerado tal como este se ha configurado jurídicamente (107).

El acuerdo delimitador debe, en todo caso, tener un contenido equitativo; esto quiere decir (y la redundancia hay que imputarla a la propia doctrina jurisprudencial) que el acuerdo

(105) *CIJ Recueil* 1984, p. 299, par. 112. El párrafo 22 de esta sentencia afirma, en este sentido, que:

«Le recours à une délimitation par voie arbitrale ou judiciaire n'est en dernière analyse qu'un succédané au règlement direct et amiable entre les Parties».

(106) *Ibid.*, p. 290, par. 83. En el párrafo 22 de la sentencia la Sala había señalado ya que la delimitación debía efectuarse «avant tout, et toujours dans le respect du droit international».

(107) *Vide infra* p. 33 y nota (113).

en cuestión debe estar inspirado en principios equitativos que permitan alcanzar un resultado equitativo. Esta orientación finalista, presente en la sentencia del Mar del Norte de 1969 (108), fue subrayada con particular énfasis por la sentencia del TIJ en el asunto de la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia:

«L'application de principes équitables doit aboutir à un résultat équitable. Cette façon de s'exprimer bien que courante, n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat à atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. C'est néanmoins le résultat qui importe: les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre. L'équité d'un principe doit être appréciée d'après l'utilité qu'il présente pour aboutir à un résultat équitable» (109).

b) Obligación de aplicar parámetros equitativos.

El acuerdo o la decisión que permita alcanzar un resultado equitativo debe ser el resultado de la aplicación de los parámetros equitativos pertinentes en cada caso.

La jurisprudencia del TIJ ha prestado particular atención a la evaluación de estos parámetros cuyo carácter equitativo debe ser objeto de un escrutinio particular en cada caso. Sin embargo, el inventario de los parámetros en cuestión se caracteriza por su heterogeneidad, por su carácter abierto y por su orientación finalista ordenada a la consecución de una delimitación equitativa en el marco del Derecho internacional.

En efecto, el Tribunal ha utilizado en este punto una terminología muy diversificada para referirse a una serie de elementos heterogéneos cuyo punto de conexión común es su imprescindible dimensión equitativa y su virtualidad para la consecución de un resultado igualmente equitativo. Las sentencias pronunciadas en esta materia se refieren así indistin-

(108) El Tribunal habló aquí de «résultat raisonable»: *CIJ Recueil* 1969, p. 49, par. 90 in fine.

(109) *CIJ Recueil* 1982, p. 59, par. 70.

tamente a cánones teóricos de carácter normativo o valorativo ("principios", "consideraciones", "criterios"), a procesos abstractos de naturaleza metodológica o instrumental ("métodos", "procedimientos", "medios") e, incluso, a simples datos de carácter puramente fáctico o material ("circunstancias", "factores", "elementos").

En teoría, el inventario de parámetros utilizables es en principio ilimitado, tal como señaló el Tribunal en la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte:

«En réalité il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables...» (110).

Sin embargo, la jurisprudencia ulterior se ha visto obligada a precisar que debían tomarse en consideración solamente aquellas "circunstancias pertinentes" (111) y elementos jurídicamente relevantes que pudieran conducir en cada caso a una delimitación equitativa. Así lo ha afirmado, con especial claridad, el propio Tribunal en la sentencia Túnez-Libia:

«Tous les principes ne sont pas en soi équitables; c'est l'équité de la solution qui leur confère cette qualité. Les principes qu'il appartient à la Cour d'indiquer doivent être choisis en fonction de leur adéquation à un résultat équitable. Il s'ensuit que l'expression principes équitables ne saurait être interprétée dans l'abstrait; elle renvoie aux principes et règles permettant d'aboutir à un résultat équitable» (112).

Finalmente, en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta de 1985, el Tribunal ha perfilado todavía más los contornos de la utilización de parámetros equitativos, al reiterar que el espectro de las circunstancias que debían ser tomadas en consideración de-

(110) *CIJ Recueil* 1969, p. 50, par. 93.

(111) *CIJ Recueil* 1982, p. 64, par. 81.

(112) *Ibid.*, p. 59, par. 70.

bía concretarse a aquellas que presentaran una conexión jurídica substancial con el espacio objeto de delimitación:

«Pourtant, bien qu'il n'y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il peut difficilement en être de même lorsqu'une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature» (113).

c) Métodos prácticos de delimitación.

Finalmente la delimitación debe completarse mediante la aplicación de aquellos "métodos prácticos" que permitan alcanzar un trazado equitativo en cada caso concreto.

Al igual que en el caso anterior, estos métodos prácticos que caracterizan también por su diversidad ya que, como indicó el Tribunal en la sentencia Túnez-Libia "en Derecho internacional no existe un método de delimitación único y obligatorio" (114). Así, los métodos prácticos de delimitación a aplicar en cada caso serán seleccionados y combinados (115), de acuerdo con su virtualidad para la consecución de un trazado equitativo.

Con todo, el rasgo más significativo de la evolución del Derecho internacional en este punto es la definitiva erradicación de la equidistancia como método de delimitación privilegiado. En efecto, la línea de la equidistancia que había sido ya excluida del Derecho internacional general por la sentencia de 1969 en el asunto del Mar del Norte (116) ha sido

(113) *CIJ Recueil* 1985, p. 40, par. 48.

(114) *CIJ Recueil* 1982, p. 79, par. 111.

(115) *Vide infra* p. 36 y nota (128).

(116) *CIJ Recueil* 1969, pp. 45-46, par. 82.

ulteriormente desposeída de sus pretendidos atributos equitativos inherentes y degradada a la mera condición de método práctico de delimitación por la acción conjunta de una jurisprudencia reiterada (117) y de un proceso codificador poco propicio al mantenimiento de este criterio (118).

Así, la equidistancia se contempla hoy únicamente como uno de los métodos prácticos que pueden utilizarse -conjuntamente con otros- para llegar a un resultado equitativo en los procesos de delimitación de los espacios marinos (119). Tan es así, que en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Malta y Libia, el Tribunal ha excluido incluso la obligatoriedad de recurrir a la equidistancia como primera etapa del proceso delimitador:

«l'existence même d'une règle comme celle qui défend Malte, qui obligerait à employer l'équidistance seulement comme première étape de toute délimitation et sous réserve d'une correction éventuelle, ne saurait être étayée par la simple énumération d'exemples de délimitation reposant sur l'équidistance ou une équidistance modifiée, bien que ces exemples montrent de façon frappante que la méthode de l'équidistance peut, dans bien des situations, produire un résultat équitable» (120).

Por lo demás, los métodos prácticos de delimitación aplicados por la reciente jurisprudencia se caracterizan por su variabilidad en las diversas situaciones analizadas, habiéndose manifestado incluso una tendencia a la "sectorización" de las zonas objeto de delimitación que ha permitido la utilización de distintos métodos prácticos en un mismo caso (121). Asimismo, la práctica jurisprudencial ha mostrado una ten-

(117) *Vide especialmente CIJ Recueil* 1982, p. 79, par. 110. Pero *vide* también las opiniones disidentes de los jueces GROS (p. 149, par. 11), ODA (pp. 260-267, par. 165-176 y pp. 269-270 par. 181) y EVENSEN (p. 297, par. 5).

(118) *Vide supra* p. 26-27.

(119) *CIJ Recueil* 1984, p. 312, par. 156.

(120) *CIJ Recueil* 1985, p. 38, par. 44 *in fine*; *vide ibid.*, p. 46, par. 77.

(121) *Vide CIJ Recueil* 1982, p. 93, par. 133, C; *Ibid* 1984, p. 331, par. 206 y sig.

dencia a la combinación de métodos de delimitación, utilizando incluso factores correctivos entre los que destacan por su contundencia los aplicados en el asunto Libia-Malta (122).

3.2.3. Aplicación de la norma de la delimitación equitativa.

La regla relativa a la delimitación equitativa de los espacios marinos entre Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a frente posee unas características muy peculiares que conviene examinar con algún detenimiento.

En efecto, como ya hemos visto, la regla en cuestión es una norma compuesta, inconcreta y finalista, que se ordena a la consecución de un resultado equitativo. Desde el punto de vista de las categorías técnico-normativas, la regla en cuestión se asemeja grandemente a lo que la doctrina privatista ha denominado "normas de orientación material" y constituye más un método o *approach* jurídico para la delimitación que una "regla" en sentido propio. El método de análisis de que se trata conlleva, efectivamente, un complejo proceso de ponderación de los factores relevantes que habrá de llevarse a cabo con una técnica similar al *weighting process* o *balancing of factors* que se aplica en algunos sectores del derecho internacional privado (123).

Así, en la sentencia relativa a la plataforma continental del Mar del Norte, el Tribunal introdujo tímidamente esta metodología al afirmar que:

«... c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule de ces considérations en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses con-

(122) En efecto, en este caso, el Tribunal aplicó un criterio de ajuste consistente en efectuar una "traslación hacia el Norte de 18° de latitud". *CIJ Recueil* 1985, p. 52, par. 73. *Vide* también los criterios empleados por la Sala con carácter corrector en el asunto del Maine: *CIJ Recueil* 1984, p. 328, par. 197.

(123) CHARNEY, J.I. «Ocean Boundaries between Nations: a Theory for Progress». *AJIL* 1985, p. 596.

sidérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce» (124).

El Tribunal arbitral que resolvió el litigio franco-británico de la Mer d'Iroise, utilizó de lleno ese tipo de análisis para llegar a determinar la línea de delimitación en la zona de las islas del canal y, en menor medida, en la zona atlántica (125). Lo mismo hizo el Tribunal internacional de Justicia en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia donde se refirió expresamente al "peso relativo atribuido a cada factor" (126) explicando al respecto que:

«... la Cour doit... peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable» (127).

Esta misma técnica es la que ha guiado al Tribunal internacional de Justicia en su sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta y en la relativa al establecimiento de la frontera marítima entre Estados Unidos y Canadá en el Golfo del Maine. En este último asunto, la Sala del Tribunal se ha referido de un modo muy explícito a la metodología en cuestión cuya aplicación se ha extendido no sólo a la elección de los criterios sino también a la de los métodos prácticos de delimitación:

«La Chambre pourra donc prendre en considération pour commencer... les critères, et surtout les méthodes pratiques théoriquement susceptibles d'être appliquées à la détermination du tracé de la délimitation maritime unique americano-canadienne dans le Golfe du Maine et dans l'aire extérieure adjacente. Il lui appartiendra ensuite de choisir, dans cet éventail de possibilités, les critères qui à son jugement apparaîtront comme les plus équitables par rapport à la tâche à remplir dans le présent procès, ainsi

(124) *CIJ Recueil* 1969, p. 51, par. 93.

(125) *Vide R.S.A.*, par. 180-202 y 232-251.

(126) *CIJ Recueil* 1982, p. 44, par. 38.

(127) *Ibid.*, p. 60, par. 71; *vide* también par. 107 y 126.

que la méthode ou la combinaison de méthodes pratiques dont l'application permettra le mieux de traduire ces critères dans le concret» (128).

La aplicación de la regla de la delimitación equitativa ha puesto de manifiesto, sin embargo, algunas carencias inevitablemente asociadas al proceso de ponderación de los factores pertinentes que constituye la substancia de la misma. Se ha evidenciado así, especialmente, que el particularismo del método aplicado, unido a la indeterminación y fluidez de los principios y métodos utilizables, conducía a veces a soluciones notablemente divergentes tanto en sus fundamentos como en sus resultados. Así las opiniones disidentes de los jueces manifestadas en las distintas sentencias han venido a unirse a las críticas de una doctrina relativamente amplia que ha conjurado -a veces duramente- las taras del nuevo método: casuismo, subjetivismo, arbitrio judicial, imprevisibilidad... (129).

Conviene advertir, sin embargo, que el propio Tribunal ha reconocido con cierta complacencia este particularismo, que parece haber sido conscientemente asumido, negándose a "sistematizar en exceso una construcción pragmática" (130) y

(128) *CII Recueil* 1984, p. 312, par. 156.

(129) Así, por ejemplo SÁNCHEZ RODRIGUEZ, L.I. «La sentencia del Tribunal internacional de Justicia, de 24 de febrero de 1982, en el asunto relativo a la plataforma entre Túnez y la Jamahiriya Árabe Libia», *REDI* 1983, p. 79:

«La fórmula (contenida en el párrafo 132 de la sentencia Túnez-Libia) se orienta en la perspectiva de la justicia del caso concreto, resulta fugitiva respecto a la previsibilidad de los resultados y constituye, por consiguiente, un modelo de contingencia jurídica; y ello por no mencionar la incompatibilidad de la doctrina con la letra del artículo 83, 1, de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, conforme al cual toda delimitación exige la aplicación del "derecho internacional"».

Vide también DECAUX, E. que compara la actitud de los jueces con la de un prestidigitador: «L'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice sur l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine (Canada/Etats-Unis), arrêt du 12 octobre 1984», *AFDI*, 1984, p. 339.

(130) Cf. *CII Recueil* 1969 p. 53, par. 100.

a "ultraconceptualizar" los principios y reglas aplicables (131). Así, en el asunto del Golfo del Maine, la comprobación del carácter todavía rudimentario de las normas consuetudinarias en la materia que ha llevado a la Sala a reafirmar su visión particular del proceso jurídico de delimitación:

«La pratique, d'ailleurs, bien qu'encore peu abondante à cause de la nouveauté relative de la matière, est là pour démontrer que chaque cas concret est finalement différent des autres, qu'il est un *unicum* et que les critères les plus appropriés et la méthode ou la combinaison de méthodes la plus apte à assurer un résultat conforme aux indications données par le droit, ne peuvent le plus souvent être déterminées que par rapport au cas d'espèce et aux caractéristiques spécifiques qu'il présente» (132).

La jurisprudencia parece así haber aceptado los riesgos inherentes a la aplicación de la regla de la delimitación equitativa y estar dispuesta a llevar a cabo el proceso de ponderación de los factores que resulten relevantes en cada caso. El método de que se trata, que ha sido asumido por la mayoría de los jueces, ha sido descrito con particular claridad por Eduardo JIMÉNEZ de ARÉCHAGA:

«Ainsi, dans le contexte du droit applicable à la délimitation du plateau continental, le fait que la décision doit être prise "conformément à des principes équitables"... oblige le juge à déterminer quelles sont les circonstances pertinentes dans chaque cas particulier et à apprécier leur importance et leur poids relatif. Appliquer l'équité signifie donc considérer et mettre en balance les circonstances particulières à l'espèce de façon à statuer, non pas en appliquant rigidelement un certain nombre de règles et principes généraux et de notions juridiques formelles, mais en adoptant et en ajustant ces principes, règles et notions aux faits, aux réalités et aux circonstances de l'espèce» (133).

(131) Cf. *CII Recueil* 1982, p. 92, par. 132.

(132) Cf. *CII Recueil* 1984, p. 290, par. 81.

(133) Cf. *CII Recueil* 1982, p. 106, par. 24.

No obstante, las propias dificultades experimentadas por el Tribunal para encontrar por esta vía el camino adecuado al ejercicio de su función judicial le han llevado a postular un mayor desarrollo jurisprudencial y a tratar de fijar mejor los límites de su propia actuación. Así, el Tribunal ha tratado de conjurar reiteradamente el fantasma de una decisión *ex aequo et bono* y ha tratado también de escapar al reproche de arbitrariedad:

«Certes, il n'existe pas de règles rigides quant au poids exact à attribuer à chaque élément de l'espèce; on est cependant fort loin de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou de la conciliation. Il ne s'agit pas non plus d'un recours à la justice distributive» (134).

Así, como ha subrayado E. D. BROWN, el Tribunal ha explicado lo que no es el proceso de aplicación de la norma de la delimitación equitativa; pero no ha dejado tan claro lo que éste es en realidad (135). Así, las diversas sentencias pronunciadas hasta hoy en este campo manifiestan todavía el ejercicio de una jurisdicción algo errática cuyo rumbo fluctúa entre las reglas de navegación establecidas en el Estatuto y el trazado singular que le marcan los distintos compromisos de arreglo judicial (136).

(134) Cf. *CII Recueil* 1982, p. 60, par. 71 *in fine*.

(135) BROWN, E.D. «The Tunisia-Libya Continental Shelf Case», *Marine Policy*, 1983, pp. 149-150.

(136) Cf. *CII Recueil* 1982, p. 79, par. 110 *in fine* y *CII Recueil* 1964, p. 266, par. 23 *in fine*. Vide también DECAUX, E. *Op. cit.*, p. 319.

4. CONCLUSION.

Las consideraciones desarrolladas en las páginas precedentes parecen permitir afirmar que la equidad juega hoy un importante papel en el campo del Derecho internacional que se concreta esencialmente en una doble dimensión:

a) Por un lado, como noción jurídica básica derivada de la idea de justicia (137), la equidad es normalmente inherente a los procesos de formación y aplicación de las reglas de Derecho internacional (138). Esta es la esfera propia de la *equity outside the rules* o *au-delà des textes* que constituye la dimensión tradicional de la misma y cuyo contenido y alcance puede verificarse recorriendo -por ejemplo- la jurisprudencia relativa a la delimitación de los espacios terrestres.

b) Por otro lado, en un creciente número de casos, la equidad ha pasado a formar parte del Derecho internacional positivo como un elemento normativo autónomo integrado en la formulación misma de la regla. Esta es la nueva dimensión de la *equity within the rules* o *selon des textes* que está adquiriendo una proyección creciente en el actual Derecho internacional y que se manifiesta sobre todo como elemento medular de la regla de la delimitación equitativa de los espacios marinos entre Estados vecinos.

Pero tanto en su tradicional dimensión extrapositiva como en su nueva dimensión iuspositiva, las fronteras propias de la equidad son particularmente difusas. Así, si la equidad interpretativa es normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho internacional (139), se hace más difícil precisar en qué condiciones el juez o el árbitro pueden recurrir a la misma para lograr un efecto corrector, supletorio o derogatorio de la regla de Derecho positivo. En particular, como demuestra el examen de la jurisprudencia relativa a la delimitación de

(137) *CII Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

(138) *Vide Supra* p. 7 y nota (22).

(139) *Vide Supra* p. 9 y nota (27).

los espacios terrestres, la dificultad principal reside en trazar con claridad la frontera que separa el recurso permisible a la noción genérica de equidad y el pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono* que sólo puede realizarse cuando las partes así lo solicitan.

La aplicación de la equidad como elemento integrante de la regla de Derecho positivo se enfrenta a dificultades similares. El carácter inevitablemente flexible, abierto e inconcreto de la nueva norma de la delimitación equitativa ha pagado ya su tributo a la justicia con la moneda de una jurisprudencia variable en sus consideraciones jurídicas y -lo que es peor- imprevisible en sus conclusiones prácticas. Sin embargo, la regla está ahí para ser aplicada y el precio de inseguridad que por ella se paga debe considerarse como la contribución necesaria a la causa de la equidad.

Con todo, para que la justicia y la seguridad encuentren un equilibrio más llevadero, es conveniente que la equidad *selon les textes* o *within the rules* alcance una formulación más acabada (140) y una aplicación más uniforme. Es cierto que la regla de la delimitación equitativa no puede ser reducida a una expresión excesivamente concreta, pero también es cierto que al menos sus elementos estructurales básicos deberían ser determinados con precisión y el contenido de cada uno de ellos ser objeto de una definición más estable.

La tarea en cuestión no es tanto una función legislativa como una obra doctrinal y -sobre todo- jurisprudencial. Y en este punto no cabe duda de que la jurisdicción internacional en general y el Tribunal de La Haya (y sus Salas) en particular, deben renovar su esfuerzo para encontrar pautas más firmes y más seguras en el ejercicio de su función judicial. Conviene, en efecto, como ha señalado el profesor GALINDO POHL,

(140) Así lo reclama GALINDO POHL, R. «Comentarios sobre el caso relativo a la plataforma continental ente Libia y Túnez», *Anuario Jurídico Interamericano*, 1985, p. 153:

«Cabe observar que la Corte no presentó en la sentencia de 1982 las formulaciones de los principios de equidad. Dichos principios aparecen mencionados muchas veces en la sentencia, pero sus formulaciones no se encuentran».

que se desarrolle todavía más el método de análisis jurídico que permita aplicar mejor la nueva regla:

«Aunque la generalización ha de usarse en esta materia con gran prudencia, la construcción teórica de cierto marco común a los principios de equidad, y la consiguiente determinación de una estructura operativa, puede contribuir al esclarecimiento de esta materia que está en proceso de dilucidación y hasta cierto punto de creación en la jurisprudencia internacional...» (141).

Y conviene asimismo que se proceda a estabilizar los contornos de la regla de la delimitación equitativa, fijando definitivamente sus elementos estructurales y tratando de depurar progresivamente el contenido básico de los mismos. En particular debe subrayarse con mayor énfasis que el principio básico según el cual la delimitación debe realizarse a través de un acuerdo que permita lograr un resultado equitativo, está en todo caso sometido a las exigencias del Derecho internacional. Y también parece necesario que se delimite y se fije progresivamente el inventario de parámetros equitativos y métodos prácticos de delimitación que son jurídicamente pertinentes para lograr el resultado propuesto.

(141) GALINDO POHL, R. *Op. cit.*, p. 139.

LA LUCHA Y LA COOPERACION INTERNACIONALES CONTRA EL TERRORISMO

José PEREZ MONTERO
Miembro del I.H.L.A.D.I.

SUMARIO

PALABRAS PREVIAS

I.- DETERMINACION DEL CONCEPTO DE TERRORISMO.

Necesidad de una definición del mismo. — Definición "lato sensu": su inconvenientes. — Clases de terrorismo. — Descalificación del terrorismo como delito político. — Necesidad de un análisis de los elementos y requisitos constitutivos del terrorismo y de un estudio riguroso de su especial estructura para definirlo. — Definiciones formuladas: su crítica. — Definición propuesta.

II.- LA COOPERACION Y LA LUCHA INTERNACIONALES CONTRA EL TERRORISMO.

- 1) Referencia al Derecho interno y al comparado. -Los acuerdos bilaterales.
- 2) Examen y crítica de los esfuerzos internacionales realizados para la cooperación y la lucha contra el terrorismo.
 - 2.1.- *Antes de la Segunda Guerra Mundial.*
 - 2.1.1.- *Doctrina individual.*
 - 2.1.2.- *Doctrina colectiva.*
 - 2.1.3.- *Los Convenios de la Sociedad de Naciones.*
 - 2.2.- *Después de la Segunda Guerra Mundial.*
 - 2.2.1.- *Doctrina individual.*
 - 2.2.2.- *Doctrina colectiva.*
 - 2.2.3.- *Los trabajos en el ámbito de la O.N.U. o de sus Organizaciones especializadas.*
 - 2.2.3.1.- *Los intentos en la O.N.U. para conseguir la adopción de medidas contra el terrorismo en general. Su poco éxito.*

- 2.2.3.2.- *Los Convenios contra aspectos parciales del terrorismo.*
- 2.2.4.- *Los trabajos fuera del ámbito de la O.N.U.*
 - 2.2.4.1.- *En América. El Convenio sobre prevención y represión de los actos de terrorismo, de Washington.*
 - 2.2.4.2.- *En Europa.*
 - 2.2.4.2.1.- *Los trabajos del Consejo de Europa. El Convenio europeo de Estrasburgo de 1977 para la re-resión del terrorismo.*
 - 2.2.4.2.2.- *La lucha contra el terrorismo fuera del Consejo de Europa.*
 - 2.2.4.3.- *La "Declaración sobre el Terrorismo Internacional hecha por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Siete Principales Democracias y por los representantes de la Comunidad Europea" (Tokio, 5 de mayo de 1986).*

CONCLUSIONES

PALABRAS PREVIAS

Apenas nos adentramos en el estudio del tema del presente Anteproyecto de Ponencia, advertimos la dificultad insuperable de erradicar el terrorismo por medios jurídicos e incluso de resolver su amplia problemática exclusivamente con los instrumentos que nos ofrece el Derecho. Por tanto, es comprensible la actitud de absoluto escepticismo mostrada en reciente trabajo por Henri Labayle en cuanto a que el Derecho Internacional sea capaz de ello (1). El terrorismo, en cuanto manifestación de la violencia, es consecuencia del odio y éste anida en los corazones humanos, a los que no tiene acceso el jurista. Se ha podido escribir, con razón, "el terrorismo, contra lo que se suele creer, no es circunstancial o accidental; lo que es esporádico y fugaz son sus métodos o formas de manifestarse, que varían en extensión y en intensidad, según las circunstancias de lugar, los medios empleados, la situación política, social, etc., de donde deriva precisamente su peligrosidad e imposibilidad de erradicarlo totalmente. Como violencia, y violencia política, sus causas radican en la naturaleza misma del hombre y en la propia realidad socio-política" (2). Ahora bien, no está en las manos de nadie sustraerse a una violencia que acompaña inseparablemente a su propia época y, mucho menos, darle fin; pero intentar superarla constituye un compromiso fundamental para todo aquel que sienta respeto por el hombre y, en consecuencia, por sí mismo. A ello se han dedicado, desde el campo de la filosofía, hombres beneméritos. El libro de Sergio Cotta sobre las raíces de la violencia (3) es una buena muestra de esto, así como otros muchos que cabría citar (4). Pero la solución total

(1) Henri Labayle: "Droit International et Lutte contre le Terrorisme", en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXII (1986), págs. 105-138. Citaremos en los sucesivos esta publicación con la abreviatura AFDI.

(2) Joaquín Ebile Nsefum: *El delito de terrorismo. Su concepto*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1985, pág. 147.

(3) Sergio Cotta: *Las raíces de la violencia. Una interpretación filosófica*, Pamplona, EUNSA, 1987.

(4) Vide. por ejemplo: Varios: *La Violence* (Semaine des Intellectuels

del problema no está al alcance de los juristas: es una limitación que debemos asumir.

La segunda dificultad que advertimos al estudiar dicho tema es la de dar una definición correcta y por todos aceptable del terrorismo. ¿Cómo determinar este concepto partiendo de la noción misma de terror? ¿No implica esto ya una tautología? De ahí que la mayor parte de las definiciones formuladas sean tautológicas. Y el concepto mismo de terror ¿no es muy subjetivo, dependiendo de cada uno los criterios que se tengan sobre ideas tales como crueldad, barbarie, pánico...? El llevar la noción de terror al campo jurídico tiene, pues, que plantear forzosamente problemas. Y, sin embargo, consideramos indispensable dar una definición de terrorismo que nos sirva de referencia y de brújula a lo largo de todo el presente

Catholiques 1967. Recherches et Débats), París, Desclée de Brouwer, 1967. Recherches et Débats), París, Desclée de Brouwer, 1967. Hay versión española de Jesús Hinojal, Bilbao, DDB, 1969; Luis Herrera Campins y otros: *Violencia y política. Ensayos* Recopilación y prefacio de Guillermo Yepes Boscan, Caracas Ed. Monte Avila, 1972; Jules Girardi: *Amour Chrétien et Violence Révolutionnaire*, París, Les Editions du Cerf, 1970; Jean Lasserre: *Les Chrétiens et la Violence*, París, Editions de la Réconciliation, 1965; Jean Cardonnel y otros: *La violencia de los pobres, violencia liberadora y conciencia cristiana*, Barcelona, Ed. Nova Terra, 1968; Carlos Soria (ed.): *Prensa, paz, violencia y terrorismo. La crisis de credibilidad de los informadores*, Pamplona, EUNSA, 1987; P. Dabiez, A. Dumas y otros: *Teología de la violencia*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1970; Alfred A. Hasler: *El odio en el mundo actual*, Madrid, Alianza Editorial, 1973; J. y H. Gossmayr: *Une autre révolution. Violence des non-violents*, París, Les Editions du Cerf, 1969; Jean-Marie Muller: *L'Evangile de la non-violence*, París, Fayard, 1969; Francisco Canal Vidal: *Cristianismo y Revolución*, Madrid, Speiro, 1986; Leslie Dewart: *Cristianismo y Revolución*, Barcelona, Ed. Herder, 1965; Varios: *Guerre révolutionnaire et conscience chrétienne*, París, Ed. Pax Christi, 1963; Hannah Arendt: *Essai sur la Révolution*, París, Gallimard, 1967 (hay traducción al español del original inglés, con el título *Sobre la Revolución*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1968); Crane Brinton: *Anatomía de la Revolución*, Madrid, Aguilar, 1962; Edward Hallett Carr (ed.): *Estudios sobre la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1970; Bartolomé Sorge: *La Violencia*, Madrid, BAC, 1978; Francisco Urra Galdiano: *La Revolución*, Madrid, Ed. F.N., 1976; A. S. Cohan: *Introducción a las teorías de la revolución*, traducción de Victorio Peral, Madrid, Espasa-Calpe, 1977; Kurt Lenk: *Teorías de la revolución*, traducción de Jordi Brandts y Alfredo Pérez, Madrid, Ed. Anagrama, 1978.

trabajo y de sus conclusiones. Lo intentamos en los próximos párrafos.

I.- DETERMINACION DEL CONCEPTO DE TERRORISMO.

Es necesario formular una definición clara del concepto de terrorismo para proceder contra él. Sólo sabiendo con certeza qué ha de entenderse por tal, podrán darse normas seguras contra este gravísimo delito, evitando los equívocos, ambigüedades e imprecisiones sobre dicha noción que, en la práctica, hacen tantas veces inaplicables e inoperantes las normas dadas para perseguir y castigar a quienes lo cometen o para prevenir la comisión de tan reprobable crimen.

Al respecto se han propuesto muchas definiciones, alguna muy amplia y omnicompreensiva, abarcando las tres hipótesis o clases de terrorismo que la doctrina suele considerar (el terrorismo llamado de Derecho común, el ideológico - revolucionario o político - social, y el de Estado): " Empleo intencional y sistemático de medios de tal naturaleza que provoquen el terror para conseguir cierto fin" (5).

Conforme a tal definición, el método es común a las tres clases de terrorismo, pero varía el fin.

En el llamado de Derecho común, el fin suele ser exclusivamente el lucro (bandas de mafiosos, traficantes de drogas o dedicados a la trata de blancas) y no es frecuente que los delincuentes tengan que recurrir al terror para conseguir sus propósitos. Nadie se opone ni a su persecución ni a su castigo. Por todo ello carece de interés para nuestro estudio.

En el ideológico revolucionario o político social, el fin mediato (aunque el próximo puede ser otro: conseguir, por

(5) Georges Levasseur: "Les Aspects Répressifs du Terrorisme", en Guillaume y Levasseur: *Terrorisme International*, París, Ed. Pedone, 1976, pág. 62. Vide también Robert A. Friedlander: *Terrorism, Documents of International and Local Control*, vol. I, Oceana Publications, 1979 págs. 199-205.

ejemplo, un rescate para, mediante él, proseguir la lucha revolucionaria) es siempre el triunfo de una idea o concepción política o social: la liberación de un pueblo o grupo de población supuestamente oprimido, su independencia, etc. Se lucha para conseguir un cambio que afecte al poder dominante o a las estructuras sociales establecidas, que se combaten por todos los medios posibles, incluso los más reprobables y violentos. Admitida por el terrorista la bondad del fin perseguido, no le importan los métodos: para él, el fin justifica los medios (6).

La noción de terrorismo de Estado es todavía bastante confusa y su expresión es de reciente empleo (7). Se ejerce por quien detenta el Poder para mantenerse o afianzarse en él, frente a supuestos, potenciales o ciertos enemigos suyos, oprimiéndolos, discriminándolos, privándolos de libertad, cercenando sus derechos, o, incluso, en último extremo, exterminándolos. La época del terror de la Revolución Francesa, con Robespierre, nos ofrece un buen ejemplo de este tipo de terrorismo, que en nuestros días existe todavía en formas diversas, pues suele ser inherente, en intensidad y amplitud mayor o menor, a toda dictadura, y, desde luego, se da siempre en las tiranías (8).

(6) *Ibid.* págs. 49 y ss. *Vide* también Georges Levasseur. *op. cit.*, págs. 62-76. *Vide* igualmente la bibliografía citada supra, nota 4 y Kook-Hyun Yoo: *Manifestations of terrorism*, work paper, Berlin Conference on the Law of the World, July-21-26, 1985, págs. 2 y ss. Escribe el jefe revolucionario brasileño Marighella: "Siendo nuestro camino el de la violencia, del radicalismo y del terrorismo (las únicas armas que pueden ser antepuestas a la violencia sin nombre de la dictadura), los que afluyen a nuestra organización no vendrán engañados sino atraídos por la violencia que nos caracteriza" (Carlos Marighella: *La guerra revolucionaria*, México, Editorial Diógenes, 1970, págs. 63). Ha firmado con razón Augusto Hortal: "El terrorismo, filosóficamente hablando, no es sino el yo autónomo que pretende imponer su ley a los demás por las armas" ("La Ética ¿culmina o muere en el Estado?" en *Laicado*, nº 63 (otoño 1983), pág. 38.).

(7) *Vide* Levasseur: *op. cit.*, pág. 65; Kook-Hyun Yoo: *op. cit.*, págs. 4 y ss.

(8) *Vide* William Glicksman: «Violence and Terror: The Nazi German Conception of Killing and Murder» en Marius H. Livingston, Lee Bruce Kress y Marie G. Wanek (eds.): *International Terrorism in the Contemporary World*, London, Greenwood Press, 1978, págs. 423-429.

De estas tres clases de terrorismo, las más preocupantes, por ser las más difíciles de prevenir y de perseguir, son las dos últimamente citadas, dadas su naturaleza y sus implicaciones políticas. La desaparición total del terrorismo de Estado es meta casi inalcanzable hoy y es de presumir que han de pasar muchísimos años antes de llegar a ella, si esto es posible, lo cual no significa que, ya desde ahora, no se pongan todos los medios de que se disponga, habida cuenta de las circunstancias presentes, para lograr dicho objetivo y aproximarse a él.

Igualmente problema sumamente arduo es conseguir que desaparezca o disminuya el terrorismo ideológico-revolucionario o político-social, aunque quizá no resulte tan difícil prevenirlo, si se logra una verdadera cooperación internacional al respecto, ni sea una meta todavía tan lejana, como parece, el evitarlo. Lo que no se debe hacer nunca es vincular de tal manera ambas clases de terrorismo que se considere condición previa indispensable a la cooperación y lucha contra el terrorismo revolucionario la erradicación del de Estado: ello paralizaría, con los consiguientes desastrosos efectos, la decidida actuación de los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, y sus esfuerzos para acabar con el terrorismo revolucionario, cuyos estragos y daños son tan graves y su evitación tan acuciante que no debe permitir al efecto demora, rémora, dilación o retraso alguno.

Todo nuestro esfuerzo va a ir encaminado a la cooperación y a la lucha contra el terrorismo ideológico-revolucionario o político-social, por lo que la delinición inicialmente dada no nos sirve al ser válida para las tres clases de terrorismo mencionadas, involucrándolas, serio inconveniente para un estudio donde se pretende dibujar con perfiles nítidos dicho terrorismo, separándolo de los demás.

Pero antes de proseguir nuestro estudio, debe subrayarse la necesidad de descalificar tal terrorismo como delito político - atendiendo a su finalidad, según la opinión de algunos - y, reparando, en cambio, en su método o sistema reprobables, rebajarlo a la categoría de mero delito común.

Refiriéndose a la frecuente inclusión de los terroristas en la excepción de las cláusulas de extradición favorables a los delincuentes políticos, se ha escrito: "Se ha cometido el error de excluir de la extradición a todo delincuente político, sin

haber precisado previamente los conceptos de delito político y de terrorismo. Si, para castigar una conducta, hace falta crear un tipo penal bien determinado, como contrapartida, también han de quedar bien determinadas las causas de exclusión. Por no haberse hecho así, se ha introducido una causa de exclusión tan amplia e imprecisa que viene amparando conductas que repugnan a gran parte de la humanidad y comprometen gravemente a las relaciones internacionales" (9).

Ya Sottile advertía: "Siendo el delito político sólo la expresión de una ideología política, su método de acción únicamente puede ser un método ideológico. No siendo el terror, ciertamente, un método ideológico, sino un elemento de Derecho común, la infracción política realizada por métodos terroristas ya no puede ser una infracción política (...). El método (el terror) corrompe, transforma y desnaturaliza la infracción, convirtiéndola en infracción de Derecho común" (10). "El terrorismo — afirma Pella — no es jamás un delito político ni un delito social, sino la corrupción de un fin político y social" (11). Gunzburg refuerza tal opinión asegurando que "quien hace uso de semejantes medios, incluso para la realización de un ideal político, es un vulgar bandido y no un hombre político" (12). Y la Conferencia Episcopal Española,

(9) Ebile: *op. cit.*, pág. 144.

(10) Antoine Sottile: "Le terrorisme international", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tomo 65 (1938-III), pág. 104. Citaremos en lo sucesivo esta publicación con la abreviatura *Recueil des Cours*.

(11) Vespasiano V. Pella: "La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat", en *Recueil de Cours cit.*, tomo 33 (1930-III), págs. 677-831.

(12) Niko Gunzburg: "La lutte contre le terrorisme", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1935, págs. 878-889, "La gravedad del crimen desnaturaliza los móviles, los medios pervierten los fines", tal es la opinión conjunta del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación franceses" (Labayle, *op. cit.*, nota 110, de la pág. 121). *Vide*, en este sentido, la obra colectiva siguiente: David C. Rapoport (director y compilador): *La Moral del Terrorismo* (traducción del inglés de Marta L. Gustavino y Salvador Biscarri), Barcelona, Ed. Ariel, 1985, especialmente el trabajo de Alfred Louch "Terrorismo. La inmoralidad de una convicción", págs. 61-72. Muy distinta es la obra también colectiva de Fernando Reinares-Nestares (compilador): *Terrorismo y Sociedad democrática*, Madrid, Ed. Akal, 1982, entre cuyos colaboradores no es difícil descubrir actitudes complacientes o

en reciente memorable documento, ha podido con entera justicia, que "el terrorismo es intrínsecamente perverso" (13).

Desde un punto de vista más amplio, en cuanto se refiere a toda acción violenta, Max Weber ha escrito magistralmente al respecto: "La experiencia universal de que la violencia genera siempre violencia, de que la violencia enfrentada a la injusticia conduce al final no a la victoria de una justicia más alta, sino de una fuerza y una astucia mayores (...) fomenta la cada vez más radical exigencia de la ética de la fraternidad: la que pide que no se haga frente al mal con la violencia" (14). Palabras que, en nuestro siglo y en boca de un pensador de convicciones socialistas, repiten la eterna enseñanza del Evangelio. La falta de medida no se supera radicalmente con la medida, sino con aquello que va más allá de la misma medida: la caridad.

Hecha esta necesaria descalificación del terrorismo, despojándolo de su aureola de delito político y rebajándolo a su verdadera naturaleza de delito común condenable siempre y en todas partes, ha de llegarse también a una definición exacta y precisa del mismo, mediante un análisis de sus elementos y requisitos constitutivos y un estudio riguroso de su especial estructura. Tales análisis y estudio se han realizado ya por

comprendidas respecto del terrorismo o ciertos terrorismos.

(13) "El terrorismo es intrínsecamente perverso, porque dispone arbitrariamente de la vida de las personas, atropella los derechos de la población y tiende a imponer violentamente sus ideas y protectos mediante el amedrentamiento, el sometimiento del adversario y, en definitiva, la privación de la libertad social. Las víctimas del terrorismo no son sólo quienes sufren físicamente en sí mismos o en sus familiares los golpes de la extorsión y de la violencia; la sociedad entera es agredida en su libertad, su derecho a la seguridad y a la paz. La colaboración con las instituciones o personas que propugnan el terrorismo y la participación en las mismas acciones terroristas, no pueden escapar al juicio moral reprobatorio de que son merecedores sus principales agentes o promotores." (*Constructores de la paz*, Instrucción Pastoral de la Comisión Permanente del Episcopado, Conferencia Episcopal Española, 20 de febrero de 1986, párrafo 96, págs. 55-56).

(14) Max Weber. *Economía e Società*, traducción italiana, tomo I, Milano, Giuffrè, pág. 580.

distintos autores (15), llegándose como resultado a diferentes, pero parecidas, definiciones. He aquí algunas de las así propuestas: "Uso calculado de la violencia contra no combatientes u objetivos civiles, individuales o institucionales, con intención política" (Samuel Francis) (16). Pero esta definición no resulta satisfactoria. "Uno de los principales objetivos del terrorismo, sino el primero se ha escrito, lo constituyen los cuerpos de defensa del Estado y sus fuerzas armadas. Los cochesbomba de Oriente Medio, contra acuartelamientos, las bombas en cafeterías donde se reúnen regularmente guardias y policías, los sabotajes contra instalaciones de la NATO, y el asesinato de militares de todas las graduaciones son otras pruebas de ello, lo que no excluye paralelamente actuar

(15) Principalmente por Ebile: *op. cit.*, págs. 84-135. *Vide* también: John Dugard: "International Terrorism: Problems of Definition", en *International Affairs*, vol. 50 (January 1974), págs. 67-81; Idem: "Toward the Definition of International Terrorism", en *American Journal of International Law*, vol. 63 (November 1973), págs. 94-99, (Citaremos esta publicación en lo sucesivo con la abreviatura AJIL); Juan de Miguel Zaragoza: "Elementos para una definición internacional del terrorismo" en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1978, págs. 1152 y ss.; Brian M. Jenkins: "The Study of Terrorism: Definitional Problems", en Yonah Alexander y J.M. Gleason (eds.): *Behavioral and Quantitative Perspectives on Terrorism*, New York, Pergamon Press, 1981, págs. 3-10; Robert P. Hoffman: *Terrorism: A Universal Definition*, Ph. D. Dissertation, Claremont Graduate School, 1984, 216 págs.; Carl Leiden: "The Concept of Terror", Paper Presented to the *Conference on Terrorism*, (October, 1972), U.S. Department of State, Washington, D.C.; John F. Murphy: "Internacional terrorism: From Definition to Measures Toward Suppression", en *International Terrorism: Proceedings of an Intensive Panel at the 15th. Annual Convention of the International Studies Association*, Milwaukee, WI, Institute of World Affairs, University of Wisconsin, 1974, págs. 14-29; Paul Wilkinson: "The Concept of Terrorism and its Relationship to Other Forms of Violence Such as Guerrilla War and Mass Insurrection", Paper presented to the *Conference on Terrorism in the Contemporary World* (April 26-28, 1976), Glassboro College. Muy interesante también a este propósito es el "Documento sobre el terror" publicado como apéndice en la obra de Rapoport *cit. supra* nota 12 págs. 169-211. *Vide* también Pío Moa Rodríguez: *Reflexiones sobre el terrorismo*, Madrid, 1985; idem: "Terrorismo y vacío intelectual", en *ABC*, jueves 28-III-1985, pág. 30.

(16) Samuel T. Francis: *The Soviet Strategy of Terror*, Washington, The Eritage Foundation, 1985, pág. 39.

contra toda forma de vida civil, para extender así el imperio del terror (...). En la mente revolucionaria no hay inocentes ni neutrales" (17).

"Violencia organizada con finalidad política", o bien "Violencia ejercida de un modo sistemático y planificado por organizaciones que, mediante ese procedimiento, pretenden obtener una finalidad política" (Carmen Lamarca) (17 bis). Ambas definiciones, debidas a la misma autora, tienen la ventaja, frente a otras muchas formuladas, de no ser tautológicas, lo que es tan frecuente cuando se trata de precisar este concepto. Pero las dos pecan de vaguedad, sobre todo la primera, que, en su amplitud, abarca los conceptos de terrorismo revolucionario y de Estado, los cuales conviene siempre deslindar, sobre todo para nuestro objeto. Por eso, estimamos preferible la segunda, dada su mayor concreción, si bien adolece asimismo de indeterminación. Y no olvidemos que en esta materia (como en todas) conviene dar definiciones muy precisas y claras, que perfilen con nitidez el concepto, evitando toda duda o confusión cuando éste ha de aplicarse en los infinitos casos que la realidad nos presenta.

"Acto de terrorismo es el acto de violencia que engendra terror o intimidación en la población de un Estado y que amenaza la vida, la integridad corporal, la salud física o mental, o la libertad de las víctimas eventuales consideradas colectivamente" (Patrick Juillard) (18).

"Son considerados como actos de terrorismo los que provocan el terror o el pánico en la población o en un sector de la población de un Estado y crean para la vida, la salud, la integridad corporal o la libertad de las personas un peligro común por el empleo de medios o de instrumentos que, por su naturaleza, pueden causar o causan graves daños, grandes

(17) Emilio Beladiez, en *Razón Española*, tomo IV (1985), pág. 369.

(17 bis) Carmen Lamarca Pérez: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1985, pág. 95.

(18) Citada por Jean-Francois Prévoist: "Les Aspects Nouveaux du Terrorisme International", en *AFDI*, vol. XVIII (1973), nota 50, de la pág. 588.).

perturbaciones del orden público o calamidades, o por el recurso a la apropiación indebida y violenta o por la destrucción de naves, aeronaves u otros medios de transporte colectivo" (Comité Jurídico Interamericano) (19).

"Actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas; de destrucción o interrupción de los servicios públicos o de destrucción o apropiación del patrimonio que, verificados sistemáticamente, tienden a provocar una situación de terror que altera la seguridad o el orden públicos con fines políticos" (Ebile Nsefum) (20).

Esta definición, que es fruto de un muy elaborado estudio, puede servir, con algunas modificaciones, para formular la nuestra, pero refiriéndonos expresamente en ella al sujeto activo del acto, que, en último término, es siempre colectivo, conforme a las exigencias conceptuales de Levasseur (21):

"Actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas; de destrucción o apropiación del patrimonio que, realizadas sistemáticamente por personas a las órdenes de bandas, grupos o asociaciones, tienden a provocar un estado de

(19) *Ibid.*

(20) Ebile: *op. cit.*, pág. 138. Las transcritas son sólo algunas de las muchísimas definiciones que se han dado sobre el terrorismo. El especialista en esta materia norteamericano Walter Laqueur en un artículo recientemente publicado ("Reflections on Terrorism", en *Foreign Affairs*, autumn, 1986, págs. 75 y ss.) ha dicho que hay 109 definiciones de terrorismo en las obras publicadas entre 1936 y 1981. En vista de ello, afirma que "no existe acuerdo sobre una definición del mismo, y no hay razón para suponer que lo habrá en el futuro" (*ibid.*, pág. 89), y concluye asegurando que los intentos para establecer una única definición para el terrorismo serían "vagos o muy engañosos. No hay nada que pueda considerarse terrorismo puro y sin adulterar, específico y constante, como un elemento químico, sino que existen muchos terrorismos" (*ibid.*).

William R. Farell («Las Democracias en la lucha contra el Terrorismo», en *Política Exterior*, vol. II, nº 5, invierno 1988, págs. 239-250) parece adherirse a este punto de vista, pero en contradicción con él, concluye su trabajo afirmando: «Un primer paso en la elaboración de una política de respuesta (al terrorismo) consiste en tener una visión clara de lo que es (y lo que no es) el terrorismo». Ahora bien, resulta imposible esa «visión clara» si previamente no se formula una definición de él.

(21) Levasseur: *op. cit.*, págs. 70 y ss.

pánico (22) o de intimidación que altera la seguridad o el orden públicos con fines políticos o sociales".

II. LA COOPERACION Y LA LUCHA INTERNACIONALES CONTRA EL TERRORISMO.

1.- Referencia al Derecho interno y al comparado.- Los acuerdos bilaterales.

A medida que la gravedad del terrorismo ha ido acentuándose en las últimas décadas, han ido apareciendo en el Derecho interno de los distintos Estados disposiciones para combatirlo, persiguiendo y castigando a los terroristas. Sería muy interesante un estudio de Derecho comparado al respecto, pero desconocemos si existe.

Durante los debates sobre el terrorismo en la O.N.U., la Gran Bretaña presentó un documento de trabajo sobre los "Elementos de posibles Recomendaciones relativas a la cooperación para combatir el terrorismo internacional" (23), que en su párrafo 5º decía: "Pedir al Secretario General (de las N.U.) que prepare una recopilación de las Leyes nacionales que se ocupen de combatir el terrorismo en los planos nacio-

(22) Esta palabra procede del griego "panikós", es decir, del dios mitológico Pan (= la naturaleza), por el pavor que causó éste a quien se atribuyen los ruidos de ignorada causa oídos por montes y valles. Aunque, como el vocablo "miedo", significa una "perturbación angustiosa del ánimo por un peligro real o imaginario", lo mismo que los términos "espanto", "pavor" y "terror", que vienen a ser sinónimos de "pánico", si bien con matices diferenciales, supone una intensificación en grado sumo de esa perturbación angustiosa. Además la palabra pánico se refiere en concreto al "terror colectivo", lo que la distingue de las demás. Vide *Vox Diccionario general ilustrado de la Lengua española*. Prólogos de D. Ramón Menéndez Pidal y D. Samuel Gili Gaya, 3ª ed. corregida y ampliada. Revisión por D. Samuel Gili Gaya, Barcelona, Bibliograf, S.A., 1973, págs. 1021 y 1152; *Petit Dictionnaire historique de la fable ou Histoire des Dieux ou héros*, París, Saintin, Libraire de la Cour, MDCCCXXVII, pág. 154; Joan Corominas; *Diccionario crítico etimológico de la Lengua castellana*, vol. III, Madrid, Ed. Gredos, 1976, pág. 639; *Boletín de la Real Academia Española*, vol. XI, págs. 70-75.

(23) Documento A/AC 160/WG/R.2.

nal e internacional y pedir a los Estados miembros (de las N.U.) que proporcionen al Secretario General la información pertinente" (24). No sabemos si, al fin, tan útil recopilación se ha llevado a cabo.

En su defecto, hay que acudir a otras fuentes, las más de las veces procedentes de la iniciativa privada. Así, por ejemplo, el valioso libro editado por Yonah Alexander y Allan S. Nanes "Legislative Responses to Terrorism" (25), que tiene el inconveniente de limitarse sólo a los países anglófonos: Australia, Canadá, Ghana, Guyana, India, Irlanda, Jamaica, Kenya, Nueva Zelanda, Nigeria, Pakistán, Sudáfrica, Sri Lanka, Tanzania, Trinidad y Tobago, Uganda, Inglaterra y Estados Unidos.

Conviene advertir, al referirnos a la prevención y represión del terrorismo en el Derecho nacional, que, tanto la doctrina como los acuerdos entre Estados, recomiendan, para que el terrorismo sea debidamente sancionado, que la sanción se haga en la legislación de cada Estado. Es, pues, en el Derecho interno donde cabe mejor determinar un concepto que sirva de orientación para crear los correspondientes tipos penales (26). Partiendo de ello, no deben establecerse éstos en Leyes especiales considerando tal delito como pasajero y fugaz, que no debe ser incluido en los Códigos Penales, puesto que, como

(24) Puede verse el texto de este documento en el excelente estudio "La protección internacional contra el terrorismo" contenido en el Tratado del Prof. Hugo Llanos Mansilla: *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1983, págs. 423-462, concretamente pág. 453.

(25) Yonah Alexander y Allan S. Nanes (eds.): *Legislative Responses to Terrorism*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986. Vide también: *Legislación comparada sobre el terrorismo*, 4 folletos, Dirección de la Seguridad del Estado, Madrid, 1981; Francisco Bueno Arús: "Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo", en *Terrorismo Internacional*, (op. cit. infra nota 66), págs. 113-152; T. Vega Gómez: "Estudio comparativo y vigencias de las disposiciones legales en materia de terrorismo desde el año 1975" en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, n.ºs. 2 y 3 de 1981, págs. 449 y ss; D. López Garrido: *Terrorismo, política y Derecho. La Legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Madrid, 1987, 225 págs.

(26) Vide Ebile: op.cit., pág. 146.).

ya se dijo, el terrorismo es violencia y violencia política, radicando sus causas "en la naturaleza misma del hombre y en la propia realidad sociopolítica" (27). En consecuencia, la lucha contra él debe ser permanente, adoptando a tal efecto medidas encaminadas a combatirlo, tanto en cuanto a manifestación de subversión como de infracción, medidas preventivas y represivas o incriminatorias. Como delito debe adoptarse un procedimiento político criminal y de técnica legislativa que reduzca sus actos a la pura criminalidad común, despojándolos de toda implicación política o ideológica. De ahí también que su represión o incriminación ha de hacerse en la legislación ordinaria. Si se toman en consideración razones de política criminal que aconsejan prescindir del móvil político, el delito de terrorismo se simplifica notablemente, reduciéndose su estructura al equipararse el terrorismo político y el común (28).

Las limitaciones de espacio impuestas por las exigencias de un trabajo de la naturaleza del presente nos impiden estudiar ahora los acuerdos bilaterales existentes en materia de terrorismo, especialmente en cuanto a extradición de los terroristas y a otras manifestaciones de cooperación interestatal en la lucha contra tan nefando crimen. Quede ahora, pues, sólo la mera referencia a ello.

2.- Examen y crítica de los esfuerzos internacionales realizados para la cooperación y la lucha contra el terrorismo.

2.1. Antes de la Segunda Guerra Mundial.

2.1.1.-Doctrina individual.

Aunque, tras la Primera Guerra Mundial, la Comisión de Juristas constituida para examinar las violaciones a las Leyes de la guerra cometidas durante dicha guerra había considerado, entre éstas, la que denominaba "terrorismo sistemático",

(27) Vide supra "Palabras previas" y nota 2.

(28) Vide Ebile: op.cit., págs. 146 y 148-149.

la doctrina no se ocupó demasiado de nuestro tema durante la década de los veinte y principios de la de los treinta. Sin embargo, ciertos acontecimientos ocurridos durante ésta, a los que nos referiremos en seguida, habrían de impresionar vivamente a la opinión pública, lo que determinó que la doctrina prestara creciente atención al terrorismo. Consecuencia de ello es la aparición de varios notables trabajos y monografías sobre este tema debidos principalmente a ilustres especialistas en el Derecho Penal.

El 9 de octubre de 1934 murieron en atentado terrorista en Marsella el Rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro de Asuntos Exteriores francés Barthou. Los autores del crimen, el jefe de los nacionalistas croatas, Ante Pavelic y sus hombres, en vez de ser aprehendidos rápidamente, encontraron fácil y cómodo refugio en Italia. Poco meses antes el 2 de julio había sido asesinado el Canciller austriaco Dollfuss, y durante el mismo año, se habían cometido varios crímenes políticos en Alemania que tenían la clara impronta terrorista (29). Todo ello obligaba a la reflexión y a la propuesta de medidas para poner coto a tal estado de violencia.

Los esfuerzos con tan fin se hicieron en el marco de la Sociedad de Naciones, como después expondremos, pero fueron secundados por la doctrina. Entre los trabajos antes aludidos merecen citarse los de Quintiliano Saldaña (30), Vespasiano Pella (31), Donnedieu de Vabres (32), Caloyanni

(29) Vide Jacques Pirenne: *Historia Universal. Las grandes corrientes de la Historia*, vol. VIII, Barcelona, Gallach, 1979, págs. 36 y ss. y 76 y ss.

(30) Quintiliano Saldaña: "Le Terrorisme", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1936, págs. 26-37. Con anterioridad este autor ya había manifestado su preocupación por estos problemas. Vide al respecto su obra *El atentado social*, Madrid, Góngora, 1927.

(31) Vespasiano V. Pella: "La Répression du terrorisme et la Création d'une Cour internationale" en *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, 1939, nº 5-6; ídem: "Les Conventions de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme et pour la Création de la Cour Pénale internationale", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie et Archives internationales de Médecine Legale*. Vide de este autor también su excelente Curso de la Academia de Derecho Internacional de la Haya: "La Répression des crimes contre la personnalité de l'Etat" en *R. des C. cit.*, tomo 33 (1930-III), págs. 677-831.

(33), Waciorski (34) y, sobre todo, el magistral Curso sobre nuestro tema dado por Sottile en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (35).

2.1.2.-Doctrina colectiva.

Aunque la doctrina individual presenta siempre interés, mayor importancia tiene la colectiva por ser fruto de los debates y contraste de opiniones en el seno de corporaciones y asociaciones científicas. Al respecto han de destacarse, en este período histórico, los trabajos de las Conferencias Internacionales para la Unificación del Derecho Penal, convocadas, primero por la Asociación Internacional de Derecho Penal, y después por la Oficina Internacional para la Unificación de este Derecho.

En la primera de ellas, celebrada en Varsovia en noviembre de 1927, no se empleó todavía el término "terrorismo", pero se trató de éste, pues se pidió que se estudiaran "los actos perpetrados en el extranjero consistentes en el empleo deliberado de cualquier medio susceptible de crear un peligro común". Es de advertir, a este propósito, que los actos aludidos al referirse al peligro común eran entonces ya muy frecuentes, principalmente a causa de sabotajes en las vías férreas, que habían provocado varias catastrofes en algunos países de la Europa central (principalmente en Checoslovaquia), aunque no hubieran conmovido a la opinión pública tan

(32) Henri Donnedieu de Vabres: «La Répression Internationale du Terrorisme. Les Conventions de Genève de 1937», en *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. XIII, Bruxelles, 1938, págs. 37-74.

(33) M.A. Caloyanni: «Le Terrorisme et la Création d'une Cour Repressive Internationale», en *Revue de Droit International*, Paris, 1935, págs. 46-75; ídem: «Deux Conventions: Prévention et Répression du Terrorisme. Création d'une Cour Pénale Internationale», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1938, págs. 403-420.

(34) Jerzy Waciorski: *Le Terrorisme Politique*, thèse, préface de Donnedieu de Vabres, Paris, A. Pedone, 1979.

(35) *Cit. supra* nota 10.

intensamente como los mencionados acontecimientos de los años treinta (36).

La tercera Conferencia (Bruselas, 1930) propuso un texto de cinco artículos relativo al terrorismo. En él se enumeraban ciertas acciones caracterizadas por el uso deliberado de medios susceptibles de originar un peligro común y se incluían en ellos acciones contra la vida y la integridad física de las personas y contra los bienes. Por ejemplo, incendios, explosiones, inundaciones, empleo de sustancias tóxicas, destrucción de señales y de medios de comunicación de personas o de mensajes, contaminación del agua o de los alimentos, etc. La comisión de tales actos se calificaba ya como terrorista ("actos de terrorismo", dice el art. 2), si iba dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas o contra el patrimonio público o privado y se hacía "con el fin de promover o de ejecutar ideas políticas o sociales". "Tales actividades -añadía el art. 4- deben someterse a la competencia universal".

La cuarta Conferencia (París, diciembre de 1931) modificaba el texto anterior, considerando como terrorista a "todo aquel que, con el propósito de aterrorizar a la población, emplee contra las personas o contra los bienes bombas, minas, explosivos, productos incendiarios, armas de fuego u otros medios de destrucción, o que cause o trate de propagar una enfermedad epidémica cualquiera, una epizootia (es decir, una epidemia de una o más especies de animales) o cualquier otra calamidad, o interrumpa o dificulte servicios gubernamentales de utilidad pública..." (art. 1).

En la quinta Conferencia (Madrid, 1934), se convino en una nueva redacción de los textos anteriormente propuestos y se llegó a una importante Resolución que, por una parte, sometía los actos terroristas a la competencia universal y, por otra, instaba a los Estados a que autorizaran siempre la extradición de los terroristas, salvo disposición en contrario de su legislación.

(36) Vide G. Levasseur: *op. cit.*, pág. 82 y la bibliografía *cit. supra*, notas 30-35, principalmente el Curso de Sottile.

La sexta Conferencia (Copenhague, septiembre de 1935) -celebrada después ya del magnicidio de Marsella, todavía bajo la impresión de éste, y simultáneamente a los trabajos de la Sociedad de Naciones sobre el terrorismo- adoptó un texto preciso en esta materia. En los trabajos de dicha Conferencia, sumamente interesantes, publicados años después por Pedone (37), colaboraron eminentes especialistas: Saldaña (España), Gunzburg (Holanda), Lemkin (Polonia) y Givanovitch (Yugoslavia). En el preámbulo de tal texto se subrayaba la necesidad de una pena especial cuando los actos, ya merecedores de castigo por sí mismos, hubieran provocado un peligro común creando un estado de terror para producir cambios o perturbaciones en el funcionamiento de los poderes o en las relaciones internacionales. Los mencionados actos deberían tratarse, por tanto, en los Códigos Penales como actos de especial peligrosidad, bajo la rúbrica "Actos que ponen en peligro a la comunidad o crean un estado de terror". En consecuencia, el art. 1 establecía mayores sanciones para "toda persona que, mediante actos voluntarios dirigidos contra la vida, integridad física, salud o libertad de un Jefe de Estado o de su cónyuge, de una persona que ejerza las prerrogativas de un Jefe de Estado, de Príncipes coronados, de miembros de un Gobierno, de personas que gocen de inmunidades diplomáticas, o de miembros de instituciones judiciales, legislativas o consuetudinarias, ha puesto en peligro a la Comunidad mundial o creado un estado de terror calculado, con el fin de ocasionar un cambio o impedimento en la actividad de las autoridades públicas, o de perturbar las relaciones internacionales". A esta Resolución seguía un Voto en el que se decía que del enjuiciamiento de los actos terroristas se encargara un Tribunal Penal Internacional, en defecto de extradición que se consideraba debía concederse siempre o

(37) Interesante resulta la consulta de las Actas de estas "Conferencias para la Unificación del Derecho Penal": *I Actes de la Conférence*, París, Sirey, 1929; *III Actes de la Conférence*, Office de Publicité, Bruxelles, 1931; *IV Actes de la Conférence*, París, Sirey, 1933; *V Actes de la Conférence*, París, Sirey, 1933; *V Actes de la Conférence*, París, Sirey, 1933; *V Actes de la Conférence*, París, A. Pedone, 1935; *VI Actes de Conférence*, París, A. Pedone, 1938.

de enjuiciamiento por el juez competente del Estado donde el terrorista se hubiera refugiado. Es decir, se trataba de aplicar en tales casos la famosa disyuntiva grociana: "aut dedere aut punire". Además se manifestaba, una vez más, que "los actos criminales que pusieran en peligro a la comunidad o crearan un estado de terror no podían nunca considerarse como delitos políticos" (38).

2.1.3.- Los Convenios de la Sociedad de Naciones.

Impresionada también por el atentado de Marsella y por la ayuda que los terroristas croatas encontraron en el territorio italiano, la Sociedad de Naciones encargó a una Comisión de peritos, creada por su Consejo, la preparación y redacción de un Proyecto de Convenio sobre la prevención y la represión del terrorismo. Los trabajos para su conclusión se efectuaron con gran rapidez y el 16 de noviembre de 1937 se pusieron ya a la firma dos Convenios: el primero (que condenaba el terrorismo) suscrito por veinticuatro Estados, y el segundo (que creaba un Tribunal Penal Internacional para juzgar a los autores de tales delitos), por trece. El que hubiera dos Convenios se debía al deseo de que los Estados que se habían opuesto a este último Convenio pudieran, al menos, firmar o adherirse al primero. Ambos Convenios fueron ampliamente comentados por Sottile, Donnedieu de Vabres, Pella, Wacziargis, etc (39).

Desgraciadamente, la creciente tensión internacional, que desembocó en la Segunda Guerra Mundial, impidió que fueran ratificados, salvo el segundo por la India en 1941 (40).

(38) Vide G. Levasseur: *op. cit.*, pág. 83 y la bibliografía *cit. supra*, notas 30-37.

(39) Vide *supra* bibliografía de las notas 30-35, e *infra* nota 40.

(40) Vide bibliografía *cit. supra* nota 39 y además: Constantin Th. Eustathiades: "La Cour Pénale Internationale pour la Répression du Terrorisme et le Problème de la Responsabilité Internationale des Etats", en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 43, 1936, págs. 385-415; Simon Sassérath: "Un événement historique dans l'évolution du Droit contemporain", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1937, págs. 1241-1247; D.J. Guillard: "La Répression Internationale du Terrorisme", *Ibid.* 1935, págs. 716 y ss.

El Convenio principal conocido con el nombre de "Convenio para la prevención y castigo del terrorismo" definía los actos de terrorismo como "actos criminales contra un Estado premeditados o calculados de forma que contribuyan a crear un estado de terror en ciertas personas o grupos de personas o en el público en general" (art.1). Tal definición se precisaba con una enumeración no considerada exhaustiva dada en el art. 2. El objetivo principal era el compromiso contraído por cada Estado de castigar rigurosamente dichos actos cometidos en su territorio contra otro Estado. El art. 8 se refería a la imposibilidad de pedir la extradición del terrorista independientemente de que existiera o no tratado de extradición entre los Estados interesados.

Pero Polonia, Checoslovaquia y Holanda no se mostraron favorables a ello y además los Estados partes en el Convenio conservaron el derecho de no modificar sus prácticas nacionales, lo que lo debilitó considerablemente (41).

2.2.- Después de la Segunda Guerra Mundial.

2.2.1.- Doctrina individual

La suma gravedad del terrorismo en nuestros días y la creciente preocupación que suscita han dado lugar a la aparición de una abundantísima literatura sobre el mismo, especialmente en Estados Unidos y en los países de la Europa Occidental. Aun limitado a las obras y trabajos en lengua inglesa, el notable libro de Amos Lakos "International Terrorism: A Bibliography" comprende, cuidadosamente sistematizados, 5.622 títulos (42). Y tan copiosa bibliografía va en aumento (43). Existen incluso publicaciones periódicas dedi-

(41) Para un estudio más amplio de estos Convenios vide la bibliografía de las notas 31-36 y 40, especialmente el Curso de Sottile *cit. supra* nota 10, págs. 91 y ss.

(42) Amos Lakos: *International Terrorism: A Bibliography*, London, Marsell Publishing Limited & Boulder, Colorado, Westview Press, 1986.

(43) Para cerciorarse de la verdad de este aserto basta con leer los últimos números de las publicaciones periódicas citadas en la nota siguiente.

cadass exclusivamente a este tema, como la que edita Yonah Alexander con el título "Terrorism. An International Journal" (que inserta trabajos doctrinales sobre tales cuestiones y que en 1987 llegó ya a su X volumen) y el Anuario editado también por Yonah Alexander, cuyo primer número apareció con el título "The 1986 Annual on Terrorism" (44). Ante tal avalancha de trabajos y monografías, resulta imposible ni siquiera dar una visión panorámica y sintética sobre la doctrina individual relativa al terrorismo después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, pecaríamos de injustos si no citáramos, al menos, a algunos autores por la utilidad o importancia de sus contribuciones a estos estudios. Así, en Estados Unidos, Robert A. Friedlander, cuyo libro, en cuatro gruesos volúmenes, "Terrorism. Documents of International and Local Control" (subtitulados el III y el IV, respectivamente, "From the Terror Decade of the 1970's to the Dangerous Decade of the 1980's" y "A World on Fire") resulta utilísimo por su gran acopio documental (45), Alona E. Evans (46),

John F. Murphy (47), Alfred P. Rubin (48), Samuel T. Francis (48 bis) y Yonah Alexander (49), entre otros muchos (50), y en Europa, Stefan Glaser (51), Bartos (52), Beirlaen (53), Radovanovic (54), Baumann (55), Schloesing (56), Guillaume (57), Levasseur (58), Juillard (59), Prevost (60), Vallee (61) y Sofaer (62). Igualmente dignas de citarse, las obras colectivas (en cuanto participan en ellas diversos autores) "Legal Aspects of International Terrorism" (63), editada por los mencionados Evans y Murphy, "International Terrorism in the Contemporary World", editada por Marius H. Livingston, Lee Bruce Kress y Marie G. Wanek (64), "Reflexions sur la définition et la répression du terrorisme", editada por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas (65), y "Terrorismo Internacional", editada por el Instituto de Cuestiones Internacionales de Madrid (66).

Finalmente, con referencia concreta a España, destaquemos las valiosas monografías de Carmen Lamarca Pérez (67) y Joaquín Ebile Nsefum (68).

(44) *Terrorism. An International Journal*, Editor-in-Chief, Yonah Alexander; Crane, Russak & Company (A Member of the Taylor & Francis Group), New York, Philadelphia, London.

The Annual on Terrorism, edited by Yonah Alexander. Contributing Editors: Abraham H. Foxman & Eugene Mastrangelo. Published in corporation with the Anti-Defamation League of B'nai B'rith; The Leon and Marilyn Klinghoffer Memorial Foundation of the Anti-Defamation League of B'nai B'rith; The Institut for Studies in International Terrorism, State University of New York, Martinus Nijhoff Publishers.

(45) *Op. cit. supra* nota 5. Robert A. Friedlander ha sido coeditor con Yonah Alexander de la obra colectiva *Self-Determination: National, Regional and Global Dimensions*, Boulder, CO: Westview Press, 1974, 250 págs. y autor del libro *Terror-violence: Aspects of Social Control*, New York, Oceana, 1983, 299 págs. y de muchos opúsculos y trabajos ("Coping with Terrorism: what is to Be Done", en la obra colectiva Y. Alexander, D. Carlton y P. Wilkinson, eds.: *Terrorism: Theory and Practice*, Boulder, CO: Westview Press, 1979, págs. 231-246; "Terrorism and Political Violence: Do the Ends Justify the Means?" en M.H. Livingston (ed.), *International Terrorism in the Contemporary World*, Westport, CT: Greenwood Press, 1978, págs. 316-325; "Review of International Terrorism and Political Crimes", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 46 (1975), págs. 523-527; etc.).

(46) Esta autora, desgraciadamente ya fallecida, cuyo verdadero nom-

bre era Elizabeth Kimball Kendall, se ha distinguido por sus trabajos como Ponente en el Comité de la I.L.A. sobre el terrorismo (*vide supra*, párrafo 2.2.2) y ha sido coeditora con John F. Murphy del importante libro *Legal Aspects of International Terrorism*, Lexington, Massachusetts, Toronto, Lexington Books, D.C. Heath & Company, 1978, 690 págs., publicado bajo los auspicios de la "American Society of International Law" (de la que era Vicepresidenta), en el que tiene dos importantes contribuciones: *Aircraft and Aviation Facilities*, págs. 3-147 y *The Apprehension and Prosecution of Offenders: Some Current Problems*, págs. 493-521. Con frecuencia colaboraba en el *AJIL* de cuyo Consejo Editorial era miembro. Así, en cuanto a temas relativos al terrorismo, pueden citarse: "Aircraft Hijackings: Its Causes and Cure", en *AJIL*, vol. 63 (1969), págs. 695-710; "Aircraft Hijacking: What Is To Be Done?", *ibid.*, vol. 66 (1972), págs. 819-822 y vol. 67 (1973), págs. 641-671; "Terrorism and Political Crimes in International", *ibid.*, vol. 67 (1973), págs. 87-110; "Judicial Decisions Jurisdiction-Fugitive offender-Forcible Abduction-ker-Frisbie Rule-Treaties-Extradition", *ibid.*, vol. 69 (1975), págs. 406-438; "Judicial Decisions", *ibid.*, vol. 74 (1980), págs. 406-438; "Judicial Decisions", *ibid.*, vol. 74 (1980), págs. 433-450.

(47) Coeditor con la Prof. Evans del importante libro citado en la nota anterior, tiene en él dos notables contribuciones: "Protected Persons and Diplomatic Facilities" (págs. 277-339) y "State Self-Help and Problems of Public International Law" (págs. 553-573). Autor del libro *Punishing International Terrorists: The Legal Framework for Policy Initiatives*; Totowa, NJ,

Rowman & Allanheld, 1985, 142 págs., y de muchos trabajos sobre temas del terrorismo. Por ejemplo, "Professor Gross's Comments on International Terrorism and International Criminal Jurisdiction", en *AJIL*, vol 68 (1974), págs. 306-308; "The United Nations and International Terrorism" en H.H. Han (ed.): *Terrorism Political Violence and World Order*, Lanham MD, University Press of America, 1984, págs. 603-610. Asimismo autor del trabajo sobre la definición del terrorismo *cit. supra*, nota 15.

(48) Sucedió a la Profesora Evans, cuando ésta falleció, como Ponente en el Comité de la ILA sobre el terrorismo (*Vide supra* & 2.2.2.) Autor, entre otros muchos trabajos sobre el terrorismo, de los siguientes: "Current Legal Approaches to International Terrorism", en *Terrorism*, nº 7-2 (1984), págs. 147-162 (publicado también en la citada obra editada por H.H. Han, págs. 433-442); "Terrorism and Piracy: A Legal View", en *Terrorism*, nº 3, 1-2 (1979), págs. 117-130; "Terrorism, Grave Breaches and the 1977 Geneva Protocols", en J.R. Hall (ed.): *Proceedings of the 74 th. Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, D.C.: American Society of International Law, 1981, págs. 192-195; "The Hostage Incident: The United States and Iran", en G.W. Kecton y G. Schwarzenberger (eds.): *The Year Book World Affairs*, 1982, London, Stevens & Sons, 1982, págs. 213-240. Coautor con Brian M. Jenkins del trabajo "New Vulnerabilities and the Acquisition of New Weapons by Nongovernment Groups", en la obra citada *Legal Aspects...*, págs. 221-276.

(48 bis) *Vide op. cit. supra* nota 16.

(49) Yonah Alexander, además de promotor y editor de distintas publicaciones sobre terrorismo, es autor de muchos libros y estudios acerca de éste, solo o en colaboración. Por ejemplo, "Some Perspectives on International Terrorism", en *International Problems*, nº 14 (1975), págs. 24-29; "The religation of the Middle East Conflict by Some Moslem Groups Outside the Area", *ibid* nº 11 (december 1972), págs. 16-22; "Terrorism: Future Threats and Responses", en *Terrorism*, 7-4 (1985), págs. 367-410; "Terrorism in Italy", *ibid.*, 2-3-4 (1979), publicado también separadamente en un volumen de 163 págs.; "Crescent and Star: Arab-Israeli Perspectives on the Middle East Conflict" (en colaboración con Nicholas N. Kittrie), New York, AMS Press, 1972, 480 págs.; "The Role of Communications in the Middle East Conflict: Ideological and Religious Conflict" (también en colaboración con Kittrie), New York, Praeger, 1973, 287 págs.; "The Legacy of Palestinian Terrorism", en *International problems cit.*, Tel Aviv, nº 15 (1976), págs. 57-64; "Strategic Responses to Terrorism - The Turkish Experience", en W.J. Taylor, S.A. Maaranen y G.W. Gong (eds.): *Strategic Responses to Conflic in the 1980's.*, Lexington, Ma, Lexington Books, 1984, págs. 81-92; "The Entebbe Raid and Next Time", comunicación presentada a la "Conference on Terror: The Man, the Mind and the Matter" (John Jay School, New York City October 15-16, 1976); "Terrorism: Transnational Interconnection", comunicación presentada a la "19th. Annual International Studies Association Convention" (Washington, February 22-25, 1973); "The Letter Bomb", comunicación presentada a la "Conference on Terror..." cit.; "Contemporary Terrorism: Perspectives", comunicación presentada a la "Conference on Psychopathology and Political Violence" (University of Chicago, 16-17 November, 1979); "Terrorism as a Sociopo-

litical Phenomenon", en *International Journal of Group Tensions*, vol. 12 (nº 1-4), 1982, págs. 41-61; "Supèr Terrorism", en Y. Alexander y J.M. Gleason (eds.): *Terrorism: Behavioral Perspectives*, New York, Pergamon Press, 1980, págs. 343-362; "Terrorism and High-Technology Weapons", en Y. Alexander y L.A. Freedman (eds.): *Perspectives on Terrorism*, Wilmington, DE; Scholarly Resources, 1983, págs. 225-240; y en colaboración con otros: *International Terrorism: National, Regional and Global Perspectives*, New York, Praeger, 1976, 414 págs.

(50) Por ejemplo Clive C. Aston, M. Bassiouni, J. Bowyer Bell, David Charters, Richard L. Clutterbuck, H.H.A. Cooper, John D. Elliott, William R. Farrell, Samuel T. Francis, Lawrence Z. Freedman, Nehemia Friedland, L.C. Green, Ted R. Gurr, Lawrence C. Hamilton, Paul Henze, Edward Heyman, Bruce Hoffman, Irving L. Horowitz, David G. Hubbard, Michel C. Hudson, Marthe C. Hutchinson, Peter Janke, Brian M. Jenkins, Phillip A. Karber, Robert H. Kupperman, Walter Laqueur, Neil C. Livingstone, Brooks Mc. Clure, Harvey J. Mc. George, Ariel Merari, Edward F. Micholus, Abraham H. Miller, Browman H. Miller, Robert Moss, James B. Motley, Augustus R. Norton, Edgar O'Ballance, Bard E. O'Neill, Stefan T. Possony, A.C.E. Quainton, David C. Rapoport, Charles A. Russell, Martin E. Silverstein, Stephen Sloan, David A. Soskis, Claire Sterling, Michael Stohl, Jacob W.F. Sundberg, Theodore B. Taylor, Grant Wardlaw, Paul Wilkinson y John B. Wolf.

(51) Autor entre otros libros y estudios, de los siguientes: "Remarques sur les Projets élaborés au sein des Nations Unies en matière de Droit Pénal", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1964, págs. 299-354; "Osservazioni sul progetto di codificazione dei delitti internazionali", en *Scuola Positiva*, 1970, págs. 9-35; *Droit International Pénal Conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970; "Quelques observations sur la détournement d'aéronefs", en *Revue Générale de Droit International Public*, 1972, págs. 12-35; "Les infractions internationales, les délits politiques et la extradition", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1948; "Le Terrorisme International et ses drivers aspects", en *Revue Internationale de Droit Comparée*, vol. 25 (octubre-diciembre 1973), nº 4, págs. 825 y ss.

(52) Destaquemos entre sus publicaciones la siguiente por referirse directamente a nuestro tema: "International Terrorism", en *Review of International Affairs*, nº 23 (20 de abril 1972).

(53) *Vide* sus trabajos "Considérations sur la prévention et la répression de quelques infractions internationales. Terrorisme et trafic de stupéfiants", en *Revue de Science Criminelle*, 1976; "Considérations sur la prévention et la répression du terrorisme international", en *Revue de Science criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1978, nº 4.

(54) Autor de "Le problème du terrorisme international", en *Revue de Droit International, Sciences Diplomatiques et Politiques*, octubre de 1972.

(55) Autor de *L'enlèvement des diplomates*, La Haya, 1973.

(56) Autor del estudio "La répression international du terrorisme", en *Revue Politique et Parlementaire*, nº 841, abril, 1973, París, págs. 50-61.

(57) *Vide* Gilbert Guillaume: "Le Terrorisme Aérien", en la obra *cit. supra* nota nº 5, *Terrorisme International*, págs. 5-57; *idem*; "La Convention de la Haye du 16 decembre 1970 pour la repression de la capture illicite

d'aéronefs", en *AFDI*, 1970, págs. 35-59.

(58) *Vide op. cit. supra* nota 5.

(59) *Vide* su estudio "Les enlèvements de diplomates", en *AFDI*, 1971, págs. 205-231.

(60) *Vide* de este autor el estudio *cit. supra* nota 18.

(61) *Vide* su trabajo "La Convention européenne pour la répression du terrorisme", en *AFDI*, vol. 22 (1976), págs. 7546 y ss.

(62) Principalmente su trabajo "Terrorism and Law", en *Foreign Affairs*, verano de 1986, págs. 301 y ss. Conviene añadir a esta enumeración, la reciente obra de E. Morris y A. Hoe: *Terrorism. Threat and Response*, Londres, 1988, 150 págs.

(63) *Vide* la ficha bibliográfica completa de esta obra *supra* nota 46.

(64) *Vide* la ficha bibliográfica completa de esta obra *supra* nota 8.

(65) Université Libre de Bruxelles (Centre de Droit International): *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, ed. de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1974.

(66) Instituto de Cuestiones Internacionales (INCI): *Terrorismo Internacional* (Del Campo, Cassinello, Hauron, Turle, Fernández Monzón, Bueno Arús, Ferracuti, Jaudenes, Horchem, Jenkins, Beristain, Frank Pérez, Rodríguez Sáez. Dirigido por Salustiano del Campo), Madrid, 1983, 364 págs.

(67) *Op. cit.*, *supra* nota 17 bis.

(68) *Op. cit.*, *supra* nota 2. En España y, en general, en los países de lengua española, se han publicado muchos libros y trabajos sobre este tema. Citamos a continuación algunos: Victoria Abellán: "El terrorismo internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional* (citaremos en lo sucesivo esta publicación con la abreviatura REDI), vol. XXVIII (1975), págs. 33-56; Pedro Pablo Camargo: "La protección interamericana de funcionarios diplomáticos y consulares contra el terrorismo", *ibid.* vols. XXVI-XXVII (1973-74), págs. 111-118; Julio Cola Alberich: "Las medidas europeas contra el terrorismo", en *Revista de Política Internacional* (citaremos en lo sucesivo esta publicación con la abreviatura RPI), n.º 150 (1977), págs. 363-367; Marino Barbero Santos: "Los delitos de bandidaje, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960", en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, págs. 257-283; Antonio Beristain Ipiña: "Terrorismo y delitos políticos", en *Cuestiones penales y crimológicas*, Madrid, Reus, 1979, págs. 393 y ss.; ídem: "Código deontológico y policial según las N.U." en *Terrorismo Internacional...*, *cit. supra*, nota 66, págs. 203-231; Francisco Bueno Arús: "Aspectos jurídicos del terrorismo", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.ºs 228-231, 1980, págs. 51 y ss.; ídem: *op. cit. supra* nota 25; J.C. Carbonell Mateu: "Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado", en *Comentarios a la Legislación Penal*, obra dirigida por M. Cobo del Rosal y coordinada por M. Bajo, tomo II, *El Derecho Penal del Estado Democrático*, Madrid, EDERSA, 1983; ídem: "Actos preparatorios públicos, realizados a través de los medios de comunicación, de la rebelión y del terrorismo", *ibid.*; A. García Pablos: "Asociaciones ilícitas y terroristas", en *Comentarios...*, *cit.*, tomo II; ídem "Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las Leyes.

Asociaciones ilícitas y bandas terroristas", en *Escritos Penales*, Barcelona, Bosch, 1984; García Romero de Tejada: "La nueva Ley para la represión de los delitos cometidos por medio de explosivos", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, n.º 85; J.V. Gimeno Sendra: "Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista", en *Documentación Jurídica*, vol. II, nos 37-40, enero-diciembre 1983; J. Gómez Calero: "Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar", en *Revista General...*, *cit.*, n.º 4, abril 1972, págs. 441 y ss.; E. González Lapeyre: *Aspectos jurídicos del terrorismo*, Montevideo, Ed. Amalio Fernández M., 1972; G. Gutiérrez Lanza: "Notas sobre los delitos de terrorismo", en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 29, enero-junio 1975; Luis Jiménez de Asúa: "Terrorismo" (Informe al Gobierno de la República Española), en *El Criminalista*, tomo IX, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, págs. 55 y ss.; Enrique Mapelli: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*; Madrid, Ed. Tecnos, 1973; Juan de Miguel Zaragoza: *op. cit. supra* nota 15; ídem: "La acción del Consejo de Europa en la lucha contra el terrorismo", en *La violencia en la sociedad actual*, comp. de Marino Barbero, Universidad Internacional "Menéndez Pelayo", Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982; Alejandro Muñoz Alonso: *El terrorismo en España*, Instituto de Estudios Económicos, Barcelona, Ed. Planeta, 1982; J.A. Sainz Cantero: *Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves*, Murcia, Ed. Nogués, 1971; A. Sola Dueñas: "Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos", en *Documentación Jurídica*, vol. 2, 1983, n.ºs 37-40; Soria Saiz: "Ethos informativo y terrorismo", en *Revista General...*, *cit.*, enero 1980, págs. 3 y ss.; Varios: *Terrorismo y Justicia en España*, Madrid, Centro Español de Documentación, 1975; T. Vega Gómez: *op. cit. supra* nota 25; Juan Batista: *La antítesis de la paz. El terrorismo y otras formas de violencia*, Madrid, Editorial San Martín, 1981; Manuel Fernández Monzón: "Prensa, opinión pública y terrorismo", en *Terrorismo Internacional...*, *cit. supra*, nota 66, págs. 65-80; Juan Jáudenes Jordano: "Fuerzas Armadas y Terrorismo", *ibid.* págs. 81-96; Andrés Cassinello Pérez: "ETA y el problema vasco", *ibid.*, págs. 265-285; Luis Rodríguez Sáez: "Documento informativo: algunas consideraciones sobre los efectos económicos de las acciones terroristas", *ibid.*, págs. 321-333; Salustiano del Campo: *Terrorismo y Sociedad Democrática*; *ibid.*, págs. 347-359; Adolfo Molina Orantes: "El terrorismo ante el Derecho Penal Internacional", en *Revista de la Asociación Guatemalteca de Derecho Internacional*, vol. II, n.º 2; Antonio Royo Villanova: "El terrorismo, la libertad y la policía", en *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: Antología de los Discursos de Ingreso en su Primer Centenario* tomo II, Madrid, 1958, págs. 689-695. El extenso libro de Antonio Mundo Fuertes en dos volúmenes: *La agresividad y el terrorismo bajo el prisma biológico y médico*, Universidad de Granada, 1985, 1163 págs., tiene menos interés para el jurista, aunque no carece en absoluto de él.

2.2.2.-Doctrina colectiva.

Como es natural, las Asociaciones y Centros dedicados al estudio del Derecho Internacional mostraron su preocupación por el terrorismo.

Así en la "International Law Association" se designó un Comité relativo al terrorismo internacional, presidido por la Profesora estadounidense Alona E. Evans, quien actuó como Ponente "ad hoc" y sometió, en la LVI Conferencia celebrada en 1974 en Nueva Delhi, a los miembros de la Asociación, para su discusión, un primer proyecto de Ponencia sobre el terrorismo, preparado por el Comité, y un cuestionario de trece puntos, donde se concretaban los problemas que, a juicio de Evans, son más importantes en tal materia (68 bis). Particularmente interesantes fueron los debates acerca de este tema en la siguiente Conferencia (Madrid, 1976), en vista del proyecto de "Convenio para limitar, mediante el Derecho, el terrorismo internacional" redactado por el Comité e incluido en su segundo proyecto de Ponencia (69); pero tales debates hubieron de terminarse, por falta de tiempo, sin que pudieran intervenir todos los miembros inscritos para hablar en ellos y sin llegar a una conclusión (70). En la LIX Conferencia (Belgrado, 1980), fue discutido el tercer proyecto de Ponencia del Comité, preparado teniendo en cuenta las observaciones formuladas al segundo (71). Acogiendo una sugerencia del Prof. Oppermann, juzgada interesante por la Prof. Evans, el Comité, en vez de un proyecto de Convenio, sometió a los miembros de la Asociación una "Declaración de principios o reglas sobre el Derecho relativo al terrorismo interna-

(68 bis) The International Law Association: *Report of the Fifty-sixth Conference held at New Delhi (1974-1975)*, 1976, págs. 155-177.

(69) The International Law Association. *Report of the Fifty-seventh Conference held at Madrid (1976)*, 1978, págs. 119-152, especialmente, págs. 143-152.

(70) *Ibid.*, pág. 141.

(71) The International Law Association: *Report of the Fifty-ninth Conference held at Belgrade (1980)*, 1982, págs. 493-519, especialmente págs. 497-504.

cional", por considerar ésta más útil que aquél (72). Bajo la presidencia del Profesor estadounidense A.P. Rubin, nuevo Ponente del Comité sobre el terrorismo internacional, éste se reunió durante la LXI Conferencia en París el 1984 y llegó a someter a la aprobación del Pleno un texto que, a pesar de las discrepancias de algunos de los miembros, fue, al fin, aprobado definitivamente, si bien con algunas modificaciones (73), convirtiéndose en la VII Resolución de dicha Conferencia. El texto adopta la forma de una Declaración sobre las "Reglas de Derecho Internacional aplicables al terrorismo internacional" y consta de catorce artículos (74). En la imposibilidad de transcribirla, dada su extensión, nos limitamos a copiar el siguiente resumen de la misma hecho por el Prof. Cerezo:

"Como declaración de principio se establece que ciertos actos son tan reprobables que constituyen motivo de preocupación para la Comunidad internacional, tanto si se presentan en tiempo de paz como de guerra, independientemente de la supuesta justicia de la causa que los terroristas puedan invocar y de las posibles motivaciones políticas. Tales actos, se afirma, deben ser erradicados. Entre ellos se mencionan: los actos definidos como ofensas de significación internacional en los tratados, así como los actos de terrorismo internacional. Respecto a estos últimos, en su amplia gama, tienen que tener un carácter de ofensa a las normas internacionales, como, por ejemplo, contra un Gobierno extranjero, una Organización internacional o cualquier representante de ellos; contra cualquier súbdito de una Nación extranjera por su condición de tal o por cualquier persona que cruce las fronteras de otro país y de la cual haya sido solicitada su extradición.

Se establecen, igualmente, una serie de normas referentes a los combatientes, a los refugiados políticos, a la competencia internacional sobre personas individuales, a la posición oficial de algunos de los acusados, a los llamados criminales de guerra, a la ayuda de algunos países a personas o grupos que

(72) *Ibid.*, pág. 518.

(73) The International Law Association: *Report of the Sixty-first Conference held at Paris (1984)*, 1985, págs. 313-324.

(74) *Ibid.*, págs. 6-8.

preparen actos de terrorismo internacional, a la obligación que todo Estado tiene de poner la debida diligencia legal en prevenirlos, a los ataques terroristas a las comunicaciones internacionales y a los medios de transporte, a los actos contra establecimientos diplomáticos y consulares, a los actos de utilización de materias peligrosas o venenosas, especialmente materias nucleares, drogas, etc.

El incumplimiento de cualquiera de estas normas origina una responsabilidad del Estado, y, de otra parte, la existencia de acuerdos internacionales que reglamenten algunos de los aspectos mencionados no implica que no se deban cumplir el resto de las disposiciones adoptadas, a menos que específicamente se manifieste así entre las partes de un Acuerdo" (75).

Igualmente el "World Peace Through Law Center" prestó su atención al tema del terrorismo, tan preocupante. Ya en la Conferencia que el Centro celebró en Abidjan el 1973, se había estudiado un proyecto de Convenio para la prevención y castigo de los actos de terrorismo internacional que la Sección de Derecho Penal de este Centro había preparado y el tailandés Marut Bunnag había presentado una Ponencia interesante sobre este tema (76). El Centro continuó después sus trabajos al respecto. Pero fue en su Conferencia de Berlín el 1985 cuando éste llegó a un resultado definitivo en tal materia. Al Comete sobre el terrorismo presidido por el Secretario de Estado de la República Federal Alemana, Benno Erhard, e integrado por el Fiscal-Jefe de dicha República, Prof. Dr. Kurt Rebmann, el Dr. Harry B. Sondheim (Estados Unidos), el Fiscal Kook-Hyun Yoo (Corea), Amos Shapira

(75) International Law Association (Sección Española): *Boletín Informativo*, diciembre 1985, pág. 25. Véase también sobre esta Resolución de la I.L.A. el notable trabajo del Prof. Enrique P. Syquia: "International terrorism and International Law", en *Liber Amicorum, Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, vol. III, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1988, págs. 1397 y ss., especialmente págs. 1398-1400.

(76) Conferencia Mundial de Abidjan sobre la Paz Mundial mediante el Derecho (26-31 de agosto de 1973): Ponencia de la Sección del Código Penal sobre *El Terrorismo* presentada por Marut Bunnag, Washington, 1973, 37 págs.

(Israel), el Fiscal Jefe de Irlanda, Eamonn M. Barnes, y el Prof. Pérez Montero (España) se presentaron un notable trabajo, como Ponencia General, del citado Prof. Rebmann y sendos "work papers" de los restantes miembros del Comete (77). Fruto de las deliberaciones del mismo fueron unas conclusiones que, sometidas al Pleno de la Conferencia y debatidas en él, se convirtieron en la IV Resolución, cuyo texto oficial es el siguiente:

"CONSIDERING that terrorism involves violent criminal acts of individuals or groups directed at innocent persons or their property and designed to blackmail or terrorize an individual, group, or government with the objective of compelling a course of action which would not be taken but for the blackmail or terror.

RECOGNIZING that terrorism is a violation of human rights, a challenge to the order of states and to world security;

THE CENTER RESOLVES THAT:

Terrorism is a crime and should not be treated as a political offense.

Its suppression is an international obligation of fundamental importance, for its consequences transcend national frontiers.

States are urged to take unremitting countermeasures and concerted action-bilateral, regional, and international to prevent any terrorism and punish the offenders.

Appropriate sanctions should be taken against States and groups who harbor or connive at terrorists on in any other way assist or tolerate their activities.

Appropriate international conventions shall be formulated and existing conventions strengthened.

In the field of extradition there must be a world endeavor towards regulation on the basis that terrorist criminal offenses

(77) 12th Biennial Conference on the Law of the World, July 21-26, 1985, World Peace Through Law Center, Panel: Terrorism, 22 July 1985. *General Report by the Chief Federal Prosecutor Professor Dr. Kurt Rebmann*, 16 págs.

are no longer accorded the status or privileges of political criminal offenses" (78).

De señalar es también que otras Asociaciones y Centros de ámbito más restringido, aunque importantes también, vienen ocupándose en esta cuestión. Por ejemplo, en España el Instituto de Cuestiones Internacionales (cuyo Seminario sobre el terrorismo, celebrado en 1982, bajo la dirección del Prof. Salustiano del Campo constituyó una buena aportación a este tema) (79); en Bélgica, el Centro de Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas (80), y en Estados Unidos la American Society of International Law, en cuyas últimas reuniones anuales siempre se incluye en el orden del día este tema (81). Además, esta Sociedad publica interesantes informaciones y resúmenes de otras Conferencias que han tratado sobre él, como el trabajo de John F. Murphy titulado "Legal Aspects of International Terrorism: Summary Report of an International Conference. (December 13-15, 1978, Department of State, Washington, D.C.)" (82).

(78) Peace with Justice in the World Community: *The Berlin Declaration and Resolutions adopted by the Twelfth Conference on the Law of the World Berlin (West) July 26, 1985*, The World Peace Through Law Center, Washington, 1986, págs. 5-6.

(79) *Vide supra*, nota nº 66.

(80) *Vide supra*, nota nº 65.

(81) *Vide los Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of the International Law*, Washington, D.C. Especialmente los de la Reunión LXXX, Washington, D.C., abril 9-12, 1986, págs. 386-408.

(82) De citar son también al respecto los trabajos de la Asociación Internacional de Derecho Penal, o los de la Asociación Internacional de Pilotos de Líneas Aéreas (I.F.A.L.P.A.), si bien esta última orienta sus estudios más desde el punto de vista técnico que desde el jurídico. La Comisión de juristas del Instituto de Derecho Internacional ha considerado el estudio jurídico del terrorismo internacional a la luz de los principios del Derecho de la guerra (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1957, tomo I, pág. 531): La Sociedad Internacional de la Cruz Roja también se ha referido al terrorismo (*vide*, por ejemplo, los arts. 33 y 34 del Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949). La Fundación para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, en su sesión de Bellagio (1972), ha previsto la competencia de dicho Tribunal respecto de los actos de

2.2.3.-Los trabajos en el ámbito de la O.N.U. o de sus Organismos especializados.

2.2.3.1.-Los intentos en la O.N.U. para conseguir la adopción de medidas contra el terrorismo en general. Su poco éxito.

Ya en 1954 la Comisión de Derecho Internacional de las N.U., a petición de la Asamblea General, preparó un Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el que se decía que "la participación o fomento por las autoridades de un Estado de actividades terroristas en

terrorismo internacional. La Sociedad Internacional de Profilaxis Criminal celebró en París, en diciembre de 1971, un Congreso sobre la profilaxis del terrorismo (*vide* sobre ello la revista *Etudes Internationales de Psychosociologie criminelle*). La Asociación de Juristas Demócratas también celebró en marzo de 1973, en Bruselas, un coloquio, que orientó sus trabajos hacia la asimilación del acto de terrorismo internacional a los crímenes de guerra y hacia el estudio de ciertos actos específicos de este terrorismo. En junio de 1973 tuvo lugar en Siracusa un coloquio sobre el terrorismo, en el que se negaba el carácter político a determinadas formas de terrorismo internacional ciego, asimilándolas a los crímenes de guerra. Proponía en sus Resoluciones finales varias limitaciones a esto. Un amplio examen de dichas Resoluciones en Levasseur: *op. cit.*, págs. 92-94.

El I.H.L.A.D.I., aunque hasta ahora no ha tratado directamente el tema del terrorismo, ha adoptado una Resolución relacionada con éste: la del Congreso de México-Guanajuato de 1974 sobre *Medidas para la sanción de los actos ilícitos contra la navegación aérea*, basada en una notable Ponencia de los Drs. Tapia Salinas y Murillo Rubiera. *Vide* José Pérez Montero: *Tabla General de las Resoluciones y demás Acuerdos del I.H.L.A.D.I.*, Madrid, 1979, págs. 139- destacar es también que el Centro de Estudio y de investigación de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de la Academia de Derecho Internacional de La Haya se ocupa este año (1988) de los aspectos jurídicos del terrorismo internacional, bajo la dirección de los Profs. Drs. J.A. Frowein (para la lengua inglesa) y J.A. Carrillo Salcedo, para la lengua francesa. *Vide* también, por su importancia para este tema, los valiosos trabajos de este último autor en la *Encyclopedia of Public International Law* (que dirige Rudolf Bernhardt) sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el VI Coloquio Internacional acerca del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos organizado por la Secretaría General del Consejo de Europa en colaboración con las Universidades de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Sevilla, 13-16 de Noviembre de 1985) cuyas Actas ha publicado recientemente Martinus Nijhoff, entre otros estudios de dicho autor.

otro Estado o el hecho de que toleren las autoridades de un Estado actividades terroristas en otro Estado es un acto contra la paz y la seguridad de la humanidad y constituye, por tanto, una violación del Derecho Internacional, según lo dispuesto en el art. 1 (del Proyecto)" (83).

También se incluyen disposiciones contra el terrorismo en la "Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de la N.U.". En esta Declaración, que fue aprobada por la Asamblea General en la Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, se manifestaba que "todo Estado tiene el deber de evitar el organizar, instigar, ayudar o participar en actos de contiendas civiles o actividades terroristas en otro Estado o en permitir dichas actividades organizadas dentro de su territorio para cometer dichos actos cuando los mismos impliquen una amenaza o el uso de la fuerza". Y se añadía: "Ningún Estado puede emplear o fomentar el uso de medios económicos, políticos o de cualquier otra índole encaminados a coaccionar a otro Estado para obtener del mismo la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos o conseguir ventajas de cualquier tipo. Además ningún Estado deberá organizar, ayudar, fomentar, financiar, incitar o tolerar actividades subversivas, terroristas o armadas, cuyo objeto sea el derrocamiento violento del régimen de otro Estado, o intervenir en las luchas civiles que otro Estado sufra" (84). Otra Declaración análoga a ésta se contiene en la Resolución 2734 del 16 de diciembre de 1970 sobre fortalecimiento de la seguridad internacional (85).

Como indica Beirlaen (86), el incremento espectacular del terrorismo, puesto de manifiesto por las "mass media", ha desencadenado y acelerado una ofensiva diplomática y jurídica, contra esta especial manifestación de la violencia. Así,

(83) *Yearbook of the International Law Commission* 150 (1954).

(84) *Vide* el texto en la Ponencia de Marut Bunnag *cit. supra* nota 76, págs. 10-11.

(85) *Vide* Levasseur: *op. cit.*, pág. 85.

(86) Beirlaen: *Considérations sur la Prévention...* *cit. supra*, n° 22.

impresionado por el atentado terrorista contra los atletas israelitas en los Juegos Olímpicos de Munich en 1972, el entonces Secretario General de las N.U., el austriaco Kurt Waldheim, pidió a la Asamblea General, con el fin de aunar los esfuerzos de todos los Estados contra estos actos de violencia, que incluyera en el orden del día de su período de sesiones de aquel año el estudio de "medidas para evitar el terrorismo y otras formas de violencia que ponen en peligro vidas humanas de personas inocentes o acaban con ellas, o que ponen en peligro las libertades fundamentales".

En vista de ello, la Asamblea General incluyó el tema en su programa, pero en la forma siguiente: "Medidas para evitar el terrorismo, que pone en peligro vidas humanas de inocentes o acaba con ellas, o que pone en peligro las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de estas formas de terrorismo y de actos de violencia que tienen su origen en la desgracia, frustración, dolor y desesperación y que dan lugar a que algunas personas sacrifiquen vidas humanas, incluso la propia, para intentar lograr cambios radicales" (87).

Si la expresión de Waldheim ya era inaceptable, en cuanto restringía las medidas a los actos en que las víctimas fueran inocentes, introduciendo una inadmisibles y perturbadora distinción entre víctimas inocentes y víctimas culpables (con la que parecía aludir a las fuerzas armadas, dejándolas sin la protección necesaria contra el terrorismo), la expresión de las N.U. es todavía más inaceptable por involucrar dos cuestiones muy diferentes: la de las medidas preventivas (e incluso represivas) contra el terrorismo, que urge tomar, y la de las posibles causas subyacentes del mismo. Es más, se ponía el acento en estas últimas, desviando la atención sobre las medidas para contrarlarla en el estudio de las causas. Al respecto no deja de ser revelador que, como Bettati advierte (88), a la vista del texto francés de esta expresión de la Asamblea General, en ella, de un total de 68 palabras, sólo 21 se refieren

(87) *Vide* Llanos Mansilla: *op. cit.*, pág. 424.

(88) "Les Atermoiements de l'O.N.U." en *P.P.S.* 1975, pág. 32.

al interés de las víctimas, frente a 47 relativas a la existencia de causas atenuantes para los terroristas.

Incluida en el temario del XXVII período de sesiones la cuestión del terrorismo bajo dicho título, los Estados Unidos el 23 de octubre de 1972 presentaron un proyecto de Convenio para la prevención y la represión de ciertos actos de terrorismo internacional, cuyo art. 1 los define así: "Toda persona que, en condiciones ilícitas, mata a otra persona, le causa un daño corporal grave o la secuestra, intenta cometer tales actos o se hace cómplice de una persona que comete o intenta cometer dichos actos es culpable de una infracción de alcance internacional, si el acto: a) se realiza o produce sus efectos fuera del territorio del Estado de que es súbdito el presunto autor de la infracción. b) Se realiza o produce sus efectos: 1º) fuera del territorio del Estado contra el que el acto se comete; 2º) dentro del territorio del Estado contra el que el acto se comete sabiendo el presunto autor de la infracción o teniendo razones o motivos para saber que las personas contra la que el acto se comete no es súbdito de dicho Estado. c) No se comete por o contra un miembro de las fuerzas armadas de un Estado o durante el curso de las hostilidades. d) Tiene por objeto atacar contra los intereses u obtener concesiones de un Estado o de una Organización internacional" (89).

(89) *Vide* el texto íntegro de este documento en Marut Bunnag: *op. cit.*, págs. 16-24. La propuesta de Waldheim fue considerada por el pleno de la Asamblea General el 23 de septiembre de 1972. Antes de encomendarse su estudio a la VI Comisión, encargada de las cuestiones jurídicas, se hicieron dos enmiendas. A petición de Jamaica se suprimieron las palabras "otras formas de violencia" por 55 votos a favor, 27 en contra y 38 abstenciones, y a petición de la Arabia Saudita se añadieron las siguientes palabras, por 42 votos a favor, 35 en contra y 44 abstenciones: "y estudio de las causas subyacentes de estas formas de terrorismo y de actos de violencia que tienen su origen en la desgracia, frustración, dolor y desesperación y que dan lugar a que algunas personas sacrifiquen vidas humanas, incluso la propia, para intentar lograr cambios radicales".

Ya en la VI Comisión este asunto, se presentaron a la misma tres propuestas de Resolución. La primera, un proyecto de Resolución de los Estados Unidos (Doc. A/C.6/L. 851), instaba a los Estados a que ratificaran los Convenios de la O.A.C.I. de Tokio, La Haya y Montreal, y pedía la

La razón del fracaso de esta propuesta de los Estados Unidos está probablemente en el enfrentamiento dialéctico entre los Estados occidentales y los del Tercer Mundo, tanto en la Sexta Comisión como en la Asamblea General. Estos últimos insistieron en que se examinaran antes las causas subyacentes del terrorismo que las modalidades de represión de éste, sin duda temiendo que las medidas generales tomadas para evitarlo afectarían a los llamados "Movimientos de Liberación", que operaban en los territorios coloniales o en los ocupados.

Al finalizar aquel período de sesiones el 12 de diciembre de 1972 la Asamblea General, por Resolución 3034 (XXVII), convino, por 76 votos a favor, 34 en contra y 16 abstenciones, en el texto siguiente: "La Asamblea General: 1) *Expresa su profunda preocupación* por los actos de violencia cada vez más frecuentes que ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida o comprometen las libertades fundamentales; 2) *Insta* a los Estados a que consagren su atención a buscar soluciones justas y pacíficas a las causas subyacentes que dan origen a dichos actos de violencia; 3) *Reafirma* el derecho inalienable a la libertad y la independencia de todos los

celebración de una Conferencia de plenipotenciarios a principios de 1973 para considerar la adopción del citado Convenio para la prevención y la represión de ciertos actos del terrorismo internacional. La segunda propuesta (Doc. A/C.6/L. 879/Rev. 1) procedía de 14 Estados (Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Irán, Italia, Japón, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Nicaragua y Gran Bretaña) y pedía que la Asamblea General solicitara a la Comisión de Derecho Internacional que prepara un Convenio sobre medidas encaminadas a poner fin al terrorismo internacional, que habría de presentarse a la Asamblea General en 1973 y, después de dicha presentación, a la mayor brevedad posible, a una Conferencia de plenipotenciarios. El tercer proyecto de Resolución, llamado "Proyecto de 16 Estados" (Doc. A/C.6/L. 880/Rev.1), es decir, Afganistán, Argelia, Camerún, Chad, Congo, Guinea Ecuatorial, Guinea, Guyana, India, Kenia, Madagascar, Mali, Mauritania, Sudán, Yugoslavia y Zambia, instaba a la Asamblea General a que solicitara a los Estados que presentaran sus observaciones sobre el tema y estableciera un Comité "ad hoc", el cual examinaría dichas observaciones y daría cuenta del resultado de tal examen a la Asamblea General en su período de sesiones de 1973. Fue este tercer Proyecto de Resolución el que se adoptó por 76 votos a favor, 34 en contra y 16 abstenciones (*Ibid.* págs. 4-5).

pueblos que se encuentran bajo regímenes coloniales y racistas o bajo otras formas de dominación extranjera, y sostiene la legitimidad de su lucha, en particular la lucha de los "Movimientos de Liberación Nacional", de conformidad con los propósitos y principios de la Carta y las Resoluciones pertinentes de los órganos de las Naciones Unidas; 4) *Condena* la persistencia de los actos represivos y de terrorismo cometidos por regímenes coloniales, racistas y extranjeros al negar a los pueblos su legítimo derecho a la libre determinación y a la independencia y otros derechos y libertades fundamentales; 5) *Invita* a los Estados a que pasen a ser partes en las Convenciones internacionales existentes que se refieren a diversos aspectos del terrorismo internacional; 6) *Invita* a los Estados a que tomen las medidas apropiadas en el plano nacional con miras a lograr la eliminación pronta y definitiva del problema, teniendo presentes las disposiciones del párrafo 3 supra. 7) *Decide* establecer un Comete Especial sobre el Terrorismo Internacional integrado por 35 miembros, que nombrará el Presidente de la Asamblea General, teniendo presente el principio de la distribución geográfica equitativa" (90).

Contra lo que Waldheim habría supuesto, no se indicaba ninguna medida internacional para hacer frente al terrorismo *en general* y ni siquiera se le condenaba. En cambio se insistía, una vez más, en la legitimidad de los Movimientos de liberación nacional o contra regímenes coloniales o racistas o contra

(90) Esta Resolución está fechada el 18 de diciembre de 1972. Se pidió a los Estados que presentaran sus observaciones y propuestas al Secretario General a más tardar el 10 de abril de 1973. Es de advertir que el citado "Proyecto de 16 Estados" (*vide supra* nota 89) no condenaba al terrorismo y se limitaba a "instar a los Estados a que presten inmediata atención a los intentos de encontrar soluciones justas y pacíficas a las causas subyacentes que producen dichos actos de violencia..." Las reacciones a la aprobación de tal Proyecto de Resolución fueron muy distintas. Mustafá Kamil Yasseen, hablando en nombre de Irak, dijo que su país lo apoyaba porque "satisface la necesidad de un estudio ulterior de la cuestión y camina con cautela. Además hace hincapié sobre el derecho de autodeterminación". En cambio, el Asesor jurídico de la Gran Bretaña, John R. Freeland, manifestó que "cualquier voto que no recomendara medidas obligatorias contra el terrorismo no representaría la opinión más extendida en el mundo entero". (*Ibid.* pág. 6).

otras formas de dominación extranjera, cuando precisamente la mayoría de los atentados terroristas se cometen por hombres pertenecientes a tales Movimientos. La única novedad que contenía la Resolución la creación del Comete Especial sobre el terrorismo suponía la transferencia del estudio del problema a un nuevo órgano, puesto que la Sexta Comisión (a la que inicialmente lo había transferido la Asamblea General) había sido incapaz de resolverlo, pero con ello demostraba el estudio de una cuestión cuya solución es evidentemente acuciante.

El Comité sobre el terrorismo se reunió en 1973 y preparó un Informe para someterlo a la Asamblea General, la cual no lo examinó hasta 1976, limitándose, mediante Resolución 31/102, a invitar al Comete a proseguir sus trabajos. Este se reunió nuevamente en 1977 y en 1979 para presentar un nuevo informe a la Asamblea General, pero no se pudo poner de acuerdo ni sobre una definición de terrorismo internacional ni sobre sus causas. Al fin, en las reuniones que celebró este año 1979, del 19 de marzo al 12 de abril, logró elaborar, con éxito, un Informe definitivo que contenía una serie de recomendaciones para el XXXIV período de sesiones de la Asamblea General. He aquí la parte principal del texto de dicho documento:

"El Comité Especial, expresando su profunda preocupación por la persistencia de los actos de terrorismo internacional que ocasionan el sacrificio de vidas humanas inocentes, reconociendo la importancia de la cooperación internacional para evitar que sucedan dichos actos (...) recomienda lo siguiente:

- 1) La Asamblea General deberá condenar inequívocamente todos los actos de terrorismo internacional que ponen en peligro vidas humanas o causan su pérdida o comprometen las libertades fundamentales;
- 2) La Asamblea General deberá tomar nota del estudio de las causas subyacentes del terrorismo internacional contenido en el Informe del Comete Especial;
- 3) La Asamblea General deberá instar a todos los Estados a que unilateralmente y en cooperación con otros Estados, así como con los órganos competentes de las Naciones Unidas,

contribuyan a la gradual eliminación de las causas subyacentes del terrorismo internacional;

4) La Asamblea General deberá exhortar a todos los Estados a que cumplan con la obligación que les impone el Derecho Internacional de abstenerse de organizar o instigar actos de guerra civil o actos de terrorismo en otro Estado o de ayudar a cometerlos o participar en ellos, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos;

5) La Asamblea General deberá formular un llamamiento a todos los Estados que aún no lo hayan hecho a que pasen a ser partes en los convenios internacionales vigentes relativos a los diversos aspectos del terrorismo internacional, concretamente el Convenio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971 y la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973;

6) La Asamblea General deberá invitar a todos los Estados a que tomen en el plano nacional todas las medidas adecuadas tendientes a la rápida y definitiva eliminación del problema del terrorismo internacional, y consistentes, por ejemplo, en armonizar la legislación interna con los convenios internacionales, dar cumplimiento a las obligaciones que hayan asumido y evitar la preparación y organización en su propio territorio de actos dirigidos contra otros Estados;

7)

8) La Asamblea General deberá instar a los Estados a que cooperen mutuamente en forma más estrecha, especialmente mediante el intercambio de información pertinente relativa a la prevención del terrorismo internacional y la lucha contra él, la concertación de tratados especiales y/o la incorporación en tratados bilaterales apropiados de cláusulas especiales, en particular respecto de la extradición o el enjuiciamiento de terroristas internacionales;

9)

10) La Asamblea General deberá examinar la necesidad de elaborar uno o más Convenios internacionales basados, entre otras cosas, en el principio de la extradición o el enjuiciamiento, para luchar contra los actos de terrorismo internacional aún no comprendidos en otros Convenios internacionales análogos. A este respecto podría considerarse la inclusión, *mutatis mutandis*, de disposiciones similares de Convenios comparables relativos a esferas conexas, como la disposición del Proyecto de Convención contra la Toma de Rehenes que hace referencia al Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, respecto de los pueblos que luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas" (91).

La Asamblea General, mediante Resolución 34/145 (XXXIV), acogió favorablemente este Informe, aprobando sus recomendaciones relativas a las medidas prácticas de cooperación para la rápida eliminación del problema del terrorismo internacional y, además, decidió seguir considerando este tema en los siguientes períodos de sesiones. En consecuencia, la Asamblea General adoptó varias Resoluciones al respecto, tales como la muy importante de 19 de diciembre de 1983 (A/RES/38/130). En ellas se exhorta a los Estados miembros, entre otras cosas, a que contribuyan a la eliminación progresiva de las causas del terrorismo, a que tomen medidas a nivel nacional para evitar este problema, a que se abstengan de toda forma de tolerancia estatal respecto de los terroristas y de ayudarles, a que consideren la ratificación de los Convenios internacionales ya existentes relativos a varios aspectos del terrorismo y a que incrementen, en la práctica, la cooperación, de acuerdo con las recomendaciones del Comité "ad hoc" (92).

(91) Sobre la importancia de esta cita del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para privar de toda eficacia cualquier Convenio contra el terrorismo vide Labayle: *op. cit.*, pág. 123.

(92) *General Report* de Kurt Rebmann *cit.*, pág. 6.

Mayores progresos, aunque siempre muy limitados, se consiguieron en el XXXVI período de sesiones de la Asamblea General el año 1985. Entre todas las cuestiones que figuraban ese año en el orden del día de la Sexta Comisión, la que suscitó mayor interés de los medios de comunicación y de la opinión pública fue la del terrorismo. Recientes el atentado terrorista al "Achille Lauro" (92 bis) -en el que pereció un súbdito de los Estados Unidos- y el asesinato de un diplomático soviético en Beirut, los ánimos estaban bien dispuestos para la condena rotunda de tales crímenes. Sin embargo, en la Comisión, una vez más, resurgieron las discrepancias de puntos de vista a las que antes nos hemos referido: de una parte, los Delegados de los Estados de influencia soviética y la mayoría de los Delegados de los países no alineados insistían en que se estudiara el problema en su conjunto, incluyendo sus causas subyacentes (principalmente sus causas políticas) y subrayando las relativas a la dominación extranjera, al colonialismo, al racismo, a la pobreza, etc.; mientras que, de otra parte, los Delegados de los Estados occidentales consideraban necesario adoptar medidas concretas para limitar el fenómeno, aunque no se hubiera llegado todavía a precisar y a eliminar sus causas. Por otra parte las Delegaciones del primer grupo consideraban que el término "terrorismo" abarcaba la conducta de los Estados y, en cambio, las del segundo grupo tenían un concepto más limitado del mismo, estimando como terroristas sólo a los individuos y a los grupos, pues la violencia estatal no procedía del terrorismo sino de otras causas que tenían su lugar adecuado de estudio en otros capítulos del Derecho Internacional.

No obstante, los debates no alcanzaron el grado de enfrentamiento que otras veces, cuando algunos Delegados de países no alineados se expresaron en términos exculpatórios para los terroristas, no ocultando sus simpatías por ello. A este respecto es de recordar la sorprendente y alarmante petición

(92 bis) Vide sobre este atentado: J.P. Pancracio: "L'affaire de l'Achille Lauro et le Droit international", en *AFDI*, vol. XXXI (1985), págs. 221 y ss. Sobre otro atentado terrorista célebre vide E. Sauvignon: "L'affaire des otages américains à Beyrouth" (*Ibid.*, págs. 237 y ss.).

del Delegado de Uruguay a la Secretaría General, advirtiendo la posible existencia de terroristas dentro de la propia O.N.U. "Exhortar a la Secretaría General decía dicho Delegado a que refuerce y haga más eficaces las medidas actuales para controlar el acceso a las distintas dependencias de la N.U. de elementos terroristas y, en especial, en aquellas reuniones en las que se traten temas que estén directamente relacionados con las consecuencias de los actos perpetrados por éstos en los países donde los mismos actuaron" (93).

En un ambiente más distendido que otros años, en los debates se mostró el deseo real de todos de hacer cuanto fuera posible jurídicamente para proteger a los inocentes contra el flagelo del terrorismo. Muchos Delegados recordaron a este respecto que cinco Convenios (94) estaban en vigor en materia de terrorismo e invitaron a los Estados aún no ratificantes a que los ratificaran, e insistieron sobre la necesidad de que las obligaciones impuestas por tales Convenios, especialmente la de enjuiciar a los terroristas o conceder su extradición ("aut dedere aut judicare"), fueran escrupulosamente cumplidas.

El Presidente de la Sexta Comisión tomó la iniciativa de hacer consultas oficiosas para aproximar las tendencias de tres Proyectos de Resolución presentados: el primero, por un grupo de países occidentales; el segundo, por Colombia; y el tercero, por Cuba y algunas otras Delegaciones. Merced a tales consultas, se consiguió redactar un texto único que pareció tener el apoyo de todos. Sin embargo, en el último momento, la Delegación cubana anunció que no podía adherirse al mismo y emitió un voto negativo, lo que llevó a Israel y a Burkina Faso a abstenerse. De advertir es que, no obstante, cuando el proyecto fue sometido a la Asamblea General en sesión plenaria, Cuba no se opuso a él ni emitió voto alguno al respecto.

(93) Hugo Llanos Mansilla: *op. cit.*, pág. 457. El documento de trabajo donde se dice esto es el A/AC.160/WG/R5.

(94) Vide *AFDI*, vol. XXXI (1985), pág. 580.

El Proyecto de Resolución, que se ha convertido en la Resolución 40/61, constituye un jalón importante en la historia de los esfuerzos desplegados por la O.N.U. para frenar el terrorismo internacional. Por ello, lo transcribimos íntegro a continuación.

"La Asamblea General,

1) *Condema inequívocamente* como criminales todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, dondequiera que se produzcan y cualesquiera que sean sus autores, principalmente los que comprometan las relaciones amistosas entre los Estados y la seguridad de éstos.

2) *Deplora profundamente* la pérdida de inocentes vidas humanas que provocan estos actos de terrorismo.

3) *Deplora igualmente* el efecto pernicioso de los actos de terrorismo internacional sobre las relaciones de cooperación entre los Estados, principalmente la cooperación para el desarrollo.

4) *Insta* a todos los Estados que no lo han hecho todavía a que consideren el llegar a ser partes en los Convenios internacionales existentes relativos a diversos aspectos del terrorismo internacional.

5) *Invita* a todos los Estados a tomar todas las medidas apropiadas en el plano nacional para la eliminación rápida y definitiva del problema del terrorismo internacional. Por ejemplo, armonizando la legislación nacional con los Convenios internacionales vigentes, cumpliendo las obligaciones internacionales que han contraído y previniendo la preparación y organización en su territorio de actos contra otros Estados.

6) *Pide* a todos los Estados que cumplan la obligación que tienen, en virtud del Derecho Internacional, de abstenerse de organizar o de fomentar actos de terrorismo en otros Estados, de ayudar a ellos o de participar en los mismos o de tolerar en su territorio actividades organizadas para la ejecución de tales actos.

7) *Pide encarecidamente* a todos los Estados que no permitan que ninguna circunstancia obstaculice la aplicación de las medidas apropiadas de ejecución de las leyes previstas en los Convenios pertinentes en los que son partes a las personas que cometan actos de terrorismo internacional contemplados por estos Convenios.

8) *Pide asimismo encarecidamente* a todos los Estados que cooperen más estrechamente, principalmente intercambiándose las informaciones pertinentes relativas a las medidas adecuadas para prevenir y combatir el terrorismo, deteniendo y juzgando a los autores de tales actos o concediendo su extradición, concluyendo tratados especiales o incorporando a los tratados bilaterales correspondientes cláusulas especiales referentes, en particular, a la extradición o al enjuiciamiento de los terroristas.

9) *Pide además encarecidamente* a todos los Estados unilateralmente y en colaboración con otros Estados, así como a los Organos competentes de la O.N.U., que contribuyan a la eliminación progresiva de las causas subyacentes del terrorismo internacional y que presten especial atención a todas las situaciones (principalmente el colonialismo, el racismo, las situaciones que tienen su origen en violaciones masivas y flagrantes de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y las relativas a la ocupación extranjera) que puedan suscitar actos de terrorismo internacional y comprometan la paz y la seguridad internacionales.

10) *Exhorta* a todos los Estados a que respeten y a que apliquen las recomendaciones formuladas por el Comité especial del terrorismo internacional en el Informe que ha presentado a la Asamblea General en su XXXIV período de sesiones.

11) *Exhorta igualmente* a todos los Estados a que tomen todas las medidas apropiadas recomendadas por la Organización de la Aviación Civil Internacional y previstas en los Convenios internacionales correspondientes para prevenir las agresiones terroristas contra la aviación civil y demás medios de transporte público.

12) *Anima* a la Organización de la Aviación Civil Internacional a proseguir sus esfuerzos para que se acepten y respeten rigurosamente por todos los países los Convenios internacionales sobre seguridad aérea.

13) *Ruega* a la Organización Marítima Internacional que estudie el problema del terrorismo ejercido a bordo de barcos o contra barcos, con el fin de formular recomendaciones sobre las medidas que habrían de tomarse al respecto.

14) *Ruega* al Secretario General que vele, según lo estime conveniente, por la aplicación de la presente Resolución y que informe sobre ello a la Asamblea General en su XLII período de sesiones.

15) *Decide* inscribir la cuestión en el orden del día provisional de su XLII período de sesiones."

Esta Resolución marca la culminación, por ahora, de los esfuerzos realizados en la O.N.U. contra el terrorismo considerado globalmente. Es poco, pero es algo. El Convenio internacional contra el terrorismo en general sigue siendo sólo una aspiración. La razón principal de este fracaso -o, si se prefiere, de este escaso éxito- se debe principalmente a las opiniones antagónicas que el respecto mantienen intransigentemente los Estados en la Organización, haciendo infructuosos sus trabajos, según hemos visto ya.

Otra dificultad para la solución del problema en la O.N.U. es la de la dispersión de su estudio entre muchos de sus Organos, no siempre bien coordinados entre sí. Así, se han ocupado en él, la Comisión de Derecho Internacional (95), la Sexta Comisión (96), el Comité especial sobre el terrorismo

(95) Cuando la elaboración del texto de 1973 que le fue encargada.

(96) Como hemos visto *supra* párrafo 2.2.3.1. y notas 89 y 90, o a propósito de la seguridad de las misiones diplomáticas, del empleo de la fuerza o de la descolonización, materias todas ellas relacionadas más o menos directamente con el tema del terrorismo, *Vide AFDI*, vol. XXXI (1985), págs. 571, 573, 580 y 589.

(97), el Comité encargado de la preparación del Convenio contra la toma de rehenes (98), y el Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (99). Añadamos a éstos los trabajos para la definición de agresión y para la de los principios que rigen las relaciones de amistad entre los pueblos, o los de la Sexta Comisión relativos a la seguridad de las misiones diplomáticas, al empleo de la fuerza descolonización (100), y las muchas condenas formuladas por distintos Organos contra los actos de terrorismo. Por ejemplo, por citar una bien rotunda y significativa, la todavía reciente del Consejo de Seguridad de 18 de diciembre de 1985 (101). Este tratamiento desordenado e inconexo del problema dificulta su solución y ha dado lugar a equívocos y a errores de vocabulario y a que, al carecer de una definición única, clara y precisa sobre el terrorismo, se hayan calificado como terroristas actos que evidentemente no lo eran (102).

Pero la gran dificultad para la adopción de medidas en la O.N.U. contra el terrorismo no es ni técnica ni jurídica sino eminentemente política, como lo dicho en los párrafos precedentes demuestra. De ahí, principalmente, el fracaso de sus trabajos hasta ahora.

2.2.3.2.-Los Convenios contra aspectos parciales del terrorismo.

Aunque la O.N.U. no ha conseguido llegar a un Convenio internacional contra el terrorismo considerado globalmente, en cambio sí ha tenido más éxito en cuanto a aspectos parciales del mismo, pues cinco Convenios referentes a éstos están ya en vigor: el relativo a las infracciones y a ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14

(97) *Vide* lo dicho *supra* párrafo 2.2.3.1. *Vide* principalmente el documento presentado en el XXXIV Período de Sesiones de la Asamblea General: *Documentos oficiales de la Asamblea General*, Suplemento nº 37.

(98) Doc. A/34/39, a los que hay que añadir los de los grupos de trabajo constituidos. *Vide* A/33/39.

(99) *Vide* J. Dehaussy: «Travaux de la Commission du Droit International», en *AFDI*, vol. XXXI (1985), págs. 610 y ss.

(100) *Vide supra* nota nº 96.

(101) Doc. S/RES/579.

(102) *Vide* Labayle: *op. cit.* pág. 116

de septiembre de 1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en la Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; el Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, firmado en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; y el Convenio internacional contra la toma de rehenes, adoptado por la Asamblea General de las N.U. el 17 de diciembre de 1979 y firmado en Nueva York el 18 de diciembre del mismo año.

Los tres Convenios primeramente citados se deben a la O.A.C.I. Cada uno de ellos, como sus respectivos nombres indican, se refiere a un objetivo diferente, aunque todos ellos tendentes a que la navegación aérea se efectúe con la seguridad necesaria, sin la que resulta imposible que cumpla su misión.

El Convenio de Tokio tiene un carácter principalmente preventivo. Con él se pretende evitar la comisión de delitos y, si se cometen, adoptar las medidas precisas para el enjuiciamiento y sanción de sus autores. Aquí nos interesa destacar su art. 11, redactado en los siguientes términos:

"1. Cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo Comandante de la aeronave recobre o mantenga su control. 2. En los casos previstos en el párrafo anterior el Estado Contratante en que aterrice la aeronave permitirá que sus pasajeros y tripulantes continúen su viaje lo antes posible y devolverá la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores".

"De todos los preceptos del Convenio de Tokio -escribe el Dr. Mapelli-, éste, referente al llamado apoderamiento ilícito de aeronave, ha sido el más conflictivo y, desde luego, el que mayor atención ha suscitado por parte de los tratadistas y estudiosos. Los hechos acaecidos, sujetando las aeronaves al control de los delincuentes con gravísima perturbación para

la comunicación entre los pueblos, determinó que este solo precepto -el artículo 11 del Convenio de Tokio- se estimase insuficiente y casi diríamos que inoperante y, en consecuencia, se ultimase un Convenio, el de la Haya de 6 de diciembre de 1970" (103).

Ya antes, la Asamblea general extraordinaria de la O.A.C.I., celebrada en Montreal en junio de 1970, trató de la cuestión que ahora nos ocupa. Su Resolución principal (la llamada A 17-1, XVII) dice así: "La XVII Asamblea: 1) Deplora los actos que minan la confianza que los pueblos del mundo ponen en los transportes aéreos. 2) Expresa su disgusto ante la pérdida de vidas humanas ocasionada por tales actos y por el perjuicio y el daño que causan a importantes recursos económicos. 3) Condena todos los actos de violencia que puedan cometerse contra las aeronaves empleadas en el transporte civil internacional, sus equipajes y sus pasajeros, el personal de la aviación civil y las instalaciones militares para el transporte aéreo civil internacional. 4) Reconoce la necesidad urgente de un acuerdo general de los Estados para realizar una amplia cooperación internacional en interés de la seguridad del transporte aéreo civil internacional. 5) Pide una acción concertada por parte de los Estados para poner fin a todos los actos que comprometan el desarrollo seguro y ordenado del transporte aéreo civil internacional" (104).

Resoluciones parecidas se adoptaron: 1) Tras nuevas Asambleas de la O.A.C.I. o por su Consejo. 2) Por el Consejo de Seguridad (Resolución del 9 de septiembre de 1979, en el asunto de Zarka, y del 20 de junio de 1972, etc.) y por la Asamblea General (Resoluciones del 12 de diciembre de 1969, 28 de noviembre de 1970, etc.). 3) Por la Asamblea o el

(103) Vide este texto en: Enrique Mapelli: *Comentarios al Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963. Facultades del Comandante de Aeronave*, Madrid, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, 1986, pág. 119, y el comentario correspondiente, págs. 119-127. Vide también la excelente obra de este autor citada *supra* nota 68, y Guillaume: *op. cit. supra* notas 5 y 57, págs. 26-27.

(104) Guillaume: *ibíd.* págs. 14-15.

Comité de Ministros de Consejo de Europa (Resolución 599, de 1970 y Resolución CM-70-2 del Consejo), etc. (105).

Tales condenas y recomendaciones dieron lugar a la elaboración de los citados Convenios de la Haya y de Montreal. "El de la Haya —dice el Dr. Mapelli— se produce como consecuencia de la extendida alarma que en todos los ámbitos producen los actos mal llamados de piratería y que el Convenio denomina como de "apoderamiento ilícito de aeronaves". A pesar de las previsiones del Convenio y del muy extendido ámbito de su contratación, estos hechos no han concluido y, por desgracia, continúan produciéndose aún después de su entrada en vigor. Con el tercero de los Convenios, el de Montreal de 1971, se pretende cerrar el ciclo protector, en el ámbito internacional, de la aviación civil, ciclo que (...) queda incompleto" (106).

Estos Convenios el de La Haya y el de Montreal tienen carácter esencialmente represivo, pero ambos contienen alguna disposición sobre la prevención de la desviación de la aeronave y sobre los actos terroristas. Así, por ejemplo, los arts. 10.1 y 12 del de Montreal (107)

El de La Haya, que consta de catorce artículos, define el delito de apoderamiento ilícito de aeronave como el contenido por "toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo: a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer cualquiera de tales actos. b) Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos". El art. 2

(105) *Ibid.*, pág. 15.

(106) *Comentarios al Convenio de Tokio...* cit. *supra* nota 103, pág. 18.

(107) "Los Estados Contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el Derecho Internacional y sus propias Leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el art. 1º" (art. 10.1).

"Todo Estado Contratante que tenga razones para creer que se vaya a cometer un delito previsto en el art. 1º, suministrará, de acuerdo con su Ley nacional, toda la información pertinente de que disponga a los demás Estados que, en su opinión, sean los mencionados en el párrafo 1 del art. 5º" (art. 12).

dispone que "los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas". El art. 3 puntualiza que, a los fines del Convenio, "se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarco. En caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo". Las restantes disposiciones tienden a evitar que estos delitos queden impunes, cuidándose de que su autor o autores sean juzgados siempre y dando las oportunas normas sobre su extradición. Además, en el art. 9, se dice que, cuando dichos actos se realicen "o sea inminente su realización, los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo Comandante de la aeronave recobre o mantenga su control." En estos casos, "cada Estado Contratante en cuyo territorio se encuentren la aeronave o los pasajeros o la tripulación facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores".

El Convenio de Montreal comprende dieciséis artículos, muchos de los cuales son copia "mutatis mutandis" de los del Convenio de La Haya. El art. 1 del de Montreal dice que: "1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave. b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo. c) Coloque o haga colocar en una aeronave un servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo. d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo. e) Comunique a sabiendas, informe falsos, poniendo con ello en peligro la

seguridad de una aeronave en vuelo 2) Igualmente comete un delito toda persona que: a) Intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo. b) Sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos". El art. 2, tras puntualizar en los mismos términos que el Convenio de La Haya cuándo se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo, determina también lo que ha de considerarse como "aeronave en servicio", diciendo que éste comprende desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo hasta 24 horas después de cualquier aterrizaje. Y añade: "El período en servicio se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo en que la aeronave se encuentre en vuelo". Lo mismo que en el Convenio de La Haya, sus disposiciones tienden a que los delitos a que se refiere no queden impunes, aplicando, en consecuencia, el principio "aut dedere aut judicare" a los delincuentes y procurando la mayor cooperación internacional posible para la persecución y enjuiciamiento de éstos.

Aunque el art. 10.1 dice que "los Estados Contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el Derecho Internacional y sus propias Leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos a los que se refiere el Convenio", no determina cuales pueden ser tales medidas. Habrá, pues, que concretarlas. Dos tipos de acción preventiva pueden considerarse: 1) Prohibir el acceso a las aeronaves, incluso a los aeródromos, de presuntos delincuentes. 2) Oponerse a ellos cuando vayan a cometer el delito. Lo primero plantea difíciles problemas, ya que exige una colaboración internacional para evitar que las precauciones tomadas en un Estado resulten de hecho ineficaces por falta de precauciones en otros países. Supone además la inspección, registro y cacheo de los pasajeros, de sus equipajes y de los paquetes que transporten. Da lugar, por ello, a graves cuestiones jurídicas, administrativas, comerciales y financieras. Pero el segundo método (la acción contra el delincuente cuando va a cometer o comete el delito a bordo de la aeronave) origina dificultades todavía mayores, sobre todo cuando el avión ya está en vuelo. Exige la presencia en éste de policías armados y, además, implica la ejecución durante el vuelo de acciones de fuerza que pueden poner en peligro la seguridad del avión y de sus

ocupantes. No se ha llegado a ningún acuerdo en cuanto al segundo método y, en consecuencia la O.A.C.I. se ha limitado a recomendar la generalización de las medidas preventivas en los aeropuertos, independientemente de los métodos seguidos por algunos Estados en su lucha contra los mal llamados "secuestros aéreos" y la desviación ilícita de las aeronaves. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en caso de conseguir sus propósitos el delincuente, puede utilizar la aeronave no sólo como medio de acción sino incluso como instrumento de huida. De ahí que se imponga la necesidad de una represión organizada y generalizada que lleve a la desaparición de todo refugio para los delincuentes (108).

Los Convenios de La Haya y de Montreal y los acuerdos bilaterales que se han concluido siguiendo el modelo de los mismos han supuesto un claro progreso en la lucha para conseguir la seguridad de la aviación civil. Han llevado a la mayor parte de los Estados a elaborar una adecuada legislación represiva de tales actos, han permitido la detención y la extradición de los mencionados delincuentes lo más a menudo terroristas en muchos Estados y, sobre todo, han contribuido a crear un estado de opinión desfavorable a este tipo de criminalidad. Pero a pesar de ello y de los grandes esfuerzos de la O.A.C.I. para acabar con tales actividades terroristas, no se ha logrado todavía un complejo Derecho particular de las relaciones entre los Estados para regular y resolver las dificultades originadas por los atentados a la seguridad de la aviación civil. Por tanto, en esto siguen aplicándose las reglas generales del Derecho Internacional, en defecto de dicho Derecho Internacional particular (109).

De señalar es también que muchos Estados, no deseosos de acoger en su territorio a estos delincuentes y de tomar medidas contra ellos (ante el riesgo de provocar así nuevos actos terroristas), han hecho, en ciertas circunstancias, todo lo posible para que el apoderamiento ilícito no concluyera con

(108) *Vide* Guillaume: *op. cit.*, págs. 16 y 24; R.H. Mankiewicz: "La Convention de Montreal pour la Répression d'Actes Illicites dirigés contre la Sécurité de l'Aviation Civile", en *AFDI*, 1971, pág. 855.

(109) *Ibid.* págs. 46 y 52.).

la detención del terrorista en su propio territorio. De ahí que los aviones "secuestrados" busquen en vano muchas veces un lugar de aterrizaje, corriendo así grave peligro la aeronave y sus ocupantes. Ha sido necesario que los diplomáticos, los políticos y otras personas se afanaran por encontrar un refugio para tales aviones y, a veces, incluso, para los delincuentes que se hallasen a bordo de los mismos, solución evidentemente insatisfactoria.

En fin, los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal no han sido suficientes para que la seguridad de la navegación aérea se consiga en la forma deseable. La razón de ello está principalmente aparte lo ya dicho en que algunos Estados no son todavía partes en estos Convenios y en que otros, aun siéndolo, no han cumplido sus normas debidamente (110).

Para remediar, en lo posible, esto, un cuarto Convenio se ha preparado, pero sin que, por desgracia, pasara de proyecto hasta ahora (111).

(110) Mapelli: *op. cit. supra* nota 106, pág. 18.

(111) Es de destacar, por su importancia, la condición establecida en el art. 6 de los Convenios de La Haya y de Montreal (también incluida en el art. 6 del Convenio sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, y en el art. 6 del Convenio internacional contra la toma de rehenes): "Todo Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el delincuente o el presunto delincuente, si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia" (El subrayado es nuestro). Tal condición introduce un elemento de subjetividad (incluso de arbitrariedad) en la aplicación del precepto que le priva de seguridad y, en ciertas circunstancias, puede hacerlo ineficaz. Véase al respecto Labayle: *op. cit.*, pág. 123.

Conviene advertir además que ni el Convenio de La Haya ni el de Montreal son aplicables a los casos de violencia en los aeropuertos, a pesar de que los atentados en éstos, por lo general terroristas, son relativamente frecuentes. Para remediar tal situación, haciendo el Convenio de Montreal más operativo y cubriendo dicha laguna, la Conferencia Diplomática sobre Derecho Aéreo celebrada del 19 al 24 de febrero de 1988 en Montreal ha concluido un Protocolo Adicional y Complementario al citado Convenio de Montreal, cuyo texto todavía desconocemos, el cual ha sido preparado utilizando el Proyecto de Protocolo al efecto elaborado por el Comité Jurídico de la O.A.C.I. Sobre este último véase el documentado estudio del Profesor argentino Héctor A. Perucchi, que participó activa y decisivamente

El Convenio o Convención como lo denomina el texto oficial sobre la prevención y el castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, se adoptó por la Resolución 3166 (XXVIII) de la Asamblea General de las N.U. de 14 de diciembre de 1973. En virtud de la cual:

"La Asamblea General,

Considerando que la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional contribuye a la realización de los propósitos y principios enunciados en los arts. 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

Recordando que, en respuesta a la solicitud formulada en la Resolución 2780 (XXVI) de la Asamblea General de fecha 3 de diciembre de 1971, la Comisión de Derecho Internacional, en su 24 período de sesiones, estudió la cuestión de la protección e inviolabilidad de los Agentes Diplomáticos y de otras personas con derecho a protección especial de conformidad con el Derecho Internacional y preparó un Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra dichas personas,

Habiendo examinado el Proyecto de artículo, así como las observaciones y los comentarios al respecto presentados por los Estados, los Organismos especializados y las Organizaciones intergubernamentales en respuesta a la invitación formulada en la Resolución 2926 (XXVII) de la Asamblea General de fecha 28 de noviembre de 1972,

Convencida de la importancia de lograr un acuerdo internacional sobre medidas adecuadas y eficaces para la prevención y el castigo de los delitos contra los Agentes Diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, en vista de la grave amenaza al mantenimiento y fomento de relaciones amistosas y de la cooperación entre los Estados creada por la comisión de tales delitos.

te en los trabajos que dieron como fruto el citado Proyecto: "La Violencia en los Aeropuertos", en *Revista Nacional de Derecho Aeronáutico y del Espacio*, nº 1, 1^{er} semestre de 1987, Buenos Aires, págs. 45-67.).

Habiendo elaborado con ese propósito las disposiciones que figuran en la Convención contenida en el anexo a la presente Resolución.

1. *Adopta* la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, contenida en el anexo a la presente Resolución.

2. *Vuelve a subrayar* la gran importancia de las normas de Derecho Internacional referentes a la inviolabilidad de las personas internacionalmente protegidas, así como a la protección especial que debe otorgárseles, y la obligación de los Estados al respecto;

3. *Considera* que la Convención que figura en el anexo de esta Resolución permitirá que los Estados cumplan sus obligaciones más eficazmente;

4. *Reconoce* asimismo que las disposiciones de la Convención contenida en el anexo de esta Resolución en ningún caso podría comprometer el ejercicio del legítimo derecho de libre determinación e independencia con arreglo a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, por los pueblos que luchan contra el colonialismo, la dominación extranjera, la ocupación extranjera, la discriminación racial y el "apartheid";

5. *Invita* a los Estados a hacerse partes en la Convención adjunta;

6. *Decide* que la presente Resolución, cuyas disposiciones se relacionan con la Convención adjunta, se publicará siempre junto con ésta."

El Convenio — que, según el nº 6 de la transcrita Resolución, debe ir unido inseparablemente a ella hasta el extremo de que, por su relación con la misma, puede incluso conside-

rarse como parte integrante de ella (112) — consta de veinte artículos y un preámbulo y entró en vigor el 20 de febrero de 1977.

En el Preámbulo se dice que los "los Estados partes en la Convención, teniendo en cuenta los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz internacional y al fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados; considerando que los delitos contra los Agentes Diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas al poner en peligro la seguridad de esas personas crean una serie amenaza para el mantenimiento de relaciones internacionales normales, que son necesarias para la cooperación entre los Estados; estimando que la comisión de esos delitos es motivo de grave preocupación para la Comunidad internacional; convencidos de que existe una necesidad urgente de adoptar medidas apropiadas y eficaces para la prevención y el castigo de esos delitos, han convenido en lo siguiente". A continuación viene ya el articulado del Convenio.

Los dos artículos iniciales se dedican principalmente a definir los conceptos. "Para los efectos de la presente Convención -dice el art. 1- se entiende por "persona internacionalmente protegida": a) Un Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado, cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, cumpla las funciones de Jefe de Estado; un Jefe de Gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen. b) Cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado, o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una Organización intergubernamental que, en el momento y en lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su resistencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al

(112) *Vide* al respecto la reserva formulada por Irak al adherirse al Convenio redactada en los siguientes términos: "La Resolución de la Asamblea General de las N.U. en que se halla incluido el Convenio [...] ha de considerarse para integrante del mismo."

Derecho Internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa. Se entiende por "presunto culpable" la persona respecto de quien existan suficientes elementos de prueba para determinar "prima facie" que ha cometido o participado en uno o más de los delitos previstos en el artículo 2". Y el art. 2 determina. "1. Serán calificados por cada Estado parte, como delitos en su legislación interna, cuando se realicen internacionalmente: a) La comisión de un homicidio, secuestro y otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida; b) La comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad; c) La amenaza de cometer tal atentado; d) La tentativa de cometer tal atentado, y e) La complicidad en tal atentado. 2. Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos. 3. Los dos párrafos que anteceden no afectan en forma alguna las obligaciones que tienen los Estados partes, en virtud del Derecho Internacional, de adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir otros atentados contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida."

El restante articulado da las normas e indica las medidas que deben tomarse para conseguir, en lo posible, que, respecto de los delitos a los que se refiere el Convenio, el principio "aut dedere aut judicare" se aplique rigurosamente, evitando que queden impunes. Las reglas, en general, son claras y contribuyen a reforzar la cooperación internacional al respecto. Muy importantes, entre ellas, las dadas en el párrafo primero del art. 6, a pesar de su carácter condicional ("si el Estado considera que las circunstancias lo justifican") -que, en definitiva, deja al arbitrio de los Estados su aplicación en cada caso concreto (113)-, así como de la ambigüedad del término "adecuadas" en él empleado. "Si considera que las circunstan-

(113) *Vide supra* nota 111.

cias lo justifican, -tales son los términos del mencionado párrafo- el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable adoptará las medidas adecuadas conforme a su legislación interna para asegurar su presencia a los fines de su proceso o extradición. Tales medidas serán notificadas sin demora, directamente o a través del Secretario General de las Naciones Unidas: a) Al Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito; b) Al Estado o los Estados de que sea nacional el presunto culpable o, si éste es apátrida, al Estado en cuyo territorio resida permanentemente; c) Al Estado de que sea nacional la persona internacionalmente protegida de que se trate, o en cuyo nombre ejercía sus funciones; d) A todos los demás Estados interesados, y e) A la Organización intergubernamental de la que sea funcionario, personalidad oficial o agente, la persona internacionalmente protegida de que se trate.

Digno de transcribir también el art. 4, por su carácter preventivo y no meramente represivo y por la importancia de lo que en él se dispone con bastante precisión, no obstante la inevitable ambigüedad de algunos de sus términos y expresiones ("medidas factibles", "según convenga"). Su texto es éste: "Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio. b) Intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según convenga, para impedir que se cometan esos delitos".

El art. 12, sin duda introducido por presión de los Estados iberoamericanos, establece una peligrosa excepción a lo prescrito en el Convenio, que puede hacerlo inaplicable en muchos casos: "Las disposiciones de esta Convención -dice- no afectarán a la aplicación de los Tratados sobre Asilo vigentes en la fecha de la adopción de esta Convención en lo que concierne a los Estados que son partes de esos Tratados; pero un Estado parte de esta Convención no podrá invocar esos Tratados con respecto de otro Estado parte de esta Convención que no es parte de esos Tratados".

De destacar es también el controvertido art. 13, cuyo tenor es el siguiente: "1) Toda controversia que surja entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte. 2) Todo Estado parte, en el momento de la firma o ratificación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo anterior. Los demás Estados partes no estarán obligados por el párrafo anterior ante ningún Estado parte que haya formulado esa reserva. 3) Todo Estado parte que haya formulado la reserva prevista en el párrafo anterior podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas." La posibilidad de reserva, conforme al párrafo dos de este artículo, si bien presentaba la ventaja de que firmaran y ratificaran o se adhirieran al Convenio muchos Estados que no lo hubieran hecho si no se hubiera formulado tal salvedad, tenía el inconveniente de que serían también muchos los que, invocando dicho párrafo, se sustraieran a importantes obligaciones impuestas por el Convenio, haciéndolo en ciertos supuestos inoperante. ¿Cómo resolver, al margen de lo establecido en el párrafo primero del mencionado art. 13, las controversias a las que él mismo se refiere? Parece muy difícil, e incluso imposible, una solución en estos casos, una vez fracasadas las negociaciones previas, sin seguir el procedimiento indicado en tal párrafo, al menos parcialmente. Y, en efecto, han sido muchos los Estados que han formulado tal reserva: Argentina, Bulgaria, Checoslovaquia, Ecuador, El Salvador, Ghana, Hungría, India, Irak, Israel, Jamaica, Malawi, Mongolia, Pakistán, Perú, Polonia, República Democrática Alemana, República Popular Democrática de Corea, Bielorrusia, Ucrania, Rumania, Trinidad y Tobago, U.R.S.S., y Zaire.

En suma, la eficacia de este Convenio es más aparente que real por las siguientes razones "inter alia": 1) A pesar de la

claridad de muchas de sus normas, no está exento de ambigüedades e imprecisiones e, incluso, de anfibologías. 2) Hasta ahora no ha sido ratificado por muchos Estados, algunos importantes (Francia, por ejemplo, ni siquiera lo ha firmado ni se ha adherido a él), aunque sea elevado el número de los Estados firmantes o adheridos. 3) Son también muchos los Estados que han formulado reservas al mismo. En algún caso la reserva invalida la firma o la adhesión por efectar a partes sustanciales del Convenio. Así Burundi declaró al adherirse: "Respecto de los casos en que los pretendidos delincuentes pertenezcan a un movimiento de liberación nacional reconocido por Burundi o por una Organización internacional de que Burundi sea miembro, y sus acciones sean parte de su lucha por la liberación, el Gobierno de la República de Burundi se reserva el derecho de no aplicarles las disposiciones del art. 2, párrafo 2, y del art. 6, párrafo primero". Tal declaración motivó que Gran Bretaña la objetara manifestando (15 de enero de 1982) que la estimaba "incompatible con el objeto y propósito del Convenio y que, por tanto, no podía considerar que Burundi haya accedido válidamente al mismo mientras no retire dicha reserva". Y, en iguales o parecidos términos, se expresaron también en sendas declaraciones la República Federal de Alemania (3 de octubre de 1983), Israel (28 de junio de 1982) e Italia (30 de agosto de 1985) (114). 4) La conexión existente entre el Convenio y el punto 4 de las antes transcrita Resolución 3166 (XXVIII) de la Asamblea General ("las disposiciones del Convenio, en ningún caso podrán comprometer el ejercicio del legítimo derecho de libre determinación e independencia (...) por los pueblos que luchan contra el colonialismo, la dominación extranjera, la ocupación extranjera, la discriminación racial y el "apartheid") hace ineficaces sus disposiciones en la inmensa mayoría de los casos de terrorismo, como Labayle lo ha puesto de manifiesto muy bien recientemente (115).

(114) El texto de dichas objeciones puede verse en *Textos Normativos de Derecho Internacional Público. Anexo de actualización*, Madrid, Ed. Civitas, 1987, págs. 110-116.

(115) Labayle: *op. cit.*, pág. 123.

El Convenio internacional contra la toma de rehenes (adoptado por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1979, abierto a la firma en Nueva York el 18 de diciembre del mismo año y vigente desde el 3 de junio de 1983), es, por ahora, el último de los Convenios que la O.N.U. ha concluido contra el terrorismo en un aspecto parcial concreto. Es fruto, principalmente, de un Comete especial creado con tal objeto en la O.N.U. en 1976 y se debe, sobre todo, a la iniciativa de la República Federal de Alemania que, cuando el 12 de julio de 1976 el Consejo de Seguridad trataba de la incursión israelita para liberar a los rehenes retenidos en Entebbe, propuso que se concluyera por las N.U. un Convenio internacional contra la toma de rehenes (116).

La Resolución que adoptó el Convenio dice que "la *Asamblea General*, considerando que la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional contribuyen a la realización de los fines y principios enunciados en los artículos 1 y 2 de la Carta de las N.U. *Consciente* de la necesidad de concluir, bajo los auspicios de la O.N.U., un Convenio internacional contra la toma de rehenes. *Recordando* su Resolución 31/103 del 15 de diciembre de 1976, por la que ha creado un Comité especial para la elaboración de un Convenio internacional contra la toma de rehenes y le ha rogado que preparara lo más pronto posible un Convenio internacional contra la toma de rehenes. *Recordando* igualmente sus Resoluciones 32/148 del 16 de diciembre de 1977 y 33/19 del 29 de noviembre de 1978. *Habiendo examinado el Proyecto de Convenio* 1/ preparado por el Comité especial conforme a las Resoluciones antes mencionadas. *Adopta* y abre a la firma y a la ratificación o a la adhesión el Convenio internacional contra la toma de rehenes, cuyo texto se adjunta a la presente Resolución".

El Convenio, que figura así como anexo de la Resolución transcrita, consta de un breve preámbulo y de veinte artículos, los cuales, en buena parte, están calcados de los del Convenio

para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas.

El art. 1 define la expresión "toma de rehenes", a los efectos del Convenio, diciendo que "comete este delito todo el que se apodere de una persona (rehén) o la detenga o amenace con matarla, herida o continuar reteniéndola para continuar reteniéndola para constreñir a un tercero (a saber, un Estado, una Organización internacional intergubernamental, una persona física o jurídica o un grupo de personas) a realizar cualquier acto o a abstenerse de realizarlo como condición explícita de la liberación del rehén". Y añade que comete igualmente este delito: "a) Cualquiera que intente cometer un acto de toma de rehenes. b) Se haga cómplice de una persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes".

En el art. 2 se dice que todo Estado parte castigará el delito de toma de rehenes con penas adecuadas teniendo en cuenta la naturaleza grave de tal delito. El art. 3 se refiere a las medidas -que califica como "adecuadas"- para mejorar lo más posible la situación del rehén, sobre todo, asegurando su liberación y, si fuere necesario, facilitando su partida, tras ésta, así como la restitución de los bienes de que haya sido despojado como consecuencia de la comisión del delito. El art. 4 es casi idéntico al 4 del citado Convenio sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, reproduciendo las medidas preventivas entonces expuestas. Los arts. 5 y 6 son copia, sobre poco más o menos, de los 3 y 6, respectivamente, de dicho Convenio (con los mismos defectos ya comentados por nosotros), si bien el art. 6 añade unos párrafos, principalmente en favor de las garantías y derechos del presunto autor de la toma de rehenes, el cual, incluso, puede, en ciertas circunstancias, estar en comunicación con el Comité Internacional de la Cruz Roja y hasta recibir su visita. Por lo demás, las medidas prescritas para enjuiciar al presunto delincuente o para conceder su extradición y las relativas a la cooperación internacional al respecto, son iguales o muy semejantes a las del ya mencionado Convenio, que ha servido de modelo al presente. De destacar, sin embargo, es una nueva disposición, no contenida en aquél, que puede, en muchos casos, hacer ineficaz éste: la del art. 9.1, que dice: "No será admisible jurídicamente una

(116) *Vide General Report* de Kurt Rebmann *cit.*, págs. 7-8.

demanda de extradición de un presunto delincuente presentada en virtud de este Convenio si el Estado parte requerido tiene razones sustanciales para creer: a) que la demanda de extradición relativa a un delito previsto en el art. 1 ha sido presentada con la finalidad de perseguir o de castigar a una persona en consideración a su raza, a su religión, a su nacionalidad, a su origen étnico o a sus opiniones políticas; o b) que esta persona corra el riesgo de sufrir un perjuicio: i) por cualquiera de los motivos indicados en el apartado b) del presente párrafo, o ii) por el motivo de que las autoridades competentes del Estado que tiene la competencia para ejercer los derechos de protección no puedan comunicar con ella."

De señalar también son otras excepciones a la aplicación del Convenio. Así las del art. 13 (inaplicabilidad del Convenio cuando el delito se comete en el territorio de un solo Estado cuya nacionalidad tienen el rehén y el presunto delincuente y éste es descubierto en el territorio de tal Estado), 14 (imposibilidad de interpretar el Convenio de modo que justifique la violación de la integridad territorial o de la independencia política de un Estado) y 15 (intangibilidad, no obstante el Convenio, de los Tratados de asilo ya existentes).

El art. 16 reproduce el discutido art. 14 del citado Convenio, cuyos inconvenientes ya expusimos. Mención especial merece la disposición del art. 12 en cuanto que prácticamente deja inaplicable el Convenio: éste "no se aplica a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos, inclusive los conflictos armados indicados en el párrafo cuarto del art. 1 del Protocolo Adicional I de 1977 (117), en los cuales los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración relativa a los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados, conforme a la Carta de las Naciones Unidas." Si

(117) *Vide supra* nota 91.

en la inmensa mayoría de los casos bastaba, para dejar inaplicable el Convenio sobre los delitos contra las personas protegidas internacionalmente, su conexión con el punto 4 de la Resolución 3166 (XXVIII) de la Asamblea General, aquí, donde no existe tal conexión, se consigue igual efecto con la mención de los textos ginebrinos. De este modo, el Convenio podría ya ser aprobado por todos (incluso por los propios Estados que simpatizan con los terroristas o los apoyan) al considerarlo inoperante (118).

Después de todo lo dicho, huelga cualquier nuevo comentario. Los inconvenientes que indicamos al referirnos al tantas veces citado Convenio relativo a las personas internacionalmente protegidas se dan respecto a este de tal toma de rehenes.

2.2.4.-Los trabajos fuera del ámbito de la O.N.U.

2.2.4.1.-En América. El Convenio sobre prevención y represión de los actos del terrorismo (Washington, 2 de febrero de 1971.)

América rivalizó con la Europa Occidental en su lucha contra el terrorismo y se adelantó a ésta en concluir un Convenio internacional contra él. Tal Convenio se aprobó por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y se firmó en Washington el 2 de febrero de 1971 por trece Estados; Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Estados Unidos, Honduras, Jamaica, Méjico, Nicaragua, Panamá (con una declaración relativa al derecho de asilo), El Salvador, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Consta de un preámbulo y de trece artículos, y se abrió a la firma, no sólo de todos los Estados miembros de la O.E.A., sino también de cualquier de otro Estado miembro de la O.N.U. o de una de sus Organizaciones especializadas o de cualquier Estado parte del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, o de cualquier otro Estado que sea invitado a firmarlo por la Asamblea General de la O.E.A. (art. 9).

(118) *Vide* Labayle: *op. cit.*, págs. 123-124.

En el preámbulo se manifiesta que los miembros de la O.E.A. han convenido en sus disposiciones, considerando que la defensa de la libertad y de la justicia y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y de los Deberes del Hombre y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son deberes primordiales de los Estados; que la Asamblea General de la O.E.A., en su Resolución nº 4 del 30 de junio de 1970, condenó firmemente los actos de terrorismo -en especial el secuestro de personas y la extorsión de fondos consecuencia de éste-, los cuales constituyen graves delitos de Derecho común; que actos criminales contra personas que gozan de especial protección, según el Derecho Internacional, se cometen frecuentemente, y que tales actos tienen importancia internacional por las consecuencias que de ellos pueden resultar para las relaciones entre los Estados; que es deseable adoptar reglas generales que desarrollen progresivamente el Derecho Internacional en lo que concierne a la cooperación en la prevención y la represión de tales actos; y que, en la aplicación de estas reglas, la institución del asilo debe mantenerse sin sufrir detrimento alguno, así como igualmente el principio de no intervención.

En virtud del art. 1, los Estados contratantes se comprometen a cooperar tomando todas las medidas que consideren eficaces y, en particular, las que se prevén en el Convenio, para prevenir y reprimir los actos de terrorismo, principalmente el secuestro, la muerte y demás atentados a la vida o a la integridad física de las personas a las que el Estado está obligado, según el Derecho Internacional, a conceder protección especial, así como la extorsión de fondos resultante de tal delito. El art. 2 define el terrorismo, a los efectos de la aplicación del Convenio, mediante enumeración de los casos que comprende, reiterando lo que ya adelantó en el artículo anterior: el secuestro, la muerte y demás atentados a la vida o a la integridad física de las personas a las que el Estado está obligado, según el Derecho Internacional, a conceder especial protección, así como la extorsión de fondos resultante de tales actos, que "serán considerados como crímenes de interés internacional, sin tener en cuenta los móviles en que se inspiren". Los arts. 3, 5 y 7 dan normas para evitar la impunidad de dichos delitos. Todas ellas resultan de la aplicación del prin-

cipio "aut dedere aut judicare" a los autores de los mismos. se determina expresamente que "las personas acusadas o convictas de haber cometido alguno de los delitos mencionados en el art. 2 serán extraditadas según los términos de las disposiciones de los tratados de extradición vigentes entre las partes, o, en el caso de Estados que no subordinen la extradición a la previa existencia de un tratado, conforme a sus propias leyes internas", pero se añade -y es disposición importante, a nuestro juicio, en cuanto con ella pierde eficacia el Convenio muchas veces- "en todos los casos mencionados sólo corresponderá al Estado que deba ejercer su protección o su jurisdicción sobre dichas personas determinar la naturaleza de los actos y decidir si las disposiciones del Convenio son aplicables". El art. 4 se ha establecido en favor del presunto delincuente expresando que "toda persona privada de libertad por la aplicación del Convenio se beneficiará de las garantías legales del "due process". El art. 6 reitera la intangibilidad del derecho de asilo manifestada en el preámbulo, declarando que "ninguna disposición del Convenio será interpretada de modo que afecte al derecho de asilo", nueva salvedad que merma su eficacia (119).

(119) Se trata de una institución de fuerte arraigo en Iberoamérica, donde la frecuencia de revoluciones la ha hecho útil. Vide al respecto: Egidio Reale: "Le Droit d'Asile", en *R. des C. cit.*, tomo 63 (1938-I), págs. 473-599; Camilo Barcia Trelles: "El Derecho de Asilo Diplomático" (Anteproyecto de Ponencia), en *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Madrid, octubre 1951)*, vol. I, Madrid, MCMLII, págs. 233-314; *idem*: "El Derecho de Asilo y el Caso Haya de la Torre: Glosas a una Sentencia", en *REDI*, vol. III (1950), págs. 753-801 y vol. IV (1951), págs. 59-66; Hugo Juan Gobbi: "Ensayo de una crítica del asilo diplomático", en *REDI*, vol. XV (1962), págs. 413-435; José Pérez Montero: *Tabla General de las Resoluciones y demás Acuerdos (1951-1977) del I.H.L.A.D.I.*, Madrid, Publicaciones de la Secretaría General del I.H.L.A.D.I., 1979, págs. 50-53; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 43 (1950), tomo I, págs. 133-207, y tomo II, págs. 198-256 y 375-388; F. Morgenthau: "The Right of Asylum", en *British Year Book of International Law*, 1949, págs. 327-357; Simón Planas Suárez: *El asilo diplomático*, Buenos Aires, 1952; L. Bolesta-Koziebrodski, *Le Droit d'Asile*, Leyden, Nijhoff, 1962; M. Bettati: *L'Asile Politique en Question*, Paris, P.U.F., 1985.

En fin, el art. 8 precisa las obligaciones impuestas a los Estados contratantes para cooperar a la prevención y a la represión de los citados delitos, que se reducen a las siguientes: a) Tomar todas las medidas que les sean posibles y, de conformidad con sus propias leyes, para prevenir e impedir la preparación en sus territorios respectivos de dichos delitos que habrían de cometerse en el territorio de otro Estado contratante. b) Intercambiarse información y examinar las medidas administrativas susceptibles de proteger eficazmente a las personas referidas en el art. 2. c) Garantizar a toda persona privada de libertad en aplicación del Convenio el derecho de defenderse. d) Esforzarse por incluir en su Derecho Penal los referidos actos criminales, si no lo han hecho ya. e) Satisfacer, en el plazo más breve posible, las demandas de extradición concernientes a tales actos criminales (120).

Este Convenio de la O.E.A. tiene un título engañoso: parece referirse al terrorismo en general cuando sólo se limita a un aspecto muy concreto de éste, ciertos delitos terroristas cuyas víctimas son personas a las que el Estado, en virtud del Derecho Internacional, está obligado a conceder especial protección. Por otra parte, las excepciones que establece a su aplicación, muy particularmente la relativa al derecho de asilo, le hacen perder mucha eficacia. Aunque está abierto generosamente a muchos Estados y no sólo a los de la O.E.A., donde se gestó, su aceptación no ha sido demasiado grande. Hoy, cuando ya nos aproximamos a las dos décadas de su entrada en vigor, puede afirmarse que, al menos por ahora, no ha servido para nada o, si se prefiere, para muy poco (121).

(120) OEA/Documentos Oficiales, AG/Doc. 88, Rev. 1, corr. 1, febrero 2, 1971.

(121) En vista de lo dicho, este fracaso ya era predecible pocos años después de concluirse el Convenio, como ya algún autor lo vaticinó entonces. *Vide*, por ejemplo, Pedro Pablo Camargo: *op. cit.*, *supra* nota 68, págs. 117-118.

2.2.4.2.-En Europa.

2.2.4.2.1.-Los trabajos del Consejo de Europa. El Convenio europeo de Estrasburgo de 1977 para la represión del terrorismo.

Desde hace tiempo los Estados del Consejo de Europa han procurado, por todos los medios a su alcance, intensificar y mejorar la cooperación internacional en materia jurídico penal, incluidas la prevención y la represión del terrorismo.

Ya, en cuanto a la extradición, apunta, aunque muy tímidamente, la preocupación que suscitan los actos terroristas en el Convenio europeo de extradición del 13 de diciembre de 1957 (122), si bien en aquella ya lejana fecha el terrorismo no tenía todavía la gravedad que adquirió después y, por tanto, sólo se refiere a esta cuestión muy de pasada. Interesante es el respecto su art. 3, relativo a los delitos políticos, cuyo tenor es el siguiente:

"1. No se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la Parte requerida como delito político o como hecho conexo con un delito de tal naturaleza.

(122) Sobre este Convenio es imprescindible la consulta de la siguiente obra: José Luis Manzanares Samaniego: *El Convenio Europeo de Extradición*, Barcelona, Ed. Bosch, 1986. Y entre las obras escritas en lenguas distintas de la española: Theo Vogler: *Auslieferungsrecht und Grundgesetz*, Berlín, 1970; Hans Schultz: "La Convention Européenne d'Extradition et le Delit Politique", en *Hommage à Jean Constan*, Faculté de Droit de Liège, 1971; ídem: "Aktuelle Probleme der Auslieferung (Vorläufiger Generalbericht zum Vorbereitenden Kolloquium)", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 81 (1969), págs. 199-242 (publicado en francés, con alguna modificación, en la *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º 3 y 4, págs. 785-824); Antonio Tizzano: "Pluralità di richiedi di estradizione", en *Diritto Internazionale*, 1964, págs. 132 y ss.; ídem: "La Convenzione Europea di Estradizione", en *Annuario di Diritto Internazionale*, 1965, págs. 204 y ss.; Gaudenz V. Salis: *Der Multirale Auslieferungsvertrag des Europares (Europäisches Auslieferungsübereinkommen)*, Zürich, 1962; Manfred Burgstaller: "Das Europäische Auslieferungsübereinkommen und seine Anwendung in Österreich", en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1970.

2. Se aplicará la misma regla si la Parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones.

3. Para la aplicación del presente Convenio, no se considerará como delito político el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

4. La aplicación del presente artículo no afectará a las obligaciones que las Partes hubiesen contraído o contrajeran en lo futuro con arreglo a cualquier otro Convenio internacional de carácter multilateral".

El párrafo dos del art. 3 del Convenio muy parecido al art. 9.1. del relativo a la toma de rehenes, antes examinado constituyó una novedad en aquel tiempo, la cual, aunque alabada entonces, hace inaplicable el Convenio en muchos casos, incluso de actos terroristas. Su inclusión, en el texto del Convenio, se debe, según refieren Salis (123) y Schultz (124), a las recomendaciones hechas al respecto por el Alto Comisario de las N.U. para los Refugiados. El párrafo tres, que es el que nos ofrece ahora mayor interés, resulta excesivamente restringido en su aplicación, pues deja al margen la inmensa mayoría de los actos terroristas. Hoy son muy pocos los atentados de esta naturaleza que cuestan la vida a un Jefe de Estado o a un miembro de su familia, a diferencia de lo que sucedía en el terrorismo anarquista de fines del siglo XIX y principios del XX, que escogía sus víctimas entre altos dignatarios de los Estados y, sobre todo, "cabezas coronadas" (125). Y, a pesar

(123) Gaudenz V. Salis: *Der Multirale...* cit. *supra* nota 122, pág. 47.

(124) Hans Schultz: *Aktuelle...* cit. *supra* nota 122, pág. 220.

(125) Vide R. Núñez Florencio: "El terrorismo anarquista (1888-1909)", Madrid, Ed. Siglo XXI, 1983; Constancio Bernaldo de Quirós: "Anarquismo", en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, pág. 742; Pablo Lucas Verdú: "Anarquismo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, págs. 654 y ss.

de ser de tancorto alcance hoy esta excepción a la aplicación del art. 3, suscitó tales recelos que dio lugar a reservas, acogiendo al art. 26 del Convenio, de Finlandia (126), Noruega (127), Suecia (128), Suiza (129) y Francia (130). Además hay que advertir que no son muchos los Estados que son parte actualmente del Convenio (131), sólo dieciocho, y que, entre ellos, únicamente figuran tres (Francia, República Federal de Alemania e Italia) de cierta importancia en la escena mundial (132).

El citado Convenio, transcurrido el tiempo, ha quedado algo anticuado, lo que ha exigido completarlo y actualizarlo con dos Protocolos Adicionales: el primero, firmado en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 (del que son partes sólo once Estados, ninguno de ellos gran Potencia) (133), y el segundo, firmado también en Estrasburgo el 17 de marzo de

Para la historia del terrorismo, con referencia al anarquista, vide: Walter Laqueur: *Terrorismo*, traducción del inglés por J.L. López Muñoz, Madrid, Espasa Calpe, 1980. Precisamente pensando en este tipo de atentados terroristas se estableció la llamada "Cláusula belga o de atentado" por primera vez en el Tratado franco-belga, de 22 de marzo de 1856, que excluye el carácter político en los atentados contra un Soberano extranjero o contra su familia y que después fue ampliada, en otros Tratados, a los atentados contra miembros del Gobierno e incluso, en algunos casos, contra funcionarios. También es célebre la denominada "Cláusula suiza" inserta en la Ley de extradición suiza, de 22 de enero de 1892, que excluye como políticos aquellos delitos cuyo carácter común sea predominante.

(126) Vide el texto de esta reserva en Manzanares: *op. cit. supra* nota 122, pág. 313.

(127) *Ibid.*, pág. 318.

(128) *Ibid.*, pág. 319.

(129) *Ibid.*, pág. 320.

(130) Vide el texto de esta reserva en *Textos... cit. supra*, nota 114, pág. 73.

(131) Alemania (República Federal), Austria, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Suiza y Turquía.

(132) El Instrumento de Ratificación por España de este Convenio está fechado el 7 de mayo de 1982 y publicado en el "Boletín Oficial del Estado", nº 136, de 8 de junio de 1982. Ha entrado en vigor para España el 5 de agosto de 1982.

(133) Vide el texto de este Protocolo en *Textos... cit. supra*, nota 114, págs. 74-77.

1978, del que son partes trece Estados, entre ellos la República Federal de Alemania, Italia y España (134), pero ninguno de ambos se ha cuidado de mejorar el Convenio de extradición para hacerlo más eficaz en la lucha contra el terrorismo. El Protocolo primero, en su art. 1, amplía las excepciones a la consideración de delitos políticos, conforme al art. 3 del Convenio de extradición, pero sin mención del terrorismo (135).

De señalar es también la gran actividad que, desde hace muchos años, viene desarrollando el Consejo de Europa en materia jurídico-penal, como ya hemos dicho, especialmente mediante el Comite Europeo para Cuestiones Jurídico-penales, creado en 1957. Fruto de estos trabajos ha sido una serie de Convenios que refuerzan la cooperación entre los Estados en tal materia, los cuales tienen cierto interés para el tema ahora estudiado. Así el Convenio europeo de asistencia mutua en materia penal, de 1959; el Convenio sobre validez internacional de sentencias en asuntos penales, de 1970; el de transferencia de expedientes en procesos jurídicopenales, de 1972, y el de transferencia de personas sentenciadas, de 1983 (136).

(134) Vide el texto de este Protocolo en *Textos... cit. supra*, nota 114, págs. 77-82.

(135) A continuación transcribimos el texto de este artículo: "Para la aplicación del artículo 3 del Convenio, no se considerará que son delitos políticos: a) Los crímenes de lesa humanidad previstos en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; b) Las infracciones previstas en los artículos 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 130 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra, y 147 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra; c) Cualquiera violaciones análogas de las leyes de la guerra en vigor cuando empiece a aplicarse el presente Protocolo y de las costumbres de la guerra existentes en ese momento, que no estén ya previstas por las susodichas disposiciones de los Convenios de Ginebra."

(136) Vide *General Report* de Kurt Rebmann *cit.*, pág. 10.

Pero el documento más importante preparado por el Consejo de Europa en materia de terrorismo es el Convenio europeo para la represión del terrorismo, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 -conocido más abreviadamente con el nombre de Convenio de Estrasburgo-, al que dedicamos los siguientes párrafos.

En marzo de 1973, los Delegados de los Ministros habían pedido que se hiciera un estudio sobre ciertos aspectos jurídicos del terrorismo internacional. El 16 de mayo de 1973 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (Recomendación nº 703) condenó "los actos de terrorismo internacional que, cualquiera que sea su causa, deberán ser objeto de sanción penal como actos criminales graves que implican el asesinato o el secuestro de personas inocentes o ponen su vida en peligro". Y añadió que, ante "la reacción decepcionalmente de la Comunidad internacional, considera todavía más necesaria y urgente una acción común de los Estados miembros del Consejo de Europa". En consecuencia, el Subcomité nº XXXI del Comité europeo para cuestiones jurídico-penales envió a los Estados miembros un cuestionario preparado por el Gobierno belga, referente, sobre todo, al eventual castigo de las actividades terroristas, las reglas sobre la competencia internacional, la noción de delito político, la práctica de la extradición, etc. Contestado este cuestionario y conseguida toda la información necesaria, tras largos trabajos, se llegó a un texto que, aprobado por unanimidad por los Delegados de los Ministros de Asuntos Exteriores del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1976, se convirtió en el Convenio europeo para la represión del terrorismo, que quedó abierto a la firma de los Estados del Consejo en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

Este documento se inicia con un breve preámbulo, en donde se dice que los Estados miembros del Consejo de Europa signatarios del mismo han convenido en lo estipulado en él "considerando que el fin del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros; conscientes de la creciente inquietud causada por la multiplicación de los actos de terrorismo; deseando que se adopten medidas eficaces para que los autores de tales actos no escapen a la persecución y al castigo; y convencidos de que la extradición

constituye un medio especialmente eficaz para la obtención de dichos resultado".

De especial importancia son los arts. 1 y 2, en cuanto, a falta de una definición de terrorismo, que no dan, determinan, al menos, los casos de aplicación del Convenio, precisando así el alcance de éste (art. 1) y ampliándolo, en el art. 2, a nuevos casos no expresados en el 1º. Veamos el texto de ambos: "A los efectos de la extradición entre Estados contratantes -dice el art. 1- ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerará como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado por móviles políticos: a) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; d) los delitos que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrarios; e) los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas; f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos. "Y el art. 2 añade: "1. A los efectos de la extradición entre Estados Contratantes, un Estado Contratante podrá no considerar como delito político, como delito conexo con éste o como delito inspirado por móviles políticos, cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo 1º y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas. 2. Se aplicará el mismo criterio respecto de cualquier acto grave contra los bienes no comprendido en el artículo 1º, cuando dicho acto haya creado un peligro colectivo para las personas. 3. Se aplicará el mismo criterio respecto de la tentativa de comisión de algunos de los delitos anteriormente menciona-

dos, o de la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos."

Comentando el transcrito art. 1, el Prof. Vilariño ha escrito: "Nada nuevo establece ni, en definitiva, resuelve. En primer lugar, los Convenios a los que se remite ya prevén en su articulado la extradición por los delitos concretos que cada uno de ellos contempla, consiguiendo por sí mismos la finalidad que persigue el presente; esta remisión sólo puede explicarse como una forma indirecta de aplicabilidad de tales Convenios, al menos parcialmente, a los Estados europeos que, no siendo parte de ellos, lleguen a quedar obligados por el que ahora comentamos. En segundo lugar, la relación de delitos que se hace sólo en algunos casos es tal, tratándose en los demás de una relación de instrumentos de comisión de posibles delitos pero sin tipificación alguna, por lo que resulta inútil para la concesión de la extradición, lo mismo que la condición de que su utilización presente un peligro para las personas, que además puede ser objeto de muy distinta valoración. Por lo tanto, aparte de los delitos a los que se refieren los Convenios a los que se hace remisión, no se hace prácticamente una determinación de delitos ni por el sistema de enumeración ni por el más moderno de la cuantía de la pena y doble incriminación. En consecuencia, el Convenio no sólo no define el terrorismo (...), sino que tampoco lo delimita a través de una determinación de actos terroristas." (137).

Los arts. 3 y 4 tratan de compatibilizar el Convenio con los de extradición ya vigentes anteriormente, haciendo prevalecer las disposiciones de sus arts. 1 y 2 sobre lo establecido en aquéllos o completándolo. Tales disposiciones quizá expliquen el silencio en cuanto al terrorismo del Protocolo Adicional 2º de 1978 al Convenio Europeo de Extradición, silencio y advertido por nosotros (138). Según el art. 3, "las disposiciones de cualesquiera tratados y convenios de extradición aplicables entre los Estados contratantes, incluido el Convenio

(137) Eduardo Vilariño Pintos: "El Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. IV (1977), pág. 428.

(138) *Vide supra* párrafo 2.2.4.2.1. y nota 135.

Europeo de Extradición, quedarán modificadas, en cuanto a las relaciones entre Estados Contratantes, en la medida en que resulten incompatibles con el presente Convenio." Y el art. 4 añade: A los efectos del presente Convenio, en los casos en que alguno de los delitos comprendidos en los artículos 1º o 2º no figuren en la lista de supuestos de extradición en un tratado o convenio de extradición en vigor entre los Estados Contratantes, se considerará como incluido en dicha lista."

El art. 5 transcribe casi en idénticos términos la disposición -ya criticada por nosotros- del art. 3.2. del Convenio Europeo de Extradición (de igual tenor también que la del art. 9.1 del Convenio relativo a la toma de rehenes), con lo que abre la puerta incluso a la arbitrariedad del Estado requerido, el cual, dada la vaguedad y, por tanto, la apreciación subjetiva de la expresión "serias razones", puede, en la práctica, negar siempre o casi siempre la extradición, pues cualquiera de los motivos de dicho artículo expresados para la persecución o castigo del presunto delincuente suele darse o mejor, se da siempre en los actos de tal naturaleza: "Ninguna disposición del presente Convenio -dice el citado art. 5- deberá interpretarse en el sentido de que implique una obligación de llevar a cabo la extradición si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito mencionado en el artículo 1º o 2º se ha presentado con el fin de perseguir o de castigar a una persona por consideraciones de raza, religión nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones."

Los arts. 6 y 7 -a los que se les pueden hacer serias críticas (139)- dan normas para la más estricta aplicación del principio "aut dedere aut judicare", y el 8 se refiere a la obligación de los Estados contratantes de prestarse la asistencia judicial más amplia posible en materia penal en cualquier procedimiento relativo a los delitos comprendidos en los arts. 1º y 2º, sin que pueda denegarse dicha asistencia por "el único motivo de que se refiera a un delito político, o a un delito conexo con el

mismo, o a un delito inspirado por móviles políticos." Pero inmediatamente el propio artículo, en el siguiente párrafo, priva de efectividad a tal regla al extender también a la asistencia judicial la excepción establecida en el art. 5 en cuanto "a las consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas", o a la de que la situación del presunto delincuente "corra el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones". Así las disposiciones de este artículo pierden toda su obligatoriedad, convirtiéndose en meramente facultativas, pues dependen de la voluntad del Estado requerido, según lo antes expuesto por nosotros a propósito del art. 5.

El párrafo 3º del art. 8 trata de compatibilizar las disposiciones del Convenio con las de los Tratados y Convenios de asistencia judicial en materia penal aplicables entre los Estados contratantes, incluido el Convenio europeo de asistencia judicial, ya vigentes antes, haciendo que prevalezcan las del Convenio sobre terrorismo.

El art. 9 establece la obligación de informar sobre el cumplimiento de éste al Comité europeo para los problemas criminales del Consejo de Europa, el cual además, en caso necesario, facilitará "la solución amistosa de cualquier dificultad derivada del cumplimiento del Convenio." (art. 9.2.).

Interesantes las normas del art. 10 referentes a las diferencias entre los Estados contratantes. "Cualquier diferencia entre los Estados contratantes relativa a la interpretación o a la aplicación del presente Convenio -dice- que no se solucionarse con arreglo a los términos del párrafo 2º del art. 9 (es decir, mediante la intervención, ya indicada, del Comité europeo para los problemas criminales) se someterá al arbitraje a petición de cualquiera de las Partes interesadas. Cada una de las Partes designará un árbitro y los dos árbitros designarán un tercer árbitro. Si en el término de tres meses, a contar desde la petición de arbitraje, una de las Partes no hubiere procedido a designar un árbitro, éste se designará, a petición de la otra Parte, por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si el Presidente del Tribunal fuese nacional de una de las partes interesadas en la diferencia, la designación del árbitro corresponderá al Vicepresidente del Tribunal o, si el Vicepresidente fuese asimismo nacional de una de aquellas, al miembro más antiguo del Tribunal que no

(139) Vilariño: *op. cit.*, págs. 431-432.

sea nacional de una de las Partes interesadas en la diferencia. El mismo procedimiento se aplicará en el caso de que los dos árbitros no pudieran ponerse de acuerdo en la elección del tercer árbitro. El Tribunal arbitral fijará el procedimiento por el que haya de regirse. Sus decisiones se adoptarán por mayoría. Su laudo será definitivo."

Muy severa crítica merece el párrafo 1º del art. 13, según el cual "cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, que se reserva el derecho de denegar la extradición, en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el artículo 1º que considere como un delito político, un delito conexo con éste o un delito inspirado por móviles políticos, con la condición de que se comprometa a tomar debidamente en consideración, al calificar la naturaleza de la infracción, su carácter de especial gravedad, incluidas las siguientes circunstancias: a) que ha creado un peligro colectivo para la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas; o bien b) que ha afectado a personas ajenas a los móviles que la inspiración; o bien c) que para su realización se utilizaron medios crueles o perversos". Refiriéndose a esta disposición, afirma el Prof. Vilariño, "dentro del Derecho de tratados es una disposición impensable, pues supone, por vía de reserva, la navegación de la principal razón del Convenio (...). Con esta disposición queda establecida la licitud de hacer reservas al objeto principal del Tratado, lo que no se puede calificar más que de inconcebible por la absoluta contradicción que supone el querer regular algo que se considera necesario admitiendo, a la vez, su rechazo." (140). Y tal reserva -que, si se formula, puede convertir en letra muerta el Tratado para el Estado reservante- ha sido hecha por Chipre, Dinamarca, Italia, Suecia, Noruega, Islandia y Suiza.

Aunque actualmente son partes del Convenio todos los Estados del Consejo de Europa (141), ahora, cuando ya hace

(140) *Ibid.*, pág. 429

(141) El Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo fue ratificado por España el 20 de mayo de 1980 y está publicado en el "Boletín Oficial del Estado" n° 242, de 8 de octubre de 1980 (corrección de errores

casi un decenio de su entrada en vigor el 4 de agosto de 1978, puede asegurarse que no ha tenido el éxito deseable y que no faltan motivos para el escepticismo en cuanto a su eficacia que ya el año 1977 expresaba uno de sus comentaristas, el Dr. Julio Cola Alberich. "La recta aplicación de las cláusulas de este Convenio — escribió entonces el citado autor — supondría un gran paso para la seguridad colectiva, al defender la vida y la integridad de las personas mediante la firme represión del delito. Es el éxito que deseamos, aunque hagamos constar una alta dosis de escepticismo basada en que los propósitos gubernamentales pueden verse coartados por las compañías de protesta o desprestigio que suelen desencadenar sectores minoritarios de opinión cuando la acción de la justicia se centra sobre algunos elementos afines a los mismos." (142)

En fin, después de cuanto hemos dicho, analizando las disposiciones de este Convenio europeo sobre terrorismo, podemos decir, como conclusión, con palabras del citado prof. Vilariño, que "no es tal, sino solamente un pretendido Convenio de extradición por actos terroristas en buena medida no debidamente" tipificados como delitos" y que su aplicación "queda prácticamente anulada por la difícil armonización entre los arts. 1 y 2 y de éstos con el 5 y la teórica prioridad de alegación de este último y por la posibilidad, establecida en el art. 13, de hacer reservas respecto a la entrega por las infracciones del art. 1" (143).

Con el Convenio de Estrasburgo no concluyó la lucha del Consejo de Europa contra el terrorismo. En las Recomendaciones números 852 (1979), 916 (1981), y 941 (1982) de su Asamblea Consultiva se insta a la defensa de la democracia contra el terrorismo en Europa, a la ratificación de los Convenios ya existentes por el mayor número de Estados y a la acción común de los Estados de dicho Consejo y, en general, de todos los Estados interesados. Además se propone el establecimiento de un Centro de estudios y documentación

en el "Boletín Oficial del Estado" de 31 de agosto de 1982). Entró en vigor para España el 21 de agosto de 1980.

(142) *Op. cit. supra* nota 68, pág. 363.

(143) Vilariño: *op. cit.*, pág. 432. *Vide* Vallée: *op. cit. supra*, nota 61.

para tratar de las causas, de la prevención y de la represión del terrorismo. La Conferencia de Ministros de Justicia europeos -Luxemburgo, del 20 al 21 de mayo de 1980- recomendó la cooperación de los Estados para resolver los problemas planteados por éste. Las Conferencias posteriores celebradas por los Ministros de Justicia consideraron que debían tomarse nuevas medidas, las cuales habría de examinar después el Consejo de Europa. Importantes son al respecto la Recomendación 1024 (1986) relativa a la respuesta europea al terrorismo y la Resolución de su Asamblea Consultiva nº 863 del 18 de septiembre de 1986, donde expresa la convicción de que "la respuesta de las democracias europeas al terrorismo debe fundarse en el respecto de los principios consagrados en sus Constituciones, en el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre y en el Derecho Internacional" (punto 2). Con tales limitaciones, el Consejo continúa -sin descanso, pero con poco éxito- su lucha contra tan preocupante mal, cuya gravedad va en aumento (144).

2.2.4.2.2. *La lucha contra el terrorismo fuera del Consejo de Europa.*

Otras Organizaciones europeas han secundado la lucha contra el terrorismo mantenida por el Consejo de Europa cada una dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.

Así la Comunidad Económica Europea. En su Congreso de Roma de diciembre de 1975, el Primer Ministro británico, Wilson, propuso el estudio de medidas "para combatir el terrorismo, según planteamientos europeos y sobre bases europeas". Se celebró al efecto una reunión (Stuttgart, enero de 1976), en la que el Ministro de la República Federal de Alemania Wermer Maihoffer se pronunció en favor de la conclusión de un pacto entre los Estados de la Comunidad, que podría constituir un primer paso hacia un convenio internacional. Por acuerdo de los Ministros del Interior y de Justicia de la misma, se intercambia información entre los Estados

(144) Vide Juan de Miguel Zaragoza: "La acción del Consejo de Europa..." cit. *supra*, nota 68 y *General Report*, de Kurt Rebmann cit., págs. 12 y ss.

miembros de ella en reuniones periódicas y se coopera al respecto en un Sección especial de trabajo llamada "Trevi" (o "Grupo de Trevi", por haber sido creado en esta ciudad italiana en 1976) (145). El 4 de diciembre de 1979 los Estados miembros de la Comunidad firmaron en Dublín un acuerdo sobre la aplicación del Convenio europeo para la represión del terrorismo, acuerdo conocido con el nombre de "Acuerdo de Dublín", que supone un esfuerzo para poner en práctica y plenamente en vigor -al menos, entre los Estados de la Comunidad Económica Europea- el Convenio de Estrasburgo. El Parlamento europeo condenó rotundamente, en una Resolución del 16 de septiembre de 1982 (9424/82), cualquier concesión hecha a los terroristas, independientemente de sus motivos, y pidió a los Gobiernos europeos que cooperaran más estrechamente para la prevención y represión del terrorismo y facilitaran la extradición de los terroristas, cooperación extensiva a los Estados no miembros de la Comunidad. Condenas semejantes se han reiterado después en ésta. Francia, tras los atentados terroristas que convirtieron a París en un infierno en 1986, pidió la reunión urgente del "Grupo de Trevi" el 25 de septiembre de ese año. La Presidencia, que entonces tenía Gran Bretaña y que, en consecuencia, llevaba la voz de la Comunidad, anunció medidas de cooperación entre los Doce en cuatro direcciones: mejora de los canales de información, ampliación de la cooperación de las actividades realizadas por los Ministerios del Interior y de Policía, creación de un marco legislativo que cierre "agujeros" por donde los terroristas escapan a la acción de la justicia, y solución de los problemas políticos que tan frecuentemente son causa del terrorismo. Consecuencia de todo ello fue la Resolución del Parlamento europeo de 30 de octubre de 1986.

(145) Rebmann (*op. cit.*, pág. 12) dice que el nombre TREVI se debe a que la letra T es la inicial de la palabra "terrorismo", la R la del vocablo "radicalismo", la E la del término "extremismo", y, finalmente, la sílaba VI es la primera de la palabra "violencia". Sin embargo, parece que la denominación de este Grupo se debe a la ciudad italiana de Trevi donde fue creado en 1976.

Pero la realidad ha demostrado hasta ahora que tal cooperación no ha resultado lo suficientemente eficaz (146).

También la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, en su reunión de Madrid (1980-1982), condenó el terrorismo, en general; exhortó a los Estados a cooperar más intensamente en la prevención y represión del terrorismo, castigando severamente los actos terroristas; y recomendó que se tratara de establecer un nuevo sistema de relaciones bilaterales al respecto más eficaz en la lucha contra el terrorismo (147).

2.2.4.3.-*La Declaración sobre el terrorismo internacional hecha por los Jefes de Estado y de Gobierno de las Siete Principales Democracias y por los Representantes de la Comunidad Europea (Tokio, 5 de mayo de 1986).*

Dada la similitud, incluso identidad, de intereses y de criterios de los principales Estados democráticos del mundo y de los de la Comunidad Económica Europea en cuanto al terrorismo, les ha resultado bastante fácil llegar a un entendimiento al respecto y, en consecuencia, a unas conclusiones claras, sin las acostumbradas ambigüedades cuando de tal tema se trata. Ya en su Declaración de Bonn de 1978 habfan considerado la posibilidad de boicot de las compañías aéreas y de los aeropuertos de los Estados cómplices del terrorismo aéreo, como medida frente a éste (148), pero fue bastantes años después, en Tokio el 5 de mayo de 1986, cuando hicieron una famosa Declaración relativa al terrorismo internacional, donde se expresan con rotundidad, adoptando ante el mismo una actitud enérgica y coherente, libre de las contradicciones

(146) Rebmman: *op. cit.*, págs. 12-13; Javier J. Forero: "Terrorismo o Democracia", en *Comunidad Europea*, nº 228 (IX-X, 1986), pág. 29

(147) Rebmman: *op. cit.*, pág. 13. Sobre la siguiente reunión de esta Conferencia celebrada en Estocolmo del 17 de enero de 1984 al 19 de septiembre de 1986 vide *Política Exterior*, vol. I, nº 1 (invierno 1987), págs. 212-216.

(148) Vide el texto de esta Declaración en *Documents d'actualité internationale*, 1978, nº 40, y el correspondiente comentario en W. Schwenk: "The Bonn Declaration on hijacking", en *Annales de Droit Aérien*, Mac Gill University, Pedone, 1978, págs. 318 y ss.

y obscuridades de tantos otros documentos relativos al terrorismo.

Esta importante Declaración comienza con un primer párrafo o apartado redactado, como todo el resto de documento, en términos muy diáfanos. "Nosotros, los Jefes de Estado y de Gobierno de las Siete Principales Democracias y los representantes de la Comunidad Europea -dice este texto- reunidos en Tokio, reafirmamos nuestra más enérgica condena del terrorismo internacional en todas sus formas, de sus cómplices y de aquellos, incluidos los Gobiernos, que lo patrocinan o lo apoyan; expresamos nuestro horror ante el aumento del nivel de este terrorismo desde nuestra última reunión y, en particular, del recurso flagrante y cínico que de él se hace como instrumento de política gubernamental. El terrorismo no tiene ninguna justificación. Se desarrolla únicamente por el uso de medios despreciables, que ignoran los valores de la vida humana, de la libertad y de la dignidad. Debe ser combatido sin tregua y sin compromiso."

Y continúa en un segundo párrafo: "Reconociendo que la continua lucha contra el terrorismo es una tarea que toda la Comunidad internacional debe emprender, nos comprometemos a hacer los máximos esfuerzos posibles para combatir esta plaga. El terrorismo debe ser atacado con eficacia, mediante una acción resuelta, tenaz, directa y paciente, combinando las medidas nacionales con la cooperación internacional. Por consiguiente, exhortamos a todas las Naciones que comparten nuestros puntos de vista a colaborar con nosotros, principalmente en las Organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de la Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional, aprovechando su experiencia para mejorar y extender las contramedidas frente al terrorismo y a los que lo patrocinan o lo apoyan."

Consecuentes con esta enérgica actitud contra el terrorismo, en un tercer párrafo, "los Jefes de Estados y de Gobierno convienen en intensificar el intercambio de información, en los niveles adecuados, sobre las amenazas o potenciales amenazas resultantes de actividades terroristas y de los que las patrocinan o las apoyan, así como sobre los medios para prevenirlas".

Un cuatro párrafo está dedicado a determinar las medidas contra el terrorismo, señalando directamente, sin ambages de ninguna especie, a los Gobiernos culpables como objeto de las mismas. Tales medidas pueden ser tomadas por todo Gobierno interesado para privar a los terroristas de la ocasión y de los medios de ejecutar sus planes y objetivos y para desalentar, identificar y detener a sus autores. Los declaraciones advierten además que "han decidido aplicar estas medidas, en el ámbito del Derecho Internacional y des su propias jurisdicciones, contra todo Estado evidentemente implicado en el terrorismo internacional, ya por patrocinarlo o ya por sostenerlo y, en particular, contra Libia, hasta que tales Estados renuncien a su complicidad con el terrorismo o a apoyarlo". Es de notar que ningún documento internacional anterior se había expresado en términos tan diáfanos, limitándose sólo a meras alusiones a los Estados culpables de actividades terroristas, sin atreverse a nombrarlos. Aquí, en cambio, se cita de forma expresa a Libia, precisamente a la Libia de Muamar el Gadafi, que, por su probado apoyo a tan condenables actividades, pocos días antes el -14 de abril- había sido atacada militarmente por los Estados Unidos (149). Parece que esta mención se debe principalmente a la presión de Estados Unidos y de Gran Bretaña y que fue, al fin, incluida en la Declaración tras cierta resistencia de algunos de sus firmantes, vencida en el último momento, lo que motivó el retraso de su publicación (150).

A continuación, se enumeran tales medidas: a) Prohibición de exportar armas a los Estados que patrocinan o apoyan el terrorismo. b) Limitación estricta del número de los miembros de las misiones diplomáticas y consulares y de otros Organismos oficiales en el extranjero de los Estados que están implicados en las actividades terroristas. c) Control de los

(149) Sobre ello *vide* el siguiente trabajo, de cuyas opiniones disiento, en parte: Serge Regourd: "Raids "anti-terroristes" et développements récents des atteintes illicites au principe de non-intervention", en *AFDI* cit., vol. XXXII (1986), págs. 79-103. En el mismo sentido: Denys Simon y Linos Alexandre Sicilianos: "La "contre-violence" unilatérale. Pratiques étatiques et Droit International", *ibidem*, págs. 53-78.

(150) *Vide Revue Générale de Droit International Public*, 1986, pág. 811.

movimientos de los miembros de estas misiones y Organismos y, si fuera necesario, gran reducción, incluso cierre, de tales misiones y Organismos. d) Prohibición de la entrada a toda persona, incluso al personal diplomático, que haya sido expulsada de uno cualquiera de los Estados de los declarantes, o a la que se le haya prohibido la estancia en él por ser sospechosa de estar implicada en el terrorismo internacional, o que haya sido condenada por ello. e) Mejoramiento de los procedimientos de extradición, de estricto acuerdo con las legislaciones nacionales vigentes, para enjuiciar a los responsables de tales actos de terrorismo. f) Establecimiento del mayor número posible de requisitos en las disposiciones y procedimientos de inmigración y de obtención de visados respecto de los súbditos de los Estados que patrocinan o apoyan el terrorismo, y g) Cooperación bilateral y multilateral lo más estrecha posible entre la policía, los Organismos encargados de la seguridad y las otras autoridades competentes en la lucha contra el terrorismo. Además cada uno de los declarantes se compromete a obrar en las Organizaciones internacionales a las que pertenece de modo que se consiga que estas medidas y otra análogas sean aceptadas y aplicadas por el mayor número posible de Gobiernos.

Por último, afirman que mantendrán una estrecha cooperación para lograr que progresen los objetivos enumerados en la Declaración y que examinarán otras medidas complementarias. Y concluyen: "Convenimos en hacer más eficaz la Declaración de Bonn de 1978 en la lucha contra todos las formas de terrorismo relativo a la aviación civil. Estamos dispuestos a promover y fomentar, tanto bilateral como multilateralmente, la adopción de nuevas medidas por las Organizaciones internacionales u otras instituciones competentes, para combatir el terrorismo internacional en todas sus formas."

Declaración firme, enérgica e inflexible frente al gravísimo peligro y amenaza del terrorismo cada vez más poderoso y eficaz. En este documento se desciende del ámbito de lo puramente abstracto e impreciso, al que nos tenían acostumbrados otros documentos relativos a tal azote, para entrar en el de las medidas concretas y específicas aptas para combatirlo

con éxito. Constituye un buen modelo que ha de seguirse (151).

(151) *Ibíd.*

CONCLUSIONES

En vista de cuanto antecede, se puede llegar ya a una conclusión que, al tiempo que constituyen, en cierto modo, como un resumen de los párrafos precedentes, pueden servir de base para estudio y debate en el I.H.L.A.D.I.

1) El terrorismo es un mal de tal magnitud y gravedad que su completa erradicación rebasa las posibilidades del Derecho. Sin embargo, las juristas, ante tamaño mal, no pueden permanecer inactivos ni callados: tienen el deber de buscar soluciones y proponer medidas que tiendan a remediarlo o, por lo menos, a mitigarlo.

2) Frente a quienes desisten de definir el terrorismo ante la dificultad que ello implica (152), consideramos indispensable dar una definición del mismo. Si se ha de juzgar a los delincuentes que cometen actos terroristas, éstos deben estar perfectamente tipificados, lo que exige tener un concepto claro, preciso e indiscutible de lo que ha de entender por terrorismo mediante:

a) Un análisis de los elementos y requisitos constitutivos del mismo y un estudio riguroso de su especial estructura;

b) La formulación de una definición que sea el resultado de dichos análisis y estudio, y que permita distinguirlo de otras pretendidas manifestaciones del terrorismo, que, en puridad, no son tales, como, por ejemplo, los denominados "terrorismo de Derecho común" y "terrorismo de Estado".

En consecuencia, proponemos la siguiente definición, a la que hace referencia cuanto sobre el terrorismo decimos en este Anteproyecto de Ponencia: *Actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas; de destrucción o interrupción de los servicios públicos, o de destrucción o apropiación del patrimonio que, realizados sistemáticamente por*

(152) *Vide supra* nota 20, especialmente la referencia a Walter Laqueur

personas a las órdenes de bandas, grupos o asociaciones, tienden a provocar un estado de pánico o de intimidación que altera la seguridad o el orden públicos con fines políticos o sociales.

3) Los métodos y medios violentos, absolutamente reprobables, de que se valen los terroristas para conseguir sus fines descalifican el delito, aunque el móvil sea político o social, rebajándolo a mero delito común, en modo alguno político. El terrorismo supone la corrupción de un fin político o social y, por tanto, quienes lo cometen deben ser tratados como vulgares malhechores o bandidos y nunca como hombre políticos.

4) Debe realizarse un estudio esmerado y objetivo de las causas subyacentes del terrorismo para evitarlas, pero sin subordinar la adopción de medidas contra él a la conclusión de este estudio y a la subsiguiente desaparición de las citadas causas, la que forzosamente ha de ser lenta. La solución del problema del terrorismo es tan acuciante que cuanto se haga contra él exige la mayor rapidez y premura posibles y, en consecuencia, ha de impedirse al respecto todo retraso.

5) Los trabajos de la O.N.U. contra el terrorismo, globalmente considerado, han sido demasiado lentos, si bien últimamente muestran sensibles progresos, por lo que es deseable que continúen, acelerándolos, hasta conseguir un proyecto de Convenio contra el terrorismo en general, aceptable para todos o la mayor parte de los Estados. No obstante, resultan totalmente insuficientes para frenarlo y, por tanto, deben ser secundados fuera de la Organización por todos los medios posibles conforme a Derecho a fin de aumentar su eficacia (153).

(153) Esta ineficacia de la O.N.U. para resolver el problema del terrorismo ha llevado a algunos a propugnar la búsqueda de soluciones nuevas y realmente operativas al margen de ésta, que sean vinculantes para los Estados. Así The International Academy of Trial Lawyers: *Position Paper on International Terrorism* by Dr. Gideon Hausner, John L. Hill, Don C. Brown, Past President, IATL. Adopted by the Board of Directors, October 14, 1983, David M. Harney, President, 1983, principalmente págs. 1-4.

Las actividades de las N.U. contra aspectos parciales del terrorismo han resultado más operativas, pero distan mucho de ser del todo satisfactorias. Los pocos Convenios en esta materia hasta ahora concluidos y vigentes adolecen de contradicciones y ambigüedades y corren el riesgo de perder su eficacia por la práctica abusiva de las reservas. Deben ser completados por otros que no tengan estos defectos, potenciando así la lucha contra el terrorismo. Ha de conseguirse que el número de Estados partes de todos estos Convenios sea el mayor posible, que dichos Estados se comprometan seriamente a cumplir las obligaciones que les imponen y que no formulen reservas que debiliten tales acuerdos.

En cuanto a los trabajos contra el terrorismo realizados fuera de la O.N.U. en Organizaciones internacionales regionales, sólo han dado dos frutos apreciables: los Convenios de la O.E.A. y del Consejo de Europa, ambos vigentes. Pero tanto uno como otro, se prestan a las mismas críticas que los concluidos por la O.N.U. y, además, se refieren únicamente a aspectos parciales del terrorismo, sin atreverse a enfrentarse a éste en su conjunto. Deben pues, completarse con otros más operativos y de mayor alcance, libres de los defectos de los mismos y no susceptibles de reservas que desvirtúen su finalidad, como ocurre con las del Convenio del Consejo de Europa. Se procurará que de todos estos Convenios sean partes el mayor número posible de Estados, para dotarlos de mayor eficacia.

Mención especial merece la "Declaración sobre el terrorismo internacional hecha por los Jefes de Estado y de Gobierno de las siete principales Democracias y por los Representantes de la Comunidad Europea", de Tokio, por ser un documento mucho más coherente que los otros mencionados y ofrecer una lista de medidas concretas contra el terrorismo muy dignas de tenerse en cuenta para cualquier acuerdo posterior que trate de atacar este mal.

Sin embargo, tal documento tiene una doble limitación, que le resta importancia: a) No es un Convenio entre Estados, con todo lo que ello implica de obligatoriedad para éstos, sino una mera declaración de Jefes de Estado y de Gobierno, que expresan sus propositos e intenciones. b) Se trata de los Jefes

de Estado y de Gobierno sólo de unos cuantos Estados, aunque éstos sean importantes y poderosos.

6) Muy loable la contribución doctrinal, tanto individual como colectiva, para estudiar y tratar de resolver el problema del terrorismo. En las negociaciones internacionales a éste relativas han de ser teñidos muy en cuenta estos trabajos que proporcionan ideas y proponen soluciones, en especial las Resoluciones y Recomendaciones de Asociaciones internacionales de juristas.

7) Estimamos de la mayor importancia la prevención de los actos terroristas.

Para evitarlos, todos los Estados tienen, en virtud del Derecho Internacional, la obligación, que deben cumplir rigurosamente, de abstenerse de organizar o de fomentar tales actos, ayudar a ellos, participar en los mismos, o tolerar en sus territorio actividades para su ejecución. El incumplimiento de tal obligación, no sólo constituiría un hecho internacionalmente ilícito, engendrador de la correspondiente responsabilidad internacional, sino que, dada la suma gravedad del terrorismo en cuanto atentatorio contra los más fundamentales derechos y libertades del hombre, será un crimen internacional, con lo que ello supone de aumento de dicha responsabilidad. En cualquier caso, le sería aplicable lo dispuesto al respecto por el Capítulo VII de la Carta de las N.U., si así lo determinara el Consejo de Seguridad. En el caso de que sugiera alguna controversia jurídica en cuanto al incumplimiento de la mencionada obligación, aquélla sería sometida al Tribunal Internacional de Justicia.

Además, independientemente de lo dicho en el párrafo anterior, los Estados, en el mayor número posible, deben ponerse de acuerdo, mediante Convenios de otra forma, para adoptar una serie de medidas que tienen por objeto prevenir y dificultar las actividades terroristas. Así, por ejemplo, intercambiándose cuanta información policial o de otra índole tengan a este propósito y, en general, cooperando lo más estrechamente posible la policía, los organismos encargados de la seguridad y las demás autoridades competentes en la lucha contra el terrorismo; prohibiendo la exportación de armas a los Estados que lo patrocinan o apoyos; limitando estrictamente el número de los miembros de las misiones

diplomáticas y consulares y de otros organismos oficiales en el extranjero de dichos Estados; controlando los movimientos de tales miembros y, si fuere necesario, reduciendo grandemente, incluso cerrando, las mencionadas misiones y organismos; prohibiendo la entrada a toda persona, hasta al personal diplomático, que haya sido expulsada de uno cualquiera de los Estados que así lo convengan, o a la que se le haya prohibido la estancia en él por ser sospechosa de estar implicada en actividades terroristas, o que haya sido condenada por ellas; estableciendo el mayor número posible de requisitos en las disposiciones de los procedimientos de inmigración y de obtención de visados respecto de los súbditos de los Estados que patrocinan o apoyan el terrorismo, etc. Por otra parte, los Estados deben comprometerse a obrar en las Organizaciones internacionales a las que pertenezcan de modo que consigan que estas medidas y otras análogas sean aceptadas y aplicadas por el mayor número de Estados.

Por último, en cuanto a las medidas preventivas, debe tenerse en cuenta el importantísimo papel desempeñado por el inductor del delito, incluso cuando éste no llegue a consumarse. A menudo la preocupación por el ejecutor del mismo nos hace olvidar a quien lo instiga a su comisión o, simplemente, crea un clima favorable a ella. En todas las legislaciones penales deben ser prohibidas y severamente castigadas la apología del terrorismo y la incitación a él. En los Convenios contra el terrorismo debería incluirse siempre una cláusula por la que los Estados partes se obliguen a introducir en su Derecho interno disposiciones en tal sentido, si no las tienen ya.

8) Si, a pesar de lo dicho precedentemente, todas las medidas preventivas propuestas resultaran insuficientes y se cometiera un delito de terrorismo, habrá que evitar que éste quede impune, aplicando estrictamente el principio "aut de re aut judicare".

Ello requiere facilitar lo más posible la extradición y el enjuiciamiento del presunto delincuente político sino como delincuente común, perfeccionando los procedimientos de extradición para que sea juzgado lo antes posible y prestándose los Estados, con tal fin, la máxima asistencia judicial. Al efecto, se excluirá expresamente a los terroristas de las cláu-

sulas que en los Convenios de extradición exceptúan de ésta a los delincuentes políticos, si no se hubiera hecho ya. Por las mismas razones, tampoco podrá alegarse en favor de dicho delincuente que el acto por él realizado, aunque en sí mismo no sea un delito político, tiene conexión con un delito de esta naturaleza, o se ha inspirado en móviles políticos, y así se hará constar también en los citados Convenios.

Quizá fuera conveniente volver a la vieja idea de la Sociedad de Naciones sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional para juzgar a los terroristas. Con tal objeto, un Convenio quedaría abierto a la firma de los Estados que lo aceptaran. Este Tribunal estaría constituido por eminentes juristas, especialmente penalistas, de distintos Estados, pero nunca de Estados implicados de alguna manera en actividades terroristas.

Oviedo, abril de 1988

ESTUDIOS

LOS DERECHOS DE LA HUMANIDAD EN EL SISTEMA JURIDICO INTERNACIONAL

Aldo Armando COCCA
Miembro del IHLADI

Introducción.

La historia de la ciencia jurídica está llena de paradojas. El ser humano es, por esencia un ser de comunicación, es decir, el sujeto del derecho de las comunicaciones. Desde su llanto al nacer es un ser comunicado socialmente. Y mientras viva, hasta la última mirada del agonizante, no pierde ese carácter. Sin embargo, el derecho a comunicarse no encontró cultores decididos hasta la década de 1970. Hoy sabemos que la comunicación empieza en la vida fetal. Mediante la haptonomía los médicos pueden comunicarse con el feto por el tacto a través de la pared del vientre de la madre. Y de este modo puede también comunicarse con sus padres, que lo ayudarán a presentarse bien, mediante el tacto y la palabra, en el momento del parto. Pero el derecho de las comunicaciones no tuvo un desarrollo humano, sino material, tecnológico. Adquirió gran impulso a comienzos del siglo con los cables submarinos, luego la radiodifusión, y sucesivamente la televisión, telex, facsímil. No se advertía al titular del derecho y protagonista de toda la regulación que empezó a elaborarse, así como obviaron lo primero en informática: determinar el sujeto jurídico a respetar: el hombre. Por mi parte, empecé a emplear la expresión derecho a comunicar-se, al que definí desde esos comienzos, como un derecho humano fundamental y una necesidad social universal.

En la segunda mitad del siglo pasado, respondiendo a intereses y presiones no científicas, se comenzó la obra de transferencia de la personalidad jurídica a entes artificiales, ficticios, que gustaron llamar personas legales, personas morales y hasta personas jurídicas. Olvidaron que la única persona jurídica es el hombre. Las otras, a las que no se debe llamar personas (salvo que se emplee esta palabra en su acepción clásica: máscara) fueron desplazando al ser humano de la posición que siempre ocupó desde los albores de nuestra

civilización. Quien haya leído los seis tomos de la primera edición italiana de la monumental obra de Giorio Giorgi sobre la persona jurídica, publicada a comienzos de siglo, retendrá como muy válida esta síntesis de sus reflexiones: «Pensar que el derecho fue creado exclusivamente para el hombre: *cum hominum causa omnes ius constitutum sit*; El jurisconsulto romano hizo de tí un César: los modernos abogados pretenden reducirte a la nada».

Con la humanidad se observa lo mismo. La humanidad existe, como sujeto jurídico, desde que existe el hombre; y se presenta a título singular, como familia, como pueblo. Los derechos del hombre, de la familia y de los pueblos se fueron reconociendo y proclamando. Pero no se observó entusiasmo en reconocer la titularidad jurídica a la Humanidad. Contra esa paradoja jurídica, que afecta nada menos que al género humano por entero, comencé mi labor de dilucidación en 1947, siendo estudiante de Derecho. Mi punto de apoyo fueron las ciencias físicas, las de mayor prestigio, y con una luminaria indiscutida: Albert Einstein. No me apoyaba en las ciencias físicas para seguir la moda de excluir el factor humano para que sean objetivas, sino todo lo contrario. Expresaban una realidad y aportaban un método que sirvió a Newton para unificar la gravedad terrestre (la fuerza que hace caer a las manzanas) con la gravedad celeste (la fuerza que mantiene a los planetas alrededor del sistema solar), a Maxwell para unificar las fuerzas de la electricidad y el magnetismo; a Einstein para unificar los conceptos de espacio y tiempo. Faltaba la unificación final, que fue el sueño que no pudo convertir en realidad Einstein y que en nuestros días lo intenta Stephen W. Hawking.

Decíamos en 1947: «La realidad jurídica es un todo, que el método científico analiza en sus partes, conocidas por ramas o disciplinas del derecho. Todos los acontecimientos que ocurren en el mundo -decía Albert Einstein- están determinadas por las coordenadas x , y , z , y por la coordenada t . Igualmente se puede afirmar que todos los actos del hombre están regidos por el derecho y determinados por la moral. La moral es anterior a éste, como lo demuestra la historia del derecho y la arqueología o embriología jurídica. Por eso, cuando se establece la regla por el legislador, ella ya conoció

el acto y aplicó la propia. Sucede como en el mundo físico, en que las leyes no han sido aún todas descubiertas. Pero el mundo físico lleva sobre el jurídico una ventaja: sus leyes se cumplen con anterioridad a que las estudie y reglamente el hombre. A nadie se le ocurrió arrojar al vacío antes que Sr I. Newton observara la caída de un cuerpo o de que publicará su obra *Philosophiae naturalis principia mathematica* (1687), so pretexto de que no era conocida la ley de gravitación universal. Sin embargo, muchos violan las leyes morales e hieren al derecho escudados en una omisión del legislador (1). Luego desarrollé más la idea de un derecho universal de la humanidad en mi tesis doctoral, 1953 (2). En el orden internacional mis primeros trabajos fueron: *Die Rechtliche Natur des Weltraums* (3) presentado en Innsbruck en 1954 y publicado en Viena en 1955; en 1956 expongo en Roma la cuestión del método en *Methode pour l'investigation des problèmes juridiques que pose la conquête de l'espace interplanétaire* (4); y en 1957 *Verfahren zur Erforschung des Weltraums ergebenden Rechtsprobleme* (5) todos ellos antes de la era espacial, que es el período de la historia del derecho que corresponde al reconocimiento y proclamación de la humanidad como sujeto jurídico y centro del nuevo sistema jurídico internacional.

(1) Aldo Armando Cocca, *Convenciones Internacionales de Aeronavegación*, Curso de Investigación de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 246 págs. dactilografiadas, p. 1, ejemplares en la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales del Espacio, Buenos Aires.

(2) Aldo Armando Cocca, *Derecho Internacional Aeronáutico y un Derecho en Formación: el Interplanetario*, Tesis doctoral, Buenos Aires, 1953, 362 págs. dactilografiadas, Archivos mencionados en la nota anterior.

(3) Aldo Armando Cocca, *die Rechtliche Natur des Weltraums, Bericht Über den V. Internationalischen Kongress*, Innsbruck, 5 bis 7 August 1954, Spring Verlag in Wien, 1955, p. 283-290.

(4) Aldo Armando Cocca, *Methode pour l'investigation des problèmes que pose la conquête de l'espace interplanétaire*, Associazione italiana Razzi, *Rendiconti del VII Congresso Internazionale Astronautico*, Roma, 17-22 Sept. 1956, p. 155 y ss.

(5) Aldo Armando Cocca, en revista *Zeitschrift Für Luftrecht*, vol. 6, Nº 2, 1.4.57, p. 75, Berlín.

I. RECONOCIMIENTO Y DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

1. *La Magna Carta, la doctrina y los textos constitucionales ingleses.*

La *Magna Carta*, *Great Charter*, *Gran Carta* toma su nombre y recoge la idea de la carta garantizada por Enrique I al ser coronado en 1100. Fue firmada por el rey Juan Sin Tierra el 23 de junio de 1215 y confirmada por su hijo Enrique III en 1264. Es considerado como el documento base de las libertades inglesas. Reconoce libertades -no libertad- y, en sentido medieval libertades significa privilegios. Pero tiene gran significación en la historia constitucional de Inglaterra y más allá de la gran isla. Establece, en primer lugar, que el rey está sujeto a la ley. Naturalmente se trata de la ley y los contratos con los barones del reino, quienes exigían el respeto de sus privilegios. Pero fue el camino para reemplazar el derecho feudal por el derecho de la tierra (derecho de propiedad) y el pueblo como un todo, que podrá tomar el lugar que antes correspondía a la baronía feudal. La Carta determina, en último análisis, que el rey debe respetar la ley de Inglaterra. La Carta «fué redescubierta» a fines del siglo XVI y en el XVII (Petición de Derechos 1627. Habeas Corpus 1679, declaración 1689). Y el pueblo inglés contó con una abundante bibliografía de literatura política, que incluso alcanzó amplia difusión, cosa extraña para la época. «En los años que median entre la Reunión del Parlamento amplio de 1640 y la vuelta de los Estuardos en 1661, se publicaron en Inglaterra más de veinte mil folletos políticos... Ahora se trataba de literatura popular: esa masa de escritos había sido escrita para las masas» (6).

Los documentos del siglo XVII siguen los lineamientos de otros grandes principios declarados en el Carta Magna, como el que todo acusado debía ser juzgado por sus iguales; ningún impuesto podría decretarse sin el consentimiento del Gran

(6) Walter Theimer, *Historia de la ideas políticas*, versión española Ed. Ariel, 1959, p. 125, Barcelona.

Consejo de Barones; nadie podía ser apresado sin causa legal y pronta acción de la justicia.

El intento de resumir la teoría constitucional del siglo XVI lo emprende Sir Thomas Smith en *De Republica Anglorum*. Sir Edward Coke se muestra como uno de los más esclarecidos constitucionalistas. La llamada revolución puritana era obra de los individualistas más rebeldes, separatistas, considerados como la extrema izquierda para la época y que tuvo gran influencia en la constitución de los estados Unidos. Pero quien exalta los derechos humanos con calificada doctrina fue Locke.

El correinado de William y Mary, ambos por su propio derecho, desembocó en los hechos de 1688 y 1689, que constituyeron lo que se llamó la revolución de 1688. Se declaró ilegal mantenerse en pie de guerra, siendo éste el único principio constitucional nuevo reconocido. Desde entonces quedó sepultada en Inglaterra la teoría del derecho divino como principio de gobierno (7). En 1689 el Parlamento aprueba el *Bill of Rights*, para impedir la restauración del absolutismo real.

Las ideas de Locke se reflejaron en la constitución inglesa para América, promulgada el 1º de marzo de 1669.

2. *Documentos constitucionales que precedieron a la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y Constitución de 1787.*

El *Mayflower's Compact* de 1620; las *Fundamental Orders*, de 1639; la *Declaración de los Derechos de los Colonos, como Hombres, como Cristianos y como Ciudadanos* de Boston de 1772, son antecedentes de la Constitución de Virginia, de 1776. Esta constitución es sancionada el 12 de junio de 1776, tres semanas antes de la Declaración de la Independencia, el 4 de julio de ese mismo año. Tiene particular significación porque, como bien se ha señalado, constituye la primera de

(7) W.E. Lunt, *History of England*, p. 463, Hooper & Brothers, New York-London. (Revised edition).

declaración de derechos de carácter humanista y general que conoció la historia del hombre. Virginia fue el primero de los nuevos estados norteamericanos en darse su constitución, precedida de una declaración de derechos; tanto su espíritu como su letra sirvieron de modelo a las declaraciones de derechos que sancionaron los demás estados norteamericanos y asimismo a la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 (8).

Como acto jurídico principal en lo político del siglo XVIII, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787- de siete artículos- reconoce derechos políticos a los ciudadanos. Las posteriores propuestas del Congreso de los Estados Unidos del 2 de septiembre de 1789, que entraron en vigor el 15 de diciembre de 1791, contienen las primeras diez enmiendas a la Constitución. Estas eran originalmente doce, pero las dos primeras no alcanzaron el número requerido de ratificaciones. Es conocida como *Bill of Rights of the United States of America*. Proclama las libertades de religión, de palabra, de prensa, de reunión, de peticionar al gobierno, de guardar y utilizar armas, la necesidad del consentimiento previo del dueño de casa para que un soldado pueda hospedarse en tiempo de paz, disposiciones relativas al procedimiento judicial, juicio y castigo, justa indemnización cuando la propiedad privada es tomada para uso público; juicio público y rápido, derecho al juicio por jurados, prohibición de multas o fianzas excesivas. Declara igualmente que la enumeración en la Constitución de algunos derechos no debe ser interpretado como negación o desaparición de otros, retenidos por el pueblo. Los derechos no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, y no prohibidos por ella a los estados, quedan reservados, respectivamente a los estados o al pueblo.

La Constitución de los Estados Unidos resultó modelo para muchas naciones y, en primer lugar, para el resto de América. Entre sus méritos, debe señalarse que pone los derechos del hombre por encima del ya limitado ámbito de

actuación del poder público en cualquiera de sus formas y garantiza de un modo eficiente el principio de inconstitucionalidad, que implica la supremacía del derecho en las relaciones humanas y políticas.

3. *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.*

La libertad, la igualdad y la fraternidad fueron palabras que lograron su cuño jurídico en la Asamblea Nacional de Francia. Se debatieron en sus alcances y contenido en las sesiones de los días 20, 21, 23, 24 y 26 de agosto de 1789, reconocidas en la Declaración, que fue aprobada por el rey.

Diecisiete son los principios proclamados por esta declaración. Significaron mucho en su tiempo y en América, que fue el continente heredado de la Corona española que mejor partido tomó de los aciertos del documento. Y, entre ellos, se ha afirmado que la Argentina comienza un proceso político liberal a partir de 1853, que sólo había tenido lugar con anterioridad a esa fecha en Inglaterra desde 1688 y en los Estados Unidos de América en 1789, con el llamado milagro de Filadelfia. Este proceso que hizo de la Argentina el tercer país liberal del mundo constituyó un hito para la humanidad que no ha sido reconocido en su profunda dimensión histórica (9).

Sin embargo, debemos consignar que los principios de la Declaración de 1789 no se cumplieron todos cabalmente, ni en la propia Francia. El menos observado es el relativo a impuestos, que la Asamblea llamó con mayor acierto «contribución común». Es el principio XIII: «Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración, es indispensable una contribución común. Ella debe ser repartida por igual entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades». Este principio se complementa con el XIV, que es donde los gobiernos se apartan de su observancia: «Los

(8) Segundo V. Linares Quintana, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, T. II, Abeledo-Perrot, 1970, p. 576-580, Buenos Aires.

(9) Armando P. Ribas, La Argentina, *Faro de la Humanidad*, diario *La Nación*, 3 febrero de 1990, p. 7, buenos Aires.

ciudadanos tienen el derecho de comprobar por sí mismos o por medio de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, seguir su aplicación y determinar la cualidad, la cuota, el sistema de cobro y la duración de ella».

Lo que sobrevino en Francia después de adoptada su Declaración resultará siempre sorpresivo. Un evidente y desenfrenado desequilibrio entre las pasiones de los inspiradores y la serenidad de las leyes ensombreció un hecho llamado a tener benéficas consecuencias generales, dentro y fuera de Francia. Los beneficios resultaron mayores fuera de Francia. Un elemento nuevo asomó en la vida política de esa gran nación: el terror. ¿Cómo compatibilizar la fraternidad con el terror? ¿Cómo exaltar el valor de la persona humana con el advenimiento de un poder hasta entonces desconocido en Europa, un poder meramente militar que adoptaba la forma de gobierno por la cual se había hecho la revolución? ¿Cómo aplaudir las guerras masivas, como las napoleónicas, que privó a la nación de su juventud y significó más pérdidas de vidas que las guerras mundiales en que intervino Francia en el presente siglo? ¿Cómo comprender que en plena vigencia de la Constitución de 1791 pudiese desembocarse en un absolutismo superior a los conocidos por ese pueblo, llevado hasta la idolatría del gobierno unipersonal bajo el manto imperial. Serán dos los imperios y dos las restauraciones monárquicas. Bien es sabido que lo mejor logrado del período napoleónico fue el Código Civil de Francia. En una palabra, la obra prudente de sus iluminados juristas. Como digno homenaje a quien pidió se lo redactara, la posteridad lo llama Código Napoleón. Su influencia en el derecho civil ha sido tan expandida como la Declaración en derecho constitucional. Imposible conciliar la moderación de los Mirabeau con el extremismo de los Saint Just, ni el abuso del poder de los jacobinos con los textos constitucionales que tan pronto se resquebrajaban. Los mismos franceses se preguntan hoy cómo pudieron darse esas contradicciones en una nación tan civilizadas, tan espiritual y tan culta. Los protagonistas fueron los primeros en advertir las desviaciones: Tocqueville no puede explicar cómo el movimiento que dio origen a la constitución de 1791, un jalón que parecía el mejor logro de la ciencia jurídica y la mejor receta para el bienestar del

pueblo que la había adoptado, el mayor exponente de la tradición francesa en derechos del hombre, haya servido para concluir con los derechos privados. Y que se reemplacen estos derechos por «la utilidad pública», expresión que no comprenden ni los que la invocan ni los que la padecen.

Con relación a la posición de la Argentina en el contexto de las naciones por el valor de sus principios constitucionales, debe saberse que esto es observable desde los primeros esfuerzos de organizarse jurídicamente. En efecto, en los estatutos y documentos políticos que precedieron a la Declaración de la Independencia, entre 1810 y 1816, se registra un número mayor de derechos reconocidos a la persona humana que en la Constitución de los Estados Unidos de América hacia esa fecha, incluidas sus enmiendas. Tuve oportunidad de agruparlos en dieciséis capítulos. E incluso comprobar que no falta ninguno de los proclamados por las Naciones Unidas en su Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (10). Hay más. Nuestro más notorio constitucionalista, Juan Bautista Alberdi, en su crónica dramática *La Revolución de Mayo* pone en boca del pueblo exaltaciones y vivas a Lafayette, Rousseau, Washington, Montesquieu, Sydney, Diderot, particularmente al Ciudadano de Ginebra. Esto me llevó a reflexionar: «De esta suerte, Rousseau, en una tierra que le fue desconocida, vendría a recibir un homenaje y un reconocimiento superiores a los tributados en la propia y en parte alguna». (11).

4. Los fueros hispánicos.

España brinda al mundo el derecho de sus fueros municipales a partir del siglo IX. Se conoce, en el siglo X, el de

(10) Aldo Armando Cocca, Los Derechos Humanos en los Estatutos y Documentos Políticos que precedieron a la Declaración de la Independencia, Academia Nacional de la Historia, *Cuarto Congreso Internacional de Historia de América*, T.V. Buenos Aires, 1960, pp. 446-523. La cita es la p. 522.

(11) Aldo Armando Cocca, *El Teatro de Juan Bautista Alberdi*, Ed. Talía, 1960, p. 33, Buenos Aires.

Castrojeriz, muy completo para la época. Los del siglo XI representan un verdadero avance en el reconocimiento de los derechos individuales. El que se destaca sobre los de la época es el *Fuero Municipal de Cuenca*, el más notable de los que rigieron en el reino castellano-leonés, de fines del siglo XII.

Pero aun más remoto es el origen del *Fuero Juzgo*, llamado también *Forum Judicum*, *Liber Gothorum*, *Codex Legum*, *Liber Judiciorum* y *Fuero de los Jueces*. Se elaboró entre 642 y 649 y, enmendado, se presentó en el Concilio de Toledo, en 653. fue redactado en latín y en ese idioma promulgado y conservado hasta Fernando III el Santo, quien dispuso su traducción al romance, al darlo como fuero propio de la ciudad de Córdoba. Rico en doctrina legislativa, superior a las codificaciones de su tiempo, refleja con propiedad la sociedad en la que rigió. Ha perdurado no sólo por ser en el orden histórico la primera recopilación de leyes españolas, sino por el progreso que representó en cuanto a contenido, como así por la unidad que significó de la legislación. Fue compuesto en 12 libros, divididos en títulos y en leyes. Abarca todos los derechos de la época, incluido el internacional.

El *Fuero de León*, concedido por Alfonso V en las cortes de León en 1020, fue reformado y actualizado por Alfonso VI. Debe tenerse en cuenta que en ocasión del Concilio de León de 1029, la reina Doña Elvira, esposa de Alfonso V, con la colaboración de los obispos, abades y magnates de León, Asturias y Galicia mejoró la redacción y amplió las concesiones de su marido el rey. Estuvo vigente por más de tres siglos, hasta el Ordenamiento de Alcalá. Fue ampliado en 1188, con el nombre de *Magna Carta Leonesa* por obra de Alfonso IX, con la colaboración del arzobispo compostelano, los obispos, magnates y ciudadanos del reino.

Cronológicamente podemos citar el *Fuero de Jaca* de 1064, el *Fuero de Cataluña*, o conjunto de las fuentes del derecho catalán, a partir de los *Usatges*, promulgados por Ramón Berenguer I en 1068, al que siguen las *costumbres de Barcelona*, compiladas con el nombre de *Recognoverunt Proceres* de Pedro III, en 1283 que con las leyes y capítulos de cortes, formaron el cuerpo jurídico titulado *Constituciones de Cataluña*. Al fuero de Sepúlveda de 1076 sucede en orden histórico el *Fuero de Logroño*, concedido en 1095 por Alfonso VI

a esta ciudad, el cual, por la excelencia de sus privilegios, franquicias, derechos y libertades, se hizo extensivo a Vitoria, y fue considerado como el cuaderno legislativo general de la Rioja, Provincias Vascongadas y gran parte de Castilla. En 1118 Alfonso VII concede el *Fuero de Toledo* a los mozárabes, castellanos y francos de esa ciudad. Semejantes derechos alcanzan a los pobladores y vecinos de Tudela en 1127 y de Oreja, en 1139.

El *Fuero de Guipúzcoa*, se remonta a la obra legislativa de Sancho el Sabio, quien en 1150 promulgó el fuero de San Sebastián. La primera compilación ordenada se redactó en 1375, en Tolosa. Carlos III en 1761 mediante real decreto de confirmaciones de derechos, libertades y privilegios reconocidos, los amplió y dispuso se guardarán y cumplieran estos fueros y que la provincia pudiese reclamar siempre que creyere perjudicados sus fueros por alguna disposición soberana.

En 1173 se celebra la asamblea de la que surgen los fueros de Fontaldara y en el año 1188 los de Gerona. Luego se ubica el *Fuero de Cuenca*, al que ya nos hemos referido, de 1190, que por su extensión y abundancia de disposiciones significó una completa recopilación de los usos y costumbres de Castilla y León.

El *Fuero Viejo de Castilla*, presentado por los nobles a Alfonso VIII en Burgos en 1212, no fue promulgado por el rey, en vista de lo exagerado de algunos privilegios. Pero los nobles lo pusieron en práctica y los monarcas que se sucedían lo consentían tácticamente. La nobleza consiguió en Lerma que Alfonso X derogase el Fuero Real y sancionase esta colección, que se llamó Fuero Viejo de Castilla. Completado por Alfonso XI, fue publicado en 1356 por su hijo León I.

El fuero de Villafranca se sanciona en 1218, el de Villaviciencia, fue dado por el abad Sahagún en 1221. El Fuero de Aragón fue ordenado por Jaime I el Conquistador y aprobado por las cortes de Huesca en 1247. El Fuero de Valencia se debió al mismo rey, quien lo hizo aprobar por las cortes de Valencia. Se publicó en 1239 y se revisó en 1270. En 1482 se formó una colección de leyes que abarca desde 1283 a 1440, completada en 1542. Felipe V abolió los fueros Valencianos en 1707, mediante el mismo decreto que determinó la aboli-

ción del fuero de Aragón, y ordenó que se aplicarán las leyes de Castilla.

El *Fuero Real*, conocido también como *Fuero del Libro*, *Fuero de Castilla*, *Flores de las Leyes*, *Fuero de la Corte* y *Libro de los Consejos de Castilla*, fue comenzado por Fernando III para unificar los fueros municipales y nobiliarios. Alfonso X lo publicó en 1255, para todos sus dominios. Contiene 550 leyes. a pesar de tratarse de un código uniforme, claro, metódico, que abarca las principales materias legislativas sólo fue observado por 17 años, porque una conjuración de los nobles obtuvo su derogación, quedando luego como ley procesal.

Los derechos de los habitantes de la ciudad de Navarra arrancan del *Fuero General* de 1287, que fue objeto de reformas en 1330, 1418 y 1525. El *Fuero General de Navarra* fue sancionado en 1680. El *Fuero de Alava*, procede del *Privilegio de Contrato* pactado por Alfonso XI en Alava, a través del *Convenio de Arriaga* (1332).

Es de señalarse que el *Fuero de Avila*, otorgado por Alfonso VI, concedía a los naturales de esta población asturiana derechos, libertades, franquicias y exenciones importantes. Establece la igualdad ante la ley de todos los habitantes, la libertad individual, la inviolabilidad del domicilio, el derecho de propiedad y de disponer libremente de sus bienes, entre otros grandes progresos para el estado llano.

El 1343 se establece el *Fuero de Vizcaya*, con motivo de su separación de la provincia de Alava. Esta recopilación es completada en 1452 y aprobada por Enrique IV. Bajo el reinado de Carlos V se sancionó una nueva recopilación, en 1526.

Navarra y las provincias vascongadas han tenido siempre un régimen especial. El *Fuero de las Provincias Vascongadas* recoge las leyes generales de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, que hemos visto.

Jaime I el Conquistador otorgó el *Fuero de Mallorca* en 1230, es decir, antes que a Aragón y Valencia, por la conducta de sus habitantes frente a la corona.

Para no extendernos más, recordaremos que el célebre *Ordenamiento de Alcalá*, de 1348, derogó algunos de los fueros mencionados, significó un extraordinario adelanto pa-

ra la concepción de los derechos del hombre para la época y tuvo mayor ámbito territorial de aplicación.

Aunque en la Edad Media los privilegios y exenciones se concedían generalmente a una provincia o a una ciudad, también se han hecho referencias a derechos y libertades individuales de carácter general. Muchos de los fueros hispánicos son precursores en tal sentido en Europa. Su valor como leyes básicas o principios básicos, han desafiado los siglos, puesto que es dable observar su supervivencia en el régimen peculiar de las Provincias Vascongadas y de Navarra.

Estos múltiples antecedentes de legislación foral, corresponden a los siete siglos de la reconquista, desde 756 a la toma de Granada por los Reyes Católicos. Surgen con el carácter fundacional primero y legal después. En las cartas pueblas, por las que se distribuía la tierra, además de las obligaciones y leyes estatuidas, se concedían gracias y privilegios, que no se gozaban en otros pueblos, beneficios que provocaron corrientes de inmigración. Los fueros se convierten en fuentes locales de derecho que pueden emanar del monarca, o de grandes señores, con limitación del poder, que se traducían en el reconocimiento de libertades diversas (12).

Si bien la Constitución de Virginia fue primera en su tipo y para un estado moderno en contar con una declaración de carácter humanista y amplia, los fueros, limitados a una ciudad, a una provincia, o a un reino -pequeño como lo fueron en la Edad Media- resultaron precursores de los movimientos iniciados en América del Norte en el siglo XVIII y expandidos en todos los estados del Nuevo Mundo en el XIX.

(12) Germán G. Bidart Campós, *Derecho Constitucional*, T.II. Ed. Ediar, 1966, p. 86/87, Buenos Aires.

III. AMPLIACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LOS PUEBLOS POR ORGANIZACIONES DE NACIONES.

1. *La Carta de las Naciones Unidas.*

La Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, contiene en su preámbulo y su artículo 1º conceptos básicos y principios fundamentales que significan el comienzo de un camino en favor de rescatar la condición humana del hombre y de los pueblos, y abre el proceso para el reconocimiento de la Humanidad como sujeto jurídico.

El estatuto básico del Derecho internacional contemporáneo restituye a los pueblos el papel del que iban despojándolo progresivamente los estados en sus últimas conformaciones. Dice el texto del preámbulo cuyo valor es de singular importancia para la interpretación del tratado, de acuerdo con la Convención de Viena de 1969: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...». Con esta frase, precisa y sin equívocos, los que convienen en elaborar la Carta y establecer la organización de naciones son los pueblos, no los estados - a pesar que algunos regímenes desde su incorporación a través de algunos miembros en la Organización vienen intentando trasformarla en comunidad de estados y se empeñan en utilizar la expresión «inter-gubernamental». Esto último contiene un doble equívoco, porque los gobiernos no son, no han sido y no podrán ser sujetos de Derecho internacional, por una parte. Por la otra, en la parte final del Preámbulo, se establece: «Nosotros los pueblos...» «Hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios». «Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco, que han exhibido sus plenos poderes...». Por consiguiente, tras exhibir sus plenos poderes, al ser encontrados en buena y debida forma... proceden, como mandatarios de los pueblos, a cumplir con los designios anunciados en el preámbulo. Estos designios son: «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infringido a la Humanidad sufrimientos indecibles». Este primer párrafo coloca a los pueblos, -sin distinción de naciones, y a la Huma-

nidad, al hablar de «generaciones venideras» que corresponden a las que viven en la totalidad del planeta y al mencionarla enfáticamente como la víctima de los sufrimientos indecibles, -en el plano de sujetos jurídicos auténticos en el ámbito de las Naciones Unidas y del Derecho internacional.

«Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de los hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas».

«Crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho internacional»;

«Promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad». La justicia, el respeto a las obligaciones, el progreso social, nivel de vida y ejercicio más amplio de la libertad concierne, es decir, es propio e intransferible, de los hombres y de los pueblos.

Los propósitos y principios de los pueblos de las Naciones Unidas son, de conformidad con el artículo 1:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales.
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos.
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

La simple lectura de estas disposiciones de la Carta señala su diferencia de todo otro antecedente, en particular del Pacto de la Sociedad de Naciones, del 20 de junio de 1919. A pesar de tratarse del antecedente más cercano, no existe una preocupación por la dignidad ni la condición humanas y el

concepto de pueblos se halla reemplazado por una fórmula, ya perimida, de «altas partes contratantes».

2. *La Declaración Universal de Derechos Humanos y labor de las Naciones Unidas.*

Tan pronto quedó instalada la nueva organización internacional, se evidenció la voluntad de sus miembros de dar cumplimiento a los designios referidos precedentemente. Es así como el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Muchos pueblos habían reconocido los derechos individuales y las libertades fundamentales del hombre. Pero faltaba una declaración que tuviese carácter universal. Esto no podía lograrse antes de contar con una asociación de naciones realmente amplia, abierta a todos los pueblos. Con la creación de la ONU se brindó el foro más apropiado para intentarlo. Y esto no se demoró. Por eso se ha dicho con razón, que justo es que los abogados y juristas del mundo se congreguen para tributar su homenaje a una declaración que responde a las más altas aspiraciones de la Humanidad (13). La proclamación de Teherán de 1968 declara «obligatoria para la comunidad internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos».

La labor de las Naciones Unidas ha ido mucho más allá de promover esta Declaración difundirla convenientemente, para que sea «divulgada, expuesta, leída y comentada, principalmente en las escuelas y demás establecimientos de enseñanza». En su seno se elaboraron convenciones que fueron ampliando y haciendo más realista y eficaz el respeto de los derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que entró en vigor en 1969, seguida por los dos Pactos de

(13) Eduardo B. Busso, *La Declaración Universal de los derechos Humanos*, *Revista de la Federación Argentina de colegios de Abogados*, N° 1, p. 20, 1968, Buenos Aires.

1976 (el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, igualmente de 1976, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1981, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes, de 1987, la más reciente, la Convención sobre los Derechos del Niño, fue adoptada por la Asamblea General el 5 de diciembre de 1989, y está muy avanzado el proyecto de Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migrantes y de sus Familias.

Al entrar en vigor las convenciones que prevén la aplicación de normas internacionales, se ha ido elaborando gradualmente un sistema que comprende la creación de órganos encargados de supervisar el cumplimiento de las disposiciones estipuladas en dichos tratados que garantizan el goce de los derechos y libertades fundamentales de las personas. El sistema de supervisión relativo a la aplicación de las convenciones de las Naciones Unidas sobre derechos humanos comprende más de 150 naciones que por lo menos son partes en una de las convenciones referidas (14).

Las Naciones Unidas cuentan con una Comisión de Derechos Humanos, órgano principal de las Naciones Unidas que se ocupa de los derechos de las personas y, como tal, proporciona una orientación política general. Nació antes de adoptarse la Declaración Universal, dado que quedó establecida en 1946 como una de las comisiones orgánicas del Consejo Económico y Social, y entre otras funciones, posee la de recomendar medios para promover los derechos humanos. Su mandato es amplio, dado que puede ocuparse de cualquier asunto relacionado con los derechos individuales, incluso

(14) Véase: José L. Gómez del Prado, *Organos y Mecanismos internacionales de supervisión establecidos por las Convenciones de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos*, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, julio-diciembre de 1987, N° 6, p. 21 y ss, San José, Costa Rica.

puede adoptar medidas directas ante pruebas de violaciones en gran escala. Para su labor establece órganos de expertos. Además de la Comisión, ha de recordarse que los foros principales relacionados con los derechos del hombre son la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, y otras comisiones y comités de carácter permanente. Estos órganos ofrecen estudios que pueden servir de base para la preparación de proyectos de instrumentos o para la formulación de principios generales. Algunos instrumentos, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha instituido un Comité de Derechos Humanos especial, con facultades para hacer observaciones generales a los estados interesados, así como al Consejo Económico y Social.

La Declaración Universal fue adoptada en París, en homenaje a los derechos del hombre y del ciudadano proclamados por la Asamblea Nacional de Francia, y a René Cassin, autor del primer proyecto de declaración universal y principal redactor del texto de 1948. Sólo ocho estados, que niegan la titularidad jurídica internacional del hombre y de los pueblos, se abstuvieron en la votación.

3. *Los derechos del hombre en las Américas.*

Los pueblos de América se organizaron jurídicamente para defender los derechos de la persona humana y de los pueblos que integran la comunidad interamericana a partir de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscripta el 30 de abril de 1948 en Bogotá.

Como en San Francisco, los representantes de las naciones americanas suscriben la Carta «en nombre de sus pueblos». Tales mandatarios destacan en el preámbulo, que «la misión de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones». Declaran hallarse seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana no puede ser otro que el de consolidar en el continente un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Seguidamente aparece la singularización de la Humanidad como sujeto jurídico, en el sexto párrafo del preámbulo: «Determi-

nados a perseverar en la noble empresa que la Humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente». Sólo un sujeto jurídico puede encargar, comisionar, confiar a una organización de naciones un negocio jurídico o una empresa política. Y, como síntesis de propósitos, proclaman que se hallan compenetrados «de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz fundadas en el orden moral y la justicia». Entre los principios, contenidos en el Capítulo II, artículo 5º se proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo». Resulta elocuente el contenido del principio k), hasta entonces no común en cartas políticas: «La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos, y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana». En una palabra, se reconoce la existencia de una cultura humana, que no es otra cosa que un patrimonio cultural de la Humanidad. Y se pone el acento en el más eficaz y recomendable medio para lograrlo, la educación, en el inciso 1) «La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz». En el art. 13, se determina que cada estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral internacional». Entre las funciones del Consejo Interamericano Cultural, merece señalarse la determinada por el art. 74, inc. g): «Fomentar la educación de los pueblos para la convivencia internacional».

4. *La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue proclamada en Bogotá en 1948, junto con la carta de la OEA. Al mismo tiempo se aprobaron diversas resoluciones relativas a temas contemplados en la Carta y la Declaración, como las Convenciones sobre la Concesión de los derechos Civiles de la Mujer; sobre la Concesión de los derechos Políticos de la Mujer; sobre la Condición Económi-

ca de la Mujer Trabajadora y la Carta Internacional de Garantías Sociales. Todos estos instrumentos internacionales se fundaron en resoluciones adoptadas en Conferencias Internacionales Americanas que precedieron a la de Bogotá. La Declaración Americana se fundó en la resolución sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre. La Declaración Americana se aprobó el 2 de mayo de 1948, con lo que precedió a la Declaración Universal. Pero no hay aquí una carrera de prestigio. Bien se ha dicho que la Declaración Americana influyó en la última etapa del proceso de redacción de la declaración Universal, y el proyecto de ésta, es la fase final de la elaboración de aquélla; la Convención Europea en la redacción de los dos Pactos de las Naciones Unidas; los Convenios Internacionales del Trabajo en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Europea y los Pactos en la Convención Americana y todos estos instrumentos en las iniciativas en trámite en otras regiones (15). Lo importante es destacar que había un sentimiento general hacia la protección de los derechos de la persona humana en todas sus formas.

De la lectura del título se desprende que, a diferencia de las precedentes, se ocupa también de los deberes, e incorpora (Art. 25) el derecho a peticionar ante las autoridades, omitido en las conocidas. En el preámbulo, recoge el principio francés de la fraternidad, extendiéndolos al continente, al determinar que todos los hombres "deben conducirse fraternalmente los unos con los otros". Los derechos coinciden, en general, con los que figuraban en el proyecto de Declaración Universal. En cuanto a los deberes, determina la Declaración Americana que los derechos de cada uno están limitados por los de los demás. Entre ellos, se consignan deberes ante la sociedad, con los hijos y los padres, destacándose el deber de instruirse y capacitarse, deber de sufragio, deber de obediencia a la ley, de servir a la comunidad y a la nación, deberes de asistencia y seguridad sociales, deber de trabajar para la subsistencia del

(15) Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, p. 87-88, 1985.

individuo y en beneficio de la comunidad, deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

El 18 de agosto de 1959 la V Reunión de Consulta de Cancilleres Americanos creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de velar por la observancia de los derechos reconocidos en 1948, en la práctica de las naciones del Continente. El Estatuto y la Reglamentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue aprobado el 31 de octubre de 1979. La Comisión, a través de una actividad regular y sostenida, ha dado a los preceptos de la Declaración valor consuetudinario. Al reformarse la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, la Comisión pasó a ser y a desempeñarse como órgano de la OEA (16).

5. *La Convención Americana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.*

La Convención Americana, o Pacto de San José de Costa Rica, en homenaje a la ciudad donde se concluyó el 22 de noviembre de 1969 por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, nace de la Resolución XXXI sobre Creación y Funcionamiento de una Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre, del 2 de mayo de 1968.

Esta convención amplía la nómina de derechos reconocidos y practicados en el Continente, como el derecho de rectificación o de respuesta, el derecho al nombre y a tribunales especializados para menores, etc. También aporta normas sobre el procedimiento de tutela de tales derechos. El Pacto de San José determina las opciones para reconocer la competencia de la Comisión Interamericana, mediante pronunciamiento expreso del Estado que desee ser parte en el

(16) Sobre el valor vinculante de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Su influencia en el Sistema Interamericano y su Valor Vinculante, véase el artículo de Juan Carlos Hitters, en revista *La Ley*, 15 de agosto 1989, p. 213, Bs. Aires.

instrumento, en cualquier momento. Las facultades para denunciar o presentar quejas de violación del Pacto corresponden también a personas, grupos de personas, o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas. En la actualidad, la Comisión desempeña papeles instructores, de prevención y de conciliación. La actuación de la Comisión es previa a la de la Corte.

En cuanto a la jurisdicción de la Corte cualquier estado puede declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre los casos relativos a la interpretación y aplicación de las cláusulas de la Convención. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad. La corte desempeña un papel consultivo. En cuanto a sus funciones jurisdiccionales, no se da el caso de acceso directo de los perjudicados por un acto lesivo a los derechos humanos. La Corte, para evitar daños irreparables a las personas, puede tomar medidas cautelares. Si la corte entiende que hubo violación de un derecho protegido por el Pacto, dispondrá que se garantice al lesionado el goce del referido derecho y, de corresponder, se reparen las consecuencias de la medida lesiva, además del pago de una justa indemnización a la parte afectada. El fallo es definitivo e inapelable y la indemnización será ejecutada en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el estado. Se pueden dar casos de conflictos normativos con constituciones nacionales, lo que se traduciría en la existencia de un vacío, por no haber sido prevista la creación de un tribunal regional. El valor justicia legítima hoy la supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional. Ello importa legitimar la existencia de una autoridad, de una magistratura y de una jurisdicción supranacionales, en especial dentro de un marco integrativo regional, y con particular referencia a la garantía de los derechos humanos, (17).

(17) Néstor Pedro Sagüés, *Jurisdicción Internacional y Jurisdicción Nacional* (A propósito del Pacto de San José de Costa Rica), en Asociación

A iniciativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se creó, como centro autónomo para la investigación científica, con plena libertad académica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica. El primer curso interdisciplinario tuvo lugar en 1983, encarado con integralidad y teniendo en cuenta la universalidad de los derechos humanos, como fenómeno complejo y múltiple. El Instituto publica su revista, que da cabal prueba de seguir esas directivas y considerar los derechos de la persona humana en su integralidad y manifestaciones en todo el mundo.

Debemos igualmente mencionar la primera corte regional, aunque limitada a las naciones de América Central: La Corte de Justicia Centroamericana, creada por la Convención de Washington de 1902. Es considerado como el primer tribunal permanente internacional con jurisdicción obligatoria. Los derechos humanos eran de tal modo protegidos, que los individuos podían recurrir directamente.

6. *La Convención Europea y la carta Social de Europa.*

La Convención Europea o Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales fue firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Nacida dos años después de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue una de las grandes contribuciones del Consejo de Europa al derecho regional con trascendencia internacional. El Consejo, creado el 5 de mayo de 1959, tiene entre sus funciones "La salvaguardia y la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales (art. 1º). La Convención que fue elaborada y concluida en el breve plazo de un año, se refiere sólo a los derechos civiles y políticos. Son protegidos únicamente los derechos y libertades fundamentales de carácter individual. En este sentido, se aparta de los derechos sociales ya contemplados de la Declaración Universal de derechos Humanos y en la Declaración

Argentina de Derecho Constitucional, *Jornadas sobre el Pacto de San José de Costa Rica*, 1988, p. 187 y ss, Buenos Aires.

Americana, aunque algunos de estos derechos son reconocidos en los protocolos anexos. Serán luego consagrados en la Carta Social Europea. Uno de sus grandes méritos, que la señala como ejemplo para otras comunidades de naciones, es el de haber creado un procedimiento de actuación rápida y efectiva, a través de una Comisión y de un Tribunal.

La Carta Social de Europa, cuyo texto definitivo se firmó en Turín el 18 de octubre de 1961, llevó un lento proceso de elaboración, iniciado en 1953 y no alcanzó el consenso de todas las naciones de Europa Occidental, como se esperaba. También tardó cuatro años en entrar en vigencia, pues ello ocurrió recién en 1965. Se refiere, como su nombre lo indica, a los derechos económicos y sociales, resultando así el complemento que integra la protección del hombre en Europa, y en nuevos dominios del derecho. En ese sentido es precursora de los instrumentos internacionales que se elaboran seis años después, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que entraron en vigor diez años después, cuando llevaba ya de vigencia once años la Carta Social. Sus disposiciones tienen carácter jurídico obligatorio y, en ciertas materias, no podrán ser objeto de limitaciones o restricciones. establece mecanismos de supervisión y de control, cuyos órganos ofrecen precedentes que, del mismo modo que la Carta, son citados como fuentes de decisiones, judiciales de parte de tribunales europeos, tanto del trabajo como administrativos, incluida la Corte Federal del Trabajo en la República Federal de Alemania, el Consejo de Estado de Francia o la Corte de apelación de Amsterdam, en casos cada día más frecuentes y en diversos países europeos. Los principios de la carta Social abarcan los derechos del trabajo, derechos sindicales, derecho a la formación profesional, derechos del trabajador y su familia y derechos del extranjero.

7. *La Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos. El Instituto Internacional de Derechos Humanos.*

La Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte o Tribunal Europeo de Derechos Humanos se integran del

mismo modo. La Corte sólo entiende en casos que le han sido sometidos por las partes contratantes o por la Comisión.

Tanto la Comisión como la Corte vienen ofreciendo decisiones de alto valor doctrinario y práctico, a la vez que de reconocida calidad científica. Nos limitaremos a recordar dos casos. En la reclamación de Austria contra Italia, en el caso *Pfunders*. La Comisión determinó el carácter objetivo de la Convención y la primacía de los derechos humanos sobre la idea de reciprocidad y derechos subjetivos de los estados, en definitiva, sobre la soberanía de éstos, todo ello basado en la noción del *common public order*, cuyas vinculaciones con el *jus cogens* son imposible de negar. La Corte Europea, en su sentencia del 21 de febrero de 1975, en el caso *Golder v. Reino Unido*, sostuvo que admitir las garantías de un proceso justo al tiempo que se rechaza el derecho de acceso a la Corte, conduciría a resultados absurdos: un estado podría suprimir sus tribunales, o sustraer a su competencia cierta categoría de asuntos. Para la Corte el derecho de acceso a un tribunal, aun no mencionado expresamente en el artículo 6 de la Convención, constituye un «elemento inherente» al derecho que enuncia dicho artículo. La Corte concluye afirmando que, en el referido caso, hubo violación de la Convención (18).

En Estrasburgo funciona el Instituto Internacional de Derechos Humanos, fundado por René Cassin con el importe del Premio Nobel de la Paz que obtuvo en 1968, además de ser un centro de enseñanza e investigación de primer nivel en derechos humanos, en sus sesiones anuales en esa ciudad, celebra, a partir de 1975, sesiones en otras ciudades del mundo. Cassin lo presidió hasta su muerte, en 1976.

Como bien se ha dicho, el funcionamiento excelente del sistema regional europeo de protección de los derechos del hombre ha sido un elemento más para demostrar y para servir de ejemplo respecto de la posibilidad y de la utilidad en el

(18) José Antonio Pastor Ridruejo, La Convención Europea de Derechos del Hombre, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid 1979, p. 584, 585. Para profundizar en el tema: Manuel Díez de Velasco, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

mundo actual de sumar los sistemas universales y regionales de protección de la persona humana. (19).

IV. EL DERECHO DEL ESPACIO, DERECHO DE LA HUMANIDAD.

1. Doctrina

Así como el Descubrimiento de América para los pueblos occidentales significó la creación del Derecho internacional moderno, en las sabias *Relectiones* de Francisco de Vitoria y sus continuadores, la exploración y utilización del espacio y los cuerpos celestes determinó la creación del Derecho del Espacio. El progreso más importante aportado por la aparición de este nuevo derecho, fue concebir a la ciencia jurídica como propia y común a toda la civilización humana. Su objetivo es unificar en un solo derecho, omnicomprendivo de la especie humana, lo que se conoce por Derecho de Gentes, Derecho Internacional, Derecho de las Naciones, Derecho de la Comunidad Internacional. Su mérito ha sido el de rescatar la condición humana en las relaciones públicas, colocando a los sujetos vivos, los auténticos sujetos jurídicos, en el papel que en los últimos tiempos venía siendo sustituido por los sujetos ficticios, artificiales, formando el círculo de los legítimos titulares de todos los derechos: personas humana pueblos, Humanidad. Primero fue la *opinio iuris* que iba adquiriendo valor internacional a medida que la compartían los iusinternacionalistas de todos los regímenes económicos y sistemas jurídicos en las organizaciones internacionales académicas de alta especialización, como el Instituto de Derecho Internacional, la International Law Association, el Instituto Internacional de Derecho del Espacio, el Consejo Internacional de Derecho Espacial, en su breve existencia, (1962-63) el centro para la Paz Mundial mediante el Derecho, el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio,

(19) Gros Espiell, op. cit. p. 308.

cio, y muchas otras instituciones académicas de reconocido prestigio no específicamente dedicadas al derecho, como la Academia Internacional de Astronáutica, a través de su Sección de Ciencias Sociales y su Comisión de Enlace Científico-Jurídica, o el Comité Jurídico Permanente de la Federación Internacional de Astronáutica (1958-1960), reemplazado por el Instituto Internacional del Derecho del Espacio, así como muchos organismos regionales y aun nacionales que han ejercido significativa influencia en la elaboración de los principios del Derecho del Espacio.

A mi me correspondió una gran responsabilidad, por haber tenido la oportunidad de haber comenzado cuando aún era adolescente los estudios sobre la unificación del derecho a través de un sujeto común, la Humanidad, en 1947. Y por haber presentado en el V Congreso Internacional de Astronáutica, Universidad de Innsbruck, 1954, un trabajo para consideración de los científicos del espacio (20). En este estudio propiciaba la internacionalización de las investigaciones, ensayos y experiencias, teniendo en cuenta que la ciencia constituye un dominio universal de la Humanidad, de modo que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre resultara tarea propia de la Humanidad y para su beneficio. En 1954 propicié, en lugar de una declaración teórica, la posibilidad de contar con un nuevo concepto en el campo del derecho. Llevamos de este modo a su acepción más amplia lo que más tarde se conocería por *joint venture*: desde el esfuerzo intelectual a la construcción del medio para realizar la exploración, con la participación de todos los pueblos, animados por el objetivo común de alcanzar el cosmos y gozar de sus promesas. Debo aclarar que por algunos años, frente a las dificultades, en reuniones oficiales, de alcanzar consenso para la palabra patrimonio en algunos regímenes político-económicos, decidí emplear la expresión *res communis humanitatis*, que superó esas dificultades para el consenso. (21). Esa ex-

(20) Aldo Armando Cocca, además de la publicación cit. en nota 3, su versión española en el libro *Consolidación del Derecho Espacial*, Buenos Aires, p. 55 y ss, Bs. Aires Buenos.

(21) Véase, inter alia, *Determination of the Meaning of the res communis*

presión fue consagrada igualmente por el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional en su VI Congreso (Buenos Aires, 1969), al tratar mi ponencia "Carácter de la misión de los cosmonautas ante la incorporación de la Luna al patrimonio común de la Humanidad". El Congreso acordó: 4. La Luna y demás cuerpos celestes tienen, en virtud del Tratado de 1967, el carácter de *res communis humanitatis*, condición jurídica que el derecho ha elaborado específicamente para este nuevo ámbito de la actividad humana, derivada de la comunidad de intereses y beneficios reconocida a la Humanidad en el espacio cósmico y los cuerpos celestes".

6. Los primeros astronautas que llegaron a la Luna, al realizar la más extraordinaria hazaña técnica, cumplieron, en nombre de la autoridad de lanzamiento, un trascendental acto de renuncia de conformidad con el Tratado, a toda pretensión de soberanía sobre el cuerpo celeste y lo incorporaron al patrimonio común de la Humanidad" (22).

El IHLADI resultó ser la primera corporación académica internacional que reconoció el carácter de *ius cogens* del principio del patrimonio común de la Humanidad. En 1969, en el VII Congreso de Buenos Aires, declaró que el principio contenido en el Tratado del 27 de enero de 1967, según el cual el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes, no pueden ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera, además de ser una regla jurídica positiva convencional, constituye una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En el XIII Congreso (Lima, 1982), aparte de ratificar el carácter de *ius cogens*, ofrece una descripción valiosa de lo que debe entenderse por patrimonio común de la Humanidad. Esta declaración, luego de recordar la acordada en Buenos Aires sobre la base de mi ponencia "Carácter de la misión de los cosmonautas ante la incorporación de la

humanitatis' in Space Law, Proceedings of the Sixth Colloquium on the Law of Outer Space, pl. 70 y ss, Washington, 1964.

(22) *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, p. 698/696, Madrid, 1973.

Luna al patrimonio común de la Humanidad" (23), da una descripción oportuna y de mucho contenido: "1. El concepto de patrimonio común de la Humanidad -que abarca todo el conjunto de bienes materiales o inmateriales, cuya utilización o conservación, sea por el espacio que los comprende o la función que cumplen, incumbe a todo el género humano, es decir, a todos los pueblos, cualquiera que sea su estatuto jurídico, y debe realizarse con la participación de todos ellos y en su beneficio- ha sido objeto de un proceso de creciente formalización, culminando con su consagración como principio jurídico". E inmediatamente después: "2. Este principio está incorporado a numerosos instrumentos jurídicos, tratados y resoluciones de organizaciones internacionales y reconocido explícita e implícitamente por la práctica de los Estados, lo que demuestra la existencia de un consenso generalizado, el que expresa, asimismo, la convicción de su carácter de *ius cogens*". (24).

El análisis de la doctrina argentina del patrimonio común de la Humanidad fue y es efectuado en tesis doctorales en diversas partes del mundo. Una de las primeras es debida al Dr. Detlev Wolter, en su tesis doctoral en Derecho Internacional Público en la Johannes Gutenberg Universität de Mainz, y candidato para el M.I.A., Columbia University, en ella sostiene: "El principio del patrimonio común de la Humanidad fue introducido en las deliberaciones de la Comisión del Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas el 19 de junio de 1967, cuando el embajador de la Argentina, Aldo Armando Cocca, se refirió a la existencia de un nuevo sujeto del Derecho Internacional, la Humanidad misma, que ha sido dotada...con el más vasto patrimonio (*res communis humanitatis*). Con su propuesta de 1970 para la negociaciones del Tratado sobre la Luna, la Argentina resultó el primer Estado en proponer el principio. El principio fue subsecuentemente incluido en muchos proyectos sobre el Tratado Lunar, de

(23) Aldo Armando Cocca, *Carácter de la misión de los cosmonautas al incorporar la Luna al patrimonio común de la Humanidad*. Ponencia IHLADI, Madrid, 1969.

(24) IHLADI, Anuario Vol. 7, 1984, p. 420-21.

Estados Miembros, ente ellos, los Estados Unidos". Más adelante reflexiona de este modo: "El núcleo de la conclusión en cuanto al carácter de norma consuetudinaria del principio, radica en el efecto combinado de dos elementos: la derivación doctrinal del carácter jurídico del patrimonio Común de la Humanidad como principio básico reflejado en el régimen legal del espacio ultraterrestre y la clara aceptación, como derecho internacional consuetudinario, de sus normas claves de un régimen que tiene un "carácter creador de normas"...El principio del Patrimonio Común de la Humanidad vino a ser parte intrínseca del régimen jurídico del espacio ultraterrestre y explícita en el Acuerdo relativo a la Luna". y concluye de este modo estos razonamientos: "cuando el profesor Cocca mencionó por primera vez el principio en la Comisión del Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas, no formuló una proposición *de lege ferenda* para un nuevo proyecto de tratado relativo a la Luna a ser negociado, sino más bien fue parte de un análisis del Tratado del Espacio, ya adoptado y que había sido abierto a la firma de los Estados " (25).

Esta interpretación científica de un doctorando, unida a las claras líneas de pensamiento recogidas en las declaraciones de 1969 y 1982 del IHLADI, habrían dado un resultado altamente beneficioso para todos los miembros de la comunidad internacional, particularmente si se hubieran observado en la Convención de Jamaica, donde prevaleció un interés político no bien definido. Ello fue causa de que el Acuerdo relativo a la luna no alcanzara un elevado y pronto número de ratificaciones y las dificultades que ofrecerá para su cabal ejecución la convención de 1982 sobre el Derecho del Mar, elaborada por los mismos Estados miembros de la ONU, pero con distinto enfoque.

(25) Detlev Wolter, *The Peaceful Purpose of the Common Heritage of Mankind: Principle in Outer Space Law*, *ASILS International Law Journal*, vol. 9: 117, 1986, 117, 146.

2. Labor diplomática.

La primera vez que se empleó la expresión "patrimonio común de la Humanidad" en las Naciones Unidas, y también en un ambiente diplomático, fue el 19 de junio de 1967 en la Comisión del Espacio de las Naciones Unidas, en la sesión inaugural que siguió a la firma del Tratado del Espacio. Dijimos en aquella oportunidad: "El Tratado firmado el 27 de enero de 1967 reviste un carácter ejemplar, puesto que representa en realidad una anticipación con respecto a los acontecimientos de orden técnico o político y es, al parecer, la primera vez que esto ocurre. Sin embargo no se puede dejar de sentir cierta preocupación ante la magnitud de las responsabilidades que así se asumen. La Subcomisión de Asuntos Jurídicos no debe olvidar nunca en lo sucesivo en sus trabajos las consecuencias de los principios que he expuesto anteriormente y que son, entre otros, los siguientes: Primero: La comunidad internacional cuenta desde ahora con un derecho escrito del espacio ultraterrestre que, si por razones de tiempo y de procedimiento, no es aún derecho positivo en todos los sistemas o regímenes jurídicos, lo es, sin embargo, para todas las personas del mundo, consideradas independientemente de esos sistemas. Segundo: La comunidad internacional ha reconocido la existencia de un nuevo sujeto de derecho internacional, a saber, la Humanidad misma, y ha consagrado un *ius humanitatis*. La comunidad internacional ha designado, en la persona de los astronautas, a los representantes de la Humanidad en el espacio. Cuatro: La comunidad internacional ha dotado a este nuevo sujeto de derecho internacional de un patrimonio común (*res communis humanitatis*), el más amplio concebido por la mente humana hasta la fecha y que es el espacio mismo, incluso la Luna y los cuerpos celestes" (26).

Con posterioridad a nuestro proyecto sobre Acuerdo relativo a la Luna, que es el primero debido a un Estado miembro de las Naciones Unidas que introduce el concepto

(26) Naciones Unidas, Doc. A/AC. 105/C.2 SR 75, 13 noviembre 1967, p. 9 en la versión española.

jurídico como principio del derecho internacional, con fecha 23 de junio de 1970 (Doc. A/AC.105/C.2/L.71 y Corr. 1), el principio es incorporado a numerosos instrumentos jurídicos y es reconocido explícita o implícitamente en la práctica de los Estados. Entre los primeros podemos mencionar, entre otros, la Resolución sobre los Principios Rectores del Empleo de las Transmisiones por Satélite para la libre Circulación de la Información, la Difusión de la Educación y la Intensificación de los Intercambios Culturales, adoptada por la Unesco en su 17ª conferencia General (1972), la Convención para la Protección del patrimonio Mundial, Cultural y Natural, de 1972, la Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la paz y la Comprensión Internacional, a la promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el apartheid y la Incitación a la Guerra, aprobada en la 20ª. Conferencia General (1978), con relación a la Unión Internacional de Telecomunicaciones, los textos nuevos en el Convenio Internacional de Telecomunicaciones en su versión de Málaga-Torremolinos (1973) y de acuerdo a las enmiendas de Nairobi (1982). En cuanto a las prácticas, puede señalarse el desempeño de la UIT en la administración del espectro de frecuencias como recurso natural limitado. También el concepto intenta transformarse en principio jurídico en el Derecho ambiental internacional, en el Derecho informático internacional, en el Derecho internacional de la Información y, en general, en las nuevas formas de expresión de un derecho que se globaliza, con lo que reclama el cambio de sujeto titular.

Mi prospectiva declarada en 1967, en el sentido de sentir preocupación por la magnitud de las responsabilidades que se asumen, ante la irrupción de la Humanidad en el sistema jurídico internacional se ha cumplido. Ello ha determinado que mis esfuerzos en el campo doctrinario sean al presente mayores que en el pasado en la teoría y en la política internacional. Algunos estados se muestran renuentes a aplicar los tratados internacionales que firmaron y ratificaron, acudiendo al recurso de la interpretación, que hasta ahora no ha sido jurídica -es decir ni por los tribunales supremos de las naciones ni por la Corte Internacional de Justicia-, sino meramente políticas y circunstanciales, con lo que se ponen obstáculos

vanos al desarrollo progresivo del Derecho internacional ante la evolución científica de la ciencia jurídica. (27).

V. LAS XII TABLAS DE LOS DERECHOS DE LA HUMANIDAD

En la reunión del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional del 16 de septiembre de 1989, se me encomendó que, para conmemorar los primeros veinte años de esta institución de investigadores, profesores de Derechos internacional y diplomáticos, elaborara algún documento a someter a la Asamblea del X Congreso. Propuse proyectar una Declaración sobre los Derechos de la Humanidad. La redacté el 4 de noviembre y fue aprobada por consenso en la Asamblea general de clausura del referido congreso, el 11 de noviembre de 1989. Se acordó en llamarla Declaración de Buenos Aires sobre las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad, cuyo texto es el siguiente:

Los internacionalistas participantes del X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en ocasión de conmemorarse el Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,

RECONOCEN Y DECLARAN

Derechos de la Humanidad

Que la Humanidad, como órgano biológico-social del género humano, emanado de la naturaleza humana y, por lo tanto, esencialmente fundado en el orden natural y moral del mundo, posee las libertades y los derechos civiles, políticos, culturales, sociales, económicos y de otra índole, autónomos,

(27) La bibliografía de los últimos años, es más abundante que los anteriores por la desorientación advertida en quienes se ponen en la tarea de interpretar el principio sin acudir a las fuentes doctrinales ni a la documentación de las Naciones Unidas.

interdependientes e indivisibles, reconocidos y a reconocerse a la persona humana, la familia humana y los pueblos.

En consecuencia, por tratarse de derechos comunes basados en el orden jurídico adoptado en libertad por consenso universal y con conciencia común de la dignidad y respecto a la condición humana, se integran en el conjunto de los derechos intransferibles e indeclinables de la Humanidad, y se resumen en las siguientes XII Tablas:

I. Patrimonio común de la Humanidad

1. La herencia de las generaciones actuales está conformada por todos los bienes espirituales, naturales y culturales logrados por creación y labor de las precedentes. Esta herencia, unida a los bienes derivados del trabajo y del progreso de las generaciones viviente, constituyen el patrimonio común de la Humanidad.

2. Es obligación de las generaciones presentes incrementar los bienes recibidos en su función genérica de co-creadoras de nuevos bienes.

Aportamos una descripción, que entiendo como la forma más adecuada para mostrar conceptos y también principios sin correr el riesgo de cristalizarlos mediante una definición dada, que será siempre precaria y limitada en el tiempo. Pero hemos querido dejar bien esclarecido que no se trata de "herencia" simplemente, como pareciera desprenderse de la expresión inglesa *common heritage of Mankind*, dado que tal herencia se incrementa día a día con los deberes de contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida y el progreso armónico de la generación presente. La obligación no se limita a conservar lo recibido, sino a incrementarlo.

II. Acceso al conocimiento y aprovechamiento tecnológico de los bienes culturales

1. Las ciencias y las artes constituyen el patrimonio cultural común de nuestra civilización. La Humanidad es la única beneficiaria de los progresos científicos y tecnológicos, por lo cual se reconoce explícitamente el libre acceso de todos los pueblos al conocimiento científico y a la tecnología.

2. Mediante la internacionalización de la ciencia y la tecnología en todo su proceso de investigación y desarrollo, se alcanzará el beneficio común y simultáneo de la Humanidad en lo económico, social, cultural, civil y político.

La correcta interpretación que se desprende de los claros términos de estos dos principios es que, en toda forma que se considere el proceso, debe tenerse en cuenta que tanto desde el punto de vista del beneficio intelectual, físico y espiritual como desde el punto de vista económico, -que se ha previsto en estos textos.- debe partirse de la realidad de que uno es el mundo del hombre y uno es el mercado de los productos. Con una buena economía, el beneficio económico será siempre mayor por observancia de estos lineamientos.

III. Recursos suficiente y calidad de vida

1. La Humanidad tiene el derecho de disponer siempre de los recursos necesarios para una existencia digna en todos los ámbitos de la Tierra, para todos los seres humanos y los pueblos sin excepción.

2. Mediante la preservación, saneamiento y multiplicación de los recursos espirituales, culturales y naturales, se formará el legado para el mejoramiento progresivo de la calidad de vida que permita el cabal crecimiento, perfeccionamiento y reproducción de las personas humanas en su lugar de residencia y en el contexto universal.

Por ser la Humanidad un todo único, el primer principio se explica por sí mismo.

Con respecto al segundo, cabe señalar que los recursos humanos se hallan ligados a los materiales para su subsistencia, y junto a los espirituales y culturales. El crecimiento es un hecho natural que no se puede detener y está unido indisolublemente con el perfeccionamiento nacido del trabajo y la reproducción de las personas humanas, nacida del amor. Muchas de las medidas que se proponen olvidan esta triple ligazón y por ello, se llega hasta el crimen en lo que respecta a la reproducción.

IV. Progreso armonioso de la Humanidad

1. La persona humana es responsable de su propio crecimiento basado en su libertad y capacidad, que le permiten enriquecer sus condiciones humanas. Los hombres transmiten a sus pueblos la necesidad de un desarrollo integral que no se detiene en los límites de una nación o de un grupo de naciones.
2. La internacionalización del conocimiento impone la actividad común de agrupaciones humanas, con efecto integrativo a escala global, en el aprovechamiento de los recursos culturales y naturales.
3. Sólo es legítimo el progreso armonioso y simultáneo de la Humanidad en su conjunto mediante la actividad coadyuvante de todos los pueblos en cooperación, coparticipación e interacción permanentes, en libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, de reunión, de asociación, de comunicación, y de circulación, sin discriminaciones ni exclusiones, como consecuencia del derecho al desarrollo de toda persona humana, sujeto primario, y de la Humanidad, sujeto global.

El principio contenido en el primer párrafo de esta tabla, señala la necesidad de no olvidar, como parecen intentarlo algunos pueblos, las responsabilidades individuales y sociales de cada ciudadano que lo integra y que nada debe esperarse sin el concurso de cada cual, persona y pueblo.

Los recursos culturales y naturales no están agrupados o reunidos en una sola nación, sino distribuidos en cada uno de los pueblos, incluso pequeñas agrupaciones humanas.

La cooperación, la participación y la interacción son obligaciones de todos los pueblos y sus beneficios se obtienen si se respetan los derechos ya reconocidos a la persona humana, conforme al párrafo 3, en todo el orbe.

V. Derecho a comunicarse

1. Como derecho fundamental de la persona humana y necesidad social universal, el derecho a comunicarse es la base del conocimiento recíproco para la cooperación franca que con-

lleva a la acción conjunta y consolida el concepto jurídico de Humanidad.

2. La Humanidad goza de un derecho que no pueden ejercer ni los hombres ni los pueblos por sí mismos: el de buscar, responder, establecer y mantener una comunicación extraterrestre, así como el de entablar y mantener relaciones con otras civilizaciones humanas en el cosmos.

Insistimos en emplear la palabra "comunicarse", puesto que el derecho pertenece a la persona humana, que se sirve de todos los medios que el desarrollo tecnológico pone a su alcance, y no de las capacidades tecnológicas de que pueda disponer un pueblo determinado. De la persona pasa a todos los pueblos y de éstos a la Humanidad.

Algunos hechos recientes ponen en evidencia la oportunidad de esta tabla. En la reunión sobre sistemas de navegación aérea del futuro (FANS) el Comité especial creado por la OACI viene estudiando las transmisiones de radio de las aeronaves para propósitos distintos a los de la seguridad del vuelo, extendiéndolos para que sean utilizadas por los pasajeros o para comunicaciones aeronáuticas administrativas. Habrá que salvar regulaciones restrictivas de estados que prohíben toda comunicación que no sea con fines de seguridad, o limitan sólo para los miembros de la tripulación el empleo de transmisiones por radio por sistemas terrestres o mediante correspondencia pública aeromóvil basada en satélite. Se espera que esos obstáculos sean removidos, en aras al ejercicio de un derecho humano fundamental y necesidad social universal (28). Por su parte, el Consejo de Comunicaciones del Pacífico, en su reunión de Honolulu (PTC 90), recibió con beneplácito el llamado hecho por el Secretario General de la UIT, Pekka Tarjanne, en favor de la revisión de la Declaración Universal de Derechos Humanos, para incluir un principio que garantice el acceso a las comunicaciones básicas como un derecho humano esencial. Se trata de

(28) Organización de Aviación Civil Internacional, Nota de Estudio, Comité Jurídico, 27º Período de Sesiones, 27 marzo-12 abril 1990, Aspectos Institucionales y jurídicos de los sistemas de navegación aérea del futuro, LC-27-WP-4, 2-1-90.

ampliar los Pactos civiles y políticos, pues las declaraciones no están sometidos a esos procesos de enmienda. (29).

El segundo de los principios enunciados en la Tabla V tiene muchos antecedentes. Puedo citar mi trabajo presentado en la reunión de Brighton de la Academia Internacional de Astronáutica sobre XII Tablas para Investigadores en Inteligencia Extraterrestre (30), y mis meditaciones anteriores, resumidas en el libro *Inteligencia Extraterrestre* (31). En 1988 se siguió tratando el tema en la reunión de Bangalore, y en abril de 1989 fue aprobada por la Academia y por el Instituto Internacional de Derecho del Espacio la Declaración sobre los Principios relativos a las Actividades que sigan a la Detección de Inteligencia Extraterrestre (32). Esta declaración se inspira en «el profundo significado para la Humanidad de detectar evidencia de inteligencia extraterrestre, aun cuando la probabilidad de detección pueda ser escasa». La declaración está elaborada por individuos e instituciones científicas, actuando en el carácter de depositario la secretaría de la Academia Internacional de Astronáutica. Se ha estipulado que no se dará respuesta a un señal u otra evidencia de inteligencia extraterrestre sin que hayan tenido lugar apropiadas consultas internacionales. Los procedimientos sobre tales consultas serán objeto de un acuerdo por separado, declaración o arreglo. Pero existe una opinión uniforme que toda respuesta debe ser dada en nombre de la Humanidad.

(29) Véase: *Transnational Data and Communications Report*, March 1990, Vol. XIII, Nº 3, p. 1 y 5, Washington.

(30) Aldo armando Cocca, XII Tables for Researchers on Extraterrestrial Intelligence, International Academy of Astronautics, Doc. IAA-87-580, Brighton, 1987.

(31) Cersósimo, Cocca, Colom, Esquivel et al. *Inteligencia Extraterrestre*, Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, Córdoba, 1988, p. 68 a 94.

(32) Véase texto de la Declaración, inter alia, en International Academy of Astronautics, Newsletter Nº 11, Diciembre 1989, p. 4-5.

VI. Ética

1. El patrimonio común de la Humanidad está inserto en un orden que es a la vez moral. Por esta razón, el progreso está necesariamente destinado al bien común de la Humanidad, y hacia él tiende toda actividad basada en la utilización del patrimonio común.

2. Las acciones de los pueblos encaminadas a la consecución de ese bien común, serán de un claro y manifiesto contenido ético y constituirán el modo de ejercicio y consolidación de Los derechos a la Humanidad.

Dado que el Derecho del Espacio ha asumido la tarea de restaurar la jerarquía del hombre, de la familia humana, de los pueblos y de la Humanidad, una tarea tal tiene como principal fundamento la ética. Sólo el hombre, el ser humano, actuando individual o socialmente es portador de valores y, por medio de esos valores puede transformar la realidad, en su gran capacidad de crear.

Durante casi quince años he hablado en las Naciones Unidas y en otros foros internacionales de mi preferencia por lograr acentuar y mantener vivo el sentimiento jurídico de los pueblos, antes que elaborar sucesivos tratados, entre las naciones, que los pueblos a veces no llegan a conocer. En 1967, Luis García Arias, comentando un trabajo mío (33) concluía: «En definitiva, el profesor argentino reitera su conocida y acertada posición de considerar al Derecho espacial como un derecho de la Humanidad, al servicio del progreso humano en su expansión cósmica, teniendo como caracteres fundamentales a alcanzar plenamente, la unidad y la mundialidad" (34). Sobre el mundialismo, el Profesor Pedro J. Frías, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, me recuerda en una carta cómo Juan Pablo II enseña este principio: «Cuando la *Populorum Progressio* abría la perspectiva de un orden mundial, meditá-

(33) Aldo Armando Cocca, *Régimen legal de las Comunicaciones Espaciales*, Córdoba, 1966.

(34) Luis García Arias, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol.3, p.355, Madrid, 1967.

bamos en Roma con la voluntad de quererlo y creer en él, pero con el gradualismo que la experiencia enseña. Ahora Juan Pablo II enseña el principio del «mundialismo», tan connatural a su declaración (se refiere a estas XII Tablas de los Derechos de la Humanidad). Dice así: «La interdependencia no puede continuar siendo solamente el resultado de determinados procesos históricos: desde el punto de vista moral se coloca ya como criterio de las opciones y de los comportamientos de la familia humana» (35).

En definitiva, el devenir de la Humanidad depende de sus opciones. De su voluntad de someterse al deber moral, o substraerse de él.

VII. Supervivencia

1. El derecho a la vida de la persona humana es ejercido también por la Humanidad que aquella integra.
2. El derecho de la Humanidad a la supervivencia no se limita a sobrellevar dificultades económicas, psicológicas, de salud y, en general, ambientales. Sobrevivir es poseer la facultad de superar obstáculos y, además, gozar de una vida sin sobresaltos, sana, digna, prolongada y feliz.

He considerado oportuno brindar una descripción de lo que debe entenderse por supervivencia, frente al pesimismo y a los sombríos panoramas que se refieren con esta palabra.

VIII. Beneficios de la exploración y utilización de nuevos mundos

La libertad reconocida a la Humanidad de explorar y utilizar para su beneficio las nuevas regiones descubiertas y visitadas del espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes,

(35) Pedro J. Frías, en carta fechada en Córdoba, el 27 de diciembre de 1989. La cita es hecha por el Dr. Frías en la misma carta: *Ética y Democracia Económica, L'Observatore Romano*, 14/8/1989. Archivo del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales del Espacio, Buenos Aires.

incluye el derecho de explotación de los recursos que allí encuentre, en beneficio común.

Estos derechos se hallan proclamados como principios jurídicos fundamentales del Tratado del Espacio de 1967.

IX. Vivir en el cosmos

1. El derecho fundamental de la persona humana a elegir y cambiar de residencia en cualquier lugar del orbe, es reconocido a la Humanidad para su ejercicio en el espacio ultraterrestre o en los cuerpos celestes.
2. La Humanidad tiene derecho a abandonar la Tierra aun cuando no mediare peligro que amenace destruirla o afecte de modo decisivo su supervivencia en el planeta.

El hombre ha vivido en el espacio ultraterrestre, por períodos prolongados y también en la Luna por escaso tiempo. Es necesario reconocer que este derecho no es propio solamente de los hombre y de los pueblos, sino fundamentalmente de la Humanidad. Con la segunda parte de esta tabla se ha querido quitar el dramatismo de apartarse de la Tierra en busca de una vida diferente, movido por amenazas graves, sino más bien por deseos de crear en otra parte un mundo mejor, que ofrezca mayores garantías para vivirlo plenamente.

X. Paz.

1. La paz es requisito primordial para la preservación de la civilización y su progreso. Es, por consiguiente, un interés vital para la Humanidad.
2. Por estar la paz fundada en un orden moral, los pueblos procederán a reemplazar la fuerza de las armas por el valor de la paz. La guerra perderá su razón de ser cuando impere el orden moral y jurídico, por encima de todo otro orden ficticio. Es un orden que nace del consenso de los hombres y los pueblos para la realización de los fines comunes de la Humanidad.
3. La paz es la convivencia armónica de los hombres y pueblos nacida en la concordia y fundada en el orden jurídico y moral.

Supone el respeto a las diferencias, la integración social y cultural producto de la cooperación y la comunicación fluidas. Es posible sólo cuando es espontáneamente deseada y su necesidad reconocida por el sentir común de hombres y pueblos.

4. La Humanidad viene favoreciendo lo que une a sus pueblos, negando lo que los separa y desechando la persistencia en el error en el camino trazado por el concepto jurídico de Humanidad, que fue aprobado por aclamación en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y se incorporó como principio fundamental en el Tratado del Espacio de 1967, de vigencia universal.

En la escuela argentina de derecho del espacio siempre hemos definido a la paz en forma positiva y no negativa. Decimos lo que es y no lo que ha dejado de ser. Las precedentes cuatro partes de la tabla X siguen ese criterio, que es el constructivo en la hora actual.

XI. Solidaridad e Integridad

1. La solidaridad es un deber social universal y también una necesidad que surge de la interdependencia de los pueblos y de la eliminación de hecho de las fronteras a través de la nueva tecnología de la comunicación. No existen ya hechos con consecuencias aisladas, lo que impone el deber de cooperación internacional en todas las actividades, particularmente en los campos de la ciencia y la tecnología, para el mejor logro del bien común en un marco de integridad que consolide, en la práctica, el concepto jurídico de Humanidad. Los lazos solidarios entre los pueblos aseguran su igual dignidad y se fortalecen en la cooperación recíproca.

2. La violencia, en cualquiera de sus formas, tiene trascendencia y consecuencias sociales universales y significa siempre una injuria a la dignidad humana. Las relaciones fundadas en la ética, el derecho y el respeto a la condición humana deben ser garantizadas a través de una educación constante en todos los niveles.

3. El empleo de todo tipo de armas de destrucción en masa, químicas, gases asfixiantes, tóxicos o similares, constituye un

crimen de lesa humanidad, cualquiera sea el escenario donde se utilicen o el número de víctimas que produzcan.

4. La Humanidad tiene el derecho a su propia integridad y, por lo tanto, a su autoprotección, particularmente contra toda forma de crimen de lesa humanidad, incluidos el genocidio y el ginecidio.

Entiendo que al concepto de solidaridad, que ha tenido un buen enfoque y desarrollo en tiempos recientes, debe unírsele, cuando se trata de la Humanidad, el concepto de integridad. Deben reunirse todas las partes que entran en la composición del todo, o componer el todo con todas sus partes, sin exclusiones. De otro modo, un grupo de pueblos podría arrogarse la facultad de integrarse con sólo otros, y de este modo, no formar el concepto de integridad. El concepto de Humanidad es integro, en el que no falta ninguna de sus partes.

Estos principios tienen razón de ser en lo que René Cassin llamó «conciencia de la Humanidad». refiriéndose a la Declaración de Derechos Humanos, luego de veinte años de adoptada, sostuvo que afirma la unidad creciente de la Humanidad por encima de todos los grupos sociales o territoriales. Luego de calificar a dicha Declaración como «monumento humano», concluye: «Por imperfecta que fuere, ofrece una respuesta positiva al problema de ¿cómo el hombre debe utilizar sus poderes, no para la opresión, la muerte o la iniquidad, sino para la salvaguardia de todos y de cada uno?» (36).

XII. Conciencia de Unidad en el Género.

El género humano es uno y único. Los hombres integran ese todo diferente de sus individualidades. La unidad se fortalece en el sentimiento común de ser partes necesarias, en la conciencia de unidad del género humano evidenciada en la *affectio humanitatis*.

(36) René Cassin, Le texte de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 20 Anniversaire, *Lumen Vitae*, Bruselas, 1968, vol. XXXIII, N° 4, p. 613.

Este es un principio por completo nuevo en el lenguaje jurídico y responde igualmente a una concepción nueva, la de *affectio humanitatis*, que sintetiza muchos conceptos y promete muchas satisfacciones y beneficios recíprocos.

Al llegar al término de este trabajo, me parece oportuno señalar lo mucho que han significado, a partir de la celebración, en Buenos Aires del VII Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, la contribución recibida, tanto en esa reunión pública, como en otras privadas en mi casa, para fundar mis razonamientos, las profundas reflexiones del eminente catedrático, Dr. Luis Legaz y Lacambra, sobre *La Humanidad, sujeto de Derecho*.

Dijo el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense que cuando el 23 de julio de 1969, los astronautas pusieron por primera vez pie en la Luna, el Tratado del Espacio tuvo aplicación práctica «en el caso más interesante y trascendente que pudiera pensarse, y quedó explicitada una de las grandes ideas que en el mismo estaban implícitas, cual la creación de un nuevo sujeto de Derecho, que es la humanidad misma como tal». Más adelante: «La tesis de que en el Tratado ha sido creado un nuevo sujeto jurídico que es la humanidad, fue objeto de cálida defensa por parte del profesor argentino Aldo Armando Cocca en la ponencia presentada por él al VII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional celebrado en Buenos Aires en agosto de 1969, y aprobada por la Comisión correspondiente y por el Pleno después, y en la que estudió el carácter de la misión de los cosmonautas ante la incorporación de la Luna al patrimonio común de la Humanidad» ... "Se patentiza, pues, en la evolución del Derecho un sentido humano -humanista y humanitario- de dimensiones cósmicas, que ensancha su concepto en *extensión* y en *intensión*: deja de ser un orden coactivo del Estado y se incorpora más y más a una forma de vida social abiertas a la creciente comunicación entre todos los hombres y que, pese a todas sus imperfecciones y retrocesos éticos están cada vez más impregnados por la vivencia de la amistad interhumana y, en definitiva, de la caridad. Todo eso y sólo eso, es lo que da

sentido a la personalización y subjetivación jurídica de la humanidad» (37).

Hemos tratado de reflejar el pensamiento de tan ilustre científico del Derecho en las XII Tablas sobre los Derechos de la Humanidad, para llevar los conceptos de la doctrina al texto de preceptos deontológicos, primer paso hacia su reconocimiento como principios jurídicos.

(37) Luis Legaz y Lacambra, *La Humanidad, sujeto de Derecho, Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, T.II, Oviedo, p. 549, 559, 1979.

**DECLARACION DE BUENOS AIRES
SOBRE LAS XII TABLAS
DE LOS DERECHOS DE LA HUMANIDAD**

Los Internacionalistas participantes del X Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en ocasión de conmemorarse el Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

RECONOCEN Y DECLARAN:

Derechos de la Humanidad

Que la humanidad, como órgano biológico-social del género humano, emanado de la naturaleza humana y, por lo tanto, esencialmente fundado en el orden natural y moral del mundo, posee las libertades y los derechos civiles, políticos, culturales, sociales, económicos y de otra índole, autónomos, interdependientes e indivisibles, reconocidos y a reconocerse a la persona humana, la familia humana y los pueblos.

En consecuencia, por tratarse de derechos comunes basados en el orden jurídico adoptado en libertad por consenso universal y con conciencia común de la dignidad y respeto a la condición humana, se integran en el conjunto de los derechos intransferibles e indeclinables de la Humanidad, y se resumen en las siguientes XII Tablas:

I. Patrimonio Común de la Humanidad

1. La herencia de las generaciones actuales está conformada por todos los bienes espirituales, naturales y culturales logrados por creación y labor de las precedentes. Esta herencia unida a los bienes derivados del trabajo del progreso de las generaciones vivientes, constituyen el patrimonio común de la Humanidad.
2. Es obligación de las generaciones presentes incrementar los bienes recibidos en su función genérica de co-creadoras de nuevos bienes.

II. Acceso al conocimiento y aprovechamiento tecnológico de los bienes culturales

1. Las ciencias y las artes constituyen el patrimonio cultural común de nuestra civilización. La Humanidad es la única beneficiaria de los progresos científicos y tecnológicos, por lo cual se reconoce explícitamente el libre acceso de todos los pueblos al conocimiento científico y a la tecnología.
2. Mediante la internacionalización de la ciencia y la tecnología en todo su proceso de investigación y desarrollo, se alcanzará el beneficio común y simultáneo de la Humanidad en lo económico, social, cultural, civil y político.

III. Recursos suficientes y calidad de vida

1. La Humanidad tiene el derecho de disponer siempre de los recursos necesarios para una existencia digna en todos los ámbitos de la Tierra, para todos los seres humanos y los pueblos sin excepción.
2. Mediante la preservación, saneamiento y multiplicación de los recursos espirituales, culturales y naturales, se formará el legado para el mejoramiento progresivo de la calidad de vida que permita el cabal crecimiento, perfeccionamiento y reproducción de las personas humanas en su lugar de residencia y en contexto universal.

IV. Progreso armonioso de la Humanidad

1. La persona humana es responsable de su propio crecimiento basado en su libertad y capacidad, que le permiten enriquecer sus condiciones humanas. Los hombres transmiten a sus pueblos la necesidad de un desarrollo integral que no se detiene en los límites de una nación o de un grupo de naciones.
2. La internacionalización del conocimiento impone la actividad común de agrupaciones humanas, con efecto integrativo a escala global, en el aprovechamiento de los recursos culturales y naturales.

3. Sólo es legítimo el progreso armonioso y simultáneo de la Humanidad en su conjunto mediante la actividad coadyuvante de todos los pueblos en cooperación, coparticipación e interacción permanentes, en libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, de reunión, de asociación, de comunicación y de circulación, sin discriminaciones ni exclusiones, como consecuencia del derecho al desarrollo de toda persona humana, sujeto primario, y de la Humanidad, sujeto global.

V. Derecho a comunicarse

1. Como derecho fundamental de la persona humana y necesidad social universal, el derecho a comunicarse es la base del conocimiento recíproco para la cooperación franca que conlleva a la acción conjunta y consolida el concepto jurídico de Humanidad.
2. La Humanidad goza de un derecho que no pueden ejercer ni los hombres, ni los pueblos por sí mismos: el de buscar, responder, establecer y mantener una comunicación extraterrestre, así como el de entablar y mantener relaciones con otras civilizaciones humanas en el cosmos.

VI. Ética

1. El patrimonio común de la Humanidad está inserto en un orden que es a la vez moral. Por esta razón, el progreso está necesariamente destinado al bien común de la Humanidad, y hacia él tiende toda actividad basada en la utilización del patrimonio común.
2. Las acciones de los pueblos encaminadas a la consecución de ese bien común, serán de un claro y manifiesto contenido ético y constituirán el modo de ejercicio y consolidación de los derechos de la Humanidad.

VII. Supervivencia

1. El derecho a la vida de la persona humana es ejercido también por la Humanidad que aquella integra.
2. El derecho de la Humanidad a la supervivencia, no se limita a sobrellevar dificultades económicas, psicológicas, de salud y, en general, ambientales. Sobrevivir es poseer la facultad de superar obstáculos y, además, gozar de una vida sin sobresaltos, sana, digna, prolongada y feliz.

VIII. Beneficios de la exploración y utilización de nuevos mundos

La libertad reconocida a la Humanidad de explorar y utilizar para su beneficio las nuevas regiones descubiertas y visitadas del espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, incluye el derecho de explotación de los recursos que allí encuentre, en beneficio común.

IX. Vivir en el Cosmos

1. El derecho fundamental de la persona humana a elegir y cambiar de residencia en cualquier lugar del orbe, es reconocido a la Humanidad para su ejercicio también en el espacio ultraterrestre o en los cuerpos celestes.
2. La Humanidad tiene derecho a abandonar la Tierra aún cuando no mediare peligro que amenace destruirla o afecte de modo decisivo su supervivencia en el planeta.

X. Paz

1. La paz es requisito primordial para la preservación de la civilización y su progreso. Es, por consiguiente, un interés vital para la Humanidad.
2. Por estar la paz fundada en un orden moral, los pueblos procederán a reemplazar la fuerza de las armas por el valor de la paz. La guerra perderá su razón de ser cuando impere

el orden moral y jurídico, por encima de todo otro orden ficticio. Es un orden que nace del consenso de los hombres y los pueblos para la realización de los fines comunes de la Humanidad.

3. La paz es la convivencia armónica de los hombres y pueblos nacida en la concordia y fundada en el orden jurídico y moral. Supone el respeto a las diferencias, la integración social y cultural producto de la cooperación y la comunicación fluidas. Es posible sólo cuando es espontáneamente deseada y su necesidad reconocida por el sentir común de hombres y pueblos.
4. La Humanidad viene favoreciendo lo que une a sus pueblos, negando lo que los separa y desechando la persistencia en el error en el camino trazado por el concepto jurídico de Humanidad, que fue aprobado por aclamación en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y se incorporó como principio fundamental en el Tratado del Espacio de 1967 de vigencia universal.

XI. Solidaridad

1. El empleo de todo tipo de armas de destrucción en masa, química, bacteriológicas, gases asfixiantes, tóxicos o similares, constituye un crimen de lesa Humanidad, cualquiera sea el escenario donde se utilice o el número de víctimas que produzca.
2. La violencia, en cualquiera de sus formas, tiene trascendencia y consecuencias sociales universales y significa siempre una injuria a la dignidad humana. Las relaciones fundadas en la ética, el derecho y el respeto a la condición humana deben ser garantizadas a través de una educación constante en todos los niveles.
3. La solidaridad es hoy un deber social universal y también una necesidad que surge de la interdependencia de los pueblos y de la eliminación de hecho de las fronteras a través de la nueva tecnología de la comunicación. No existen ya hechos común consecuencias aisladas, lo que impone el deber de cooperación internacional en todas las actividades, particularmente en los campos de la ciencia y

la tecnología, para el mejor logro del bien común en un marco de integración que consolide, en la práctica, el concepto jurídico de Humanidad. Los lazos solidarios entre los pueblos aseguran su igual dignidad y se fortalecen en la cooperación recíproca.

XII. Conciencia genérica

La unión de los hombres y de los pueblos, nace de haber alcanzado conciencia genérica de ser y pertenecer a la Humanidad.

Los internacionalistas reunidos común motivo del X Congreso y XX Aniversario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, consideraron el texto que, por encargo de su Consejo Directivo, elaboró su Presidente, Dr. Aldo Armando Cocca, y lo aprobaron por consenso. Decidieron instar a los gobiernos, a las Naciones Unidas y a los organismos especializados del sistema, así como a las organizaciones internacionales y no gubernamentales y a todas las personas, a que promuevan el ejercicio de los derechos precedentemente reconocidos y proclamados. También acordaron pedir a las entidades de enseñanza de todos los niveles y a los medios de comunicación que los expliquen y difundan a través del presente documento, que será conocido como la Declaración de Buenos Aires sobre las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad, del 11 de noviembre de 1989.

Perspectiva Actual del Derecho Internacional Público Puertorriqueño

Antonio FERNÓS*
Asociado del IHLADI

Al enfrentarnos con la conclusión de este simposio es de perentorio rigor tirar la mirada en perspectiva; el jurista o quien aspire a serlo, está obligado a analizar y escrutar el pasado y el presente, pero también a ofrecer su honrado análisis crítico, y su sugerencia y propuesta de futuro.

Emprendemos la tarea con una sinopsis que quizá resulte prognosis. Esperamos completarla con un proyecto de esperanza de futuro.

I. Introducción

La raíz de nuestro derecho internacional privado es de la más recia tradición civilista. Nuestro ordenamiento se basa en la teoría y doctrina de la personalidad, de la personalidad en el concepto y figura del estatuto personal.

Desde la Roma Republicana de la Ley de las XII Tablas el precepto legal ha sido estatutario. El principio básico del orden jurídico está en la noción de la norma jurídica legislada.

Aporta el desarrollo del Derecho Civil la figura del Pretor con sus Edictos y las Legis Actiones; y luego el Pretor Peregrino ordenó por edicto también las leyes de guerra, de paz, de tregua, de relaciones con el enemigo. Y también, obser-

* Catedrático Facultad de Derecho, U.I.M.; B.A., LL.B. (Univ. P.R.), LL.M. (New York Univ.), Doctor en Derecho (Madrid, Complutense) Diploma en Derecho Comparado. Este trabajo se presenta en forma preliminar ante el simposio sobre Derecho internacional celebrado en octubre de 1986 por la Facultad de Derecho de la U.I.A. Las ideas y proposiciones son responsabilidad del autor, quien las desarrollará en el futuro.

vando el principio cardinal de la personalidad de las leyes, dictó edictos sobre vigencia extraterritorial de la ley personal.

Así lo recogió el maestro Gayo en sus Instituciones en el siglo segundo de nuestra era, ya en el apogeo del imperio, y así se recogió tres siglos más tarde para ayudar a articular la obra magna, el máximo exponente del Derecho romano, el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

En fugaz vuelo de pájaro, señalemos que allí tomaron inspiración los jóvenes juristas a quienes el Rey castellano Alfonso X el Sabio encomendó la redacción de su libro de las leyes, o Las Siete Partidas. Y que a través de ese derecho de Castilla llegó con las carabelas a la América nuestra.

El derecho que rigió en las Indias, o derecho indiano, vio una gran divulgación, difusión e influencia del derecho romano de las Partidas; y por falta de articulación total de los conquistadores en una sola nación por todos sus reinos, la institución de la *extranjería* fue factor fundamental en la práctica del derecho indiano. En la América española, por lo tanto, los principios jurídicos del derecho internacional privado, del estatuto personal sobre todo, llegaron firmemente tanto por vigencia de las Partidas, como por la política castellana de la *extranjería*. Las indias eran dominio de Castilla y León; fuera quedaron por siglos, salvo mínimas cuotas, los de Cataluña, Aragón, Navarra y otros reinos ibéricos, así como los de otros reinos europeos.

II. Vigencia en Puerto Rico - el Siglo XIX

La política de *extranjería* terminó cuando se cayó el imperio. Perdido por la revolución todo el continente americano, España abrió las puertas de Puerto Rico a sus leales e incondicionales con la Cédula de gracias de 1815 con la que llegaron tanto catalanes como corsos. Y llegó también la vigencia del derecho recién recopilado, pulido, de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, intento de respuesta española al Código de Napoleón de 1804.

Se afianzó con la lucha de las regiones el espíritu foral a pesar de que las Constituciones españolas de ese siglo -desde la de Cádiz en 1812 la más pura de todas- estableció el

principio de códigos uniformes en materia civil, penal y comercio.

Pero el principio nunca pretendió -ni podía- el total desplazamiento del derecho foral. Las regiones forales habían luchado mucho frente al invasor e insistieron como por ejemplo los catalanes, en preservar sus fueros, sus "usages", o sea, su *estatuto personal*.

Eso en parte explica porque tomó todo el siglo aprobar un Código Civil, hasta 1888 que dejó en vigor expresamente los fueros.

Así llegó ese derecho a nosotros a través del siglo, y el Código en 1889.

La revisión del Código Civil y de nuestro sistema de derecho codificado sufren el estupro del establecimiento de las comisiones militares durante el gobierno provisional de 1899 al 1900, y de la llamada revisión de 1902, que ya ha comentado tan atinadamente el profesor. D. Alfonso García Martínez. La mal llamada labor se hizo con tal espíritu, que hasta se olvidaron de fijar fecha de vigencia al Código Civil, y el asunto tuvo que adjudicarse judicialmente por la "Supreme Court of Porto Rico" en 1910 (véase *Scn, Morales v. Registrador*, 16 DPR 114, y en 1912 en *Busó v. Busó* 18 DPR 901). El Código así revisado no se publicó, contrario a lo ocurrido con el de 1889 que sólo entró en vigor tras su publicación en la Gaceta Oficial.

El alcance de la revisión aquí discutida ya, dejó a merced de aquel primer tribunal supremo del siglo, a través de su jurisprudencia, la vigencia del aquel derecho civil romanista y completo. Mutilada nuestra codificación al extirpársele el Código de enjuiciamiento civil, nuestro código civil sufrió otras amputaciones. Y para añadir oprobio al insulto, se dejó la doctrina romanista desamparada frente a la jurisprudencia a la "common law" del nuevo tribunal de apelación.

El primer ejemplo de ello es *Marimón v. Pelegrí* -1 DPR 225 (1902)- una acción civil por divorcio por adulterio instada entre cónyuges casados en la Provincia de Gerona bajo el Derecho foral catalán.

Si bien la controversia era la aplicabilidad a ese matrimonio de españoles domiciliados en Puerto Rico, lo cierto es que

el Tribunal lo utilizó para destruir el derecho foral. El Tribunal asevera que "también es un principio de derecho internacional, y a fortiori aplicable a un país conquistado o cedido, el que siempre que cualesquiera leyes de un país extranjero sean sometidas a la consideración de los tribunales del país soberano a que pertenezca aquel, sean interpretadas de acuerdo con las instituciones y jurisprudencia de éste último, independientemente de la interpretación de los tribunales del país extranjero".

Esto es un grave error de doctrina. Si bien existía entonces el principio ya debilitado del derecho de conquista, y del sometimiento del derecho del conquistador, eso nunca se ha entendido en el sentido de normas de conflicto de leyes, salvo quizá frente a una fuerte política pública del Estado conquistador que resultare contraria a la ley del conquistado.

Pero precisamente, en 1902 ni ahora, los Estados Unidos de América tenían tal política en términos del derecho de familia.

Evidentemente, *Marimón v. Pelegrí* significó la ocasión de destruir o al menos transformar un estatuto local, y tras él un principio de ordenamiento civilista de Puerto Rico.

En *Marimón v. Pelegrí* y otros casos de esa primera década, el Tribunal Supremo de Puerto Rico destruyó el concepto del estatuto personal; de la personalidad de la ley. Completaba así la labor de la comisión de 1902.

Lo peor del caso es que dejaron a Puerto Rico sin normas de derecho internacional privado que antes estaban en el Código Civil y en el de Enjuiciamiento civil que proveía los procedimientos como por ejemplo el *Exequatur* o recurso para poner en vigor sentencias dictadas en el extranjero.

La comisión revisora de 1902 había determinado la eliminación de ese ordenamiento para que rigiera el derecho federal. Magna y desgraciada confusión la de nuestra legislación de 1902 al no reconocer la naturaleza federal del estado norteamericano. Pero ellos sólo siguieron el criterio de los comisionados norteamericanos. Puerto Rico era territorio federal.

Para aquella época regía el pensamiento jurídico norteamericano la doctrina centralista imperial, que en derecho

internacional privado doméstico halló amparo en el célebre caso de *Swift v. Tyson* de 1842.

En ese caso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos interpretó (la sección 28 USC 1652) que sólo regía en las cortes federales en casos civiles, las leyes del estado sobre el *dominio* (real estate); en todo lo demás, las cortes federales aplicarían la "common law". Como Puerto Rico era un territorio la aplicación fue completa.

Pero lo terrible del caso es que la "common law" federal no tiene doctrinas sobre ello; de hecho no hay tal cosa como un "federal common law" de derecho internacional privado. Así, caímos en el limbo a merced de la mayoría ideológica del Tribunal Supremo.

Esa doctrina ya se debilitaba cuando el Senado de los Estados Unidos se negó a ratificar el Código de Bustamante. Lo que nos hubiera devuelto nuestro derecho civil estatutario por la vía irónica del derecho federal, no se logró. Como ha dicho nuestro moderador de hoy en ocasión anterior, nuestra historia es a veces un cuento de miedo.

En 1938 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó la doctrina de *Swift v. Tyson*, en el famoso caso de *Erie Railroad v. Tompkins*. Según el eminente Juez Félix Frankfurter, la médula de *Erie Railroad* es que un litigio en cortes federales tenga igual resultado jurídico que en cortes estatales, por lo tanto, el Tribunal de Distrito Federal debe aplicar la legislación *del foro*.

El ferrocarril *Erie* no llegó a Puerto Rico. Luego de *Erie* el Tribunal Supremo de Puerto Rico decidió *López v. Fernández* ya comentado hoy aquí. El derecho federal seguía rigiendo nuestra vida personal, y nuestro pueblo no tenía en sus manos los poderes legislativos para resarcir el "entuerto fecho" en 1902.

Con la vigencia de la Constitución del Estado Libre Asociado se realizó una leve reforma del ordenamiento. Pero el ferrocarril aún no llegó. Vieron la luz una revisión de la estructura judicial, Ley de la Judicatura con nuevos conceptos y definiciones de jurisdicción y competencia.

Pero no hubo el interés, la intención, el conocimiento o el valor de revisar nuestros códigos. Teniendo el poder legislativo para hacerlo, no se hizo.

Y se nombró para presidir el Tribunal Supremo a un abogado norteamericano (que escribía sus opiniones en inglés).

Bajo el nuevo poder constitucional en 1958 el Tribunal Supremo de Puerto Rico aprobó un nuevo ordenamiento procesal, copiado como espejo de las Reglas de Procedimiento Civil Federales. Y así desapareció casi todo el Código de Enjuiciamiento Civil. En esas reglas no aparece el *Exequatur*, ni en esa década se revisó código alguno.

La Década del 60

Así entramos a la segunda década de gobierno por Constitución. Y no pasó nada.

Es increíble que no ocurriera nada si notamos que en 1952, en *Ponce v. Badrena* (74 DPR 225) el Tribunal Supremo de Puerto Rico se había tenido que enfrentar ya al problema de la vigencia de la sentencia extranjera, en ese caso una dictada en Argentina. La alegación entonces fue que en ausencia de un tratado de reciprocidad, no podía ponerse en vigor una sentencia de cobro de dinero. El Tribunal rechazó esa doctrina.

Años más tarde se discutía en el mundo académico que la cláusula de "entera fe y crédito" de la Constitución de los Estados Unidos no resolvía no ya todos los problemas de derecho internacional privado en Puerto Rico, sino que ni siquiera el problema de la vigencia de la sentencia dictada en otra jurisdicción fuera de los E.U.

La falta de viejo articulado del Código de Enjuiciamiento Civil (Arts. 950 al 957) se hacía patente. Resalta que en 1927, como relata el Prof. John LA de Passalacqua, (Rev. Der. Puertorriqueño 1977), se radicó en el Senado de Puerto Rico el P. del S. 120 incorporando el articulado necesario para el *Exequatur*. El proyecto no se aprobó. Pero lo que resulta doloroso es cómo después del gobierno propio del 1952 eso se haya olvidado. Y se olvidó también que quedaba sin resol-

ver el conflicto entre la doctrina de la nacionalidad y la doctrina del domicilio. En *Martínez v. Vda. de Martínez*, (88 DPR 443) el Tribunal Supremo insistió que en esta jurisdicción el domicilio determina el estatuto personal. Lo menos que se puede decir de esa aseveración es que es una confusión de términos! *Un limbo eterno que por serlo se transmutaba; cuando el purgatorio es eterno se convierte en infierno de facto.*

Puerto Rico, en vez de abrirse puertas con su nuevo régimen constitucional, se encerró a sí mismo, en sí mismo.

La tercera década constitucional; el Tribunal Trías

En 1975 nuestro Tribunal Supremo resuelve el caso de los obreros emigrantes puertorriqueños, *Green Giant v. Tribunal Superior*, (104 DPR 489) y comienzan a aflorar con mayor viveza los conflictos sobre aplicabilidad de normas jurídicas.

En esa situación se trataba de la variante de poner en vigor una ley de Puerto Rico sobre contratos de trabajo celebrados en Puerto Rico para rendir servicios en los estados de Maryland y Delaware.

Sobre la disidencia del señor Juez Presidente, Dr. Trías Monge, el Tribunal resolvió que la ley aplicable a la controversia sobre incumplimiento del contrato, era la ley del sitio donde se ejecuta el contrato (*lex loci executionis*) en vez de la ley del lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis contractus*). Ello así, a pesar del carácter especial del contrato, que surgía de una ley de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, en el que el Secretario del Trabajo era parte.

Green Giant por lo tanto significa la emasculación de la vigencia tanto de la doctrina de la política pública del Estado, como de otra protección del principio de la personalidad de nuestro Derecho. Porque *Green Giant* se resuelve a base del *Restatement of the Law of Contracts*, y no a base de nuestro derecho internacional privado civilista. *Green Giant* es una lástima judicial.

Dejó eunuca la política pública del Estado para proteger sus ciudadanos, no ya fuera de su territorio sino ante sus propios Tribunales invocando su propio Derecho.

Como paréntesis a eso, destáquese la actitud del entonces Juez Presidente del Tribunal de Distrito Federal para Puerto Rico, D. Hiram Cancio en *Eutectic Weld Alloys Sales V. Rodríguez*, (353 F Supp 850) del 1973.

En *Eutectic* el Tribunal negó la aplicación de la ley de Nueva York a un contrato que por sus términos lo regía, basado en que esa ley contravenía la política pública del E.L.A. Si bien esa decisión se revocó (480 F2d 223) ese mismo año, a poco que se examine la opinión se advierte que no se revocó ese fundamento. De hecho, el Tribunal de Circuito aclaró que "Puerto Rico no está obligado a seguir la política pública de otras jurisdicciones".

Así, la doctrina federal de "conflict of law" es que un Estado puede rehusar poner en vigor un contrato válido en otra jurisdicción pero que viole la política pública de ese 1^{er} estado. (*Toronto Dominion Bank v. Hall*, 367 F Supp. 1009 (1973), *Hollingsworth v. Turley*, 622 F2d 1324, y *Barnes v. Harper*, 653 F2d 175, Cert denied 455 U.S. 921 (1981).

Ante esta doctrina pensar en un estado que en sus propios tribunales no pone en vigor su propia política pública es desconcertante.

A partir de *Green Giant* sin embargo, el Juez Presidente Trías Monge logra mayorías en el Tribunal Supremo que dicta opiniones vitales para el rescate de nuestro derecho.

En *Archilla v. Smyth* (106 DPR 538) de 1977 el Tribunal determina que no es la *Carriage of Goods by Sea* (COGSA) la que rige la controversia sobre violación de un contrato marítimo.

Y luego, finalmente, en 1982, *Efectos Litográficos C.A. v. National Paper* (112 DPR 389) renace el procedimiento de Exequatur en Puerto Rico por determinación jurisprudencial de nuestra doctrina legal.

Efectos Litográficos es un tratado de Derecho internacional privado que no puedo comentar aquí. Pero baste señalar que el Tribunal crea la doctrina porque "la situación presente es... que no existe en Puerto Rico... legislación sobre el exequatur"... que "E.U. no se ha adherido al Convenio de La Haya de 1969 sobre ejecución de sentencias extranjeras", y

que resolvió actuar aplicando el artículo 7 del Código Civil sobre ausencia de ley aplicable. ¡Es una labor majestuosa!

En nuestro derecho de familia ha sido vital la aportación del Tribunal en *Perrón v. Corretjer* (113 DPR 593, 1982) y *Toppel v. Toppel* (114 DPR 16 1983). Pero esas doctrinas no van tan lejos como pudiera ir un estatuto claro de nuestra Asamblea Legislativa. El estatuto contiene la norma, pero además provee el historial que profundiza la política pública vigorosa, y por otro lado la relación armónica que entraña toda codificación.

La profesión necesita el apoyo de la legislación al acudir al Tribunal de Primera instancia al reclamar los derechos de las partes. Véase sino la triste actuación reciente en *Sterzinger vs. Ramírez, Juez y Candelario de Efrón*, 17 de diciembre de 1985. Allí se trataba en realidad de poner en vigor una sentencia de divorcio y relaciones paterno-filiales dictada en Alemania. Aparte de *Efectos Litográficos*, al llevarse la madre y el padrastro la niña de Puerto Rico, de hecho P.R. perdió jurisdicción.

Nuestra situación hoy por lo tanto es que gracias a decisiones sabias e informadas de nuestro Tribunal Supremo, se ha podido crear un cuerpo de directrices y guías para ordenar y resolver cuestiones de derecho internacional privado. Pero indudablemente, a nuestro juicio, si bien hemos sido recientemente afortunados por esa experiencia, no es garantía de futuro; ni esa metodología corresponde al ser de nuestro sistema de Derecho. En nuestro sistema, la fuente primaria del Derecho debe seguir siendo la ley, y el rol de la jurisprudencia el de establecer la *doctrina legal*, esto es, precisar la interpretación de la norma en su aplicación a casos concretos.

La iniciativa de la Cuenca del Caribe presenta hoy al país con la oportunidad de desarrollo de horizontes y mercados que no ha tenido nunca antes. Se enfrenta el país al reto, a la ruta, al sendero del futuro de su verdadero desarrollo económico: el desarrollo de su capital. Puerto Rico necesita el orden de ley que imprima, por un lado, solidez jurídica, y por otro, la seguridad y confianza necesaria para las inversiones de capital y el inicio de empresas comerciales conjuntas.

Puerto Rico tiene hoy, el poder legislativo y el poder de gobierno, compatible con su relación política y jurídica con

los Estados Unidos, de adoptar su propia legislación y su legislación propia en materia de derecho internacional privado. Debemos adherirnos al Código de Bustamante, o adoptarlo legislativamente.

Es labor nuestra, de nadie más; porque es nuestro Derecho, y como tal debe ser recto, correcto, como debe ser, como mejor deba y pueda ser. ¿Por qué no lo mejor?

Volvamos por nuestros fueros, volvamos a nuestro Derecho.

Una nueva etapa del Derecho Aeronáutico

Prof. Dr. Enrique Mapelli
*Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Aeronáutico y del Espacio
y de la Aviación Comercial
Miembro del IHLADI*

Sumario

1. **Introducción.**
2. **Primera etapa del Derecho Aeronáutico.**
3. **Los pilares del Derecho Aeronáutico.**
4. **consideraciones sobre la costumbre aeronáutica.**
5. **Notas para un Derecho Aeronáutico futuro.**
6. **Conclusión.**

1.- Introducción

La permanente evolución de la técnica aeronáutica, la constante introducción de nuevos procedimientos de navegación, la puesta en servicio de aeronaves cada vez más perfectas y de mayor capacidad, la introducción de prácticas comerciales en el actuar de los portadores aéreos y, no en último lugar, los acuerdos de cooperación entre los Estados que, a veces, incluso llegan a suponer cesiones -dicho sea en sentido figurado- de su propia soberanía, hacen que el soporte jurídico que a todo ello suministra la nueva disciplina que se integra en el denominado Derecho Aeronáutico (1) requiera una constante revisión de sus instituciones e incluso de sus principios.

Es cierto que en toda disciplina jurídica, incluso en las que parezcan más sólidas como es el Derecho Civil y el Derecho Penal (2), el tiempo, con el constante cambio de la sociedad y la modernización de las costumbres, va introduciendo alteraciones. Sin embargo, estas se reducen a más o menos adaptaciones sin que afecten ni a la totalidad de la rama correspondiente ni a sus concepciones básicas.

El fenómeno es diferente en lo que afecta al Derecho Aeronáutico, conocimiento jurídico que es mucho más reciente que los anteriores. Ello se debe, a nuestro juicio, a que el Derecho Aeronáutico ha venido a regular una actividad humana concreta, la actividad aeronáutica y que ésta, desde su nacimiento, ha experimentado un desarrollo de tal naturaleza que, en la actualidad, sólo se parece a la de sus primeros

(1) Estimamos como la más adecuada esta denominación de Derecho Aeronáutico. También, según los autores, se han empleado las de derecho Aéreo, derecho de la Aviación, Derecho del Aire, Derecho del Transporte Aéreo, Derecho Aviatorio, Derecho de la Aeronavegación, Derecho de la Navegación Aérea y alguna otra a veces tan sólo derivada del ingenio de su patrocinador.

(2) Basta pensar en la evolución del Derecho de Familia, en las limitaciones sociales de la propiedad, en todo lo que se refiere a capacidad de la mujer, etc. en lo que afecta al Derecho Civil; y en cuanto al penal, en los delitos sociales y fiscales, inconcebibles en otros tiempos, en el tratamiento de las drogas, etc.

tiempos -muy recientes- en que el hombre alcanzó la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro por la vía del aire y en aeronave (3).

De la aeronave de hélice con capacidad para tan sólo unas docenas de pasajeros y autonomía para varios cientos de kilómetros se ha pasado a las grandes máquinas, con tripulación técnica muy reducida y en las que la tecnología ha llegado a extremos extraordinarios. Ello ha influido mucho en la evolución del Derecho Aeronáutico pero más han influido en su despliegue las nuevas técnicas comerciales impulsadas por la densidad, a veces desmesurada, de la oferta de servicios, sin olvidar que la política aérea internacional se encuentra impulsada, especialmente dentro del área de la Europa comunitaria, por principios que hace años hubieran parecido inconcebibles.

2.- Primera etapa del Derecho Aeronáutico.

La inicial preocupación respecto de una disciplina que regulase el tránsito de un aparato volador sobre una propiedad -luego sobre un Estado- nace, como es lógico, con la aviación misma. Hasta que el hombre, con uno u otro artilugio, no comienza a volar, el espacio aéreo, el aire no había tenido oportunidad de ser regulado. Por una parte el tránsito de un aeroplano afecta a la propiedad privada, no sólo por el ruido, sino por el peligro que engendra la posibilidad de accidente o de caída de objetos desde la aeronave; de otro lado, el Estado puede ver afectada su soberanía, ya que mediante la utilización del espacio aéreo, su territorio deja de encontrarse debidamente controlado.

(3) Permítasenos recordar los primeros versos de un poema del poeta mexicano Amado Nervo escritos en 1910: «¡Por fin! ¡Por fin!, clamaba mi espíritu imperioso; / ¡por fin!, ¡por fin! decía mi corazón indócil; / ¡por fin! cantaba al ritmo de la sangre de mis venas, / ¡por fin! tenemos alas los hijos de los hombres! / ¡A vivir! ¡A volar! ¡Borremos las fronteras!».

Llanos y Torriglia (4) en el año 1922, decía: «Justo es reconocer que los jurisperitos empezaron presto a preocuparse de los voladores. En cuanto la aviación dejó de ser tanteo experimental -cuando ya no eran los saltitos de la «Demoiselle» de Santos Dumont en torno a las poblaciones, sino Bleriot cruzando decidido por el canal de la Mancha en 1909- los juristas, singularmente los especializados en Derecho Internacional, dieron muestra de percatarse de los mil problemas que agitaban en el aire las implumes y monstruosas aves mecánicas».

El primer problema referente al espacio aéreo que preocupó a los juristas va, poco a poco, incrementándose con otros muchos que surgen a medida que la aviación va expansionándose y que son determinantes de su estudio de manera especializada y con criterios de nuevo cuño que, muchas veces, no son coincidentes con los tradicionales.

Ni en las leyes ni en las convenciones, dice Henry-Coüannier (5) había sido previsto nada para resolver los conflictos nacidos de la utilización eventual de las aeronaves; y el nuevo vehículo se reveló desde los primeros momentos tan diferente de todos los conocidos hasta entonces, que el precedente de la analogía no fué susceptible de ser invocado por los jueces encargados de interpretar las leyes existentes. Para poder vivir y desarrollarse la navegación aérea sin llegar a declarar prescritos los principios admitidos anteriormente y cuya necesidad para muchos otros fines se impone todavía, fué necesario estudiar nuevas normas aplicables especialmente a la aeronáutica. Hubo que elaborar leyes enteramente nuevas para concretar y precisar los derechos y deberes de quienes utilizan el moderno medio de comunicación y hubo que estipular entre los Estados convenciones especiales. El

(4) Vid: «El dominio de lo impalpable (perspectivas jurídicas de la aeronáutica y la teletransmisión)», discurso leído por D. Félix de Llanos y Torriglia en su recepción como Académico de Mérito de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Reus, Madrid 1926, pág. 23.)

(5) André Henry-Coüannier, «Elementos creadores del Derecho Aéreo». Traducción de Galo Ponte Escartín, Madrid, Editorial Reus, 1929, pág. 3.

estudio de tales leyes y convenciones nuevas, concluye Henry-Coüannier, constituye el objeto del Derecho Aéreo.

Cuando, a impulsos de nuevas actividades humanas o de técnicas que surgen en la vida del hombre, el jurista se ve en la necesidad de establecer normas que antes no existían y que, poco a poco, al ir desarrollándose, comportan la creación de principios, instituciones e incluso de una filosofía jurídica, cuando, digo, poco a poco, todo ello, al sistematizarse y ordenarse, integra un nuevo cuerpo del Derecho, los tradicionalistas todavía niegan que una nueva rama, nacida del tronco común, haya aflorado.

Es cierto que la nueva rama no nace negando todas las demás, sino precisamente como consecuencia de ellas, tomando principios, modificando regulaciones. Ello es lo que determina que su autonomía fuese negada inicialmente y cuestionada después. Sin embargo, si de verdad nos encontramos ante fenómenos jurídicos de originalidad incuestionable y si la evolución, tímida al principio, se hace cada vez más radical, es inútil negar la existencia de una nueva ciencia. Ella ha de imponerse por sí misma. Poco a poco aquello que había tomado prestado, va conformándose con originalidad hasta dejar de tener relación con la fuente de la que había emanado.

3.- Los pilares del Derecho Aeronáutico

Ningún medio de transporte, dice Tapia Salinas (6) posee un carácter tan francamente internacional como la aeronave. Son pocos los Estados en los que pueden cubrirse grandes distancias sin franquear sus fronteras. En estas condiciones es absolutamente preciso la existencia de una legislación internacional uniforme so pena de hacerle perder su principal característica: la rapidez. Piénsese en la imposibilidad absoluta de desarrollarse la navegación aérea entre las diversas naciones y continentes, sin unos principios de Derecho Aero-

(6) Vid. Luis Tapia Salinas, «Curso de Derecho Aeronáutico» Bosch, Casa Editorial Barcelona 1980, pág. 14.

náutico de carácter internacional, aceptados por todos los Estados como base necesaria para la existencia de su tráfico.

Añade Tapia Salinas, que si es evidente la necesidad de una cierta internacionalización, entendemos que ésta no ha de ser de tal naturaleza e intensidad que prive o coarte a los estados del ejercicio de su soberanía en materia legislativa. esta subordinación de la norma interna a la necesidad internacional debe limitarse tan sólo, en nuestra opinión, a dos casos: el primero cuando se trata de regular materias referentes a la navegación internacional, es decir la que se realiza entre dos países diferentes o entre puntos distintos de un mismo país, pero con escala en otra nación; el segundo, en aquellas cuestiones básicas que, tratándose indistintamente de navegación aérea internacional o nacional, constituyen principios generales de interés común a todos los Estados y en beneficio del tráfico aéreo, que sin ellos no podrían subsistir.

Aunque limitado a un sector de países, pero extremadamente desarrollados en la actividad aeronáutica, la internacionalización de las normas del Derecho Aeronáutico adquiere especial relieve dentro de la Comunidad Económica Europea cuya Comunidad asume, en sustitución de los Estados, importantes facultades legislativas obligatorias para todos ellos y que producen una unificación del Derecho que, en materia de aviación civil, es siempre deseada y beneficiosa.

La gran evolución del derecho Aeronáutico, iniciándose una nueva etapa que aún no ha concluido de plasmarse, comienza en relación con la responsabilidad del transportador aéreo. La unificación conseguida mediante el Convenio ultimado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 adquiere una mayor solidez al adherirse los estados Unidos, país de tan especial significación aeronáutica, a dicho Convenio en el año 1934. Sin embargo, los Estados Unidos siempre consideraron excesivamente reducidas las indemnizaciones del Convenio de Varsovia y, por ello, cuando se duplican mediante el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955, los Estados Unidos no lo ratifican produciéndose la rara situación de que no estimando suficientes las indemnizaciones de La Haya quedaban sujetos a las de Varsovia que eran inferiores. Los Juzgados y Tribunales de los Estados Unidos desple-

garon su habilidad para producir una jurisprudencia en la que no se aplicaban límites de responsabilidad en los litigios que versaban sobre el incumplimiento del contrato de transporte por parte del porteador. Ello determinó que los Estados Unidos anunciaran su intención de denunciar el Convenio con efectos de 15 de mayo de 1966 (7).

Esta crisis pudo soslayarse mediante el acuerdo de Montreal de 4 de mayo de 1966 suscrito entre la Administración de los Estados Unidos y las compañías aéreas que mantienen operaciones con dicho país.

La situación, pues, ofrece una diversidad de regulaciones que dista muy mucho, por quebrantarla, de la internacionalidad a la que anteriormente aludíamos. Pero esta fragmentación y este quebranto habrían aún de incrementarse en el futuro con motivo de una nueva crisis producida por la traducción a las monedas de curso legal en cada país respecto de la otra moneda meramente hipotética que se establecía en la Convención de Varsovia para determinar las indemnizaciones que en cada supuesto pudieran corresponder.

En efecto, el último párrafo del artículo 22 de dicha Convención establecía que las sumas de indemnización en la misma establecidas «se considerarán como refiriéndose al franco francés integrado por sesenta y cinco miligramos y medio de oro con la ley de novecientas milésimas de fino. Podrá convertirse en moneda nacional en números redondos».

Durante un lapso prolongado, dice Cosentino (8) el oro cumplió adecuadamente con su objetivo estabilizador, ajustándose al propósito de otorgarle una razonable «universalidad» al tope prescrito en el orden internacional. Su permanencia fué consolidada por vía del acuerdo de Bretton

(7) El Departamento de Estado daba la siguiente explicación: «Los Estados Unidos de América desean declarar que dan este aviso solamente debido a los bajos límites de responsabilidad por muerte o lesiones previstas en la Convención de Varsovia, aún en el caso de que tales límites fueren elevados por el Protocolo que enmienda del Convenio».

(8) Vid: Eduardo T. Cosentino. «Régimen Jurídico del Transportador aéreo». Abeledo - Perrot. Buenos aires 1986, pág. 80.

Woods, de julio de 1944, por el que en la conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas se acordó la convertibilidad de las monedas nacionales y la fijeza de sus paridades, conviniéndose en que los bancos centrales conservarían la cotización de la onza Troy a 33 dólares por unidad. De tal forma, por espacio de más de cincuenta años cumplió el sistema de Varsovia su función «estabilizadora», resistiendo triunfalmente los embates propios de la diversidad y las fluctuaciones de la economía mundial.

Más adelante la persistencia del déficit de la balanza comercial norteamericana y el desequilibrio entre las reservas de oro y el desarrollo de la economía mundial, precipitó la decisión del Gobierno de los Estados Unidos de América y en agosto de 1971 declaró la inconvertibilidad del oro respecto del dólar.

Para salir al paso en cuanto a las perturbaciones que ello determinaba se suprimió el oro como denominador común de las paridades monetarias y fueron creados los llamados Derechos Especiales de Giro. En el ámbito aeronáutico fueron elaborados unos Protocolos que modificaban el Convenio de Varsovia en los que, independientemente de otros aspectos, se sustituía el oro definido en el mismo por los Derechos Especiales de Giro a fin de determinar las indemnizaciones que pudieran corresponder como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de los transportistas. Estos Protocolos fueron firmados en Montreal el día 25 de septiembre de 1975.

La situación podía calificarse de catastrófica en lo referente a la unificación que, en un momento dado, había sido posible gracias al Convenio de Varsovia de 1929. En un trabajo que publicamos con motivo del 50 aniversario de este Convenio llevamos a cabo un repertorio, que calificamos como «farragoso» y del que se deducían ocho posibilidades, dentro de la regulación internacional, para calcular la indemnización que a un reclamante pudiera corresponderle en caso de siniestro. A estas regulaciones internacionales había que añadir las que correspondiesen en cada país de acuerdo con

su legislación interna si el siniestro de había producido en un vuelo de carácter doméstico (9).

Como a uno de los pilares del Derecho Aeronáutico, en este caso del Derecho Aeronáutico privado, hemos venido aludiendo al llamado «sistema de Varsovia», hoy en trance de total fragmentación y necesitado de una total revisión y adecuación a las necesidades presente. En otro aspecto, en el público, el Derecho Aeronáutico descansa en el Convenio sobre aviación civil internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944. Este texto internacional, en contra de lo ocurrido con el Convenio de Varsovia, viene demostrando, en el transcurso de los años, una especial eficacia y apenas ha tenido que ser modificado en muy escasos puntos. Carta Magna o constitucional de la aviación civil se le ha venido llamando y, en efecto, gracias a sus principios, la realidad actual del comercio aeronáutico ha podido alcanzar tan elevado nivel de desarrollo.

Puede opinarse que la eficacia del Convenio de Chicago de 1944 se debe a la creación, de acuerdo con sus preceptos, de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) cuyos reglamentos, llamados Anexos, regulan muy certeramente todo lo que a esta actividad se refiere. Los fines y objetivos de la OACI tienden, entre otros, a satisfacer las necesidades de los pueblos del mundo respecto de un transporte aéreo seguro, regular, eficaz y económico (10).

El Convenio de Chicago de 1944 vino, de acuerdo con principios y necesidades bien diferentes, a sustituir al Convenio iberoamericano de Navegación Aérea, Madrid 1926, y al Convenio sobre Aviación Civil Comercial, La Habana 1928, todos los cuales quedaron sin efectividad ni razón de ser al entrar en vigor el Convenio de Chicago de 1944.

(9) Ver introducción al libro «Convenio de Varsovia de 12 octubre de 1929. Edición conmemorativa de su 50 aniversario en la que se contienen los Convenios, Protocolos y Acuerdos que lo complementan y modifican». IBERIA, Líneas Aéreas de España, Madrid 1979.

(10) Cfr. A capite d) del artículo 44 del Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944.

Los dos pactos a que hemos venido refiriéndonos -Varsovia 1929 y Chicago (con sus precedentes) 1944- han venido constituyendo las fuentes fundamentales del Derecho Aeronáutico. Estas fuentes han quedado, en el transcurso de los años a partir desde que fueron firmadas, inadecuadas a la realidad de la aviación civil; el Convenio de Varsovia ya que su «sistema» se encuentra totalmente, quebrado y el Convenio de Chicago ya que sus postulados vienen siendo, en determinados sectores, superados. Buena prueba de ello son los acuerdos ya adoptados en la Comunidad Económica Europea.

4.- Consideraciones sobre la costumbre aeronáutica.

Es un hecho constatado a través de los tiempos que las normas establecidas por el Derecho Aeronáutico llegan siempre a remolque de las necesidades que pretenden regular. Ello es totalmente explicable. El Derecho Aeronáutico se aplica a una actividad rigurosamente nueva cual es el hecho de que el hombre pueda trasladarse de un lugar a otro volando. Este suceso, tan vulgar en nuestros días, no había preocupado ni tenía porqué preocupar al jurista. Nacido el mismo, su evolución ha sido constante y, de manera permanente, dicho jurista ha tenido que enfrentarse con situaciones originales. Comenzadas éstas con la regulación del espacio aéreo llegan, por último, -sin perjuicio de ignotas evoluciones para el futuro- a las prácticas comerciales a las que ha hemos aludido y que, más o menos ingeniosamente, se ponen en práctica a medida que la oferta de la industria aeronáutica va incrementándose.

Las consideraciones precedentes nos conducen a la necesidad de que la costumbre sea una eficaz fuente del Derecho Aeronáutico. La costumbre, es cierto, se considera como tal fuente con carácter general, pero, en lo que se refiere a nuestra disciplina, adquiere relieves muy destacados. Cabría

(11) El Código Aeronáutico de la República de Chile aprobado por

hablar no solo de la costumbre sino, más específicamente, de la «costumbre aeronáutica» nacida y evolucionada dentro de la propia actividad (11)

Sin embargo se ha dicho -Luis A. Yañez (12)- que no faltan opiniones de que la costumbre no puede tomarse como fuente del Derecho Aeronáutico, debido a la corta existencia que ha tenido esta disciplina. Más si hacemos un análisis respecto al origen de las normas que ahora rigen la actividad aérea, añade el citado autor, podremos afirmar que en sus primeros momentos fueron los actos con ella relacionados, convertidos en hábito, en forma de actuar continua, es decir en costumbre, las que sentaron en su origen los procedimientos regulatorios de la aeronáutica.

Nuestra opinión es precisamente la contraria. Muchas de las leyes que configuran el Derecho Aeronáutico emanan de costumbres que, al redactarse dichas leyes, se encontraban ya consagradas. Y, más aún y ello es la tesis de este trabajo, el futuro Derecho Aeronáutico habrá de nacer teniendo en cuenta las costumbres que vienen siendo ya hábito en la actividad aeronáutica y que no encuentran su debido encaje en la legislación actualmente en vigor.

Como ejemplo de cómo un hábito llega a transformarse en norma lo tenemos con la práctica de la sobreventa, comúnmente conocida como «overbooking». El comprometer más plazas de las que realmente se encontraban a disposición en el aeroplano, no era sino un incumplimiento del contrato de transporte. Sigue, en efecto, siéndolo, pero el legislador, respetando los derechos del pasajero que, en todo caso quedarán salvaguardados, le concede la oportunidad de solucio-

Ley 18.916 que se publica en el Diario Oficial de 8 de febrero de 1990, en su artículo 6º, dice: «En lo no previsto en este Código ni en los Convenios o tratados internacionales aprobados por Chile, se aplicarán las normas del Derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho».

(12) Vid: Luis Yañez, «Derecho Aeronáutico Ecuatoriano», Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito 1983, pág. 115.

nar su problema mediante una fórmula práctica y eficaz (12 bis).

Especial atención merecen las condiciones generales establecidas por la Asociación del Transporte Aéreo Internacional (I.A.T.A.) (13). Estas Condiciones, con las reservas consiguientes, vienen a regular el contrato de transporte tanto por la vía de adhesión, ya que el usuario las acepta tácitamente, se adhiere a ellas al contratar con el transportista, bien por ser usos y costumbres mercantiles generalmente observados por toda la industria y con carácter internacional.

Estas condiciones generales, al ser redactadas por los propios transportistas contemplan la realidad viva del transporte y se ocupan de problemas que son ignorados por el legislador. Naturalmente que ha de tenerse en cuenta que precisamente por ser redactadas por la entidad que agrupa a una de las partes del Contrato de transporte, las compañías aéreas, existe el temor de que en el clausulado no se haya tenido en cuenta el equilibrio y la independencia necesarios (14).

(12 bis) Aunque en la comunidad Económica Europea se va a regular la sobreventa con carácter comunitario, es interesante conocer la explicación que da el Real Decreto de 13 de Junio de 1980 (España). Dice así: «Los sistemas que en la actualidad se utilizan en el mercado del transporte aéreo y reserva de plazas de los servicios regulares nacionales e internacionales están dotados de gran flexibilidad, lo que beneficia a los usuarios, permite el mejor aprovechamiento de la capacidad de los aviones y, en definitiva, repercute favorablemente en la explotación de aquellos servicios. Sin embargo, la complejidad de tales sistemas da lugar a que, en algunas ocasiones, una persona titular de su billete de transporte aéreo, con plaza confirmada para un determinado vuelo, no sea aceptada a embarcar en el mismo por falta de asientos disponibles».

(13) A la I.A.T.A. pertenecen las principales Compañías aéreas del mundo; es pues un organismo privado de carácter internacional. Según los Estatutos aprobados en la Habana en 1945 tiene por fin y objeto fomentar para beneficio de todos los pueblos del mundo el transporte aéreo en forma segura, regular y económica; estimular el comercio aéreo y estudiar los problemas relacionados con dichas actividades; crear los medios de colaboración entre las empresas de transporte aéreo dedicadas directa o indirectamente al servicio internacional del mismo, y cooperar con la OACI y demás organismos internacionales.

(14) La Ley de 19 de julio 1984 (España) General para la defensa de

Rodrigo Uría (15) estima que, aunque hoy predomina en la doctrina una clara tendencia a conceder a las condiciones generales carácter de fuentes de derecho, esta cuestión no debe ser resulta de modo general y común a toda clase de condiciones generales y para decidir en un sentido o en otro habrá que tener en cuenta muy especialmente el modo en que las condiciones generales hayan sido formuladas. Cuando estén dictadas e impuestas a las partes por una autoridad pública investida de poder normativo, esas condiciones adquieren el carácter de normas de observancia necesaria para quien decida contratar (lo mismo los empresarios que los clientes) y, en consecuencia, tendrán carácter de derecho objetivo. A la misma conclusión habrá que llegar cuando se trate de condiciones impuestas indirectamente por esas autoridades mediante delegación a los empresarios de su facultad normativa, con reserva de la subsiguiente aprobación, porque entonces esa aprobación también les confiere fuerza vinculante y hace igualmente obligatorio para ambas partes el contenido del contrato. E incluso cabría equiparar a los supuestos anteriores el de aquellas condiciones generales dictadas en aplicación o ejecución de acuerdos tomados por asociaciones profesionales legalmente reconocidas que estén dirigidas a disciplinar las singulares relaciones contractuales entre los empresarios y sus clientes, porque esas condiciones, al extender su carácter obligatorio frente a todos los pertenecientes a una rama de la actividad mercantil, adquieren también valor y significación equiparables al de las normas de derecho objetivo.

En el mundo de la aeronáutica, las Condiciones Generales dictadas por la I.A.T.A no emanan en virtud de ninguna delegación que la autoridad le haya concedido para ello, aunque, en efecto, tienen una especial significación ya que, una vez establecidas por dicha I.A.T.A. y aunque muchas

los consumidores y usuarios excluye de las condiciones generales «las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios».

(15) Vid: Rodrigo Uría, «Derecho Mercantil», Madrid 1985, pág. 24.

veces sea una mera práctica recomendada para sus socios -las compañías aéreas- y no una norma que obligatoriamente las mismas hayan de imponer a los usuarios de sus servicios, la generalizada aplicación que, extendida internacionalmente, se hace de dichas Condiciones les confiere un valor singular.

Más la costumbre aeronáutica no se integra tan sólo por el actuar que se deriva de acuerdo con las condiciones generales de IATA, sino de otros muchos procedimientos que no sólo emanan de otras normas de esta Asociación sino de fácticas y a veces muy insensibles conductas que la puesta en marcha de nuevos aparatos, nuevos y más perfectos mecanismos, viene, poco a poco, imponiéndose.

Respecto de estos procedimientos, el legislador permanece inactivo un lapso más o menos prolongado hasta que la costumbre ha adquirido tal solidez y arraigo que su voluntad legislativa se pone en marcha estableciendo la normativa correspondiente.

Para Cosentino (16) la labor jurídica de mayor envergadura de la IATA se refiere a la reglamentación de sus Condiciones Generales que si bien -dice- carecen de fuerza coercitiva se han introducido por vía convencional al orden normativo que rige la relación entre las partes. En sus trabajos iniciales en el año 1930, añade, contribuyó a unificar el orden jurídico internacional, teniendo en cuenta que en aquellos días no regía la Convención de Varsovia de 1929. En formulaciones posteriores en el año 1949 y 1960, las «Condiciones Generales» asumieron un rol complementario, resolviendo situaciones de detalle y fijando pautas interpretativas que ponen de manifiesto prácticas inveteradas propias de la costumbre aeronáutica. En conjunto, la IATA, a través de sus órganos específicos regulativos que son fuente subsidiaria de derechos, convalida la costumbre y precisa las nociones y principios contenidos en la legislación en vigor.

En atención a cuanto ha quedado expuesto, estimamos que la práctica aeronáutica, impulsada tanto por el progreso

(16) Vid: Eduardo Cosentino, «Régimen jurídico del transporte aéreo», Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1986, pág. 61.

de la técnica como por la actuación comercial de los transportistas aéreos, ha sido permanentemente el motor que ha obligado al legislador a la elaboración de nuevas normas; y que, si ello en el pasado es fácilmente constatable, en el inmediato futuro se ofrece aún con mayor nitidez, siendo de esperar que no se retrase la respuesta legislativa indispensable.

5.- Notas para un Derecho Aeronáutico futuro.

Desde el año 1929 en que fué, en la ciudad de Varsovia, firmado el Convenio que lleva su nombre, la responsabilidad del transportista aéreo, al igual que en otros medios de traslación, ha sido concebida con carácter limitado. El porteador, salvo que concurriesen determinadas circunstancias en su conducta, puede ampararse en lo que se ha llamado «instituto de la limitación».

Han transcurrido los años y la situación actual del transporte aéreo no es la misma. Las preguntas que, en 1986, nos formulábamos (17) tienen plena vigencia.

¿Tiene la limitación de responsabilidad del porteador motivos científicos suficientes para ser mantenida en los tiempos presentes?; ¿la limitación de responsabilidad es, en términos de Derecho, legítimamente admisible?.

Las conclusiones que, entonces, manteníamos no sólo no han sido alteradas, sino que han venido a conformarse de manera rotunda. La situación -decíamos- actual del sistema de responsabilidad en el transporte aéreo internacional de personas pretendiendo arrastrar un sistema que se inicia con el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 es altamente perturbador y redundante tanto en perjuicio de los intereses de las empresas porteadoras como de la claridad en los dere-

(17) Vid: Enrique Mapelli, «Estado actual de la limitación de responsabilidad en el transporte aéreo», publicado en «XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del espacio de la aviación comercial». Barcelona 1989, págs. 323 y sgts.

chos de los pasajeros damnificados. La situación aludida ha roto la unificación internacional que en el Derecho Aeronáutico es básica e indispensable.

En atención a todo ello y tratándose de una de las materias más importantes de esta rama del Derecho, hay que recomendar que, con especial urgencia y constante eficacia, se lleven a cabo los estudios necesarios que desemboquen en la futura solución atinente a la responsabilidad derivada del incumplimiento por parte de porteador de sus obligaciones contractuales.

Teniendo en cuenta la situación actual de la industria, pudiera pensarse que esa solución debiera ser la derivada de un sistema de responsabilidad basado en la culpa y negligencia sin límite ni tope protector para el porteador.

No faltan, naturalmente, opiniones favorables al mantenimiento de los límites de responsabilidad. Así Ferradas Platas, (18) dice que el sistema de Varsovia, pese a su actual situación, es el más idóneo del Derecho Privado Aeronáutico para regular internacionalmente el transporte aéreo, especialmente en lo que a responsabilidad contractual se refiere, a fin de alcanzar la unificación y uniformidad del Derecho Aeronáutico Internacional.

Desde 1929 hasta el presente, quizás debido a un respeto reverencial respecto del Convenio de Varsovia, tan sólo han sido afrontadas, en cuanto a este Convenio, modificaciones que tienden al perfeccionamiento de sus normas y a la elevación de sus límites, límites que, una vez entren en vigor los Protocolos de Montreal de 1975, serán más simbólicos que efectivos, ya que el montante de los topes que se establezcan alcanzarán tal entidad que, en muchos países, habrán dejado de operar como si fueran límites reales.

Es cierto que abandonar el sistema de Varsovia puede suponer una ruptura definitiva de la unidad internacional del Derecho Aeronáutico. Sin embargo es preciso, absolutamen-

(18) Vid: Julio Mariano Ferradas Platas, «Estado actual de la limitación de responsabilidad en el transporte aéreo». Trabajo inserto en el libro citado en la anterior nota. Págs. 365 y sgts.

te preciso, contemplar la realidad presente y la que va a ser inmediata y cerciorarse de una vez de que esa unidad ya no existe, que el «sistema» ha cumplido su histórica misión en el mundo del Derecho Aeronáutico y que es aconsejable la elaboración de nuevas y más actualizadas normas sobre responsabilidad.

Una serie de circunstancias que encadenadamente vienen produciéndose permiten opinar que para un futuro que no puede ser lejano el Derecho Aeronáutico ha de sufrir una profunda transformación. Esta transformación no afectará ciertamente a los principios esenciales que se refieren a la soberanía sobre el espacio aéreo, la ejecución de la operación de vuelo, lo referente a la infraestructura y el personal aeronáutico y lo que atañe al contrato de transporte. Estos principios básicos servirán para conformar las líneas del nuevo Derecho Aeronáutico, pero éste, sin duda, habrá de dar respuesta a una realidad que ya, en muchos aspectos, aparece clara y respecto de la que, las normas actuales han quedado desfasadas por completo.

Tengamos en cuenta, en primer lugar, que en el año 1989 más de 1.100 millones de pasajeros fueron transportados en todo el mundo, cifra que, puesta en relación con los 750 millones que usaron el avión en 1980 declara la evolución creciente de la industria. Según ha declarado el Director General de la Asociación del Transporte Aéreo Internacional (IATA) (19) «la infraestructura del transporte aéreo simplemente no ha podido mantenerse a la altura del crecimiento de la demanda de vuelos especialmente en el hemisferio norte y también incluyendo áreas importantes en Asia y el Pacífico. Hemos visto -añadió- la flota jet en todo el mundo aumentar de alrededor de 6.000 unidades a más de 8.000; además de un número que se mantiene en crecimiento de pequeños aviones con propulsión de hélices». «Este crecimiento continuará. La industria se enfrentará con un número de desafíos durante la década que se inicia, pero ninguno tan

(19) Informe del Sr. Günter O. Eser, Director General de IATA Vid: «Acrocomercial», Buenos Aires Febrero-Marzo 1990, pág. 9.

crítico como observar el crecimiento que se anticipa. Los viajes de pasajeros se duplicarán a 2,2 - 2,5 miles de millones para el año 2.000. Se considera que las aerolíneas tendrán que adquirir más de 4.000 nuevas aeronaves jet, alrededor del 70 por ciento de ellas para poder absorber el incremento del tráfico».

Fácilmente se comprende que si, en la actualidad, ya se observan grandes problemas en la congestión del tráfico, tanto en lo que respecta a la utilización del espacio aéreo como en lo que afecta a la capacidad de absorción de los aeropuertos que lo reciben, en el futuro este problema puede suponer una quiebra para la aviación civil que dé al traste con lo que sus ventajas vienen suponiendo para la humanidad. En noviembre de 1987 la Asociación Europa a de Líneas Aéreas (AEA) publicó un informe titulado "Scenari on Airport Congestión" en el que estudiaba la saturación de los 46 mayores aeropuertos de Europa, de acuerdo con los niveles de crecimiento de tráfico esperados. Los resultados no pudieron ser más alarmantes; incluso en la hipótesis de un bajo rendimiento de tráfico, las terminales de 17 de estos aeropuertos y las pistas de 11 de ellos quedarían saturados antes del año 2.000; en la hipótesis de alto crecimiento de tráfico, las cifras serían de 35 y 31 respectivamente. Dos años después de la aparición de este estudio, el volumen de tráfico observado parece acercarse al más pesimista de los supuestos amenazando con estrangular en cierta medida al transporte aéreo europeo (20).

La congestión que ya tan grandes quebraderos de cabeza viene produciendo a las autoridades aeronáuticas de los sectores geográficos afectados, no parece que, a pesar de las eficaces medida que se adoptan, pueda tener una fácil solución. El rigorismo que, como consecuencia del principio establecido en el artículo 1º del Convenio de Chicago (21) venía

(20) Cfr. «Aterrizas donde puedas. La congestión de los aeropuertos europeos», revista «IBEROAVION», Madrid marzo 1990, págs. 19 y sgts.

(21) Este precepto establece que, «los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio». Acorde con el mismo se pronuncian todas las

observándose en cuanto a las llamadas «libertades del aire» se ha atemperado de forma tal que el incremento del tráfico ha tenido un crecimiento vertiginoso. No es tampoco ajeno a ello las políticas llamadas «liberalizadoras» iniciadas en los estados Unidos y seguidas por los países integrantes de la Comunidad Económica Europea, aunque la «liberalización» tienen un aspecto directamente comercial y económico, el mismo incide en el crecimiento del tráfico. Para atender este crecimiento las Compañías se aprestan a su avituallamiento. Estas Compañías -de todo el mundo- gastarán 626.000 millones de dólares en la compra de nuevos aparatos y durante los próximos dieciséis años el transporte aéreo crecerá un promedio de 5,5 por 100, lo que determinará que las compañías adquieran en este período un total de 9.935 aeronaves. Los recorridos que mayor aumento experimentarán serán las rutas entre Asia y Norteamérica y Europa, con un incremento del 9,1 por cien, seguidos del tráfico asiático con un 7,7 por cien y de los vuelos domésticos de Estados Unidos con un 5,2 por cien (22).

El aumento previsto debe ponerse en relación con el que ya soportan los aeropuertos principales del mundo. Citemos, como ejemplos referidos al año 1988, el de Heathrow, en Londres, con 37,5 millones de pasajeros; el de Frankfurt, con 24, 4 millones y el de París con 22,2 millones. En España es el aeropuerto de Madrid con 13,2 millones el que despacha mayor número de pasajeros y en los Estados Unidos los de Chicago y Atlanta con 58,8 y 45,9 millones respectivamente (23).

legislaciones nacionales. Así, la Ley sobre Navegación Aérea de España de 21 julio 1960 cuyo artículo 1º dice: «El espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía española».

(22) Estos datos se contienen en el Informe Anual de Previsiones Económicas y de Mercado de la Empresa estadounidense Boeing, referido a toda la industria en general. Vid: «Diario de Economía», Madrid 18 de abril de 1990, pág. 84.

(23) Vid: «Aterrizas como puedas. La congestión de los aeropuertos europeos», por Arturo Benito, "IBEROAVION", Madrid abril 1990, págs. ro y 22.

El ejercicio del derecho constitucional a la huelga por parte de los trabajadores constituye una grave preocupación para el transporte aéreo (24). Con carácter general, en relación con este derecho, se ha dicho que «hoy las sociedades son mecanismos complejísticos que se pueden paralizar en cuanto se inmoviliza una de sus piezas con perjuicios ingentes en cadena para las sociedades y para cuantos la integran. En la valoración moral de las guerras se sigue teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Por muy justa que sea una causa, deja de serlo si los daños que se producen sobrepasan a los posibles beneficios de la restauración de la justicia» (25).

Si ello es razonable con carácter general, en lo que se refiere al transporte aéreo aconseja tener en cuenta que la organización del mismo es una delicadísima y muy complicada combinación de elementos y servicios en los que no puede haber fallo alguno sin que repercuta de manera directa en todo el sistema (26). La huelga, en el transporte aéreo requiere un tratamiento especial y es este tratamiento tan especializado el que el Derecho Aeronáutico, sin perjuicio de su respeto a las normas constitucionales, debe articular de tal forma que un leve conflicto laboral no repercuta en todo el sistema de las operaciones aéreas.

Los llamados servicios esenciales, que durante el conflicto huelguístico deben quedar garantizados, han de tener una conceptualización muy especial cuando del transporte aéreo se trata. No son tan sólo las aparentes incidencias de la huelga las que deben ser tenidas en consideración como si de cual-

(24) El artículo 28, párrafo 2 de la Constitución española de 1978 «reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

(25) Vid: José María García Escudero, «La anacrónica huelga», Diario ABC, Madrid 15 abril 1990, pág. 40.

(26) Basta la paralización del servicio de limpieza de una aeronave que rinde un vuelo de larga distancia para que estos ingenios no puedan, por razones higiénicas -los lavabos pueden haber sido utilizados por 400 personas-, realizar su nuevo servicio repercutiendo ello en el que, a diez mil kilómetros, tiene luego asignado.

quier otra actividad industrial se tratase, sino de las repercusiones que, en lo que concretamente se refiera al transporte aéreo, tienen lugar. Se ha hablado de los llamados vuelos de «posicionamiento» de aeronaves que son aquellos que resulta preciso llevar a cabo para situar en un determinado aeropuerto una aeronave que, encontrándose en aeropuerto distinto, resulta necesaria en el primero para prestar un servicio de los declarados esenciales, de donde se concluye que su carácter se deriva del servicio esencial que posibilita o complementa, por lo que son igualmente esenciales todas las actividades que facilitan el aludido «posicionamiento» técnico (27).

Sobre cualquier otra consideración, por ser un principio fundamental que se consagra en los compromisos internacionales suscritos por España y es desarrollado en los mismos de manera muy rigurosa (Anexos de la OACI), debe primar lo referente a la seguridad aérea. En relación con ello debe tenerse en cuenta lo que se ha llamado «efecto multiplicador» de la huelga en el transporte aéreo (28). Cualquiera que sea la paralización que una huelga ocasione en el proceso de una operación aérea, esta paralización repercute en la totalidad de la misma, pudiendo incidir en lo referente a la seguridad aérea. El proceso de la operación no puede sufrir interrupción ni anomalía en ninguno de sus muy numerosos eslabones.

En relación con el transporte aéreo y por lo que se refiere al ejercicio del derecho a la huelga deben tenerse en cuenta dos principios: a) El derecho de los trabajadores a defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren; b) El transporte aéreo se realiza en servicio de la comunidad y es

(27) Es del mayor interés respecto de estas cuestiones la Sentencia del Tribunal Constitucional (España) de fecha 15 de marzo de 1990, dictada en recurso de amparo nº 1247/87.

(28) Ver la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1986 (España) dictada al amparo de los Reales Decretos 2878/1983, de 16 de noviembre y 776/1985, de 5 de mayo, estableciendo servicios esenciales a mantener durante una huelga que afecta al transporte aéreo.

el interés de esta comunidad el que resulta perturbado por la huelga; la presión que con la misma se pretende tiene como destinatario no a la otra parte en litigio, sino a la comunidad cuyo derecho a trasladarse de un lugar a otro debe ser prioritario respecto del derecho de huelga (29).

No parece inoportuno hacer referencia a la cada vez más importante fuente de ingresos que obtienen las Compañías aéreas procedentes de actividades marginales al transporte aéreo y que se obtienen como consecuencia del mismo. El objetivo de una compañía aérea no es otro que el de trasladar personas o cosas de un lugar a otro; sin embargo actividades que comenzaron como mero ofrecimiento de una comodidad al pasaje se han transformado en sustanciales rendimientos económicos en algunos casos de especial volumen. A modo de ejemplo podemos mencionar las ventas a bordo que de cajetillas de cigarrillos o bebidas alcohólicas han pasado a ser auténticos comercios volantes con un catálogo de ofertas que se facilita a bordo al pasajero. En un futuro próximo parece que el uso del teléfono desde el avión puede representar para los transportistas aéreos un beneficio apreciable (30).

La política aeronáutica de la Comunidad Económica Europea puede significar transformaciones muy importantes que, incluso, incidirán no sólo en las relaciones aeronáuticas intercomunitarias sino también con terceros países ajenos a la Comunidad. Sobre ello se anuncia la supresión de los acuerdos bilaterales y multilaterales sobre capacidades de tráfico.

Voces prudentes (31) manifiestan que la liberalización del mercado en el sector del transporte aéreo no podrá, por si

(29) En nuestro trabajo «El derecho a la huelga en los transportes aéreos» (Revista AIRLINE, Madrid febrero 1989, págs. 48 y sgts.) hemos analizado determinados aspectos del problema que luego han sido precisados en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1990.

(30) Se ha calculado que por cada aeronave del tamaño Boeing 747 los beneficios anuales pueden representar una cifra superior a un millón de dólares (vid: Revista «MACH-82», Madrid enero/febrero 1990, pág. 6).

(31) Vid: Mario Caballero Clavijo, «El régimen jurídico comunitario

sola, producir los ambiciosos frutos descritos por la fácil retórica política tan utilizada por sus más ardientes defensores si, al propio tiempo, no se aplica una decidida voluntad, también política, para erigir, facilitar y mejorar una infraestructura, para proporcionar y modernizar unos medios logísticos y para levantar innumerables barreras, cuyas palancas no estén en manos de los operadores del sector.

El propio autor -Caballero Clavijo- estima recomendable que las Instituciones comunitarias, incluido el Tribunal de Justicia Europeo, no se dejen llevar por la fácil tentación de intentar imponer la aplicación extraterritorial de sus disposiciones, particularmente en el ámbito del transporte aéreo internacional, en evitación de crear otros múltiples y severos problemas.

Sin pretender agotar el repertorio de las cuestiones que suponen toda una renovación del Derecho Aeronáutico, es oportuno, antes de concluir, hacer referencia a la importancia que, independientemente de su aplicación en otros sectores, tienen en el ámbito comercial de las empresas la aparición de las computadoras y los sistemas electrónicos para la planificación de mercados y la distribución general de sus productos. Los sistemas informatizados de reservas, conocidos por las siglas CRS (32) han supuesto una modificación sustancial en todo el proceso de las ventas y, al tener acceso al CRS las agencias de viaje, que son un soporte de la mayor importancia en lo que supone el acercamiento del transporte aéreo al público usuario, aparecen nuevos problemas que ya, en la actualidad vienen desembocando en indeseados e indeseables pleitos judiciales.

Dice Mario Folchi (33) que los CRS entrañan un peligro por su misma estructura técnica para los usuarios, ya que

del transporte aéreo» (II) Noticias/CEE» nº 60, Madrid enero 1990, pág. 56.

(32) Estas siglas responden a las palabras inglesas «Computer Reservations System» y pudieran ser sustituidas por SIR en español, correspondientes a «Sistema informatizado de reserva».

(33) Vid: Mario O. Folchi, «Los sistemas computarizados de reserva y su problemática legal», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y

como los más importantes sistemas son de propiedad y operados por las líneas aéreas (34) existe la posibilidad de que ellos incluyan en sus sistemas de información determinados métodos que favorezcan sus propios vuelos. La competencia entre los distintos CRS, sigue Folchi, se ha incrementado a tal punto que se han ofrecido a los agentes de viajes determinadas ventajas para inducirles a cambiar los sistemas o a dirigir a sus clientes hacia una determinada aerolínea.

Ante ello el usuario deberá adoptar determinadas precauciones de tal forma que pueda obtener la información más favorable a sus intereses y, en definitiva, poder concertar su contrato de transporte con la empresa que cuadre mejor a los mismos.

6.- Conclusión

Mediante las presentes notas hemos pretendido ofrecer una serie de datos que hagan reflexionar sobre la necesidad de concebir un Derecho Aeronáutico que tenga por fundamento principios que no son coincidentes con los que rigen en la actualidad y que, si bien han demostrado ser válidos para la primera etapa del transporte aéreo, se vislumbra muy claramente son inhábiles no sólo para el vecino futuro sino para la situación que ya es presente.

El concepto de soberanía proclamado en el Convenio de Chicago de 1944 sigue siendo el mismo, pero su ejercicio resulta atenuado en virtud, tanto de los procesos de «liberalización» como por los acuerdos establecidos por los propios Estados, siendo paradigma de ello lo que se refiere a la Comunidad Económica Europea.

Políticas, nº 74, Caracas 1990, pág. 277.

(34) En Europa existen los sistemas «AMADEUS» creado por AIR FRANCE, IBERIA, LUFTHANSA Y SAS y al que se han agregado posteriormente otras empresas; y el llamado «GALILEO» al que pertenecen BRITISH AIRWAYS, KLM, SWISSAIR, ALITALIA, AIR PORTUGAL, SABENA y otras compañías aéreas.

La evolución del transporte aéreo, la solidez de la Compañías que lo explotan y, sobre todo y muy principalmente, el afortunado grado de seguridad alcanzado reclaman una razonable consideración en lo que afecta a la limitación de la responsabilidad de los portadores para los supuestos en que se incumplan las obligaciones que le vienen impuestas en virtud del contrato de transporte.

Y, por último, las modalidades mercantiles, la utilización, que no se detiene, de nuevas técnicas, requieren el replanteamiento de muchas regulaciones que hasta ahora han sido satisfactorias. Debe también tenerse en cuenta que todo ello, y no en pequeña proporción, repercute sobre las demás cuestiones, incluso las propias de las relaciones laborales, que han venido a suponer una especialidad en esta rama del Derecho.

FORTALECIENDO EL ASILO DIPLOMATICO (Una experiencia docente)

Por Alfredo MARTÍNEZ MORENO *
Miembro del IHLADI

Pocas instituciones jurídicas tan necesarias en América y tan apegadas a la realidad de las cosas como la del asilo diplomático. De estirpe antiquísima — «la noción del asilo es tan antigua como la humanidad y lo encontramos practicado en los pueblos y razas más primitivos», dice Vieira (1) — todas las civilizaciones clásicas, desde Egipto a Roma, y muchas de las grandes religiones — el Judaísmo, el Islam y el Cristianismo — lo respetaron en alguna forma, sobre todo en los templos, que eran santuarios para los perseguidos y recintos inviolables para los persegutores.

Es una institución, con fuerte resistencia en los ambientes europeos, explicable por el mayor respeto que en el Occidente ha existido hacia la dignidad de la persona humana y hacia el enemigo político (2), pero que se ha desarrollado en América Latina ante las circunstancias y exigencias de su convulsa vida política, caracterizada por constantes revoluciones y golpes de Estado, y que indiscutiblemente ha servido para atenuar los rigores de las pasiones imperantes, con las consiguientes venganzas hacia el adversario político derrotado. Es una institución que indiscutiblemente tiene ahora una proyección amplia de carácter internacional, ya que los Estados de reciente independencia de Africa, el Medio Oriente y

* Ex Ministro de Relaciones Exteriores y ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, ex Miembro y Relator General de la Comisión de Derecho Internacional de la O.N.U., Director de la Academia Salvadoreña de la Lengua y Correspondiente de la Real Academia Española de la Lengua, Catedrático de Derecho Internacional

(1) *Derecho de Asilo Diplomático*. Manuel Adolfo Vieira. Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. Pág. 25.

(2) Vieira cita, entre los autores europeos totalmente opuestos al asilo diplomático, a Robin, Strupp, Morelli, Phillimore, Guggenheim, Oppenheim, Orúe, Lazarev y Travers.

Asia, están infortunadamente recorriendo los mismos cauces históricos de violencia que los de América Latina, y en algunos casos, con signos de mayor crueldad.

Aun cuando la inmensa mayoría de los autores latinoamericanos la consideran como una institución necesaria, acaso indispensable, para la agitada vida política de la región, ha habido algunos que la han estimado como una afrenta a la majestad de la justicia y como una intervención inicua en los asuntos internos de un país. El jurista venezolano Simón Planas-Suárez, por ejemplo, la llama «execrable uso latinoamericano, destructor de la soberanía nacional y de la cordialidad internacional», y «una seria amenaza para la paz del Continente» (3).

En tanto la otra rama del asilo político, el asilo territorial, es ahora reconocida mundialmente, y hasta se ha incluido en las declaraciones y los convenios sobre derechos humanos, el asilo diplomático, como se dijo anteriormente, es objeto de resistencias y hasta de ataques virulentos, sobre todo de parte de asesores legales de gobiernos dictatoriales o despóticos, que lamentan, con una supuesta defensa de la soberanía nacional, la imposibilidad de detener a los enemigos del régimen prepotente. Pero la vigorosa corriente que propugna el respeto absoluto del asilo diplomático y su posterior consagración como un auténtico derecho humano -del perseguido político- no puede detenerse. Basada en las realidades de la historia latinoamericana y fundamentada en los valores éticos y en las normas de conducta reconocidos por las civilizaciones contemporáneas, poco a poco habrá de convertirse en un verdadero derecho, no del Estado asilante, como existe en la actualidad, sino del perseguido político. Con optimismo y visión puede tal vez sostenerse que en el futuro su protección llegue a alcanzar la jerarquía inderogable de norma «*jus cogens*». Pero, para ello, falta mucho todavía.

El jurista salvadoreño Mauricio Guzmán dice que el asilo, «en su origen fue un acto religioso, después político, luego

(3) *El Asilo diplomático*. Simón Planas Suárez. Imprenta López, Buenos Aires. Págs. 1 y 15.

humanitario y finalmente jurídico en la etapa del conocimiento sistematizado», que «tomó existencia histórica a partir de la organización de la diplomacia permanente». (4) La historia del asilo diplomático ha sido casi siempre dramática, pues en la mayoría de los casos ha estado en juego la libertad, la integridad física y hasta la vida del perseguido, pero no ha faltado algún toque de comicidad. Así, Guzmán relata que sin duda el caso más dramático lo constituyó el del Presidente chileno José Manuel Balmaceda, refugiado en la Embajada Argentina en Santiago, en 1891, que ante la inminente llegada de las chusmas con amenazas de incendiar la sede de la misión diplomática, se suicidó, y que el más pintoresco fue aquel en que el harén entero del Sha Nars-el-Din, compuesto de trescientas esposas y concubinas, solicitó protección al Ministro de Inglaterra en Persia.

Es difícil, en un trabajo corto como el presente, hacer un análisis integral de las características fundamentales de esta institución, pero sí podemos hacer un resumen de tales características.

1) El asilo diplomático sólo beneficia a los que cometen (abarca la tentativa, la complicidad y el encubrimiento) delitos políticos o conexos, o sea que de la institución están excluidos los autores de delitos comunes. Aun cuando no existe una definición totalmente aceptada de delito político, pues para unos, los objetivistas, debe tomarse en cuenta primordialmente el bien jurídico lesionado, de naturaleza política, para los otros, los defensores de la tesis subjetivista, lo esencial es la motivación altruista del agente. La doctrina ha mantenido algunas excepciones: el magnicidio, por razones históricas, los crímenes contra la paz y la humanidad, el genocidio y el terrorismo, entre otros, este último, no sólo por los terribles medios usados para atentar contra el orden público por medio del terror, sino porque afecta a terceros inocentes.

(4) «El asilo diplomático como derecho esencial del hombre americano». *Estudios y Ensayos*. Dirección General de Publicaciones. San Salvador, pág. 173.

El progreso mayor logrado en este aspecto, en la Décima Conferencia Interamericana (Caracas, 1954), lo constituyó el haberse permitido que el asilo se concediera no sólo por delitos políticos o conexos, sino también por motivos políticos, aun cuando el acto realizado por el perseguido no tipificara claramente un delito, o cuando la arbitrariedad gubernamental persiguiera a un inocente, por ser enemigo político.

2) El asilo sólo puede concederse en sitios en los que el Estado asilante ejerce autoridad real: las legaciones (entendiéndose como tales, no sólo la sede de la misión diplomática ordinaria y la residencia de los jefes de misión, sino también los locales habilitados cuando el número de asilados excede de la capacidad normal de los edificios, lo cual ocurrió en Madrid, durante la Guerra Civil, en que varios Embajadores tuvieron que alquilar hoteles para albergar a los asilados), los navíos de guerra y los campamentos o aeronaves militares. Se exceptúan, como recinto de asilo, los barcos de guerra o aeronaves militares cuando estén en astilleros para su reparación. Sin embargo, el Gobierno paraguayo loablemente concedió asilo en una patrullera en reparación en el Río de La Plata al General Juan Domingo Perón, al ser éste derrocado.

3) Corresponde al Estado asilante calificar la procedencia o no del asilo. El Estado territorial puede argumentar en contra de la naturaleza política del delito o de los motivos de la persecución, pero debe respetar la calificación que al respecto haga el Estado asilante. Esta norma, aprobada en Caracas, mejoró indudablemente la Convención de La Habana, de 1928, que no trataba el punto.

4) El asilo sólo procede en casos de urgencia. Como la gravedad o urgencia del caso puede ser de carácter subjetivo y el Estado territorial puede tratar de disminuir la seriedad del hecho, la calificación de la urgencia también corresponde al Estado asilante.

5) El Estado asilante debe comunicar a las autoridades competentes del Estado territorial (Cancillería, comandante del puerto o de la nave) la solicitud de asilo presentada por el refugiado, pero una vez tomada la decisión de conceder el asilo, el Estado territorial debe otorgar el salvoconducto y prestar las garantías de seguridad para que el asilado salga sin

peligro del país. Recuérdese el lamentable caso del líder húngaro Imre Nagy, asilado en la Embajada yugoeslava en Budapest, a quien se le concedió salvoconducto, pero el régimen húngaro detuvo el coche diplomático, apresó al asilado y posteriormente, con el repudio internacional, después de un juicio sumario sin el debido proceso legal, lo ahorcó.

6) Durante su permanencia en la legación o en los otros recintos de asilo, el asilado no puede realizar actividades contrarias a la tranquilidad pública ni intervenir en la política interna del Estado territorial, y el Estado asilante está obligado a no permitir tales actividades.

7) Después de la salida del país, el asilado diplomático normalmente se convierte en asilado territorial, y goza, conforme a la Convención sobre Asilo Territorial, también suscrita en Caracas en 1954, de todas las garantías individuales que el Estado que le da el asilo concede constitucionalmente en sus habitantes, entre ellas las libertades amplias de expresión, reunión y asociación, siempre y cuando los asilados no hagan uso de tales libertades para predicar, de manera sistemática, el uso de la fuerza o la violencia contra el régimen que adversan.

Existen, en la doctrina, en la jurisprudencia y en el Derecho convencional de América otras normas secundarias atinentes al asilo diplomático, pero que no pueden ser objeto de este artículo corto.

Ahora bien, la experiencia ha ido indicando poco a poco la forma adecuada de fortalecer y consolidar el asilo diplomático, y cada caso de asilo político, en cualquier país latinoamericano, ha sido una fuente generadora de aspectos nuevos que deben tomarse en cuenta en el desarrollo progresivo de esta generosa institución jurídica.

Así, cuando allá por los años de 1958 y 1959 nos tocó dictar un cursillo sobre esta materia a alumnos de la Universidad de El Salvador, hicimos énfasis en ciertos aspectos deficientes o diminutos de las Convenciones en vigor y solicitamos, como prueba final, que los estudiantes hicieran sugerencias para fortalecer, tanto en el campo del asilo diplomático como en el territorial, dicha institución.

Algunos estudiantes presentaron recomendaciones interesantes, de indiscutible valía, que luego nosotros, como funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, hicimos nuestras y las trasladamos, en carácter de instrucciones, a los delegados salvadoreños que asistirían a la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, que se celebró en Santiago de Chile en septiembre de 1959, y cuya agenda contenía el estudio de posibles reformas a las Convenciones de Asilo y de Extradición.

Basadas en las recomendaciones estudiantiles, las instrucciones eran claras y terminantes, en cuanto al asilo diplomático, en los siguientes puntos:

a) Los delegados deberían abogar por el reconocimiento del asilo como un verdadero derecho del hombre americano, o sea, que cuando alguien fuere perseguido por delitos o motivos políticos, la protección obligatoriamente tendría que otorgarse, que el asilo dejara de ser, como lo es en la actualidad, una concesión graciosa del Estado asilante, para convertirse en un derecho humano del perseguido político.

Esta posición, apoyada por numerosos países democráticos, como era de esperarse, no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación, pero constituyó un esfuerzo loable en la lucha permanente por el imperio de la justicia. Subsiste, por lo tanto, el Art. 2º de la Convención de Caracas, que literalmente dice:

«Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega.»

b) Uno de los aspectos no resueltos en esta materia era el de la negativa, o por lo menos, la tardanza, del Estado territorial, en extender el salvoconducto una vez que el Estado asilante hubiera declarado formalmente la procedencia del asilo, o sea, la naturaleza política del delito o los motivos políticos de la persecución. No sólo el célebre caso de Haya de la Torre, asilado en la Embajada de Colombia en Lima, que hubo que llevar al conocimiento y decisión de la Corte Internacional de Justicia, es un ejemplo típico de la negativa del Estado territorial de extender pronto al salvoconducto, sino el del derrocado Presidente Héctor Cámpora, de Argentina, quien durante muchos meses no pudo salir de su refugio

en la Embajada de México en Buenos Aires, ante la reiterada negativa del Gobierno argentino en otorgar el permiso de salida que convencionalmente estaba obligado a extender, y los numerosos casos en Cuba, en donde las Legaciones de México y Perú, especialmente, han tenido que convertirse virtualmente en cárceles para los perseguidos políticos del régimen castrista.

Sobre este aspecto, varios alumnos llamaron la atención del Catedrático en el sentido de que debería fijarse un plazo corto y fatal al Estado territorial para el otorgamiento del salvoconducto.

El Delegado salvadoreño, Miguel Rafael Urquía, defendió con éxito este punto, y el Proyecto de Protocolo Adicional, en su Art. 6º, textualmente dice:

«El salvoconducto deberá ser extendido dentro de los treinta días subsiguientes a la fecha en que el Estado asilante comunique al Estado territorial la calificación a que se refiere el Artículo 4º».

c) Otro aspecto incierto e incompleto en las Convenciones vigentes era el de la determinación del país de destino del asilado.

Un estudiante sugirió con lógica que, para ese efecto, debería tomarse en cuenta preferentemente el deseo del asilado, y en todo caso, que se prohibiera enviarlo a determinado país sin su consentimiento. Esto tendía a evitar que el perseguido fuera enviado a países en donde se le continuara persiguiendo, como había sucedido en muchas ocasiones, sobre todo en una época en que las dictaduras del Caribe tenían un pacto no escrito de ayuda mutua en contra de los respectivos enemigos políticos, que salían de las brasas para caer en las llamas.

Las instrucciones a la Delegación salvadoreña fueron en este sentido también claras y el representante Urquía se esmeró en la aprobación del concepto. En efecto, el Protocolo citado contiene la siguiente disposición:

Art. 5º «Para la determinación del país de destino se tomará en cuenta la preferencia del asilado, y especialmente los motivos por los cuales no desee su traslado a un país

determinado, pero será el Estado asilante el que decidirá en cuanto al país de destino.»

ch) Otra de las propuestas estudiantiles se refirió no al asilo diplomático, sino al territorial, y se basó en un ejemplo citado en clase. Era el siguiente:

Al ser derrocado el Presidente Jacobo Arbenz, de Guatemala, por la revolución encabezada por el Coronel Carlos Castillo Armas, el entonces Jefe de las Fuerzas Armadas de este país, Cnel. e Ing. Carlos Paz Tejada, solicitó y obtuvo asilo diplomático en la Embajada de El Salvador en Guatemala. Extendido correcta y prontamente el salvoconducto, el asilado vino a El Salvador, en donde su amigo personal, el Presidente Oscar Osorio, no sólo le concedió la calidad de asilado territorial sino que le dio un empleo como ingeniero de la Dirección de Urbanismo y Arquitectura, por sus conocimientos especializados. Aparentemente, el asilado daba preferente atención a los trabajos urbanísticos de la ciudad de Metapán, frontera con Guatemala, en donde supuestamente se entrevistaba con políticos guatemaltecos interesados en recuperar el Poder. El Gobierno de Guatemala presentó una protesta, alegando que el hecho de que el Gobierno salvadoreño hubiera dado trabajo a su enemigo político era «un acto inamistoso». La Cancillería salvadoreña contestó que tal hecho no podía en modo alguno constituir un acto inamistoso, ya que toda persona, incluyendo el asilado, tiene derecho al trabajo, pero decidió ordenar a éste que se abstuviera de visitar las ciudades cercanas a Guatemala, o como dice la Convención respectiva, que se mantuviera a «una distancia prudencial de la frontera».

En base a ese hecho, derivado de la experiencia y recordado por un acucioso estudiante, se instruyó a los Representantes salvadoreños para que abogaran por la garantía del derecho al trabajo del asilado territorial y el reconocimiento de que el Estado asilante puede dar empleos compatibles con su calidad de asilados a cualquier emigrado que se encuentre en su territorio.

La Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos aprobó el siguiente artículo:

Art. 7º. «Si el asilado permaneciera en el territorio del Estado asilante, éste podrá proporcionarle cargos o empleos compatibles con su calidad de asilado.»

Se lamenta que las instrucciones no incluyeran un aspecto suscitado por un alumno, el referente al derecho del asilado diplomático a gozar de tratamiento médico, odontológico o de índole similar durante su permanencia en el recinto de asilo. En efecto, poco tiempo después, una familia se asiló en la Embajada ecuatoriana en la República Dominicana, ante la persecución que sufría el jefe de la misma. Un hijo menor de edad del perseguido tuvo una seria infección dental, pero el Generalísimo Trujillo, dictador del país, prohibió arbitrariamente que un dentista asistiera al enfermo. El Encargado de Negocios del Ecuador, Bolívar Paredes, se vio forzado a pedir a su Cancillería que enviara un profesional ecuatoriano para atender al niño enfermo. Parece que la extracción de los dientes infectados la tuvo que realizar un empleado de la Embajada, sin conocimientos técnicos, ante la gravedad del caso.

Las instrucciones contenían ese punto, que por razones que no recordamos fue posteriormente eliminado, pero la experiencia indica la conveniencia de que en la primera oportunidad se incluya en los cuerpos convencionales sobre la materia ese aspecto tan acorde a los fines humanitarios de la institución.

Otra faceta del asilo diplomático, el del derecho o no de los militares en servicio activo de asilarse, mencionado por varios estudiantes, ya había sido decidida con anterioridad.

Cuando el Gobernante de Colombia, General Rojas Pini-lla, fue derrocado y una Junta Militar tomó el Poder, con miras a celebrar elecciones, algunos oficiales adictos a aquél, intentaron un nuevo golpe de Estado, que fracasó. El Coronel Hernando Forero Gómez solicitó la protección de la bandera salvadoreña y el asilo, por tratarse de un delito político típico, el de rebelión, le fue concedido. Pero la Cancillería colombiana expresó su desacuerdo, porque conforme a la Doctrina López de Mesa, enunciada por un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores de ese país, los militares en servicio activo, por su juramento de obediencia al régimen constituido, no

podían gozar de asilo. Se inició una interesante polémica doctrinal entre los dos Cancilleres, Alfredo Ortiz Mancía, de El Salvador, quien sostenía que el asilo, por su fundamento humanitario, no hacía distinción entre civiles y militares, sino que debería favorecer a todo perseguido por delitos o motivos políticos, y Julio César Turbay Ayala, de Colombia, quien invocaba la doctrina citada. El asunto fue sometido de común acuerdo no a la decisión de un Tribunal de justicia o de arbitraje, sino de un Organismo técnico, el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, el cual resolvió, por amplísima mayoría de votos, el derecho del Estado asilante a conceder asilo a militares en servicio activo cuando fueran perseguidos políticos. Subsiste, eso sí, la exclusión de los desertores de las tres ramas de las fuerzas armadas.

Todo lo anterior señala la conveniencia de que las Cancillerías escuchen, cuando sea pertinente, la voz responsable e informada de las Universidades, cuando éstas actúan con criterio científico y no sectario, al formular algunos aspectos de la política exterior del Estado. La experiencia docente aquí relatada así lo indica.

San Salvador, diciembre de 1987.

DEDICATORIA

A José Pérez Montero, homenaje de aprecio en su retiro de la vida universitaria.

EL PRIMER CASO DE INTERVENCION ANTE LA CORTE INTERNACIONAL

Alejandro MONTIEL ARGÜELLO
Miembro del IHLADI

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla dos casos de intervención de un Estado en un proceso entre otros Estados: En el Artículo 62 el de un Estado que considera que tiene un interés jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, y en el Artículo 63 el de un Estado que es parte en una convención cuya interpretación está en litigio entre otros Estados.

El Segundo Artículo no presenta mayor problema, pero sí el primero ya que son muchas las causas y los objetos que pueden ocasionar una intervención del tipo contemplado en esa disposición. La misma redacción de los dos Artículos señala esa diferencia, pues en el segundo dice que el Estado tendrá derecho a intervenir, mientras que en el primero dice que "La Corte decidirá con respecto a dicha petición".

Precisando un poco las intervenciones bajo el Artículo 62 del Estatuto, el artículo 81, párrafo 2, del Reglamento de la Corte de 1978 indica que el Estado que pretende intervenir en un proceso debe señalar: "a) el interés de orden jurídico que el Estado que solicita intervenir pueda ser afectado por la decisión en ese caso; b) el objeto preciso de la intervención; c) toda base de competencia que según el Estado que pide intervenir existiría entre él y las partes del proceso".

El Estatuto de la Corte prevé en el Artículo 26, párrafo 2, la posibilidad de constituir en cualquier tiempo una Sala para conocer de un negocio determinado, fijando, con la aprobación de las partes, el número de Magistrados de que se compondrá.

Para hacer más interesante a las partes la constitución de una Sala, el Reglamento de 1978 dispuso en el Artículo 17 que el Presidente de la Corte se informaría del parecer de las partes sobre la composición de la Sala y luego la Corte procedería a votar para la elección de los Magistrados que la compondrían. En teoría, la Corte se reserva la última palabra sobre la integración de la Sala, más en la práctica es seguro

que confirmará la escogencia que hubieran hecho las partes para no correr el peligro de que estas desistieran de someter el asunto a la Sala (1). A estos Magistrados elegidos por la Corte se sumarán los Jueces ad hoc nombrados por las partes.

Como consecuencia de lo anterior, el Estado que quisiera intervenir en un proceso pendiente ante una Sala, se encuentra con un tribunal ya integrado sin que él hubiera tenido en ello participación alguna.

Con la mediación del ex-Presidente del Perú, José Luis Bustamante y Rivero, El Salvador y Honduras habían suscrito el 30 de Octubre de 1980 un acuerdo en el cual se delimitó la frontera terrestre entre ambas Repúblicas en aquellas secciones en donde no existía controversia y se creó una Comisión Mixta de Límites para tratar de llegar a un acuerdo directo con respecto a las demás zonas terrestres en controversia y en lo relativo a la situación jurídica insular y de los espacios marinos, con la estipulación de que si no se llegare a un arreglo el asunto sería sometido a la Corte Internacional de Justicia.

Habiéndose llegado a ese caso, El Salvador y Honduras suscribieron en Esquipulas, Guatemala, el día 24 de Mayo de 1986, un compromiso para el sometimiento a una Sala de la Corte Internacional. Ese compromiso fue presentado a la Corte el 11 de Diciembre de 1986 y ésta, el 8 de Mayo de 1987, previa consulta con las partes, integró la Sala con los Jueces Sette-Cámara, Oda y Jennings, más dos Jueces ad hoc nombrados por las partes.

En el curso del procedimiento escrito, Nicaragua presentó el 17 de Noviembre de 1989 una solicitud de intervención ante la Corte en pleno, la cual fue tramitada y el 28 de Febrero de 1990 la Corte dictó resolución en el sentido de que correspondía a la Sala resolverla. Se fundó la Corte en que toda intervención es un incidente de procedimiento (2) y en que

(1) E. Jiménez de Aréchaga, «The Amendments to the rules of procedure of the International Court of Justice». A.J.I.L. vol. 67, 1973, pág. 3.

(2) Haya de la Torre. C.I.J. Reports 1951, pág. 76.

una Sala constituida para conocer de un asunto determinado conoce no sólo del fondo de él, sino de los procedimientos incidentales introducidos en ese asunto (3).

Cabe señalar que la resolución de la Corte fue dictada con el voto disidente de los Magistrados Elías, Tarassov y Shahabuddeen. El Juez Elías se funda en que no hay una transferencia general de la jurisdicción de la Corte por la asignación de un asunto a una Sala, y que podrían presentarse cuestiones, tales como el nombramiento de un Juez ad hoc, que se refieren a la composición misma de la Sala y que no podrían ser decididas por ésta. El Juez Tarassov también sostiene la jurisdicción de la Corte y hace una crítica del Artículo 17 del Reglamento por permitir a las partes exponer sus puntos de vista sobre la composición de la Sala, mientras que el Artículo 26, párrafo 2, sólo les permite aprobar el número de Jueces de que se compondrá. Agrega que la desvalorización del papel de la Corte también conduciría al de las Salas, transformándolas en un híbrido entre el proceso judicial internacional y el arbitraje. El Juez Shahabuddeen hace una extensa crítica del Reglamento de la Corte, tanto por lo que hace a la intervención de las partes en la selección de los Jueces de la Sala, como a la permanencia en ésta de un Juez que ha concluido su período, y sostuvo la jurisdicción de la Corte en pleno.

Pasada la solicitud de intervención de Nicaragua a la Sala, ésta pidió a las partes sus observaciones y luego del debate oral dictó su resolución el día 13 de Septiembre de 1990 en la que acepta la intervención sobre el régimen legal del Golfo de Fonseca, del cual son ribereños Nicaragua, El Salvador y Honduras, pero no sobre la delimitación de sus aguas ni sobre la situación legal de los espacios marítimos fuera del Golfo. Naturalmente también quedaban excluidos otros puntos sobre los cuales Nicaragua había manifestado su intención de no intervenir, a saber, la frontera terrestre entre El Salvador y Honduras y la soberanía sobre las islas del Golfo en disputa

(3) Frontier Dispute, Order of 10 January 1986, J.C.J. Reports, 1986, pág. 3; Elettronica Sicula, S.p.a. (ELSI), I.C.J. Reports 1989, pág. 42, par. 49.

entre esos dos países, tomando en consideración que éstos habían reconocido la soberanía nicaragüense sobre las islas de Farallones. El Juez Oda, en opinión disidente, manifestó que Nicaragua tenía derecho a intervenir en la delimitación dentro del Golfo y en la situación de los espacios fuera de éste, es decir, en el Océano Pacífico.

Es de advertir que Nicaragua había retirado del conocimiento de la Sala dos puntos que anteriormente había presentado a la Corte en pleno, a saber, la reformación de la Sala y el reordenamiento del procedimiento escrito, y, alternativamente, la exclusión del mandato de la Sala de la determinación de áreas marítimas en el Golfo y el Océano Pacífico.

La intervención de Nicaragua en cuanto a la situación jurídica del Golfo de Fonseca tiene gran trascendencia porque en el juicio El Salvador sostiene que se encuentra en condominio de los tres ribereños, salvo un mar territorial de tres millas, fundándose en una sentencia dictada por la Corte de Justicia Centroamericana del 9 de Mayo de 1917, que decidió que Nicaragua, al conceder a los Estados Unidos una base naval en el Golfo por el tratado Chamorro-Bryan, había violado los derechos de El Salvador. Honduras, por su parte, sostiene que la sentencia de la Corte Centroamericana no la afecta y que la Sala puede hacer la delimitación del Golfo.

En la sentencia que admitió la intervención de Nicaragua, la Sala decidió varios puntos que se consideraban dudosos. Uno de ellos fue la objeción de El Salvador de que no había habido negociaciones entre Nicaragua y las partes del juicio y que por lo tanto no había un diferendo definido que pudiera ser objeto de decisión. La Sala consideró que no era necesaria la negociación y que la función de la intervención era completamente diferente de la determinación de una disputa (4).

Otro punto importante es que el Estado que desea intervenir no necesita demostrar que tiene un derecho que necesita ser protegido, sino que, conforme el texto del Artículo 62 del Estatuto, basta que tenga un interés de naturaleza legal que pueda ser afectado por la decisión del caso, pero que no

basta un interés en las reglas y principios jurídicos generales que puedan ser aplicables.

Finalmente, decidió la Sala que, aun cuando el Artículo 81, párrafo 2, de su Reglamento exige que el solicitante de intervención especifique toda base de competencia que según el exista con las partes del proceso, no es necesario que esa base exista. En los casos entre Tunicia y Libia (5) y entre Libia y Malta (6), la Corte había evitado pronunciarse fundándose en que había otros motivos para negar la intervención, en el primer caso de Malta y en el segundo de Italia. La Sala consideró que la competencia en materia de intervención no se deriva del consentimiento de las partes sino de la aceptación del Estatuto de la Corte que contempla la posibilidad de intervención; y que el interviniente no viene a ser parte y no puede obtener un pronunciamiento sobre sus propias pretensiones; que la intervención es un procedimiento incidental; y que el uso de la expresión "any basis" o "toute base" en el Artículo 81 del Reglamento indicaba que el lazo jurisdiccional no era indispensable.

La Sala, seguidamente, indicó que el interviniente no viene a ser parte en el proceso y sólo tiene derecho, conforme el Artículo 85 del Reglamento, a presentar una declaración escrita y participar en el procedimiento oral.

La intervención de Nicaragua en el proceso relativo al diferendo fronterizo entre El Salvador y Honduras constituye el primer caso de intervención ante una Sala de la Corte Internacional y también el primer caso de intervención que ha sido aceptado en toda la historia de esa Corte y de su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional.

(4) *Libyan Arab Jamahiriya/Malta*, ICJ. Reports 1984, pág. 20, par. 31.

(5) I.C.J. Reports 1981, pág. 20, par. 36.

(6) I.C.J. Reports 1984, pág. 28, par. 45.

EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCION EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Ernesto J. REY CARO
Miembro del IHLADI

Definida la intervención como «un acto de ingerencia de un Estado en los asuntos interiores o exteriores de otro Estado para exigir la ejecución o abstención de una acción o una prestación determinada» (1), y considerado uno de los pilares del llamado "Derecho Internacional Americano", el principio de no intervención rara vez ha sido objeto de una consideración pormenorizada en la jurisprudencia internacional.

Aunque el más Alto Tribunal internacional había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio de no intervención en el affaire sobre el Estrecho de Corfú, en el litigio entre Albania y el Reino Unido, las características de la demanda promovida por Nicaragua en contra de los Estados Unidos de Norteamérica, relacionada con la denuncia de actividades militares y paramilitares de este último país en el territorio y contra el Estado centroamericano, posibilitó y obligó a la Corte a expedirse sobre diferentes aspectos de aquel principio, efectuando una valiosa contribución en lo que atañe a su contenido, alcance y limitaciones.

De las variadas conclusiones que contiene el fallo, dos de ellas constituyen el *leit motiv* de estas reflexiones (2):

Décide que les Etats-Unis d'Amérique, en entraînant, armant, équipant, finançant et approvisionnant les forces *contras*, et en encourageant, appuyant et assistant de toute autre manière des activités militaires et paramilitaires au

(1) Cf. Rousseau, Charles "Droit International Public", París, 1980 Tomo IV, pág. 37

(2) Cf. Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, CIJ, Recueil 1986, pág. 146-147.

Nicaragua et contre celui-ci, ont, à l'encontre de la République du Nicaragua, violé l'obligation que leur impose le droit international coutumier de ne pas intervenir dans les affaires d'un autre Etat;

Décide que, en posant des mines dans les eaux intérieures ou territoriales de la République du Nicaragua au cours des premiers mois de 1984, les Etats-Unis d'Amérique ont, à l'encontre de la République du Nicaragua, violé les obligations que leur impose le droit international coutumier de ne pas recourir à la force contre un autre Etat, de ne pas intervenir dans ses affaires, de ne pas porter atteinte à sa souveraineté et de ne pas interrompre le commerce maritime pacifique;

El pronunciamiento de la Corte del 27 de junio de 1986 sobre el fondo de la cuestión, estuvo precedido por otra resolución del Tribunal del 26 de noviembre de 1984, vinculada con la defensa de incompetencia opuesta por el país del Norte, la que no prosperó. Así, la Corte, sobre la base de lo prescripto en el art. 36, parágrafos 2 y 5 de su Estatuto se declaró competente para conocer en la demanda que se apoyó, entre otros argumentos, en la interpretación y aplicación del Tratado de amistad, comercio y navegación, suscrito entre ambos Estados, el 21 de enero de 1956.

Dejando de lado las cuestiones procesales que determinaron el rechazo por los Estados Unidos de esta resolución de la Corte y su ausencia en el juicio que concluyera con la sentencia que, en sus partes pertinentes, se pretende examinar, Nicaragua había atribuido a aquella nación diversas actitudes y conductas que implicarían violaciones a obligaciones expresas de la Carta de las Naciones Unidas, convenciones vigentes y normas de derecho internacional general y consuetudinario, demandando al mismo tiempo el cese de tales actividades y la reparación correspondientes de los daños causados como consecuencia de la responsabilidad internacional en que habría incurrido por tales ilícitos.

En lo atinente a la materia en consideración, la demanda señalaba que los Estados Unidos «en virtud a sus obligaciones de derecho internacional general y consuetudinario, ha utilizado y utiliza la fuerza y la amenaza de la fuerza en contra de

Nicaragua»; y que los Estados Unidos, «en violación a sus obligaciones de derecho internacional general y consuetudinario, han intervenido e intervienen en los asuntos internos de Nicaragua» (3).

Ambos principios, el de la no utilización de la fuerza o de la amenaza de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado y el de la «no intervención», aparecen estrechamente vinculados, como dos caras de una misma moneda, y esta circunstancia no ha sido ignorada en las motivaciones y sentencia del Tribunal.

Una de las primeras observaciones de la Corte tiende a reafirmar que el principio de no intervención forma parte del derecho internacional consuetudinario, que atañe al derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin ingerencia exterior, y que no es difícil encontrar numerosas expresiones de una «opinio juris» en relación a su carácter de norma consuetudinaria:

«L'existence du principe de non-intervention dans l'opinio juris des Etats est étayée par une pratique importante et bien établie» (4).

Ya la Corte se había pronunciado sobre la vigencia del principio en el fallo del 26 de noviembre de 1984, al considerar el argumento estadounidense de que algunos principios invocados por Nicaragua no estarían contenidos especialmente en los tratados suscritos entre ambas partes:

«Des principes comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation conservent un caractère obligatoire en tant qu'éléments du droit international coutumier, bien que les dispositions du droit conventionnel auxquels ils ont été incorporés soient applicables» (5).

(3) Ibidem, pág. 18-19.

(4) Ibidem, pág. 106.

(5) Cf. CIJ Recueil 1984, pág. 424-425.

A continuación destaca que dicho principio ha sido considerado como un corolario del principio de la igualdad soberana de los Estados y ello surgiría de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, relativa a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. El Tribunal recuerda que el principio de no intervención había sido incorporado en numerosas declaraciones adoptadas en varias organizaciones internacionales y en conferencias en las que participaron los Estados Unidos y Nicaragua, y entre ellas la Resolución 2132 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía. Aunque admite que los Estados Unidos en la primera Comisión de la Asamblea General precisó que se trataba de una declaración de intenciones políticas y no de una elaboración de derecho, la Corte destaca que tal apreciación no fue reiterada en oportunidad de adoptarse la Resolución 2625 (XXV) (6).

Las alternativas en derredor de las discusiones registradas y las posiciones adoptadas por los Estados, y en particular por los Estados Unidos y otros países occidentales en las negociaciones que precedieron a la aprobación de las mencionadas resoluciones de la Asamblea General, han sido objeto de interesantes estudios críticos.

Durante las deliberaciones del Comité Especial que comenzó en 1964 la consideración del tema de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, surgieron diversas interpretaciones en relación a la plaza que ocupaba el principio de no intervención en el instrumento constitutivo de las Naciones Unidas.

Para algunos, el principio no había sido incorporado expresamente en la carta, sino que se encontraba implícito en los de igualdad soberana y de la abstención, del recurso a la

(6) Cf. CIJ Recueil 1986, pág. 107.

amenaza de la fuerza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, contenidos en los incisos 1º y 4º del art. 2 de dicho instrumento. Tal fue la postura del bloque occidental liderado por los Estados Unidos. Otros sostenían que el principio de no intervención había sido consagrado expresamente en el inciso 7º de aquel precepto, en cuanto establece que ninguna disposición de la Carta autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. Se enrolaron en esta interpretación los países socialistas, iberoamericanos y del tercer mundo.

Los alcances de ambas interpretaciones según Remiro Brotons, saltaban a la vista. «La primera era restrictiva al reabsorber -y con ello concretar- el deber de no intervención a los usos prohibidos de la fuerza en las relaciones internacionales. La segunda, aun reconociendo que tales usos abarcan los supuestos más duros y extremos de intervención, estiman que no los agota, máxima si se tiene en cuenta el desacuerdo acerca de la extensión de la prohibición a las presiones políticas y económicas. Desde este punto de vista -sostiene el jurista español- hasta cabría invertir el planteamiento: la prohibición del uso y amenaza de la fuerza sería la concreción de las violaciones más graves de la no intervención y no al revés» (7).

Por otra parte, los Estados Unidos afirmaban que las obligaciones que surgían del inciso 7º del art. 2 de la Carta solo alcanzaban a las intervenciones de las Naciones Unidas en los asuntos de jurisdicción doméstica, más no a las de otros Estados. Esta interpretación ha merecido fundadas críticas de autores como Jiménez de Aréchaga, quien destaca que si bien es cierto que aquel principio prohíbe la intervención de la Organización, no de ello puede inferirse que la Carta puede permitir a los Estados lo que veda a la organización, y por lo tanto que la frase introductiva del art. 2 que establece que la

(7) Cf. Derecho Internacional Público, Madrid, 1982, pág. 87.

Organización y sus Miembros «procederán de acuerdo con los siguientes principios» pueda ser interpretada como permitiendo diferentes conductas para la Organización y para los Estados Miembros. «Tanto la Organización como los Estados Miembros están obligados a actuar de conformidad con todos los principios de la Carta, incluido el de no intervención», sostiene el jurista uruguayo (8).

Las posiciones examinadas habrían de proyectarse también en otro aspecto de la labor del Comité. Algunos Estados proponían una declaración concluyente prohibiendo la intervención, seguida de una casuística más o menos amplia de las principales hipótesis de intervención. Otros, sostenían conveniencia de introducir el principio sin definiciones ni ejemplificaciones, dejando a los órganos de las organizaciones internacionales llamados a considerar las situaciones de hecho, la tarea de establecer en cada caso si se había o no producido una intervención prohibida en el Derecho de Gentes.

Remiro Brotons destaca en que forma influyó en los trabajos del Comité la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 21 de diciembre de 1965, de la Resolución 2131 (XX) y como después de encontradas posturas, terminó incorporándose en la Resolución de 1970, con ligeras modificaciones, la parte dispositiva de la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos domésticos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía (9).

Sin duda, era la primera vez que instrumentos internacionales de alcance universal, abordaban específicamente el principio de no intervención y desarrollaban su contenido.

La Resolución 2625 (XXV), reiterando la casuística de la Resolución 2131 (XX), determinaba distintos casos de intervención:

a) La intervención armada, como también «cualquiera otras formas de ingerencia o de amenaza atentatoria de la

personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen»;

b) La aplicación o el fomento del uso de medidas económicas, políticas o de cualquier orden «para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden»;

c) La organización, apoyo, fomento, financiación, instigación o tolerancia de actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado y la intervención en una guerra civil de otro Estado;

d) El uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional;

e) La ingerencia en el derecho inalienable de elección del sistema político, económico, social y cultural de un Estado.

En la misma línea de razonamiento -la aceptación del principio-, el Tribunal analiza después la situación en las relaciones interamericanas, haciendo referencia a la reserva de los Estados Unidos a la Convención de Montevideo de 1933 sobre los derechos y deberes de los Estados, por la que este país declaró que se oponía «a toda ingerencia en la libertad, la soberanía u otros asuntos internos o procedimientos de los gobiernos de otras naciones», y la ratificación de la Convención de Buenos Aires del 23 de diciembre de 1936 relativa a la no intervención. Esta conducta y la participación en la aprobación de algunas resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos y del Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la seguridad y cooperación en Europa, en agosto de 1975, testimoniarían la aceptación por los Estados Unidos de la no intervención como «principio consuetudinario universalmente aceptado».

La contribución de América a la consagración del principio de no intervención, desde el controvertido mensaje de Monroe del 2 de diciembre de 1823, así como también las deformaciones del principio, las numerosas intervenciones producidas en el ámbito americano y las concepciones extracontinentales, fueron cuestiones que han merecido abundan-

(8) Cf. El Derecho internacional contemporáneo, Madrid, 1980, pág. 137.

(9) Cf. Op. cit., pág. 88.

tes estudios y comentarios, que hoy constituyen la «historia» del principio (10).

Introducido expresamente en diversos instrumentos surgidos en el continente además de los ya citados por el Tribunal, fue reiterado en la Declaración de Lima de 1938 sobre solidaridad continental, e incorporado en la Carta de la Organización de Estados Americanos en el capítulo de los Derechos y Deberes de los Estados, siendo el art. 18 el dispositivo rector: «Ningún estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de ingerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen». Lo complementan las normas de los arts. 19 y 20.

La preocupación de los Estados latinoamericanos frente a los reiterados casos de violación del principio se puso de manifiesto en el Dictámen del Comité Jurídico Interamericano sobre la contribución del continente al desarrollo y la codificación de los principios de Derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado, en cuanto señala «Durante muchos años los países latinoamericanos realizaron los

(10) Cf. Bourgois J. «Le principe de non-intervention», en R.G.D.I.P., 1897, pág. 745 y ss.; Winfield P. «The history of intervention in international law», en B.Y.B.I.L., 1922-1923, pág. 130 y ss.; Potter, Pitman S. «L'intervention en droit international moderne», en R.C.A.D.I., 1930-II, pág. 611 y ss.; Stowell, Ellery C. «La théorie et la pratique de l'intervention», en R.C.A.D.I., 1932-II, pág. 91 y ss.; Fawcett, F.S. «intervention in international law, a study of some recent cases», en R.C.A.D.I., 1961-II, pág. 344 y ss.; Fenwick, Charles «Intervention, individual and collective», en A.J.I.L., 1945, pág. 654 y ss.; Komarnicki, T. «L'intervention en droit international moderne», en R.G.D.I.P., 1956, pág. 521 y ss.; Fabela, Isidro «Intervention», París, 1961, pág. 521 y ss.; etc. Entre los autores argentinos, Calvo Carlos «Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América», París, 1868, Tomo I, pág. 136 y ss.; Antokoletz, Daniel «Tratado de Derecho Internacional Público», Bs. As., 1951, Tomo II, pág. 15 y ss.; Díaz Cisneros, César «Derecho Internacional Público», Bs. As., 1955, Tomo I, pág. 437 y ss.; Podestá Costa, L. «Derecho Internacional Público», Bs. As., 1955, Tomo I, pág. 96 y ss., etc.

mayores esfuerzos para obtener la incorporación del principio de no intervención al derecho internacional americano, basándose para ello en la razón jurídica incontestable de que la intervención es contraria al derecho fundamental de la igualdad jurídica de los Estados, puesto que tiende a hacer prevalecer la voluntad del más fuerte contra la opinión o el interés del débil. Y sin esa igualdad no es posible la existencia de organizaciones internacionales, porque se concibe, en efecto, una comunidad de naciones independientes, en que cada miembro tenga los mismos derechos que los demás, pero no aquella en que la voluntad superior de un Estado se imponga por medios coercitivos (11).

Asimismo, la determinación de una casuística más o menos exhaustiva de intervenciones y la compatibilización de las normas legales vigentes sobre seguridad colectiva y el principio de no intervención, motivó que el mismo Comité abordara en otras oportunidades esta materia.

Sobresale el Proyecto de Convención sobre actos que serían considerados como violaciones del principio de no intervención elaborado por el Comité en 1959, para ser tratado en la Undécima Conferencia Interamericana, pues contiene el catálogo más minucioso de acciones contrarias al principio que se haya elaborado y que sin duda tuvo una marcada influencia en las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas ya referidas. Constituirían violaciones al principio, las siguientes conductas:

a) Toda forma de ingerencia o tendencia atentatoria a la personalidad del Estado o a los elementos políticos, económicos, sociales o culturales que la constituyen;

b) La aplicación o estímulo de medidas coercitivas de carácter económico o político tendentes a forzar la voluntad soberana de un Estado y obtener ventajas de cualquier naturaleza;

(11) Cf. Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales, Vol. VII, Rio de Janeiro, 1964, pág. 188.

c) Permitir el tráfico de armas y pertrechos de guerra que se presuma destinado a iniciar, promover o ayudar una lucha civil en otro Estado;

d) El suministro a cualquier título de armas de fabricación o propiedad oficial a personas o entidades distintas de los Estados cuando se presuma que están destinados a una guerra civil;

e) Permitir que en zonas bajo la jurisdicción del Estado, cualquier persona nacional o extranjera participe en la preparación, organización o ejecución de una empresa militar que tuviera por fin iniciar, promover o ayudar la rebelión en otro Estado, aunque su gobierno no esté reconocido. Comprende la contribución, el suministro o la provisión de armas y materiales de guerra; el equipamiento, adiestramiento, reunión o el transporte de miembros de una expedición militar; y el suministro de dinero a cualquier título destinado a la empresa militar;

f) Todo acto por el que un Estado se oponga directamente a que en otro prevalezca determinada forma o composición de gobierno;

g) Los actos de coacción que tiendan directamente a imponer a otro Estado una organización o gobierno determinado;

h) Los actos que pretendan obligar a un Estado a admitir la interferencia de otro Estado en su administración de justicia o en cualquier otra esfera de su competencia exclusiva;

i) Las acciones que pretendan imponer una situación privilegiada para los extranjeros, más allá de los derechos, recursos y garantías que conceda a los nacionales la legislación local;

j) El empleo de la coacción para obtener arreglos territoriales o de ventajas especiales;

k) El reconocimiento de adquisiciones territoriales o de ventajas especiales obtenidas coactivamente; y

l) El ejercicio abusivo del reconocimiento de gobiernos en contravención al derecho internacional (12).

Sin perjuicio de que algunas de las acciones enumeradas constituyen violaciones de otros principios de derecho internacional, era evidente que la casuística reflejaba una realidad continental impregnada de intervenciones a las que se pretendía poner fin o al menos limitar.

La Corte, en relación al carácter de norma consuetudinaria del principio, no avanza más en este sentido. Sin embargo en las opiniones individuales los jueces Nagendra Singh y Sette-Cámara atribuyen al principio de no intervención alcances más amplios, calificándolo el primero como un valioso aporte de América Latina a la constitución de un «orden público» internacional estable:

«La contribution importante que le système conventionnel latino-américain de même que la Charte des Nations Unies apportent aux fondements d'un ordre public stable implique reconnaissance claire et nette du principe de non-intervention, lequel doit être considéré comme une règle de droit absolue et sacrée dont l'inobservation pourrait avoir des conséquences désastreuses et causer d'indicibles souffrances à l'humanité» (13).

El jurista brasileño, sostiene que tal principio no solamente puede ser considerado como uno de los principios cardinales del derecho internacional consuetudinario, sino como una norma de *jus cogens*, que impone obligaciones a todos los Estados:

«Pour ce qui est de la non-intervention, malgré les incertitudes qui existent encore quant à l'identification des normes de *jus cogens*, j'estime que la prohibition de l'intervention rentre assurément dans cette catégorie de normes, si l'on applique le critère de l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Un traité contenant

(12) Cf. Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales, Vol. IX (1965-1966), Rio de Janeiro, 1970, pág. 116.

(13) Cf. Recueil 1986, pág. 156.

des dispositions par lesquelles des Etats conviendraient d'intervenir, directement ou indirectement, dans les affaires intérieures ou extérieures de tout autre Etat tomberait indubitablement sous le coup de l'article 53 et serait donc considéré comme nul pour la raison qu'il serait en conflit avec une norme impérative du droit international général» (14).

Más adelante la Corte examina los elementos constitutivos del principio de no intervención en cuanto resultaban conducentes a la solución del litigio. Al respecto, afirma que a la luz de las formulaciones generalmente aceptadas, el principio prohíbe a toda Estado o grupo de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado. La intervención prohibida -sostiene el Tribunal- está referida a materias en relación con las cuales el principio de soberanía del Estado permite a éste decidir libremente, como es el caso de la elección del sistema político, económico, social y cultural o la conducción de las relaciones exteriores. La intervención sería ilícita cuando se atentara contra tales libertades mediante la utilización de la coerción -que sería el elemento constitutivo de la intervención prohibida-, y que aparece con evidencia en los casos de intervención en los que se utiliza la fuerza bajo la forma directa de una intervención militar, o indirecta sosteniendo actividades armadas subversivas o terroristas en el interior de otro Estado:

«Ces formes d'action sont alors illicites aussi bien à l'égard du principe de non-emploi de la force que de celui de la non-intervention» (15).

Frente a las denuncias de utilización de la fuerza por los Estados Unidos en contra de Nicaragua o de este último país contra el Salvador, como lo sostenían los Estados Unidos, la Corte se planteó el interrogante acerca de la existencia de una práctica que pusiera en evidencia una suerte de "derecho general" que autorizara a los Estados a intervenir, directa o

(14) Ibidem, pág. 199-200.

(15) Ibidem, pág. 108.

indirectamente, con o sin empleo de fuerzas armadas, para apoyar la oposición interna en otro Estado, cuya causa pareciera particularmente digna en razón de los valores políticos y morales con los que aquella se identificara. La aparición del tal derecho general -según la Corte-, supondría una modificación del derecho internacional consuetudinario relativo al principio de no intervención.

Al respecto, el Tribunal llega a una conclusión negativa, constatando que los Estados no han justificado su conducta invocando la existencia de un derecho nuevo de intervención o de una excepción nueva al principio:

«La Cour constate par conséquent que le droit international contemporain ne prévoit aucun droit général d'intervention de ce genre en faveur de l'opposition existant dans un autre Etat. Sa conclusion sera que les actes constituant une violation du principe coutumier de non-intervention qui impliquent, sous une forme directe ou indirecte, l'emploi de la force dans les relations internationales, constitueront aussi une violation du principe interdisant celui-ci» (16).

La Corte ya había tenido oportunidad de expedirse sobre la vigencia del pseudo "derecho de intervención" en el asunto del Estrecho de Corfú, desestimándolo en forma concluyente por considerarlo insertado en prácticas hegemónicas:

«Le prétendu droit d'intervention ne peut être envisagé ... que comme la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international. L'intervention est peut-être moins acceptable encore dans la forme particulière qu'elle présenterait ici, puisque, réservée par la nature des choses aux Etats les plus puissants, elle pourrait aisément

(16) Ibidem, pág. 109-110.

conduire à fausser l'administration de la justice internationale elle-même» (17).

El Tribunal reconoce que los Estados Unidos no habían invocado un pretendido "nuevo derecho de intervención", sino que habían justificado su conducta apelando a reglas clásicas como la "legítima defensa colectiva" contra una agresión armada o sobre este plano se interroga si en caso de que un Estado violara el principio de no intervención en relación a otro Estado, era lícito que un tercer Estado adoptara en contra del primer Estado, contramedidas que constituyeran normalmente una intervención en los asuntos internos. Tal posibilidad es admitida por la Corte, solo en casos excepcionales:

«La Cour a rappelé plus haut (paragraphes 193 à 195) que l'usage de la force par un premier Etat contre un second, parce que celui-ci aurait commis une action de force illicite contre un troisième, est tenu à titre exceptionnel pour légitime, mais seulement quand l'acte illicite provoquant la riposte consiste en une agression armée» (18).

De allí que en la doctrina del Tribunal, en el derecho internacional vigente, se trate del derecho internacional consuetudinario o del sistema de las Naciones Unidas, los Estados no poseen derecho alguno de respuesta armada colectiva frente a actos que no constituyeran una "agresión armada".

Salvo la excepción mencionada, no existe tal "derecho" con carácter general y los Estados Unidos, según el Alto Tribunal, no había aportado elemento alguno para probar la existencia de una "opinión juris" que lo respalde.

Nuevamente la Corte retoma la consideración del principio de no intervención, pero esta vez desde la óptica de la ingerencia de un Estado en los asuntos internos de otro, al examinar la denuncia de Nicaragua en el sentido de que las

(17) CIJ, Recueil 1949, pág. 35.
(18) CIJ, Recueil 1986, pág. 110.

actividades militares o paramilitares del Gobierno de los Estados Unidos tenían por objetivo en primer lugar, derrocar al gobierno de aquel país y reemplazarlo por otro aceptable para este último y, en segundo término, de afectar sustancialmente la actividad económica y el régimen político a fin de constreñir al Gobierno de Nicaragua a aceptar los principios de acción y las exigencias políticas de los Estados Unidos.

Tras analizar diversos elementos probatorios incorporados en el proceso en vinculación con la conducta observada por los Estados Unidos al brindar apoyo a los "contras" bajo la forma de ayuda financiera, entrenamiento, entrega de armamento o apoyo logístico ejerciendo una presión sobre Nicaragua en un dominio en el que cada Estado posee entera libertad de decisión en virtud del principio de soberanía, en opinión de la Corte tal política implicaba una verdadera intervención en los asuntos internos y en consecuencia una "violación inadmisibles del principio de no intervención". Como conclusión genérica, sostiene:

«La Cour considère qu'en droit international si un Etat, en vue de faire pression sur un autre Etat, appuie et assiste, dans le territoire de celui-ci, des bandes armées dont l'action tend à renverser son gouvernement, cela équivaut à intervenir dans ses affaires intérieures, et cela que l'objectif politique de l'Etat qui fournit appui et assistance aille ou non aussi loin» (19).

Otro de los aspectos interesantes del pronunciamiento de la Corte se centra en la cuestión de determinar si la ayuda por "razones humanitarias" o la llamada "asistencia humanitaria", podía o no ser considerada un acto de intervención. El Tribunal se vió forzado a abordar esta hipótesis, frente al argumento esgrimido por el país del Norte de la existencia de leyes dictadas por el Congreso que autorizaban al Gobierno estadounidense a la apertura de créditos a los "contras" cuando tuvieran aquel objetivo.

(19) Ibidem, pág. 124.

La Corte recuerda los principios fundamentales proclamados en la 20ª Conferencia de la Cruz Roja que afirmaban que tales ayudas o contribuciones debían realizarse sin distinción de nacionalidad, raza, religión, condición social ni opinión política, y señala el elemento esencial de esta suerte de ayudas: la de ser brindada o asegurada "sin discriminación" alguna. No ponía en tela de juicio que en tales condiciones no podrían ser consideradas contrarias al derecho internacional:

«Il n'est pas douteux que la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays, quels que soient leurs affiliations politiques ou leurs objectifs, ne saurait être considérée comme une intervention illicite ou à tout autre point de vue contraire au droit international» (20).

La doctrina clásica distinguía entre intervenciones "lícitas" e "ilícitas". Entre las primeras, se señalaban las "intervenciones por razones de humanidad", que responderían a un interés general de la comunidad internacional, como así también las que se fundaban en una cláusula de un tratado, las que respondían a una solicitud de un gobierno legal, o las que respondían a "intereses legítimos", como era la protección de nacionales o de sus bienes. Sin embargo, hubo tratadistas que defendieron el carácter absoluto del principio sosteniendo que la intervención se daba aún cuando el Estado afectado hubiere dado su consentimiento más o menos en libertad, dado que la intervención no dependía tanto de la existencia o no del consentimiento del Estado que la sufre, sino de la voluntad del que interviene, que trata de imponer su voluntad por medio de la coacción. Potter, niega la competencia del Estado para autorizarla, aún sobre la base de un tratado libremente concluido (21).

Asimismo, se ha afirmado que lo que el Derecho internacional prohíbe son las "intervenciones de autoridad", vayan o no acompañadas de la fuerza, y no las meras "intercesiones"

(20) Ibidem.

(21) Cf. L'intervention en droit international moderne, R.C.A.D.I. 1930-II, pág. 681.

(22). La coacción, como ya lo señalara la Corte aparece como una nota tipificante de la intervención "Es la naturaleza coercitiva del acto de intervención -dice Jiménez de Aréchaga-, lo que permite calificar a tal acto como una violación del Derecho internacional, sea que el acto en cuestión implique el uso de la fuerza o simplemente el empleo de presiones económicas o políticas" (23).

En verdad, siempre existieron muchas dificultades para establecer los límites entre unas y otras y no pocas veces las intervenciones llamadas "lícitas" sirvieron para cohonestar comportamiento lesivos de la soberanía de los estados, especialmente por las grandes potencias, y esta circunstancia gravitó considerablemente en las discusiones del Comité Especial que tuvo a su cargo la preparación de la Declaración aprobada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ya examinada (24).

La denuncia de Nicaragua en relación a la colocación de minas en sus aguas territoriales, como así también los ataques por aire, tierra y mar y las incursiones en las aguas interiores de aquel país, fue examinada por la Corte esencialmente desde la óptica del derecho de respeto de la soberanía territorial, afectado por el uso de la fuerza, y la limitación de la libertad de comunicación y del comercio marítimo, sin dejarse de lado el derecho internacional humanitario. El Tribunal llega a la conclusión de que las violaciones constatadas no pueden ser justificadas invocándose una legítima defensa colectiva o un "derecho" de adoptar contra-medidas que implicaban el uso de la fuerza en respuesta a una eventual intervención de Nicaragua en el Salvador, hecho este argüido por los Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto, afirma la Corte:

(22) Cf. Verdross, Alfred "Derecho Internacional Público", Trad. de Antonio Truyol, Madrid, 1976, pág. 211.

(23) Cf. Op. cit. pág. 141.

(24) Cf. Cancado Trindade, A. "Princípios do Direito Internacional contemporâneo" Brasília 1981, pág. 64 y ss.

«Les effets du principe de respect de la souveraineté territoriale et ceux des principe de l'interdiction de l'emploi de la force et de la non-intervention se recouvrent inévitablement jusqu'à un certain point. C'est ainsi que les mesures d'assistance aux contras, de même que les attaques directes contre les ports, les installations pétrolières, etc., du Nicaragua visées aux paragraphes 81 à 86 ci-dessus n'équivalent pas seulement à un emploi illicite de la force; elles enfreignent aussi la souveraineté territoriale du Nicaragua et constituent des incursions dans ses eaux territoriales et intérieures. De la même manière les opérations de minage des ports nicaraguayens, outre qu'elles enfreignent le principe du non-emploi de la force, mettent en cause la souveraineté du Nicaragua sur certaines étendues maritimes...»

«Ces violations ne peuvent être justifiées ni par la légitime défense collective, puisque, comme la Cour l'a reconnu, les circonstances nécessaires à sa mise en jeu ne sont pas réunies, ni par un droit qu'auraient les Etats-Unis de prendre des contre-mesures impliquant l'usage de la force en riposte à une éventuelle intervention du Nicaragua au Salvador, un tel droit étant inconnu du droit international applicable. Des faits semblables ne sauraient être justifiés par des activités se déroulant au Salvador qui seraient attribuées au Gouvernement du Nicaragua. Ces activités, pour autant qu'elles aient bien eu lieu, ne créent au bénéfice des Etats-Unis aucun droit qui justifierait les mesures en question. Ces mesures constituent donc bien des violations de la souveraineté du Nicaragua selon le droit international coutumier».(25).

La intervención indirecta en los asuntos internos fundada en la adopción de ciertas medidas de carácter económico tomadas por los Estados Unidos en contra de Nicaragua, como la interrupción de la ayuda económica en 1981, la reducción del 90% de la cuota de importación de azúcar nicaragüense en el mismo año y el embargo comercial adop-

tado en mayo de 1985, hechos que en su conjunto constituirían una violación del principio de no intervención según la tesis de los consejeros nicaragüenses, no fue en principio un argumento aceptado por la Corte, sin perjuicio que el Tribunal examinara aquellas medidas en relación al Tratado de amistad, comercio y navegación de 1956 y su compatibilidad con este instrumento, cuestión esta que excede los límites de este trabajo.

Tales limitaciones también restringen el análisis de la llamada "legítima defensa colectiva" y la utilización de la fuerza en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, materias que si bien guardan relación con el principio de no intervención, merecen una consideración especial. La doctrina de la Corte sobre ellas también tiene un inapreciable valor para el estudioso.

La intervención, justificada o tolerada como instrumento corriente de las relaciones internacionales en siglos anteriores, constituye en la actualidad un acto o conducta contraria al derecho internacional que atenta contra principios fundamentales como los de soberanía e independencia política y la igualdad soberana de los Estados.

La Organización de las Naciones Unidas a través de sucesivas resoluciones de la Asamblea General y en un área más restringida las organizaciones regionales -OEA, OUA-, constituyeron el marco apropiado para la consagración definitiva del principio de no intervención, que responde a una conciencia jurídica universal.

Así, gestado en América, deformado en su aplicación, resistido por muchos países e incorporado en el Derecho internacional contemporáneo, el principio ha recibido un espaldarazo definitorio en el reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia, que ha ratificado su carácter de norma de derecho internacional consuetudinario general.

El Tribunal ha desbrozado el campo de aplicación del principio, negando autoridad a ciertas interpretaciones que desde el siglo pasado pusieron en duda su real vigencia en el ordenamiento jurídico internacional.

(25) Cf. CIJ, Recueil 1986, pág. 128.

Una vez más al Alto Tribunal internacional ha cumplido una función esclarecedora y ha efectuado un aporte importantísimo a la ciencia del Derecho de Gentes.

"EL SOBREVUELO POR LOS ESTRECHOS UTILIZADOS PARA LA NAVEGACION INTERNACIONAL"

José A. de YTURRIAGA BARBERÁN*
Asociado del IHLADI

I.- Antecedentes

- 1.- Convenio de Chicago de 1944
- 2.- I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- 3.- II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- 4.- Fase previa a la convocatoria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar
- 5.- Comisión de Fondos Marinos

II.- La III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

- 1.- Debate general y propuestas
- 2.- Texto Unico Oficioso para Fines de Negociación
- 3.- Texto Unico Revisado para Fines de Negociación
- 4.- Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación
- 5.- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

III.- Regulación de la navegación aérea en la Convención de Montego-Bay

- 1.- Derechos del Estado ribereño
- 2.- Derechos de las aeronaves en tránsito
- 3.- Deberes del Estado ribereño
- 4.- Deberes de las aeronaves en tránsito
 - a) *Tránsito rápido e ininterrumpido*
 - b) *No empleo de la fuerza*
 - c) *Cumplimiento de las disposiciones de la Convención*
 - d) *Observación del Reglamento del Aire*
 - e) *Sintonización de radiofrecuencias*
 - f) *Responsabilidad por daños*

IV.- Juicio crítico

* Embajador de España en Irlanda.

EL SOBREVUELO POR LOS ESTRECHOS UTILIZADOS PARA LA NAVEGACION INTERNACIONAL

I.- Antecedentes

1.- Convenio de Chicago de 1944

La norma internacional básica que regula la navegación aérea, incluido el tema del sobrevuelo, es el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, adoptado en Chicago el 7 de Diciembre de 1944, complementado por el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos Internacionales, asimismo adoptado en la misma ciudad y fecha. De conformidad con el Convenio de Chicago, "todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio", y como tal se consideran "las áreas terrestres y las aguas territoriales adyacentes a ellas que se encuentran bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado" (1). Las aeronaves que sobrevuelen el territorio de un Estado extranjero deberán cumplir las leyes y reglamentos de dicho Estado "relativos a la entrada y salida de su territorio de las aeronaves empleadas en la navegación aérea internacional o a la operación y navegación de dichas aeronaves... a la entrada, a la salida y mientras se encuentren dentro del territorio de ese Estado" (2).

Según el Convenio, las aeronaves que no se utilicen en servicios internacionales regulares tendrán derecho a "penetrar sobre su territorio o sobrevolarlo sin escalas, y a hacer escalas en él con fines no comerciales, sin necesidad de obtener permiso previo, y a reserva del derecho del Estado sobrevolado de exigir aterrizaje". Ningún servicio aéreo internacional regular podrá explotarse en el territorio de un Estado "excepto con el permiso especial u otra autorización de dicho Estado y de conformidad con las condiciones de dicho

(1) Artículos 1 y 2 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de Diciembre de 1944. OACI.- "Convenio sobre Aviación Civil Internacional". Montreal, 1975, p.1

(2) Artículo 11 del Convenio de Chicago. Op. cit, en la nota 1, p.3

permiso o autorización" (3). Tampoco podrán sobrevolar el territorio de un Estado sin su autorización las aeronaves sin piloto (4) y las aeronaves de Estado, definidas como las aeronaves "utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía" (5). Dichas aeronaves de Estado quedan excluidas del ámbito de aplicación del Convenio (6).

Los Estados tienen derecho a establecer zonas prohibidas o de uso restringido para el vuelo de aeronaves extranjeras por razones de diversa índole (7) y a exigir en ciertas zonas que dichas aeronaves "sigan las rutas prescritas u obtengan permisos especiales para tales vuelos (8). Las autoridades competentes de cada Estado tendrán derecho a inspeccionar las aeronaves extranjeras a su llegada o salida y a examinar los certificados y demás documentos previstos por el Convenio (9).

Como afirmó el Jefe de la delegación norteamericana en la Conferencia de Chicago, Embajador Berle, su país "considera y afirma el principio de que cada país tiene derecho a mantener soberanía sobre el espacio aéreo que se encuentra encima de su territorio y de sus aguas territoriales. No cabe en modo alguno enajenar o cualificar dicha soberanía" (10). En su estudio sobre el Derecho Aéreo en el proyecto de Convenio sobre Derecho del Mar elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, el Profesor Pepin concluye que "las aeronaves no gozan en el espacio aéreo sobre el mar

(3) Artículos 5 y 6 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.2.

(4) Artículo 8 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.2.

(5) Párrafos b) y c) del artículo 3 del Convenio de Chicago. Op. cit. en la nota 1, p.1.

(6) Artículo 3-a) del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.1.

(7) Artículo 9 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.3.

(8) Artículo 5 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.2.

(9) Artículo 16 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.5.

(10) Proceedings of the International Civil Aviation Conference.- Vol.I, p.54. Doc.cit. por Julio D.GONZALEZ CAMPOS.- "Navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos". En "La actual revisión del Derecho del Mar: una perspectiva española". Madrid, 1974. Vol.I (1), p.329.

territorial del derecho de paso inocente que ejercen los buques en ese mar territorial" (11).

Como señala Hugo Caminos, al prohibir el sobrevuelo a cierta categoría de aeronaves salvo con la autorización del Estado sobrevolado y en las condiciones por él establecidas, el Convenio de Chicago dió un paso más en dirección a proteger la soberanía territorial del Estado, que a liberalizar los derechos de sobrevuelo en el mar territorial. De esta forma se corroboró el principio de que la concesión de derechos de tránsito aéreo caía esencialmente bajo el ámbito de la competencia soberana de cada Estado y de que "no existía un derecho de paso inocente de las aeronaves sobre el mar territorial, salvo entre Estados partes en convenios que expresamente concedieran tal derecho" (12).

2.- I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

La cuestión del sobrevuelo en el mar territorial fue examinada por la Comisión de Derecho Internacional y, durante los debates, un miembro preguntó al relator François si cabía considerar la posibilidad de extender al espacio aéreo el derecho de paso inocente. El Profesor François contestó que los Convenios sobre navegación aérea no reconocían el principio de paso inocente y que la Conferencia de La Haya de 1930 había mantenido que no existía una norma consuetudinaria de paso inocente a través del espacio aéreo sobre un territorio (13). Dicha opinión fue compartida por el Profesor

(11) E.PEPIN.- "The Law of the Air and the Draft Articles Concerning the Law of the Sea Adopted by the International Law Commission at its Eighth Session". Doc.A/CONF.13/14, 4 de Octubre de 1957. En *Documentos Oficiales de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*. Ginebra, 1958. Vol.I, p.66.

(12) Hugo CAMINOS.- "The Legal Regime of Straits in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea". *Recueil des Cours*, vol.205. Dordrecht, 1989, p.60.

(13) Doc. C. 351 (b), M.145 (b). *Actes de la Conférence pour la Codification du Droit International*. La Haya, 1930. Vol.IV, P.118.

Pepin pues, "dado que el espacio aéreo sobre el mar territorial está totalmente asimilado al espacio aéreo sobre el territorio terrestre, los movimientos de aeronaves en ambos espacios están sometidos a idénticas condiciones" (14). En sus comentarios al Proyecto de Convenio elaborado por la CDI, la OACI señaló que los Estados que participaron en la Conferencia de Chicago habían acordado permitir a las aeronaves civiles no utilizadas en servicios internacionales regulares que sobrevolaran el territorio de los Estados contratantes. Salvo dentro de los límites de la concesión de sobrevuelo establecida en el artículo 5 del Convenio de Chicago o de acuerdo con una autorización especial, "una aeronave extranjera no goza del derecho de paso aéreo sobre el territorio terrestre de un Estado o sobre el adyacente mar territorial" (15).

La CDI no incluyó ninguna disposición relativa al sobrevuelo de aeronaves en su Proyecto de Convenio. Durante los debates del Convenio sobre la Alta Mar, la Gran Bretaña propuso la inclusión de un nuevo artículo que preveía el derecho de los Estados a hacer volar sus aeronaves "sobre las zonas del mar situadas a más de tres millas de la costa, medidas a partir de la línea de base adecuada, a lo largo de los estrechos utilizados para la navegación internacional entre dos partes de la alta mar, y sobre las aguas que constituyen el único medio de acceso a un aeropuerto de un Estado" (16). La propuesta británica ni siquiera llegó a ser debatida por la Segunda Comisión de la Conferencia (17).

La única disposición que en materia aérea contiene el Convenio de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona

(14) Pepin.-Op.cit. en la nota 11, p.66.

(15) OACI.-"Comments on Article 18 of the Draft Concerning the Law of the Sea Adopted by the International Law Commission at its Eighth Session". Doc.A/CONF.13/31, 24 de Junio de 1958. Doc.cit. en la nota 11, pp.336.

(16) Propuesta de Gran Bretaña de inclusión de un nuevo artículo 65-a). Doc.a/CONF.13/C.2/L.83, 1 Abril 1958. En *First United Nations Conference on the Law of the Sea Official Records*. Ginebra, 1958. Vol.IV, P.137.

(17) Daniel P.O'CONNELL.- "International Law of the Sea". Londres, 1984. Vol.I, p.334.

Contigua reconoce la soberanía del Estado ribereño sobre el espacio aéreo situado encima de su mar territorial (18).

3.- *II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

En 1960 se celebró en Ginebra la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para tratar del tema de la anchura del mar territorial y de los límites pesqueros (19). La Unión Soviética propuso que se fijara en 12 millas la anchura del mar territorial (20) y su propuesta no contenía disposición alguna sobre el régimen de navegación por los estrechos. Al presentar la propuesta soviética, el Profesor Tunkin declaró lo siguiente:

"Los debates sobre la anchura del mar territorial durante la I Conferencia pusieron de manifiesto que las objeciones opuestas a la adopción de un límite de 12 millas para el mar territorial se fundan en consideraciones de índole militar y estratégico que nada tienen que ver con el mantenimiento de la paz ni con el desarrollo de la cooperación internacional...

El argumento de que la adopción de un límite de 12 millas para el mar territorial restringiría la libertad de navegación y alargaría las rutas comerciales, causando así un aumento del costo del transporte marítimo y de los precios de las mercancías, carecía de todo fundamento, dado el derecho de paso inocente generalmente reconocido a los buques mercantes en las aguas territoriales. Asimismo, el libre paso de buques y aviones civiles por las

(18) Artículo 2 del Convenio sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, Ginebra, 28 de Abril de 1958. En José A. de YTURRIAGA.- *"La actual revisión del Derecho del Mar: una perspectiva española. Textos y Documentos"*. Madrid, 1974. vol.II (1), p.347.

(19) Párrafo 1 de la Resolución 1307 (XIII) de la Asamblea General, 10 de Diciembre de 1958. En *Second United Nations Conference on the Law of the Sea Official Records* Ginebra, 1960, p.xi.

(20) Doc. A/CONF.19/C.1/L.3, 23 de Marzo de 1960. Op.cit. en la nota 19, p.164.

rutas internacionales establecidas que cruzan las aguas de Estados extranjeros está suficientemente garantizado en acuerdos concretos, multilaterales y bilaterales, que no resultarían afectados por la conclusión de un acuerdo sobre la anchura del mar territorial" (21).

Estados Unidos, por sí sólo (22) y conjuntamente con Canadá (23), presentó propuestas tendentes a fijar en 6 millas la anchura del mar territorial. El Embajador Dean afirmó que la extensión del mar territorial a 12 millas "tendría graves consecuencias para los derechos absolutos de tránsito por más de cien estrechos internacionales importantes que ahora forman parte de la alta mar y sobre los derechos de vuelo sobre dichos estrechos". En ausencia de un acuerdo bilateral, las aeronaves no gozarían del derecho de sobrevolar tales estrechos y el derecho de paso de los buques se vería alterado. Por estas consideraciones -concluyó Dean- su Gobierno no podía contemplar la aceptación de ninguna propuesta que estableciera una anchura del mar territorial superior a 6 millas (24). No obstante, y pese al hecho de que con el reconocimiento de una anchura de 6 millas muchos estrechos internacionales importantes (incluido el de Gibraltar) quedaban total o parcialmente cubiertos por los mares territoriales de los Estados ribereños, Estados Unidos no consideró necesario incluir en su propuesta disposición alguna relativa al tránsito por los estrechos (25).

En contestación a estas declaraciones, el representante de Bielorrusia comentó que el Sr. Dean había discutido la cuestión de los estrechos internacionales en términos del todo

(21) Declaración del Profesor Grigori Tunkin, 22 de Marzo de 1960. Op.cit. en la nota 19, p.39.

(22) Doc.A/CONF.19/C.1/L.3, 23 de Marzo de 1960. Op.cit. en la nota 19, p.166.

(23) Doc.A/CONF.19/C.1/L.10 y 11, 8 y 22 de Abril de 1960. Op.cit. en la nota 19, pp. 169 y 173.

(24) Declaración del Embajador Arthur H. Dean, 24 de Marzo de 1960. Op.cit. en la nota 19, p.46.

(25) Vid.Arthur H.DEAN.-"The Second Geneva Conference on the Law of the Sea: The Fight for Freedom of the Seas". *American Journal of International Law*, 1960. Vol.54, pp.75 1-789.

estratégicos y que la actitud de los Estados Unidos nada tenía que ver con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional, ni con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas (26).

México también presentó una propuesta para fijar en 12 millas la anchura del mar territorial. En el comentario a la propuesta se indicaba que la regla de las 12 millas era una fórmula flexible y razonable que satisfacía las legítimas aspiraciones de los Estados ribereños, sin detrimento de la libertad de navegación marítima o aérea. La primera quedaba garantizada mediante las disposiciones de paso inocente incluidas en el Convenio de 1958 sobre el Mar Territorial y la zona Contigua, mientras que la segunda estaba satisfactoriamente regulada en el Convenio de Chicago de 1944 sobre Aviación Civil Internacional (27).

La propuesta americano-canadiense, -enmedada por Brasil, Cuba y Uruguay- estableciendo en 6 millas la anchura del mar territorial, no pudo ser adoptada al faltarle un voto para la mayoría de 2/3 requerida (28) y el tema de los límites del mar territorial quedó sin resolver a nivel internacional, por lo que se dejó abierto a la acción unilateral de los Estados.

4.- Fase previa a la convocatoria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

A mediados de 1967 la URSS se dirigió a los Estados Unidos y a otros países solicitando su parecer sobre la posible celebración de una nueva Conferencia Internacional sobre Derecho del Mar, en la que se estableciera un límite de 12 millas para el mar territorial y la zona exclusiva de pesca. Las

(26) Declaración de Gavriil Povetiev, 6 de Abril de 1960. Op.cit. en la nota 19, p.106.

(27) Doc.A/CONF.19/C.1/L.2, 21 de Marzo de 1960. Op.cit. en la nota 19, p.165.

(28) Decisión de 26 de Abril de 1960. Vid. Santiago MARTINEZ CARO. "Mar territorial: naturaleza, anchura y delimitación". Op.cit. en la nota 10, pp.249-250.

autoridades estadounidenses respondieron que su posición se vería favorablemente influenciada si la Unión Soviética y otros Estados estuvieran dispuestos a apoyar disposiciones que reconocieran el libre paso a través y por encima de los estrechos internacionales. Tras una serie de consultas, expertos soviéticos y norteamericanos elaboraron en 1968 un proyecto de tres artículos relativos a la fijación en 12 millas del mar territorial, a la garantía del libre paso y sobrevuelo por los estrechos, y al reconocimiento de ciertos intereses pesqueros especiales de los Estados ribereños más allá del límite de las 12 millas del mar territorial (29). El texto relativo a los estrechos establecía lo siguiente:

"a) A los efectos de asegurar en el mayor grado posible la libertad de paso por los estrechos que se usan para la navegación internacional entre una parte de la alta mar y otra parte de la alta mar o el mar territorial del Estado extranjero, la anchura del mar territorial en tales estrechos se fija de tal manera que siempre sea mantenido un corredor de alta mar apto para el paso de todos los barcos y el sobrevuelo de todos los aviones. En aquellos estrechos para el paso de los cuales se usan habitualmente determinados canales de navegación, el corredor de alta mar para la navegación debe incluir estos canales;

b) las disposiciones de este artículo no afectan el régimen jurisdiccional de aquellos ciertos estrechos, el paso por los cuales se reglamenta por los acuerdos internacionales vigentes especialmente relacionados con estos estrechos" (30).

(29) Pro-Memoria de Estados Unidos a Uruguay, 24 de Octubre de 1969. En Presidencia de la República de Uruguay. "América Latina y la extensión del mar territorial" Montevideo, 1971, p.70.

(30) Artículo 2 del Proyecto Americano-Soviético, anejo al Memorandum de la URSS a Uruguay, 2 de Septiembre de 1969. Op.cit. en la nota 29, pp.64-65. El texto está deficientemente redactado pues se trata de una traducción no oficial al español. El texto anejo al Pro-Memoria norteamericano era similar y asimismo presentaba deficiencias de traducción. Los textos en inglés de ambos documentos eran, sin embargo, idénticos.

El proyecto de mini-acuerdo fue distribuido durante 1969 a las cancillerías de todo el mundo por los servicios diplomáticos de las dos superpotencias. El Pro-Memoria norteamericano afirmaba que "muchos tienen intereses de seguridad y generales de comercio en garantizar el paso libre a través de los estrechos y el sobrevuelo de los mismos, que se verían sujetos a la limitación del paso inocente". De conformidad con su tradicional tesis de que 3 millas era la extensión máxima permitida por el Derecho Internacional para la anchura del mar territorial, el documento estadounidense alegaba que, al ampliarse dicho límite a 12 millas, quedarían sometidos a la soberanía del Estado ribereño 116 estrechos, muchos de ellos sumamente importantes para la navegación internacional. El régimen de paso inocente regulado por el Convenio de Ginebra de 1958 no reconocía el derecho de sobrevuelo por los estrechos y además no existía garantía alguna de que el Estado ribereño no tomara una decisión arbitraria en la calificación del paso (31). El Memorandum soviético era menos explícito y justificaba la propuesta en los temores que habían expresado algunos Estados de que, al fijarse en 12 millas la anchura del mar territorial, algunos estrechos utilizados para la navegación internacional podrían quedar incorporados al mar territorial, por lo que se proponía "incluir en la futura Convención una tesis que garantice el paso libre de los barcos en tales estrechos y el sobrevuelo de los aviones" (32).

Los Estados Unidos sondearon a España sobre el mini-acuerdo de tres puntos y la reacción del Gobierno español fue de cortés, pero firme, rechazo. La gestión americana fue seguida por otra soviética en idénticos términos. Como afirmó el Ministro español de Asuntos Exteriores Gregorio López Bravo, "la postura de las superpotencias parece clara y responde a intereses a los que conceden prioridad en su política exterior... Estados Unidos se dispone a alinearse con la Unión Soviética y con la mayoría de los Estados en la regla de las doce millas, pero la contrapartida es el apoyo a sus tesis

(31) Pro-Memoria cit. en la nota 29, p.71.

(32) Memorandum cit. en la nota 30, p.64.

de libertad de paso por los estrechos, que en la primera formulación norteamericana se concentraba en la creación de 'unos canales de mar libre en los estrechos' y en la segunda procede por asimilación de los estrechos internacionales al alta mar, en cuanto a navegación y sobrevuelo" (33).

5.- La Comisión de Fondos Marinos

La Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Internacional fue encargada por la Asamblea General de actuar como Comisión Preparatoria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y de elaborar proyectos de artículos sobre una amplia gama de temas y cuestiones, tales como el régimen del mar territorial, "incluidas las cuestiones de su anchura y la cuestión de los estrechos internacionales" (34).

Nada más iniciarse los trabajos substantivos de la Comisión, Estados Unidos abrió el fuego con la presentación de su proyecto de 3 artículos, que reproducía en lo esencial el texto en su día acordado con la URSS. La propuesta establecía que, en los estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte de la alta mar y otra parte de la alta mar o el mar territorial de un Estado extranjero, "todos los buques y aeronaves en tránsito gozarán, para los efectos del tráfico por dichos estrechos y sobre ellos, de la misma libertad de navegación y sobrevuelo que en la alta mar". Los Estados ribereños podrían establecer corredores apropiados para el tránsito de los buques y aeronaves; quedaban excluidos de este régimen los estrechos expresamente regulados por otros convenios

(33) Conferencia del Ministro Gregorio López Bravo en el CESEDEN, 3 de Febrero de 1971. En José A. de YTURRIAGA.- "La revisión actual del Derecho del Mar: una perspectiva española. Textos y Documentos". Madrid, 1974, vol. II (2), p.401.

(34) Párrafos 2 y 6 de la Resolución 2750C (XXV) de la Asamblea General, 17 de Diciembre de 1970. En YTURRIAGA.- Op.cit. en la nota 33, pp.317-318.

internacionales en vigor (35). La propuesta ofrecía la siguiente variante en relación con el texto ruso-americano: ya no se trataba de establecer en los estrechos que formasen parte del mar territorial de uno o más Estados un corredor de alta mar, sino de conceder a los buques y a las aeronaves en las aguas del estrecho los mismos derechos de navegación y sobrevuelo vigentes en la alta mar. Al presentar la propuesta, el representante norteamericano señaló que la ampliación a 12 millas del mar territorial implicaría la sumisión de muchos estrechos importantes a las "limitaciones del paso inocente". Dicho régimen no era adecuado, entre otras razones, porque "ni las aeronaves ni los submarinos sumergidos tienen derecho de paso inocente", de conformidad con el Convenio sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua. (36) El Embajador Stevenson afirmó, sin ambages, que su país estaba dispuesto a perder las libertades de alta mar resultantes de la ampliación del mar territorial a cambio de un derecho limitado, pero vital, de libertad de navegación y sobrevuelo en los estrechos. "Los Estados Unidos y otros -declaró- han dejado bien claro que sus intereses vitales requieren que un acuerdo sobre un mar territorial de 12 millas vaya emparejado con otro acuerdo de libre tránsito en los estrechos utilizados para la navegación internacional, y éstos constituyen elementos básicos que no sacrificaremos" (37).

En 1972 la URSS presentó una propuesta similar a la norteamericana, aunque aplicable únicamente a los estrechos que comunicasen dos partes de la alta mar. Dicha propuesta contenía, sin embargo, una serie de disposiciones sobre los deberes de los buques y aeronaves en tránsito, e incluía una cláusula sobre indemnización por los daños causados a los

(35) Artículo II del Proyecto de Estados Unidos sobre "La anchura del mar territorial, los estrechos y las pesquerías". Doc.A/AC.138/SC.II/L.4, 30 de Julio de 1971. En *Informe de la Comisión de Fondos Marinos*. Documentos Oficiales de la Asamblea General (DOAG) 26º periodo de sesiones. Suplemento No. 21. Nueva York, 1971, p. 224.

(36) Declaración del Embajador John R. Stevenson, 13 de Agosto de 1971. Doc.A/AC.138/SC.II/SR.8.

(37) Declaración del Embajador John R. Stevenson, 28 de Julio de 1972. Doc.A/AC.138/SC.II/SR.37.

Estados ribereños como consecuencia del sobrevuelo. El texto relativo al tránsito de aeronaves establecía lo siguiente:

"1.- En los estrechos cuyo espacio aéreo sea utilizado para el sobrevuelo de aeronaves extranjeras entre una parte de la alta mar y otra parte de la alta mar, todas las aeronaves gozarán de la misma libertad de vuelo sobre esos estrechos que en el espacio aéreo sobre la alta mar. Los Estados ribereños podrán establecer corredores aéreos especiales apropiados para el sobrevuelo de las aeronaves y la altura de vuelo en las distintas direcciones, así como determinar los procedimientos de enlace por radio con esas aeronaves.

2.- La libertad de sobrevuelo de las aeronaves sobre los estrechos prevista en el presente artículo se ejercerá de conformidad con las disposiciones siguientes:

a) Las aeronaves en sobrevuelo adoptarán las medidas necesarias para violar los límites de los corredores ni la altura de vuelo sobre los estrechos establecidos por los Estados ribereños e impedir los vuelos sobre el territorio del Estado ribereño, siempre que el corredor establecido por ese Estado no prevea tal sobrevuelo;

b) Las aeronaves en sobrevuelo deberán adoptar todas las medidas necesarias para impedir cualquier amenaza a la seguridad de los Estados ribereños. En particular, los aviones militares no deberán realizar en la zona de los estrechos cualesquiera ejercicios o prácticas de tiro de ninguna clase, utilizar armas de ningún tipo, filmar ni tomar fotografías, sobrevolar los buques, realizar vuelos en picado, repostar ni llevar a cabo ninguna otra actividad análoga que no guarde relación con el sobrevuelo;

c) Los daños ocasionados a los Estados ribereños como consecuencia del sobrevuelo de aeronaves deberán ser reparados por el Estado al que pertenezca la aeronave que los haya causado o por las personas jurí-

dicas sometidas a su jurisdicción o que actúen en su nombre:..." (38).

Al presentar su propuesta, el representante soviético declaró que se debería preservar la libertad de navegación y sobrevuelo generalmente reconocida en los estrechos que comunicaban dos partes de la alta mar y que habían sido tradicionalmente utilizados a tales efectos en la misma base que en la alta mar (39). En 1973 el representante soviético añadió que la URSS estaba dispuesta a incluir en su propuesta un párrafo que ampliara el régimen de libre paso a los estrechos que comunicaban una parte de alta mar con el mar territorial de un Estado (40).

España fue el primer país en reaccionar contra las propuestas de Estados Unidos y la URSS, señalando que, de conformidad con el Convenio de Chicago, las aeronaves civiles gozaban de las libertades de tránsito por el territorio de otros Estados y de escala en los mismos para fines no comerciales, mientras que el tránsito de las aeronaves no civiles requería la previa autorización del Estado sobrevolado. "Si se consagrasen esas pretendidas libertades de navegación y sobrevuelo -afirmó el Embajador Ruíz Morales- su resultado último sería el de establecer, en beneficio de unos pocos, un derecho de tránsito indiscriminado por los estrechos... que favorecería directamente, no a la navegación civil, sino a las aeronaves militares -hoy excluidas del sobrevuelo- y a los buques de guerra...." (41).

(38) Segundo artículo no numerado del proyecto de la URSS sobre "Los estrechos utilizados para la navegación internacional". Doc. A/AC.138/SC.II/L.7, 25 de Julio de 1972. En *Informe de la Comisión de Fondos Marinos*. DOAG 27º periodo de sesiones. Suplemento No.21. Nueva York 1972, p.174.

(39) Declaración del Sr. Malik, 4 de Abril de 1973. Doc. A/AC.138/SC.II/SR.58.

(40) Declaración del representante soviético, 24 de Julio de 1973. Doc. A/AC.138/SC.II/ SR.69.

(41) Declaración del Embajador José M. Ruíz Morales, 30 de Julio de 1971. Doc.S/AC.139/ SG.II/SR.36. Reproducido en YTURRIAGA.- Op.cit. en nota 33, pp.414-415.

La delegación española, por otra parte, distribuyó un "Memorandum sobre la cuestión de los estrechos internacionales", en el que fundamentó jurídicamente su oposición de apoyo al vigente régimen de paso inocente y de posición a las propuestas de libertad de navegación y sobrevuelo (42). Asimismo alentó la constitución de un Grupo de Estados ribereños de estrechos partidarios del régimen de paso inocente, que presentó un proyecto de artículos sobre "Navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos utilizados para la navegación internacional", co-patrocinado por Chipre, España, Filipinas, Grecia, Indonesia, Malasia, Marruecos y Yemen (43). El proyecto no contenía disposición alguna en materia de sobrevuelo por el mar territorial y los estrechos, por estimar que seguían siendo aplicables al mismo las normas del Convenio de Chicago. Una actitud semejante fue adoptada por Fiji en su proyecto de artículos relativo al paso por el mar territorial (44).

Malta -o quizás fuera más correcto decir el Embajador Pardo (45)- presentó en 1971 un ambicioso proyecto de tratado sobre el espacio oceánico, conforme al cual todos los Estados gozan en el citado espacio de libertad para sobrevolarlo. Así:

(42) Memorandum sobre la cuestión de los estrechos internacionales, Marzo 1972. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 33, pp.420-428.

(43) Proyecto sobre "Navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos utilizados para la navegación internacional", copatrocinado por Chipre, España, Filipinas, Grecia, Indonesia, Malasia, Marruecos y Yemen. Doc.A/AC. 138/SC.II/L.18, 27 de Marzo, de 1973. En *Informe sobre la Comisión de Fondos Marinos*. DOAG 28º periodo de sesiones. Suplemento nº 21. Nueva York, 1973. Vol.III, pp. 3-10.

(44) Proyecto de Fiji sobre "Paso por el Mar Territorial". Doc A/AC.138/SC.II/L.42, 19 de Julio de 1973. Op.cit. en la nota 43, pp.100-107.

(45) En la nota preliminar del documento de trabajo de Malta de "Tratado sobre el espacio oceánico" se advierte: "El siguiente proyecto de Tratado sobre el espacio oceánico fue presentado por el Dr. Arvid Pardo. El Gobierno de Malta lo ofrece ahora como documento de trabajo a efectos de discusión". Doc A/AC.138/53, 16 de Agosto de 1971. Op.cit. en la nota 35, p.104.

"1.- Todo Estado, con litoral o sin él, tiene el derecho de que sus aeronaves vuelen sobre el mar. Este derecho estará sujeto a las reglamentaciones, de carácter general y no discriminatorio, que aprueben las instituciones internacionales competentes.

2.- En una franja de mar adyacente a la costa que no exceda de 12 millas de anchura, el derecho de sobrevolar el mar estará limitado al paso no perjudicial para la paz, el orden y la seguridad del Estado ribereño" (46).

En una nota a pie de página se indica que "se ha procurado proteger la libertad de navegación en la mayor medida compatible con los intereses del Estado ribereño en materia de seguridad. Por esta razón, respecto de los estrechos utilizados para la navegación internacional se ha propuesto que el derecho del Estado ribereño a impedir el paso de embarcaciones extranjeras se extienda hasta solo seis millas de la costa" (47).

Dos años más tarde el Gobierno de Malta presentó un Anteproyecto -aún más complejo y ambicioso- acerca de la "delimitación de la jurisdicción del Estado ribereño sobre el espacio oceánico y los derechos y obligaciones de los Estados ribereños en la zona bajo su jurisdicción". El Anteproyecto contenía un capítulo relativo al sobrevuelo. En la nota preliminar se señala que la navegación aérea y marítima es una actividad internacional" de vital importancia que debe protegerse dentro de la jurisdicción nacional" (48). Establece que las aeronaves de todos los Estados "gozarán del derecho de sobrevuelo sobre el espacio oceánico nacional", entendiéndose por sobrevuelo "el derecho de las aeronaves a volar sobre el derecho de las aeronaves a volar sobre el espacio oceánico nacional para atravesarlo o para posarse en naves que pasen"

(46) Artículos 5-2-c) y 34 del documento de trabajo de Malta. Op.cit. en la nota 45, pp.117 y 127.

(47) Nota 53 al artículo 48 del documento de trabajo de Malta. Op.cit. en la nota 45, p. 134.

(48) Apartado c) de la nota preliminar del Anteproyecto de Malta. Doc.A/AC138/SC.II/L.28, 13 de Julio de 1973. Op.cit. en la nota 43, p.39.

por dicho espacio. El sobrevuelo comprende asimismo "el derecho a posarse en el espacio oceánico nacional y a maniobrar y evolucionar a baja actitud, pero sólo en la medida en que tales operaciones no constituyan más que incidentes de la navegación aérea o le sean impuestas a la aeronave por causa de fuerza mayor o por hallarse en dificultad grave" (49). El artículo básico establece lo siguiente:

"1.- En una franja del espacio oceánico adyacente a su costa cuya anchura no exceda de 12 millas marinas medidas desde las líneas de base aplicables, el Estado ribereño, además de las medidas previstas en el artículo precedente, podrá:

a) exigir que se le notifique con tres días de antelación el sobrevuelo de aeronaves militares extranjeras;

b) exigir que el sobrevuelo sea ininterrumpido y rápido;

c) impedir el sobrevuelo que estime gravemente perjudicial para su paz orden o seguridad;

d) suspender temporalmente, sin discriminación entre aeronaves extranjeras, el ejercicio del derecho de sobrevuelo de aeronaves extranjeras sobre determinadas zonas, si tal suspensión es indispensable para la protección de su seguridad.

2.- El Estado o los Estados ribereños sólo podrán adoptar medidas para impedir o suspender el sobrevuelo de los estrechos de menos de 24 millas náuticas de anchura que se utilizan o puedan utilizarse para la navegación internacional en el caso de temor fundado de amenaza grave o inminente para su seguridad. Las medidas adoptadas por el Estado o los Estados ribereños se notificarán inmediatamente a las instituciones internacionales competentes y caducarán al cabo de 30 días, a menos que se haya obtenido el consentimiento de esas instituciones para su mantenimiento" (50).

(49) Artículo 43 del Anteproyecto de Malta. Op.cit. en la nota 48, p.59.

(50) Artículo 50 del Anteproyecto de Malta. Op.cit. en la nota 48, p.60.

Las aeronaves militares extranjeras que ejerzan el derecho de sobrevuelo sobre una franja del espacio oceánico nacional cuya anchura no exceda de 12 millas "se abstendrán de ensayar sus armas, de realizar maniobras de intimidación u operaciones de investigación u obtención de información, o de llevar a cabo otras actividades que el Estado ribereño considere hostiles, así como de ejercer el derecho de sobrevuelo de manera que obstaculice o ponga en peligro el tránsito de aeronaves comerciales". El Estado ribereño podrá exigir "que salga inmediatamente del espacio aéreo sometido a su jurisdicción una aeronave militar extranjera que no cumpla lo dispuesto en el párrafo precedente" (51).

La envergadura y originalidad del Anterproyecto Pardo-Maltés transcendían las preocupaciones de los Estados participantes en la Comisión y, en consecuencia, fue ignorado por la misma, quedando simplemente como testimonio de la capacidad intelectual y visión de futuro de su autor.

Mayor incidencia tendría en cambio el brevísimo proyecto presentado por Italia, que preveía una dualidad de regímenes para los estrechos: el de paso inocente para aquellos que tuvieran una anchura inferior a 6 millas, bañarán las costas pertenecientes a un mismo Estado y dispusieran en su proximidad de otras rutas de enlace entre las partes del mar que pusieran en comunicación (léase, el estrecho de Messina), y el de libre tránsito para los restantes estrechos, donde "todos los buques y aeronaves gozarán, en lo que se refiere al tránsito por o sobre los estrechos que ponen en comunicación dos partes de la alta mar o una parte de ésta con el mar territorial de un Estado extranjero, de la misma libertad de navegación o sobrevuelo que existe en la alta mar" (52).

Esta propuesta implicaba un alto grado de cinismo y oportunismo, pues había sido confeccionada a la medida del Estrecho de Messina, que quedaba protegido por el denostado régimen de paso inocente, mientras a los demás estrechos se aplicaba un régimen de libre tránsito. Ello motivó una dura

(51) Artículo 51 del Anteproyecto de Malta. Op.cit. en la nota 48, p.60.

(52) Proyecto de Italia de artículos sobre estrechos. Doc. A/AC.138/SC.II/L.30, 16 de Julio de 1973. Op.cit. en la nota 43, p.79.

crítica por parte del delegado español, que declaró lo siguiente en relación con el sobrevuelo:

"1.- En el párrafo A del proyecto se afirma que 'las aeronaves gozarán en lo que se refiere al tránsito por los estrechos, de la misma libertad de sobrevuelo que existe en la alta mar. Semejante tesis es contraria al Derecho Internacional en vigor, como lo reconoció el propio representante de Italia, quien afirmó lo siguiente en la 15ª sesión de esta Comisión (y cito):

'La libertad de navegación por los estrechos... no parece estar incluida en la esfera de competencia de la Subcomisión. En el plano jurídico, el problema de la navegación aérea no parece estar estrechamente relacionado con el de la navegación marítima. Por otra parte, la Convención de 1958 no menciona el derecho de navegación aérea. Por el contrario, la cuestión quedó resuelta en la Convención de Chicago de 1944, que recogió los principios de la de 1919. Por otra parte, sería difícil aplicar el mismo régimen a la navegación marítima en los estrechos y a la navegación aérea sobre los mismos. A juicio de la delegación de Italia, la cuestión del vuelo sobre los estrechos no debe ser tomada en consideración dentro del marco del nuevo esfuerzo de codificación del Derecho del Mar'.

Mi delegación no cree necesario añadir nada a estos argumentos jurídicamente bien fundados.

2.- En el párrafo B del proyecto italiano se indica que 'el sobrevuelo se regirá por las disposiciones relativas al paso inocente'. Señor Presidente, es bien sabido que el régimen del 'paso inocente' nunca tuvo aplicación respecto de las aeronaves. Como se afirmó en uno de los documentos preparatorios de la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 'las aeronaves no gozan en el espacio aéreo sobre el mar territorial del derecho de

(53) Declaración del Embajador Antonio Poch, 19 de Julio de 1973. Doc.A/AC. 138/SC.II/ SR.67. En YTURRIAGA.- Op.cit. en la nota 33,

paso inocente de que gozan los buques en ese mismo mar territorial'..." (53).

II.- III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

1.- *Debate general y propuestas*

En el debate general desarrollado en el segundo periodo de sesiones de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar -celebrada en Caracas en el verano de 1974-, se volvieron a exponer las posiciones básicas de los distintos Estados en materia de estrechos. Así, Estados Unidos se mostró dispuesto a aceptar un acuerdo general sobre un mar territorial de 12 millas y una zona económica de 200 "siempre que esto forme parte de una amplia solución de conjunto aceptable..., que prevea el libre tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional". El Embajador Stevenson reiteró las archiconocidas tesis norteamericanas de que la ampliación hasta 12 millas del límite exterior del mar territorial debería ir acompañada por "disposiciones de un tratado que prevea el derecho no discriminatorio de libre tránsito de la navegación aérea, de superficie y submarina por estrechos utilizados internacionalmente" (54). La posición estadounidense quedó inequívocamente reflejada en los siguientes términos:

"La delegación de Estados Unidos ha declarado en numerosas ocasiones la importancia fundamental que concede a un régimen convencional satisfactorio de tránsito ininterrumpido a través de los estrechos utilizados para la navegación internacional y sobre los mismos. Por supuesto que, tanto para los Estados ribereños como para los Estados cuyos buques y aeronaves transitan por tales estrechos, la Conferencia sobre el Derecho del Mar no

podrá tener éxito si no se resuelve satisfactoriamente esta cuestión".

El Profesor Moore añadió que la Conferencia no podía ignorar las cuestiones relacionadas con el sobrevuelo, "a menos que algunos Estados estén dispuestos a renunciar a su soberanía sobre el espacio aéreo situado sobre su mar territorial". En efecto, señaló el Profesor norteamericano:

"en la actualidad todas las aeronaves, tanto las privadas como las estatales, gozan del derecho de sobrevolar zonas de alta mar, inclusive las zonas de alta mar situadas dentro de los estrechos utilizados para la navegación internacional. A menos que se estableciera una norma adecuada respecto al sobrevuelo de los estrechos, la extensión del mar territorial a 12 millas alteraría este derecho básico de sobrevuelo a través de varios estrechos utilizados para la navegación internacional, a los que se superpondría un mar territorial de 12 millas. Para la protección de este derecho, el Convenio de Chicago no es suficiente por tres razones: en primer lugar, no todos los Estados son partes en dicho Convenio; en segundo lugar, en lo que respecta al sobrevuelo de aguas territoriales por aeronaves privadas, el Convenio autoriza a que, en ciertas circunstancias, los Estados restrinjan o suspendan el sobrevuelo; y, en tercer lugar, las disposiciones del Convenio no se aplican a los sobrevuelos por aeronaves estatales" (55).

Estados Unidos mantuvo al principio la propuesta presentada en 1971, pero más tarde expresó su apoyo al proyecto presentado por Gran Bretaña. La Unión Soviética, a su vez, co-patrocinó con otros 5 países socialistas un proyecto de artículos similar al presentado en 1972. Las principales innovaciones consistieron en reconocer la aplicación del "principio de paso inocente" en los "estrechos que comunican el mar abierto con el mar territorial de uno o varios Estados extranjeros y que se utilizan para la navegación internacional".

pp.438-439.

(54) Declaración del Embajador Joh.R.Stevenson, 11 de Julio de 1974. En *Documentos de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (DOTCNUDM). Nueva York, 1975. Vol.I, p.179.

(55) Declaración del Profesor John. N. Moore, 22 de Julio de 1974. En *DOTCNUDM*. Nueva York, 1975. vol. II, pp.141-142.

Asimismo, en relación con el sobrevuelo, el proyecto socialista añadió una referencia a cualquier amenaza de las aeronaves en tránsito a la "inviolabilidad territorial o independencia política" del Estado ribereño, e incluyó la posibilidad de pago de indemnización por "el propietario del avión o el causante del daño", quedando la responsabilidad del Estado de matrícula de la aeronave con carácter subsidiario en casos de insolvencia de los responsables (56).

La propuesta que tendría mayor trascendencia fue la presentada por Gran Bretaña, quien auto-asumió una supuesta función mediadora pues, si bien tenía compromisos en materia de defensa que no era posible desconocer y que exigían que sus buques y aeronaves pudieran "circular en forma libre, segura y expeditiva a lo largo de los estrechos y archipiélagos o por encima de ellos", era al mismo tiempo ribereña de una de las rutas navegables más importantes del mundo, el Estrecho de Dover, compartía los problemas de los Estados interesados en los estrechos y se preocupaba por conseguir que se respetaran sus derechos de Estado ribereño. Por todo ello, expresó su intención de colaborar "en la formulación de un nuevo régimen capaz de preservar la libertad de navegación y de sobrevuelo, y de proteger a los navíos en tránsito contra las interferencias arbitrarias de los Estados costeros" (57).

Como el criterio de "libre tránsito" había sido duramente criticado, la Gran Bretaña presentó una hábil propuesta que hacía hincapié en el derecho de "paso en tránsito", definido como "el ejercicio de la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito continuo y rápido por el estrecho". Dicho régimen se aplicaría en los estrechos utilizados para la navegación internacional que comunicasen

(56) Artículo 2 y apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 3 del proyecto sobre "Estrechos utilizados en la navegación internacional", copatrocinado por Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, R.D.A., Ucrania y URSS. Doc.A/CONF.62/C.2/L.11, 17 de Julio de 1974. En *DOTCNUDM*. Nueva York, 1975. Vo.III, PP.216-217.

(57) Declaración del Embajador Ennals, 4 de Julio de 1974. Op.cit. en la nota 54, p.125.

dos partes de la alta mar, siempre que no existiera una ruta igualmente adecuada de alta mar dentro del estrecho o, en el caso en el que el estrecho estuviera formado por una isla, "por el lado del mar de la isla", mientras en los demás estrechos se mantendría el régimen de paso inocente (58).

El proyecto británico estableció las obligaciones de las aeronaves en tránsito (pasar sin demora, abstenerse de cualquier amenaza o uso de la fuerza, observar las reglas de la OACI y sintonizar con la frecuencia de radio que les haya sido asignada o la onda de socorro), pero no reconocía competencia normativa alguna al Estado ribereño en materia aérea, ni preveía la posibilidad de designar corredores aéreos o dispositivos de separación de tráfico aéreo (59).

España se siguió oponiendo a las propuestas de libre tránsito, a las que calificó de "instrumentos para el máximo despliegue del poder naval y aéreo por las zonas bajo soberanía marítima de otros Estados", señalando el Embajador Abarca que "hoy sería contrario al sentido de la Historia y al desarrollo objetivo de la Comunidad Internacional que la seguridad nacional de los Estados ribereños fuese sacrificada en aras del inestable equilibrio de poder entre los más fuertes" (60). España presidió y coordinó los trabajos del Grupo de Estados ribereños de estrechos, que elaboró una versión revisada del texto de 1973 en la que, si bien se hacían algunas concesiones menores en materia de navegación marítima, se mantenía el silencio sobre el sobrevuelo en los estrechos. El nuevo texto fue presentado, por razones tácticas, por Omán, aunque ulteriormente fue copatrocinado por Malasia, Marruecos y Yemen (61). Fiji presentó asimismo una versión

(58) Artículos 1 y 8 del Capítulo III del proyecto de Gran Bretaña sobre "El mar territorial y los estrechos". Doc.A/C.2/L.3, 3 de Julio de 1974. Op.cit. en la nota 56, pp.212-213.

(59) Artículos 2 a 4 del Capítulo III del Proyecto de Gran Bretaña. Op.cit. en la nota 58, pp.212-213.

(60) Declaración del Embajador José M. de Abarca, 12 de Julio de 1974. Op.cit. en la nota 54, p.193.

(61) Proyecto sobre "Navegación por el mar territorial, incluidos los estrechos utilizados para la navegación internacional", copatrocinado por Malasia, Marruecos, Omán y Yemen. Doc.A/CONF. 62/C.2/L.16, 22 de

revisada de su propuesta de 1973, en la que tampoco se contenía disposición alguna sobre navegación aérea (62). Por último, Argelia presentó una propuesta relativa a la navegación por estrechos que comunican dos partes de la alta mar y sirven de único acceso a un mar semicerrado (léase Gibraltar). En tales estrechos, los buques mercantes y los de Estados explotados con fines comerciales gozaban del derecho de libre tránsito, mientras que los buques de guerra y los de Estado dedicados a fines no comerciales disfrutaban del derecho de paso inocente (63). El proyecto argelino no incluía ninguna disposición relativa al sobrevuelo de aeronaves por los estrechos en cuestión.

Las diversas propuestas presentadas fueron recopiladas y sistematizadas en un documento sobre formulación de las principales tendencias, elaborado de forma poco objetiva. Así, en el apartado relativo al "paso inocente" figuraban 5 variantes en las que se defendía el libre tránsito y sólo residualmente se mantenía el régimen de paso inocente para ciertos estrechos marginales. La posición de los defensores del paso inocente como régimen general sólo aparecía en una nota a pie de página, en la que asimismo se indicaba que "para algunas delegaciones, la cuestión del vuelo de aviones militares en tránsito sobre los estrechos no debe incluirse en este documento, ni en una Convención sobre el Derecho del Mar" (64).

Julio de 1974. Op.cit. en la nota 56, pp.219-223.

(62) Proyecto de Fiji sobre "El paso por el mar territorial". Doc.A./CONF.62/C.2/L.19, 23 de Julio de 1974. Op.cit. en la nota 56.

(63) Proyecto de Argelia sobre "Los estrechos utilizados para la navegación internacional: caso de los mares semicerrados". Doc. A/CONF.62/C.2/L.20, 23 de Julio de 1974. Op.cit. en la nota 56, p.227.

(64) Parte III del documento de trabajo sobre "Principales tendencias". Doc. A/CONF.62/C.2/WP.1, incluido en el doc.A/CONF.62/L.8/rev.1, 17 de Octubre de 1974. Op.cit. en la nota 56, p.133.

2.- *Texto Unico Oficioso para Fines de Negociación*

Durante la III sesión de la Conferencia, celebrada en Ginebra en la primavera de 1975, la Comisión II creó un grupo especial sobre estrechos, donde -en un diálogo de sordos- se volvieron a enfrentar la tesis de los partidarios del paso inocente y del libre tránsito. Mas, una vez que la Conferencia encomendara a los Presidentes de las Comisiones principales la elaboración de textos oficiosos para fines de negociación sobre los temas de sus respectivas competencias (65), la discusión se trasladó a los dos grupos de intereses en la materia, que actuaron en paralelo sin negociar entre sí: de un lado, el Grupo de Estados ribereños de estrechos y, de otro, un grupo informal sobre estrechos co-presidido por Gran Bretaña y Fiji, e integrado por Argentina, Australia, Bahrain, Bulgaria, Dinamarca, Emiratos Arabes Unidos, India, Irak, Islandia, Italia, Kenya, Liberia, Singapur y Venezuela. Con la excepción de Fiji -que había sido ganado a la "buena causa" por Gran Bretaña-, todos los participantes de este segundo grupo habían presentado propuestas en pro del libre tránsito o las habían apoyado. El Grupo elaboró un supuesto "texto de consenso", que fue entregado al Presidente de la Comisión II Embajador Galindo Pohl. El texto reproducía lo esencial de la propuesta británica, que fue completada en algunos puntos. Así, se añadió una cláusula que preveía que "toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención", y se incluyeron dos nuevas obligaciones para los buques y aeronaves en tránsito (abstenerse de toda actividad que no estuviera relacionada con las modalidades normales del tránsito, y cumplir con las disposiciones pertinentes de la Convención) (66).

(65) Propuesta del Presidente Amerasinghe adoptada por la Conferencia el 11 de Abril de 1975. En DOTCNUDM. Nueva York, 1975. Vol.IV, pp.11 y 27.

(66) Artículos 1-5 y apartados b) y d) del párrafo 1 del artículo 2 del Texto de un Grupo Privado sobre Estrechos relativo al "Paso por estrechos utilizados para la navegación internacional", 18 de Abril de 1975. En

El Grupo de Estados ribereños de estrechos, a su vez, elaboró un texto sobre "Paso inocente a través de los estrechos utilizados para la navegación internacional". Aunque el Grupo presentó por primera vez una propuesta "ad hoc" sobre estrechos, al margen de los artículos relativos al mar territorial, dicho texto se limitaba a regular el paso de buques por los estrechos y omitía cualquier referencia al sobrevuelo de aeronaves (67). El texto fue asimismo entregado al Embajador Galindo Pohl, quien presentó el último día de la sesión un Texto Unico Oficioso para Fines de Negociación, cuya parte II ("Estrechos Utilizados para la Navegación Internacional") reproducía lo esencial de la propuesta británica completada por el texto del Grupo Privado sobre Estrechos.

De conformidad con el TUOFN, en los estrechos que se utilizaban para la navegación internacional entre dos partes de la alta mar o de zonas económicas exclusivas, todos los buques y aeronaves gozaban del derecho del paso en tránsito, salvo que el estrecho estuviese formado por una isla y, del otro lado de ésta, existiera una ruta igualmente conveniente de alta mar o que pasara por una zona económica exclusiva; en los demás estrechos no regulados por un convenio específico se aplicaba el régimen de paso inocente. Por "paso en tránsito" se entendía "el ejercicio... de la libertad de navegación y sobrevuelo exclusivamente para los fines del tránsito expedito e ininterrumpido por el estrecho", de conformidad con la disposiciones contenidas en la Parte II de la Convención (68). Al ejercer el derecho de paso en tránsito, las aeronaves deberían avanzar sin demora por el estrecho, abstenerse de toda amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política del Estado sobrevolado, abste-

R.PLATZÖDER.- *"Third United Nations Conference on the Law of the Sea Documents"*. Nueva York, 1983. Vol.IV, pp.194-195.

(67) Texto de un Grupo Privado sobre Estrechos relativo al "Paso inocente a través de los estrechos utilizados para la navegación internacional", 1 de Mayo de 1975. En PLATZÖDER. -Op. cit. en la nota 66, p.187.

(68) Artículos 37, 38 y 44 del Texto Unico Oficioso para Fines de Negociación/Parte II (TUOFN). Doc.A/CONF.62/WP.8/Part. II, 7 de Mayo de 1975. En DOTCNUDM. Nueva York, 1975. Vol.IV, pp.165-167.

nerse de toda actividad que no estuviese relacionada con sus modalidades normales de tránsito (salvo en casos de fuerza mayor o dificultad grave), cumplir las disposiciones pertinentes de la Convención, controlar la frecuencia de onda de radio asignada o la de socorro internacional, y observar las normas de tránsito aéreo establecidas por las OACI y aplicables a las aeronaves civiles (las aeronaves de Estado sólo cumplirían "normalmente" tales medidas de seguridad) (69).

Tras la publicación del TUOFN cundió el desánimo entre los componentes del Grupo de Estados ribereños de estrechos. La propia delegación española -que había sido su principal inspirador- no fue ajena a este sentimiento generalizado, a lo que se unió la decisión del Ministerio de Marina de cambiar un tanto de rumbo y adoptar una posición más flexible en relación con la navegación marítima. España siguió manteniendo, no obstante, su postura de frontal oposición a cualquier concesión en materia de sobrevuelo. El Grupo dejó de actuar como tal y sus componentes recuperaron su libertad de acción y actuaron a partir del IV periodo de sesiones a título individual.

Aunque en la nota introductoria del TUOFN el Presidente de la Conferencia Amerasinghe había afirmado que el texto "sería de carácter oficioso, no prejuzgaría la posición de ninguna delegación, ni constituiría un texto negociado o una transacción aceptada", que sólo serviría de "recurso para fines de procedimiento" y no constituiría más que "una base para las negociaciones", y que no afectaría "en modo alguno" la posición de las delegaciones, ni las propuestas presentadas, "ni su derecho a presentar enmiendas o propuestas nuevas" (70) el TUOFN se convirtió en la única base de negociación.

(69) Párrafos 1 y 3 del artículo 39 del TUOFN/Parte II. Op.cit. en la nota 68, p. 166.

(70) Nota del Presidente de la Conferencia. Doc.A/CONF.62/WP.8, 7 de Mayo de 1975. Op.cit. en la nota 68, p.145.

3.- *Texto Unico Revisado para Fines de Negociación*

La situación procesal era un tanto curiosa ya que, al tratarse de un texto "oficioso" sin carácter oficial, no se le podían presentar enmiendas formales y, por otra parte, de poco servía presentar propuestas alternativas dado que el TUOFN había sido reconocido "velis nolis" como la única base para ulteriores negociaciones. Así que no hubo otra solución que presentar enmiendas "oficiosas" al citado TUOFN, lo que hicieron tanto Grecia como España.

Grecia presentó las siguientes enmiendas al artículo 39: Añadir al final del párrafo 1-b) la siguiente frase:

"A este respecto, y especialmente en lo que se refiere a las aeronaves, la anchura del estrecho deberá ser por lo menos igual a la anchura de una aerovía internacional".

En cuanto al párrafo 3-a) se le daba una nueva redacción, añadiendo simplemente las palabras "también" y "normas". El apartado quedaba redactado como sigue:

"Observar las normas del tránsito aéreo establecidas por la Organización de la Aviación Civil Internacional aplicables a las aeronaves civiles; las aeronaves de Estado *también* cumplirán normalmente tales *normas* y medidas de seguridad y en todo momento operarán teniendo debidamente en cuenta la seguridad de la navegación".

Al artículo 40, relativo a las vías marítimas y dispositivos de separación de tráfico, Grecia sugirió añadir un párrafo final en estos términos:

"Los Estados ribereños de los estrechos sobre los que ejerzan soberanía designarán rutas aéreas predeterminadas y prescribirán los procedimientos de tráfico para la navegación aérea en los estrechos, a fin de promover el paso seguro, económico y eficiente de las aeronaves en tránsito".

Finalmente, Grecia propuso la siguiente redacción para el párrafo 1-a) del artículo 41, relativo a las facultades normativas del Estado ribereño:

"La seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo, así como la seguridad del tráfico aéreo y las normas, reglamentos y procedimientos de la OACI, de conformidad con las disposiciones del artículo 40" (71).

De esta manera Grecia, si bien admitía el principio del derecho a sobrevuelo de las aeronaves por los estrechos utilizados para la navegación internacional, pretendía conceder ciertas competencias normativas al Estado ribereño en materia de seguridad del tráfico aéreo y de establecimiento de aerovías y dispositivos de separación de tráfico, e imponía a las aeronaves la obligación de respetar las citadas normas y dispositivos. España, en cambio, que seguía sin aceptar el derecho de sobrevuelo por los estrechos, propuso pura y simplemente la supresión, donde quiera aparecieran, de las palabras "aeronaves" o "sobrevuelo" (72).

El Presidente de la Comisión II Embajador Aguilar (que había substituido a Galindo Pohl) siguió en la valoración de las enmiendas la peculiar "regla del silencio", conforme a la cual la falta de reacción ante cualquier enmienda sería interpretada como un rechazo de la misma y un apoyo al texto del TUOFN. Dicha regla permitió hacer una clasificación de las propuestas sometidas a la Comisión en tres categorías: a) "enmiendas que merecieron un apoyo mínimo", por lo que los artículos afectados se mantuvieron tal como estaban en el TUOFN; b) "artículos respecto de los cuales hubo una clara tendencia favorable a la inclusión de una enmienda determinada"; y c) artículos que tratan de cuestiones "que más precisan ser objeto de negociación" (73). Aguilar debió interpretar que el capítulo de estrechos entraba dentro de la primera

(71) Enmiendas de Grecia a los artículos 39, 40 y 41 del TUOFN/Parte II (1976). En PLATZÖDER.- Op.cit. en la nota 66, p.282.

(72) Enmiendas de España a los artículos 38, 39, 41 y 43 del TUOFN/Parte II, 30 de Marzo de 1976. En PLATZÖDER.- Op.cit. en la nota 66, pp.275-280.

(73) Párrafos 6 a 9 de la nota introductoria del Presidente de la Comisión II al Texto Unico Revisado para Fines de Negociación (TURFN)/Parte II. Doc.A/CONF.62/ WP.8/rev.1/Part. II, 6 de Mayo de 1976. En DOTCNUDM. Nueva York, 1976. Vol.V, p.165.

categoría pues en el Texto Único Revisado para Fines de Negociación -presentado al término del IV periodo de sesiones, celebrado en Nueva York en la primavera de 1976- no se introdujo ninguna modificación substantiva con respecto al TOUFN.

Sin embargo, al comienzo del V periodo de sesiones -celebrado asimismo en Nueva York durante el verano de 1976- el Presidente de la Conferencia Amerasinghe presentó un documento en el que enumeraba los temas básicos pendientes de solución y sobre los que las diversas Comisiones deberían centrar su atención. En la citada lista figuraba el tema de los estrechos utilizados para la navegación internacional (74)

4.- *Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación*

Durante la V sesión la Comisión II constituyó un Grupo de Negociación sobre Estrechos, que apenas si se reunió ante el desinterés de la mayoría de las delegaciones, que consideraba que el tema había quedado debidamente "consensuado" y formaba ya parte del paquete negociado.

En el VI periodo de sesiones -celebrado en Nueva York en Mayo-Julio de 1977- España volvió a presentar una serie de enmiendas al TURFN en las que se proponía la supresión de cualquier referencia a la navegación aérea sobre los estrechos (75). Marruecos presentó las siguientes enmiendas en relación con el sobrevuelo de aeronaves por los estrechos:

"Las aeronaves en tránsito

a) deberán abstenerse de las actividades siguientes en la zona del estrechos:

i) cualquier ejercicio o tiro;

(74) Párrafo 11 de la nota del Presidente de la Conferencia. Doc.A/CONF.62/L.12/rev.1, 2 de Agosto de 1976. En DOTCNUDM. Nueva York, 1977. Vol.VI, p.144.

(75) Enmiendas de España a los artículos 37, 38, 40 y 42 del TURFN/Parte II, 23 de Marzo de 1977. En PLATZÖDER.- Op.cit. en la nota 66, pp.393-395.

- ii) utilización de cualquier tipo de arma;
- iii) toma de fotografías;
- iv) sobrevuelo de buques a baja altura;
- v) vuelos en picado;
- vi) repostamiento de combustible en vuelo;
- vii) cualquier otro acto que suponga una injerencia en el sistema de telecomunicaciones o las demás instalaciones del Estado ribereño del estrecho.

b) Observarán los reglamentos aéreos establecidos por la Organización de la Aviación Civil Internacional aplicables a las aeronaves civiles.

c) Adoptarán las medidas necesarias para no violar los límites de los corredores aéreos y la altura de vuelo por encima del estrecho fijados por el Estado ribereño y para evitar el sobrevuelo del territorio emergido del Estado ribereño, siempre que el corredor establecido por el Estado ribereño no prevea tal sobrevuelo.

d) Mantendrán en todo momento el contacto por radio con la torre de control de tráfico aéreo del Estado ribereño del estrecho y seguirán sus instrucciones, en función de las necesidades de la seguridad aérea, en el ejercicio del derecho de paso en tránsito.

e) Controlarán en todo momento la frecuencia de onda de radio asignada por la autoridad internacionalmente competente encargada de la navegación aérea, o la frecuencia de la onda de socorro internacional". (76)

Asimismo propuso la adición de un nuevo artículo en los siguientes términos:

"Artículo A: Cualquier pérdida o daño causado al Estado ribereño, a sus nacionales y a las personas físicas y morales que residan en su territorio con motivo del ejer-

(76) Enmienda de Marruecos del artículo 38-3 del TURFN/Parte II (1977). En PLATZÖDER. Op.cit. en la nota 66, pp.399-400.

cicio del paso en tránsito, dará lugar a plena y completa indemnización.

Artículo B: Los Estados adoptarán las medidas legislativas y reglamentarias necesarias para que todos los buques que enarbolan su pabellón y todas las aeronaves de su registro estén provistos, mientras ejerzan el derecho de paso en tránsito, de un seguro adecuado para satisfacer eventualmente cualquier reclamación de indemnización por pérdida o daño, tal como ha sido mencionado en el Artículo A.

.....

Artículo D: Si la pérdida o daño causando al Estado ribereño del estrecho, a sus nacionales y a las personas físicas y morales que residan en su territorio, como consecuencia del paso en tránsito de aeronaves por encima del estrecho, no diera lugar a una indemnización integral por parte del propietario de la aeronave o de cualquier otra persona que sea responsable, el Estado de registro de la aeronave será subsidiariamente responsable por el monto de la indemnización" (77).

A instancias de la delegación española, el Presidente de la Comisión II celebró una reunión oficiosa, a la que fueron invitados los Estados ribereños de estrechos, las grandes potencias y algunos usuarios. Los representantes de España, Marruecos y Grecia presentaron brevemente sus enmiendas, y Yugoslavia propuso la adición de una frase al artículo 36 del TURFN estableciendo que, en tales rutas, se mantendría sin obstáculos la libertad de navegación y de sobrevuelo. Por parte de los partidarios del "status quo" tan sólo intervinieron los delegados de Gran Bretaña y Ucrania para oponerse sin mayores argumentos a las diversas enmiendas, alegando simplemente que dichas enmiendas alterarían el delicado equilibrio logrado en el TURFN tras largas negociaciones (78).

(77) Propuesta de inclusión de un nuevo artículo 42 bis en el TURFN/Parte II. Op.cit. en la nota 76, p.401.

(78) Reunión informal de la Comisión II, de 6 de Julio de 1977.

El Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación, adoptado por el Colegio de la Conferencia al término de la sesión, no introdujo modificación alguna a los artículos del TURFN relativos al sobrevuelo.

Durante la primera parte del séptimo periodo de sesiones -celebrada en Ginebra en la primera de 1978- España distribuyó entre las delegaciones participantes un "Memorandum sobre la cuestión del sobrevuelo en los estrechos utilizados para la navegación internacional", en el que -aún manteniendo su radical oposición a la inclusión en la Convención de disposiciones sobre navegación aérea- criticó, desde un punto de vista jurídico, las disposiciones del TIOFN en materia de sobrevuelo (79). Asimismo presentó una nueva serie de enmiendas al TIOFN en las que, si bien hacía algunas concesiones en materia de navegación marítima, siguió proponiendo la supresión de cualquier referencia en el texto al sobrevuelo en los estrechos (80). Grecia reiteró las enmiendas presentadas en 1976 (81) y Marruecos reintrodujo, con ligeras variantes (como la supresión del Artículo A en la cláusula adicional relativa a "obligaciones de los Estados usuarios de estrechos") las enmiendas presentadas en 1977 (82). Lo mismo hizo Yugoslavia (83), quien asimismo propuso la adición de un nuevo artículo en los siguientes términos:

(79) Memorandum español sobre "La cuestión del sobrevuelo en los estrechos utilizados para la navegación internacional", 17 de Abril de 1978.

(80) Enmiendas de España a los artículos 38, 39, 42 y 44 del Texto Integrado Oficioso para Fines de Negociación (TIOFN). Doc.C./Informal Meeting/4, 26 de Abril de 1978. En R.PLATZÖDER.- "Third United Nations Conference on the Law of the Sea Documents". Nueva York, 1983. Vol.V, pp.6-9.

(81) Enmiendas de Grecia a los artículos 39, 41 y 42 del TIOFN. Doc.C.2/INFORMAL Meeting/17, 28 de Abril de 1978. En PLATZÖDER.- Op.cit. en nota 80, pp.23-24.

(82) Enmienda de Marruecos al artículo 39-3 del TIOFN y propuesta de adición de 3 artículos tras el artículo 34. Doc.C.2/Informal Meeting/22, 28 de Abril de 1978. En PLATZÖDER.- OP.cit. en la nota 80, pp.31-32.

(83) Enmienda de Yugoslavia del artículo 36 del TIOFN. Doc.C.2/Informal Meeting/2, 26 de Abril de 1978. En PLATZÖDER.-Op.cit. en la nota 80, p.4.

"1.- En las salidas utilizadas para la navegación internacional que ponen en comunicación mares cerrados o semi-cerrados con otros mares, no se estorbará en ningún momento el ejercicio de las libertades de navegación y sobrevuelo fuera de los límites del mar territorial.

2.- El párrafo 1 se entiende sin perjuicio de las disposiciones que, acerca de los estrechos utilizados para la navegación internacional, figuran en la Parte III" (84).

Ninguna de las enmiendas presentadas se vió reflejada en las diversas revisiones que del TIOFN hizo la Conferencia. Tan sólo cabe reseñar la introducción en la tercera revisión del TIOFN de una cláusula general sobre responsabilidad, sobre la base de una propuesta de España y Marruecos, en los siguientes términos:

"Las disposiciones de esta Convención relativas a la responsabilidad por daños se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes y de la elaboración de nuevas normas relativas a la responsabilidad en derecho internacional" (85).

5.- *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

Al término de la IX sesión -celebrada en Ginebra en el verano de 1980- se produjo un debate general sobre el TIOF revisado en el que la delegación española manifestó que, si bien se había mostrado con espíritu de compromiso dispuesta a aceptar que la navegación marítima quedara sometida al nuevo régimen de paso en tránsito, seguía oponiéndose al sobrevuelo. El Embajador Ibáñez declaró lo siguiente:

(84) Propuesta de Yugoslavia de añadir un nuevo artículo 123bis al TIOFN. Doc.C.2/Informal Meeting/3, 26 de Abril de 1978. En PLATZÖDER.-Op.cit. en la nota 80, p.6.

(85) Artículo 304 del TIOFN/rev.3. Doc.A/CONF.62/WP.10/rev.3, 22 de Septiembre de 1980, p.140.

"En el actual Texto Integrado no se especifican las actividades prohibidas a las aeronaves; no se mencionan expresamente las leyes y reglamentos que, en relación con el sobrevuelo, podrán dictar los Estados ribereños, ni se alude a los corredores aéreos que, a semejanza de las rutas marítimas contempladas en el propio régimen de paso en tránsito, será necesario establecer.

Pero, lo que más preocupa a mi delegación es que, según el apartado a) del párrafo 3 del artículo 39, las aeronaves de Estado queden prácticamente al margen de toda reglamentación, ya que sólo 'normalmente' habrán de cumplir las normas y medidas de seguridad establecidas por la OACI. La consecuencia inevitable es que esas aeronaves, en circunstancias estimadas 'anormales', representarán una amenaza cierta para la navegación aérea, para las poblaciones ribereñas de los estrechos y para la seguridad misma de los Estados sobrevolados" (86).

En el curso de la primera parte de la XI sesión -que tuvo lugar en Nueva York en la primera de 1981- resultó evidente que no sería posible adoptar el texto del Proyecto de Convención por consenso y las delegaciones que discrepaban con distintos aspectos del mismo presentaron las correspondientes enmiendas formales. Así, España propuso la supresión de la palabra "normalmente" en el párrafo 3-a) del artículo 39 del Proyecto (87). Grecia, a su vez, presentó las siguientes enmiendas:

"Artículo 39, párrafo 1, apartado a).- Agréguese al final la oración siguiente:

A este respecto, y especialmente en lo que se refiere a las

(86) Declaración del Embajador Eduardo Ibáñez, 26 de Agosto de 1980. Doc.A/CONF. 62/WS/12, 3 de Octubre de 1980. En DOTCNUDM. Nueva York, 1982. Vol.XIV, p.172.

(87) Enmienda de España al párrafo 3-a) del artículo 39 del Proyecto de Convención. Doc.A/CONF.62/L.109, 13 de Abril de 1982. En *Third United Nations Conference on the Law of the Sea Official Records*. Nueva York, 1984. Vol.XV, p.223.

aeronaves, la anchura del estrecho deberá ser por lo menos igual a la anchura de una aerovía internacional.

Artículo 41.- Agréguese el nuevo párrafo 8 siguiente:
'Los Estados ribereños de los estrechos sobre los que ejerzan soberanía designarán rutas aéreas predeterminadas y prescribirán los procedimientos de tráfico para la navegación aérea en los estrechos, a fin de promover el paso seguro y eficiente de las aeronaves en tránsito.

Artículo 42, párrafo 1, apartado a).- Modifíquese el texto para que diga lo siguiente:

'La seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo, así como la seguridad del tráfico aéreo y las normas, reglamentos y procedimientos de la OACI, con las disposiciones del artículo 41'(88).

El Presidente de la Conferencia Embajador Koh presionó a las delegaciones enmendantes para que retiraran sus enmiendas. Grecia cedió a las presiones presidenciales, mientras que España sólo lo hizo a medias, pues si bien retiró algunas de sus enmiendas, mantuvo la relativa al artículo 39. El Embajador Lacleta afirmó que "la delegación de España estima que el párrafo 3 del artículo 39 del Proyecto de Convención, que, en su redacción actual, pretende substituir el régimen establecido en el artículo 3 del Convenio de Chicago de 1944 por un régimen de libertad absoluta e incontrolada para las aeronaves militares, que no exigiría siquiera su identificación, representa un grave peligro para la seguridad de los Estados ribereños de estrechos y para la aviación civil internacional. Conjurar, al menos parcialmente, ese peligro es la finalidad de la enmienda presentada. Su aprobación significaría un gran paso hacia un acuerdo aceptable"(89). Unos días más tarde añadiría que dicha enmienda constituía "un último esfuerzo de transacción ofrecido por el Gobierno

(88) Enmiendas de Grecia a los artículos 39-1-a), 41 y 42-1-a) del Proyecto de Convención. Doc.A/CONF.62/L.123, 13 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 87, p.232.

(89) Declaración del Embajador José M.Lacleta, 15 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 87, p.93.

español, cuya aceptación le permitiría su participación en un consenso final" (90).

La enmienda española encontró la oposición de los Estados socialistas y de los miembros de la OTAN, especialmente de Estados Unidos. Así, el representante norteamericano comunicó al Presidente Koh que su país se oponía a la enmienda relativa al artículo 39 y a cualesquiera otras que introdujeran reservas al sobrevuelo ya que "pondrían en peligro los propios fundamentos de la negociación, así como el carácter de las disposiciones resultantes, dentro y fuera del contexto de la Conferencia" (91). E incluso momentos antes de iniciarse la votación sobre la enmienda, el Embajador Malone solicitó la palabra para, de forma poco ortodoxa, afirmar categóricamente que su delegación se oponía a la enmienda por comprometer el equilibrio logrado tras largas negociaciones y afectar al conjunto de la Convención y que, en caso de ser aprobada, "la delegación de Estados Unidos no podría pronunciarse favorablemente con respecto al texto en su conjunto" (92). Se trataba de una fidedigna muestra de cinismo e intimidación puesto que era el "secreto del Polichinela" que los Estados Unidos iban a votar en contra del texto de la Convención en cualquier caso.

La enmienda española fue rechazada por 55 votos en contra, 21 a favor y 60 abstenciones (93). Cuando el conjunto de la Convención fue sometido a votación, Estados Unidos votó en contra y España se abstuvo, por considerar que su posición en una cuestión de gran importancia que le afectaba muy directamente (la Parte III de la Convención y, en especial, los artículos 38, 39, 41 y 42) no había sido adecuadamente recogida en el texto. Según declaró el Embajador Lacleta, el

(90) Carta del representante de España al Presidente de la Conferencia, 26 de Abril de 1982. Doc.A/CONF.62/L.136, 26 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 87, p.244.

(91) Carta del representante de Estados Unidos al Presidente de la Conferencia, 19 de Abril de 1982. Doc.A/CONF.62/L.130. Op.cit. en la nota 87, p.235.

(92) Declaración del Embajador James L.Malone, 26 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 87, p.132.

(93) Decisión de 26 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 87, p.132.

Gobierno español consideraba que, al menos en relación con las cuestiones mencionadas, "los textos aprobados por la Conferencia no constituyen una codificación o expresión del derecho consuetudinario" (94).

Pese a las serias reservas expresadas sobre las disposiciones de la Convención relativas a los estrechos, España firmó la Convención en 1984, unos días antes de que concluyera el plazo previsto para la firma, haciendo las siguientes declaraciones en relación con la navegación aérea:

"2.- El Gobierno español interpreta que el régimen establecido en la Parte III de la Convención es compatible con el derecho del Estado ribereño a dictar y aplicar en el espacio aéreo de los estrechos utilizados para la navegación internacional sus propias reglamentaciones aéreas, siempre que ello no obstaculice el paso en tránsito de las aeronaves.

3.- En relación con el artículo 39, párrafo 3º, entiende que la palabra 'normalmente' significa 'salvo fuerza mayor o dificultad grave'"(95).

III.-Regulación de la navegación aérea en la Convención de Montego-Bay

En los estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte del alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva, todas las aeronaves "gozarán del derecho de paso en tránsito", el cual se define como la libertad de sobrevuelo "exclusivamente para los fines de tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho" (96). La Convención establece los

(94) Declaración del Embajador José M. Lacleta, 30 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 87, p.160.

(95) Párrafos 2 y 3 de la Declaración española, 4 de Diciembre de 1984. En United Nations.- "Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General". Nueva York, 1989, p.765.

(96) Artículo 37 y párrafos 1 y 2 del artículo 38 de la Convención de las

derechos y deberes en materia de navegación aérea tanto de los Estados ribereños de estrechos, como de las aeronaves en tránsito. Mas, mientras los deberes del Estado ribereño están clara y específicamente enunciados en la Parte III de la Convención, sus derechos son prácticamente silenciados e ignorados.

1.- Derechos del Estado ribereño

La intención de los redactores de la Convención de reducir al mínimo las competencias del Estado ribereño quedó inequívocamente manifestada en el enunciado del artículo 34, conforme al cual "la soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños del estrecho se ejercerán con arreglo a esta Parte (es decir, la Parte III) y a otras normas del derecho internacional" (97). Como con ello se excluía la aplicación de otras disposiciones de la Convención, como la Parte II relativa al Mar Territorial, España, Malasia y Marruecos trataron de ampliar el alcance de esta norma refiriéndose a las "disposiciones aplicables" de la Convención (98).. pero sus enmiendas no fueron aceptadas por la Conferencia.

De conformidad con el artículo 42, el Estado ribereño podrá dictar leyes y reglamentos relativos al paso en tránsito por los estrechos respecto a "la seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo" (pero no aéreo), "la prevención, reducción y control de la contaminación" provocada por descargas realizadas por buques (pero no por aeronaves), "la prohibición de la pesca" y el "embarco o desembar-

Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego-Bay, 10 de Diciembre de 1982. En Naciones Unidas.- "El Derecho del Mar: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar". Nueva York, 1984, p.33.

(97) Artículo 34-2 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.32.

(98) Enmiendas de España al artículo 34 del TUOFN/Parte II, al artículo 33 del TURFN/Parte II, y al artículo 34 del TIOFN. Op.cit. en las notas 72, p.274, 75 p.393 y 80 p.6. Enmienda de Malasia al artículo 33 del TURFN/Parte II. Op.cit. en la nota 66, p.396. Enmiendas de Marruecos al artículo 33 del TURFN/Parte II y al artículo 34 del TIOFN. Op.cit. en las notas 76,p.399, y 82, p.30.

co de cualquier producto, moneda o persona" (99). El último de estos supuestos es el único que podría ser aplicable a las aeronaves.

Item más, la Convención prevé el establecimiento en los estrechos de vías marítimas y de dispositivos de separación de tráfico marítimo (100), pero no contempla medidas similares en relación con el tráfico aéreo, pese a que tanto la primitiva propuesta norteamericana (101), como la presentada por las URSS (102) y por 6 Estados socialistas (103) preveían el establecimiento respectivamente de "corredores apropiados para el tránsito de las aeronaves" o de "corredores aéreos especiales para el sobrevuelo de las aeronaves", en los que se podría fijar "la altura de vuelo en las distintas direcciones". Ya hemos mencionado el escaso éxito de las enmiendas de Grecia y de Marruecos tendentes a introducir la competencia del Estado ribereño para designar rutas aéreas y prescribir "procedimientos de tráfico para la navegación aérea en los estrechos" (104) o para establecer corredores aéreos y alturas de vuelo (105), creándose un agravio comparativo con las disposiciones de la Parte IV de la Convención, que prevé y regula la designación de rutas aéreas sobre las vías marítimas archipelágicas (106). El paralelismo entre los correspondientes artículos de las Partes III y IV es tan evidente, que el silencio de la Convención en materia de rutas aéreas resulta ensordecedor.

(99) Artículo 42-1 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

(100) Artículo 41 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.34.

(101) Artículo II del Proyecto de Estados Unidos. Doc.cit. en la nota 35, p.224.

(102) Párrafo 1 del segundo artículo no numerado del Proyecto de la URSS. Doc.cit. en la nota 38, p.174.

(103) Artículo 3-1 del proyecto de Estados socialistas. Op.cit. en la nota 56, p.216.

(104) Enmienda de Grecia de adición de un 8º párrafo al artículo 41 del TIOFN y del Proyecto de Convención. Op.cit. en las notas 81, p.23, y 88, p.232.

(105) Enmiendas de Marruecos al artículo 38-3 del TURFN/Parte II y al artículo 39-3 del TIOFN. Op.cit. en las notas 76, p.399, y 82, p.31.

(106) Artículo 53 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.38.

Una interpretación literal de la Convención podría llevar a la conclusión de que la competencia normativa del Estado ribereño se limita a la regulación del "embarco o desembarco" de productos, moneda o personas en aeronaves. Esta laguna puede ser parcialmente salvada gracias a la provisional cláusula que prevé que el régimen de paso por los estrechos no afectará en otros aspectos "al ejercicio por los Estados ribereños del estrecho de su soberanía o jurisdicción sobre tales aguas, su lecho y su subsuelo y el espacio aéreo situado sobre ellas" (107). El Estado ribereño ejerce su soberanía o jurisdicción con arreglo a la Parte III de la Convención y a "otras normas de derecho internacional" (108), y entre dichas normas figura el Convenio de Chicago de 1944 sobre la Aviación Civil Internacional. De conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio, las aeronaves que sobrevuelan el territorio de un Estado extranjero deberán cumplir las leyes y reglamentos de dicho Estado "relativos a la entrada y salida de su territorio de las aeronaves empleadas en la navegación aérea o a la operación y navegación de dichas aeronaves" (109). De ahí la pertinencia de la declaración interpretativa del Gobierno español al firmar la Convención de que el régimen establecido en su Parte III "es compatible con el derecho del Estado ribereño a dictar y aplicar en el espacio aéreo de los estrechos utilizados para la navegación internacional sus propias reglamentaciones aéreas, siempre que ello no obstaculice el paso en tránsito de las aeronaves" (110).

2.- *Derechos de las aeronaves en tránsito*

Todas las aeronaves gozarán en los estrechos utilizados para la navegación internacional entre dos partes de la alta mar o de zonas económicas exclusivas del derecho de paso en tránsito, que no será obstaculizado" (111). El artículo 38-1 de

(107) Artículo 34-1 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.32.

(108) Artículo 34.-2 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.32.

(109) Artículo 11 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.3.

(110) Párrafo 2 de la Declaración española. Op.cit. en la nota 95, p.765.

(111) Artículo 38-1 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

la Convención contiene sin embargo una excepción a la aplicación a las aeronaves del régimen de paso en tránsito cuando el estrecho en cuestión "esté formado por una isla de un estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental, y del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atravesase una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación" (112). La llamada "cláusula de Messina" puede que tenga cierta razón de ser en relación con la navegación marítima, pero resulta totalmente irrelevante e injustificada en relación con la navegación aérea por razones obvias. Como se indicaba en el Memorandum Español, "la geografía no ha creado estrechos en el espacio aéreo (como es el caso en el estrecho marítimo) y las rutas aéreas alternativas son infinitas" (113). La existencia de una isla no afecta en modo alguno al sobrevuelo sobre el estrecho formado por la isla en cuestión y, por tanto, no debería provocar el cambio de régimen aplicable a las aeronaves en tránsito.

Aunque la libertad de sobrevuelo de las aeronaves se reconoce "exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho", dicho requisito "no impedirá el paso por el estrecho para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar de él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado" (114). Es la llamada "cláusula de Singapur", originada en la propuesta británica para tener en cuenta "el caso de un largo estrecho, en una de cuyas riberas se encuentre más de un Estado ribereño" (115), como es el Estrecho de Malacca. Supone una ampliación del concepto de paso en tránsito puesto que las aeronaves podrán ejercer su derecho de paso no sólo a la largo del estrecho (paso transversal), sino también para tener acceso a un aeropuerto de un Estado ribereño o

(112) Artículo 38-1 de la Convención "in fine". Op.cit. en la nota 96, p.33.

(113) Párrafo 8 del Memorandum español. Doc.cit. en la nota 79.

(114) Artículo 38-2 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(115) Declaración del Sr.Dudgeon, 22 de Julio de 1974. Op.cit., en la nota 55,p.138.

salir del mismo (paso lateral). De no existir esta disposición el acceso a un aeropuerto situado en el estrecho podría ser considerado como un incumplimiento de la obligación de vuelo "rápido e ininterrumpido" y llevar aparejada la negativa del derecho de paso en tránsito a la aeronave en cuestión. Con ella, queda del todo claro que una escala en un aeropuerto situado en el estrecho no priva a la aeronave de su derecho de paso en tránsito (116).

El artículo 38 establece que *todas* las aeronaves gozarán del derecho paso en tránsito. El titular del derecho es, pues, la aeronave y no el Estado de registro de la misma. Esta formulación es, a mi juicio, inadecuada desde el punto de vista de técnica jurídica, dado que la aeronave no es capaz de asumir las obligaciones y responsabilidades que se deriven del derecho otorgado.

El uso de la expresión "todas las aeronaves" (cualquier aeronave) es suficientemente omnicomprendivo y abarca no sólo a las aeronaves civiles empleadas en la navegación aérea internacional, sino también a las demás aeronaves civiles, así como a las aeronaves militares y otras aeronaves de Estado (117). Asimismo implica la exclusión de cualquier requisito de autorización o notificación previa al sobrevuelo (118).

3.- Deberes del Estado ribereño

El artículo 38-1 afirma que el paso en tránsito de las aeronaves por los estrechos "no será obstaculizado" pero no indica expresamente quién es el titular de semejante obligación (119). Hay que llegar hasta el artículo 44 -titulado "Deberes de los Estados ribereños de estrechos"- para saber que serán dichos Estados quienes "no obstaculizarán el paso en

(116) Center for Oceans Law and Policy.- "Law of the Sea commentary Project: Part III" Universidad de Virginia, 1989. Comentario del artículo 38, p.15.

(117) Center for Oceans Law and Policy.- Op.cit. en la nota 116, p.13.

(118) CAMINOS.- Op.cit. en la nota 12, p.144.

(119) Artículo 38-1 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

tránsito" (120). En el mismo sentido, el artículo 42 prevé que la aplicación de las leyes y reglamentos del Estado ribereño no debe producir el efecto de "negar, obstaculizar o menoscabar el derecho de paso en tránsito" (121). Se da, sin embargo, la paradoja de que la Convención no reconoce la competencia de los Estados ribereños de estrechos de dictar leyes y reglamentos en materia de navegación aérea.

El artículo 44 establece asimismo -de nuevo en forma impersonal- que "no habrá suspensión alguna del paso en tránsito" (122). Este deber del Estado ribereño de no suspender el paso en tránsito de las aeronaves y la inexistencia de una disposición similar a la contenida en la Parte II que faculta al Estado ribereño a "tomar en su mar territorial las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente" (123), han planteado la cuestión de si el Estado ribereño de un estrecho puede impedir el sobrevuelo de una aeronave que no cumpla con las condiciones del paso en tránsito. La Convención reconoce a las aeronaves el derecho de paso en tránsito "exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho". ¿Que ocurre si la aeronave en tránsito no vuela de forma rápida e ininterrumpida o, durante su paso, hace uso de la fuerza contra la soberanía, integridad territorial o independencia del Estado ribereño, o realiza actividades que no estén relacionadas con sus modalidades normales de tránsito?. ¿Podrá el Estado ribereño tratar de impedir dicho tránsito?.

Es cierto que de conformidad con el artículo 44 "no habrá suspensión alguna del paso en tránsito", pero no es menos cierto que una aeronave que realiza estas actividades ilegales, expresamente prohibidas por la Convención, no está ejerciendo el derecho de paso en tránsito y -conforme a lo dispuesto en el artículo 38-3- "toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito quedará sujeta a

(120) Artículo 44 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

(121) Artículo 42-2 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

(122) Artículo 44 de la Convención "in fine". Op.cit. en la nota 96, p.36.

(123) Artículo 25-1 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.29.

las demás disposiciones aplicables de esta Convención" (124). En tal caso, el Estado ribereño podrá recurrir por analogía a lo dispuesto en el artículo 25-1 sobre incumplimiento de los requisitos del paso inocente e impedir el ilegal sobrevuelo de la aeronave en cuestión.

La Convención impone al Estado ribereño el deber de dar "a conocer de manera apropiada cualquier peligro que, según su conocimiento, amanece... al sobrevuelo del estrecho" (125).

4.- *Deberes de las aeronaves en tránsito*

La Convención enumera las obligaciones de las aeronaves durante el paso en tránsito. Algunos de estos deberes son compartidos por los buques, mientras que otros son específicos de los buques o de las aeronaves. Examinemos estos deberes.

a) *Tránsito rápido e ininterrumpido*

Las aeronaves avanzarán sin demora sobre el estrecho y "se abstendrán de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de tránsito rápido e ininterrumpido, salvo que resulte necesaria por fuerza mayor o por dificultad grave" (126). Aunque el término "modalidades normales" no aparece definido en la Convención, del contexto y del proceso negociador cabe deducir que se refiere a los modos habituales de navegación de cada tipo de aeronave. Así, para una aeronave ordinaria supondrá el sobrevuelo a una altura y velocidad de crucero. En el caso de aerodeslizadores y "hovercraft" (que algunos autores consideran buques y otras aeronaves), podrán volar o deslizar sobre un colchón de aire (127).

(124) Artículo 38-3 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(125) Artículo 44 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

(126) Apartados a) y c) del párrafo 1 del artículo 39 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(127) Center for Oceans Law and Policy.- Op.cit. en la nota 116. Comentario al artículo 39, pp.12-13.

La obligación del tránsito rápido e ininterrumpido puede quedar eximida en casos de fuerza mayor o de dificultad grave. Mas, a diferencia de lo previsto en el artículo paralelo de la Parte II, el artículo 39-1-c) no contempla el supuesto de "prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o dificultad grave" (128). España propuso colmar esta laguna (129), pero su sugerencia no fue aceptada por la Conferencia. Una interpretación literal "contrario sensu" llevaría a la absurda conclusión de que una aeronave perdería el derecho de paso en tránsito si acudiera a prestar ayuda humanitaria. Es cierto que esta excepción está más bien pensada para los buques, dadas las dificultades de las aeronaves para detenerse o amerrizar con el fin de auxiliar a buques o personas, pero también hay aeronaves, como los hidro-aviones, que pueden amerrizar y anclar en las aguas de un estrecho, o como los helicópteros, que pueden realizar actividades de auxilio y rescate de naufragos. La tradición de prestar auxilio en la mar es tan antigua como la navegación misma y es considerada como una obligación por buques y aeronaves de cualquier país. Aunque el empeñamiento de las grandes potencias marítimas en oponerse a cualquier enmienda, por razonable que fuere, fue notorio, no parece que fuera su intención abolir este derecho y deber en ausencia de una formulación expresa que la permita (130).

b) No empleo de la fuerza

Las aeronaves deberán abstenerse durante el paso en tránsito de "toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de los Estados ribereños del estrecho o que en cualquier forma viole los principios del derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas"

(128) Artículo 18-2 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.27.

(129) Enmienda de España al artículo 39-2 del TUOFN/Parte II. Op.cit. en la nota 72, p.276.

(130) Center for Oceans Law and Policy.- Op.cit. en la nota 116. Comentario al artículo 39, p.17.

(131). Este texto es idéntico al contenido en el artículo 19-2-a) relativo al "significado del paso inocente", pero el citado artículo contiene otras prohibiciones con respecto a los buques (dado que no existe el derecho de paso inocente para las aeronaves sobre el mar territorial) que no aparecen en el artículo 39-1, tales como ejercicio o práctica de armas, actos de propaganda o destinados a obtener información, lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves o dispositivos militares, o cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño (132).

Las propuestas de la URSS (133) y de 6 Estados socialistas (134) incluían una lista de actividades prohibidas a las aeronaves en tránsito, pero el proyecto británico -que fue el que sirvió de base para la elaboración del TUOFN- no incluyó relación alguna. Tampoco prosperó la enmienda marroquí tendente a reintroducir una lista de actividades prohibidas: cualquier ejercicio o tiro, utilización de cualquier tipo de arma, toma de fotografías, sobrevuelo a baja altura, vuelos en picado, repostamiento en vuelo e injerencias en el sistema de comunicaciones y demás instalaciones del Estado ribereño (135).

Debido a la disparidad de textos entre los artículos 39-1 y 19-2 y al hecho de que la Conferencia rechazara las enmiendas de Marruecos, cabe preguntarse con Pharand si cualquiera de las actividades prohibidas durante el paso inocente de buques por el mar territorial, puede considerarse como permitida en el paso en tránsito. Así, activida-

(131) Párrafo 1-b) del artículo 39 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(132) Apartados b), c), d), e), f) y k) del párrafo 2 del artículo 19 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.27.

(133) Párrafo 2-b) del segundo artículo no numerado del proyecto de la URSS. Op.cit. en la nota 38, p.174.

(134) Párrafo 2-b) del artículo 3 del proyecto de Estados socialistas. Op.cit. en la nota 56, p.217.

(135) Enmiendas de Marruecos al artículo 38-3 del TURFN/Parte II y al artículo 39-3 del TIOFN. Op.cit. en las notas 76, p.399, y 82, p.31.

des tales como la práctica con armas, la recogida de información o el lanzamiento o recepción de aeronaves o de dispositivos militares no sólo no están expresamente prohibidos en el artículo 39, sino que podrían incluso estar permitidos por implicación (136).

No estoy de acuerdo con esta conclusión pues todas las actividades mencionadas suponen amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, integridad territorial o independencia política del Estado ribereño o violan los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Además, tales actividades no están relacionadas con las modalidades normales del tránsito rápido e ininterrumpido de las aeronaves sobre el estrecho. Como observa Caminos, el objetivo del artículo 39-1-b) es extender al régimen de paso en tránsito los principios de paz y seguridad internacionales incorporados en el artículo 2-4 de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque el criterio de "inocencia" no sea requerido por el régimen aplicable, algunos de los deberes impuestos a las aeronaves que ejercen el derecho de paso en tránsito son similares a los impuestos a los buques que ejercen el derecho de paso inocente por el mar territorial" (137).

c) Cumplimiento de las disposiciones de la Convención

Durante el paso en tránsito, las aeronaves deberán cumplir las disposiciones pertinentes de la Parte III de la Convención (138) ¿Cuáles son estas disposiciones?. En relación con la navegación marítima, las disposiciones que deberán cumplir los buques son primordialmente las relativas a la prohibición de actividades de investigación científica marina o levantamientos hidrográficos (139), al respecto de las rutas marítimas y de los dispositivos de separación de tráfico establecidos por el Estado ribereño

(136) Donat PHARAND.- "Internacional Straits". En *Thesaurus Acroasium*, vol. VIII, 1977, p.8.

(137) CAMINOS.- Op.cit. en la nota 12, pp.148-149 y 158-159.

(138) Párrafo 1-d) del artículo 39 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(139) Artículo 40 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.34.

(140), y al cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados por dicho Estado (141).

Ninguna de estas disposiciones, sin embargo, afecta a las aeronaves por las siguientes razones: 1) La prohibición de no realizar actividades de investigación sólo se aplica a los buques; 2) la Convención no autoriza al Estado ribereño de un estrecho a establecer corredores aéreos o prescribir dispositivos de separación de tráfico o fijación de alturas para el sobrevuelo; y 3) la Convención no reconoce al Estado ribereño de un estrecho competencias para dictar leyes y reglamentos relativos al paso de aeronaves en tránsito respecto de la seguridad de la navegación o la reglamentación del tráfico aéreo o la contaminación atmosférica causada por aeronaves. Esta falta de coherencia jurídica es una muestra más de como los redactores de la Convención extendieron "ad sideram" las obligaciones previstas para los buques mediante la inserción de las palabras "aeronaves" y "sobrevuelo" en los artículos correspondientes a la navegación marítima, sin molestarse en examinar las consecuencias y realizar las adaptaciones pertinentes.

Por otra parte, el artículo 38-3 prevé que "toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención" (142). Dado que las aeronaves no gozan del derecho de paso inocente sobre el mar territorial, Caminos estima que, cuando una aeronave realice actividades que no constituyan paso en tránsito, no se le aplicará en lugar de dicho régimen el de paso inocente; el paso "no en tránsito" de dicha aeronave requeriría la previa autorización del Estado sobrevolado (143).

(140) Artículo 41-7 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

(141) Artículo 42-4 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

(142) Artículo 38-3 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(143) CAMINOS.- Op.cit. en la nota 12, p.159.

d) *Observación del Reglamento del Aire*

El deber primordial de las aeronaves civiles es el de respetar el Reglamento del Aire de la OACI; las aeronaves de Estado, por su parte "cumplirán normalmente tales medidas de seguridad y en todo momento operarán teniendo debidamente en cuenta la seguridad de la navegación" (144). El citado Reglamento figura como Anejo 2 del Convenio de Chicago de 1944 y contiene estándares internacionales y prácticas recomendadas en materia de seguridad y tráfico aéreos. Sólo es obligatorio en el espacio aéreo sobre la alta mar, más podría ser aplicable en el espacio aéreo sobre el territorio terrestre y el mar territorial con tal de que no esté en desacuerdo con las normas dictada por el Estado subyacente (145).

El enunciado de la Convención introduce cierta ambigüedad en cuanto a cuales serán las reglas del aire aplicables en los estrechos. La cuestión que se plantea es si las aeronaves en tránsito deberán observar el Reglamento del Aire contenido en el Anejo 2 del Convenio de Chicago o las reglas del aire dictadas por el Estado ribereño de conformidad con las normas de la OACI. Si la primera Alternativa es correcta, entonces sólo el Consejo de la OACI será competente para legislar en materia de sobrevuelo en los estrechos; si la correcta es la segunda, los Estados ribereños podrán dictar e imponer sus propias reglas del aire (146). A este respecto Estados Unidos declaró en 1976 en relación con el TURFN que "el Reglamento del Aire mencionado se refería a las reglas de la OACI aplicables en la alta mar" (147).

En su Memorandum de 1978, España afirmó lo siguiente en relación con este tema:

(144) Párrafo 3-a) del artículo 39 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.34.

(145) PEPIN.- Op.cit. en la nota 11, p.68.

(146) CAMINOS.- Op.cit. en la nota 12, pp.160-161.

(147) Declaración interpretativa de Estados Unidos en relación con el artículo 38-3-a) del TURFN/Parte II. En PLATZÖDER.- Op.cit. en la nota 66, p.360.

"Hay que preguntarse cuales son esas normas de la OACI, porque lo cierto es que esta Organización carece de atribuciones para dictar normas aplicables en el espacio aéreo de los Estados soberanos, que sólo están obligados -en virtud del Convenio de Chicago- a colaborar a fin de lograr el más alto grado de uniformidad posible (artículo 37) y, en el caso de que consideren impracticable la aplicación de los Anejos técnicos del Convenio, a comunicarlo así a la Organización (artículo 38). La única conclusión posible es que se pretende negar a los Estados ribereños de estrechos la facultad de dictar reglamentaciones en su propio espacio aéreo o de notificar desviaciones con respecto a los Anejos. Al parecer, las normas a que dicho apartado se refiere serían sólo las llamadas "reglas del aire" del Anejo 2 del Convenio de Chicago, de las que -en virtud del artículo 12 del Convenio- las aeronaves civiles no pueden desviarse sobre la *alta mar*. Esas mismas reglas son también las que 'normalmente' observan sobre la alta mar las aeronaves de Estado. En pocas palabras: lo que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 39 hace es asimilar totalmente las aguas de los estrechos a las de la alta mar a efectos de la navegación aérea" (148).

En un informe de 1984 elaborado por la Secretaría de la OACI para examinar las implicaciones de la Convención de Montego-Bay sobre el Convenio de Chicago, se dice lo que sigue en relación con el tema:

"El Reglamento del Aire adoptado por el Consejo de la OACI será de obligada aplicación sobre los estrechos y la Convención de las Naciones Unidas lleva a la conclusión de que los Estados ribereños de estrechos no pueden notificar una diferencia con el Anejo 2, de conformidad con el artículo 38 del Convenio de Chicago, en relación con el espacio aéreo sobre los estrechos... La Convención de las NU sobre el Derecho del Mar provoca "de facto", sin necesidad de enmendar el

(148) Párrafo 12 del Memorandum español. Doc.cit. en la nota 79.

Convenio de Chicago, una ampliación de la jurisdicción legislativa final del Consejo de la OACI con respecto al Reglamento del Aire en el espacio aéreo sobre los estrechos utilizados para la navegación internacional" (149).

Cabe poner en tela de juicio esta conclusión desde un punto de vista jurídico. El Convenio de Chicago podrá ser modificado "de facto" por la Convención de Montego-Bay, pero no "de iure". De acuerdo con los principios del Derecho de los Tratados, incorporados con el Convenio de Viena de 1969, para enmendar un tratado se requiere el "acuerdo entre las partes" y "el acuerdo en virtud del cual se enmienda el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado pero no llegue a serlo en ese acuerdo". Con respecto a tal Estado, "los derechos y obligaciones recíprocos se registrarán por el tratado en que los dos Estados sean partes" (150).

Al firmar la Convención, España hizo la siguiente declaración interpretativa:

"El Gobierno español interpreta que el régimen establecido en la Parte III de la Convención es compatible con el derecho del Estado ribereño a dictar y aplicar en el espacio aéreo de los estrechos utilizados para la navegación internacional sus propias reglamentaciones aéreas, siempre que ello no obstaculice el paso en tránsito de las aeronaves" (151).

Caminos estima que, esta declaración, si bien supone la aceptación por España del principio del paso en tránsito de las aeronaves, parece en lo esencial incompatible con el artículo 39-1-a); por consiguiente, no parece apropiada la

(149) Párrafo 9-7 del Informe de la OACI sobre "United Nations Conference on the Law of the sea: Implications, if any, of the application of the Chicago Convention, its Annexes and other International Law Air Instruments". Doc. OACI. C/WP/7777, 20 de Enero de 1984.

(150) Artículos 39, 40-4 y 30-4 del Convenio sobre Derecho de los Tratados, Viena, 23 de Junio de 1969. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid, 1981, pp.22 y 18.

(151) Párrafo 2 de la Declaración española. Op.cit. en la nota 95, p. 765.

afirmación de España de que la Convención permite al Estado ribereño dictar y aplicar sus reglamentaciones aéreas en el espacio aéreo sobre los citados estrechos (152).

No comparto esta opinión, pues el hecho de que el Reglamento del Aire de la OACI aplicable en la alta mar pueda ser aplicado "mutatis mutandis" en los estrechos internacionales cuyas aguas forman parte del mar territorial de uno o más Estados, no priva a dichos Estados de su derecho inalienable a dictar y aplicar sus leyes y reglamentos en una parte de sus territorios sobre los que ejercen "soberanía plena y exclusiva".

En relación con las aeronaves de Estado, la Convención prevé que cumplirán "normalmente" las medidas de seguridad contenidas en el Reglamento del Aire y operarán en todo momento teniendo debidamente en cuenta la seguridad de la navegación. Como afirmó el representante español, lo más preocupante era que las aeronaves de Estado quedaran prácticamente al margen de toda reglamentación al sólo tener que cumplir "normalmente" con las normas y medidas de seguridad de la OACI. "La consecuencia inevitable es -en opinión del Embajador Ibáñez- que esas aeronaves, en circunstancias estimadas 'anormales', representarán una amenaza cierta para la navegación aérea, para las poblaciones ribereñas y para la seguridad misma de los Estados sobrevolados" (153). Y como añadiría el Embajador Lacleta, "es evidente que establecer una obligación que sólo *normalmente* habrá de cumplirse equivale a no establecer obligación alguna. No se determina quien habrá de decidir lo que es *normal*, ni qué criterios habrán de aplicarse para ello" (154).

Decir que, en circunstancias "anormales", las aeronaves de Estado no están obligadas a observar el Reglamento del Aire de la OACI y afirmar al mismo tiempo que "en todo momento" operarán teniendo debidamente en cuenta la

(152) CAMINOS.-Op.cit. en la nota 12, p.229.

(153) Declaración del Embajador Eduardo Ibáñez, 26 de Agosto de 1980. Op.cit. en la nota 86, p.172.

(154) Declaración del Embajador José M.Lacleta, 15 de Abril de 1982. Op.cit. en la nota 89, p.93.

seguridad de la navegación, supone una "contradictio in terminis". Si el interés supremo fuera el de la seguridad de la navegación aérea, la Convención debería haber obligado a las aeronaves de Estado a observar sin más el Reglamento del Aire y otras normas internacionales de seguridad. El interés primordial de las grandes potencias era el de su seguridad, y no el de la seguridad de los Estados ribereños o de la navegación aérea. Para tener en cuenta la genuina preocupación de cubrir las situaciones de emergencia que pudieran impedir el normal ejercicio del derecho de paso en tránsito de estas aeronaves hubiera bastado con incluir las tradicionales cláusulas de salvaguardia de la fuerza mayor o la dificultad grave (que, por otra parte, ya se mencionan en el párrafo 1-a) del artículo 39 para exonerar a las aeronaves de su obligación de tránsito rápido e ininterrumpido sobre los estrechos).

Para conjurar, "al menos parcialmente", el peligro de que se estableciera "un régimen de libertad absoluta e incontrolada para las aeronaves militares", España propuso, sin éxito como es bien sabido, la supresión de la palabra "normalmente". Al firmar la Convención, el Gobierno español afirmó, en relación con el citado párrafo, que entendía que la palabra "normalmente" significaba "salvo fuerza mayor o dificultad grave" (155).

En opinión de Caminos, dicha declaración "parece dirigida a modificar las disposiciones de sobrevuelo en el régimen de paso en tránsito" y "claramente trata de soslayar la enmienda derrotada" (156). No comparto una vez más la opinión del profesor argentino. La declaración española no trata de introducir por la puerta trasera la enmienda que le ha sido rechazada por la puerta principal, sino de dar simplemente una interpretación "pro domo" de lo que entiende por "circunstancias anormales". Esta disposición transciende los límites del régimen de paso en tránsito tal como ha sido definido por sus propios mento-

(155) Párrafo 3 de la Declaración española, Op.cit. en la nota 95, p.765.
(156) CAMINOS.- Op.cit. en la nota 12, pp.229-230.

res. No les basta con que se haya consagrado en la Convención el derecho al tránsito irrestricto e insuspendible de las aeronaves militares sobre los estrechos, sino que requieren que la libertad de tránsito sea absoluta, aun cuando en su ejercicio se vulneren las normas y medidas de seguridad establecidas por la OACI o se ponga en peligro la seguridad de los Estados ribereños sobrevolados.

e) Sintonización de radiofrecuencias

La segunda obligación específica impuesta por la Convención a las aeronaves en tránsito es la de mantener "sintonizada en todo momento la radiofrecuencia asignada por la autoridad competente de control del tráfico aéreo designada internacionalmente, o la correspondiente radiofrecuencia de socorro internacional" (157). Esta disposición reproduce -de forma incompleta, por cierto- la regla 3.6.5.1 del Anejo 2 del Convenio de Chicago, conforme a la cual una aeronave operada como un vuelo controlado deberá mantener sintonizada en todo momento la radiofrecuencia adecuada de la unidad de control de tráfico competente y establecer con ella la necesaria comunicación y diálogo (158).

La obligación impuesta a las aeronaves en tránsito de simplemente mantener sintonizada la radiofrecuencia asignada por la torre de control del Estado sobrevolado sirve de bien poco si el piloto no mantiene un diálogo con los controladores aéreos y no sigue sus instrucciones. De aquí la pertinencia de la enmienda marroquí de que las aeronaves en tránsito deberían mantener el contacto por radio con la torre de control de tráfico aéreo del Estado sobrevolado y seguir sus instrucciones "en función de la seguridad aérea" (159). Mas semejante enmienda no fue

(157) Párrafo 3-b) del artículo 39 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.34.

(158) Regla 3.6.5.1. del Anejo 2 del Convenio de Chicago.

(159) Enmiendas de Marruecos al párrafo 3-d) del artículo 38-3 del

aceptada por la Conferencia pese a lo lógico de su contenido, o quizás precisamente por ello. Como señaló un Informe de la OACI de 1984, dado que el deber de mantener sintonizada la radio frecuencia de conformidad con el Anejo 2 sólo se aplica a los vuelos controlados, no cabe contemplar vuelos incontrolados sobre estrechos utilizados para la navegación internacional de conformidad con el artículo 39-3-b) de la Convención (160).

La obligación de sintonizar la radiofrecuencia, por otra parte, se impone de forma alternativa: sea la radiofrecuencia asignada por la autoridad de tráfico aéreo competente, o la de socorro internacional. Como se indica en el citado Informe de la OACI, se trata de un error "que se ha perpetuado desde las iniciales fases de redacción en 1977 y que no ha sido corregido pese a la notificación de la OACI a la Secretaría de las NU y al Comité de Redacción de la Conferencia. En realidad, la obligación de la aeronave de sintonizar con dos radiofrecuencias diferentes no debería tener carácter alternativo, sino cumulativo, de acuerdo con la práctica firmemente establecida y los estándares internacionales adoptados por la OACI; ambas radiofrecuencias deberían ser sintonizadas en todo momento". El Informe concluye afirmando que, "en la práctica, el asunto es de importancia menor y no supone un auténtico conflicto; las reglas de la OACI constituyen "lex specialis" cuya aplicación práctica deberá llevarse a cabo pese a los amplios términos generales de la Convención" (161).

La desafortunada redacción del artículo 39-3-b) no sólo carece de sentido desde un punto de vista práctico, sino también acarrea graves consecuencias en el caso de una aeronave que penetre el espacio aéreo de un Estado, pues "si esa aeronave no mantiene el contacto por radio con la torre de control de tráfico aéreo y no obedece sus instrucciones representará un peligro cierto para la aviación civil.

TURFN/Parte II y al párrafo 3-d) del artículo 39 del TIOFN. Op.cit. en las notas 76, p.399 y 82, p.31.

(160) Párrafo 9-10 del Informe de la OACI. Doc.cit. en la nota 149.

(161) Párrafo 9-12 del Informe de la OACI. Doc.cit. en la nota 149.

Por otra parte, tampoco sería posible distinguir una aeronave que desea ejercitar el derecho de paso en tránsito de una posible aeronave agresora, si no existe una identificación previa" (162).

Por otra parte, como se señala en el Memorandum español, cabe resaltar "el grave peligro que para la seguridad de los Estados ribereños de estrechos representaría el tránsito de aeronaves militares no autorizadas por su espacio aéreo. Con independencia de la observación a que continuamente se verían sometidos, la velocidad de las aeronaves actuales colocaría a esos Estados en una situación de indefensión ante cualquier posible ataque". Resulta paradójico que uno de los Estados que más firmemente apoyaron el principio de libertad de sobrevuelo en los estrechos (Estados Unidos) haya considerado necesario "establecer sobre el alta mar, sin fundamento jurídico alguno, zonas aéreas de identificación de más de 200 millas, destinadas a protegerlos contra cualquier sorpresa" (163).

f) Responsabilidad por daños

La Convención establece que el Estado de registro de una aeronave que goce de inmunidad soberana y actúe en forma contraria a las leyes y reglamentos dictados por el Estado ribereño o a otras disposiciones contenidas en la Parte III "incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier daño o perjuicio causado a los Estados ribereños de los estrechos" (164). El alcance de esta disposición es bastante limitado puesto que sólo contempla el supuesto de responsabilidad por culpa, ignorando los casos de responsabilidad objetiva. La exigencia de que la aeronave viole las normas del Estado ribereño o las disposiciones de la Convención para que se produzca la responsabilidad priva al artículo 42-5 de cualquier efectividad en la práctica. En efecto, la primera hipótesis carece de sentido puesto que la Convención no reconoce al Estado ribereño

(162) Párrafo 13 del Memorandum español. Doc.cit. en la nota 79.

(163) Párrafo 9 del Memorandum español. Doc.cit. en la nota 79.

(164) Artículo 42-5 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.35.

competencia alguna para dictar leyes y reglamentos respecto a la seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico aéreo; la segunda hipótesis es asimismo teórica puesto que, al exigirse a las aeronaves de Estado que sólo "normalmente" observen el Reglamento del Aire, la infracción de sus normas nunca llegará a producirse y dichas aeronaves se hallarán prácticamente exentas de toda responsabilidad.

"¿Cómo puede admitirse tal precepto -se pregunta el Memorandum español anteriormente citado- cuando precisamente el ejercicio del derecho de paso en tránsito, con todos los riesgos que implica, constituiría uno de los casos más claros que pueda imaginarse de aplicación del principio de responsabilidad objetiva?... Todo Estado cuyos buques o aeronaves ejercitasen el derecho de paso en tránsito debería estar obligado a reparar *en todos los casos* los daños causados, sin perjuicio de su derecho a repetir contra terceros responsables" (165).

En relación con este problema, el representante español declaró lo siguiente:

"Aunque en el párrafo 5 del artículo 42 se establezca una responsabilidad internacional por las pérdidas o daños causados a los Estados ribereños por los buques o aeronaves que gocen de inmunidad soberana, se requiere que éstos actúen en forma contraria a las leyes y reglamentos dictados por los Estados ribereños o a otras disposiciones de la Parte III del Convenio. Es evidente que esos buques y aeronaves, al efectuar el paso en tránsito, pueden crear graves riesgos y, aunque lo adecuado hubiera sido el sometimiento a un régimen de responsabilidad objetiva, la adición de una disposición general en materia de responsabilidad mejora el texto" (166).

(165) Párrafo 16 del Memorandum español. Doc.cit. en la nota 79.

(166) Declaración del Embajador Eduardo Ibáñez, 26 de Agosto de 1980. Op.cit. en la nota 82, p.172.

Efectivamente, al salvaguardar el artículo 304 de la Convención la aplicación de disposiciones sobre responsabilidad objetiva en convenios vigentes (especialmente en materias espaciales y nucleares), así como las que eventualmente se adopten con el desarrollo del Derecho Internacional, se deja la puerta abierta a la aplicación de los principios de la responsabilidad objetiva.

IV.- Juicio crítico

Las importantes modificaciones introducidas en el régimen de la navegación marítima en los estrechos por la Convención de Montego-Bay, aunque infustificadas y exorbitantes, tenían al menos una explicación y un cierto fundamento jurídico: de una lado, existían los imperativos físicos del estrecho impuestos por la geografía y la ineludible necesidad de los buques de transitar por determinados espacios marítimos sometidos a la soberanía del Estado ribereño; de otro, se contaba ya con un régimen de navegación consuetudinaria y convencionalmente establecido -el de paso inocente-, que en unos estrechos ha sido mantenido -aunque precisando su alcance y objetivizando su aplicación-, mientras que en los más ha sido transformado en el régimen de paso en tránsito.

En el caso de la navegación aérea no se daba ninguna de estas circunstancias. Por una parte, en el espacio aéreo no existían los condicionamientos geográficos del estrecho marítimo y, por otra, las aeronaves no gozaban, conforme al Derecho Internacional en vigor, del derecho de paso inocente sobre el mar territorial y las aeronaves de Estado estaban obligadas a solicitar la previa autorización del Estado ribereño para poder sobrevolar un estrecho. El giro experimentado en este caso ha sido, por tanto, copernicano, pasándose con el nuevo régimen de paso en tránsito de un sistema de prohibición salvo autorización a otro de absoluta libertad de sobrevuelo.

La primera crítica que cabe hacer -y que fue formulada por diversas delegaciones durante la Conferencia sobre el Derecho del Mar- es que éste no era el foro adecuado para modificar ciertas normas de Derecho Aéreo, codificadas en el

Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional. Por este Convenio- en el que son parte la inmensa mayoría de los miembros de la Comunidad Internacional- los Estados contratantes se comprometen a no contraer obligaciones o entendimientos mutuos que sean incompatibles con sus disposiciones (167). Así pues, el foro adecuado para enmendar el Convenio de Chicago debería haber sido el de una Conferencia diplomática convocada bajo los auspicios de la OACI en la que los Estados Partes en el Convenio hubieran examinado la conveniencia, a la luz de las transformaciones operadas en el Derecho del Mar, de introducir en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional las modificaciones que fueren necesarias y los términos de las mismas. La Conferencia sobre el Derecho del Mar no debería haber modificado tan a la ligera una de las disposiciones básicas del Derecho Aéreo que establece que ninguna aeronave de Estado podrá sobrevolar el territorio de un país -incluido su mar territorial- sin haber obtenido la autorización de dicho país para ello -por acuerdo especial o de cualquier otro modo-, y sin cumplir con las condiciones establecidas en la citada autorización (168).

Dado que las aeronaves civiles gozaban ya de la libertad de tránsito, conforme al derecho consuetudinario codificado en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional y el Acuerdo relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos, es evidente que la introducción del derecho de paso en tránsito sólo benéfica a las aeronaves de Estado y que su principal finalidad es servir a los intereses estratégicos de un reducido número de países. Además, no ha bastado a las grandes potencias imponer el régimen de paso en tránsito de las aeronaves de Estado por determinados estrechos internacionales, sino que han conseguido que dicho paso esté al margen de cualquier posible control por parte Estado sobrevolado e incluso de toda obligación internacional, puesto que dichas aeronaves sólo deberán cumplir "normalmente" las medidas de seguridad establecidas en el Reglamento del Aire para las aere-

(167) Artículo 82 del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.29.

(168) Artículos 2 y 3-c) del Convenio de Chicago. Op.cit. en la nota 1, p.1.

ves civiles. La tozuda e inexplicada negativa de las grandes potencias y de su aliados a aceptar la supresión del calificativo "normalmente" puso de manifiesto su intención de no aceptar condicionamiento alguno al irrestricto desplazamiento de sus aeronaves militares sobre los estrechos.

Por otra parte, la obligación impuesta por la Convención de que las aeronaves en tránsito mantengan sintonizada la correspondiente radiofrecuencia carece asimismo de toda eficacia práctica ya que, si no se mantiene contacto radiofónico activo con la torre de control de tráfico aéreo del Estado sobrevolado y no se obedecen las instrucciones de los controladores, de bien poco sirve el que mantengan la sintonía. Si a ello se suma que las aeronaves en tránsito no están obligadas a identificarse a su entrada en el espacio aéreo de un Estado ribereño de un estrecho, la consecuencia que se deriva es la total indefensión de éste, que no podrá determinar con suficiente antelación si la aeronave en cuestión pretende simplemente ejercer el derecho de paso en tránsito o realizar un ataque contra su territorio. La introducción del régimen de paso en tránsito para las aeronaves de Estado supone una amenaza cierta para la seguridad del Estado y de las poblaciones ribereñas del estrecho, así como un riesgo para la seguridad de la aviación aérea internacional, y constituye una gravísima limitación de la soberanía del Estado ribereño de un estrecho sobre su espacio aéreo, que carece de cualquiera justificación jurídica. Ha supuesto el sacrificio de los derechos adquiridos de unos pocos estados, ya suficientemente capitulados por las servidumbres del paso por angostos estrechos, en el ara de tal "real politik".

Con independencia de la imposición del régimen de paso en tránsito, la Convención contiene numerosas deficiencias de técnica jurídica derivadas de la aplicación "mutatis mutandis" de las normas relativas a la navegación marítima a la navegación aérea, sin haberse preocupado sus redactores de realizar las debidas adaptaciones, así como de la nula voluntad negociadora de las grandes potencias que rechazaron todas las enmiendas y sugerencias de los Estados ribereños de estrechos, por lógicas y racionales que fueren. Así, cabe mencionar, entre otras, la no concesión de facultades normativas al Estado ribereño en materia de navegación aérea, la

omisión de cualquier referencia a su derecho a establecer corredores aéreos y dispositivos de separación de tráfico, la obligación impuesta a las aeronaves de que cumplan unas normas del Estado ribereño que éste no está capacitado para dictar, la imposición a las aeronaves de unas obligaciones previstas para los buques, la omisión del derecho de interrumpir el paso para prestar auxilio a personas o naves en peligro o dificultad grave, la irrelevancia práctica de la cláusula de responsabilidad del Estado de registro por los daños causados por sus aeronaves... etc.

Un botón de muestra de la falta de rigor jurídico de los redactores de la Convención es la cláusula que prevé que el régimen de paso en tránsito no se aplicará "cuando el estrecho esté formado por una isla de un Estado ribereño de ese estrecho y su territorio continental, y del otro lado de la isla existe una ruta de alta mar o que atraviere una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a su características hidrográficas y de navegación" (169). Modificar el régimen de sobrevuelo aplicable en los estrechos por la existencia o no de una isla o por las características hidrográficas y de navegación de una ruta marítima entra en el terreno del surrealismo jurídico.

Pese a sus numerosas deficiencias y arbitrariedades, el régimen de paso en tránsito no se identifica con el régimen de absoluta libertad de sobrevuelo existente en la alta mar, que las superpotencias quisieron imponer en la primera fase de la Conferencia. Aunque de carácter limitado, el régimen de paso en tránsito contiene las siguientes salvaguardias para los Estados ribereños de estrechos:

1.- El régimen de paso en tránsito sobre los estrechos utilizados para la navegación internacional no afectará en otros aspectos a la soberanía o jurisdicción del Estado ribereño sobre el espacio aéreo suprayacente a las aguas de los mismos (170).

(169) Artículo 38-1 de la Convención "in fine". Op.cit. en la nota 96, p.33.

(170) Artículo 34-1 de la Convención, Op.cit. en la nota 96, p.32.

2.- El sobrevuelo se autoriza "exclusivamente para los fines de tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho" y " toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito por un estrecho quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de esta Convención" (171).

3.- Las aeronaves en tránsito deberán cumplir una serie de obligaciones, tales como avanzar sin demora sobre el estrecho y abstenerse de "toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de los Estados ribereños del estrecho o que en cualquier otra forma viole los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas", y abstenerse de "toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades normales de paso rápido e ininterrumpido" (172).

4.- La posible aplicación del principio de responsabilidad objetiva queda parcialmente salvaguardada al establecerse que las normas relativas a la responsabilidad por daños se entenderán "sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes y del desarrollo de nuevas normas relativas a la responsabilidad en derecho internacional" (173).

(171) Párrafos 2 y 3 del artículo 38. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(172) Artículo 39-1 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.33.

(173) Artículo 304 de la Convención. Op.cit. en la nota 96, p.137.

NOTICIAS DE LIBROS

NOTICIAS DE LIBROS

PAENSON, Isaac: *English-French – Spanish-Russian Manual of the Terminology of the law of Armed Conflicts and of International Humanitarian Organizations*, Bruylant, Brussels, & Martinus Nijhoff, London / Dordrecht / Boston, 1989, XXXVIII, 844 págs.

He aquí una obra importantísima, debida al sabio lingüista y especialista en Derecho Internacional Dr. Isaac Paenson, autor de otras muy notables similares – *Economic and Social Terminology* (Pergamon Press, Oxford, 1964), *Terminology of Statistical Methods* (ídem, 1971) y *Terminology of Public International Law (Law of Peace) and International Organizations* (Bruylant, Brussels, 1983 –), de la última de las cuales el libro que ahora comentamos es un necesario y utilísimo complemento – diríamos incluso *indispensable* – para los especialistas en el Derecho Internacional, en su doble faceta de Derecho de la paz y de los Conflictos Armados (el llamado antes Derecho de la guerra, ya desde el clásico Tratado grociano) y, en general, para cuantos se interesan por estas materias.

El Dr. Paenson ha redactado las versiones inglesa, francesa y rusa del Manual, si bien para ello ha contado con la colaboración de tres prestigiosos juristas, quienes han revisado esmeradamente su texto: el Prof. Jean Pictet (Vicepresidente de Honor del Comité Internacional de la Cruz Roja y ex Director del Instituto Henry-Dunant), al que se dedica la obra, para el texto francés; el Prof. Waldemar A. Solf, ya fallecido, para el inglés, y el Prof. Igor P. Blischchenko, para el ruso. En cuanto al excelente texto español, ha sido impecablemente traducido del original francés por un eminente jurista, en grado sumo capacitado para ello: el Prof. Fernando Murillo Rubiera, ex Director del Centro de Estudios Jurídicos del Instituto de Cultura Hispánica de Madrid.

Como en las ya citadas obras del Dr. Paenson y de modo muy especial en la presente, el método personal de éste consiste en presentar los términos a definir en su contexto natural, aplicando así la teoría de los sistemas al estudio de la terminología. Escribe al respecto el Prof. Pictet: "Com-

partimos la opinión del Dr. Paenson de que un término relevante de una disciplina científica dada sólo puede ser plenamente comprendido si se le considera como un elemento del sistema terminológico del conjunto de esa disciplina. Cuanto más amplio sea ese contexto, más claramente se destacará la significación de los términos. A decir verdad, concibe tan dilatadamente ese contexto que su Manual puede ser tenido igualmente por el plan de un curso-tipo del Derecho de los conflictos armados, en el que muchos profesores universitarios encargados de esta enseñanza podrán inspirarse con provecho. El sistema original que se vincula al nombre del autor, ofrece además otras ventajas que el sistema alfabético, desprovisto de lógica, sería incapaz de suministrar. Así, esta presentación facilita la comparación de los equivalentes (el Manual agrupa los términos cuya significación es idéntica o próxima), su discusión, cuando hay duda, y la elección final. Muestra también las relaciones entre los diferentes términos, lo que es esencial para su comprensión. Esta obra, como los otros Manuales del Dr. Paenson, se dirige en primer lugar a los especialistas de la disciplina que, poseyendo a fondo su lengua materna, desean encontrar equivalentes precisos en las otras lenguas. Está destinada, por excelencia, al personal de las Universidades e Institutos de investigación, a los diplomáticos y funcionarios internacionales, a los traductores e intérpretes, como a muchas otras personas a las que incumbe, por ejemplo, la redacción de tratados y de informes."

Y abundando en las mismas ideas, el ex presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, el Dr. Alexander Hay, afirmar: "La técnica original utilizada por el Dr. Paenson da a este Manual una doble función: primeramente, la de encontrar para cada término su equivalente, dentro del campo especializado del Derecho de los conflictos armados, en las otras tres lenguas del Manual. Se trata así, pues, de lograr la función propia de un glosario, pero de forma más completa que de ordinario, ya que a los términos se les encuentra situados en su contexto lógico. Pero la obra del Dr. Paenson desempeña igualmente, además la función tradicional de un Manual, cuyo texto puede ser leído como tal en cada una de las lenguas y es de un valor intrínseco grande. En tal sentido, este Manual es extraordinario, no solamente

porque permite evitar los malentendidos que con demasiada frecuencia provocan las traducciones aproximativas, sino también porque contribuye a difundir ampliamente un Derecho que no tiene valor más que si es aceptado y comprendido universalmente".

En suma, nos hallamos ante una magna obra que ha merecido del citado Dr. Pictet los siguientes elogiosos párrafos, que hacemos nuestros: "Deseo rendir homenaje al trabajo erudito y concienzudo del autor. Gracias a su vasta experiencia, a su profundo conocimiento de la materia y de la terminología, ha realizado una obra muy bien concebida y notable en todos los aspectos. Es indudable que responde plenamente a su objeto y presta señalados servicios a todos los que tienen algo que ver con el Derecho de los conflictos armados, una disciplina de la más extrema actualidad y en desarrollo constante, cuyo fin no es otro que la supervivencia del hombre".

José PEREZ MONTERO

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1981, XIV + 268 págs.

Esta obra, introducida por el Profesor Vicente MAROTTA RANGEL, desarrolla los siguientes temas: Parte I: Fuentes. Capítulo I: Valoración de las fuentes del Derecho Internacional Público en el inicio de la década de los ochenta. Cap. II: Los principios del Derecho internacional contemporáneo en las relaciones amistosas entre los Estados, y su significado para una valoración de las fuentes del Derecho internacional. Cap. III: Elementos para una sistematización de la práctica en el Derecho internacional. Parte II: Responsabilidad. Cap. IV: El contencioso diplomático y los recursos del Derecho interno. Cap. V: La determinación del surgimiento de la responsabilidad internacional de los Estados. Cap. VI: La denegación de justicia en el Derecho internacional: Doctrina, jurisprudencia y práctica de los Estados. Parte III: Las organizaciones internacionales: Competencias. Cap. VII: La delimitación de las competencias en el orden internacional: La Organización de las Naciones Unidas

y los Estados miembros. Parte IV: Los individuos: Posición internacional. Cap. VIII: El desarrollo internacional de los derechos humanos en el inicio de la década de los ochenta.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1984, 285 págs.

Esta monografía, prologada por el Profesor Geoffrey MARSTON y galardonada con el Premio York de la Universidad de Cambridge en 1979, contiene los siguientes epígrafes: Cap. I: Origen y desarrollo histórico de la regla del agotamiento de los recursos internos en el Derecho internacional. Cap. II: Las excepciones al dominio reservado de los Estados y al no agotamiento de los recursos internos: Análisis comparativo. Cap. III: El agotamiento de los recursos internos en experiencias pioneras del Derecho internacional otorgando capacidad procesal a los individuos. Cap. IV: La regla del agotamiento de los recursos internos en la protección diplomática y en la protección de los derechos humanos: Análisis comparativo. Cap. V: El agotamiento de los recursos internos en experiencias contemporáneas de las Naciones Unidas en la protección de los derechos humanos. Cap. VI: El agotamiento de los recursos internos en experiencias regionales contemporáneas de protección de los derechos humanos.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto: *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público. (Período 1899-1918)*. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 1986, 518 págs.

La presente obra, precedida por una introducción sobre la necesidad, sentido y método de estudio de la práctica de los Estados en materia de Derecho internacional, desarrolla los siguientes temas: Parte I: Fundamentos del Derecho internacional. Cap. I: Evolución y Fuentes del Derecho inter-

nacional. Cap. II: Principios que rigen las relaciones amistosas entre los Estados. Cap. III: Codificación del Derecho internacional. Parte II: Actos internacionales. Cap. IV: Tratados. Parte III: La condición de los Estados en el Derecho internacional. Cap. V: Identidad y personalidad jurídica del Estado. Cap. VI: Derechos y deberes de los Estados. Cap. VII: Reconocimiento. Cap. VIII: Responsabilidad internacional del Estado. Cap. IX: Jurisdicción e inmunidades. Parte IV: La regulación de los espacios en el Derecho internacional. Cap. X: Territorio. Cap. XI: Derecho del mar. Cap. XII: Ríos internacionales. Parte V: La condición de las organizaciones internacionales en el Derecho internacional. Cap. XIII: Organizaciones internacionales. Parte VI: La condición de los individuos en el Derecho internacional. Cap. XIV: Derechos humanos. Parte VII: La solución de controversias en el Derecho internacional. Cap. XV: Solución pacífica de controversias. Cap. XVI: Desarme. Parte VIII: Conflictos armados y neutralidad. Cap. XVII: Beligerancia y neutralidad. Cap. XVIII: Derecho humanitario. Parte IX: Otros temas de Derecho internacional. Cap. XIX: Otros tópicos del Derecho internacional.

COCCA, Aldo Armando: *El derecho a comunicarse*. Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, Córdoba, 1983, 185 págs.

La primera parte de esta obra, a cargo del Profesor Aldo Armando COCCA, y con el título *Los alcances del derecho a comunicarse*, desarrolla los siguientes temas: I. ¿Derecho o libertad? II. La libertad de información, ¿es un principio general del Derecho internacional? III. El nuevo concepto del derecho a comunicarse y sus perspectivas. IV. Elementos que concurren para la formación del nuevo concepto. V. Contenidos virtuales y exteriorizaciones del derecho a comunicarse. VI. Se logra una descripción del derecho a comunicarse (1965). VII. Desarrollos posteriores. VIII. Lo humano y lo artificial en la comunicación. IX. Enfoque sistemático para el avance y perfeccionamiento. X. Hacia su reconocimiento y ejercicio plenos. La obra se completa con

los siguientes artículos: *El derecho a no comunicarse: una opinión*, por L.S. HARMS; *Acerca del ejercicio de un derecho a no comunicarse*, por D. FISHER; y *El derecho a comunicarse*, por E.W. PLOMAN; así como un extracto del debate sobre el derecho a no comunicarse celebrado en Córdoba el 1 de septiembre de 1979.

FERRER VIEYRA, Enrique: *Temas de Derecho y Política Internacional*. Ediciones Indice, Buenos Aires, 1986, 389 págs.

Esta obra recoge artículos, conferencias, cursos y colaboraciones del autor sobre los siguientes temas: 1. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Una iniciativa argentina. El nuevo Derecho internacional del desarrollo. 2. El contenido del Derecho internacional moderno. 3. La "opinión consultiva" en la Corte Internacional de Justicia. 4. José León Suárez y el Derecho del Mar. 5. El Derecho internacional y el comercio exterior de América Latina. 6. El TIAR. Solución pacífica de controversias en el sistema interamericano. 7. Problemática jurídica de un desarrollo multinacional. 8. Palabras en la I Reunión de Juristas de la Cuenca del Plata. 9. Sumario de las tareas de la I Reunión de Decanos de las Facultades de Derecho y Miembros del Comité Jurídico Interamericano. 10. Aspectos institucionales del desarrollo de la Cuenca del Plata. 11. Tratado de la Cuenca del Plata. 12. Declaración de Punta del Este. 13. Aspectos Jurídicos de la complementación económica de países limítrofes. 14. Desarrollo de áreas fronterizas. 15. Informe sobre el desarrollo de zonas fronterizas. 16. Cuenca del Plata. Su incidencia en la política exterior argentina. 17. Algunos temas desarrollados en un curso de la Universidad de Lovaina en 1986. 18. Hacia una integración social de América latina. 19. La integración latinoamericana y el desarrollo de la Cuenca del Plata.

XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial. Madrid 1989. Institu-

to Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 1990, 248 págs.

Este libro recoge las Ponencias y trabajos científicos, así como los discursos pronunciados por los distintos profesores y especialistas que intervinieron en las XIX Jornadas del Instituto, celebradas en Madrid en octubre de 1989: Enrique MAPELLI, Luis TAPIA SALINAS, Narciso ANDREU MUSTE, Alvaro BAUZA ARAUJO, José FOSMAN, Héctor ARNOLDO PERUCCHI, David PINA, Jacinto H. PINO MUÑOZ, Javier TOVAR, Carmen ZUMARAN, Eduardo COSENTINO, Graciela María AMABILE CIBILS, María Isabel DONADIO, Elisa M. L. PERA DE TADDEI, Angela MARINA DONATO, José Pedro POLLAK VARELA, Manuel Guillermo SARMIENTO GARCIA, Aura GONZALEZ DE MANSILLA, Luis CASTELLI, Mario O. FOLCHI, Gaspar RIVERA CESTERO, Aldo Armando COCCA y León HERRERA ESTEBAN. La Primera Ponencia versó sobre "La nueva política aérea de la CEE y su relación con Iberoamérica"; la Segunda sobre los "Enfoques sobre el Protocolo de Guatemala de 1971 y los Protocolos de Montreal de 1975"; y la Tercera sobre "La doctrina elaborada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial y su incidencia en las legislaciones nacionales iberoamericanas e internacionales".

Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero. Universidad de Oviedo, 1988, Tomos I-III, 1.541 págs.

Esta magna obra en homenaje al Profesor José PEREZ MONTERO consta de tres volúmenes integrados por valiosos trabajos científicos de un amplio elenco de prestigiosos investigadores. El Volumen I está precedido de cuatro semblanzas del homenajeado, a cargo de los Profesores Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Jacobo HEVIA LOSA, Angel de HUARTE y JAUREGUI y Renato OZORES.

Los estudios que en él se contienen son de los profesores Moussa ABBÓUD, Jaime ALBERTI NIETO, Isidoro ALVAREZ SACRISTAN, Manuel ALVAREZ-VALDES y VALDES, Antonio APARICIO PEREZ, Andrés A. ARAMBURU MENCHACA, Julio A. BARBERIS, Bernardo BARUCH, Mohammed BEDJQUI, Juan BENEYTO, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, Alejo de CERVERA, Antonio CILLAN APALATEGUI, María del Coro CILLAN GARCIA DE ITURROSPE, Aldo Armando COCCA, Santos M. CORONAS GONZALEZ, Rodolfo CRUZ MIRAMONTES, Diego ESPIN CANOVAS, Gabriel DEL ESTAL, Emilio R. ESTRADA DE MIGUEL, Javier FERNANDEZ COSTALES, José María FERNANDEZ PIRLA, José Aquilino FERNANDEZ SUAREZ, Antonio de ARRUDA FERRER-CORREIRA y Fabio FOURNIER JIMENEZ. Los artículos del Volumen II son de los Profesores Juan Antonio GARCIA AMADO, Jaime GARCIA AÑOVAROS, Justo GARCIA SANCHEZ, Juan GELPI BARRIOS, José María GONZALEZ DEL VALLE, Héctor GROS ESPIELL, Alberto HERRARTE, José Ignacio JIMENEZ HERNANDEZ, Julio E. LINARES, Ramón LOPEZ TAMES, Pablo LUCAS VERDU, Hugo LLANOS MANSILLA, Alberto J. LLEONART AMSELEM, Ramón MANCIA MANSO, Enrique MAPELLI LOPEZ, Antonio MARIN LOPEZ, Vicente MAROTTA RANGEL, Antonio MARQUINA BARRIO, Luis MARTINEZ ROLDAN, Juan DE MIGUEL ZARAGOZA, Alejandro MONTIEL ARGUELLO, Isidro MORALES PAUL, José M. MOUTAS CIMADEVILLA, Fernando MURILLO RUBIERA, Stanislaw E. NAHLIK, Geraldo E. DO NASCIMENTO E SILVA, Alfonso NIETO TAMARGO, Manuel OLIVENCIA RUIZ y Gonzalo ORTIZ MARTIN. Los trabajos del Volumen III son de los Profesores José Manuel PELAEZ MARON, José Luis PEREZ DE CASTRO, Manuel PEREZ RODRIGUEZ, Juan Carlos PUIG, Ramón PUNSET BLANCO, Antonio REMIRO BROTONS, Ernesto J. REY CARO, Alfredo H. RIZZO ROMANO, Luis RODRIGUEZ ALVAREZ, Lino RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Perfecto RODRIGUEZ FERNANDEZ, Angel ROJO, Arias de SAAVEDRA y MUGUELAR, Francisco SANCHEZ-APELLANIZ VALDERRAMA, Efraín SCHACHT

ARISTEGUIETA, Modesto SEARA VAZQUEZ, Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, Rafael SOMOANO BERDASCO, Enrique P. SYQUIA, Luis TAPIA SALINAS, Leopoldo TOLIVAR ALAS, José Antonio TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, Joaquín TOMAS VILLARROYA, María Rafaela URUEÑA, Diego URIBE VARGAS y José Antonio YTURRIAGA BARBERAN.

Lider Amicorum en Homenaje al Prof. Dr. Luis Tapia Salinas. Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, Madrid, 1989, 318 págs.

El presente libro en homenaje al Profesor Luis TAPIA SALINAS, realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, con introducción del Profesor Enrique MAPELLI, contiene estudios sobre el Derecho aeronáutico realizados por los Profesores Javier APARICIO GALLEGO, Angel J. ARANGO RODRIGUEZ, Alvaro BAUZA ARAUJO, Gloria A. CASTRO DE ALVARADO, Miguel A. CEVALLOS HIDROBO, Aldo Armando COCCA, Carlos DINATOR RAMIREZ, José DUARTE ANDRE, Gontrán ELEIZALDE PETITT, Ramiro FERNANDEZ MARTINEZ, Francisco LOUSTAU FERRAN, Eduardo MEDINA URBIZU, Julio C. MORALES SAENZ, Alfonso NOVALES AGUIRRE, Diego PARDO TOVAR, Manuel PEREZ GONZALEZ, Héctor Arnoldo PERUCCHI, Héctor Arnoldo PERUCCHI (hijo), Gaspar RIVERA CESTERO, Guillermo VELAOCHAGA MIRANDA y Federico VIDELA ESCALADA.

LINARES, Julio E.: *Enrique Linares en la Historia política de Panamá (1869-1949)*. Panamá, 1989, 410 págs.

Con el subtítulo "Calvario de un pueblo por afianzar su soberanía", el autor de esta obra desglosa en veintidós apasionantes capítulos, precedidos de una introducción sobre los primeros decenios de la Historia de Panamá, la vida de Don Enrique Linares, cuya vida pública transcurre paralela a la de la naciente República de Panamá. Constituye, en efecto, esta obra una historia de esta Nación centroamericana, en tono casi novelado, prolija, para mayor amenidad, en sucesos concretos y anécdotas de interés que, cual escenas de una obra, configuran el devenir histórico del personaje y del país que constituyen el tema central de la misma.

MORALES PAUL, Isidro: *Política exterior y relaciones internacionales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios nº 36, Caracas, 1989, 332 págs.

Esta obra, prologada por el Profesor Efraín SCHACHT ARISTEGUIETA, desarrolla los siguientes epígrafes: Capítulo I: Conceptos generales. Cap. II: Teorías sobre las relaciones internacionales. Cap. III: Los sistemas internacionales. Cap. IV: Paz y orden internacional. Cap. V: Toma de decisiones y relaciones internacionales. Cap. VI: El interés nacional y los objetivos nacionales. Cap. VII: Andrés Bello y las relaciones internacionales de su tiempo. Cap. VIII: La crisis energética y las relaciones internacionales. Cap. IX: Características generales de la política exterior. Cap. X: Lineamientos generales de la política exterior de Venezuela. Cap. XI: El Caribe y su geopolítica. Cap. XII: El sistema de solución de controversias de la Carta de las Naciones Unidas. Cap. XIII: El procedimiento de negociación diplomática como mecanismo de solución de controversias. El caso de Venezuela. Cap. XIV: Las nuevas tendencias del derecho internacional para la solución de controversias relativas a zonas fronterizas.

ORREGO VICUÑA, Francisco (dir.): *La Antártica y sus recursos*. Editorial Universitaria, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Chile, 1983, 398 págs.

Esta obra colectiva reúne los estudios realizados en el Seminario Internacional sobre Política para los Recursos Antárticos, organizado por el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile en octubre de 1982, y está dividida en cinco Partes: I. "El estado actual del conocimiento y la experiencia antártica", con artículos de los Profesores V.F. FUCHS, G.A. KNOX, T. GJELSVIK, M.W. HOLDGATE, E.F. ROOTS y J.A. HEAP. II. "La política para la conservación de los recursos vivos de la Antártica", con estudios de D.L. POWELL, T. NAGATA, J. COURATIER y F. ZEGERS SANTA CRUZ. III. "Política para la exploración y explotación de los recursos minerales de la Antártica", con trabajos de O. GONZALEZ FERRAR, E. BERGSAGER, G. GUILLAUME, C.D. BEEBY, F. ORREGO VICUÑA, K. BRENNAN y F. SOLLIE. IV. "Problemas relativos a la aplicación del Derecho del mar en la Antártica", con estudios de A. VAN DER ESSEN, F. ORREGO VICUÑA y M.T. INFANTE. V. "La política para la cooperación antártica" con trabajos de O. PINOCHET DE LA BARRA, R. E. GUYER y R. TUCKER SCULLY.

ORREGO VICUÑA, Francisco (ed.): *The Exclusive Economic Zone. A Latin American Perspective*. Westview Press, Colorado, 1984, 188 págs.

Esta obra, cuya introducción corresponde al Profesor F. ORREGO VICUÑA, con el título *La Zona Económica Exclusiva en una perspectiva latinoamericana*, contiene estudios de los siguientes autores: Francisco GARCIA AMADOR, *Los orígenes del concepto de ZEE*; Pilar ARMANET, *El interés económico subyacente en la primera declaración de zona marítima*; Reynaldo GALINDO POHL, *La ZEE a la luz de la negociaciones en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*; Vicente MARROTA RANGEL, *El papel de las negociaciones informales en la búsqueda de un consenso sobre el Derecho del Mar*; Ju-

lio César LUPINACCI, *El régimen jurídico de la ZEE en la Convención de 1982*; Alfonso ARIAS SCHREIBER, *La ZEE: su naturaleza jurídica y el problema de la utilización militar*; Hugo CAMINOS, *El régimen de en la ZEE*; y María Teresa INFANTE, *La solución de controversias en el Derecho del Mar y su relación con la naturaleza jurídica de la ZEE*.

PELAEZ MARON, José Manuel: *La crisis del Derecho internacional del desarrollo*. Universidad de Córdoba, 1987, 233 págs.

Con prólogo del Profesor Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, la presente monografía aborda los siguientes temas: I. Introducción: Principios y normas proclamados por las Naciones Unidas: Descripción y valor jurídico. II. De la forma como garantía de la voluntad a la formación del Derecho por etapas: Problemas de las normas generales del Derecho internacional contemporáneo; el nomadismo de la noción de acuerdo. III. El marco institucional y los procedimientos de adopción de acuerdos: Variaciones en la estructura institucional: la formación de un centro y una periferia institucional; conjunción de *ratio* y *voluntas*: los procedimientos de adopción de acuerdos. La obra se completa con unas Conclusiones, un Apéndice documental, un Apéndice bibliográfico y unos Índices.

Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea (Raúl E. VINUESA, ed.). Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, 1989, 269 págs.

Esta libro en Homenaje a la Profesora Frida PFIRTER DE ARMAS BAREA, precedido por una Nota *In Memoriam* redactada por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Profesor José María RUDA, contiene los siguientes estudios: *Los tratados internacionales celebrados*

por la Confederación argentina y la Constitución nacional, por Julio A. BARBERIS; *Las doctrinas latinoamericanas y las propuestas actuales para revisar el Derecho internacional*, por Francisco GARCÍA AMADOR; *La protección del inversor en el Derecho internacional*, por Eduardo JIMÉNEZ DE ARECHAGA; *Los Tratados sobre Derechos humanos y el Derecho interno*, por Héctor GROS ESPIELL; *Evangelio de la Humanidad del Siglo XX*, por Carlos GARCÍA BAUER; *La lucha internacional contra el narcotráfico*, por Manuel A. VIEIRA; *La aplicación del derecho internacional de los Derechos humanos por parte de las Cortes Federales de los Estados Unidos de América*, por Raúl E. VINUESA; *Naturaleza jurídica y delimitación del mar territorial*, por Vicente MAROTTA RANGEL; *El Derecho del mar en el sistema del Tratado antártico*, por Francisco ORREGO VICUÑA; *La plataforma continental y la convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982*, por Hugo LLANOS MANSILLA; *Los estrechos exceptuados del régimen jurídico de los estrechos utilizados para la navegación internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, por Hugo CAMINOS; *Reflexions on the estuarine zone*, por Robert D. HAYTON; *Ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, por Andrés A. ARAMBURU MENCHACA; *El principio de no intervención en la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia*, por Ernesto REY CARO; y *Nuevas perspectivas de la Justicia internacional: el Tribunal de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, por Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO.

URIBE VARGAS, Diego: *Solución pacífica de conflictos internacionales*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1988 (2ª ed.), 236 págs.

Esta monografía desarrolla los siguientes epígrafes: I. La paz en los pueblos helénicos. II. Soluciones pacíficas desde Roma hasta el nacimiento del Estado imperial. III. De la Santa Alianza y el Directorio europeo a las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907. IV. La Sociedad de las Na-

ciones. El Derecho al servicio de la paz. V. Naciones Unidas. Foro para el diálogo internacional. VI. Corte Internacional de Justicia. VII. Las soluciones pacíficas en el sistema interamericano y su crisis actual. VIII. Teoría y praxis de los movimientos pacifistas. IX. Tribunales internacionales de jurisdicción abierta. La obra se completa con una Addenda actualizadora, con los hechos acaecidos en el marco de los Grupos de Contadora y Esquipulas II, y unos Anexos con resoluciones y textos jurídicos internacionales de interés, así como un amplia bibliografía sobre el tema abordado.

VV. AA.: *Mantenimiento de la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos*. Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, Córdoba, 1986, 134 págs.

Esta obra incluye las principales aportaciones del Congreso sobre "Mantenimiento de la utilización del espacio ultraterrestre para fines pacíficos" celebrado en La Haya en marzo de 1984 y organizado por la Universidad de las Naciones Unidas y el Instituto de Derecho del Espacio, como destaca en su presentación el Embajador Aldo Armando COCCA. Consta de un prefacio, a cargo del Profesor E.W. PLOMAN; del discurso de apertura del Profesor M. LACHS, Juez de la Corte Internacional de Justicia; de una visión panorámica de los temas tratados, realizada por E. GALLOWAY; de las intervenciones de la Profesora I. DIEDERIKS-VERSCHOOR y de los Embajadores A.A. COCCA y P. JANKOWITSCH, así como de las conclusiones generales finales del Simposio y la lista de participantes en el mismo.

VV. AA.: *Ethics, Law, Science, Technology and International Cooperation*. Consejo de Estudios Internacionales Avanzados, Córdoba, 1987, 190 págs.

Este libro reúne las intervenciones de diversos especialistas en el Congreso que sobre este tema se realizó en Cór-

doba en marzo de 1984, organizado por el Consejo de Estudios Internacionales Avanzados y la UNESCO. Intervinieron A.A. COCCA, G. TRAPP, E. PUCCIARELLI, G.J. BIDART CAMPOS, S. UBALDO RIFE, W. LESLIE CHAPMAN, C. MARTINEZ PAVEZ, N.R. RODRIGUEZ BUSTAMANTE, S.M. RADICELLA, R.J. BRIE, J.C. SPERANZA POGGIO, R.H. SCHULCZEWSKI, M.A. FERRER y S.M. WILLIAMS. Se trataron los siguientes aspectos: I. Valores éticos, culturales, religiosos, científicos y tecnológicos. II. Cooperación científica internacional. III. Publicación y divulgación de los avances científicos. IV. Transferencia de tecnología, V. Problemas legales. Se completa la obra con las conclusiones del Congreso y la lista de participantes.

VV. AA.: *La neutralidad perpetua de Costa Rica. Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos. Volumen I*. Imprenta Nacional. San José, 1984, 73 págs.

La presente obra recoge los estudios presentados por varios autores en el Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos, celebrado en la ciudad de Alajuela en diciembre de 1982, como destaca en su introducción Carlos José GUTIERREZ GUTIERREZ, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica. La obra incluye las siguientes intervenciones: *Dulce Bellum Inexpertis*, de José Néstor MOURELO AGUILAR; *La neutralidad permanente costarricense*, de Hugo Alfonso MUNOZ Q.; *Neutralidad perpetua de Costa Rica y figuras afines*, de Enrique VAN BROWNE; *Autodeterminación y neutralidad*, de Raúl AREVALO; y *Estatuto de neutralidad perpetua de Costa Rica*, de Bernardo BARUCH. El libro se completa con cuatro apéndices con distintas resoluciones del Congreso.

TRIGUEROS (hijo), Guillermo: *Teoría de las obligaciones*, Editorial Delgado, Tomos I y II, San Salvador, 1984, 1.288 págs.

Esta obra, prologada por el Profesor David ESCOBAR GALINDO, que incluye la tesis doctoral del autor, presentada en 1941, centra su estudio en el régimen establecido para las obligaciones y contratos en el Código Civil salvadoreño, desarrollando los siguientes temas: Definiciones; actos y declaraciones de voluntad; obligaciones civiles y naturales, condicionales y modales, a plazo, alternativas, facultativas, de género, solidarias, divisibles e indivisibles, y con cláusula penal; efectos de los contratos y de las obligaciones; interpretación de los contratos; extinción de las obligaciones; sujetos, lugar, modo, imputación y prueba del pago; pago por consignación, con subrogación, por cesión de bienes o por acción ejecutiva de los acreedores, dación en pago, pago con beneficio de competencia; novación, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa debida, nulidad y rescisión.

Revista Pacífico Sur, nº 17, 1989, Comisión Permanente del Pacífico sur, Bogotá, 297 págs.

Este nuevo volumen de la Revista editada por la Comisión Permanente del Pacífico sur está dedicado, con carácter monográfico al Derecho del Mar y sus aspectos jurídicos, contando para ello con la colaboración de prestigiosos internacionalistas expertos en esta materia: Luis VALENCIA RODRIGUEZ, con *La Declaración de Santiago y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*; Alfonso ARIAS-SCHREIBER PEZET, con *Nuestros intereses marítimos y la Convención sobre el Derecho del Mar*; Reynaldo GALINDO POHL, con el *Análisis político y jurídico sumario de la zona económica*; Francisco ORREGO VICUNA, con *La Zona Económica Exclusiva en la costumbre internacional*; María Teresa INFANTE CAFFI, con *Los espacios marítimos en el Código Civil chileno. La reforma de 1986*; Eduardo FERRERO COSTA, con *La pesca en el dominio marítimo del Perú*; Vicente MAROTTA RANGEL, con el *Régimen jurídico de la Plataforma Continental en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*; Hugo CAMINOS, con *Algunas consideraciones sobre la protección del medio marino en los estrechos utilizados para la navegación internacional en la Convención de Naciones*

Unidas sobre el Derecho del Mar; Antonio José URIBE PORTOCARRERO, con *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar*; Juan Miguel Bákula, con *Pacífico Sur: Zona de paz y de cooperación*; Hugo LLANOS MANSILLA, con *La Comisión preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*; y Jean-Pierre LÉVY, con *Las Resoluciones I y II de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*.

José Antonio Perea Unceta.

NOTICIARIO DEL IHLADI

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) (fallecido).
(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) (fallecido).
(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) (fallecido).
(Miembro de Honor: XIII Congreso, Lima, 1982).

Fournier Jiménez, Fabio. (Costa Rica).
(Asociado: Reunión Extraordinaria del Consejo Directivo, Coimbra, 1952; Miembro: III Congreso, Quito, 1957; Director del Instituto: 1980-1982; Presidente del I.H.L.A.D.I.: 1985-1989; Miembro de Honor: XV Congreso, Santo Domingo, 1989).

PRESIDENTES DE HONOR DE CONGRESO

Echeverría, Luis. (México).
(X Congreso, Guanajuato, 1974).

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

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

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

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).

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

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

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

CONSEJO DIRECTIVO

(1989-1991)

PRESIDENTE:

Dr. Eladio Knipping Victoria (República Dominicana).

DIRECTORES:

Dr. Julio A. Barberis (Argentina).
Dr. Renato Ribeiro (Brasil).
Dr. Rogelio Sotela Montagne (Costa Rica).
Dr. Francisco García Amador (Cuba).
Dr. Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador).
Dr. Juan Antonio Carrillo Salcedo (España).
Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (México).
Dr. Alejandro Montiel Argüello (Nicaragua).
Dr. Julio E. Linares (Panamá).
Dr. Efraín Schacht Aristeguieta (Venezuela).

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Prometeo Cerezo de Diego (España).

IN MEMORIAM

PROFESORA DOCTORA YOLANDA FRIAS
SANCHEZ

(1941-1989)

El 1 de septiembre de 1989 moría inesperadamente en la ciudad de México la Dra. Yolanda Frías Sánchez a consecuencia de una infortunada operación de carácter preventivo y calificada, en principio, de rutinaria. Desaparecía, así, una entrañable colega y amiga que, en los pocos años que tuvo ocasión de dedicarse a la vida universitaria, supo compaginar virtudes académicas con belleza personal y las exigencias del más estricto profesionalismo con las de la amistad y las relaciones con colegas de distintos países, en especial del mundo Iberoamericano, a través de los Institutos y Asociaciones de Derecho Internacional a las que pertenecía.

La Dra. Frías, cursados los estudios de Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, eligió España para realizar su tesis doctoral, siendo de las primeras mujeres mexicanas que conseguirían doctorarse en Derecho en una Universidad extranjera.

A los dos años de estancia en España, presentó su tesis doctoral "Cooperación e Integración, como formas de Organización económica internacional" en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 4 de junio de 1969, obteniendo la calificación de Sobresaliente "cum laude" y mereciendo el primer premio en el Concurso de Tesis Hispanoamericanas, promovido por el Instituto de Cultura Hispánica.

Regresada a México, ingresa en el cuerpo de profesores de carrera en el Seminario de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UNAM y, al mismo tiempo que se consagra a la docencia, publicación de sus primeros artículos y a tareas académico-administrativas, participa del movimiento promovido por un grupo de jóvenes profesores, muchos de ellos regresados del extranjero, que intentan renovar el nivel académico y recuperar la confianza en los ideales universitarios tan duramente castigados por el conflicto de 1966 en la UNAM y sobre, todo, por la gran crisis nacional de 1968, que dejarían una profunda huella de abatimiento y postración en el ámbito universitario.

Plenamente convencida de su vocación universitaria rechazó conscientemente, al igual que otros muchos compañe-

ros de su grupo, la tentación de ingresar en las filas del gobierno y obtener alguna prebenda en el cuerpo diplomático o en alguna dependencia oficial, manteniéndose fiel a la Universidad y convirtiéndose en uno de los "universitarios permanentes", tal como ella los designaba, llegando a conseguir por oposición la categoría de Profesora Definitiva y Titular (Catedrática) en Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Dotada de una gran voluntad y firmeza afrontó con decisión situaciones difíciles familiares, consagrando su tiempo personal a los dos ideales de su vida: la Universidad y el cuidado de su hija Leonora nacida en 1973.

Dentro de la Universidad ocupó sucesivamente los cargos de Secretaria de la Maestría y del Doctorado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de 1981 a 1985. En ese mismo año desempeñó la Dirección General de Estudios de Legislación Universitaria pasando a los pocos meses a la recién creada Defensoría de los Derechos universitarios, en calidad de Defensora Adjunta, hasta el 2 de mayo de 1989 en que quedó al frente de la Defensoría como consecuencia de la renuncia del Maestro Jorge Barrera Graf.

Los temas que seleccionó para sus publicaciones nos hablan con elocuencia de sus intereses e ideales. Del Derecho Internacional le preocuparon los temas relacionados con América Latina y en las Relaciones Internacionales los de contenido más humanista: cooperación, integración, protección de los refugiados, de las mujeres y de los derechos humanos en general. También se preocupó por los temas de la Historia del Derecho de Gentes como es el trabajo publicado en el número 73 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, titulado "Francisco de Vitoria y Bartolomé de Las Casas".

Una parte de su tiempo lo dedicó también a estrechar sus contactos con asociaciones de internacionalistas, destacando su vinculación con nuestro Instituto, en el que se incorporó como Asociado en el XI Congreso celebrado en Madrid en 1977 y en el que, unos meses antes de su muerte, conseguiría la condición de Miembro en el XV Congreso del Instituto celebrado en abril de 1989 en la ciudad de Santo Domingo, ocasión que tuve por última vez de dialogar y compartir su grata compañía.

Cuando apenas había comenzado a disfrutar de un merecido año sabático y durante el cual pensaba volver a España

y dedicar parte del mismo a preparar un libro sobre Derecho Internacional en su querida Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, después de realizarse un chequeo médico, decidió someterse a una intervención quirúrgica preventiva que fatalmente no pudo superar.

El recuerdo vivo que dejó entre sus compañeros y colegas de la Universidad ha motivado el que surgiera la elogiada iniciativa, suscitada especialmente por los Maestros Jorge Barrera Graf y Rodolfo Cruz Miramontes, de promover la edición de un libro en su homenaje que será publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y que deberá ver la luz al cumplirse justamente un año de que nos dejara. Desde estas páginas les auspiciamos el mayor éxito y nos adherimos cordialmente a este merecido homenaje. Por su parte la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense ha querido rendirle también un sencillo homenaje reproduciendo en la Revista de la Facultad su trabajo: "Cuatro problemas de la teoría Kelseniana sobre el Derecho Internacional", publicado en el número 55 del Boletín mexicano de Derecho Comparado. Descanse en paz.

Prometeo Cerezo

PROFESOR DOCTOR LUIS SELA SAMPIL

(1899-1990)

Ya en prensa este volumen, nos llega la dolorosa noticia del fallecimiento de D. Luis Sela Sampil en Oviedo el 23 de octubre a la avanzada edad de noventa años.

Sin perjuicio de dedicarle más adelante el espacio y la atención que merece su excepcional personalidad, vayan ya las presentes líneas, escritas apresuradamente, a vuela pluma, sobre tan insigne iurisinternacionalista.

Nacido en Oviedo, el Prof. Sela cursó la carrera de Derecho en la Universidad de su ciudad natal, en la que se licenció, y continuó sus estudios jurídicos en la de Madrid, donde fue discípulo de Fernández Prida, González Posada y otros ilustres Maestros y donde se doctoró. Pensionado por la benemérita Junta para la Ampliación de Estudios, estuvo en París y la Haya (1924-26), lo que le permitió ponerse en contacto con eminentes especialistas extranjeros del Derecho Internacional: Pillet, La Pradelle, Le Fur, Fauchille, Alejandro Alvarez, Niboyet, Scelle, Basdevant... Con éste último hizo además las conferencias de agregación (Doctorado). En 1930 obtuvo, por oposición, la Cátedra de Derecho Internacional Público y Privado de la Universidad de La Laguna, de la que pasó en 1932 a la de Sevilla y, al año siguiente, al jubilarse en la de Oviedo su padre (el eximio iurisinternacionalista don Aniceto), a ésta, que desempeñó ininterrumpidamente hasta su jubilación en 1963. Así estuvieron al frente de dicha Cátedra los Maestros Sela sucesivamente durante casi ochenta años, prestigiándola con sus enseñanzas y actividades.

Decano por dos veces durante bastante tiempo de la Facultad de Derecho ovetense, Miembro de la Junta Universitaria de Colonias Escolares de Oviedo, Miembro Fundador y Presidente de la Alianza Francesa de esta ciudad, Miembro Emérito del Instituto de Estudios Asturianos (I.D.E.A.), Miembro de Honor de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Miembro igualmente de la Asociación Francisco de Vitoria desde 1931, de la Asociación "Vitoria-Suárez" de Oxford (1948), de la Association des Universitaires d'Europe, de cuyo Consejo Directivo formó parte (1958), del Instituto Brasileiro de Direito Aeronautico, de la Internacional Law Association (Sección Española), etc.

Dedicado enteramente durante cuarenta años a la Cátedra, fundó y dirigió en ella el Seminario de Estudios Europeos y el de Estudios Hispanoamericanos, modelos en su género, y siguió fecundamente la obra paterna colaborando con intensidad en la Extensión cultural de la Universidad ovetense. Al jubilarse, se le tributó un homenaje de alcance internacional, en el que se le entregó un libro de *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, en dos gruesos volúmenes, ofrecido en su honor, donde colaboraron muchos sabios especialistas en tal rama jurídica, nacionales y extranjeros.

Desarrolló gran actividad como conferenciante, disertando en Universidades de España y del extranjero, y es autor de varias publicaciones: *La Comunidad Internacional* (discurso de apertura de curso), Oviedo, 1945; *De la Comunidad Europea de Defensa a la Unión Europea Occidental*, Santiago de Compostela, 1956; *El proyectado ejército supranacional europeo*, Zaragoza, 1958; *Institutions politiques européennes* (en la obra colectiva *Marché Commun. Institutions Communes*, 1966); *Definición del concepto de agresión*, Zaragoza, 1966, etc. Además se hallaba en posesión de distintas condecoraciones, entre ellas la Encomienda con Placa de la Orden de Isabel la Católica, que le fue impuesta, en acto solemne, durante el Congreso del I.H.L.A.D.I. de Santiago de Compostela.

Aparte su actividad como docente, hemos de señalar otras dos actividades suyas a las que se dedicó con gran entusiasmo, como se deduce ya de la apretada síntesis biográfica precedente: la europeísta y la americanista. Pionero del europeísmo en España, ya desde los últimos años de la década de los cuarenta y, sobre todo, al iniciarse la de los cincuenta, cuando todavía la lucha por los ideales europeístas no era fácil en nuestro país, mantuvo ardorosamente tales ideales durante el resto de su vida, firmemente convencido de la necesidad de una Europa unida y fuerte, fiel a su tradición cultural y defensora siempre de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Pero principalmente lo que debemos destacar aquí ahora es su actividad americanista, puesto que ésta se vincula estrechamente al I.H.L.A.D.I., al que tantos desvelos dedicó y del que por ello, tan merecidamente, fue nombrado Miembro de Honor.

Consciente de la importancia del fomento de las relaciones intelectuales entre los especialistas del Derecho Internacional pertenecientes a la Comunidad iberoamericana de

Naciones y de la necesidad de un órgano de expresión de su pensamiento, que fuera respecto de tal ámbito cultural lo que el Instituto de Derecho Internacional es a nivel universal, fundó, con otros ilustres juristas, nuestro Instituto, en el Congreso de Madrid del mismo (1951) y a él se deben sus primeros Estatutos, aceptados y elogiados unánimemente entonces. Ya en el II Congreso (Sao Paulo, 1953), pasó a la categoría de Miembro, y después a la de Director (1974-1980). Asiduo participante en sus Congresos, en el de Santiago de Compostela (1966) fue además autor de una notable Ponencia sobre el arduo problema de la *Definición del concepto de agresión*, acogida muy favorablemente, y en el de Buenos Aires (1969) presidió una de las Comisiones de trabajo, "acreditando una vez más con este motivo sus dotes de habilidad y ponderación", según palabras del Maestro Yanguas Messía.

Por todo ello, el I.H.L.A.D.I. está de riguroso luto y siente en sí mismo el inmenso vacío dejado por la desaparición de un miembro suyo tan esclarecido, irreparable pérdida, tanto más sensible cuanto que, a pesar de su gran longevidad, el Dr. Sela se mantuvo con la mente plenamente lúcida hasta el último momento de su existencia. Nos queda siempre, sin embargo, como algo imperecedero, el ejemplo de su vida modélica en tantos sentidos, y sus enseñanzas, con las que se esforzó siempre por inculcar en el ánimo de sus alumnos y de sus oyentes y lectores los ideales de una paz justa, buen sabedor de que, como Fray Luis de León escribiera, "es sin duda, el bien de todas las cosas universalmente la paz" o, con palabras igualmente agustinianas: "Fac iustitiam et habebis pacem" e "In pace perfectio est". En resumen, la consecución del lema también agustiniano de nuestro Instituto: "Tranquillitas ordinis".

José Pérez Montero

XV CONGRESO DE IHLADI

BREVE CRONICA DEL MISMO

Después de cuatro años desde la celebración del XIV Congreso en San José de Costa Rica, en marzo de 1985, se consiguió celebrar el XV Congreso durante los días 24 al 28 de abril de 1989 en la histórica y bella ciudad de Santo Domingo, ciudad Primada de América y centro desde el que se irradió la cultura hispánica al Nuevo Mundo, gracias al generoso apoyo de la Universidad Iberoamericana canalizado a través de si Magfco. y Excmo. Sr. Rector, Dr. Jorge A. Hazoury Bahlés.

La Comisión Organizadora tuvo un doble componente: por parte de la UNIBE contó con la constante e inestimable ayuda del Excmo. Sr. Embajador Dr. Manuel Morales Lama y su valioso equipo de colaboradores, y, por parte del IHLADI, con la del licenciado Fabio Fournier Jiménez, que, por los avatares de todos conocidos dentro del Instituto, se vio constreñido nuevamente a asumir *de facto* las tareas de co-Presidente de la Comisión Organizadora, junto con la de Presidente del Instituto, que ostentaba *de iure*. Es justo recordar que gracias a sus infatigables gestiones fue posible lograr el apoyo de la UNIBE y celebrar el XV Congreso, saliendo del estancamiento en que se encontraba el IHLADI. Junto a él estuvo en todo momento, con su eficaz y constante ayuda, el Secretario General interino, Dr. Julio E. Linares, quien, finalizado el Congreso, declinó presentar su candidatura a la Secretaría General por incompatibilidad de tiempo con sus múltiples quehaceres profesionales.

El domingo 23 de abril, de cinco a siete de la tarde, se abrió la inscripción de los Miembros y Asociados en las distintas Comisiones en el Hotel Lima, sede de las sesiones del Congreso. Acto seguido fue ofrecido un cóctel de bienvenida.

La inauguración del Congreso se tuvo en una sesión solemne en el Auditorio Salomé Ureña, del Banco Central de la República Dominicana, presidida por el Honorable Señor Vicepresidente de la República, don Carlos Morales Troncoso, que ostentaba la representación personal del Excelentísimo Señor Presidente Constitucional de la República, Dr. Joaquín Balaguer, y otras personalidades civiles, universitarias y del mundo del Derecho. Por la tarde se precedió a la instalación de las cuatro Comisiones y al inicio de las sesiones de trabajo.

Aunque no pretendemos dar aquí una relación exhaustiva de todos los actos sociales, si queremos dejar constancia de la programación por la Comisión Organizadora de diversas recepciones, como el agasajo ofrecido por el Hon. Ayuntamiento del Distrito Nacional, la ofrenda floral realizada por una Delegación del Congreso ante el Altar de la Patria, diversas visitas y tours de la Ciudad colonial, sin olvidar la extraordinaria y bella excursión del jueves 27 de abril a la Romana, Casa de Campo y Altos de Chavón.

En la solemne inauguración del XV Congreso, celebrada tras la correspondiente reunión plenaria de la Junta de Miembros, abrió el orden del día el Secretario General interino, Dr. Julio E. Linares (Panamá), con un discurso-informe, y a continuación, hizo uso de la palabra el Presidente saliente del Instituto, Dr. Fabio Fournier Jiménez (Costa Rica), discursos que no nos es posible adjuntar por no haber sido recibidos.

Seguidamente el nuevo Presidente del Instituto, Embajador Dr. Eladio Knipping Victoria, pronunció el siguiente discurso:

DISCURSO DEL SEÑOR PRESIDENTE DEL INSTITUTO Y DEL XV CONGRESO

Sean mis primeras palabras para agradecer vivamente la presencia del Honorable Señor Vice-Presidente de la República, don Carlos Morales Troncoso, quien ostenta la representación personal del Excelentísimo Señor Presidente Constitucional de la República, Dr. Joaquín Balaguer, en esta jornada inaugural del XV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

Ruego a Vuestra Excelencia transmitir al Señor Presidente Balaguer la gratitud de todos los miembros del Instituto por el resuelto apoyo que nos ha brindado para la buena marcha de las labores de este Congreso, apoyo que no debe sorprendernos, pues es ampliamente reconocido su acendrado apego a los postulados del derecho, a la amistad entre los pueblos, al buen entendimiento, y a la cooperación y la solidaridad entre las naciones del mundo.

Quisiera ahora referirme a mi elección como Presidente de nuestro Instituto y del presente Congreso, elección que me abruma en vista de que no me considero merecedor de tan altísima distinción, ya que las únicas credenciales que puedo exhibir se reducen a mi participación por más de 25 años ininterrumpidos de ejercicio profesional repartidos entre la cátedra universitaria y la actividad diplomática. Eso sí, puedo asegurarles que desde ambas vertientes he procurado enmarcar mis actuaciones dentro de los principios rectores del derecho internacional y la cooperación entre los pueblos, todo ello orientado, claro está, a la consecución de un mundo mejor. Otro hecho que conturba mi ánimo lo constituye recibir esta Presidencia de manos del eminente americanista don Fabio Fournier, preclaro hijo de la hermana nación de Costa Rica. Suceder a tan eminente jusinternacionalista en la Presidencia del Instituto representa una tremenda responsabilidad. Ojalá que la suerte me acompañe para poder mantenerme a la altura de mi predecesor.

Señoras y señores:

Santo Domingo de Guzmán, la ciudad Primada de América, centro desde el cual irradió la cultura hispánica al Nuevo

Mundo, se siente hoy extremadamente complacida y al mismo tiempo honrada sobremanera, al acoger en su seno a los distinguidos miembros y asociados del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, herederos legítimos de la Escuela Española de Derecho internacional y de sus principios perennemente vigentes.

No quisiera que el amor al terruño patrio me llevara a la expresión hiperbólica, pero siento honestamente que no estaría cometiendo ninguna exageración si afirmara que no existe un escenario tan adecuado como el que nos proporciona esta ciudad para las deliberaciones de nuestro Instituto. Desde esta tierra generosa y hospitalaria se propagaron las primeras manifestaciones, las primeras protestas por la observancia y la defensa de los derechos humanos en el Continente Americano. Las Casas, Montesinos y otros igualmente relevantes expositores de la escuela teológica moral española comenzaron desde estos predios, inspirados por las novedosas y enaltecedoras doctrinas del Padre Fundador del nuevo Derecho de Gentes, el genial fraile dominico Francisco de Vitoria, a clamar con vehemencia y valentía por el reconocimiento de los sagrados derechos inherentes a la personalidad y la dignidad humanas.

Han transcurrido casi cinco siglos desde que en las aulas de la Universidad de Salamanca se iniciara esta hermosa batalla por la defensa de la dignidad del género humano. La simiente regada dió espléndido frutos, pues en la vida internacional contemporánea los derechos humanos desempeñan un extraordinario papel para alcanzar un orden de paz, de concordia y de cooperación entre los pueblos; orden en el cual el hombre pueda desarrollar íntegramente su personalidad y realizar sus más caras aspiraciones en el marco, desde luego, de instituciones democráticas, de libertad individual y de justicia social.

Nadie podría hoy desconocer la importancia que revisten los derechos humanos. Es tal su trascendencia que sería imposible en nuestros tiempos concebir un régimen democrático sin el ejercicio pleno y efectivo de tales derechos. En tal virtud, se podría sostener sin pecar de exceso que la vigencia de la democracia es consustancial con el respeto y la observancia de los derechos humanos.

Afortunadamente la República Dominicana vive un auténtico estado de derecho, en donde su presidente el Excelentísimo Señor Dr. Joaquín Balaguer, un hombre que cree en la democracia, que cree en la libertad y que cree en los hombres de buena voluntad, ha hecho de la promoción y la defensa de los derechos humanos parte esencialísima de su obra de gobierno, tanto en el ámbito interno como en el campo internacional.

Es en este marco, de evocadoras y ejemplarizante reminiscencias de una parte, y de innegable vigencia de un genuino clima democrático por la otra, que nos aprestamos a iniciar los trabajos del XV Congreso, continuando así una inveterada práctica del Instituto que no ha sufrido solución de continuidad desde su fundación.

Mención especial merece la Universidad Iberoamericana que, a través de su Magnífico Rector, el Dr. Jorge A. Hazouri nos ha brindado su mas entusiasta, inestimable y concluyente cooperación con el objeto de que el IHLADI pueda continuar con tan hermosa tradición.

Dada la naturaleza intrínseca del quehacer del Instituto convendría que echemos una breve ojeada al medio internacional de nuestros días. Esa simple observación nos revelaría la siguiente situación: Una tercera parte de la humanidad disfrutando de las ventajas del progreso de la ciencia, de la tecnología, de la economía, de la educación y de la cultura, ya dos terceras partes excluidas de tales beneficios, y de esas dos terceras partes la inmensa mayoría sumida en la más desesperante condición. Esta dramática realidad se nos presenta, paradójicamente, cuando asistimos a una etapa sorprendente de adelantos científicos, médicos y tecnológicos, y en todos los campos del saber humano.

En lo que atañe a nuestra realidad continental podemos observar interesantes y contradictorias acontecimientos. Por un lado, América Latina está experimentando un hermoso movimiento de apertura democrática. Cada día que pasa es más manifiesta esa tendencia hacia la democratización de la región. por otra parte, sin embargo, nuestra región está sufriendo los rigores de una de sus peores crisis económicas.

Entre los factores que mayor incidencia tienen en la presente coyuntura de recesión económica sobresale principal-

mente en que se refiere a la deuda externa de nuestros países. Se podría afirmar, con toda propiedad, que el problema de la deuda externa es el mayor obstáculo, el principal escollo al crecimiento económico y al desarrollo social del hemisferio, aspecto éste que podría paralizar y dar al traste con el hermoso proceso democrático que impera felizmente en la región. Con esta afirmación tan rotunda no pretendo asumir una actitud o una pose de tipo alarmista, ya que es innegable que en la medida en que dicho problema no encuentre solución se acentuará dramáticamente el estado de pobreza crítica en la América Latina y el Caribe. En tal virtud, se impone revertir esa situación que empuja a nuestros pueblos a un descalabro de carácter social, habida cuenta de que para nadie es un secreto que la pobreza, esa especie de cámara lenta de la muerte, como la definiera una vez el Presidente Balaguer, es el peor enemigo, el enemigo número uno que tiene en la democracia.

No escapa al entendimiento del observador perspicaz que las raíces del cuadro anteriormente esbozado se afincan fundamentalmente en la irritantes desigualdades e injusticias económicas, sociales y culturales flagrantes que caracterizan a la vida internacional. Mientras persista dicha situación, el ideal de paz, la aspiración suprema de la humanidad, será muy difícil de alcanzar, pues es evidente que la separación cada día más profunda entre los países ricos y los países pobres constituye una peligrosa carga de tensión social. Como también es imposible pretender que exista un armónico equilibrio en las relaciones internacionales con el angustiante drama que supone el subdesarrollo. De ahí pues, la necesidad imperiosa de que los hombres de buena voluntad se aboquen a la inaplazable tarea de establecer un nuevo orden internacional que tienda a superar las crecientes dificultades que impiden el establecimiento de un mundo mejor.

En esta magna empresa de construir un mundo mejor, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional está llamado a desempeñar un estelarísimo papel.

En sus casi 40 años de servicios a los mejores intereses de la humanidad, nuestro Instituto, la expresión más elocuente de la conciencia jurídica de esta vasta comunidad de pueblos iberoamericanos, ha contribuido notablemente al desarrollo

progresivo del derecho internacional. Su obra doctrinal ha sido un inestimable aportación al orden jurídico internacional. En efecto, gran parte de sus trabajos doctrinados han sido incorporados tanto en el ordenamiento jurídico interno de muchos de nuestros Estados como en el propio ámbito de la comunidad internacional organizada.

Imbuídos en el espíritu de la celebre definición de la Paz de San Agustín, definición de permanente vigencia, "Pax est ordinata concordia", lo que quiere decir que la paz es la concordia en el orden y por el orden, ya que el orden engendra la paz, los miembros del Instituto estamos comprometidos a propiciar ese nuevo orden internacional, reconociendo que la paz, el más alto de los valores sociales, el bien común de la humanidad, debe ser la resultante de la justicia social, la cooperación y la solidaridad internacionales.

Señores miembros, señores asociados, queridos colegas que la luz del Derecho ilumine nuestras mentes y nuestras deliberaciones.

Muchas gracias.

**CONCLUSIONES APROBADAS
SOBRE LAS PONENCIAS Y OTROS
ACUERDOS DEL XV CONGRESO
DEL IHLADI**

CONCLUSIONES DEL CONGRESO

Como se señaló anteriormente, la *Segunda Comisión*, al no poder instalarse, por ausencia justificada de su Ponente, la Dra. Gilda Maciel CORREA MEYER DE RUSSOMANO (Brasil), tampoco adoptó, en consecuencia, conclusión alguna. El texto de su Ponencia fue publicado y distribuido con anterioridad a la celebración del Congreso.

Del mismo modo, tampoco pudieron instalarse la *Tercera y Sexta Comisión*, por desistimiento de sus ponentes.

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA COMISION

Habiendo analizado la ponencia redactada por el Miembro de este Instituto, Dr. Manuel Augusto Ferrer, presentada, en su ausencia, por el Dr. Enrique Mapelli López y habiendo constatado el interés y la trascendencia del tema desarrollado.

DECLARA:

1. Recibir el trabajo del DR. Manuel Augusto Ferrer como una importante comunicación científica, agradeciéndole la aportación que la misma supone a la documentación del XV Congreso y extendiendo esa gratitud al Dr. Enrique Mapelli por el excelente trabajo realizado al presentarlo.

2. Considerar la conveniencia de que el texto enviado por el Dr. Ferrer se incorpore, con tal carácter, al Anuario del presente Congreso.

3. Sugerir al Consejo Directivo que, teniendo en consideración otros acuerdos o resoluciones que, en relación con el mismo tema, hayan podido adoptarse en Congresos anteriores del Instituto y, muy especialmente, el trabajo presentado ante esta Comisión, estudie la posibilidad de incluirlo en la relación de asuntos a tratar en próximos Congresos.

CONCLUSIONES DE LA CUARTA COMISION

Habiendo analizado la ponencia presentada por el Miembro de este Instituto, Dr. José Juste Ruiz, y valorado el contenido de la misma, así como su rigor científico, y habiendo tomado en consideración las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión,

DECLARA:

1. En el Derecho Internacional contemporáneo, la equidad tiene aplicación:

a) como noción jurídica general derivada de la idea de justicia que modula los procesos de formación y aplicación de ese Derecho.

b) Como elemento integrante de la formulación de reglas de derecho positivo que despliega una eficacia normativa autónoma y que se manifiesta en un número creciente de campos, tales como:

1) La delimitación o determinación del status jurídico de los espacios marinos entre Estados vecinos.

2) El establecimiento de un nuevo orden económico internacional.

3) El régimen de explotación de los recursos naturales compartidos entre Estados, tales como cuencas hidrográficas y cursos de agua internacionales.

4) El régimen de aprovechamiento de los recursos de la Zona de fondos marinos, del espacio ultraterrestre y de la Antártida, de acuerdo con sus correspondientes regímenes jurídicos.

5) La protección y preservación del medio ambiente en beneficio de la Humanidad.

2. El proceso de ampliación de la función de la equidad en el Derecho Internacional actual debe ser correspondido con un renovado esfuerzo doctrinal y sobre todo jurisprudencial, que permita una mejor delimitación de su naturaleza y contenido, así como una mayor precisión de su alcance operativo. En particular, debe distinguirse la función de la equi-

dad, normalmente inherente a una aplicación sana del Derecho, del pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono*, que sólo puede efectuarse si las partes así lo convinieran.

3. Además, debe precisarse el contenido y alcance de la nueva figura de la equidad como elemento integrante de la formulación de las reglas de derecho positivo. En particular, debe realizarse un esfuerzo renovado en vistas a lograr:

a) La reafirmación del principio según el cual la aplicación de la equidad debe conformarse a las exigencias del Derecho internacional.

b) La elaboración de un método de análisis que depure la técnica de aplicación de esas reglas y logre uniformidad y previsibilidad en las decisiones arbitrales y judiciales.

CONCLUSIONES DE LA QUINTA COMISION

El IHLADI, aún reconociendo que el terrorismo es un mal de tal magnitud y gravedad que su completa erradicación rebasa las posibilidades del Derecho, considera, sin embargo, que los juristas, ante tamaño mal, no pueden permanecer indiferentes: tiene el deber de buscar soluciones y proponer medidas que tiendan a remediarlo o, por lo menos, a mitigarlo.

El IHLADI, frente a quienes desisten de definir el terrorismo dada la dificultad que ello implica, considera indispensable dar una definición del mismo. Si se ha de juzgar a los delincuentes que cometen actos terroristas, éstos deben estar perfectamente tipificados. En consecuencia, formula la siguiente definición de terrorismo:

"Actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas; de destrucción o interrupción de los servicios públicos, o de destrucción o apropiación del patrimonio que, realizados por personas a las ordenes de bandas, grupos o asociaciones, tienden a provocar un estado de pánico o de intimidación que altera la seguridad o el orden públicos con fines políticos o sociales".

El IHLADI considera que los métodos y medios violentos absolutamente reprobables de que se valen los terroristas para conseguir sus fines suponen la corrupción del fin político

o social que pudieren perseguir convirtiéndolo en un crimen internacional.

El IHLADI estima de la mayor importancia la prevención de los actos terroristas. Para evitarlos, todos los Estados tienen, en virtud del Derecho Internacional, la obligación, que deben cumplir rigurosamente, de abstenerse de organizar o de fomentar tales actos, ayudar a ellos, participar en los mismos, o tolerar en su territorio actividades para su ejecución, en otro u otros Estados. El incumplimiento de tal obligación, no sólo constituye un hecho internacionalmente ilícito, engendrador de la correspondiente responsabilidad internacional, sino que implica una amenaza a la paz internacional o un quebrantamiento de la paz internacional o un quebrantamiento de la paz e incluso un acto de agresión a los que les sería aplicable lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas.

Además, los Estados, en el mayor número posible, deben ponerse de acuerdo, mediante Convenios o de otra forma, para adoptar medidas que tengan por objeto prevenir y dificultar las actividades terroristas.

Los Estados deben comprometerse a obrar en las Organizaciones a las que pertenezcan de modo que consigan que estas medidas y otras análogas sean aceptadas y aplicadas por el mayor número de Estados.

En todas las legislaciones penales deben ser prohibidas y severamente castigadas la apología del terrorismo y la incitación a él. En los Convenios contra el terrorismo deberá incluirse siempre una cláusula por la que los Estados partes se obliguen a introducir en su Derecho interno disposiciones en tal sentido.

Para evitar que los delitos de terrorismo queden impunes se aplicará estrictamente el principio *aut dedere aut iudicare*. Ello requiere facilitar lo más posible la extradición y el enjuiciamiento del presunto delincuente, perfeccionando los procedimientos de extradición para que sea juzgado lo antes posible y prestándose los Estados, con tal fin, la máxima asistencia judicial. Al efecto, se excluirá expresamente a los terroristas de las cláusulas que en los Convenios de extradición exceptúan de ésta a los delincuentes políticos. Por la mismas razones, tampoco podrá alegarse en favor de dicho delincuente que el acto por él realizado, aunque en sí mismo

no sea un delito político, tiene conexión con un delito de esta naturaleza, o se ha inspirado en móviles políticos, y así se hará constar también en los citados Convenios.

La eventual creación de un Tribunal Penal Internacional deberá comprender dentro de sus competencias el enjuiciamiento del crimen internacional de terrorismo.

CONCLUSIONES DE LA SEPTIMA COMISION

El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, reunido en su XV Congreso.

CONSIDERANDO:

1. Que las graves consecuencias del aumento unilateral e ilimitado de las tasas de interés de la deuda externa se prolongan y agudizan en el acelerado empobrecimiento de nuestros pueblos del continente americano y constituyen una amenaza para la paz y la estabilidad de las naciones así como para la consolidación de la democracia.

2. Que el IHLADI aspira a aportar una visión jurídica de la cuestión.

3. Que es necesario despertar la conciencia de la comunidad internacional para hallar, con ayuda del Derecho, soluciones a los problemas político-económicos y sociales originados por el desmesurado crecimiento de la deuda, no obstante los cuantiosos pagos ya efectuados.

4. Que el espíritu de cooperación y solidaridad debe privar en la comunidad internacional, según los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Que los criterios de justicia y equidad deben prevalecer sobre los financieros, rescatando así el valor rector y pacificador del derecho.

6. Que corresponde asumir el valor vinculante de los principios generales de Derecho (artículo 38 del Estatuto de la Corte internacional de Justicia) así como la aparición de principios jurídicos que se fundamentan en el nuevo orden económico internacional y en el Derecho internacional del desarrollo.

RECOMIENDA:

A los Gobiernos que promuevan, a través de los órganos y organismos internacionales competentes, la solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia acerca de:

1. La licitud o ilicitud del alza unilateral e ilimitada de las tasas de interés de la deuda externa.
2. Si tal alza es compatible con el nuevo orden económico internacional y en particular con el ejercicio efectivo del derecho al desarrollo que la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 4 de Diciembre de 1986 reconoce expresamente a los Estados.

RESUELVE:

1. Recomendar a los Miembros y Asociados del Instituto la profundización del análisis de los distintos aspectos involucrados en el tema, a fin de que puedan ser incorporados a la agenda de futuros congresos, tales como:

- a) La aplicación de la Teoría de la imprevisión.
- b) La corresponsabilidad de los acreedores y deudores.
- c) Los conflictos entre cláusulas contractuales internacionales y el Derecho interno.
- d) El enriquecimiento sin causa que obtienen los Estados en el cobro de impuestos sobre los pagos de interés a entidades financieras radicadas en sus territorios.
- e) Las circunstancias que determinan la aplicación de la norma *rebus sic stantibus*.
- f) La vigencia del concepto de "lesión enorme".
- g) El estudio interdisciplinario de contratos de empréstito.

2. Encomendar al Señor Presidente del IHLADI, Embajador Dr. Eladio Knipping Victoria, la alta misión de poner en conocimiento de los Jefes de Estado y de Gobierno de nuestros países así como a la Organización de las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos, los fun-

damentos y aspiraciones de nuestro Instituto sobre la vía jurídica que aconseja en la Declaración titulada: "El alza unilateral e ilimitada de las tasas de interés de la deuda externa a la luz de Derecho Internacional contemporáneo".

OTROS ACUERDOS DEL XV 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:

- Nombramiento de Miembro de Honor del Dr. Fabio Fournier, ex Presidente del Instituto.
- Elección del Dr. Eladio Knipping Victoria de Presidente del Congreso y, en consecuencia, del Instituto hasta el próximo Congreso.
- Voto de agradecimiento a la Universidad Iberoamericana, UNIBE, en la persona de su Rector Magnífico, el Dr. Jorge A. Hazoury Balhés, por el patrocinio del XV Congreso y su generosa hospitalidad.
- Voto de agradecimiento a su Excelencia el Embajador Dr. Manuel Morales Lama por su valiosa cooperación en la organización y realización del Congreso.
- Voto de reconocimiento al Presidente y Secretario General salientes del Instituto por la meritoria labor desarrollada en sus respectivos cargos. Dicho voto se hizo extensivo asimismo al nuevo Presidente, Dr. Eladio Knipping, por la forma eficiente y ecuánime con que dirigió las sesiones del XV Congreso.
- Voto de agradecimiento al personal de Secretaría por su eficiente cooperación.
- Voto de pésame por el deceso del anterior Secretario General, Dr. José Luis de Azcárraga y Bustamante. El IHLADI, recordando con respeto su vida consagrada por entero al servicio de su país y al culto de la justicia y del Derecho en todos los campos en que se aplicó su fulgurante inteligencia y abrumadora cultura -particularmente en

el magisterio, donde ejerció con brillantez la cátedra de Derecho Internacional Público y dejó impresa la huella de su saber-; teniendo en cuenta que el ilustre desaparecido, además de haber participado en la fundación de este Instituto y ascendido por sus altos méritos al cargo de Secretario General del mismo, alcanzó también, en el estamento militar de su Patria, el puesto de Ministro Togado de la Armada, RESUELVE:

1. Rendir homenaje de admiración y reconocimiento a la memoria del Profesor José Luis de Azcárraga y Bustamante, cuya desaparición causa una pérdida irreparable, tanto para España, su Patria, como para todos los Estados que integran la comunidad hispano-luso-americana.
 2. Transmitir esta resolución al Gobierno de España y hacer llegar copia de ella a la distinguida familia del ilustre desaparecido, expresándole los sentimientos de profundo pesar de todos los Miembros y Asociados del IHLADI por la inmensa pérdida sufrida con el fallecimiento del Profesor José Luis de Azcárraga y Bustamante.
- Voto de pésame por el sentido fallecimiento de los recordados colegas Juan Carlos Puig (Argentina), Miguel Franchini Netto (Brasil), Haroldo Valladao (Brasil), Manuel Iglesias (Costa Rica), Luis Demetrio Tinoco (Costa Rica), Fernando Albónico (Chile), José Quero Morales (España), Roberto Concepción (Filipinas), Manuel Villacorta Viellman (Guatemala), José Luis Bustamante y Rivero (Perú) y Santos P. Amadeo (Puerto Rico), Miembros y Asociados del Instituto. Que en paz descansen.
 - Voto de felicitación a los ponentes Dres. Manuel Augusto Ferrer (Argentina), José Juste Ruiz (España), José Pérez Montero (España) y Miguel Angel Espeche Gil (Argentina) por el valioso aporte científico de sus trabajos, que prestigiaron las labores del XV Congreso.
 - Se acordó publicar en el Anuario del Instituto la ponencia del Dr. Manuel Augusto Ferrer por su importante contenido y, ante su ausencia por enfermedad, designar al Dr.

Enrique Mapelli López para que actuara como relator de la misma.

- Se autoriza al Secretario General para que realice las gestiones pertinentes a fin de que los Miembros y Asociados excedentes puedan reintegrarse al Instituto. Igualmente, ante la acumulación notable de cuotas impagadas, se autoriza al Secretario General para que pueda realizar los cobros fraccionariamente pero no a condonar las cuotas (60 \$ USA al año).
- Se designa como sede del XVI Congreso del Instituto a la ciudad de Maracaibo (Venezuela), con motivo del centenario de la fundación de su Universidad, y se nombra Presidente de la Comisión organizadora al Dr. Jesús Soto Amesty. Con tal motivo se recuerda el ofrecimiento hecho por el Gobierno venezolano de mantener el Premio "Luis García Arias", cuya dotación es de 2.000 \$ USA, para premiar un trabajo sobre un tema libre de Derecho Internacional Público en lengua española o portuguesa, para lo cual la Secretaría General mantiene el Jurado del anterior Congreso, integrado por los Dres. Schacht Aristeguieta (Venezuela), como Presidente, y Barberis (Argentina) y Martínez Moreno (El Salvador), como Vocales. Habrá un plazo de presentación ante la Secretaría General del IHLADI hasta el 31 de junio de 1990. La extensión de los trabajos, que deberán ser inéditos, no será inferior a 50 folios escritos a máquina.
- El temario científico a discutir en el próximo congreso será el siguiente:
 1. "Desarrollo, ambiente y Derecho Internacional Privado". Ponente: Carlos FEBRES POBEDA (Venezuela).
 2. "El patrimonio común de la Humanidad". Ponente: Calixto ARMAS BAREA (Argentina).
 3. "Análisis de principios y medios de orden jurídico relacionados con el derecho al desarrollo de los pueblos del Tercer Mundo". Ponente: Fabio FOURNIER (Costa Rica).
 4. "La protección internacional de los bienes culturales". Ponente: Oriol CASANOVAS Y LA ROSA (España).

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI (art. 6 y 7)

En las elecciones estatutarias que tuvieron lugar el día 28 de abril de 1989 resultaron elegidos los siguientes nueve MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta:

Roberto BARTOLOMEO CARLOMAGNO (Argentina)
Fabio CARBALLO MONTERO (Costa Rica)
Guillermo TRIGUEROS (hijo) (El Salvador)
Prometeo CEREZO DE DIÉGO (España)
León HERRERA ESTEBAN (España)
Enrique MAPELLI LOPEZ (España)
Yolanda FRIAS SANCHEZ (México)
Eladio KNIPPING VICTORIA (República Dominicana)
Nelson GONZALEZ SANCHEZ (Venezuela)

Asimismo fueron elegidos los siguientes 10 ASOCIADOS:

Raúl Emilio VINUESA (Argentina)
Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE (Brasil)
Rodrigo Jesús DIAZ ALBONICO (Chile)
Félix FERNANDEZ-SHAW BALDASANO (España)
José Manuel PELAEZ MARON (España)
Carlos Roberto REINA (Honduras)
Luis MIGUEZ DIAZ (México)
Juan Alvaro MUNGUÍA ALVAREZ (Nicaragua)
Altagracia BAUTISTA DE SUAREZ (República Dominicana)
Horacio B. VICIOSO SOTO (República Dominicana)

COMISIONES DEL XV CONGRESO

Composición de las Mesas

La *Primera Comisión*, ante la ausencia por enfermedad de su ponente, el doctor Manuel Augusto FERRER (Argentina), que, no obstante, había redactado y distribuido su anteproyecto de ponencia "Comunicaciones por satélites",

nombró para suplirle un relator, quedando la Mesa así compuesta:

Presidente: León HERRERA ESTEBAN (España)
Vicepresidente: Rogelio SOTELA MONTAGNE (Costa Rica)
Relator: Enrique MAPELLI LOPEZ (España)
Secretario: Fabio CARBALLO MONTERO (Costa Rica)

La *Segunda Comisión* no se instaló debido a la inasistencia por enfermedad de la ponente, doctora Gilda Maciel CORRREA MEYER DE RUSSOMANO (Brasil), cuyo anteproyecto de ponencia "A inmunidade de jurisdição territorial do Estado. Estudo sobre as Convenções de Viena 1961 e 1963", fue publicado y distribuido con anterioridad a la celebración del Congreso.

La *Tercera Comisión* sobre "La extradición en la lucha del tráfico de estupefacientes", así como la Sexta sobre "Las normas mercantiles y financieras de los Países del Pacto Andino y su eventual aplicación por el Tribunal Andino de Cartagena", no se instalaron por desistimiento de sus ponentes.

La *Cuarta Comisión*, sobre "La equidad en Derecho internacional público: aspectos actuales", tuvo la siguiente Mesa:

Presidente: Ernesto REY CARO (Argentina)
Vicepresidente: José Joaquín CAICEDO PERDOMO (Colombia)
Ponente: José JUSTE RUIZ (España)
Secretario: Hugo LLANOS MANSILLA (Chile)

La *Quinta Comisión*, sobre "La lucha y la cooperación internacionales contra el terrorismo", instaló la Mesa siguiente:

Presidente: Alfredo MARTINEZ MORENO (El Salvador)
Vicepresidente: Enrique MAPELLI LOPEZ (España)
Ponente: José PEREZ MONTERO (España)
Secretario: Yolanda FRIAS SANCHEZ (México)

La *Séptima Comisión*, sobre "licitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa", tuvo la Mesa compuesta por:

Presidente: Efraín SCHACHT ARISTEGUIETA (Venezuela)
Vicepresidente: Luis CABANA (Venezuela)
Ponente: Miguel Angel ESPECHE GIL (Argentina)
Secretario: José Joaquín CAICEDO PERDOMO (Colombia)

RELACION DE PARTICIPANTES

(M) Miembro
(A) Asociado
(O) Observador

ARGENTINA:

ARMAS BAREA, Calixto (M)
BARTOLOMEO CARLOMAGNO, Roberto (M)
ESPECHE GIL, Miguel Angel (M)
REY CARO, Ernesto (M)

BRASIL:

RIBEIRO, Renato (M)

COLOMBIA:

CAICEDO PERDOMO, José Joaquín (M)

COSTA RICA:

CARBALLO MONTERO, Fabio (M)
FOURNIER JIMENEZ, Fabio (M)
SOTELA MONTAGNE, Rogelio (M)
BARUCH SCHIFFMAN, Bernardo (A)

CUBA:

GARCIA AMADOR, Francisco (M)

CHILE:

LLANOS MANSILLA, Hugo (M)

EL SALVADOR:

MARTINEZ MORENO, Alfredo (M)
TRIGUEROS (hijo), Guillermo (M)
SERRANO GARCIA, Carlos (A)

ESPAÑA:

CEREZO DE DIEGO, Prometeo (M)
HERRERA ESTEBAN, León (M)
JUSTE RUIZ, José (M)
MAPELLI LOPEZ, Enrique (M)
PEREZ MONTERO, José (M)
PELAEZ MARON, José Manuel (A)
CASTILLO DAUDI, Mireya (O)

MEXICO:

FRIAS SANCHEZ, Yolanda ((M)
GUERRA MALO, Braulio (A)

NICARAGUA:

MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro (M)
MUNGUÍA NOVOA, Juan (M)

PANAMA:

LINARES GUTIERREZ, Julio Ernesto (M)
OZORES, Renato (M)

PUERTO RICO:

FERNOS LOPEZ-CEPERO, Antonio (A)

REPUBLICA DOMINICANA:

KNIPPING, Eladio (M)
BAUTISTA DE SUAREZ, Altagracia (A)

VICIOSO SOTO, Horacio (A)
HERNANDEZ ALMANZAR, Homero ((O)
MENDEZ ROMERO, Rigoberto (O)
PADILLA TONOS, Pedro Luciano (O)
PICHARDO OLIVER, Miguel (O)
SUBERO ISA, Jorge Antonio (O)

VENEZUELA:

CABANA, Luis (M)
FEBRES POBEDA, Carlos (M)
GONZALEZ SANCHEZ, Nelson (M)
ROUVIER, Juan María (M)
SCHACHT ARISTEGUIETA, Efraín (M)
SOTO AMESTY, Jesús (M)

COLABORADORES DEL CONGRESO

Dr. Jorge HAZOURY, Rector de la UNIBE
Dr. Manuel MORALES LAMA, Presidente del Comité
Organizador.
Dr. Horacio VICIOSO.
Dr. Ezequiel ACOSTA.
Lic. Zaidy ZOUAIN.
Josefina DISLA BINET, secretaria.
Hinya Gloria de PEÑA MENDOZA, secretaria.
Zoila PEREZ, secretaria.
Patricia SANCHEZ DUJARRIC, secretaria.