IIJ

DERECHO INTERNACIONAL

TEMAS SELECTOS

5a. ed.

Alonso Gómez-Robledo Verduzco

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHO INTERNACIONAL
Temas selectos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie H. ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, Núm. 12

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Edición: Miguel López Ruiz
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO

DERECHO INTERNACIONAL

Temas selectos

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2008

Primera edición: 1986
Segunda edición: 1994
Tercera edición: 1999
Cuarta edición: 2003
Quinta edición: 2008

DR © 2008, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-2-00249-4

A mis hermanos,
en las divinas horas

ÍNDICE

Introducción 7

Enseñanza del derecho internacional público 9

En torno a la "Ley Helms-Burton" de 1996 19

El "Pacto de Bogotá" sobre solución de controversias, a la luz del caso relativo a las acciones armadas, fronterizas y transfronterizas, entre Nicaragua y Honduras (CIJ) 59

Los tratados de extradición y su supuesta ineficacia 87

La política exterior mexicana: sus principios fundamentales 103

El régimen jurídico de los tratados en México y el artículo 133 constitucional 125

United States *vs.* Álvarez Machain 139

El Tratado de Libre Comercio a la luz del derecho internacional . . 171

Interpretación de los tratados en derecho internacional 195

Concepto de responsabilidad internacional del Estado según Hans Kelsen. 207

Aspectos de la reparación en derecho internacional. 235

El problema del previo agotamiento de los recursos internos, en derecho internacional 263

Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la contaminación marina 285

El caso del Ixtoc-I en derecho internacional 297

Internacionalización de la justicia. Caso Augusto Pinochet. 345

Jurisprudencia internacional por daños transfronterizos 403

La Convención de Montego Bay, génesis de la misma y el unilateralismo como técnica jurídica 429

Análisis de la zona económica y la plataforma continental en el nuevo derecho del mar 447

Explotación de los fondos marinos y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. 483

Régimen jurídico de la investigación científica marina 511

Tratado sobre la Delimitación de la Plataforma Continental entre México y los Estados Unidos de América del 9 de junio de 2000. 527

Significación jurídica del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales 549

El Estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma 571

Especificidad de principios jurídicos internacionales en un orden económico 583

Notas sobre el llamado derecho internacional del desarrollo 599

México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva del 6 de mayo de 1998. 615

El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional. 669

La noción de "tortura, penas, tratos crueles, inhumanos y degradantes", en la jurisprudencia internacional en homenaje a Víctor Carlos García Moreno. 683

¿Es el terrorismo un delito político?. 705

El crimen de genocidio en derecho internacional 723

Los procesos de Nuremberg y Tokio: precedentes de la Corte Penal Internacional 749

Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario 775

Seguridad internacional colectiva y crisis del Golfo Pérsico 793

Derecho internacional y nueva Ley de Nacionalidad Mexicana . . 807

El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales 843

Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada 857

Palestina: independencia de un Estado 903

Jurisdicción interna, principio de no intervención y derecho de injerencia humanitaria 921

Consideraciones en torno a las "operaciones para el mantenimiento de la paz". 941

La historiografía y el estudio de los orígenes inmediatos de las guerras mundiales. 955

Derecho internacional. Temas selectos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de noviembre de 2008 en Formación Gráfica, S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, 57630 Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se usó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

INTRODUCCIÓN

Hoy en día todo Estado que se preocupa por la independencia de su política exterior, debe estar muy consciente de la serie de consecuencias que conlleva el considerable crecimiento del sinnúmero de actores que han llegado a ser políticamente relevantes sobre la escena internacional, aun y cuando sea indiscutible que la estructura de base de la sociedad internacional sigue siendo el Estado soberano.

No se trata solamente de la multiplicidad creciente de Estados soberanos, sobre todo a partir de la descolonización de los años sesenta, y del colapso del imperio soviético, sino de la multiplicación de las entidades semiautónomas, semiprivadas o semipúblicas, como son las empresas multinacionales, y las situaciones creadas por ciertas organizaciones internacionales dotadas de poderes con capacidad de decisión y de gestión propios.

De todo ello va a resultar no solamente una complejidad más grande de la estructura de la comunidad internacional, sino que además se va a acentuar el fenómeno de una verdadera difusión o dispersión del poder político a nivel internacional. Esto ha hecho que en ocasiones se hable de la existencia de varios sistemas internacionales, en cierta forma superpuestos y vinculados entre sí, en contraposición a la tesis clásica de un solo sistema internacional único y absoluto.

En la misma medida en que se trata de una relación con multiplicidad de actores y que no permite recurrir al uso de la fuerza más que dentro de muy estrechos límites de acción, ninguno de éstos puede por tanto ejercer una absoluta influencia determinante y total, ya sea sobre todos los planos de la política internacional, o ya sea sobre un muy largo periodo.

El derecho internacional cumple, como todo derecho, con una función política de estabilización de las relaciones de poder, pero a la par de esta función eminentemente "conservadora", el derecho internacional también ejerce una importante función de "cuestionamiento" sobre la sociedad internacional, en la medida en que es precisamente a través de este

derecho que se pueda poner en tela de juicio al orden político y económico internacional imperantes.

Un sistema jurídico, no es únicamente una abstracción, una mera realidad intelectual, es decir, un conjunto de proposiciones verbales que definen normas. Antes que nada, el contenido de todo orden jurídico está determinado por una específica estructura histórica; se va a ir "moldeando", en relación directa con las características precisas de la sociedad a la que se presupone debe gobernar.

La sociedad estatal, se fundamenta en el principio de subordinación del ciudadano a los órganos del Estado, y en el principio de la centralización en la elaboración de las normas.

La sociedad internacional, por el contrario, está fundamentada en el principio de la igualdad de entidades independientes y de naturaleza autónoma (no-heterónoma) de sus normas; esto desemboca en un modelo jurídico diverso, que se estructura, no ya en una centralización de normas, sino en una auténtica descentralización en la elaboración de sus normas y principios jurídicos.

No cabe duda que sería hacer prueba de una falta total del sentido de la realidad —como lo demostró siempre el profesor Michel Virally—, el estudio de un sistema jurídico en términos de sanciones. Por el contrario, es menos irracional y dogmático, el estudio del derecho como "un conjunto de reglas que son usualmente obedecidas". No hay por qué confundir la patología del derecho, con el derecho mismo.

Por último, no hay que olvidar, que para un país como México, el derecho internacional no puede ser nunca considerado como un mero factor de "expresión secundario" de nuestra política exterior. México no puede darse el lujo de querer poseer una política exterior moldeable a las circunstancias del momento. Adoptar la visión de una política exterior, como mero ropaje de luces, cortado de acuerdo a las necesidades que se "presumen prioritarias", dentro de tal o cual coyuntura política —con frecuencia espoleado por la comodidad de la inercia— equivaldría, ni más ni menos, a ir cimentando, nosotros mismos, un proceso irreversible hacia la ausencia de una política exterior, consistente con las directrices fundamentales que, de siempre, han conformado nuestras relaciones exteriores.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

SUMARIO: I. *Delimitación del término derecho internacional público y teoría de las relaciones internacionales.* II. *Impulso de Naciones Unidas en favor de la enseñanza.* III. *Situación real de la enseñanza del derecho internacional en las universidades.* IV. *Factores que dificultan la impartición de la disciplina.* V. *Interacción efectiva del aprendizaje teórico y de la enseñanza práctica.*

I. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El derecho internacional público como conjunto de normas que determina y reglamenta las relaciones internacionales entre los sujetos de ese orden jurídico, debe ser siempre diferenciado de lo que constituye específicamente la teoría de las relaciones internacionales, si por esta última se entiende de alguna manera y en gran medida (aunque simplificando) el análisis sistemático de los actos de la política internacional.

Esto no quiere decir que se pueda negar la gran importancia que reviste el hecho social, paralelamente al contenido de la norma jurídica, ya que sin duda es la teoría de las relaciones internacionales la que va a examinar las repercusiones que pueden tener las normas jurídicas en el ámbito de los sujetos internacionales.

El derecho internacional público como sistema de normas se forma dentro de una estructura histórica precisa y se genera en el marco específico de una sociedad determinada. Es sólo partiendo de esta concepción que podemos explicarnos cómo el derecho internacional es susceptible, ya sea de consolidar y reforzar el equilibrio de poder en la sociedad inter-

nacional, o bien moderar e incluso, en ocasiones, rectificar el libre juego de las relaciones de poder.[1]

El conocimiento y, por tanto, la enseñanza del derecho internacional dentro del camino de las relaciones diplomático-internacionales es de una importancia innegable; si bien es cierto que puede perfectamente concebirse en teoría la negociación y redacción de un tratado o convenio internacional a nivel profesional como una cuestión de mera técnica diplomática, el problema de índole eminentemente jurídica, que se planteará inmediatamente después de concluida ésta y que será el de la *interpretación* misma del tratado, no podrá llevarse a cabo sin el previo y riguroso conocimiento de los principios y reglas que configuran la estructura del derecho internacional positivo.[2]

La primera reflexión que puede ocurrírsenos al preguntarnos sobre la importancia, el lugar que ocupa y el papel que se otorga a la enseñanza del derecho internacional público dentro de la amplia gama de las diversas disciplinas o materias jurídicas que se imparten en la facultad, es que por lo menos, y esto sólo para no ser demasiado drásticos, la enseñanza del derecho internacional deja aún mucho que desear, y que hay todavía un camino inmenso por llenar, otro tanto por rectificar y bastante por mejorar, completar y perfeccionar.

II. Impulso de Naciones Unidas en favor de la enseñanza

Desde los primeros años de actividad de la Organización de Naciones Unidas, la Asamblea General ha sabido apreciar la importancia que adquiere la enseñanza del derecho internacional para tratar de obtener un mayor reforzamiento de la estructura de la organización internacional, y por consiguiente mayores perspectivas encaminadas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Ya desde su segunda sesión, en noviembre de 1947, la Asamblea General adoptaba dos importantes resoluciones concernientes a la específica enseñanza del derecho internacional,[3] invitando a los Estados miembros a

1 *Cfr.* Burton, J. W., *International Relations, a General Theory*, Cambridge, University Press, 1967, pp. 22 y ss.; Virally, M., "Le Juriste et la Science du Droit", *Révue de Droit et Sciences Politiques (RDPSP)*, París, 1964, pp. 591-611.

2 *Cfr.* Lachs, M., "Teachings and teaching of International Law", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (RCADI)*, La Haya, 1976, vol. III, pp. 161-253.

3 *Cfr.* Resolución 137 (II) y Resolución 176 (II), noviembre, 1947, Doc. of./A.6.

adoptar todas las medidas adecuadas con objeto de alentar la enseñanza de los principios y reglas de la Carta de Naciones Unidas, y de la estructura y funcionamiento de la organización, y esto debiéndose llevar a cabo no única y exclusivamente a nivel de los establecimientos y centros de estudios superiores.

Esta posición de principio que asume la Asamblea General sobre el estímulo adecuado que debe darse a la impartición del derecho internacional tendrá como consecuencia, entre otras cosas, la adopción del llamado "Programa de Asistencia de Naciones Unidas en Favor del Derecho Internacional",[4] para cuya implantación se contaría con la colaboración de la UNESCO y del UNITAR, para así fomentar múltiples actividades en favor de la enseñanza de esta disciplina y de su consecuente desarrollo (Ej. otorgamiento de becas de perfeccionamiento; servicio de expertos; organización de seminarios, etcétera).

III. Situación real de la enseñanza del derecho internacional en las universidades

Sin embargo, si nos referimos ahora al estado real que guarda la enseñanza del derecho internacional en un gran número de países y no sólo en México, uno se pueda dar cuenta que no hay una gran concordancia entre la primordial importancia que se le reconoce en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General y lo que en realidad se aprecia en la consolidación y evolución de esta disciplina.

Las causas que están al origen de esta situación pueden ser ciertamente de orden múltiple y variar no sólo de un país a otro, sino incluso ser diversas de una institución a otra.

Algunas provienen de las dificultades para establecer debidamente los ya sobrecargados programas de la enseñanza universitaria, pero otras son más graves y se explican en parte como resultado si no de actitudes exactamente negativas sí, por lo menos, de lo que podríamos llamar actitudes de clara indiferencia con respecto al derecho internacional.

Con toda razón se ha dicho que el peso de la tradición y de lo ya consagrado no podrá jamás subestimarse; el derecho internacional público al igual que el derecho internacional privado se implantaron e impusie-

4 *Cfr.* Resolución 2099 (XX). 20 de diciembre de 1965, Doc. of., A. 6.

ron en forma relativamente tardía en los programas universitarios en comparación con las disciplinas de derecho interno (civil, penal, procesal, etcétera), debiendo contentarse en las antiguas universidades y por largo tiempo, de no pasar de ser otra cosa que una materia optativa (incluso hoy en día, aunque parezca sorprendente permanece como optativa en países tales como Gran Bretaña, Canadá, India, Brasil y Japón).

Este fenómeno parece haber sido muy característico entre los Estados de Europa central después de la Primera Guerra Mundial; a pesar del interés que se generó como consecuencia de la creación de la Sociedad de Naciones y no obstante la importancia que se le otorgaba en el seno mismo de la organización, el derecho internacional público no constituía en general materia de examen (en los llamados exámenes de Estado), y todavía a finales de la década de los treinta, el derecho internacional público seguía estrechamente vinculado a la materia de filosofía del derecho.

Es cierto, como ha sido señalado,[5] que en este mismo periodo en el continente americano, y contrariamente a Europa, se pudo percibir una evolución positiva en el desarrollo del derecho internacional, sus principios e instituciones fundamentales.

IV. Factores que dificultan la impartición de la disciplina

Independientemente de este punto relativo a la "entrada tardía" de esta disciplina, debemos mencionar otra causa que en ocasiones ha podido ser explicativa del estado de cosas que hemos venido realizando dentro de esta disciplina.

Nos referimos al hecho de que en muchas universidades la enseñanza del derecho internacional público se ha entremezclado (en ocasiones casi amalgamado) con la introducción de la disciplina de las relaciones internacionales, creyéndose con frecuencia que esta última podría llegar a reemplazar al derecho internacional público.

Esto como ha sido varias veces subrayado es un grave error, pues si bien la disciplina de las relaciones internacionales es de una gran utilidad para explicar, entre otras cosas, el nacimiento y desaparición de las normas propias al orden jurídico internacional, la violación y repercusión de éstas, sin embargo, no puede; jamás, pretender ser sustitutiva de la ciencia

5 *Cfr.* Sepúlveda, César, "Transformación y desarrollo del derecho internacional en México y en la América Latina (1900-1975)", *Anuario Jurídico V*, México, UNAM, 1978, pp. 107-145.

del derecho internacional público; se trata de dos disciplinas muy diferentes, que utilizan métodos científicos por completo diversos en el análisis de sus investigaciones y en el tratamiento de los problemas objeto de estudio.[6]

Al constituir el derecho internacional contemporáneo un obstáculo a la política del uso de la fuerza —contrariamente a lo que sucedía con el derecho internacional imperante durante el siglo pasado— el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Ginebra, puso de relieve que esto mismo puede constituir una explicación de por qué varios especialistas en relaciones internacionales han adoptado, con mayor o menor rigor, una actitud negativa y casi hostil frente al derecho internacional, lo cual se pone de manifiesto por el hecho significativo de que la gran mayoría de ellos no consagra ninguna atención al desarrollo del orden jurídico internacional contemporáneo, salvo con objeto de refutarlo en forma por demás simple y breve, y sin mayor justificación conceptual.[7]

Igualmente no puede dejar de mencionarse como otra posible causa que ha contribuido a opacar la verdadera importancia del derecho internacional y ha creado menosprecio por parte de la opinión pública, el hecho de que una gran mayoría de los países del Tercer Mundo vean al derecho internacional con una gran desconfianza en razón de que dicho orden jurídico habría quedado sustancialmente estructurado y, consolidado en el siglo pasado bajo la influencia preponderante, si no absoluta, de las grandes potencias coloniales.

Justificada o no esta actitud de desconfianza, no debe por ningún motivo desembocar en una posición de rechazo categórico de las normas generales del derecho internacional; desgraciadamente y salvo que medie acuerdo general, no es fácil cambiar el derecho internacional sin antes infringir el mismo, lo cual ya constituye en sí, un muy serio problema.

Al intentar debilitar el orden jurídico internacional en forma radical, estarían dichos países, querámoslo o no, yendo en contra de sus propios intereses. Baste pensar que esfuerzos tales como la implantación e instrumentación de un nuevo orden económico internacional, en favor del cual combaten precisamente este grupo de Estados, el fundamento de su vali-

6 Para una distinción metodológicamente exacta, aunque poco flexible a la luz de su desarrollo ulterior, entre la teoría de las relaciones internacionales y el derecho internacional público, *cfr.* Guggenheim, Paul y Potter, P., "The Science of International Relations, Law and Organization", *Genève Studies*, vol. XIV, núm. 2, 1940.

7 *Cfr.* Zourek, J., *L'enseignement du droit international*, Ginebra, Institut du Droit International, 1979, p. 36.

dez se procura en forma medular en los principios esenciales del derecho internacional moderno,[8] como puede comprobarse con la simple lectura del capítulo I de la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (en donde se pasa lista a principios tales como: la igualdad soberana; la no agresión; el arreglo pacífico de controversias; el cumplimiento de buena fe de las obligaciones, etcétera).

Pasando ahora a otro plano de la discusión debemos referirnos a otro punto del problema no menos importante que los anteriores.

En términos generales, en México como en el resto de América Latina se sigue fomentando la enseñanza del derecho internacional a través de una marcada inclinación por el examen de monumentales concepciones doctrinarias, dejando casi completamente de lado, y sin mayor esfuerzo de reflexión, el análisis de la práctica internacional, tal y como se desprende sobre todo de los fallos, casos y precedentes sentados por los tribunales internacionales (CPJI; CIJ; incluso opiniones individuales y disidentes, arbitrajes, etcétera).

Es por ello que el maestro Sepúlveda, en esta misma dirección y al hacer el análisis de la crisis actual del derecho en México, apuntaba en lo general que hace ya varias décadas en las universidades se ha implantado un nefasto método verbalista de trasmisión de conocimientos, impartiéndose doctrina apartada de toda realidad práctica.[9]

V. Interacción efectiva del aprendizaje teórico y de la enseñanza práctica

Es desde todo punto de vista imposible creer que actualmente se puede entender la significación y alcance real del derecho internacional si no se destaca en forma prioritaria dentro de la enseñanza la práctica internacional, judicial, arbitral o diplomática, en la que se desarrolla concretamente el orden jurídico positivo.

8 Precisamente en el momento de las negociaciones para la adopción de la Carta, el internacionalista Jorge Castañeda hacía ver a varias delegaciones del Grupo de los 77, el peligro que se correría si se asumía la postura de rechazar el derecho internacional existente con anterioridad, como una posición general y de principio. Esto equivalía a negar la base misma del orden internacional. *Cfr.* Castañeda, Jorge, "La Charte des Droit et des Devois Économiques des États du point de vue du droit international", *Justice Économique Internationale*, París, Gallimard, 1976, en particular, pp. 85-89.

9 *Cfr.* Supúlveda, César, "Los juristas y la crisis actual de derecho en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, núm. 35, 1979, pp. 487-497.

Es tal vez éste el mejor método que permite no caer, o por lo menos no con tanta frecuencia, en dogmatismos o en huecos verbalismos que no crean sino ideas falsas, o en el mejor de los casos producen una serie de generalizaciones peligrosas acerca de la sociedad internacional, y que no se justifican ni siquiera como pobres ejercicios de metafísica jurídica.

Ahora bien todo esto no quiere decir que la base del aprendizaje teórico deba ser descuidado ni menos abandonado, pues como bien lo ha señalado el profesor Héctor Fix-Zamudio, una práctica que esté desvinculada de la doctrina no puede traducirse sino en una serie de datos pragmáticos carentes de toda sistematización.[10]

Lo que queremos decir, es que en nuestras facultades ha sido tan fuerte el peso de la enseñanza meramente teórica, y por tanto largo tiempo de tipo discursivo y verbalista, en casi todas las materias jurídicas, pero desgraciadamente quizá en mayor medida dentro del derecho internacional público, que lo que debería intentarse ahora es poner un mayor énfasis en la instrucción de tipo práctico. Muy frecuentemente la serie de especulaciones extravagantes y ficticias que se elaboran sin ningún fundamento real, ocultan el verdadero carácter del derecho internacional, y son precisamente resultado de la ausencia de una enseñanza sistemática de la práctica internacional, esto es, del derecho internacional positivo.

Otro de los aspectos, complementario del anterior y que no debe pasarse por alto, es el relativo a la clase de tipo catedrático o magistral. Este tipo de enseñanza, que en lo general es el que mayormente se utiliza en nuestras facultades y escuelas, ha tenido como resultado que se produzca una casi total y absoluta pasividad por parte del alumno y es por ello que debe ser superado a través de métodos de enseñanza y aprendizaje que posibiliten una participación real y más directa del estudiante de derecho.

Por ello no podemos estar de acuerdo con parte de las conclusiones a que se llegó el año pasado en el Segundo Seminario sobre la Enseñanza de Derecho Internacional, en Bogotá, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos.

En el informe final sobre metodología se afirma que el empleo de la clase magistral utilizada en las facultades de derecho de América Latina sigue siendo considerada como muy conveniente, ya que por lo demás un

10 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica", *Anuario Jurídico VI*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, pp. 159-175.

buen número de obstáculos de tipo material hacen que cualquier otro tipo de enseñanza sea realmente imposible de implantar o instrumentar.[11]

Por nuestra parte pensamos que siendo indiscutible y evidente que la existencia de problemas tales como la demanda masiva de enseñanza o la escasez de recursos bibliográficos puedan hacer muy difícil la implantación de otra serie de técnicas de enseñanza, esto no implica en modo alguno que no se pueda y no se deba, cada vez más y aun dentro de este tipo de limitaciones, intentar, ensayar, tratar de algún modo que se establezca, cada vez más, una mayor participación por parte del alumno.

Por ello pensamos que este tipo de conclusiones como las del seminario a que nos referíamos son contraproducentes, pues no hacen sino reforzar un sistema que en muchas ocasiones no ha podido responder a las necesidades cada vez mayores de una sociedad en constante y profunda transformación, en donde, por encima de una mera adquisición de conocimientos de tipo legalista, se requiere de una auténtica y sólida educación jurídica.

Por último, diremos que el tiempo que tiene asignado la disciplina del derecho internacional público, limitada a un solo semestre, es desde todo punto de vista insatisfactorio, ya que no es posible concebir que se imparta en forma razonable, ni siquiera un mero panorama lógico del *vastísimo* "programa oficial" que se establece en la actualidad, sobre todo, si como decíamos antes, se debe hacer referencia constante a la jurisprudencia internacional. ¿Cómo poder examinar en forma clara y precisa, temas tan importantes como historia y doctrina del derecho internacional público, fuentes y conceptos fundamentales, derecho diplomático, derecho del espacio aéreo, derecho del mar, derecho de las organizaciones internacionales (e incluso funcionamiento de los organismos especializados), explicación del sistema interamericano, derecho internacional económico, derecho de la protección del medio ambiente, seguridad colectiva, métodos de solución de controversias, régimen de la responsabilidad internacional, etcétera, y todo esto, así previsto en el programa oficial, en el muy inverosímil e irrazonable lapso de un único semestre académico?

De ahí que la implantación de una "especialización en derecho internacional", a nivel de posgrado tal y como se está pensando estructurar en la Facultad de Derecho de la UNAM, y cada vez con una mayor insisten-

11 *Cfr.* Informe final, Secretaría General (S.G.)/Serie D/4.1 II-SEDI/Doc. 40. OEA, 1979. Grupo de Trabajo 1, p. 54.

cia, creemos que podrá contribuir favorablemente a la solución de una parte de los problemas que más aquejan la enseñanza de esta disciplina, al permitir con esto, no sólo un examen más riguroso de los principales puntos de la materia, sino también una sensible mejoría en las técnicas tradicionales de la lección catedrática.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EN TORNO A LA "LEY HELMS-BURTON" DE 1996

SUMARIO: I. *La Ley para la Solidaridad Democrática y Libertad Cubana (1996).* II. *Boicoteo primario y boicoteo secundario.* III. *Expropiación y "*quantum*" de la indemnización.* IV. *"Daños indirectos".* V. *Pérdida de utilidades.* VI. *Repercusión del "daño" sobre un tercero, persona física o moral.* VII. *La nacionalidad y la interposición diplomática en la práctica internacional.* VIII. *Extraterritorialidad: su concepto y significación.* IX. *Teoría del* Act of State *en la jurisprudencia estadounidense.* X. *Opinión del Comité Jurídico Interamericano del 23 de agosto de 1996.* XI. *La "Ley Antídoto" de México.* XII. *Canadá y su reacción a la "Ley Helms-Burton".* XIII. *Conclusiones.*

I. LA LEY PARA LA SOLIDARIDAD DEMOCRÁTICA Y LIBERTAD CUBANA (1996)

La Ley para la Solidaridad Democrática y Libertad Cubana, aprobada por el Congreso de Estados Unidos y conocida generalmente como la "Ley Helms-Burton", por el nombre de los dos congresistas republicanos que la patrocinaron, fue firmada por el presidente William Clinton el 12 de marzo de 1996, habiendo sido aprobada por el Senado, el 29 de febrero de 1996, por 74 votos a favor y 22 en contra, y por la Cámara de Representantes el 6 de marzo del mismo año, por 336 votos a favor y 86 en contra.[1]

En las presentes notas, trataremos algunos de los puntos que nos parecen más controvertidos de esta Ley que, por lo demás, es de una gran extensión, y se contempla en ella un total de 35 secciones, muchas de ellas que consagran a su vez, numerosas subsecciones y secciones suplementarias de estas mismas subsecciones.

1 Ver texto de la "Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996 (Helms-Burton Act)". *International Legal Materials*, vol. XXXV, núm. 2, marzo de 1996, pp. 359-378.

Casi todas las restricciones que se contemplan en la Ley, deberán permanecer vigentes hasta que el presidente de Estados Unidos, proclame que ha sido "democráticamente electo", un nuevo gobierno en Cuba (sección 203 (c)).

La sección 206 (c) de la Ley requiere que para poder calificar como gobierno que ha sido democráticamente electo como tal, éste debe realizar significativos progresos encaminados a devolver a los ciudadanos estadounidenses las "propiedades expropiadas" por el gobierno cubano, durante, o después del 1o. de enero de 1959, o aportando una "compensación absoluta" de conformidad con los parámetros del derecho internacional y la práctica relativa (*or providing full compensation in accordance with international law standards and practice*).

Sin embargo, la misma Ley prevé la posibilidad de que el Ejecutivo federal pueda suspender temporalmente una gran parte de las medidas abarcadas por el embargo, siempre y cuando se compruebe la existencia de un "gobierno en transición", que esté contribuyendo a la fundación real de un eventual gobierno democráticamente electo.

En la sección 205 de esta Ley, se especifica que para los propósitos de dicha legislación, un *transition government in Cuba*, es un gobierno que:

a) Haya legalizado toda su actividad política.
b) Haya liberado a todo prisionero político, y haya permitido la investigación de las prisiones cubanas por parte de organizaciones internacionales de derechos humanos debidamente constituidas.
c) Haya disuelto el actual Departamento de Estado de Seguridad en el Ministerio del Interior en Cuba, incluyendo los Comités para la Defensa de la Revolución y las Brigadas de Respuesta Inmediata.
d) Haya proclamado públicamente obligarse a organizar elecciones libres y justas para un nuevo gobierno.

Dichas elecciones deberán realizarse en un periodo de tiempo no mayor de 18 meses después de que el gobierno en transición haya asumido el poder, con la participación de múltiples partidos políticos independientes, y bajo la supervisión de observadores internacionales, tales como la OEA o la ONU.

Igualmente, para que un gobierno en transición sea considerado como tal para los efectos de la "Ley Helms-Burton", deberá haber cesado toda interferencia con Radio y Televisión Martí, debiendo además exponer pú-

blicamente su compromiso, mediante las medidas necesarias, para establecer un Poder Judicial independiente; respeto de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y las libertades fundamentales, tal y como se asientan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual es Cuba país signatario; y permitir el establecimiento de sindicatos independientes, tal y como se consagran en las Convenciones 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, y autorizando el establecimiento de asociaciones sociales, políticas y económicas independientes.

Además de los requisitos anteriores, se estipula que al determinar si un gobierno en transición está debidamente instituido, el Ejecutivo estadounidense deberá tomar en consideración, para tal efecto, hasta qué punto dicho gobierno:

a) Demuestra fehacientemente que se realiza una transición de una dictadura comunista totalitaria hacia una democracia representativa.

b) Haya hecho pronunciamientos públicos por los cuales se compromete a llevar a cabo:

- El efectivo cumplimiento y garantía de que se ejerzan los derechos a la libertad de expresión y la libertad de prensa, incluyendo garantía de permisos para la propiedad privada de los medios de comunicación que operan en Cuba.
- La autorización efectiva para retomar la ciudadanía de las personas nacidas en Cuba a su retorno a dicho país.
- La garantía efectiva de garantizar el respeto a la propiedad privada.
- Adoptar las medidas conducentes para la devolución a los ciudadanos estadounidenses (y entidades que posean el 50 por ciento o más, como propietarios estadounidenses) de las propiedades tomadas por el gobierno cubano el 1o. de enero de 1959, o después de esa fecha, o en su caso, aportar la compensación equitativa a dichos ciudadanos, personas físicas o morales.

c) Haya extraditado o entregado, a Estados Unidos, toda persona perseguida por el Departamento de Justicia por crímenes cometidos en territorio estadounidense.

d) Haya permitido el desplazamiento a lo largo y ancho del territorio cubano de personalidades y agencias de derechos humanos, libres e independientes.[2]

El punto nodal del título III de la "Ley Helms-Burton", se refiere a los problemas que pueden derivarse de la indemnización que deba otorgarse por propiedad expropiada a estadounidenses. El esquema de la Ley es el de crear un derecho de acción procesal ante los tribunales de Estados Unidos.

Cualquier persona que haya comerciado ("traficado") con propiedades que pertenecieron en alguna época a ciudadanos estadounidenses, está enfrentando la perspectiva de un litigio en Estados Unidos, y expuesto al resarcimiento de daños que sea en principio equivalente al valor de la propiedad en cuestión; si la comercialización ha continuado, entonces deberá enfrentar la persona inculpada, demanda por daños triplicados (sección 302 (a)).[3]

2 Ver Pub. l. núms. 104-114, 110, Stat. 785 (marzo 30, 12, 1996). En la misma sección 205, se añade expresamente que el "gobierno de transición" de ninguna forma podrá incluir a Fidel Castro o a Raúl Castro (*sic*), y que este gobierno, debe haber dado las seguridades adecuadas de que permitirá la eficiente y rápida distribución en asistencia al pueblo cubano. Sec. 205, *Requirements and Factors for Determining Transition Government*, incisos 7) y 8).

3 El término utilizado en la Ley: *trafficking*, es un término definido para incluir no solamente la venta, transferencia, compra o alquiler de la propiedad en cuestión, sino también para incluir, el involucrarse en una actividad comercial que de alguna manera haya sido producto o beneficiaria, de la propiedad confiscada (section 4 (13)). De esta suerte, como dice el profesor Andreas F. Lowenfeld, la Ley puede contemplar el caso, por ejemplo, de una compañía británica que hubiese adquirido azúcar de una empresa estatal cubana, y que esté realizando negocios en Estados Unidos y, por lo tanto, pudiendo ser enjuiciable ante los tribunales americanos, podría llegar a ser responsable frente a un ciudadano norteamericano que demostrase ante el tribunal, que una cantidad x de las adquisiciones de azúcar por parte de la compañía británica, consistieron en cantidades de azúcar provenientes del cultivo de un ingenio azucarero de la cual el demandante en alguna época, era presunto propietario de la misma. No tiene por qué existir una conexión necesaria entre el valor de la propiedad sobre la cual se base la reclamación, y el valor de la transacción sobre la cual se hace valer la actividad comercial (*trafficking*). Este mismo autor, desde la famosa "Enmienda *Sabbatino*" (o *Hickenlooper*), había ya cuestionado el problema que surgiría en relación con la carga de la prueba para el demandante, su propiedad confiscada, y las diversas interpretaciones que pudieran generarse. Así, por ejemplo, se preguntaba lo que sucedería con un hotel construido muchos años después, en un terreno que alguna vez perteneció al demandante? o cantidades inmensas de famosos puros que hubiesen sido elaborados en España, por ejemplo, con tabaco proveniente presuntamente de terrenos cubanos en litigio, etcétera. Ver de Lowenfeld F., Andreas, "The Sabbatino Amendement-International Law Meets Civil Procedure", *American Journal of International Law*, núm. 59, 1965, y "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", *American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 3, julio de 1996, pp. 419-434.

II. Boicoteo primario y boicoteo secundario

El típico embargo, o "boicoteo primario" que lleva a cabo un Estado, no genera en principio problemas de derecho internacional, por la sencilla razón de que el Estado que realiza el boicoteo contra otro Estado, no hace sino ejercer su exclusiva jurisdicción sobre su propio territorio (o sobre sus propios nacionales), esto es: el Estado "A" puede prohibir todo comercio con el Estado "B", y ello no viola el orden internacional.

Por el contrario, en lo que puede denominarse un "boicoteo secundario o accesorio" (*secondary boycott*) como dice A. Lowenfeld, la situación cambia radicalmente, ya que el Estado "A" sostiene que si "X", un nacional de un Estado "C", comercia con el Estado "B", "X" podrá no negociar en lo sucesivo con el Estado "A" o realizar inversiones en el mismo. En otras palabras, "X" está siendo requerido para realizar una elección entre hacer negocios con el Estado "A", el país actor del boicoteo, o hacer negocios con el Estado "B", el Estado que es el blanco del mencionado boicoteo, aun y cuando bajo la legislación del Estado "C", en donde "X" está domiciliado, el comercio entre el Estado "A" y el Estado "B" esté jurídicamente permitido.[4]

En conclusión, para el profesor Andreas F. Lowenfeld, la "Ley Helms-Burton", significa un obstáculo a la esfera discrecional de las facultades del Poder Ejecutivo; implica la intención de administración en transición de un fenómeno cuyos contornos no pueden ser predecibles; pone demasiado énfasis en cuestiones relativas a la propiedad privada, con una antigüedad de casi dos generaciones; pervierte las leyes de inmigración y de turismo estadounidense; y busca, por último, imponer el juicio de una particular política estadounidense sobre naciones de Estados amigos, en una forma carente de toda legalidad y de todo sentido común.[5]

Sin embargo, para otros autores, tales como el abogado Brice M. Clagett, el título III de la "Ley Helms-Burton" no viola en forma alguna el derecho internacional, y obviamente aún menos las otras secciones de la mencionada Ley.

De acuerdo con este abogado (de la firma *Covington and Burling*), un Estado posee jurisdicción para dictar reglas de derecho con respecto a

4 Ver Lowenfeld F., Andreas, "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", *op. cit.*, pp. 429 y 430. "*A tertiary boycott occurs if state A, the boycotting state, blacklists not only X, which traded with state B, but also Y, which traded with X. Both the Arab boycott of Israel and some of the United States Export Control Regulations have in the past imposed tertiary boycotts*", *idem*, p. 430, nota 56.

5 "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", *op. cit.*, pp. 433 y 434.

conductas realizadas fuera de su territorio que tengan, o pretendan tener un efecto substancial dentro de su propio territorio, al menos cuando el ejercicio de dicha jurisdicción sea razonable en toda circunstancia.[6]

Aquí hay que decir que el señor Claget se está basando, como él mismo lo asienta —para fundamentar esta aseveración— en el *Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)*, y por más autoridad que quiera dársele al *Restatement* dentro de Estados Unidos, no hay que olvidar que para efectos del derecho internacional, el *Restatement*, que es elaborado por el *American Law Institute*, posee el valor y carácter que es reconocido por las opiniones y doctrina de los publicistas de derecho internacional, esto es, no posee valor jurídico vinculante. La doctrina del *Restatement* debemos entenderla en todo caso, como "medio auxiliar" para la determinación de las reglas jurídicas (artículo 38 del Estatuto de la CIJ), pero al igual que toda doctrina no puede llegar a ser en la actualidad, considerada como una posible "fuente de producción de normas", a lo más que pueden pretender es servir como prueba de un eventual derecho consuetudinario, cuando éste sea bien el caso.[7]

En suma, para el abogado Brice M. Clagett la Ley Helms-Burton, en particular su título III, no sólo no es violatoria del derecho internacional, sino que antes al contrario, fortalece y desarrolla la instrumentación de este derecho, en una área en donde por razón de los rudimentarios mecanismos estatales, pueden existir gobiernos que con toda impunidad violen los más elementales derechos humanos de sus propios ciudadanos, además de los pertenecientes a los extranjeros. La Ley susodicha es un poderoso discurso al inmoral comercio de la propiedad robada, y es ni más ni menos, que un verdadero ejercicio legítimo de la jurisdicción de Estados

6 Ver Clagett, M. Brice, "Title III of the Helms-Burton Act is Consistent with International Law", *America Journal of International Law*, vol. 90, núm. 3, julio de 1996, p. 436.

7 A nuestro modo de ver tienen mayor relevancia para el derecho internacional, ciertos informes de la Comisión de Derecho Internacional o los del Institut de Droit International, o muchas de las opiniones individuales o disidentes de los jueces de la Corte Internacional de Justicia; pero incluso éstas, gozando de una mayor autoridad, no poseen una fuerza jurídica vinculante. Ver Buergenthal, Thomas y Maier, G. Harold, *Public International Law in a Nutshell*, 2a. ed., St. Paul, Minnesotta, West Publishing Co., 1990. Ver el capítulo II, en donde se hace constante referencia al *Restatement (Third)*, en el sentido que hemos advertido anteriormente, pp. 19-36. Pero hay que señalar que incluso basándose en el *Restatement*, este esfuerzo tampoco es consistente, como lo ha demostrado el profesor Lowenfeld, quien al respecto sostiene: "*even leaving aside the thirty-six-year interval between conduct and effect on the one hand, and exercise of prescriptive jurisdiction on the other, the effort to place Helms-Burton within the effects doctrine is no more than a play on words. It does not withstand analysis, and it would carry the effects doctrine farther than it has ever been carried before*", *op. cit.*, p. 431.

Unidos, "*and the international rule of law should be a principal beneficiary of its enactment*" (*sic*).[8]

III. EXPROPIACIÓN Y "*QUANTUM*" DE LA INDEMNIZACIÓN

En la mayor parte de los casos en que los tribunales internacionales se han abocado al examen de saber si una expropiación había sido decidida con fines de utilidad pública, lo han hecho porque desde un principio habían ya admitido que la expropiación por causa de utilidad pública es, incontrovertiblemente, un caso típico del ejercicio legítimo de la plenitud de competencias del Estado; como un verdadero atributo inherente a su soberanía.

En el Caso de los "Intereses Alemanes en Alta Silesia", la Corte Permanente de Justicia Internacional, mencionó la "expropiación por razones de utilidad pública", entre las medidas que no podrían verse afectadas por la Convención que prohibía las medidas que el derecho internacional general no permitía adoptar frente a los extranjeros.[9]

La cuestión de la indemnización en caso de afectación a la propiedad privada, tal y como ha sido analizada en las decisiones dictadas por los tribunales internacionales, concierne, por una parte, a la existencia misma de la obligación de compensación o indemnización, y por otra parte, a las normas que deben encontrar aplicación para determinar el *quantum* de la indemnización.

Así, la existencia de una obligación internacional de otorgar una indemnización por bienes extranjeros que sean objeto de una afectación, que desde todo punto de vista es legítima, está corroborada por un cierto número de decisiones de tribunales internacionales que frecuentemente

8 Clagett, M. Brice, *op. cit.*, p. 440. Nada más hay que preguntarse cómo reaccionarían los estadounidenses si la situación fuera inversa. Supóngase, dice Lowenfeld, que Francia adaptará una ley por la cual, compañías estadounidenses tales como la Mobil o la Ford, que han realizado de hecho, importantes inversiones en Vietnam, pudieran ser llevadas ante los tribunales franceses en razón de demandas interpuestas por la propiedad confiscada, ocurrida cuando Francia se retiró de Vietnam, a principios de la década de los cincuenta. Es de presumirse que ningún funcionario de Estados Unidos, ya no digamos de la comunidad empresarial, vería dicha legislación francesa como razonable y consistente con el derecho internacional. Lowenfeld, A., "Agora: the Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act", *op. cit.*, pp. 431 y 432.

9 Ver "Intérets Allemands en Haute Silésie", *CPJI*, serie A, núm. 7, p. 22. En la obra clásica de Amerasinghe, C. F., *State Responsability for Injuies to Aliens*, Oxford, Claredon Press, 1967, este autor asienta en una de sus conclusiones lo siguiente: "*The evidence is overwhlmingly in favour of the view that the right to nationalize is conceded in international law just as much as can apparently only be renounced by treaty*", *op. cit.*, p. 166.

vinculan la necesidad de compensar, al llamado principio clásico de los "derechos adquiridos"; en ocasiones ha sido la teoría del enriquecimiento sin causa que ha sido invocado como fundamento de esta obligación.

Pero en realidad, si se analizan las cosas con cautela, nos damos cuenta que en la mayoría de los casos, las decisiones dictadas por los tribunales internacionales no han dirimido en forma tajante, la cuestión de saber si la obligación de indemnizar era un elemento constitutivo de la legitimidad de la afectación de la propiedad, o si se trataba únicamente de una obligación que se desprendía, para el Estado que expropiaba, de un acto en sí mismo lícito, esto es, jurídicamente legítimo ante el derecho internacional.[10]

En la sentencia arbitral dictada en el caso de los *Norwegian Shipowners*, que se refería principalmente al monto de la indemnización debida, en razón del hecho que Estados Unidos se había apropiado en tiempos de guerra de los contratos de construcción naval, el tribunal constató que las leyes de las dos partes reglamentando la expropiación, eran conformes al derecho internacional consuetudinario.

El tribunal declaró que en los casos de afectación de la propiedad (*takings*) los tribunales deberían decir, principalmente, si el apoderamiento estaba justificado por motivos de utilidad pública. El Tribunal juzgó pertinente examinar la cuestión de saber si "*the taking for title and the keeping of the title without a sufficient emergency or after the emergency has passed, was necessary*". El tribunal concluyó, en su laudo de 1921, que Estados Unidos no había podido probar, como era su obligación, que "*the keeping of title to the claimant's property was needed for public use after 1st. July, 1919*".[11]

10 En el caso *Dickson Car and Wheel Company* conocido por la Comisión Mixta de Reclamaciones, México-Estados Unidos, en 1931, ésta desestimó el presunto principio de "enriquecimiento sin causa" que había sido invocado para justificar el otorgamiento de una indemnización: "*It is obvious that the theory of unjust enrichment as such, has not yet been transplanted to the field of International Law as this is of a juridical order distinct from local or private law...*", ver en los volúmenes: *Reclamaciones entre México y los Estados Unidos, Decisiones*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1929-1931.

11 *Norwegien Shipowners Claims*, USA/Norway, ONU-RSA, vol. I, 1921, pp. 332-335 y 336. Caso citado en el estudio: *Etat de la question de la Souveraineté Permanente sur les Richesses et les Ressources Naturelles*, A/AC, 97/5/Rev. 2. E/3511. A/AC, 97/13, p. 101, párr. 37. En el caso de la Fábrica de Chórzow. *CPJI*, la Corte asentó que, en caso de expropiación legítima, debía acordarse una "indemnización equitativa"; en el arbitraje *Goldemberg*, el Tribunal sostuvo que debía acordarse una "justa indemnización", y en el Caso del *Chemin de Fer de la Baie de Delagoa*, se sostuvo por el tribunal, que la indemnización debía acordar una "reparación integral", *op. cit.*, p. 105, párr. 68, notas 64, 65 y 66.

IV. "DAÑOS INDIRECTOS"

A propósito de los problemas que plantea la reparación en derecho internacional, tanto la doctrina como la práctica se han ocupado de los llamados "daños indirectos" (*consequential damages*), señalándose como uno de los puntos más controvertidos en la materia. Previamente, debemos aclarar que dicho problema es sólo una parte, dentro de la serie de cuestiones que pueden suscitarse, en aquello que la doctrina moderna y jurisprudencia internacional conoce como las "relaciones de causalidad" entre hecho ilícito y daños producidos.

El rasgo que parece caracterizar la teoría de los daños indirectos, es el de que dicha teoría se ha presentado como un medio para eliminar ciertos daños que no aparecen a la consideración del juez como resarcibles.[12]

Una opinión bastante generalizada en la materia, parece inclinarse por el rechazo de esta noción de daños indirectos, por considerar que se trata de una división artificial —daño directo e indirecto—, que puede sólo provocar confusiones e imprecisiones dentro del terreno de la responsabilidad internacional.

Así, André Hauriou, al aplicarse al análisis de este concepto dentro del arbitraje internacional, estimaba que debería de ser proscrito del lenguaje jurídico, en tanto que no era en realidad más que la manifestación de una cierta impotencia por determinar la causa precisa de dichos perjuicios.[13]

Sin duda, el examen de la jurisprudencia internacional revela que la terminología de daños indirectos ha sido aplicado no sólo con referencia a

12 Hauriou, André, "Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux", *RGDIP*, 1924, p. 207. Es la declaración hecha por el Tribunal de Ginebra en el caso de Alabama, la que se considera estar en origen de esta teoría. La Gran Bretaña aducía que los daños que deberían ser sometidos a la consideración del tribunal no habrían de comprender más que pérdidas individuales, mientras que, para Estados Unidos, debía abarcar igualmente las pérdidas llamadas nacionales, como aquellas ocasionadas por la prolongación de la guerra, motivada por la asistencia de Gran Bretaña a los cruceros confederados. Estas últimas pérdidas fueron calificadas por Gran Bretaña como daños indirectos. El presidente del Tribunal, conde Scolpis, declaró que "en el tribunal estimaba las reclamaciones por pérdidas indirectas, mencionadas en la comunicación de Estados Unidos del 25 de junio, como enteramente excluidas de su consideración". "Affaire de l'Alabama (entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne)", *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Paris, Pédone, Lapradelle & Politis, vol. II, (1856-1872), 1923, p. 840.

13 Hauriou, A., *op. cit.*, p. 218. Igual criterio sostenía Reitzer, quien proponía reemplazar el término de daños directos o indirectos por el de causalidad adecuada o juridicamente pertinente. Reitzer, Ladislas, *La réparation comme conséquénce de l'acte illicite en droit international*, Bélgica, Georges Thône, 1938, p. 183.

aquellos daños considerados como "remotos", sino también a aquellos estimados como frecuentemente ajenos al hecho ilícito; ello no obstante, por lo general, el término es aplicado cuando a criterio del juez el examen de los hechos no permite trazar una vinculación cierta entre el hecho ilícito y el daño reclamado.

Si reconocemos que el derecho internacional consagra la existencia de una obligación de reparar los daños consecuencia de un acto u omisión ilícitos, la función que desempeña en la práctica la división entre daño directo e indirecto dentro del sistema jurídico internacional, no parece ser otra, sino la de pretender fijar un límite a la responsabilidad que le es imputable al sujeto autor del daño; de esta forma, aquella categoría de reclamación de daños en la que no se aprecie una conexión de dependencia cierta en relación con el hecho ilícito, no se estimará que dé lugar a reparación. En realidad, el problema en la práctica sigue residiendo en esa "infinita variedad" de relaciones y circunstancias exteriores que pueden intervenir entre el hecho ilícito y los daños producidos, con el resultado de ser imposible elaborar un criterio único que permitiera deslindar los daños susceptibles de indemnización, de aquellos no resarcibles.[14]

En el caso *H. G. Venable* ante la Comisión General de Reclamaciones de Estados Unidos y México, el primer acto que implicaba la responsabilidad directa de México, según demanda del gobierno de Estados Unidos, era el envío de un telegrama, hecho por un superintendente (Rochín) de los ferrocarriles mexicanos, que prohibía la salida del territorio mexicano de varias locomotoras propiedad de una compañía estadounidense, de la cual Venable era presidente. El presidente de la Comisión, Van Vollenhoven, sostuvo que si el telegrama era relacionado con toda la situación que posteriormente se había producido, el telegrama podría estimarse como la causa de todos los daños reclamados por el demandante, pero que, sin embargo, era claro que dicho telegrama no podía apreciarse como causa "directa e inmediata" de las pérdidas y daños producidos. La reclamación por indemnización de daños y perjuicios causados fue acordada a Estados Unidos con fundamento, principalmente, en ciertos hechos ilícitos de omisión imputables al gobierno mexicano.[15]

14 Anzilotti, D., *Corso de Diritto Internazionale*, Padova, Poligráfica, 1955, vol. I, pp. 430-432.

15 "Caso H. G. Venable (entre México y los Estados Unidos), General Claims Convention of 8 sept. 1923", *Recueil de Sentences Arbitrales*, vol. IV, ONU, pp. 219 a 261. En la opinión emitida por el comisionado mexicano Fernández Mac Gregor, el telegrama "Rochin", además de no poder apreciarse como "causa y origen" de los daños y pérdidas, su acción no era ilícita conforme al derecho internacional, dado que, según él, no actuó en su capacidad de autoridad.

En el caso *Mallén*, esta misma Comisión General de reclamaciones rehusó tomar en cuenta, para la evaluación de la reparación, cierto tipo de daños sobre el estado de salud del cónsul Mallén, y que en opinión del gobierno mexicano deberían de ser igualmente resarcibles por considerarse como producidos a raíz de los malos tratos sobre la persona de Mallén. La Comisión consideró que no existía una relación "cierta" entre el ataque sufrido y los perjuicios reclamados para poder ser apreciados como daños directos.[16] Este caso, entre otros, revela la dificultad que existe en la práctica para determinar qué tipo de daños deben ser considerados como consecuencia necesaria del hecho ilícito y, por lo tanto, resarcibles, sobre todo si tenemos en cuenta la opinión en disidencia del comisionado Fernández Mac Gregor, para quien es evidente que la pérdida de la facultad del oído en Mallén, deberían estimarse como consecuencia directa de la agresión ilícita por él sufrida,[17] interpretación ésta completamente divergente como veíamos, con la opinión no sólo del presidente de la Comisión, sino también con la del comisionado Nielson.[18]

V. Pérdida de utilidades

La categoría de daños susceptibles de indemnización, a través del análisis de la relación entre hecho ilícito y daños reclamados, se plantea en forma diferente si se está en presencia de una demanda de reparación por eventuales ganancias de las que se ha sido privado, es decir, de una reclamación por *lucrum cessans*.

En cuanto a la noción misma en derecho internacional, ésta no ofrece dudas en cuanto a su significación; denota un beneficio no obtenido, pero que eventualmente habría podido obtenerse de no mediar la realización del hecho ilícito.[19]

En términos generales, el principio esencial que parece ser tomado en consideración por la jurisprudencia internacional para otorgar o rehusar una reparación por los beneficios no obtenidos y cuya pérdida es invocada, es un criterio basado en la normalidad o curso ordinario de una sucesión de hechos; una indemnización será negada si se estima que "normal-

16 "Caso Mallén", *Recueil...., op. cit.*, pp. 173 a 187.
17 *Idem*, pp. 187-190.
18 *Idem*, pp. 180-186.
19 Reitzer, *op. cit.*, p. 188.

mente", teniendo en consideración las circunstancias conocidas y presumibles, el beneficio cuya pérdida se reclama no habría tenido posibilidades de realizarse aun en ausencia del hecho ilícito.

Es claro que de la jurisprudencia internacional no podría inferirse un riguroso criterio que permitiera determinar con certeza en qué hipótesis deberá otorgarse una reparación por pérdida de beneficios; siendo el *lucrum cessans*, por definición, una eventualidad; el problema que se plantea al juez internacional es el de la determinación del grado de probabilidad que dicha eventualidad pudiere presentar en el caso específico.[20]

En el caso del *William Lee*, fallado por la Comisión Mixta de Lima, entre Estados Unidos y Perú, un buque ballenero, el *William Lee*, estando por zarpar para una temporada de pesca del puerto de Tumbez, Perú, el capitán del puerto prohíbe en el último momento la salida del buque. Aun y cuando el capitán del navío alega que se habían satisfecho todas las demandas legítimas, el capitán de puerto mantiene su oposición; no es sino pasado un periodo de tres meses que se le concede licencia para abandonar el puerto.

Los árbitros en su decisión otorgan, por unanimidad, indemnización por pérdida de la temporada de pesca y beneficios que habrían podido ser obtenidos. Para realizar la evaluación del *lucrum cessans*, la Comisión toma como criterio el número de barriles de aceite que habían sido obtenidos por el navío durante los periodos anteriores a su detención.[21]

En otro arbitraje, el caso del *Canada*, que guarda con el anterior varios puntos de semejanza, la reparación por pérdida de beneficios fue rechazada. Los hechos eran los siguientes: el *Canada*, buque ballenero que había partido igualmente para la temporada de pesca, sufre una serie de averías al chocar en contra de unos arrecifes cerca de las costas del Brasil, en gran parte por un comportamiento negligente del capitán. Después de varios días de incesantes maniobras para poner fuera de peligro el navío, al estar a punto de lograrlo, el capitán y su tripulación son obligados a detener toda maniobra por órdenes de un oficial de la armada brasileña, quien toma por la fuerza posesión de navío, quedando éste completamente destruido al cabo de unas semanas.

20 Salvioli, Gabriele, "La responabilité des États et la fixation des dammages et interêts par les Tribunaux internationaux", *Recueil des Cours ADI* (1929-III), París, Hachette, 1930, t. 28, p. 256.

21 "Affaire du William Lee (Commission Mixte de Lime)", *Recueil des Arbitrages Internationaux*, París, Pédone, Lapradelle & Politis, vol. II (1856-1872), 1923, pp. 282 y ss.

El único daño que será tomado en consideración para objeto de la compensación reclamada, será provocado por la pérdida del navío y algunos otros gastos ocasionados; el árbitro Thoronton, en su decisión, niega toda indemnización relativa a la pérdida de la temporada de pesca y las eventuales ganancias que pudieran haber obtenido.[22]

Si hiciéramos referencia únicamente al rechazo del árbitro en conceder reparación por la pérdida de beneficios, podría parecer como un laudo contradictorio al dictado en ocasión del *William Lee*. En realidad si se niega compensación en el caso de *Canada* por el *lucrum cessans* reclamado, es porque el árbitro estima que, dadas las circunstancias presentes y presumibles, en particular cierto descuido en la tripulación del navío por parte del capitán, la realización de ganancias que habrían podido obtenerse aparecen como bastante inciertas, aun en ausencia del hecho ilícito.

VI. Repercusión del "daño" sobre un tercero, persona física o moral

En la hipótesis de un hecho ilícito por el que se presume se haya ocasionado por "repercusión" un perjuicio sobre una tercera persona, física o moral, el problema que se plantea principalmente es el de determinar si, y en qué medida, el orden jurídico internacional confiere un derecho de reparación para aquella persona calificada jurídicamente como tercero en relación al hecho ilícito producido.

Cierta parte de la doctrina[23] estima que si un hecho ilícito ha ocasionado un daño a una persona A y que a su vez un perjuicio subsiguiente es reclamado por un tercero B como resultado del daño inicial resentido por A, el Estado al cual le es imputable la responsabilidad por el daño sufrido por A deberá también otorgar reparación por el perjuicio reclamado por B, a condición de que exista una relación de causalidad entre ambos tipos de daños. Sin embargo, esta concepción, que no es sino una aplicación directa de los criterios de presunción de causalidad, difícilmente parece encontrar una formulación semejante si nos referimos a la jurisprudencia internacional.

Volviendo de nuevo a la sentencia número 13 (demanda en indemnización) relativa al caos de la fábrica de Chorzów, la Corte Permanente de

22 "Affaire du Canada", *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Paris, Pédone, Lapradelle & Politis, vol. II (1856-1872). 1923. pp. 632 y ss.

23 Salvioli. *op. cit.*, p. 251.

Justicia Internacional, después de sustentar que la violación de todo acuerdo genera una obligación de reparar, pasa al análisis de los daños que, según la demanda interpuesta por Alemania, sufrieron las sociedades *Oberschlesische* y *Bayerische*; al constatar la Corte un desacuerdo entre las partes sobre el monto y modalidades de pago referentes a una eventual indemnización, declara que deberá aplicarse primeramente el examen de los daños reclamados que se consideren sean susceptibles de dar lugar a una reparación.[24] A este propósito la Corte sostiene:

> Al abordar este examen, es conveniente constatar previamente que, para la evaluación del daño causado por un acto ilícito, se debe tener en cuenta exclusivamente el valor de los bienes, derechos e intereses que han sido infringidos y cuyo titular es la persona en cuyo provecho la indemnización es reclamada (...) Este principio, admitido por la jurisprudencia arbitral, tiene por efecto excluir del monto de la reparación los daños causados a terceros por el acto ilícito (...).[25]

Decir que la Corte en este caso se refiere en realidad a la hipótesis en que un Estado A no estuviera habilitado para presentar una reclamación en nombre de otro sujeto B, incluso si fuera B quien hubiera resultado directamente lesionado,[26] es dar una interpretación que no parece encontrar mayor fundamento ni en los hechos mismos origen de la controversia ni en la motivación de la sentencia; la excepción de incompetencia para entablar una reclamación por parte de un Estado plantea el problema en términos de prueba de la existencia de un *ius standi* como condición previa al análisis de la posible repercusión del daño.

Una aplicación del principio asentado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto a la exclusión de terceros para efectos de la reparación, es posible encontrarla en el caso de la *Dickson Car Wheel Company*, fallado por la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos,[27] la cual permite ilustrar la hipótesis en que interviene una relación contractual.

24 "Caso relativo a la fábrica de Chorzów" (demande en indemmité), *Recueil des Arrêts et des Avis de la CPJI*, Serie A., núm. 17, 13 de septiembre de 1928, pp. 29 y 30.

25 *Idem*, p. 31.

26 Salvioli, *op. cit.*, pp. 251 y 252.

27 "Affaire de la Dickson Car Wheel Company (Estados Unidos y México)", *Recueil de Sentences Arbitrales*, vol. IV, ONU, pp. 669-682.

En virtud de un contrato celebrado entre la *Dickson Car Wheel Co.* y una compañía ferroviaria mexicana, la *Dickson*, empresa norteamericana, había efectuado varias entregas de mercancías sin recibir ningún pago en cambio por parte de la compañía ferroviaria mexicana, la cual aducía que, por un decreto de 1914, el gobierno constitucional de México había tomado a su cargo la explotación de las líneas ferroviarias pertenecientes a dicha Compañía (1914-1925), y que, por tanto, sus obligaciones de pago no podían ser cumplidas, dado que no habría percibido ingreso alguno. La demanda interpuesta por el gobierno norteamericano pretende imputar la responsabilidad al gobierno mexicano, argumentando que este último se habría substituido en los derechos y obligaciones contraídos por la compañía ferroviaria. La Comisión sostuvo que aun cuando el gobierno mexicano hubiere sido poseedor de la mayoría de las acciones en el momento de la celebración del contrato con la *Dickson*, esto no podía tener por efecto de considerar al gobierno mexicano como Parte en el contrato,[28] y por otro lado, la Comisión precisó que la compañía ferroviaria mexicana nunca había perdido su personalidad jurídica, por lo que el demandante habría estado siempre en posibilidad de interponer demanda por incumplimiento del contrato ante los tribunales mexicanos.[29]

El razonamiento básico expuesto por la Comisión en sus conclusiones por lo que a nuestro tema se refiere, es el siguiente:

Un Estado no incurre en responsabilidad internacional por el hecho de que un individuo o empresa, con nacionalidad de otro Estado, resienta un daño pecuniario como corolario o resultante de un daño infligido por el Estado demandado sobre un individuo o empresa con independencia de su nacionalidad, cuando las relaciones entre el primero y el ulterior son de naturaleza contractual.[30]

La Comisión rechaza, por lo tanto, la demanda de indemnización por daños y perjuicios, y enfatiza el criterio según el cual el daño o perjuicio reclamado por una persona física o moral, parte en un contrato, como repercusión o consecuencia de un daño inicial resentido por la otra parte contratante, no es susceptible de dar lugar a compensación, de conformidad con las reglas del derecho internacional.

En relación con el punto que estamos examinando, uno de los aspectos que representan mayor actualidad, pero sin duda no menor compleji-

28 *Idem*, p. 670.
29 *Idem*, pp. 675 y 676.
30 *Idem*, p. 681.

dad, es el referente a las reclamaciones relativas a daños que se pretende han sido resentidos por los miembros de una sociedad en su carácter de accionistas como consecuencia del daño inicial sufrido por la sociedad.

En el supuesto en que el accionista sea considerado como tercero, en relación con el daño ocasionado a la sociedad en cuanto tal, le será negado todo derecho a exigir reparación, o lo que es lo mismo, el Estado de su nacionalidad no podrá pretender el ejercicio de una capacidad procesal para ejercer la protección diplomática en favor de su nacional.

Para ilustrar lo que puede interpretarse como la orientación actual del problema dentro del derecho positivo, haremos referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tal y como se desprende del caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*,[31] circunscribiéndonos al punto referente a la repercusión del daño.

Señalemos sucintamente los antecedentes del caso: la *Barcelona Traction*, sociedad cuya personalidad jurídica había sido constituida de acuerdo con la ley canadiense en 1911 y con domicilio legal (*head office*) en Toronto, Canadá, forma un cierto número de sociedades auxiliares, explotadoras y titulares de concesiones en Cataluña, España, en vistas al desarrollo de una red de producción y distribución de energía eléctrica. Varias de dichas filiales se constituyeron igualmente conforme a la ley canadiense, poseyendo la *Barcelona Traction* la totalidad o la casi totalidad de las acciones emitidas.

Posteriormente, con motivo de una demanda por presunto incumplimiento de ciertas obligaciones financieras de la sociedad, demanda ésta presentada por ciudadanos españoles accionistas recientes de la *Barcelona Traction*, el tribunal de Reus, provincia de Tarragona, por sentencia del 12 de febrero de 1948, declara en estado de quiebra a la empresa y se dicta orden de embargo de sus bienes, así como los de sus filiales.

Según declaración del gobierno de Bélgica, algunos años después de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de las acciones de la *Barcelona Traction* (el 88 por ciento del capital) habían pasado a manos de nacionales belgas, personas físicas o morales. Bélgica demanda la anulación de la sentencia dictada por el tribunal de Reus, por existir error manifiesto en la aplicación del derecho español, denegación de justicia en sentido amplio y por desconocimiento de los derechos de la defensa en el curso del

31 "CIJ sentencia del 5 de febrero de 1970, segunda fase en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (España y Bélgica)", *Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la CIJ*.

procedimiento, denegación de justicia en sentido estricto (según terminología de la Corte). De no ser práctica ni jurídicamente posible la *restitutio in integrum*, el gobierno belga reclama una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los nacionales belgas, personas físicas o morales (en particular la Sociedad Sidro, propietaria de más del 75 por ciento del capital social) accionistas de la *Barcelona Traction*, como consecuencia de las decisiones tomadas por los órganos judiciales y administrativos del Estado español.

Para el punto que nos interesa, es decir, el problema de la "repercusión" del daño, la Corte examina primeramente si las pérdidas, que se aduce habrían sido resentidas por los accionistas belgas, tienen por causa una violación de obligaciones de las cuales fueren ellos beneficiarios.[32]

La Corte no desconoce que exista la posibilidad de que la sociedad anónima pueda sufrir un daño que ocasione también perjuicio o pérdida financiera a los accionistas, pero de esto último no se infiere, según la Corte, el que ambos puedan pretender un derecho a ejercer una acción en reparación:

> la prueba de que un perjuicio haya sido causado no es suficiente para justificar *ipso facto* una reclamación diplomática [...] La responsabilidad no se origina por el hecho de que un simple interés sea afectado. Sólo se origina si un derecho es violado, de tal suerte que aquellos actos que no tiendan y no afecten más que los derechos de la sociedad, no implican ninguna responsabilidad en relación con los accionistas, aun y cuando sus intereses se encuentren afectados.[33]

Así, en opinión de la Corte, el Estado belga no estaría en capacidad de ejercer una acción de indemnización en favor de los nacionales belgas, accionistas de la *Barcelona Traction*, por la pretendida lesión a sus intereses económicos, "resultante" del daño original cometido en contra de los derechos propios de la sociedad anónima.

Otro problema distinto y que no debe prestarse a confusión, sería el de determinar si la violación de los derechos de la sociedad que cause un perjuicio a los accionistas puede asimilarse a una violación de los derechos propios de los accionistas. La Corte no analiza esta cuestión, en virtud de que la demanda de Bélgica no se basa en ninguna pretendida viola-

32 *Idem*, p. 32.
33 *Idem*, p. 36.

ción de los derechos propios de los accionistas, sino en la lesión económica resentida por sus nacionales como "consecuencia" de una pretendida violación de los derechos propios de la *Barcelona Traction*.

Aun cuando el fundamento legal para rechazar la demanda del gobierno belga haya sido una falta de *locus standi* por parte de Bélgica (la Corte estimó que no existía disolución de la sociedad como persona moral y que, por tanto, el ejercicio de la protección diplomática no correspondía más que al Estado de la nacionalidad de la sociedad), no parece haber duda de que en la concepción de la Corte la naturaleza jurídica del accionista con respecto a la sociedad, es la de poseer un carácter de tercero y, por lo tanto, sin derecho a reparación cuando el daño lesiona derechos diversos de aquellos que pudiera pretender en su carácter de accionista (derecho de participación a la asamblea general de la sociedad, derecho de ejercicio de voto, etcétera).

VII. La nacionalidad y la interposición diplomática en la práctica internacional

El principio base del ejercicio de la protección diplomática, es el de que un Estado soberano no puede ejercer dicha protección frente a otro Estado, más que con respecto de aquellas personas que poseen efectivamente su nacionalidad.

Ahora bien, en principio, la persona supuestamente lesionada en sus derechos no puede poseer a la vez la nacionalidad del Estado reclamante, y la nacionalidad del Estado autor del daño, como se desprendía de la concepción del caso *Rafael Canevaro* entre Italia y Perú, fallado por la Corte Permanente de Arbitraje en el año de 1912. Sin embargo a partir del famoso caso *Notteböhm* (CIJ 1955), numerosos laudos arbitrales han hecho prevalecer el criterio de la "nacionalidad efectiva", y de esta suerte se ha permitido al Estado reclamante, el poder invocar esta jurisprudencia para proteger a su nacional contra el Estado de nacionalidad "secundaria".

Así, en el caso *Florence-Mergé* fallado el 10 de junio de 1955, la Comisión de Conciliación Italo-Americana asentó lo siguiente: "El principio basado sobre la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en casos de doble nacionalidad, debe ceder frente al principio de nacionalidad efectiva, cada vez que ésta última nacionalidad sea aquella del Estado reclamante. Sin embargo, no deberá hacerse dicha

excepción, cuando dicha preeminencia no haya podido ser probada jurídicamente".[34]

En cuanto al problema del "cambio" de nacionalidad y del "momento" en que debe poseerse para proceder a un endose de la reclamación por parte del Estado que ejerza la protección diplomática, aquí también puede apreciarse un cambio substancial en la jurisprudencia internacional.

En un principio se adoptó una regla muy estricta consistente en la llamada "continuidad de la nacionalidad". Lo que implicaba que la nacionalidad de la persona víctima del daño, debería poseerla desde el comienzo, hasta la terminación del conflicto, esto es, la víctima debía tener y conservar la nacionalidad del Estado reclamante desde el inicio del hecho generador, hasta la fecha de la decisión dictadas por los tribunales.

Sin embargo, más adelante, esta jurisprudencia se fue flexibilizando, de tal modo que pudo admitir, que la posesión de la nacionalidad al momento de la firma del compromiso, o del acuerdo relativo a las modalidades de la reparación era suficiente para el procedimiento del endoso, lo cual equivalía a abandonar la idea de la continuidad estricta de la nacionalidad.

Este cambio en la jurisprudencia internacional se vino produciendo a raíz de un interesante caso, conocido como el "caso de las viudas del *Lusitania*", fallado por la Comisión Mixta Germano-Americana, de fecha 1o. de noviembre de 1923.

El *Lusitania,* buque británico, hundido por la marina alemana, traía a bordo un gran número de ciudadanos estadounidenses. Tiempo después, varias de las viudas de los ciudadanos estadounidenses que se encontraban en el *Lusitania*, llegaron a adquirir una nacionalidad distinta a la estadounidense.

La Comisión en cuestión se apartó de la solución tradicional ("continuidad de la nacionalidad"), y aceptó la protección diplomática para todas aquellas viudas que ostentaban la nacionalidad estadounidense al momento de la firma del Tratado entre Estados Unidos y Alemania por el que se establecía el procedimiento de arbitraje.[35]

34 *Recueil des Sentences Arbitrales*, t. XIV, p. 239. Ver Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1973, pp. 400-479; *Treatment of Aliens*.

35 Recueil des Sentences Arbitrales, vol. VII, pp. 32 en adelante. Ver Green, L. C., *International Law Through the Cases*, 3a. ed., Londres/Estados Unidos, Oceana Publications, 1970, pp. 248-331 y 666-685.

¿En qué fecha, en qué momento exacto, debe existir la nacionalidad del particular lesionado para que la reclamación presentada por su cuenta, pueda ser internacionalmente considerada como admisible por el órgano encargado de conocer de la demanda interpuesta?

Un punto en donde parece existir unanimidad de opinión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es el referente al hecho de que la demanda debe ser nacional en su origen *(a claim must be national in origin)*.

Este principio implica que el demandante debe poseer efectivamente la nacionalidad del Estado reclamante en la fecha o momento, en que se haya producido el hecho ilícito.

Otro punto más controvertido es el de saber, ¿hasta qué fecha debe persistir la nacionalidad del reclamante?

Aquí, es bastante difícil, como sostiene la gran autoridad del profesor Charles Rousseau, desprender una regla uniforme del examen de la práctica internacional, ya que la mayor parte de las comisiones mixtas de reclamaciones, o de los tribunales arbitrales que se han dedicado al examen de este punto, lo han hecho sobre la base y fundamento de los textos particulares que los habían instituido, y por lo tanto en función de ellos.[36]

Así, el profesor Charles Rousseau cree poder desprender de la práctica internacional, tres sistemas u orientaciones principales acerca del problema de la "continuidad de la nacionalidad":

a) Una primera orientación que consistiría en la posesión ininterrumpida de la nacionalidad desde el hecho ilícito, hasta el momento de la decisión final.

   Así, en el arbitraje pronunciado por el profesor Max Hüber, referente al caso de las reclamaciones británicas por daños sufridos en la zona española de Marruecos se sostuvo: "*C'est un principe bien établi de la jurisprudence international qu'une réclamation doit être nationale du point de vue de l'Etat demandeur dès l'origine jusqu'à sa présentation comme réclamation de droit international [...] Il en résulte que le caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement ou tout au moins jusqu'à la clôture des débats*".[37]

36 Ver Rousseau, Charles, *Droit International Public: "Les rapports conflictues"*, París, Sirey, 1983, t. V, p. 119, párrafo 113.

37 Ver *Affaire Benchiton* del 1o. de mayo de 1925. *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, núm. 706, en *Cases and Materials on International Law* (Harris), *op. cit.*, pp. 375-381.

b) Un segundo sistema se orienta a una visión más liberal, siendo suficiente al reclamante poseer la nacionalidad requerida en la fecha de la entrada en vigor del compromiso, o del tratado de reclamaciones, que crea el órgano internacional llamado a pronunciarse sobre la materia.

De acuerdo con Charles Rousseau, la aplicación más célebre de esta concepción fue hecha por la Comisión Mixta de Reclamaciones Germano-Americana, instituida por el acuerdo del 10 de agosto de 1922, en su Decisión Administrativa, número V, dictada el 31 de octubre de 1924, por el árbitro Parker.

Esta Decisión señala que la falta de uniformidad en lo que se refiere a la duración de una nacionalidad ininterrumpida exigida por las necesidades jurisdiccionales, resulta del hecho de que el arreglo de cada caso estaba en función de los términos de la Convención particular de la que dependía ella misma. En consecuencia, es suficiente que los reclamantes posean la nacionalidad estadounidense en la fecha en que se produjo el daño, y en la fecha de entrada en vigor del tratado en cuestión.[38]

c) Tercer sistema. Como frecuentemente sucede, frente a dos corrientes extremas, se perfila una tercera, que viene a ser una vía intermedia entre las mismas. Esta concepción intermedia consiste, básicamente, en sostener que la nacionalidad del reclamante debe al menos persistir hasta el momento del endoso de la reclamación, es decir, hasta el momento de la presentación de la demanda por el Estado interesado frente al órgano internacionalmente competente para conocer del mismo.

Independientemente de encontrar esta tercera orientación intermedia, en algunas decisiones de tribunales arbitrales mixtos, esta posición la encontramos en forma clara en la Comisión Mixta de Reclamaciones Anglo-Mexicana, en el caso *W. H. Gleadell* del 19 de noviembre de 1929, y en el caso *Minnie Stevens Eschauzier*, del 4 de junio de 1931. De esta suerte se simplifica el trabajo de las Comisiones, al no tener que tomar en cuenta los cambios inter-

38 Ver Rousseau, Charles, *op. cit.*, t. V, p. 120. Este sistema según el cual, basta y sobra que se posea la nacionalidad, el día de entrada en vigor del compromiso arbitral, fue sustentada por varias comisiones mixtas, además de encontrarse en diversos laudos dictados por los Tribunales Arbitrales Mixtos, instituidos por los Tratados de Paz de 1919. *ibidem*.

venidos durante el periodo comprendido entre la presentación de la reclamación, y la fecha de la decisión.[39]

VIII. EXTRATERRITORIALIDAD: SU CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN

Una norma es extraterritorial si, al momento en que se instrumenta, pretende incidir en el comportamiento de personas, la determinación de situaciones, o tomar en consideración hechos exteriores al territorio del Estado.

Es un principio de derecho consuetudinario, el que las leyes nacionales no deben producir un efecto extraterritorial, es decir, que su validez tiene como límite el territorio sobre el cual el Estado ejerce su propia jurisdicción, esto es, la plenitud de sus competencias.

La exclusividad de la competencia territorial del Estado como principio consuetudinario, no tiene discusión. En el célebre caso *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional se expresó de la manera siguiente: "La limitación primordial que impone el derecho internacional es aquella de excluir —salvo la existencia de una regla permisiva contraria— todo ejercicio de su poder sobre el territorio de un tercer Estado".[40]

Lo anterior quiere decir, que por el hecho de que el Estado es soberano sobre su territorio, y que esta soberanía es exclusiva, ello impide a un Estado tercero el poder ejercer el más mínimo acto de autoridad sobre el territorio del primer Estado.

Evidentemente, pueden, y de hecho surgen, situaciones complejas en donde se está en presencia de una oposición, de un conflicto entre la competencia territorial y la competencia personal o de protección. Es indiscuti-

39 Ver Rousseau, Charles, *op. cit.*, t. V, pp. 120 y 121. En dos famosas sesiones del *Institut de Droit International*, en Cambridge (1931) y en Oslo (1932), el relator, profesor estadounidense Borchard, concluía con la tesis de la continuidad de la nacionalidad, desde el día del daño mismo, hasta la presentación de la demanda internacional. Sin embargo, esta posición fue seriamente criticada, ahí mismo, por juristas tales como Antoine de La Pradelle, Georges Scelle, Henri Rolin, M. Bourquin, el profesor Politis, etcétera. Pero, con todo y todo, el punto de vista del profesor Borchard obtuvo 27 votos a favor, contra 29 y 6 abstenciones, *ibidem*. En los casos conocidos por el Tribunal de Reclamaciones entre la República de Irán y Estados Unidos, el Tribunal siempre sostuvo que frente a la hipótesis de una doble nacionalidad, lo que tendría que determinarse siempre, cuál de las dos era la *dominant and effective*, y ésta tendría que prevalecer. Ver *IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL*. A9, Case núm. 968. Chamber two. Award núm. 565-968-2 de 7/VII/1995. b) Case núm. 193 Chamber Three, Award núm. 68/193-3. 23/VI/198.

40 CPJI, serie A, núm. 10, p. 18; Judgment, núm. 2, "The Lotus", en Hudson, O. Manley, *The World Court 1921-1934*, 4a. ed., Boston, World Peace Foundation, 1934, pp. 44 y 45.

ble que, en principio, para reglamentar las personas o la situaciones dentro de su territorio, el Estado no tiene necesidad de invocar su competencia personal: todos los individuos, todos los objetos que se encuentran en el territorio de un Estado están sometidos a su competencia, en razón simplemente de su colocación, de su ubicación territorial.

Sin embargo, cuando el extranjero reside en el territorio de un Estado, persona física o moral, se encuentra sin duda sometido a la jurisdicción de dicho Estado, pero pueden generarse conflictos de grave naturaleza entre dos Estados, cuando uno de ellos pretende ejercer su competencia territorial, y el otro su competencia personal.

Sin duda, y por regla general, en estos casos se puede defender jurídicamente la primacía de la competencia territorial sobre los otros títulos de competencia, y ello en virtud de la fundamental y medular importancia que constituye el factor territorio, como elemento constitutivo del Estado soberano.[41]

Para nadie resulta desconocido que los Estados Unidos, más que cualquiera otro país, tienen de tiempo atrás una arraigada tradición de pretender dar un efecto extraterritorial, y a veces exorbitante, a algunas de sus propias leyes nacionales.

Esto se puede ver más claramente respecto a las famosas "leyes antimonopolio" (*antitrust*). Tal parece que desde mediados de la década de los 70, los tribunales de apelación estadounidenses han decidido regresar al criterio consagrado en la célebre decisión Alcoa (US *vs.* Aluminium Company of America, 148 F2d. 416-2 Circuito 1945), y según el cual "todo Estado posee el derecho de imponer determinadas obligaciones, incluso a personas con las cuales no tiene vinculación nacional, por actos realizados en el extranjero, por poco que éstos conlleven sobre su territorio consecuencias, que sean de su incumbencia".

Así, en varias decisiones, los tribunales estadounidenses han determinado tomar igualmente en consideración los intereses legítimos de los ter-

41 Ver Carreau, Dominique. *Droit International*, París, A. Pédone, 1986, pp. 327-335. El caso del antiguo régimen de "capitulaciones" del siglo XIX, en donde potencias occidentales imponían a sus propios nacionales, residentes en países tales como China, Turquía, Egipto, etcétera, su propio derecho aplicado por tribunales especiales, y no el del Estado de su residencia, era un ejemplo claro en donde la "competencia personal" adquiría la primacía sobre la "competencia territorial". De nuestros días, este tipo de excepciones, puede encontrarse, pero por voluntad del Estado y en forma recíproca, en las inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos y consulares. Aquí está convenido que en razón de sus funciones representan a un Estado tercero, y en esta medida la "competencia personal", priva sobre la "competencia territorial", *ibidem*.

ceros países, y ya no únicamente de Estados Unidos, y de reconocer la competencia del Estado que posea los más fuertes intereses en el asunto en cuestión.

Pero no se puede dejar de advertir que el juego de este nuevo criterio de "comparación equilibrada de intereses nacionales en presencia", no ha sido mínimamente favorable al reconocimiento de las competencias de los Estados extranjeros, pues los tribunales estadounidenses han fallado, casi sistemáticamente, en favor de la plena validez de su propia y única jurisdicción (Ej. In.) *Re Uranium Antitrust Litig 617. E. 2d. 1248. (7th. Cir. 1980).*[42]

IX. Teoría del *Act of State* en la jurisprudencia estadounidense

La teoría del *Act of State*, puede visualizarse como una construcción puramente pretoriana de los tribunales estadounidenses, formalizada a fines del siglo XIX, y mantenida contra viento y marea, hasta el año de 1964, año en el cual la Suprema Corte dictó su famosa decisión del caso *Sabbatino*.

La Suprema Corte de Estados Unidos, daba su formulación clásica de la concepción del *Act of State* en su sentencia de 1897 en el caso *Underhill vs. Hernandez*, en donde quedó asentado que los tribunales de Estados Unidos debían rechazar, el apreciar la validez de los actos adoptados sobre su propio territorio por gobiernos extranjeros. Esto es, la ley extran-

42 Ver Wallace, Don Jr., "Extraterritorial Jurisdiction", *Law and Policy in International Business*, vol. 15, núm, 4, 1985, pp. 1099-1107; Shenfield H., John, "Extraterritoriality in Antitrust", *Law and Policy in International Business*, pp. 1109-1155; Borns, B. Gary, "A reappraisal of the Extraterritorial Reach of US Law", *Law and Policy in International Business*, vol. 24, núm. 1, 1992, pp. 1-101, y Robinson, David, "Conflicts of Jurisdiction and the Draft Restatement", *Conference on Extraterritoriality*, disertación presentada en el simposio de junio 7 de 1983. Es interesante señalar que en los artículos arriba citados se encuentra un denominador común: todos sus autores están convencidos que Estados Unidos no viola el derecho internacional en la aplicación de sus leyes extraterritoriales. Así, por ejemplo, el profesor Don Wallace, Jr., de Georgetown University, sostiene: "*The absence of substantive international law provides an indication. Just as there is a lack of consensus to develop substantive international law, so there is probably a lack of consensus to define the proper outer reach of national law, that is, rules of jurisdiction. International law notions of jurisdiction are really rationalizations of national power over foreign persons and foreign transactions*", *op. cit.*, p. 1100. En tanto que el abogado Gary B. Born, de la firma Wilmer, Cutler and Pickering, concluye al final de su estudio con la aseveración siguiente: "*The territorial presumption is illegitimate because it no longer provides an accurate indicator of what Congress and the President intend; it is not required by (and is sometimes at odds with) public international law; it frustrates vital US. regulatory policies; and it is a poor means of preventing conflicts between US. and foreign laws*", *op. cit.*, p. 100.

jera beneficia de una presunción inquebrantable de validez, poseyendo un régimen privilegiado respecto a la ley nacional sobre la cual el juez estadounidense está obligado a examinar su conformidad o disconformidad, *vis-à-vis* la Constitución Federal.[43]

La sentencia dictada en el caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, el 23 de mayo de 1964 (376 US. 398), por la Suprema Corte de Estados Unidos, iba a constituir un caso de gran notoriedad, pero también de gran polémica en lo que a la doctrina del *Act of State*, se refiere. Por primera vez en este siglo, la Suprema Corte se vería claramente confrontada con el eventual examen de la validez de un acto de un Estado extranjero *vis-à-vis* el derecho internacional, en donde el demandado sostenía la violación del orden jurídico internacional. El Congreso de Estados Unidos intervendría poco después para modificar radicalmente la teoría tradicional.

En julio de 1960, se promulgó la ley número 851 del gobierno de Cuba, por la cual se autorizaba mediante resoluciones, la nacionalización, por vía de expropiación, de bienes y empresas propiedad de personas físicas o jurídicas nacionales de Estados Unidos.

En este contexto, un agente financiero del gobierno cubano introdujo una demanda en contra de un corredor de mercancías de Nueva York exigiendo la devolución de ciertos productos de la venta de azúcar pertenecientes a Cuba.

El auto de la Corte Suprema del Estado de Nueva York disponía que el dinero entregado al depositario judicial, Peter I. G. Sabbatino, debería a su vez ser depositado en un banco neoyorquino, hasta en tanto no se determinase por la propia Corte, su destinatario final.

Esto dio como resultado, la acción establecida por el Banco Nacional de Cuba, por conversión ilícita del producto de la negociación de los documentos que le fueron entregados, y contra el depositario judicial para que pusiese a la disposición del Banco Nacional de Cuba los fondos obtenidos por la negociación de los documentos realizada por los corredores.

Todo el grupo de acciones reclamatorias fueron consolidadas bajo un sólo rubro y remitidas a la consideración de la Corte de Distrito Sur de Nueva York, la cual dictó sentencia en sentido desfavorable para el gobierno cubano, al igual que lo hizo la Corte de Apelación el 6 de junio de 1962, reproduciendo los argumentos de la Corte de Distrito.

43 Ver Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*. Londres, Sweet and Maxwell, 1977, p. 155.

Así las cosas, el Banco Nacional de Cuba sustanció recurso de apelación ante la Suprema Corte de Estados Unidos (29 de agosto de 1963), alegando que los decretos cubanos de nacionalización no eran "retaliatorios", sino de propósito público, y consistentes con la nueva estructura de gobierno, y que en forma alguna podrían considerarse como discriminatorios contra los extranjeros.

En su sentencia del 23 de marzo de 1964, luego de disponer sobre dos cuestiones de excepción, la Suprema Corte de Estados Unidos, sostuvo que los tribunales norteamericanos no tenían capacidad jurídica para tratar de realizar el análisis de la validez de la nacionalización por Cuba de ingenios azucareros propiedad de nacionales americanos. Debía así mantenerse la doctrina del Acto de Poder Soberano, a pesar de lo gravoso que pudiera llegar a ser: "*Since the act of state doctrine reflects the desirability of presuming the relevant transaction valid, the same result follows: the forum may not apply its local law regarding expropiations. Since the act of state doctrine proscribes a challenge to the validity of the Cuban expropiation decree in this case, any counterclaim based on asserted invalidity must fail*".[44]

Esta posición de la Suprema Corte, traería como consecuencia inmediata, el que el Congreso de Estados Unidos aprobara introducir modificaciones a la *Foreign Assistance Act* de 1964, conteniendo la conocida Enmienda Hickenlooper, cuya finalidad era revertir, al menos parcialmente, la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de *Act of State*.

> No obstante cualquier otra disposición de Ley, ningún tribunal de Estados Unidos declinará, basándose en la *Federal Act of State Doctrine*, dictar una decisión que se fundamente en los méritos del caso en que se hagan efectivos los principios del derecho internacional en el supuesto de que una reclamación de titularidad o de otro derecho, se arguya por cualquier parte, incluso un Estado-soberano extranjero que esté basado, o tenga su origen, en una confiscación u otra incautación después del 1o. de enero de 1959, por una ley de dicho Estado, en violación de los principios de derecho internacional, incluso los principios de compensación. [22 U. S. C p. 2370 (2)].

Así, a partir de la Enmienda *Hickenlooper* (o Enmienda Sabbatino), los tribunales estadounidenses deben controlar la "licitud internacional"

44 Ver "Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino: Supreme Court of the United States (1964). U. S. 398", Green, L. C., *International Law Through the Cases*, 3a. ed., Londres, Stevens and Sons Limited, 1970, pp. 319-325.

del acto del Estado extranjero cuando así les sea demandado, y salvo oposición formal del titular del Poder Ejecutivo (motivos de "alta política"). La ley extranjera no beneficia de una presunción de validez irrefutable; antes, al contrario, el principio general es, desde entonces, el "control internacional" de los actos de los Estados extranjeros por el juez estadounidense.[45]

Ahora bien, lo que importa saber es si la llamada "Doctrina del Acto de Estado" constituye una regla de derecho internacional público, o solamente se circunscribe al derecho estadounidense.

En este punto preciso existen opiniones diversas y, a nuestro entender, es el jurista británico, Michael Akehurst, quien mejor ha puesto en claro el problema, ya que probablemente el desacuerdo se debe al hecho de que no se advierte, dice M. Akehurst, que la doctrina del Acto de Estado cubre en realidad dos tipos de situaciones muy diversas.

La primera situación se genera cuando un individuo es demandado o procesado ante los tribunales de un Estado por actos que lleva a cabo como empleado o agente de otro Estado. En esta situación, la doctrina del "Acto de Estado" es una especie de corolario del principio de la inmunidad del Estado extranjero, y constituye, en tanto que tal, una bien establecida regla de derecho internacional.[46]

La segunda situación, continúa diciendo el profesor M. Akerhurst, se genera cuando un Estado realiza la expropiación de bienes situados en su territorio y vende éstos a una persona particular, la cual resulta a su vez, demandada por el propietario original ante los tribunales de otro Estado. Aquí van a intervenir consideraciones de muy diversa índole; el comprador no estaba obligado a comparar los bienes en cuestión, a diferencia de lo que sucede con el empleado o agente del Estado, quien tiene la obligación de cumplir las instrucciones de este último.

45 Para todo esto, ver el excelente estudio del profesor Prosper Weil; "Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Estats éntrangers", *Annuaire Français de Droit International*, París. Centre National de la Recherche Scientifique, 1977. p. 9; ver también el ensayo crítico de Angulo, R. Manuel y K. Adrien Wing, "Proposed Amendaments to the Foreign Sovereing Immunities Act of 1976 and the Act of State Doctrine", *Denver Journal of International. Law and Policy*, vol. 14, núm. 2 y 3. invierno-primavera, 1986, pp. 299-316; Noyes. Leech E., Cóvey T. Oliver y Joseph Modeste Sweeney. "The act of state doctrine", *Cases and Materials on The International Legal System, Mineola*. Nueva York. The Foundation Press. Inc.. 1973. pp. 392-458, Sections A.. Band C.

46 Ver Akehurst, Michael Barton, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed.. Gran Bretaña. Harper Collins Academic. 1987. pp. 51 y 52; Akerhurst. Michael Barton. "Jurisdiction in International Law", *British Year Book of International Law*. Gran Bretaña. vol. 46, 1972-3, en particular pp. 240-257.

La mayoría de los casos que aplican la doctrina del "Acto de Estado" en este sentido, y en situaciones de este tipo preciso, los encontramos en Estados Unidos. La sentencia estadounidense fundamental a este respecto (*the leading U. S. case*), la del *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino* (1964), considera a la doctrina del Acto de Estado, no como una regla de derecho internacional público (*not as a rule of public international law*), sino, por el contrario, como una regla de derecho constitucional estadounidense, derivada del principio de separación de poderes. En vista de esta regla, los tribunales no deben entorpecer las actividades del Ejecutivo en la conducción de las relaciones exteriores, sometiendo a revisión y cuestionando los actos de Estados extranjeros.[47]

X. Opinión del Comité Jurídico Interamericano del 23 de agosto de 1996

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su XXVI periodo de sesiones (3 de junio de 1996), celebrado en Panamá, adoptó una Resolución mediante la que instruía al Comité Jurídico Interamericano para que examinara, concluyera y presentara su opinión al Consejo Permanente, sobre la validez conforme a derecho internacional de la legislación Helms-Burton, considerando que los artículos 10 y 34 de la Carta señalan que todo Estado americano tiene el deber de respetar los derechos de que disfrutan los demás Estados de acuerdo con el derecho internacional, y haciendo patente su preocupación por la promulgación y aplicación, por parte de los Estados miembros, de leyes y disposiciones reglamentarias cuyos efectos extraterritoriales afectan la soberanía de otros Estados, los intereses legítimos de entidades y las personas bajo su jurisdicción, así como la libertad de comercio e inversión.[48]

La Opinión del Comité Jurídico Interamericano, en cumplimiento de la Resolución de la Asamblea General (AG/DOC.3375/96), fue adoptada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 1996, en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil.

El Comité emitió su Opinión con arreglo a las competencias que le son asignadas en los artículos 104 y 105 de la Carta de la OEA, precisan-

47 Ver Akehurst, Michael Barton, *A Modern Introduction...*, *cit.*, y "Jurisdiction in international law", *op. cit.*

48 Ver Resolución aprobada en la cuarta sesión plenaria: "Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio", OEA/Ser. P. AG/ doc. 3375/96, 14 de junio, 1996 (Anexo A).

do que no intentaba interpretar o pronunciarse sobre la legislación interna de un Estado miembro, y que interpretaba su mandato como referido a la conformidad de la legislación en examen con el derecho internacional público, tal y como se desprende de la enumeración de sus fuentes del artículo 38, párrafo 1o., del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero excluyendo aquellas normas contenidas en instrumentos de carácter subregional o universal, de los que no son miembros parte todos los Estados de la OEA.[49]

El Comité Jurídico Interamericano examinó los dos órdenes principales de asuntos jurídicos suscitados por la legislación Helms-Burton:

a) La protección de los derechos de propiedad de nacionales y

b) Los efectos extraterritoriales de la jurisdicción.

No cabe duda que la Opinión emitida por el Comité es una de las más importantes y más lúcidas que se han dictado desde un punto de vista estrictamente jurídico e independientemente de su obvia incidencia política; es por ello que lo mejor es reproducirla textualmente a continuación (toda glosa es innecesaria):

A. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE NACIONALES

1) El Comité consideró que la promulgación de la legislación, en algunos casos, y de su eventual aplicación, en otros, pueden conllevar los siguientes efectos jurídicos:

   a) Transformar la arrogación[50] de una reclamación de Estado a Estado, según el derecho internacional, en una demanda ante la jurisdicción interna entablada por un nacional contra nacionales de terceros países.

   b) Otorgar el derecho de presentar tales demandas a personas que no eran sus nacionales en el momento en que ocurrió el presunto daño.

49 Ver "Opinión del Comité Jurídico Interamericano en cumplimiento de la Resolución AG/DOC. 3375/96, de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, titulada 'Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio' ", CJI/SO/II/doc. 67/96, rev. 5, 23 de agosto, 1996. Los miembros del Comité que por unanimidad aprobaron esta Opinión fueron: E. Vío Grossi, M. A. Espeche Gil, O. Sanjur G., João G. Rodas, A. Zelada Castedo, Keith Highet, M. Gutiérrez Castro, J. T. Fried, L. Herrera Marcano y el eminente jurista mexicano, profesor José Luis Siqueiros, quien, huelga decirlo, tuvo un peso y participación preponderante en el trabajo, análisis y redacción de la Opinión del Comité.

50 La expresión "arrogación" se emplea como equivalente de "interposición diplomática", que también se usa cuando el Estado hace suya la reclamación de su nacional.

c) Atribuir responsabilidad por los actos del Estado extranjero a personas de naturaleza privada que pueden ser nacionales de terceros países.
d) Autorizar que el monto de la compensación se fije de tal forma que puede incrementarse en un valor triple al de los daños causados por el acto de expropiación.
e) Responsabilizar al particular demandado por la totalidad del valor del bien expropiado sin tomar en cuenta el valor del "beneficio" que el particular haya derivado de su uso o del pretendido "daño" que su uso haya causado al presunto propietario originario.
f) Permitir que reclamaciones que deben dirigirse contra un Estado extranjero se puedan hacer efectivas a través de procesos contra nacionales de terceros países, sin conferirles los medios efectivos para refutar o contradecir las alegaciones contra ellos o contra el Estado extranjero, respecto del fundamento o el monto de dichas reclamaciones, incluyendo aquellas fundadas en certificaciones con fuerza probatoria irrebatible emitidas por una comisión interna de carácter administrativo.
g) Confundir una reclamación por daños o restitución, derivada de una nacionalización, con una acción real para reivindicar una "propiedad ilícitamente confiscada", adicionándola con una acción personal de enriquecimiento indebido por el uso de tal "propiedad ilícitamente confiscada", por parte de cualquier persona subsecuentemente involucrada en dicho uso, en forma amplia e indeterminada.
h) Responsabilizar a los nacionales de terceros países por el uso lícito de la propiedad expropiada en el territorio del Estado expropiante, o por el uso lícito de una propiedad que no constituye, en sí, propiedad expropiada.

2) El Comité consideró las normas de derecho internacional aplicables respecto de la protección diplomática, la responsabilidad de los Estados y los derechos mínimos de los extranjeros en lo que atañe a la protección de los derechos de propiedad de los nacionales. A juicio del Comité, los siguientes principios y normas sobre la materia son generalmente aceptadas por los Estados miembros:

a) El Estado que expropie, nacionalice o tome medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización de una propiedad perteneciente a nacionales extranjeros, debe respetar las siguientes reglas: que sea para un fin público, en forma no discriminatoria, mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, otorgando al expropiado recursos administrativos y judiciales efectivos en relación

con la medida y el monto de la compensación. El incumplimiento de esas reglas acarrea la responsabilidad del Estado.

b) La obligación del Estado en virtud de su responsabilidad por actos de expropiación consiste en restituir el bien expropiado o indemnizar adecuadamente el daño causado, incluyendo los intereses hasta el momento del pago.

c) Cuando el nacional de un Estado extranjero no lograre obtener una reparación efectiva conforme al derecho internacional, el Estado del cual es nacional puede arrogarse su reclamación en un proceso de reclamación oficial de Estado a Estado. Es condición para que proceda dicha arrogación que desde el momento de la ocurrencia del daño hasta el momento en que se resuelva la reclamación, el titular de ésta haya sido, sin interrupción, nacional del Estado que asume la reclamación y que no haya tenido la nacionalización del Estado expropiado.

d) Las reclamaciones contra un Estado por la expropiación de la propiedad de nacionales extranjeros no se pueden hacer efectivas contra la propiedad de personas de naturaleza privada, salvo cuando dicha propiedad sea, en sí, el bien expropiado, y se encuentre bajo la jurisdicción del Estado reclamante. Los productos cultivados o manufacturados en una propiedad expropiada, o los frutos de la misma, no constituyan, de acuerdo al derecho consuetudinario internacional, bienes expropiados.

e) Cualquier utilización, por nacionales de un tercer Estado, de una propiedad expropiada ubicada en el Estado expropiante, cuando dicha utilización fuere conforme a la legislación de ese Estado, así como la utilización, en cualquier parte o lugar, de productos o de propiedad intangibles que no constituyan el mismo bien expropiado no infringen el derecho internacional.

f) Los nacionales de Estados extranjeros tienen derecho al debido proceso legal en todos los procedimientos judiciales y administrativos que pudieren afectar su propiedad. El debido proceso incluye la posibilidad de objetar efectivamente, tanto el fundamento como el monto de cualquier demanda o reclamación, en las vías judicial o administrativa.

3) A la luz de los principios y normas enunciados en el punto 2 anterior, el Comité considera que la legislación que se analiza no se conforma al derecho internacional, en cada uno de los siguientes aspectos:

a) Los tribunales nacionales del Estado reclamante no constituyen el foro competente para la resolución de reclamaciones de Estado a Estado.

b) El Estado no tiene el derecho de arrogarse reclamaciones de personas que no eran sus nacionales en el momento de ocurrir el daño.
c) El Estado reclamante no tiene el derecho de atribuir responsabilidad a nacionales de terceros Estados por una reclamación que tuviere en contra de otro Estado.
d) El Estado reclamante no tiene el derecho de atribuir responsabilidad a nacionales de terceros Estados por la utilización de bienes expropiados situados en el territorio del Estado expropiante cuando tal utilización cumpla con las leyes de este último, ni por la utilización en el territorio de terceros Estados, de productos o de bienes intangibles que no constituyen el mismo bien expropiado.
e) El Estado reclamante no tiene el derecho de estatuir una responsabilidad de terceros no involucrados en una nacionalización, creando en su detrimento motivos de responsabilidad no vinculados a la nacionalización, o no reconocidos por el derecho internacional sobre esta materia, modificando así las bases jurídicas de la responsabilidad.
f) El Estado reclamante no tiene el derecho de imponer compensación por cualquier monto que exceda el daño efectivo, incluso intereses, que resulte de una presunta acción ilícita del Estado expropiante.
g) El Estado reclamante no puede privar a un nacional extranjero del derecho de defensa efectiva, de acuerdo al debido proceso legal, en contra del fundamento y el monto de reclamaciones que puedan afectar a dicho extranjero y a su propiedad.
h) La ejecución efectiva de una reclamación contra los bienes de un nacional de un tercer país, en contravención de los principios y normas del Derecho Internacional, constituirá, en sí misma, una medida con efectos equivalentes a una expropiación y daría lugar a la responsabilidad del Estado reclamante.

B. LA EXTRATERRITORIALIDAD Y LOS LÍMITES QUE FIJA EL DERECHO INTERNACIONAL AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

4) El Comité entiende que "la legislación" resultaría en el ejercicio de la competencia legislativa o judicial sobre actos realizados en el exterior por extranjeros sobre la base de una figura que denomina "tráfico en propiedades confiscadas".
5) El Comité examinó también las normas aplicables del derecho internacional, respecto al ejercicio de la jurisdicción por parte de los Es-

tados y los límites que aquél fija a dicho ejercicio. En la opinión de este órgano, las referidas normas incluyen:

a) Todos los Estados están sujetos al derecho internacional en sus relaciones. Ningún Estado puede tomar medidas no conformes al derecho internacional sin incurrir en responsabilidad.
b) Todos los Estados tienen la libertad de ejercer jurisdicción, pero dicho ejercicio debe respetar los límites impuestos por el derecho internacional. En la medida en que tal ejercicio no esté conforme con dichos límites, el Estado que lo ejerce incurrirá en responsabilidad.
c) Salvo la existencia de una norma de derecho internacional que lo permita, el Estado no podrá ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado. La premisa básica, según el derecho internacional, para establecer las competencias legislativas y jurisdiccionales, radica en el principio de la territorialidad.
d) En el ejercicio de su jurisdicción territorial un Estado puede regular un acto cuyos elementos constitutivos hayan ocurrido sólo parcialmente en su territorio, es decir, si tal acto iniciado en el exterior es consumado en su territorio ("territorialidad objetiva") o, a la inversa, un acto iniciado en su territorio que sea consumado en el exterior ("territorialidad subjetiva").
e) Un Estado podría justificar la aplicación de la ley del territorio, sólo en la medida en que un acto ocurrido fuera de su territorio tenga un efecto directo, sustancial y previsible dentro de su territorio, y que el ejercicio de la competencia sea razonable.
f) Un Estado podría ejercer competencia en forma excepcional, sobre una base distinta a la territorialidad, sólo cuando existiere una conexión sustancial u otra significativa entre la materia que se trate y su autoridad soberana, como es el caso del ejercicio de jurisdicción sobre actos realizados en el extranjero por sus nacionales y, en algunos casos específicos, para la protección objetivamente necesaria para la salvaguarda de sus intereses soberanos esenciales.

6) El Comité examinó las disposiciones de la legislación que establece el ejercicio de la competencia sobre bases distintas de la territorialidad y al respecto concluye que el ejercicio de competencia sobre actos de "tráfico de propiedad confiscada" no se conforma con las normas que el derecho internacional establece para el ejercicio de la jurisdicción en cada uno de los siguientes aspectos:

a) El Estado que legisla no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de "tráfico" en el exterior por parte de extranjeros

a menos que algunas condiciones específicas sean satisfechas y que no aparecen cumplidas en esta situación, y

b) El Estado que legisla no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de "tráfico" en el exterior por parte de extranjeros en circunstancias en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio y no existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales.

Por lo tanto, un Estado que ejerce su competencia sobre actos de "tráfico" en el exterior por parte de extranjeros en circunstancias en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio, y cuando tampoco existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales, ese ejercicio de competencia no se conforma con el derecho internacional.

Por las razones expuestas, el Comité concluye que los fundamentos y la eventual aplicación de la legislación en esta opinión, en las áreas significativas anteriormente descritas, no guardan conformidad con el derecho internacional.

XI. La "Ley Antídoto" de México

Con fecha 23 de octubre de 1996, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la "Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que contravengan al derecho internacional", decretada por el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta Ley de Protección al Comercio, conocida comúnmente como la "Ley Antídoto" o "Ley Espejo", consta de un total de nueve artículos, y su objetivo primordial es el de contrarrestar los efectos de la Ley Helms-Burton.

De acuerdo con el artículo 1o., se prohíbe a las personas físicas o morales, públicas o privadas, que se encuentren en territorio nacional, realizar actos que afecten el comercio o la inversión cuando tales actos sean consecuencia de los efectos extraterritoriales de leyes extranjeras.[51]

Para efectos de esta Ley de Protección al Comercio, se entiende que una ley extranjera tiene efectos extraterritoriales que afectan el comercio

51 La prohibición se aplica igualmente para aquellas personas cuyos actos ocurran o surtan efectos total o parcialmente en dicho territorio, así como a aquéllas que se sometan a las leyes mexicanas. Ver artículo 1o. de la "Ley de Protección al Comercio [...]", *Diario Oficial de la Federación*, México, t. DXVII, núm. 17, 23 de octubre de 1996.

o la inversión de México, cuando tenga o pueda llegar a tener cualesquiera de los siguientes objetivos:

a) Que pretenda imponer un bloqueo económico o incluso limitar la inversión hacia un país para provocar el cambio en su forma de gobierno.

b) Que permita reclamar pagos a particulares con motivo de expropiaciones realizadas en el país al que se aplique el bloque.

c) Que prevea restringir la entrada al país que expide la ley como uno de los medios para alcanzar los objetivos antes citados (artículo 1o., párrafo 2o.).

Los tribunales nacionales denegarán el reconocimiento y ejecución de sentencias, requerimientos judiciales o laudos arbitrales, emitidos con base en las mencionadas leyes extranjeras (artículo 4o.).

Aquellas personas que hubieren sido condenadas al pago de una indemnización mediante sentencia o laudo emitido con base en las leyes extranjeras aludidas, tendrán derecho a contrademandar, ante tribunales federales, el pago por parte del demandante del juicio incoado en país extranjero, reclamando daños y perjuicios así como la suerte de lo principal (artículo 5o.).

Los tribunales nacionales podrán homologar, las sentencias emitidas en el extranjero que conducen al pago de daños y perjuicios, "a una persona que a su vez hubiere obtenido un beneficio económico derivado de una sentencia o laudo emitidos con base en las leyes extranjeras a que se refiere el artículo 1o." (artículo 6o.).

Tanto la Secretaría de Relaciones Exteriores, como la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, son las dos dependencias que deberán asesorar a las personas afectadas, y tienen la facultad para emitir criterios generales de interpretación de la Ley de Protección al Comercio (artículos 7o. y 8o.).

Es en la última disposición, esto es, en el artículo 9o. de la Ley, donde se consagran las sanciones que deberán imponerse por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores al infractor de esta ley, sin perjuicio de las responsabilidades de carácter civil, penal, o de otra índole.

De esta suerte, la sanción administrativa que puede imponerse es susceptible de un monto de hasta 100 mil días de salario mínimo; y en caso de reincidencia, se aplicará multa hasta por el doble del límite máximo de la sanción que corresponda.

Es importante señalar que la misma Ley establece que para fijar el monto de la sanción, la Secretaría de Relaciones Exteriores deberá considerar las circunstancias pertinentes del infractor y el grado en que resulten afectados el comercio o la inversión según la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (artículo 9o., 3er. párrafo).[52]

XII. Canadá y su reacción a la "Ley Helms-Burton"

Por su parte, el gobierno de Canadá reaccionó en forma inmediata y sin ambigüedades en contra de la "Ley Helms-Burton".

Por un lado, el 22 de octubre de 1996, la Cámara de Comercio de Canadá adoptó en primera lectura un proyecto de ley con objeto de permitir a los descendientes del Imperio Unido que hubieren huido del territorio estadounidense después de la Revolución americana de 1776, reivindicar los bienes de los cuales eran propietarios ellos mismos o sus ancestros en Estados Unidos, y que hubiesen sido confiscados sin indemnización (*compensation*), de reclamar dicha indemnización ante los tribunales canadienses y rehusar la entrada a Canadá de todo extranjero que realizara comercio ilegal (*trafficking*) en dichos bienes.[53]

Si la Corte Federal de Canadá estima que la demanda interpuesta se encuentra debidamente fundada, entonces el demandante puede exigir de la Corte lo siguiente:

a) Puede exigir que se emita un decreto en contra de la persona que se pretende propietaria del bien en cuestión con objeto de restituirlo al demandante;

b) Puede exigir que le sea otorgado a título de indemnización, el pago de daños e intereses que la Corte establezca al más elevado

52 Es precisamente, en relación con el punto sobre sanciones administrativas, que el profesor Manuel Becerra Ramírez, muestra su extrañeza al facultarse a la Secretaría de Relaciones Exteriores la imposición de sanciones, en vez de que se hubiera dado competencia a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por ser más acorde a sus atribuciones inherentes y experiencia acumulada. Ver Becerra R., Manuel. "Acerca de la 'Ley espejo mexicana'", *Novedades*, 4 de octubre de 1996. Por otra parte, el profesor Víctor Carlos García Moreno sostiene, con razón, que hubiera sido deseable que el gobierno mexicano consagrara en la Ley el hecho de que se negarían visas de ingreso a estadounidenses involucrados en la reclamación originada en Estados Unidos, como medida de retorsión conforme al derecho internacional. Ver García Moreno, Víctor Carlos, "Ley Antídoto contra la Helms-Burton", *Lex*, México, año II, núm. 16, octubre de 1996, pp. 27 y 28.

53 Ver Projet de Loi C-339, Chambre des Communes du Canada, Ley Godfrey-Milliken, Deuxième session, trente-cinquième législature, 45 Elizabeth II, Ottawa, *Travaux publics et Services gouvernamentaux*, 1996.

de los montos siguientes: *1)* El justo valor en el mercado del bien en el momento en que fue confiscado y los intereses a las tasas prevalecientes desde la fecha en la cual el bien fue confiscado, hasta la fecha del pago por daños e intereses; *2)* El justo valor en el mercado del bien en el momento en que el decreto es emitido y los intereses devengados desde la fecha de la sentencia, hasta la fecha del pago por concepto de daños.

Toda persona que continuara disfrutando ilegítimamente del bien en cuestión, después de haber recibido la notificación correspondiente de restitución, estará obligada a pagar el triple del monto por concepto de daños e intereses que hubieren sido fijados por la Corte Federal de Canadá.

Por último, se establece la prohibición absoluta a toda persona que haya sido condenada por la Corte Federal a la restitución del bien confiscado, de penetrar en territorio canadiense, o permanecer en el mismo, hasta en tanto no haya efectuado la restitución debida.[54]

Por otra parte, la Cámara de Comunes de Canadá adoptaría el 9 de octubre de 1996, un Proyecto de Ley (C-54), con objeto de modificar o enmendar la Ley Canadiense sobre las Medidas Extraterritoriales Extranjeras, y establece, entre otras cosas, el principio de que cualquier sentencia dictada en virtud de la Ley de los Estados Unidos, intitulada, *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996*, no serán en modo alguno reconocidos ni ejecutoriados por el orden jurídico canadiense.[55]

El procurador general de Canadá, si estima que el reconocimiento o la ejecución en Canadá de una sentencia dictada por un tribunal extranjero, en relación a un procedimiento emprendido bajo el régimen de una ley *antitrust*, ha generado o es susceptible de generar una afectación a importantes intereses canadienses, en el ámbito del comercio o de los intercambios internacionales, en relación con una actividad ejercida en todo o en parte dentro de Canadá, o de una manera general es susceptible de infringir la soberanía de Canadá, puede declarar según el caso, lo siguiente:

54 Para los propósitos de la Ley, el término "persona" implica: "*a) Where the person is an individual, includes the spouse and dependents of the person; b) Where the person is a corporation, means every sherholder, director and senior officer of the corporation; and c) Where the person is and agency or department of a government or is a municipality, means the official of that agency, department or municipality*", artículo 4o., párrafo 3.

55 Ver Project de Loi C-54: Loi modifiant la Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères. Chambre des Communes du Canada. Deuxième session, trente-cinquième législature, artículo 7, párrafo 1o., Ottawa, *Travaux publics et Services gouvermamentaux*, 1996.

a) El fallo —ya sea que se trate o no, de una suma de dinero— no será reconocido ni ejecutado en forma alguna por Canadá;
b) La suma eventualmente acordada por la sentencia será, para los fines de reconocimiento y ejecución de ésta en Canadá, considerada como restringida al monto fijado por la decisión judicial (artículo 8o.).

En caso de que exista una demanda presentada por alguien, que posea la calidad de ciudadano canadiense, por persona residente en Canadá, por persona moral constituida bajo el régimen de una ley federal estatal (provincial), por persona que ejerza una actividad en Canadá, contra las cuales ha sido dictada una sentencia que pudiera ser objeto de un fallo en virtud del artículo 8o., o de una sentencia fundada en la ley de Estados Unidos intitulada *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996*, el procurador general puede declarar, que dichas personas están autorizadas a recuperar (*recouvrer*), en virtud de esta ley de medidas extraterritoriales, la totalidad o una parte, de las sumas que ha invertido, los gastos que haya efectuado, así como toda pérdida o daño sufrido (artículo 81).[56]

XIII. CONCLUSIONES

1. Es un principio de derecho consuetudinario internacional el que las leyes nacionales no deben producir un efecto extraterritorial, es decir que su validez tiene como límite el territorio sobre el cual el Estado ejerce su propia jurisdicción, esto es, la plenitud de sus competencias.

2. Un Estado puede emitir cierto tipo de normas, ya sean individuales o generales, en ámbitos específicos, como pueden ser los relacionados con el *status* civil de las personas, con problemas de derecho fiscal, o la reglamentación de leyes antimonopolio, y dotar a estas leyes con efectos extraterritoriales. Sin embargo, dichas leyes no podrán producir sus efectos en territorio de un tercer Estado, a menos que dicho Estado otorgue

56 Este Proyecto de Ley modificando la Ley sobre Medidas Extraterritoriales Extranjeras, se convertiría poco después en derecho positivo, entrando en vigor el 1o. de enero de 1997. Ver *The New York Times*, 2 de enero de 1997.

expresamente su aprobación, o que, por lo menos, no exprese su desaprobación o rechazo.

3. Los principios jurídicos referentes a la "inmunidad soberana" son parte integrante del derecho internacional consuetudinario, en tanto que aquellos principios relativos a la doctrina del "Acto de Estado" deben ser considerados como limitaciones autoimpuestas por los órganos judiciales al ejercicio de la jurisdicción del foro. En este sentido, la teoría del "Act of State" puede considerarse como una construcción fundamentalmente pretoriana de los tribunales estadounidenses; un conjunto de principios de derecho constitucional estadounidense.

4. Para que la demanda de una persona física o moral, pueda ser endosada por un Estado y proceda en la esfera internacional, se requiere necesariamente que el demandante posea efectivamente la nacionalidad del Estado reclamante, desde la fecha en que se cometió el presunto hecho ilícito, hasta el momento —por lo menos— de la presentación de la demanda por el Estado interesado frente al órgano internacionalmente competente para conocer del mismo. Esta condición del vínculo y continuidad de la nacionalidad, no es, en modo alguno, una condición de procedimiento para el ejercicio de la protección diplomática, sino antes al contrario, una condición de fondo, un requisito substancial para el debido ejercicio de la misma.

5. La llamada "Ley Helms-Burton" es violatoria del derecho internacional por ir en contra de los principios base del derecho internacional, esto es de los principios de derecho internacional consuetudinario. Concretamente la legislación Helms-Burton infringe el derecho internacional, al pretender, *inter alia*, que los tribunales nacionales de un Estado reclamante puedan constituir el foro competente para la resolución de reclamaciones de Estado a Estado, y al pretender que un Estado pueda endosar la reclamación de una persona que no poseía su nacionalidad en el momento de ocurrir el hecho ilícito. Igualmente, es violatoria, al pretender que el Estado reclamante tenga derecho a imputar una responsabilidad a nacionales de terceros Estados por la utilización de bienes expropiados, o pretender privar a un nacional extranjero del derecho de defensa, de acuerdo con el debido proceso legal.

Por estas razones, el Comité Jurídico Interamericano sostuvo que todo Estado está sujeto, en sus relaciones recíprocas, al derecho interna-

cional, no pudiendo adoptar medidas no conformes con este orden jurídico sin incurrir en responsabilidad, como sería precisamente el caso al no respetar los límites impuestos por el derecho internacional para ejercer su propia jurisdicción.[57]

57 Ver Stern, Brigitte, "Vers la Mondialisation Juridique? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy", *RGDIP*, París, Pédone, 1996, pp. 979-1003.

La profesora Brigitte Stern, se pregunta si el próximo siglo será un triste testigo del surgimiento de una "pseudo-legalidad internacional" dominada por los Estados Unidos, o por el contrario, será el testigo de una "profundización" de una comunidad internacional fundamentada en la igualdad soberana de todos los Estados. *Op. cit.*, p. 1003.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL "PACTO DE BOGOTÁ" SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, A LA LUZ DEL CASO RELATIVO A LAS ACCIONES ARMADAS, FRONTERIZAS Y TRANSFRONTERIZAS, ENTRE NICARAGUA Y HONDURAS (CIJ)

Al señor profesor Jorge Carpizo

SUMARIO: I. *El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, y la Carta de la Organización de Estados Americanos.* II. *Obligación general de dirimir todo diferendo por medios pacíficos.* III. *Procedimiento de arbitraje.* IV. *Una dicotomía absurda.* V. *Sometimiento obligatorio al arbitraje.* VI. *Procedimiento judicial.* VII. *"El Pacto de Bogotá" y la sentencia del 20 de diciembre de 1988 dictada por la Corte Internacional de Justicia.* VIII. *Contadora: "un procedimiento especial ya iniciado".* IX. *Contadora y el Grupo de Apoyo.* X. *Opinión de la Corte Internacional de Justicia.* XI. *¿"El Pacto de Bogotá" debe ser reformado?* XII. *Un giro extraño y singular.* XIII. *Reflexión final.*

I. EL TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS, Y LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas "Pacto de Bogotá" (artículo LX), suscrito el 30 de abril de 1948, en el curso de la IX Conferencia Internacional Americana, fue adoptado de conformidad con el artículo 26 (originalmente artículo 23) de la Carta de Organización de los Estados Americanos (OEA). Hay que recordar que la Carta de la OEA (1948), vigente desde el 31 de diciembre de 1951, ha sido reformada por el Proto-

colo de Buenos Aires de 1967, por el Protocolo de Washington de 1992 y, finalmente por el Protocolo de Managua de 1993.[1]

La entrada en vigor del Tratado de Solución de Controversias, para una parte contratante, se realiza al momento en que se notifica el depósito del instrumento de ratificación a los otros gobiernos signatarios, y esta notificación es considerada como constituyendo el canje o intercambio de ratificaciones. De esta suerte, el mencionado Tratado entra en vigencia entre las altas partes contratantes, en el orden en que depositen sus respectivas ratificaciones (artículos 52 y 53).[2]

Así pues, la base jurídica de este "Pacto de Bogotá", se encuentra consagrada en el artículo 26 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de la manera siguiente: "Un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios específicos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados Americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable".

Este "Pacto de Bogotá", desde un principio tuvo el propósito de crear un sistema unificado de codificación de varias convenciones, protocolos y acuerdos internacionales sobre el arreglo pacífico de controversias, que en aquel entonces proliferaban de la manera más disímbola y heterogénea en el ámbito americano.

De entre dichos instrumentos internacionales, que cesarían su vigencia a medida que el nuevo Pacto empezara a ser vinculante, podemos mencionar los siguientes:

1. Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos del 3 de mayo de 1923 (*Tratado Gondra*).

1 Ver *Tratados Americanos de Soluciones Pacíficas "Pacto de Bogotá", Serie sobre Tratados, Documentos Oficiales*, Washington, D. C., Secretaría General OEA/Ser.A/3(SEPF), núm. 17, 1961. Ver "Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por los Protocolos de 1967 y 1985" en *Serie sobre Tratados*, núm. 1. E/OEA/SER. A/2 (rev. 3), Washington, D. C., Secretaría General, OEA, 1992. Para los aspectos recientes sobre las últimas reformas a la Carta de la OEA se puede ver con interés el artículo del que fuera secretario general de la Organización de Estados Americanos, João Baena Soares: "Aspectos Jurídico-Políticos das Recentes Reformas da Carta de Organização dos Estados Americanos (OEA)", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Río de Janeiro, año XLVI-1993, núm. 87/90, pp. 59-71.

2 En el Tratado se asienta que si una de las partes contratantes formula "reservas" respecto del mismo, éstas se aplicarán, en relación con el Estado que las hiciera, a todos los Estados signatarios a título de reciprocidad artículo 55. Por lo que respecta a su duración, se dice que el Tratado regirá indefinidamente, pero que podrá ser denunciado mediante aviso anticipado de un año, transcurrido el cual cesará en sus efectos para el denunciante. Esta denuncia (artículo 56, 2o. párrafo) no tendrá efecto alguno sobre los procedimientos pendientes iniciados antes de transmitido el aviso respectivo.

2. Convención General de Conciliación Interamericana del 5 de enero de 1929.

3. Tratado General de Arbitraje Interamericano y Protocolo Adicional de Arbitraje Progresivo, del 5 de enero de 1929.

4. Protocolo Adicional a la Convención General de Conciliación Interamericana, del 26 de diciembre de 1933.

5. Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación del 10 de octubre de 1933 (*Tratado Saavedra Lamas*).

6. Convención para Coordinar, Ampliar y Asegurar el Cumplimiento de los Tratados Existentes entre los Estados Americanos, del 23 de diciembre de 1936.

7. Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, del 23 de diciembre de 1936.

8. Tratado Relativo a la Prevención de Controversias del 23 de diciembre de 1936.[3]

En el curso del año de 1943, el antiguo Consejo Directivo de la Unión Panamericana, solicitó al Comité Jurídico Interamericano elaborar un proyecto de tratado definitivo para el arreglo pacífico de diferendos. De esta suerte, el Comité Jurídico se daría a la tarea de examinar todos los acuerdos interamericanos existentes hasta ese día sobre el tema en cuestión, así como los proyectos que fueron presentados en su momento en el seno de la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, 1938). El Comité elaboraría no sólo uno, sino dos anteproyectos.[4]

Es cierto que toda esta cuestión entraría en una nueva fase de desarrollo, al momento de llevarse a cabo en la ciudad de México la "Conferencia Interamericana sobre los problemas de la guerra y la paz", en el curso del año de 1945 (Resolución XXXIX).

3 Ver el muy útil volumen de Recopilación de tratados y convenciones interamericanas, y el cuadro de firmas, ratificaciones, adhesiones y depósitos de instrumentos, elaborado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, a través de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos: *Tratados y Convenciones Interamericanos: firmas, ratificaciones y depósitos, con notas explicativas*. Washington, D. C., Secretaría General, OEA. Serie sobre Tratados núm. 9, Rev. 1993.

4 Ver *Comité Jurídico Interamericano. Recomendaciones e Informes. Documentos Oficiales. 1945-1947*. Río de Janeiro, Brasil, 1950, p. 37. Hay que hacer notar que durante la Octava Conferencia, no se llegó a firmar ningún acuerdo o tratado internacional. Ver igualmente: *Sistema Interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos*, vol. I: *Asuntos jurídicos-políticos*. Washington, D. C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA, 1981, capítulo IX "Arreglo pacífico de controversias", pp. 710-772.

De nueva cuenta, se reafirmaría el principio de derecho, conforme al cual todas las diferencias de orden internacional deberían ser resueltas por medios pacíficos, elegidos por las partes.

Igualmente, y una vez más, el Comité Jurídico Interamericano sería encargado de la elaboración inmediata (*sic*) de un anteproyecto para el "Sistema Interamericano de Paz", con el fin de lograr coordinar los instrumentos continentales para la prevención y solución pacífica de las controversias, de manera tal que la aplicación gradual y progresiva de éstos pudiera llevar obligatoriamente a alcanzar los resultados previstos en las anteriores Conferencias.[5]

El Comité Jurídico Interamericano va a redactar un importante texto, en noviembre de 1947, en donde puede ya apreciarse una variable cuya inserción será trascendental. Ésta consistirá en la decisión de emprender el camino del "sistema de arbitraje obligatorio", en relación con cualquier tipo de diferendo o controversia sin importar su naturaleza, esto es, con independencia de la calificación de tipo jurídico o del llamado tipo político, y que en la opinión de alguna de las tres partes no hubiera sido posible dirimir por medio de uno de los procedimientos diplomáticos conocidos a tal efecto: buenos oficios, mediación, investigación y conciliación.[6]

5 Ver *Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz: Informe sobre los resultados de la Conferencia presentado al Consejo Directivo de la Unión Panamericana*, México, febrero 21-marzo 8, 1945; Unión Panamericana, Washington, D. C., 1945, Serie sobre Congresos y Conferencias núm. 47, en Resolución XXXIX, en el anexo A, pp. 59-61.

6 Ver Connell Smith, Gordon, *El sistema interamericano*, México, FCE, 1971, cap. VI, pp. 227-260, trad. Nelly Wolf. Ver también a Sepúlveda, César, *El sistema interamericano: génesis, integración y decadencia*, 2a. ed., México, Porrúa, 1974. El balance de este autor, por lo que concierne al sistema interamericano, es más bien negativo: "En la América Latina (...) el ímpetu regionalista no se tradujo en resultados satisfactorios ni en lo que concierne a lo económico, ni en lo relativo al mantenimiento del orden y de la seguridad. No puede decirse que haya sido un buen substituto del sistema universal. En lo que se refiere a la solución de controversias, el acceso regional, salvo alguna contada excepción, no enseña éxito satisfactorio, pues se utilizó casi siempre para legitimar las acciones del miembro principal", *op. cit.*, pp. 118 y 119.

Ver también, Castañeda, Jorge, "El Sistema Interamericano", *Obras completas*, México, Instituto Matías Romero de la SRE y el Colegio de México, t. III, 1995, pp. 147-160. El profesor Jorge Castañeda considera al "Pacto de Bogotá" como un considerable adelanto al respecto de todo lo que hasta entoces se había realizado, pero siempre abrigó el temor de que en virtud de las reservas formuladas por Estados Unidos de América con respecto a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia y a la sumisión al recurso de arbitraje obligatorio, el "Pacto de Bogotá" corría el riesgo de poseer un valor práctico muy relativo. De igual suerte este eminente iusinternacionalista sostiene sin ambigüedades que: "El sistema interamericano no ha sido históricamente una defensa sino, por el contrario, ha servido como instrumento para intervenir en la vida interna de los países latinoamericanos. *Idem*, p. 14.

II. Obligación general de dirimir todo diferendo por medios pacíficos

Si llegase a surgir un diferendo que, en opinión de una de las partes, no pudiera ser resuelto a través de negociaciones directas siguiendo las vías diplomáticas ordinarias, las partes se comprometen a emplear los procedimientos establecidos por el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, o "Pacto de Bogotá".

Las partes pueden recurrir al procedimiento pacífico que consideren, ellas mismas, como el más conveniente para cada caso específico. Así, pueden hacer uso del medio de origen consuetudinario de los "buenos oficios" que está previsto como la gestión de un gobierno (o persona física) ajenos a la controversia, con el fin de aproximar a las partes, ofreciéndoles la posibilidad de encontrar una solución satisfactoria (artículo 9o.).

En tanto que, la función del "mediador" o mediadores, consistirá: "en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable" (artículo 12). Esta misma disposición enfatiza el carácter de absoluta confidencialidad del mediador, al grado de que se le impone el deber de abstenerse de emitir informe alguno. Pero, obviamente y de conformidad a su origen consuetudinario, estamos aquí frente a un procedimiento en donde hay una diferencia de grado e intensidad, ya que el que presta sus buenos oficios sólo es un detonador de las negociaciones, en tanto que el mediador forma una parte activa hasta el final de la negociación, sea cual fuere su resultado.

Igualmente, las partes pueden elegir (el Tratado no indica un orden que deba seguirse), si así lo estiman conveniente, recurrir al procedimiento de "investigación y conciliación".

Si se somete la controversia a una "comisión de investigación y conciliación", el Consejo de la OEA, tomará las providencias inmediatas para convocarla.

Las partes en la controversia, tienen la obligación de abstenerse de actos, que pueden dificultar las tareas de la comisión de investigación y conciliación, correspondiendo a ésta el esclarecer los puntos controvertidos, esforzándose de llevar a las partes a un acuerdo en condiciones mutuamente aceptables.

Con el fin de encontrar una solución satisfactoria, la comisión promoverá las investigaciones que estime necesarias sobre los hechos que die-

ron origen a la controversia. Todo informe y toda conclusión, a la que eventualmente llegare la "comisión de investigación y conciliación", no serán jurídicamente vinculantes para las partes, en lo que respecta a la exposición de los hechos, ni en lo que concierne a las cuestiones de derecho. No revisten otro carácter que el de "recomendaciones" que se ofrecen a la consideración de las partes, "para facilitar el arreglo amistoso de la controversia" (artículos 15 a 30, capítulo tercero).

Así pues, el "Pacto de Bogotá" retoma los llamados procedimientos o medios diplomáticos ya clásicos en el arreglo de las controversias, cuyo objetivo es facilitar el acuerdo entre las partes, pero sin que ello implique un valor vinculante que pudiera ir más allá de la simple recomendación, la opinión o constatación de hechos; las partes permanecen dueñas de la decisión final.

¿Cuáles serían los diferendos que pueden y/o deben ser sometidos a la "comisión de investigación y conciliación"? El capítulo primero del "Pacto de Bogotá" puntualiza que en caso de que se suscite una controversia que, en opinión de las partes, no pueda ser resuelta por negociaciones directas, siguiendo los medios diplomáticos ordinarios las partes se comprometen a echar mano de los procedimientos establecidos en el tratado en cuestión.

El orden de los procedimientos de arreglo contemplados, no tiene nada de obligatorio, en cuanto al agotamiento de todos ellos, ni en cuanto a su prelación, salvo obviamente que exista acuerdo en contrario. Sin embargo, no podrá incoarse otro procedimiento antes de agotar aquel que se haya formalmente iniciado (artículo 4o.). En virtud de que dichos procedimientos de arreglo pacífico no podrán aplicarse a los que, por su naturaleza, se presume son de la jurisdicción interna del Estado, si las partes no llegan a un acuerdo respecto a si el diferendo "X" es o no es un asunto que, por su esencia, cae dentro de la presunta y exclusiva competencia nacional, entonces, a solicitud de cualquiera de ellas, esta cuestión prejudicial deberá ser sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia (artículos 2o., 3o. y 4o.).[7]

7 Ver Thomas, A. V. W. y Thomas, A. J., *La Organización de los Estados Americanos*, trad. A. Arrangoiz, México, Edit. Hispano-Americana. 1968, cap. XVI, pp. 358-85; Fernández-Shaw, Félix, *La Organización de los Estados Americanos: una nueva visión de América*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1959, pp. 366-390; Castañeda, Jorge, "Pan Americanism and Regionalism: a mexican view", *International organisation*, Boston, núm. 10 (3), agosto de 1956, pp. 373-389; Lleras Camargo, Alberto, "The Inter-American System Today", *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, Filadelfia, 282, julio de 1952, pp. 97-103.

III. Procedimiento de arbitraje

Independientemente de lo que está estipulado en el Tratado Americano de Solución de Controversias respecto al procedimiento judicial, y sobre el cual regresaremos más adelante, las partes contratantes poseen la facultad de someter a arbitraje, previo acuerdo entre los mismos, "las diferencias de cualquier naturaleza, sean o no jurídicas, que hayan surgido o surgieren en lo sucesivo entre ellas" (artículo 38).

Antes que otra cosa, hay que advertir que el hecho de que la doctrina, e incluso, en ocasiones, también la práctica internacional, hayan distinguido dos grupos de diferendos: los diferendos jurídicos y los diferendos políticos, ello no justifica en forma alguna, y menos en la hora actual, esta insostenible distinción, cuya pretendida utilidad, es por lo demás, prácticamente absurda.

El profesor Antoine Fattal decía que:

> Los diferendos que por su naturaleza pertenecen a la función judicial —o diferendos jurídicos— son aquéllos sobre los cuales se pide una solución de *lege lata*, por aplicación o interpretación del derecho positivo en vigor. Los diferendos que caen dentro de la esfera de la función legislativa —o diferendos políticos—, son aquéllos sobre los cuales se pide una solución de, *lege ferenda*, a través de la creación de una nueva situación de derecho.[8]

Pero, incluso cuando este autor se percata y acepta de que esta pretendida distinción bipartita es un "espejismo", un horizonte sin línea, sin embargo no deja de sostener que, "...los diferendos políticos por naturaleza son originarios de cuestiones que el derecho internacional no ha todavía reglamentado, por el momento, y que no podrían ser dirimidos por el juez. Tal es el caso de los asuntos reservados a la competencia nacional o exclusiva de los Estados". Y dentro de este marco de ideas, A. Fattal, hace referencia a la opinión consultiva sobre los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos, dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1923 (*Serie B*, núm. 4, p. 23). La Corte Permanente en este caso, sostuvo que existen, "ciertas materias que, aun y cuando tocan muy de cerca a los intereses de más de un Estado, éstos no

8 Ver Fattal, Antoine, *Les procèdures diplomatiques de règlement des differends internationaux*, Beiruth, Librairie du Liban, 1966, p. 12; Darwin, Fox, Allot, "Methods or Peaceful Settlement", *International Disputes: the legal aspects*, Londres, The David Davies Memorial Institute of International Studies-Europa Publication, pp. 77-178.

son en principio, reglamentados por el derecho internacional. En lo que concierne a estas materias, cada Estado es único dueño de sus decisiones".[9]

Si fuese necesario concluir en que se deben hacer reformas al "Pacto de Bogotá", ésta ciertamente debe ser una de ellas, incluso muy importante. En otras palabras, no se puede continuar insertando dentro de una convención internacional esta falsa distinción bipartita, la cual no sólo es cuestionable absolutamente a nivel teórico, sino que su inserción tiene una probada incidencia negativa a nivel de la práctica internacional.

IV. UNA DICOTOMÍA ABSURDA

El carácter jurídico o político de un diferendo no depende de la naturaleza de la controversia sino, antes al contrario, su caracterización va a depender de la naturaleza de las normas que vayan a ser aplicadas al arreglo del diferendo.

Un diferendo es de carácter jurídico, como bien lo demostró H. Kelsen, si éste debe dirimido por aplicación de normas legales, es decir, por la aplicación del derecho existente. El punto litigioso será de naturaleza política, si el mismo debe ser dirimido por aplicación de cualquier otro cuerpo o grupo de normas, como por ejemplo, si se apela a principios de equidad, justicia, u otras normas de naturaleza similar.[10]

Dicho de otra manera, no existen "lagunas" (*gaps*) dentro de la estructura de un orden jurídico positivo. En estricto sentido, no existen casos en que el órgano jurídico que deba aplicar la norma, se vea obligado a declarar el *non liquet*.

No existen "lagunas" en el derecho, aun y cuando puedan existir lagunas en el conocimiento de los hechos. Pero los hechos que no son conocidos por el órgano que debe aplicar la ley, y que por consiguiente no pueden ser justificables por dicho órgano, desde un punto de vista *jurídico* son inexistentes.[11]

9 *Idem*, pp. 13 y 14. Este autor sostiene que deben ser también considerados como diferendos políticos por naturaleza, aquéllos que no puedan ser solucionados sobre bases jurídicas, por el hecho de la existencia de una carencia o presencia de lagunas en derecho internacional.

10 Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed., Estados Unidos, Holt, Rinehartr and Winston Inc., pp. 525-530 (ed. por Robert W. Tucker).

11 Kelsen-Tucker, *op. cit.*, pp. 527 y 528 y nota 104. Sir Hersh Lauterpachf realiza un análisis un tanto diferente: "*While it is not difficult to establish the proposition that all disputes between States are of a political nature, inasmuch as they involve more or less important interests of States, it is equally ease to show that all international disputes are, irrespective of their gravity, disputes of a legal character in the sense that, so long as the rule-of law is recognised, they are capable of an ans-*

Una nueva versión de esta doctrina, sostiene que existe una categoría de controversias de tal naturaleza, que no podrían ser formuladas en términos legales, es decir, en términos de derechos y obligaciones concretas, y por lo tanto no pueden ser dirimidos por tribunales internacionales.

Si vemos las cosas con cuidado, lo anterior no quiere decir otra cosa sino que el Estado que pretende rechazar el *status quo* no está en posición de presentar esta demanda de conformidad con el derecho positivo en vigor.

Pero el enunciado consistente en sostener que tales *unformulated conflicts* no pueden ser dirimidos por medios jurídicos, a través de la aplicación del derecho existente, es de todo punto incorrecto, si se está queriendo referir a la notoria simpleza de que no existe tribunal con una jurisdicción compulsiva, de tal suerte que los conflictos no podrían ser dirimidos por procedimientos judiciales.

En realidad, dice Kelsen-Tucker, este género de conflictos o diferendos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, podrían perfectamente ser resueltos por una decisión judicial. En el fondo todo el problema se reduce al hecho de que la eventual resolución dictada por un tribunal no sería satisfactoria para el Estado en cuestión, desde una perspectiva política, que no jurídica.[12]

V. SOMETIMIENTO OBLIGATORIO AL ARBITRAJE

En la estructura del sistema del Pacto existe únicamente un caso en donde las partes deben someterse de manera obligatoria al arbitraje. Esto ocurre en la hipótesis en que, por una razón de cualquier índole, la Corte Internacional de Justicia se declarase incompetente para conocer y decidir sobre una controversia (artículo 35).

wer by the aplication of legal rules", en Lauterpacht, sir Hersh, *The Function of Law in the International Community*. Hamden, Connecticut, Archon Books, 1966, pp. 157 y 158.

12 Ver Kelsen-Tucker, *op. cit.*, pp. 528 y 529, nota 105. "*If such a conflict were subjected to a judicial procedure, the tribunal applying the existing law could come to no other conclusion but to reject the claim and to condemm any attempt to realize it by force as a violation of international law. This is the all too obvions reason why a state would never submit such a claim to a judicial procedure*". En el mismo sentido se pronuncia, el profesor Paul Guggenheim, quien añade que la aceptación de las llamadas "lagunas", pone en peligro el principio: "(...) que pretende el que las normas individuales sean ejecutadas en el marco de reglas generales a las cuales estarían ellas mismas subordinadas (principio de la legalidad de la ejecución)". Guggenheim, Paul, *Traité de Droit International Public*, 2a. ed., Genève, Georg, 1967, t. I, p. 266.

Es curioso observar que aun y cuando el capítulo quinto, sobre el "Procedimiento de Arbitraje", es el capítulo más extenso del Tratado, sin embargo todas las disposiciones —algunas de ellas muy elaboradas— son, con todo y todo, supletorias de la voluntad de las partes.

Los Estados parte del Pacto de Bogotá, pueden, de común acuerdo, constituir el Tribunal de Arbitraje de la manera que sea considerada por ellos como la más apropiada, "y aun elegir un árbitro único, designando en tal caso al jefe de un Estado, a un jurista eminente o a cualquier tribunal de justicia en quien tengan mutua confianza" (artículo 41).

Ahora bien, para el caso en que los Estados parte, no llegasen a un común acuerdo, entonces entraría a funcionar la maquinaria prevista para el arbitraje obligatorio, de conformidad con las reglas estipuladas en el tratado.

De esta suerte, cada una de las partes va a designar un árbitro de reconocida competencia en cuestiones de derecho internacional, y va a comunicar la mencionada designación al Consejo de la Organización.

El Consejo de la Organización, va a proceder a la integración del Tribunal de Arbitraje, de la manera siguiente:

— Si las listas presentadas por las partes coincidieren en tres nombres, dichas personas constituirán el Tribunal de Arbitraje, contando con las dos designadas directamente por las partes. Los cinco árbitros así designados escogerán entre ellos a aquél que vaya a cumplir funciones de presidente. En el caso en que no se llegare a presentar ninguna concordancia en las listas, sendos árbitros se sortearán en cada una de ellas, y al quinto árbitro, que será electo de la manera indicada anteriormente, fungirá como presidente del Tribunal (XL).

¿Pero qué acontece en la hipótesis en que después del plazo previsto (dos meses), contado desde la notificación de la decisión de la Corte, una de las partes no hiciere la designación de su árbitro ni la presentación de la lista de sus candidatos?

En la hipótesis anterior, el Tratado prevé que el otro Estado parte tendrá el derecho de pedir al Consejo de la Organización que constituya el Tribunal de Arbitraje.

El Consejo insta a la parte remisa al cumplimiento de sus obligaciones y, de no hacerlo, va a sortear un nombre de la lista presentada por la parte requirente. Acto seguido, el Consejo va a escoger dos juristas de la lista

general de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, a condición de que no pertenezca al grupo nacional de ninguna de las partes. Las tres personas así designadas, en unión de aquella seleccionada directamente por la parte requirente, elegirán al quinto árbitro quien fungirá como presidente del Tribunal (artículo 45).

El laudo, debidamente motivado, será adoptado por mayoría de votos, y publicado después de la notificación a las partes, decidiendo así la controversia de manera definitiva, sin dar lugar, en principio, a ningún recurso de apelación.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, el Tratado Americano de Solución de Controversias contempla la excepción de que el laudo pueda ser susceptible de revisión (dentro del plazo de un año), siempre y cuando se descubriese un hecho anterior a la decisión del Tribunal, ignorado tanto por éste como por la parte que solicita la revisión. Esta excepción de un hecho superveniente, que es la única que contempla el tratado, debe además ser de naturaleza tal que, a juicio del Tribunal, ese "hecho" hubiere sido capaz de ejercer una influencia decisiva sobre el laudo dictado por el mismo Tribunal (artículo 48).[13]

VI. Procedimiento judicial

Los Estados parte en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, de conformidad con el artículo 36, inciso 2o., del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, declaran reconocer con respecto a cualquier otro Estado americano, como obligatorio de pleno derecho y sin convención especial, la jurisdicción de la Corte, en todo diferendo de orden jurídico (*sic*) que surja entre ellos —*so long as the present treaty is in force*—, y que verse sobre:

a) La interpretación de un tratado.

b) Cualquier cuestión de derecho internacional.

13 Lupinacci, Julio César, "Los procedimientos jurisdiccionales en el tratado americano de soluciones pacíficas (Pacto de Bogotá)", *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1962, pp. 163-210; Gómez-Robledo, Antonio, *Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano (conflictos jurisdiccionales)*, México, El Colegio de México, 1974. "Por las muchas reservas de que está lastrado, por el hecho de no haber sido ratificado, ni con mucho, por toda la comunidad interamericana, y por la circunstancia, en fin, de no haber sido aplicado ni una sola vez (invocado sí, en una ocasión, pero no aplicado), el Pacto de Bogotá puede considerarse, a los efectos prácticos, como una *non entity* dentro del sistema interamericano", *op. cit.*, p. 17.

c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional.

d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional (artículo 21).

No es de ninguna manera una exageración decir que éste ha sido, ciertamente, un sueño acariciado por mucho tiempo por los países de América Latina, es decir, la creación de un Tribunal Permanente para la resolución de las controversias interamericanas, y que posea la facultad de emitir una sentencia obligatoria, con autoridad de *res iudicata*.

Este anhelo se reflejaría muy concretamente con la creación de la Corte de Justicia Centro-Americana (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador) de 20 de diciembre de 1907, integrada por cinco magistrados, designados cada uno de ellos por el Poder Legislativo de los respectivos Estados parte, quedando éstos sometidos a la Corte de manera obligatoria, respecto de "todas las controversias o cuestiones que pudieran surgir entre ellos, no importando la naturaleza de las mismas, y cualquiera fuese su origen, en los casos en que las cancillerías respectivas no hubieren podido llegar a un arreglo". También hay que hacer notar el interesante artículo 3o. de esta Convención de Washington, y por el cual la Corte tenía la posibilidad de conocer igualmente de las controversias que pudiesen surgir entre los Estados parte y los simples particulares.[14]

Pero en 1948, y contrariamente a la voluntad de algunos Estados que decididamente se pronunciaban por la creación de un tribunal interamericano, se optó finalmente por confiar la solución de controversias a la Corte Internacional de Justicia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), porque se pensaba que esta última Corte podría dirimir todo género de controversias que se llegaren a generar entre los Estados americanos, considerando por lo demás que si se creaba un tribunal interamericano se debilitaría la autoridad de la Corte Internacional de Justicia.[15]

14 Este Tribunal de Justicia Centro-Americano, fue creado por un término de diez años, contados a partir del depósito del último instrumento de ratificación (12 de marzo de 1908); dicho Tribunal Centro-Americano, no fue renovado a la expiración del lapso previsto. Durante sus diez años de existencia, el Tribunal pronunció un total de dieciocho sentencias. Ver Hudson O., Manley, "The Central American Court of Justice", *American Journal of International Law*, vol. 26, 1932, pp. 759-786. Uno de los casos más interesantes conocidos y fallado por esta corte centroamericana, fue el caso relativo al *Tratado Bryan-Chamorro*, entre Nicaragua y Estados Unidos de América. *Ibidem*.

15 "Tribunal Interamericano de Justicia", *Inter-American Juridical Yearbook*, Washington, núm. 63, 1952-1954. Ver Caicedo Castilla, José Joaquín, *La obra del Comité Jurídico Interamericano*, Río de Janeiro (CJI), abril de 1966, pp. 19-28.

Así, por medio de este mecanismo judicial del "Pacto de Bogotá", se trata de que los Estados americanos se sometan a una solución jurídicamente vinculante, respecto de todo punto litigioso internacional, pero dejando muy en claro que las partes poseen una facultad discrecional en cuanto a la elección del procedimiento que convenga a sus legítimos intereses.

Los Estados parte pueden así tomar la decisión de elegir, ya sea el recurso al arbitraje: los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, o bien tomar la vía del recurso al procedimiento judicial del capítulo quinto del Tratado, pero sin que exista, *stricto sensu*, una verdadera obligación legal de recurrir a éste.[16]

Sin embargo, en caso de que los Estados parte recurran al procedimiento de Conciliación consagrado en el capítulo tres del "Pacto de Bogotá", sin que las partes lleguen a alguna solución satisfactoria y sin haber convenido en ningún procedimiento de arbitraje, entonces cualquiera de los Estados parte en la controversia tendrá la facultad de someter la cuestión en litigio ante la Corte Internacional de Justicia.

En esta hipótesis, el asunto será llevado ante la Corte por medio de una demanda, en donde se indique el objeto del diferendo, y la competencia de la Corte permanecerá obligatoria, conforme a lo prescrito en su mismo Estatuto.

En otras palabras, una de las partes en el diferendo posee el derecho, en los casos de este género, de exigir en forma unilateral que el otro Estado se someta a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de La Haya.

"El Pacto de Bogotá" otorga, *expressi verbis*, la autoridad a la Corte Internacional de Justicia para decidir previamente sobre su propia competencia, para el caso —obviamente— en que los Estados parte no hubieren podido llegar a un acuerdo acerca de la competencia de la Corte sobre el mencionado litigio (artículo 33).

Pero, por otra parte, la Corte de La Haya puede declararse incompetente para conocer y dirimir una controversia, de conformidad con el mismo "Pacto de Bogotá" (artículo 34), y en estas circunstancias, el caso que había sido llevado ante esta instancia se dará por terminado (*such controversy shall be declared ended*).

Dentro de la anterior hipótesis, la Corte de La Haya puede encontrarse carente de jurisdicción para conocer de la controversia y declarar

16 Ver Fernández-Shaw, Félix, *op. cit.*, pp. 374-379; Thomas and Thomas, *op. cit.*, pp. 374-380.

ésta como terminada legalmente por los motivos siguientes (artículos 5o.; 6o.; 7o.):

a) En caso de que las partes, de común acuerdo, sostuvieren que la cuestión objeto del litigio es por "esencia" de la esfera de la jurisdicción interna del Estado, es decir, de su llamada jurisdicción doméstica.

b) En caso de que los asuntos en litigio hayan sido ya solucionados por arreglo de las partes, por laudo arbitral o por sentencia de un tribunal internacional. También deberá declararse incompetente si el punto en litigio se encuentra regido por un tratado vigente en la fecha de la celebración del presente Pacto.

c) En caso de que los nacionales que se pretendiera proteger por la vía diplomática en el extranjero no hubieren agotado las vías de los recursos internos, acudiendo a los tribunales domésticos del Estado respectivo.[17]

Pero más allá de los anteriores motivos que vienen de enunciarse, la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el mismo "Pacto de Bogotá", puede declararse carente de competencia para conocer y decidir de la controversia planteada "por cualquier otro motivo"; si éste es el caso, entonces los Estados parte se obligan a someter el litigio al procedimiento de arbitraje, de conformidad con las disposiciones enmarcadas en el capítulo quinto del Tratado.

Esta disposición (artículo 35), por la cual la Corte puede declararse incompetente, o según el texto inglés: "*If the Court for any other reason declares itself to be without jurisdiction, to hear and adjuge the controversy*", ha podido ser considerada como un artículo, cuyo significado no sería otra cosa sino un enigma inexpugnable, "un rompecabezas inescrutable", en lo que a la competencia y jurisdicción de la Corte se refiere concretamente.[18]

17 Ver el minucioso estudio del profesor Galo Leoro, F., "La reforma del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá", *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, D. C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, 1981, pp. 30-79.

18 Ver Thomas and Thomas, *op. cit.*, p. 376. En el mismo sentido consúltese el *Informe* del doctor don Antonio Gómez-Robledo, sometido a la Comisión Jurídica Interamericana, y citado por el profesor Galo Leoro, quien a su vez califica a dicha disposición como poseyendo una extraña naturaleza, ver Galo Leoro, *op. cit.*, pp. 59-61. Don Antonio Gómez-Robledo se expresa de la siguiente manera: "¡La Corte, incompetente por hipótesis para conocer del asunto, ejerce, sin embargo, un acto tan eminentemente jurisdiccional como la fijación de la *litis*. Sería increíble si no estuviera escrito. ¿Por qué normas o principios han de arbitrarse las controversias no jurídicas, si verdaderamente existen las de esta naturaleza? No por el derecho positivo, desde luego, a menos de incurrir en la más flagrante *contradictio in adiecto*, sino por otras normas o principios, no por esto menos respetables, que están implícitos en la conocida expresión *ex aequo et bono*", *idem*, p. 60.

En realidad nosotros no vemos bien este llamado "rompecabezas inescrutable", ya que perfectamente puede concebirse la idea que la Corte Internacional de Justicia pueda declararse incompetente (*without jurisdiction*) por otra serie de razones, que no sean necesariamente las expresadas en la estructura del "Pacto de Bogotá", y que al mismo tiempo, no sea en virtud del hecho de que se trataría de un hipotético diferendo de naturaleza política, cualquiera sea el sentido y significado que quisiera otorgársele a dicho concepto.

Lo anterior es tanto más cierto, que las partes pueden convenir en que el diferendo sòmetido a la Corte Internacional de Justicia pueda ser fallado de conformidad al principio *ex aequo et bono*.[19]

VII. "El Pacto de Bogotá", y la sentencia del 20 de diciembre de 1988 dictada por la Corte Internacional de Justicia

El gobierno de la República de Nicaragua interpuso, con fecha 28 de julio de 1986, ante el secretario de la Corte Internacional de Justicia, una demanda introductiva de instancia en contra de la República de Honduras, a propósito de una controversia relativa a las supuestas actividades llevadas a cabo por bandas armadas, las cuales, se alegaba, actuaban desde Honduras en la frontera entre Honduras y Nicaragua y en territorio nicaragüense.

> La demanda indica, como fundamento de la competencia de la Corte, las disposiciones del artículo XXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas firmado el 30 de abril de 1948, denominado (...) "Pacto de Bogotá", y las declaraciones por las cuales las dos Partes han aceptado la jurisdicción de la Corte en las condiciones previstas respectivamente en los párrafos 1 y 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte.[20]

Sin dejar de tomar muy en cuenta esta opinión, no se puede soslayar el hecho que este mismo humanista, parecería contradecirse él mismo, si nos remitimos a una de sus obras en donde aborda esta misma cuestión: "El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), es una obra perfecta desde el punto de vista de la técnica jurídica (...)". Ver Gómez-Robledo, Antonio, *Idea y experiencia de América*. México, FCE-Tierra Firme, 1958, p. 219.

19 En caso de diferendos sometidos al procedimiento de arreglo judicial a que se refiere el "Pacto de Bogotá", la decisión se tomará por la Corte en pleno, o si las partes así lo convinieren, la decisión podrá ser adoptada por una Sala Especial (artículo 36).

20 Ver "Actions armées, frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras) - Competénce et Reçevabilité, Arrêt", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances* CIJ, 1988, p. 71, 1er. párr., ver Calatayud Orihuela, Esperanza, "El Pacto de Bogotá y la Corte Internacional de Justicia".

Por el hecho de que la República de Honduras había sostenido que la demanda de Nicaragua no podía ser admisible, la Corte va a examinar previamente la cuestión de su jurisdicción, y en caso de encontrarse "competente" para conocer de la demanda, será entonces cuando pasará el examen de la cuestión relativa a la "admisibilidad" de la demanda.

De conformidad con la excepción de la República de Honduras, la Corte no podría fundar su competencia sobre la base del artículo XXXI del Pacto de Bogotá, sino a condición —únicamente— de que el litigio hubiera sido sometido previamente al procedimiento de "conciliación", y que no se hubiere convenido, además, en recurrir al procedimiento de "arbitraje", tal y como están plasmados en los capítulos tercero y quinto del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.

En otras palabras, Honduras consideraba que el artículo 31 y el artículo 32 del "Pacto de Bogotá", no eran dos disposiciones con carácter autónomo, que otorgaban cada una de ellas una "competencia" a la Corte, sino que por el contrario, estos dos preceptos poseían una naturaleza indisociable.[21]

Independientemente de demostrar que la interpretación dada por Honduras contraría la letra de dicho artículo, la Corte sostiene que en el presente caso, Nicaragua ha invocado el artículo 31 y no el artículo 32 del Pacto.

"Luego entonces, poco importa que el diferendo sometido a la Corte haya o no sido objeto previo de una tentativa de conciliación (...) El artículo XXXI del 'Pacto de Bogotá', otorga competencia a la Corte para conocer del diferendo que le es sometido."[22]

VIII. CONTADORA: "UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL YA INICIADO"

De conformidad con el Pacto de Bogotá, en la eventualidad de que una controversia surgiere entre dos o más países signatarios, y que en opinión de una de las partes no pudiera ser resuelta por negociaciones diplo-

Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, vol. XLII, núm. 2, julio-diciembre de 1990, pp. 415-441; Buffet-Tchakaloff, Marie-France. "La Competence de la Cour Internacionale de Justice dans l'Affaires des Actions frontalières et transfrontalières Nicaragua-Honduras", *Révue Générale de Droit International Public*, t. 93/1989/3, pp. 623-654. Esta última autora hace una interesante anotación crítica a la Corte: "*L'arrêt semble avoir retenu de façon selective l'attitude constante des parties en ne prenant en considération que la conduite constante majoritaire. Il ne s'est pas non plus interessé au retournement possible d'un plaideur d'un procès à l'autre*", *idem*, p. 649.

21 Ver *Recueil des Arrêts* (...), 1988, *op. cit.*, pp. 82-88.

22 Ver *idem*, p. 90, párr. 47 y 48.

máticas usuales, las partes contratantes —tal y como lo vimos anteriormente— se obligan a hacer uso de los otros procedimientos previstos en el Tratado, para poder llegar a una solución equitativa.

En este sentido, en el *Memorial* de la República de Honduras se asienta lo siguiente:

> (...) El proceso de Contadora, no es solamente un procedimiento especial en el sentido del artículo II del Pacto de Bogotá, sino que además es un procedimiento aceptado y apoyado por las dos Partes, y en forma específica, está diseñado para cubrir exactamente el tipo de interpelación interpuesto por Nicaragua(...), es decir, que el artículo IV le impide recurrir a todo otro procedimiento —incluyendo el referente a la CIJ—, hasta el momento en que no se hubiere terminado el proceso adoptado con antelación por acuerdo de las Partes. De esta manera, sostiene Honduras, no podrá seriamente concluirse que el proceso de Contadora haya ya terminado(...) Es una consideración elemental proveniente de la buena fe..., que una vez que Nicaragua ha aceptado el proceso de Contadora, como queda claro que lo ha hecho (...), no queda ya abierto para Nicaragua la posibilidad de renegar de ese proceso y dar principios a un muy diferente procedimiento, incompatible ante la Corte Internacional de Justicia.[23]

El Grupo de Contadora fue creado oficialmente en el mes de enero de 1983. Durante los primeros meses de su existencia, Contadora desarrolló una agenda múltiple, muy vasta y compleja, comprendiendo todo género de cuestiones, muchas de las cuales no tenían mayor conexión substancial entre las mismas.

El Grupo de Contadora —Colombia, México, Panamá, Venezuela— elaboraría el 7 de septiembre de 1984, después de año y medio de trabajos, el documento que se suponía iría a restablecer la paz en América Central, haciendo entrega del mismo al secretario general de Naciones Unidas, con fecha 25 de septiembre del mismo año.

Al término de la reunión de San José de Costa Rica del 30 de septiembre, un total de veintiún Estados acordaron otorgar su apoyo al mencionado Plan de Contadora, y esto dentro del marco de la Conferencia que agrupaba a los Estados miembros de lo que era la CEE, los integrantes del Grupo Contadora, y cinco países de América Central (Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador).

23 Ver *Honduras Memorial. Border and Transborder Armed Actions*, pp. 83-94.

Un protocolo adicional al Plan, compuesto de ocho puntos fue abierto a la firma, para todos aquellos Estados que desearan contribuir a la paz y a la cooperación en Centro América.

Los signatarios se comprometerían, esencialmente, a abstenerse de acciones susceptibles de obstaculizar el Acta de Contadora para el logro de los fines propuestos; a cooperar con los países centroamericanos, y a prestar todo su apoyo a "la Comisión de verificación y de control en materia de seguridad", cuando así les fuera solicitado por los Estados parte en el proceso de negociación.

Para el año de 1986, esto es, más de tres años transcurridos después de haber sido adoptada la iniciativa en la isla de Contadora, la paz que pretendía lograrse, aparecía mucho más lejos que antes y la inestabilidad política de la región centroamericana, se presentaba mucho más grave que al inicio de las negociaciones.

Después de decenas de reuniones y comisiones, llamamientos y exhortaciones, proposiciones y proyectos, planes de acción y negociaciones de la más diversa naturaleza, realizadas a todo momento y en toda región, el sólo hecho concreto que, lamentablemente podía constatarse, era una crisis de legitimidad en la negociación, un cuestionamiento político en la mediación y una polarización cada vez mayor de las posiciones de los actores involucrados. Las metas e ideas que en un principio, se presumía, habían guiado la integración de Contadora, se encontraban en un creciente proceso de desgaste en cuanto a sus objetivos, y en una franca pulverización en cuanto a sus medios de eventual conciliación.

Los tres objetivos principales, entre tantos y tantos otros, que habían sido establecidos por el Grupo Contadora desde el inicio de su creación, y que comprendían el fin de la injerencia militar extranjera, el término de la carrera armamentista, y el cese de la subversión entre los países de la región, habían fracasado de manera, por demás, dramática y riesgosa.[24]

24 Ver Rousseau, Charles, "Chronique des faits internationaux". Esta detallada crónica puede consultarse en varios números de la *Révue Générale de Droit International Public*, t. 88/1984/4, pp. 897-899; t. 89/1985/2, pp. 392-396; t. 90/1986/1, pp. 185 y 186, t. 90/1986/3, pp. 628-631.

Ver también: Groupe Contadora, "Projet d'Accord révisé de Contadora pour la paix et la coopération en Amérique Centrale", Tegucigalpa, 20 de octubre 1984, en *Documents Juridiques Internationaux*, Montreal, Quebec, vol. 4, núm. 1, enero de 1985, pp. 123-153; Organisation des Estats Américains; Assemblée Générale, "Résolution sur les démarches en faveur de la paix en Amérique Centrale", *Documents Juridiques Internationaux*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1985, pp. 278 y 279; "Projet de Statut du Mécanisme de Vérification et de Contrôle en Matière de Securité de l'Accord de Contadora (Honduras-Costa Rica-El Salvador)", *Documents Juridiques Internationauix*, vol. 4, núm. 3, septiembre de 1985, pp. 498-507.

IX. Contadora y el Grupo de Apoyo

En el curso de 1986, el Grupo Contadora, actuando en colaboración con otros cuatro Estados sudamericanos, integraba una nueva formación (constituida en el verano de 1985), conocida bajo el nombre de "Grupo de Apoyo", que reunía a las Repúblicas de Argentina, Brasil, Perú y Uruguay; la totalidad de los ocho Estados signaron una "Acta para la paz, la seguridad y la democracia en América Central", y por la cual se exhortaba y se recomendaba —una vez más— la reactivación de los esfuerzos del Grupo Contadora, el fin de apoyo a las fuerzas irregulares y a los movimientos insurrectos en la región, el congelamiento de compra de armamento, la reducción progresiva del número de consejeros extranjeros, y la suspensión de las maniobras militares extranjeras.

En estas condiciones y viéndolo desde una perspectiva un poco más objetiva, todo parece indicar que, para ese entonces, los Estados de Centro América, por fin se habrían dado cuenta que sus propios problemas en la región, no eran más que una de las varias aristas que presentaba el conflicto Este-Oeste de aquellos tiempos. De esta suerte, los países centroamericanos decidieron que podrían ellos mismos restablecerse, con mayor seguridad, de las secuelas dejadas por las guerras intestinas, mediante un esfuerzo de propia voluntad y no ya por la intermediación —que era ya considerada como intervención injerencista— de terceros Estados, reunidos en grupos y subgrupos, con una interminable serie de reuniones y conferencias, encuentros y desencuentros de todo género, que por mayor buena fe que tuvieren, la situación no sólo no mejoraba sino tendía a agravarse cada vez más, en forma harto delicada y peligrosa. Los intereses en juego habían rebasado con mucho la capacidad de maniobra de la negociación y la competencia diplomática de los mediadores.

Posiblemente sea éste estado de cosas lo que explica, en gran medida y a pesar de las inevitables vicisitudes, el éxito del famoso Acuerdo del 7

La internacionalista Susan Kauffman Purcell, quien por varios años ocupó la cátedra de ciencia política en la Universidad de California, llevó a cabo, en su tiempo, un penetrante análisis sobre la constitución del Grupo de Contadora y sus intentos de negociación: "*(...) Observers have repeatedly pronunced the Contadora process dead or dying. (...) They fail to understand that Contadora's mere existence is useful. It allows the four participating governments to affirm that they have kept the U. S. at bay and have avoided a regional war. This makes it difficult for any of the to dessert negotiating process. At the same time, the costs of failure are relatively low. If diplomacy leds nowhere, the Contadora countries can say that they did their best, but hegemonic pretensions of the United States made their best not good enough*". Ver Kauffman Purcell, Susan. "Demystifing Contadora". *Foreign Affairs*, vol. 64, núm. 1, otoño de 1985, p. 76.

de agosto de 1987, consistente en un Plan de Paz, acordado por los jefes de Estados de Centro América, y derivado de la laboriosa obra y fina diplomacia del presidente de Costa Rica, Óscar Arias, recompensado, con razón sobrada, con la obtención del Premio Nobel de la Paz.[25]

X. Opinión de la Corte Internacional de Justicia

De lo anteriormente expuesto, puede fácilmente comprenderse el pasaje de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en donde sostiene que:

> (...) el proceso de Contadora estaba en un punto muerto en la fecha en que Nicaragua introdujo su demanda. La situación permaneció tal cual, hasta la fecha en que el Plan Arias pudo ser presentado, y que los cinco Estados de América Central acordaron la aprobación de los Acuerdos de Esquipulas II (...).[26]

La Corte advierte que, aun y cuando el *peacemaking process* se haya proseguido tiempo después, y conservando el nombre de "Contadora", esto último se debió al hecho de que dicho término había llegado a ser un símbolo de todas las etapas ya recorridas, pero que la segunda fase —absolutamente determinante para el arreglo de la controversia—, conocida como Esquipulas II, no tenía en verdad nada que ver con el proceso original del Grupo Contadora.

Es así que la Corte sostiene:

> De los hechos, se desprende que el Grupo de Contadora consideraba su misión como ya terminada (*regarded its mission as completed*), por lo menos

25 Ver Rousseau, Charles, "Chronique des faits internationaux", publicada en varios ejemplares de la *Révue Générale de Droit International Public*, t. 91/1987/1, pp. 93-96; t. 92/1988/3, pp. 682-684; t. 91/1988/4, pp. 968-969; t. 94/1990/3, pp. 765 y 766; t. 94/1990/4, pp. 1049-1050.

La conclusión de uno de los análisis más rigurosos hechos hasta hoy, sobre el proceso e intervención del Grupo de Contadora, es el del profesor Joaquín Tacsan en su obra: *The Dynamics of International Law in Conflict Resolution*, Netherlands, Edit. M. Nihjoff Publishers, 1992: "*A general evaluation of procedural expectations in Central America before 1987, shows that not one participant in the Contadora process, except perhaps for the mediators themselves, ever believed that Contadora alone, would suecesfully implement and monitor and eventual agreement. Indeed, during the best years of Contadora, the Parties continually resorted to the I. G. O. S., of their choice, including the I. C. J. (...) In sum, Contadora's negotiating style did not contribute to clarifyng procedural incertainty, but rather aggravated it to a very dangerous level*", *op. cit.*, p. 118.

26 *Recueil des Arrêts*, 1988, *op. cit.*, p. 104, párr. 89.

> en lo referente a la negociación de un acuerdo sobre el fondo, un acuerdo substantivo, en el momento en que fue sometido a los Estados de América Central, los días 6 y 7 de junio de 1986, el texto final y definitivo del Acta de Contadora. Si esta Acta hubiera sido firmada, la mediación habría quedado coronada con éxito, pero esto no sucedió, y en cambio fue lo contrario lo que se produjo (...). La Corte concluye que los procedimientos empleados en el proceso de Contadora hasta el 28 de julio de 1986, fecha de introducción de la demanda por parte de Nicaragua, habían sido ya "agotados" (*épuisées*) para dicha fecha en el sentido que marca el artículo IV del Pacto de Bogotá. En estas condiciones, las conclusiones de Honduras basadas en el artículo IV del Pacto deben ser rechazadas, y la Corte no tiene por qué determinar por una parte, si el proceso de Contadora constituía un "procedimiento especial" o un "procedimiento pacífico", para los fines de los artículos II y IV del Pacto y, por otra parte, si un procedimiento de tal naturaleza, tendría el mismo objetivo que aquél sobre el cual debe pronunciarse actualmente la Corte.[27]

Así pues, la Corte Internacional de Justicia en su fallo del 20 de diciembre de 1988, concluiría, unánimemente, que la misma era competente y poseía jurisdicción, de conformidad con el artículo 31 del "Pacto de Bogotá", para conocer de la demanda presentada por el gobierno de la República de Nicaragua; e igualmente y unánimemente también, que la demanda introducida por Nicaragua era en todo punto admisible (*reçevable*).[28]

27 *Recueil des Arrêts*, 1988, *op. cit.*, p. 105, párr. 92 y 93. La Corte añade, que sería erróneo pensar que ella misma no está plenamente consciente de que la demanda hace surgir puntos de derecho, que en el fondo no son sino elementos configurativos de una situación política de mayor envergadura. Pero, dice la Corte, estas cuestiones más generales no son de la competencia de la Corte Internacional de Justicia, en virtud de que su obligación es constreñirse al análisis de los puntos de naturaleza estrictamente jurídicos, p. 106, párr. 96.

28 *Recueil des Arrêts*, 1988, *op. cit.*, p. 107, párr. 99. La Corte Internacional de Justicia en todo momento, reconoció el artículo 31 del "Pacto de Bogotá" como constituyendo "un compromiso autónomo independiente de cualquier otro compromiso", como sería el caso de una declaración de aceptación de jurisdicción obligatoria de la Corte, de conformidad con el artículo 36, párr. 2o. del Estatuto. "El compromiso que se desprende del artículo XXXI, posee una validez *ratione materiae* en relación a los diferendos enumerados en dicho texto. Posee una aplicabilidad *ratione personae*, respecto a los Estados Americanos que son Parte en dicho Pacto. Permanece válido *ratione temporis*, hasta en tanto dicho instrumento internacional permanezca él mismo en vigor entre los Estados parte", *idem*, p. 84, párr. 34, 2a. parte. Los jueces, Shigeru Oda, Stephen M. Schwebel y el juez Mohamed Shahabuddeen, emitieron, cada uno de ellos, una opinión individual respecto de la sentencia de la Corte, en tanto que el juez Manfred Lachs, emitió una simple declaración, en donde éste último sostiene que "la Corte no ha prejuzgado sobre el futuro, por lo que las partes conservan toda su libertad de acción, y todas las posibilidades para encontrar una solución. Si bien la Corte en el caso presente, debía limitarse a dictaminar sobre cuestiones de procedimientos (jurisdicción y admisibilidad), sin embargo en muchas ocasiones (...) *the mere opening of the door may bring about a solution to a dispute*", *idem*, p. 108.

XI. ¿"El Pacto de Bogotá" debe ser reformado?

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas "Pacto de Bogotá", se encuentra en vigor para los siguientes países: Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. En otras palabras, esto quiere decir que, solamente trece Estados, de entre la totalidad de los treinta y cinco Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, son Estados parte en el mencionado Tratado de Soluciones Pacíficas.

El Salvador no es Estado parte en el denominado "Pacto de Bogotá", por haberlo denunciado en el año de 1973. Igualmente, hay que tomar en cuenta que ciertas de las "reservas" formuladas por algunos de los Estados parte son de tal carácter, que llegan a debilitar, un tanto cuanto, el alcance jurídico de éste instrumento internacional.

Es curioso advertir, por ejemplo, que la misma República de Nicaragua, al signar el "Pacto de Bogotá", lo suscribió formulando la siguiente reserva:

> La Delegación de Nicaragua, al dar su aprobación al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), desea dejar expresa constancia en el Acta, que ninguna disposición contenida en dicho Tratado, podrá perjudicar la posición que el Gobierno de Nicaragua tenga asumida respecto a sentencias arbitrales cuya validez haya impugnado basándose en los principios del Derecho Internacional, que claramente permiten impugnar fallos arbitrales que se juzguen nulos o viciados.

La Delegación de Perú, por su lado, formuló reservas al artículo 5o.,

> ...porque considera que la jurisdicción interna debe ser definida por el propio Estado. Reserva al artículo XXXIII y a la parte pertinente del artículo XXXIV, por considerar que las excepciones de cosa juzgada, resueltas por arreglo de las Partes o regida por acuerdos o tratados vigentes determinan, en virtud de su naturaleza objetiva y perentoria, la exclusión de estos casos de la aplicación de todo procedimiento.[29]

29 Ver "Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, suscrito en la Novena Conferencia Internacional Americana", Bogotá, 30 de marzo-mayo 2 de 1948, OEA *Docum. Oficiales*, Ser. A/3(SEPF), *Serie sobre Tratados*, núm. 17, Washington, 1961. Ver: "Capítulo de reservas", pp. 12-14.

El término "resuelta", utilizado por la Delegación del Perú, parecería referirse a la "*cosa juzgada*", sobre todo si nos atenemos a las disposiciones del Tratado objeto de la reserva del Perú, aunque tenemos que admitir que la redacción de esta reserva no sea del todo afortunada, desde un punto de vista jurídico.

Las discusiones y proyectos de reformas al "Pacto de Bogotá", han girado fundamentalmente alrededor de las siguientes cuestiones: la relación que guarda dicho Tratado con los otros instrumentos que configuran el sistema internacional; la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA); el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), sin soslayar su íntima vinculación con la Organización de las Naciones Unidas (ONU); la naturaleza y el alcance de las controversias que puedan ser susceptibles de quedar solucionadas de conformidad con los procedimientos previstos en el Pacto; la función de las reservas contenidas en los artículos 5o., 6o. y 7o.; "el automatismo" de los procedimientos que pudieran conducir a una decisión obligatoria.

Sin duda alguna, se debe reconocer que el impulso de las iniciativas más recientes, por lo que se refiere a la reforma del Pacto, son producto del Comité Jurídico Interamericano, en sus periodos de sesiones 1984/85, dentro del marco más general sobre el estudio y análisis de los procedimientos de arreglo de diferendos, bajo la égida del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos.[30]

XII. Un giro extraño y singular

En todos estos proyectos de reformas al "Pacto de Bogotá", hay algo difícil de comprender, *prima facie*, y ello consiste en el hecho de que en 1971 el mismo Comité Jurídico Interamericano había descartado, de manera absoluta, la idea de preparar un nuevo Tratado en substitución, e

El texto inglés parecería también seguir esta vía de interpretación: "*Reservation (...) inasmuch as it considers that the exceptions of res judicata, resolved by settlement between the parties (...), determine, in virtue of their objective and peremptory nature (...)*". Texto en: *Law and Treaty Series*, núm. 24. Ver el libro del diplomático Moreno Pino, Ismael, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*. México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 1977, cap. V, pp. 228-274.

30 Ver *Opinión del Comité Jurídico Interamericano sobre el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*. (Pacto de Bogotá) *e Informe del relator*, Washington, D. C./OEA/Ser. G./CP/Doc. 1603/85, 3, septiembre/1985.

Ver también *Cuestiones jurídicas relativas al estudio encomendado al Consejo Permanente por la Resolución A G/RES. 821: Estudio del Nuevo Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*, OEA/Ser. G/CP/CAJP-676/87, junio de 1987.

Igualmente, ver el excelente estudio elaborado por la profesora chilena Infante Caffi, María Teresa, "El Pacto de Bogotá: vigencia y propuesta de reforma", *XVIII Curso de Derecho Internacional (91)*, Washington, Comité Jurídico Interamericano, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, OEA, 1993, pp. 61-79.

incluso también, descartado la petición a llevar a cabo modificaciones substanciales al Pacto de Bogotá.

Más aún, está perfectamente documentado que la recomendación precisa era en el sentido de hacer un llamado al resto de los Estados del Continente Americano, para que de una forma u otra, llegasen a suscribir y ratificar el Tratado de Solución Pacífica de Controversias, y convertirse así en Estados parte del Pacto.

Es por ello que el eminente jurista uruguayo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, se había opuesto en forma rotunda a todos esos proyectos de reforma, y se decía curiosamente sorprendido de lo que él llamaba un verdadero *volte-face*, sosteniendo que si se persistía en proseguir por esa ruta, se iría a alterar la verdadera esencia del instrumento internacional, anulando sus rasgos más progresistas y avanzados —del "Pacto de Bogotá"— como era precisamente el arreglo judicial obligatorio de todo diferendo, incluso de aquellos no comprendidos en el artículo 36 (2o.) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o bien como sería igualmente el caso por lo que respecta al arbitraje obligatorio, que el Pacto mencionado había establecido para ese tipo específico de controversias.[31]

Una de las principales razones, invocadas por los defensores de la reforma al Pacto de Bogotá, era aquella que apuntaba al llamado "automatismo" establecido entre el procedimiento de conciliación y el arreglo judicial del artículo 32, y aquél referente al arreglo judicial y el arbitraje obligatorio, consagrado en el artículo 35 del Tratado.

Sin embargo, nosotros compartimos plenamente la opinión contraria, esto es, que dichas disposiciones, lejos de constituirse como un defecto del sistema, están destinadas a aumentar la eficacia y poner en ejecución la norma jurídica inserta en la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 26), en el sentido de no dejar sin resolver cualquier tipo de controversia que pudiera generarse entre los Estados americanos.

El primer "automatismo", decía Jiménez de Aréchaga, tenía la ventaja de dar un apoyo adicional a la efectividad de la conciliación, dado que la parte que rechaza las recomendaciones va a quedar expuesta a ser demandada frente a la Corte Internacional de Justicia, y la otra parte podría contar con el apoyo de la resolución que eventualmente llegue a dictar la Comisión de Conciliación.

31 Ver Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "Tentativas de reforma del Pacto de Bogotá", *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, OEA, Secretaría General, 1986, pp. 3-10.

Al mismo tiempo, añadía el antiguo juez de la Corte, el hecho de vincular la conciliación con el arreglo judicial, provocaba el que se desalentaran todas aquellas demandas que pudieran carecer de toda base o fundamento jurídico y que no resistirían el examen de la pretendida cuestión en litigio ante un tribunal de derecho.

En este género de casos, el foro adecuado para aquel tipo de demandas sin verdadero sustento jurídico no sería otro, sino un foro preferentemente político, y no ya de tipo jurídico.[32]

Y por último, por lo que se refiere al "automatismo", entre el arreglo judicial y de arbitraje obligatorio, aquí también, nos encontramos con la ventaja de tener, dentro de la estructura del Pacto, una especie de "filtro" para las demandas que no encuentren apoyo en el derecho internacional, ya que en esta hipótesis la Corte Internacional de Justicia no va a declararse como carente de jurisdicción sino que simple y sencillamente va a rechazar la demanda, cerrando de esta suerte la puerta de entrada al arbitraje obligatorio.[33]

En realidad, hay que decirlo, el que se haya recurrido en forma tan poco frecuente al "Pacto de Bogotá" no se debe a un defecto substancial de técnica jurídica del mencionado instrumento internacional, sino simple y llanamente, se debe a problemas de naturaleza francamente política, e incluso a factores simplemente de índole diplomática.

En el último "Informe" del doctor Galo Leoro F., sometido al Comité Jurídico Interamericano (1994), se dice que el sistema de arreglo de controversias se ha mejorado a partir del "Protocolo de Enmiendas a la Carta de la Organización de Estados Americanos", signado en Cartagena de Indias, Colombia, el 5 de diciembre de 1986, a la ocasión de la décima cuarta sesión extraordinaria de la Asamblea General de la OEA.[34]

Es precisamente gracias al "Protocolo de Cartagena de Indias" que el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos se vio investido de una auténtica capacidad jurídica en relación con el arreglo de diferendos, que ciertamente no poseía en forma alguna con antelación a dichas enmiendas.

32 *Idem*. p. 9. párr. 20.

33 *Idem*. p. 9. párr. 21.

34 Ver "Protocolo de Cartagena de Indias". *Serie sobre Tratados*. Washington. D. C. (SEPE). Secretaría General. 1986. núm. 66. OEA/Ser. A/41.

Ver igualmente: Galo Leoro. F.. *Solución pacífica de controversias: una visión general*. CJI/SO/J/doc. 34/94. rev. 1/22. agosto de 1994. pp. 1/23.

De esta suerte, toda parte en una controversia, que no haya sido todavía sometida a uno de los procedimientos de arreglo pacífico previstos por la Carta de la OEA, puede apelar a los "buenos oficios" del Consejo Permanente. Este mismo va a prestar asistencia a las partes, y emitir las recomendaciones y procedimientos que considere como convenientes al arreglo pacífico del diferendo.

De igual forma, si las partes en la controversia se llegan a poner de acuerdo en los puntos en litigio, entonces el Consejo Permanente tiene la facultad de crear "comisiones *ad hoc*", y la composición y mandato de las comisiones especiales van a ser decididas en cada caso por el Consejo, siempre y cuando medie el consentimiento de las partes en el mismo sentido de la decisión (artículos 84 y 85 del "Protocolo de Cartagena de Indias").

Finalmente, hay que decir que, en virtud de estas enmiendas, el Consejo Permanente de la OEA podrá proceder a la verificación de los hechos objeto del litigio (artículo 86), incluso dentro del territorio de cualesquiera de las partes, ¡siempre y cuando medie el consentimiento del gobierno en cuestión!

Por otro lado, ha quedado previsto que si una de las partes rechaza el procedimiento de arreglo recomendado por el Consejo Permanente, o sugerido por la Comisión "*ad hoc*", el Consejo mismo se encarga de informar a la Asamblea General de la OEA (artículo 87) al mismos tiempo que se reserva el derecho de emprender negociaciones con vistas a restablecer la relación entre las partes.[35]

XIII. Reflexión final

La función jurisdiccional en la esfera internacional, parece ejercerse, hoy en día, en forma aparentemente estrecha con las actividades internacionales regionales o especializadas de los organismos de la más diversa índole.

A nuestro modo de ver y estrictamente hablando, no existe antagonismo entre lo que se puede llamar la visión "regionalista" y la visión "uni-

35 El Comité Jurídico Interamericano, por medio de la resolución del 24 de agosto de 1994. y de conformidad con la resolución de la Asamblea General de la OEA (AG/RES.1129 (XXI - 0/91), tomó la decisión de continuar con el estudio *in genere* de la materia sobre el "Arreglo Pacífico de Controversias" con el objeto y fin de que todos los Estados miembros puedan contar con mecanismos y procedimientos efectivos para la consecución de dicho fin. (CJI/RES.II.15/94).

versalista" sino, por el contrario, entre lo que puede denominarse el universalismo y el regionalismo *compatible* y el regionalismo que puede llegar a revelarse como absolutamente *incompatible*, en todo punto circunstancial.

Las características de compatibilidad e incompatibilidad pueden llegar a ser distinguidas si se procede a la identificación de divisiones de *jurisdicción* y de *función* entre los organismos regionales, por una parte, y los organismos de vocación universal, por la otra; y esto se aprecia más claramente aún en el momento en que se hace el análisis y la confrontación dentro del terreno específico del arreglo de controversias.

Tanto la práctica como la doctrina, nos muestran que el regionalismo es compatible, cuando se reconoce que la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es asumido por las organizaciones con vocación universal, y en tanto que el poder de decisión que le es propio a la organización regional proviene, por una cierta clase de delegación, del poder central de decisión universal.

Los organismos regionales, no están investidos de jurisdicción exclusiva en materia de diferendos entre partes contratantes, incluso no poseen la facultad de presentarse como foros de primera instancia. Dicho de otra manera, un Estado que es miembro de Naciones Unidas, e independientemente de que sea miembro integrante de una organización regional, tiene el absoluto derecho, no sujeto a discusión, de presentar en todo momento un diferendo de cualquier naturaleza al conocimiento de la Organización de las Naciones Unidas.[36]

Así pues, será entonces dentro de ésta más amplia perspectiva y en el mismo orden de ideas —o por lo menos semejante—, que debe apreciarse la cuestión de las relaciones entre el "Pacto de Bogotá" y la Corte Internacional de Justicia.

En el caso relativo a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas entre Nicaragua y Honduras, la Corte concluyó por unanimidad, con apego estricto al "Pacto de Bogotá", que la misma era jurídicamente competente y que la demanda de Nicaragua era admisible conforme a derecho; y sin olvidar que llegó a esta conclusión, sin desconocer el *imbroglio* de "negocación-mediación-conciliación" llevado a cabo por el denominado Grupo de Contadora.

36 Ver Etzion M., Minerva. *La mayoría de uno*. trad. Ramírez Araiza. México, FCE, 1973; Levin, Aida Luisa. *La OEA y la ONU: Seguridad*. México-Nueva York, Edit. Unitar/SRE, 1974.

La cuestión que la Corte Internacional de Justicia quería dejar bien establecida y debidamente asentada, en este caso fallado el 20 de diciembre de 1988, al igual que en el anterior de las "actividades militares y paramilitares en Nicaragua, y en contra de ésta" (Nicaragua *vs.* Estados Unidos de América, 1984), no era en forma alguna dictaminar que el arreglo judicial tendría un *status* privilegiado en relación con otro tipo de procedimientos sino, por el contrario, lo que preocupaba a la Corte era poner de relieve que el objetivo principal a alcanzar no era otro sino el de llegar a un arreglo pacífico de la controversia.

De esta suerte, en principio, y a menos que se hayan establecido prioridades perfectamente claras y exentas de ambigüedad, las partes en un diferendo son totalmente libres de recurrir a no importa qué tipo de procedimiento de su libre elección para la solución de un punto en litigio —procedimiento reconocidos por el derecho internacional— y sin que por ello se esté prejuzgando sobre su propia posición jurídica.[37]

Por último, creemos conveniente dejar asentado que del análisis de varias de las disposiciones del "Pacto de Bogotá", éste nos muestra un tratado que en ocasiones bien puede calificarse de obscuro, o presentando un grado de complicación innecesario, pero este reproche es, ni más ni menos, el mismo reproche que podría enderezarse en contra de una infinidad de instrumentos internacionales, y esto, porque en el fondo, estas deficiencias en los mecanismos jurídicos, no son más que el reflejo de algunas tendencias contradictorias que, aquí como en otros foros y conferencias, fueron preponderantes en los debates en el seno de la Novena Conferencia Internacional Americana.

37 Ver Merrill, J. G., "The Principle of Peaceful Settlement of Disputes", en Lowe, Vangham y Colin Warbrick (eds.), *The United Nations and the principles of International Law: Essays in memory of Michael Akehurst*, Londres-Nueva York, 1994, pp. 49-65.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LOS TRATADOS DE EXTRADICIÓN Y SU SUPUESTA INEFICACIA

SUMARIO: I. *Recursos no legales:* hostis humani generis. II. *Legítima defensa preventiva.* III. *Aprehensiones ilícitas.* IV. *La máxima* male captus bene detentus. V. *Definición de extradición,* stricto sensu.

I. RECURSOS NO LEGALES: *HOSTIS HUMANI GENERIS*

En Estados Unidos existe una corriente de opinión bastante poderosa, según la cual en el combate en contra del narcotráfico o en contra del terrorismo (*hostis humani generis*), Estados Unidos se ve frecuentemente "compelido" a utilizar métodos más allá de los recursos legales de extradición, para obtener jurisdicción en contra de este tipo de delincuentes.

De acuerdo con lo anterior, si Estados Unidos tuviera que circunscribirse únicamente a los métodos de rendición enumerados en los tratados de extradición, habría infinidad de ocasiones en que quedarían desamparados, pues los terceros países podrían rehusarse al cumplimiento del tratado, ya sea porque se tratara de un nacional cuyo delito no estuviese contemplado en su legislación, o bien sencillamente, porque los presuntos delincuentes fueran demasiado poderosos dentro de su país de origen.

El 21 de junio de 1989, el Departamento de Justicia emitió una opinión jurídica, según la cual el *Federal Bureau of Investigation (FBI)* poseía autoridad legal para aprehender fugitivos perseguidos por el derecho estadounidense que se encontraran en países extranjeros y llevarlos a territorio estadounidense, sin que fuese necesario que previamente el tercer Estado otorgara su consentimiento.[1]

Ciertamente, esta declaración es similar a la directriz dada por el entonces presidente Reagan en 1986, y a través de la cual se autorizaba a la

1 Ver Ostrow, J. Ronald, "FBI Gests G.K. for Overseas Arrests", *Angeles Time*, 13 de octubre de 1989.

Central Intelligence Agency (CIA) para secuestrar supuestos sujetos sospechosos de actos terroristas, que se encontrasen en terceros países, y remitirlos a Estados Unidos para ser "debidamente procesados".[2]

De aquí que para varios autores las decisiones del Noveno Circuito para el Distrito Central de California en los casos de *United States vs. Caro Quintero*; *United States vs. Verdugo Urquidez* y *United States vs. Álvarez Machain*, son consideradas como sentencias que potencialmente puedan poner en peligro los intentos de los agentes estadounidenses para llevar a su territorio a sospechosos de algún delito cometido y ser enjuiciados por ellos mismos. Siguiendo esta línea de razonamiento, la Suprema Corte había establecido firmemente y sin ambages, a través de la famosa doctrina *Ker-Frisbie*, el que un tribunal puede poseer jurisdicción personal en contra del presunto delincuente, sin importar el método por el cual el defendido fue arrestado y puesto a disposición de dicho tribunal. Esta doctrina es resumida frecuentemente a través del adagio latino: *male captus, bene detentus*.[3]

De igual suerte, un tratado de extradición, como el suscrito entre México y Estados Unidos el 4 de mayo de 1978 (en vigor desde el 25 de enero de 1980), debe interpretarse de acuerdo con sus términos estrictos, y según este particular método, Estados Unidos no habría podido violar el tratado, ya que el tratado no prohibía expresamente los secuestros extraterritoriales; no existiría ninguna cláusula que prohibiera las aprehensiones transfrontera.[4]

En realidad, para ciertos ilustres articulistas no cabe duda que estas formas clandestinas de procedimiento son beneficiosas tanto para México como para Estados Unidos, pues ello permite que nuestro país se deshaga de un criminal, que no podría extraditar por supuestas circunstancias o coyunturas de política interna del país.

Pero además, para esta corriente, habría que poner en entredicho la "sinceridad de las protestas formales del gobierno mexicano", pues en realidad si se analizan las cosas con cuidado, se llega a la conclusión de

2 Ver Findlay, D. Cameron, "Abducting Terrorists Overseas for Trial in the United States: Issues of International and Domestic Law", *Texas International Law Journal*, vol. 23/I, 2/1988.

3 Ver Brandon, S. Chabner, "The Omnibus Diplomatic security and Antiterrorism Act of 1986: Prescribing and Enforcing United States Law against Terrorist Violence Overseas", *UCLA Law Review*, vol. 37, 1990, pp. 985-1017.

4 Ver Jones, G. Wilson, "The Ninth Circuit's Camarena Decisions: Exceptions of Aberrations or the Ker-Frisbie Doctrine", *Texas International Law Journals*, vol. 27, núm. 1, invierno de 1992, pp. 211-256; "*The United States asserted that the extradition treaty was not violated by the abduction, because the treaty applies only to formal extraditions and does not prohibit other means of rendition*", *idem*, p. 245.

que dichas denuncias de violación a la soberanía no serían sino meras mascaradas para satisfacer inquietudes políticas de ciertos grupos en el interior del país.[5]

II. Legítima defensa preventiva

Por otra parte, ciertos autores han adelantado el argumento de que no todos los secuestros en el extranjero llegan a ser violaciones al derecho internacional. Según esto, el secuestro de presuntos terroristas podría justificarse como un acto de legítima defensa, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, y por lo tanto no estar infringiendo el derecho internacional. Especialmente sería el caso cuando los Estados están encubriendo a los terroristas o se encuentran en connivencia con los actos terroristas.[6]

Pero basta recordar la parte pertinente del artículo 51 de la Carta, para darnos cuenta de que una interpretación de esta naturaleza carece de todo fundamento jurídico:

"Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales" (artículo 51, 1er. párrafo).

Como puede verse, es condición *sine qua non* el que exista un ataque armado, o, por lo menos, que pueda probarse objetivamente la inminencia del mismo. Por ello, en el caso Álvarez Machain y similares, este artículo no tiene aplicación alguna.

No es posible que jurídicamente pueda asimilarse la violación de los derechos humanos —incluso si es en contra de nacionales de otros Estados—, a una agresión armada.

5 Ver en este sentido, Jones G. Wilson, *op. cit.* Este amanuense no parece percibir que al juzgar la intencionalidad de una "protesta formal de un gobierno", puede caer dentro del terreno especulativo de la moral o la psicología de las relaciones internacionales, pero ciertamente no de la ciencia jurídica. Pero lo que es más increíble es que este escribano en su extenso estudio, se apoye en una "película estadounidense" (*El secuestro de Camarena*), para reafirmar contundentemente su brillante idea de que en muchas regiones de México los barones de la droga son considerados como héroes del tipo de *Robin Hood* (*sic*), pp. 247 y ss. "*These is certainly some truth in the repeated refrain that states sometimes pretend to be angry, when in truth they are glad Uncle Sam removed some gangster of terrorist*": Lowenfeld, citado por Wilson G. Jones, *idem*.

6 Ver Halberstam, Malvina, "In defense of the Supreme Court decision in Álvarez Machain", *American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 4, octubre de 1992, p. 736, nota 5.

La definición de "agresión", adoptada por la Asamblea General, la circunscribe al empleo de la fuerza armada por un Estado en contra de la soberanía, la integridad territorial, o la independencia política de otro Estado.

Conforme a esta Resolución 3314, no se encuentra en forma alguna dentro de la definición, ataques o agravios a la integridad física de simples particulares nacionales de un tercer Estado.

El ataque debe, en efecto, dirigirse en contra del territorio de otro Estado, o en contra de sus fuerzas armadas. Ciertamente, esta lista no es limitativa, ya que el artículo 4o. de la Resolución permite al Consejo de Seguridad el calificar otros actos, como "actos de agresión", conforme a la Carta de Naciones Unidas.

Sin embargo, no se ha calificado jamás las violaciones a los derechos humanos como "actos de agresión", incluso en aquellas ocasiones en que habría podido ser factible su invocación.[7]

Así, es cierto que, por ejemplo, Israel pretendió justificar su operación en *Entebbe* sobre la base de la legítima defensa, para proteger a sus nacionales de una amenaza inminente. Esto no es sino la tendencia doctrinal, bastante peligrosa, de querer sostener la llamada *legítima defensa preventiva.*

De acuerdo con la autoridad del internacionalista italiano Antonio Cassese, en su comentario al artículo 51 de la Carta, esta susodicha tesis no llegó a prevalecer, y la mayoría de los miembros del Consejo de Seguridad la condenaron firmemente, incluso cuando se trataba de Estados occidentales como Francia y la Gran Bretaña.

Es sabido que Israel ha sido siempre uno de los países que mayormente ha recurrido a esta interpretación exorbitante del artículo 51, para apoyar, por ejemplo, sus ataques como legítima defensa preventiva en contra del Egipto en 1967; la masacre en contra de los campos palestinos en Líbano en 1975; el bombardeo en contra del reactor nuclear en Irak, cerca de Bagdad; o el genocidio cometido en los campos de Sabra y Chatilla el 16 y 17 de septiembre de 1982.

Afortunadamente, queda —hasta ahora— en los anales de la política exterior mexicana, una de las mejores argumentaciones en contra de la llamada doctrina de la legítima defensa preventiva.

7 Ver Résolution 3314 (XXIX), "Définition de l'Agression, adoptée par l'Assemblee Générale des Nations Unies le 14 décembre 1974", en Thierry Hubert, *Textes Choisis*, París, Montechrestien, 1984, pp. 576-578.

El 18 de junio de 1981 México sostuvo que:

> [...] es inadmisible invocar el derecho de legítima defensa cuando no ha existido una agresión armada. El concepto de guerra preventiva que, durante numerosos años, fue utilizado para justificar los abusos de los Estados más poderosos, ya que dejaba a su entera discreción el cuidado de definir lo que constituía para ellos una amenaza, ha sido definitivamente abolido por la Carta de las Naciones Unidas.[8]

En defensa de la decisión de la Suprema Corte de Justicia del 15 de junio de 1992 (número 91-712), algunos publicistas han esgrimido el hecho de que la Suprema Corte nunca sostuvo en realidad que el tratado de extradición del 4 de mayo de 1978 permitiera los secuestros, ni que el secuestro fuera una acción legal, ni tampoco el que Estados Unidos tuvieran un derecho para plagiar o raptar a un sospechoso delincuente en el extranjero.

Lo que en realidad sostuvo la Corte, según estos autores, fue que el secuestro no violaba el tratado de extradición, y que por ello no estaban impedidos los tribunales norteamericanos para incoar el procedimiento.[9]

Realmente debemos convenir en que la sintaxis lógica del lenguaje jurídico puede ser apasionante, y que a menos que inventemos otros sistemas de lenguaje, es difícil conciliar lo que podríamos llamar el sentido ordinario del análisis lógico de los conceptos, con las interpretaciones o malabarismos, que en ocasiones se pretende hacer alrededor de la estructura ordinaria de un determinado lenguaje.

Para prueba de lo anterior, remitámonos a uno o dos pasajes de la célebre sentencia redactada por el magistrado presidente Rehnquist:

> El tratado prevé un mecanismo que requiere, bajo ciertas circunstancias, que Estados Unidos y México extraditen individuos al otro país [...]. La

8 Ver Cassese, Antonio, "L'article 51", en *La Charte des Nations Unies*, París-Bruselas, Economica-Bruylant, 1985, pp. 769-794, commentarie sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pelet. Véase igualmente la obra de este mismo profesor de Florencia, *Violence et droit dans en monde divisé*, París, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 117-133, en particular su capítulo 5o. *Sabra-Chatilla*.

9 Ver, en este sentido, el artículo de Malvina Halberstam, profesora de la Escuela de Derecho "Benjamín N. Cardozo", *op. cit.*, pp. 736-746. Por si fuera poco, más adelante agrega lo siguiente: "*The Court's holding is consistent with existing international law, with its application of the Fourth Amendement to illegal arrest domestically, and with the broad powers and deference that it has historically accorded to the executive in the conduct of foreign affairs*", *idem*, p. 737.

> historia de la negociación y la práctica sustentadas en el tratado, tampoco logra demostrar que las aprehensiones realizadas fuera del marco constituyan una violación al mismo [...].
>
> [...] Así, el lenguaje del tratado, dentro de su contexto histórico, no es capaz de fundamentar la proposición de que el tratado prohíbe los secuestros, más allá de los términos previstos por el tratado mismo [...].[10]

Malvina Halberstam conviene en que bien podría ser innecesario incluir una disposición en un tratado de extradición que prohibiese los secuestros (*abductions*) llevados a cabo por un Estado en el territorio de un tercero, dado que existe una norma general de derecho internacional consuetudinario que prohíbe expresamente las violaciones a la integridad territorial.

Sin embargo, si lo que se pretende es que un tribunal decline su competencia y jurisdicción ante un extranjero que ha sido presentado ante las cortes por medio de un secuestro por la fuerza (*forcibly kidnnaped*), entonces indudablemente debe estipularse una expresa cláusula en este sentido, como sanción por una aprehensión llevada a cabo en contravención a un instrumento internacional. De otra forma no habría impedimento, ya que, según esta autora, el derecho internacional consuetudinario no lo prohíbe en forma alguna.

Es cierto que el excelente proyecto de convención sobre extradición propuesto en 1935 por la *Harvard Research in International Law* nunca llegó a adquirir el rango de tratado, pero esto no quiere decir que el derecho consuetudinario no haya evolucionado en direcciones, muchas veces convergentes, con tal proyecto de convención.

En particular, este proyecto en su artículo 16 preveía que al ejercerse jurisdicción en el marco de la convención, ningún Estado podría procesar o castigar a ninguna persona que hubiese sido llevada al territorio, o a un lugar sometido a la autoridad del mismo, por medio de recursos que violasen el derecho internacional o la convención, sin que previamente

10 "*The treaty thus provides a mechanism which should not otherwise exist, requiring, under certain circumstances the United States and Mexico to extradite individuals to the other country, and establishing the procedures to be followed when the treaty is invoked [...]. The history of negotiation and practice under the treaty also fails to show that abductions outside of the treaty, constitute a violation of the treaty [...]. Thus the language of the treaty, in the context of its history, does not support the proposition that the treaty prohibits abductions outside of its terms*". Ver *United States vs. Álvarez Machain*, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, núm. 91-712, pp. 9 y 11.

se hubiese obtenido, como condición indispensable, el consentimiento del Estado o Estados cuyos derechos hubiesen sido violados por dichas medidas.[11]

En definitiva, para la profesora de la Escuela de Derecho, Benjamín N. Cardozo, dentro del marco de la Constitución de Estados Unidos de América, compete únicamente al presidente y al Congreso de dicho país, decidir cuándo y cómo *deben llegar a violar* el derecho internacional y las obligaciones contraídas por este país, de conformidad con dicho ordenamiento jurídico. Hasta que no exista por lo menos un cambio constitucional —el Congreso podría, por ejemplo, dictar una ley que limitara la autoridad del Ejecutivo—, sería inconsistente con el poder que posee el Ejecutivo en asuntos de política exterior, que la Suprema Corte llegase a prohibir el juicio de alguien acusado de serios crímenes sobre los que Estados Unidos posee jurisdicción, únicamente porque la aprehensión del supuesto delincuente infringió la soberanía territorial de un tercer Estado (*sic*).[12]

Suponiendo, por un momento, que la decisión del Tribunal de Primera Instancia del Noveno Circuito del Distrito de Los Ángeles, California, y que el fallo confirmado por la Corte de Apelación en el caso *Álvarez Machain* hubiera sido erróneo en el sentido de la interpretación dada a los tratados de extradición, ya que éstos nunca expresan en su clausulado la prohibición de secuestrar a una persona en territorio tercero, forzosamente habría que preguntarse si no existe una poderosa lógica para este estado de cosas.

Es decir, si partimos del hecho incontrovertible de que existe una *norma general de derecho internacional consuetudinario que prohíbe cualquier "secuestro"* en el extranjero, y que dicha norma taxativa ha sido codificada en múltiples instrumentos internacionales, como son la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, para sólo mencionar los más relevantes, ¿para qué, entonces,

11 Ver Harvard Research in International Law, "Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime", *American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, p. 623. "*It only remains to be emphasized that by no means every irregularity in the recovery of a fugitive from criminal justice is recourse to measures in violation of international law*", *Coment, idem*, p. 631.

12 Ver Halberstam, Malvina, *op. cit.*, p. 743. Esta autora, con todo y todo, llega a aceptar que el principio *male captus, bene detentus*, puede llegar a reconsiderarse y posiblemente modificarse en alguna conferencia internacional, ya que la regla difícilmente podría hoy en día ser exactamente compatible con todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos, *idem*, p. 744.

tendría un tratado de extradición que repetir lo ya asentado y plenamente confirmado en forma tanto consuetudinaria como convencional?[13]

Como lo ha dicho el profesor Michael Glennon, los tratados de extradición nunca han sido concebidos como para servir de catálogos para la enumeración de cada derecho y obligación que pueda existir entre dos Estados, tanto a nivel convencional como a nivel consuetudinario.

Si ésta llegara a ser la opinión prevaleciente de interpretación, no sería nada sorpresivo que más del centenar de tratados de extradición que tiene concertados Estados Unidos tuvieran que ser renegociados, ya que si algunos Estados previeran expresamente la prohibición del secuestro y otros no, esto querría decir, con la misma "lógica", que en los últimos, el *forcibly kidnnaping*, estaría legalmente autorizado.[14]

Un problema toral, y que sin embargo no abordó la Suprema Corte, según M. Glennon, sería el siguiente: ¿cuándo, bajo qué circunstancias y en qué condiciones puede Estados Unidos violar el derecho internacional? ¿Tiene el presidente norteamericano, en ausencia de legislación interna, autoridad legal para situar a su país como infractor de un tratado del cual es parte? ¿Puede violar el presidente una norma general de derecho internacional consuetudinario ampliamente aceptada y claramente definida?

El *Assistant Attorney general, William P. Barr*, en su comparecencia ante un comité del Congreso, adujo categóricamente que, desde un punto de vista del derecho estadounidense, el presidente posee plena libertad para hacer caso omiso de las normas de derecho internacional —"si los intereses de seguridad interna estuviesen en juego"—, incluso aquellas normas concernientes a los secuestros.[15]

Michael Glennon responde que el artículo 1o., sección 8, cláusula 10, de la Constitución federal, explícitamente confiere al Congreso, el poder

13 Ciertamente, el artículo 18 de la Carta de la OEA es todavía más explícito que el contenido en la Carta de Naciones Unidas, pero sin olvidar que Estados Unidos está jurídicamente vinculado a ambos instrumentos, por haberlos suscrito o ratificado (o adherido), lo mismo que México: "Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuera el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen", artículo 18, Carta de la OEA.

14 Ver Glennon, J. Michael, "State-Sponsered Abduction: A Comment on United States *vs.* Álvarez Machain", *American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 4, octubre de 1992, p. 748.

15 Ver "FBI Authority to Seize Suspects Abroad: Hearing before the Subcomm. on Civil and Constitutional Rights of the House Comm on the Judiciary", *LOL st. Cong*, 1st Session 31 (1989). Citado por Michael J. Glennon, pp. 748 y 749.

de definir y castigar toda infracción en contra de la Ley de Naciones. El Congreso, en términos muy claros, está directamente investido del poder constitucional para prohibir violaciones al derecho internacional. Un tratado o una ley del Congreso que le prohíba tal acción prevalece sobre las facultades del Poder Ejecutivo.

Si, como se ha sostenido, el secuestro de Álvarez Machain fue necesario para que compareciera ante la justicia norteamericana, ¿tiene acaso algún sentido el quebrantar la justicia en sus métodos de aprehensión para que entonces pueda hacerse justicia dentro del marco de un proceso? *¿Tiene algún sentido el violar el debido proceso internacional para que sea posible dar curso al debido proceso doméstico*?

La respuesta es definitivamente negativa; cuando un gobierno se convierte en un violador de la ley, ésta se erosiona y, lo que es peor, se asienta un ejemplo funesto para que otros gobiernos e individuos se inspiren en esta forma de conducta.

¡Es éste el riesgo que se corre por una miopía de la política del Poder Ejecutivo y su legitimación por el Poder Judicial![16]

III. Aprehensiones ilícitas

Las principales técnicas o procedimientos utilizados por los Estados para la entrega de individuos fuera del marco legal de la extradición, pueden enmarcarse en tres categorías principales:

1a. *Secuestro o rapto* de una persona por los agentes o funcionarios de un tercer Estado.

2a. *La entrega no formal (informal)* de una persona por agentes de un Estado a otros, sin que medie un proceso formal o mecanismo legal.

3a. *El uso de leyes de inmigración*, como instrumento para la entrega directa o indirectamente de una persona, o para ponerla en una posición tal, que pueda ser tomada en custodia por los agentes de otro Estado.

Esta clasificación puede adquirir una multitud de variables, según se trate de un secuestro en violación del derecho internacional consuetudinario, o en violación únicamente del derecho internacional convencional, o en violación de ambos.

Puede tratarse de un secuestro llevado a cabo en el territorio del Estado B por individuos actuando como particulares, nacionales del Estado A,

16 Ver Glennon, J. Michael, *op. cit.*, p. 756.

pero con el asentimiento de los funcionarios del Estado A. Pero igualmente, puede tratarse de un secuestro, en donde se prueba que no hubo consentimiento alguno por parte del Estado A.

Esta tipología puede ser importante para determinar la existencia, grado y alcance, de la responsabilidad de un Estado. Esta variedad de técnicas existen sin duda por la aplicación inapropiada de la máxima *male captus bene detentus*, en donde los tribunales estatales pueden ejercer jurisdicción *in personam*, sin tener que inquirir los medios por los cuales el acusado está presente ante los tribunales.[17]

El secuestro o rapto, como mecanismo alternativo de la extradición, está caracterizado por el hecho de que los agentes de un Estado, actuando bajo una supuesta "juridicidad", aprehenden ilegalmente a una persona dentro de la jurisdicción de un tercer Estado sin su consentimiento y en violación flagrante de su soberanía e integridad territoriales.

Este tipo de secuestros comportan siempre, por lo menos, tres violaciones distintas:

1. Violación al proceso jurídico internacional.
2. Violación a la soberanía e integridad territorial de otro Estado.
3. Violación de los derechos humanos en perjuicio de un individuo capturado ilegalmente.

Esta hipótesis tiene que ser distinguida de aquella otra en la cual existe, por parte del Estado de cuyo territorio es sustraído un individuo, alguna clase de connivencia con el Estado que lleva a cabo el secuestro.

En el caso *Sobbel*, el secuestro llevado a cabo dentro de territorio mexicano fue realizado presumiblemente por autoridades mexicanas. *Sobbel* fue llevado contra su voluntad a la frontera con Estados Unidos, y ahí fue entregado a funcionarios estadounidenses, incluso antes de cruzar la frontera. El gobierno norteamericano llevó a *Sobbel* a Nueva York, en donde fue juzgado y condenado por conspiración en el delito de espionaje. *Sobbel* no tuvo éxito alguno para que se le liberase, pues todos sus argumentos fueron desechados, incluyendo el relativo a que se había violado el tratado de extradición.

17 Ver O'Higgins, Paul, "Unlawful seizure and irregular extradition", *The British Year Book of International Law*, 1960, XXXVI (reimpr. 1980), pp. 278-320. Este autor analiza otras dos situaciones, una en la cual existe una aprehensión ilegal de un criminal fugitivo en el Estado B por un oficial del Estado A, anteriormente a su extradición al Estado A, y la otra en la cual había existido una entrega de un fugitivo, pero por una equivocación, *mistaken surrender*, pp. 307-318.

Este caso, muy similar al caso francés *Savakar*, al haber existido colaboración por parte de México, dejaba desprovisto a nuestro país para hacer cualquier tipo de reclamación.

Sin embargo, muchos años antes, las autoridades mexicanas habían protestado enérgicamente por el secuestro de una persona de apellido Martínez, quien había sido llevada a territorio estadounidense por un ciudadano mexicano.

Si bien este último (el secuestrador) fue extraditado por Estados Unidos para ser enjuiciado ante los tribunales mexicanos por el cargo de secuestro, sin embargo, Estados Unidos se negó siempre a regresar a Martínez.

El argumento fundamental en este tipo de casos es que debido a la lentitud y formalismo que rodea al proceso de extradición, al igual que la dependencia exclusiva en la decisión soberana del Estado requerido, y sin ningún recurso alternativo en caso de ser denegado, dejaría al Estado requirente sin otra opción que buscar la aprehensión del supuesto culpable por otros medios que no sean los procedimientos de extradición.[18]

IV. LA MÁXIMA *MALE CAPTUS BENE DETENTUS*

La aplicación de esta máxima por tribunales nacionales es inconsistente, según Ch. Bassiouni, con dos principios de mayor jerarquía de derecho romano y que han sido ignorados a lo largo de los años.

a) El primero de estos principios sería procedimental: *Nunquam decurritur ad extraordinarium sed ubi deficit ordinarium*, esto es, nunca recurrir a medios extraordinarios mientras aquellos ordinarios no se hayan revelado como inoperantes.

Luego entonces, para que la máxima *male captus bene detentus* pudiese ser válida como un procedimiento extraordinario, debería *preceder* en todo caso al previo agotamiento de todos los procedimientos ordinarios que estuviesen al alcance, y no pudiéndose así admitir en ninguna hipótesis como un procedimiento alternativo cuando los canales existentes ordinarios hubiesen sido ignorados.

b) El segundo de estos principios de mayor jerarquía no sería otro sino el conocido *ex injuria ius non oritur*.

18 Ver Bassiouni, Cherif M., *International Extradition and World Public Order*. Nueva York, A. W. Sijthoff-Leyden, Oceana Publications-Dobs Ferry, 1974, pp. 131 y 132.

El autor de una *injuria* estaba obligado a la reparación del daño cometido, y además no podía generarse ninguna consecuencia legal derivada de la transgresión original.

El principio *ex injuria ius non oritur* no estaba concebido en el fondo como un principio para remediar la infracción cometida en contra del interés jurídicamente protegido, ya que éste tenía su remedio o reparación específico, sino que más allá que esto, estaba destinado a sancionar la transgresión del derecho mismo.[19]

Cuando los gobiernos, diplomáticos, o publicistas, tratan de justificar el recurso a "formas alternativas" del procedimiento de extradición, que se sitúan desde el uso indebido de instrumentos disponibles dentro del marco de las leyes migratorias del Estado en cuestión, hasta el procedimiento del flagrante secuestro, éstos traen a colación argumentos de la más diversa índole, como pueden ser los siguientes:

1o. Que un gran número de Estados garantiza la extradición, solamente con fundamento en un tratado y no con base en principios de reciprocidad.

2o. Los delitos enlistados en el tratado en cuestión por los cuales puede solicitarse la extradición, no cubren el delito específico del cual se trata; incluso aun contemplándolo, la jurisprudencia del Estado requerido puede interpretarla de tal suerte que quede excluido el comportamiento delictivo.

3o. El comienzo de los procedimientos formales de extradición puede, en muchas ocasiones, dar la oportunidad, en el intervalo, para que el presunto culpable escape de la jurisdicción del Estado requerido, y dar inicio a un inútil *merry-go-round*, de un país a otro.

4o. El largo periodo del procedimiento formal para la extradición, retrasado además en muchas ocasiones por una serie de apelaciones y otros recursos colaterales, va diluyendo la certeza y bondad del procedimiento, sin dejar de tomar en cuenta que el costo de la extradición es casi siempre muy significativo para ambas partes.

5o. El uso potencial de "la discrecionalidad del Poder Ejecutivo", como último recurso para denegar la entrega del presunto culpable, inclu-

19 Ver Besiouni, Cheriff M., *op. cit.*, pp. 143-145. Ver también Gómez-Robledo V., Alonso, "Aspectos de la reparación en derecho internacional", y "El problema del previo agotamiento de los recursos internos en derecho internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IIJ, año IX, núm. 27, septiembre-diciembre de 1976, pp. 349-375, y *Anuario Jurídico*, IIJ, vol. V, 1978, pp. 16-35, respectivamente.

so después de que su extradición ha sido judicialmente autorizada, constituye siempre una preocupación mayor, y por ello una falta de incentivo.

Este tipo de consideraciones, y otras similares, pesan mucho en el ánimo de los funcionarios y autoridades encargados de tomar las decisiones sobre los casos concretos, y contribuyen a que el proceso de extradición aparezca como muy poco atractivo y menos ventajoso para el logro de resultados eficientes.

Así, las "alternativas extralegales", se perfilan cada vez más llamativas para las autoridades decisorias, como un sustituto viable al proceso legítimo de extradición, el cual se les presenta cada vez más entorpecedor, más "embarazoso" y mucho menos efectivo.[20]

Sin embargo, si bien este tipo de consideraciones pueden tener un cierto impacto en la mente de funcionarios estatales, no puede dejar de enfatizarse que incluso desde un punto de vista meramente pragmático, habría que diferenciar entre un pragmatismo basado en un mínimo de sentido común, y un pragmatismo pobre, basado en un máximo de miopía de la razón de Estado.

La integridad del proceso de extradición reconocido internacionalmente no debería ser subvertido por mezquinas consideraciones de orden práctico, particularmente cuando la naturaleza misma del proceso está concebida para alcanzar el mismo resultado que se desea a través de los medios irregulares de aprehensión, en donde por lo demás existe violación a los derechos humanos.

Que el proceso de extradición deba en muchas ocasiones ser puesto al día, que los tratados bilaterales o multilaterales sobre el tema deban ser revisados para una más pronta tramitación de justicia, etcétera, puede todo ello ser válido y nadie seriamente puede oponerse, pero esto de ninguna manera puede justificar, desde ningún punto de vista, que los instrumentos alternativos al proceso de extradición puedan ser permitidos dentro del sistema internacional.[21]

20 Ver Bassiouni, Cheriff M., *op. cit.*, pp. 151-181.

21 El internacionalista Evans ha sostenido que: "*That such 'exceptional' measures continue to be used today is partly the fault of the extradition process itself, which like any other legal proceeding, tends to be cumbersome, for speed is not its raison d'ètre; and partly the fault of operating officials whose real gets the better of their judgment, or who are attracted by the ease of informal methods, especially in conditions prevailing in border states*". Evans, A., "Acquisition of custody over the international-fugitive offender-alternatives to extradition", *British Year Book of International Law*, 77, 1966, p. 103.

V. DEFINICIÓN DE EXTRADICIÓN, *STRICTO SENSU*

Es posible que una persona presuntamente responsable de la comisión de un hecho delictivo trate de encontrar refugio en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o en un Estado que no quiera o no pueda procesarla, en virtud de que las pruebas, evidencias y testigos se encuentran en el extranjero.

Para resolver este problema, el derecho internacional ha desarrollado la institución de la extradición; un individuo es extraditado a otro Estado para que pueda ser juzgado en este último por delitos cometidos en violación de su ordenamiento jurídico.[22]

En ocasiones se ha sostenido que el asilo termina ahí en donde la extradición comienza. Es decir, que un Estado tiene derecho a conceder asilo (*refuge*) a los delincuentes fugitivos, a menos que exista un tratado por el cual esté obligado a extraditarlos.

Así, el derecho de asilo equivale al *derecho de un Estado a conceder* asilo, y el *individuo*, en cuanto tal, según el profesor M. Akehurst, carece del derecho a *exigir* que se le conceda el asilo, a pesar de que el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos trata de consagrar el derecho al asilo político.[23]

Por otra parte, hay que dejar bien claro que el régimen de extradición participa tanto del derecho internacional como del derecho interno. Este régimen encuentra primeramente sus reglas en el ámbito del derecho interno de los dos Estados en cuestión, y la persona cuya extradición es demandada puede invocar éstas frente a las autoridades de un Estado y otro, respectivamente, esto es, dentro del ámbito del derecho judicial penal de cada Estado.

Pero además, la extradición obedece a reglas del derecho internacional, integradas eventualmente al derecho interno y posibles de ser invocadas por los individuos, siempre y cuando el sistema jurídico interno se los permita. Estas reglas —casi en su totalidad— no son de orden consuetudinario sino primordialmente de orden convencional, como resultado ya

22 Ver Akehurst, Michael, *A modern introduction to International Law*, 6a. ed., Gran Bretaña, Harper Collins Academica, 1991, p. 108 (3a. impresión).

23 Akehurst, Michael, *op. cit.*, p. 107, nota 5. Más adelante este autor añade que la extradición en la actualidad es mucho más frecuente entre países que cuentan con una frontera terrestre común, y que en la práctica actual el uso de la deportación ha sustituido en gran medida a la extradición: "*In practice, modern statutory powers to deport aliens are often used as a means of disguised extradition; in this way the safeguards created for the individual in legislation and treaties relating to extradition are evaded*", *idem*.

sea de tratados bilaterales o multilaterales específicos, o bien como resultado de "cláusulas especiales" insertas en tratados con un objetivo y una finalidad más amplios.

Los Estados se comprometen, por medio de tratados y otros instrumentos internacionales, a conceder la extradición cuando son "requeridos" por un Estado parte, bajo reserva de ciertas condiciones que tienen que ver con la persona misma, o con la naturaleza de la infracción.

Así, todas las personas que se encuentran dentro del territorio del Estado requerido, pueden ser susceptibles de extradición, cualquiera que sea su nacionalidad. Ésta puede ser la del Estado requirente, la de un Estado tercero, o incluso la del mismo Estado requerido. La regla según la cual el Estado no extradita sus propios nacionales se encuentra sin duda consagrada en múltiples y muy diversos tratados, pero esto no quiere decir de manera alguna que exista una *obligación jurídica* de insertarla.

En cuanto a la naturaleza de la infracción, hay que destacar que la extradición no es por lo general otorgada más que respecto de aquellas infracciones que se consideran *suficientemente graves* como para justificar la entrega de una persona.

En segundo término, la extradición se concede únicamente en caso de que el acto por el cual se le requiere, constituya igualmente una infracción en el derecho del Estado requerido y es susceptible de penas comparables (principio de la "doble incriminación").

A la inversa, el Estado requerido puede rehusar la extradición si el acto por el cual ha sido demandado ha violado sus propias leyes: este sería el caso cuando la infracción fuera constitutiva de dos delitos distintos o de un "delito internacional", o si constituye un elemento de un "delito complejo" en donde otro elemento puede vincularse al Estado requirente. Pero entonces deberá perseguirlo efectivamente: represión o extradición, es una alternativa que se encuentra en varios tratados de extradición (*aut dedere, aut judicare*).

Finalmente, los Estados tienden a reservarse tradicionalmente el derecho de rehusar la extradición de los autores de "delitos políticos", sea cual fuere la dificultad que entrañe definir esta noción.[24]

24 En este sentido, ver las autoridades de Shearer, Ivan Anthony, *Extradition in International Law*, Gran Bretaña, Manchester University Press, Oceana Publications, 1972; Bassoiuni, Cheriff M., *International Extradition and World Public Order*, Nueva York, A. W. Sijthoff-Leyden, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1974; Vieira, Manuel Adolfo, "L'evolution récente de l'extradition dans le continet américain", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. II, t. 185, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 151-380.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA POLÍTICA EXTERIOR MEXICANA: SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *No intervención*. III. *La autodeterminación de los pueblos*. IV. *La solución pacífica de controversias*. V. *La proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*. VI. *La igualdad jurídica de los Estados*. VII. *La cooperación internacional para el desarrollo*. VIII. *La lucha por la paz y la seguridad internacionales*. IX. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Por decreto aparecido en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1988, se reformó la fracción IX del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De conformidad con dicho decreto, el titular del Poder Ejecutivo, en la conducción de la política exterior, deberá observar los siguientes principios normativos:

- La no intervención
- La autodeterminación de los pueblos
- La solución pacífica de controversias
- La proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales
- La igualdad jurídica de los Estados
- La cooperación internacional para el desarrollo
- La lucha por la paz y la seguridad internacionales

Lo primero que hay que preguntarnos es si existe una necesidad real de reformar la Constitución Política, para consagrar en forma expresa los principios rectores de nuestra política exterior.

* Publicado en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 1, 2001.

A primera vista no parece que hubiera una necesidad real de reformas, porque estos principios están insertos en multitud de instrumentos internacionales, de los cuales México es parte por haberlos suscrito, aprobado, ratificado o adherido. Para no citar sino dos de los principales instrumentos, bastaría con mencionar por un lado la ratificación de nuestro país, el 7 de noviembre de 1945, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y por el otro, la ratificación de México, el 23 de noviembre de 1948, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (reformada ésta por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, y por el de Cartagena de Indias de 1985).

Tanto en la Carta de San Francisco de 1945 como en la Carta de Bogotá de 1948, los principios rectores de nuestra política exterior se encuentran expresamente consagrados en los mismos principios, propósitos y objetivos de ambas convenciones, pero además se encuentran plasmados —en una forma u otra— a todo lo largo de los capítulos referentes a los derechos y obligaciones de los Estados miembros, en una forma clara, precisa y jurídicamente inobjetable.

De conformidad con el mismo artículo 133 de nuestra Constitución Política, estas dos cartas —la de la ONU y la de la OEA— son tratados internacionales que fueron en su momento aprobados por el Senado de la República, y por lo tanto son "ley Suprema de toda la Unión".

Pero también, no podemos dejar pasar por alto que los llamados principios rectores de la fracción X del artículo 89 de nuestra Constitución forman parte de lo que se llama el "derecho internacional consuetudinario", es decir, el derecho internacional general, que obliga por igual a todas las naciones, independientemente de tratados, pactos, acuerdos o convenciones internacionales.

Ahora bien, si vemos con cuidado el precepto reformado sobre nuestras directrices de política exterior, no podemos saber si su enumeración es solamente de carácter enunciativo, o si, por el contrario, es una enumeración de carácter exhaustivo, lo que en el futuro podría generar problemas delicados de política constitucional y de política internacional, lo que conllevaría seguramente al replanteamiento de "nuevos principios" y, con ello, nuevas y problemáticas reformas constitucionales.

Sin embargo, y posiblemente sea éste su mérito mayor, el elevar a rango constitucional las normas directrices de nuestra política exterior permite con ello una mayor divulgación de los mismos, una mejor compren-

sión de su significado y alcances, y obliga a un análisis más cuidadoso de éstos, tanto en teoría jurídica como en la práctica política.[1]

II. No intervención

El carácter extremadamente multiforme de la "intervención" en las relaciones internacionales provoca de hecho que el respeto de este principio sea mucho muy aleatorio.

Todo Estado debe abstenerse de aplicar, fomentar o provocar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, para obligar a un tercer Estado a subordinar el ejercicio de sus derechos soberanos, y para obtener de éste, ventajas o beneficios de toda índole.

Todos los Estados deben abstenerse de organizar, ayudar, fomentar, financiar, provocar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas destinadas a cambiar a través de la violencia el régimen de un tercer Estado, al igual que el querer intervenir en las luchas intestinas de cualquier otro Estado.[2]

El juez de la Corte Internacional de Justicia, Alejandro Álvarez, en su opinión individual en el caso del Estrecho de Corfú, sostuvo, a propósito del argumento inglés sobre la operación de barrido de minas, y según el cual constituía ésta una intervención de autodefensa justificada, que en realidad se trataba de una violación de la soberanía albanesa.

La Corte, dijo el juez A. Álvarez, debe reafirmar cada vez que haya lugar, que la intervención, así como todo acto de fuerza, no están permi-

[1] En este sentido, véase Rabasa, Emilio O., "Nota introductoria", *Los siete principios básicos de la política exterior de México*, México, Comisión Nacional de Asuntos Internacionales, 1993, p. 13: "Abierta la posibilidad de enmarcar constitucionalmente nuestra doctrina internacional, la nueva norma podría no contener todos los principios fundamentales y perennes de México en esta materia. Más aún, quizás sería el medio para que cada presidente asentara sus preferencias de momento en esta materia".

[2] Véase Ouchakov, "La compétence interne des États et la non-intervention dans le droit international contemporain", *Rec Cours Ac. H.*, 1974. El artículo 2o., párrafo 7, de la Carta de la ONU, que prohíbe la intervención en "asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados", figuraba ya en el Pacto de la Sociedad de Naciones en su artículo 15, párrafo 8, pero dejaba al Consejo o a la Asamblea de la Sociedad de Naciones, toda la latitud para ejercer funciones de mediador o conciliador. Por su parte, la Carta de la OEA consagra este principio de no intervención en su artículo 18, excluyendo todo tipo de injerencia o de "tendencia atentatoria de la personalidad del Estado". Véase Cançado Trindade, A. A., "The Domestic Jurisdiction of States and the Practice of the UN and Regional Organisations", *ICLQ*, 1976, pp. 715-765.

tidos bajo ninguna forma y bajo ningún pretexto en las relaciones internacionales.[3]

El principio de no intervención pone en juego el derecho de todo Estado soberano para conducir sus asuntos sin ningún tipo de injerencia exterior.

Este principio de no intervención, aun cuando sus infracciones son frecuentes, forma parte integrante al derecho internacional consuetudinario.

La existencia del principio de no intervención en la *opinio juris* de los Estados está fuertemente apuntalada, dijo la Corte (1986), en una bien establecida y muy importante práctica internacional. Este principio puede presentarse como un corolario del principio de igualdad soberana de los Estados.[4]

La Corte de La Haya, en su sentencia de 1986, expresó con toda claridad que el principio de no intervención es un principio que prohíbe a un Estado o grupo de Estados, intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado.

La intervención prohibida debe, por lo tanto, recaer sobre temas o materias a propósito de las cuales el principio de la soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir con absoluta libertad.

Concretamente, dice la Corte, esa libertad se ve reflejada en la libre elección del sistema político, económico, social y cultural de cada Estado, y de la formulación de su política exterior.

La intervención será ilícita cuando a propósito de materias tales como las anteriores, que deben permanecer en total libertad, se utilizan medios de apremio o compulsión.

Estos medios de apremio de medidas de coerción son el elemento constitutivo de la intervención que se prohíbe precisamente —formando su esencia misma—, y esto es particularmente evidente en el caso de una intervención, utilizando el uso de la fuerza, ya sea en forma directa, a través de una acción militar, o sea en su forma indirecta, a través del apoyo

[3] Véase Affaire du Détroit de Corfou (fond) "Arret du 9 avril 1949", *Recueil des Arrets, Avis Consultatifs et Ordonances. Opinion Individuelle de M. Álvarez*, p. 45, punto VIII.

[4] Véase "Affaire des Activités Militaries et Parmiliataires au Nicaragua et contre Celui-ci" (Nicaragua c. États-Unis d'Amerique), Fond, Arret du 27 juin 1986, *Recueil des Arrets, Avis, Consultatifs et Ordonnances*, CIJ, p. 106, numeral 202.

de actividades armadas subversivas o terroristas en el interior de un tercer Estado.

Estas formas de acción son ilícitas, dice la Corte, tanto a la luz del principio del no uso de la fuerza como del principio de no intervención.[5]

III. La autodeterminación de los pueblos

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia internacionales están de acuerdo en considerar que esa parte de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas que la noción de la autodeterminación de los pueblos se convierte en un principio clave del derecho internacional contemporáneo. Entre los propósitos de las Naciones Unidas se cuenta el de "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" (artículo 1o., párrafo 2).

En forma semejante, la Carta establece más adelante en su artículo 55 que: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarios para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: *a*) niveles de vida más elevados..., *b*) solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario..., *c*) el respeto universal a los derechos humanos".

La Resolución 1514 (XV) adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960 es considerada como la verdadera base del proceso de descolonización que se traduciría precisamente a partir de esas fechas en la creación de numerosos Estados, que irían sumándose paulatinamente a la organización internacional.

De conformidad con dicha Resolución 1514 (89 votos a favor, cero en contra y 9 abstenciones), un territorio no autónomo podría alcanzar su plena autonomía de diversas maneras:

a) Convirtiéndose en un Estado independiente y soberano.
b) Asociándose libremente a un Estado independiente.
c) Integrándose a un Estado independiente.

[5] *Ibidem*, pp. 107 y 108, numeral 205.

Hay que reconocer que esta "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales", propuesta inicialmente por Khrushchev, no era suficiente para otorgar el derecho a los pueblos a la autodeterminación, un principio aceptado y universalmente obligatorio de derecho internacional.

Sin embargo, debemos también reconocer que la evolución jurídica subsecuente permitió situar este derecho a la autodeterminación sobre el mismo plano que otros principios, como lo es el relativo a la prohibición de la agresión o el del arreglo pacífico de las controversias.

En el plano doctrinal siempre se opusieron dos corrientes principales. Un primer grupo de autores sostenían que si el derecho de los pueblos a la autodeterminación se consagraba como un instrumento convencional vigente, como la Carta, entraba *ipso facto* a formar parte del derecho internacional positivo, y no se le podía seguir considerando como un mero principio de orden político, y que por lo tanto los Estados estaban jurídicamente obligados a su respeto y observancia. Ello podría implícitamente interpretarse además como un derecho existente de los pueblos a la secesión y a la independencia.

La otra corriente principal sostenía que en realidad la Carta de las Naciones Unidas, al consagrar el derecho a la autodeterminación, lo hacía como una finalidad que era deseable alcanzar en el futuro, como un ideal político, pero nunca como una verdadera obligación jurídica.[6]

Sin embargo, como mencionamos anteriormente, la historia y práctica internacionales se encargarían de otorgarle un *pleno valor jurídico* al principio de la autodeterminación de los pueblos, paralelamente a su incuestionable valor político por referirse a un ideal democrático.

Este proceso de reafirmación del principio jurídico de autodeterminación tendría un desarrollo y alcance mayores con la adopción por la Asamblea General de la "Declaración relativa a los principios del Derecho Internacional sobre las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas", del 4 de noviembre de 1970, y votada unánimemente por todos los Estados miembros.

Esta Resolución 2625 (XXV) dispone que la creación de un Estado soberano e independiente, "la libre asociación o la adquisición de cualquier otro *status* político *libremente decidido por un pueblo* constituyen medios válidos para ejercer su derecho a la autodeterminación".

[6] Véase Calogeropoulos Stratis, S., *Le droit des peuples à disposer d'euxmêmes*, pref. de René Cassim, Bruselas, Bruyalant, 1973, p. 388.

La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental, después de reafirmar una vez más la validez jurídica del derecho a la autodeterminación, sostuvo que este principio, entendido como respuesta a la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada por los pueblos, no se ha encontrado disminuido por el hecho de que en ciertos casos la Asamblea General no haya creído necesario exigir la consulta previa de los habitantes de tal o cual territorio. Estas excepciones se explican, dijo la Corte, ya sea por la consideración de que una cierta población no constituía un "pueblo" con capacidad de aspirar a la autodeterminación, o por la convicción de que una consulta hubiera sido innecesaria en razón de las circunstancias particulares.[7]

Por otro lado, no cabe duda que en las múltiples declaraciones y resoluciones que ha emitido la ONU no se encuentra un significado preciso y una connotación única que deban dársele al término "pueblo".

La razón principal de ello parece residir en el hecho de que este "derecho a la autodeterminación" no está en principio vinculado a las características o rasgos particulares de una colectividad, sino a la *situación* concreta en la cual se encuentra. En este sentido, los "pueblos" que pueden gozar de tal derecho serían en principio aquellos que están subyugados por un dominio o explotación extranjeras.

Aquí surge precisamente otro de los muchos problemas que se encuentran imbricados en este tema. Nos referimos al fenómeno de la *secesión*. Este problema es de una peculiar gravedad por lo que respecta a los nuevos Estados, en donde frecuentemente nos encontramos con una población muy heterogénea y con un poder político de débil o nula efectividad y presencia internacional.

No es difícil comprender que un pueblo consolidado y bien arraigado, con una misma historia milenaria, fuerte tanto al interior como al exterior, pueda en un caso concreto tolerar la secesión de un grupo étnico que no ha podido asimilarse al resto del grupo social. Pero el resultado será completamente diverso cuando se trate de Estados que se encuentran compuestos de unas veinte o treinta etnias diferentes y posiblemente hostiles entre sí. Si el Estado, en esta hipótesis, admite la secesión de uno de los grupos o etnias, corre el inminente riesgo de verse envuelto en una vorágine secesionista, que pronto lo reducirá a su propia desaparición como sujeto de derecho internacional.

[7] *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 16-10-59, párrafo 59.

Es indudable que el derecho a la autodeterminación que comúnmente ha llegado a ejercerse por "pueblos" insertos o integrados dentro de un Estado soberano cuestiona, y por lo tanto pone en peligro una real o supuesta unidad nacional e integridad territorial.

De conformidad con varias resoluciones de Naciones Unidas, un pueblo sometido al dominio de una potencia extranjera estaría, como hemos visto, en su derecho a independizarse, pero por otra parte en estas mismas resoluciones se encuentra también la idea de que no existiría esa pretendida "dominación", en caso de que el Estado en cuestión estuviera dotado de un *gobierno representativo (si)* del conjunto del pueblo perteneciente al mismo. Es aquí precisamente donde puede verse con claridad la serie de ambigüedades, contradicciones y fluctuaciones que pueden envolver a este controvertido y espinoso tema de la autodeterminación.[8]

Independientemente de lo anterior, la práctica diplomática demuestra que un determinado "pueblo" que esté dotado de una organización suficientemente estructurada para ser capaz de llevar a cabo una acción internacional autónoma, y que goce además de un reconocimiento amplio en el seno de la comunidad internacional, puede y debe ser considerado como un actor internacional, basándose para ello y fundamentalmente en el *principio de efectividad.*

Si uno examina la práctica de Naciones Unidas, uno podría pensar que la Organización ha adoptado, *grosso modo*, la concepción según la cual la autodeterminación debe considerarse ya sea como un principio anticolonialista y antirracista, o como un principio de libertad en contra de la opresión de un Estado extranjero.

No obstante lo anterior, esta misma práctica parecería indicar también que el principio de la "autodeterminación de los pueblos" no engloba ni cubre los derechos de minorías y nacionalidades que habitan dentro de un mismo Estado soberano.

En este último sentido se dice que el principio de la "integridad territorial" de los Estados va a desempeñar un papel fundamental, ya que él mismo va a constituir una especie de barrera que el principio de autode-

[8] Véase Suceda Irgo, A., *The Evolution of the right of self-determination —A study of the United Nations Practice—*, A. W., Sijthoff-Leiden, 1973, p. 397. Con toda razón señala Suceda: "After all, self-determination started off as an individual rights, and became a colective right because it was thought that individual rights could be better ezercised within a demonstrably coherent human group". *Ibidem*, p. 356.

terminación no está autorizado a ignorar, salvo en los casos de excepción de dominación colonial o de un gobierno racista.

El proceso de descolonización produjo la formación de un gran número de nuevos Estados, pero cuya mayor parte se encontró inmersa en la condición de subdesarrollo absolutamente dramático.

La acción internacional de estos Estados, en particular en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, daría nacimiento a una nueva rama del derecho, el llamado "derecho internacional del desarrollo", con vistas a conquistar una independencia económica y cultural, paralelamente a la independencia política ya lograda, es decir, con el anhelo de construir un nuevo orden económico internacional.[9]

En los últimos años y a raíz del colapso del modelo comunista, el movimiento secesionista fue ganando terreno en lo que fue la Unión Soviética. En ocasiones, las repúblicas miembros de la Unión proclamaban su plena soberanía internacional. De esta forma lo decidieron, por ejemplo, los parlamentos de las siguientes repúblicas: Federación de Rusia, el 12 de junio de 1990; Ucrania, el 16 de julio; Azerbaidjan, el 27 de julio; Bielorrusia, el 27 de julio; Carelia, el 10 de agosto; Armenia, el 23 de agosto, y Tadjikstan, el 24 de agosto.

En otras ocasiones el procedimiento consistió en que las repúblicas proclamaban el principio de la supremacía de su Constitución y sus leyes particulares, por encima de la Constitución federal y las leyes soviéticas. A este procedimiento recurrieron las repúblicas de Georgia, el 20 de junio de 1990; de Turkemenistan, el 23 de agosto, y de Kazakhstan, el 26 de octubre del mismo año.

Los últimos acontecimientos han sido muestra fiel de que en múltiples casos "el principio de no intervención" se ha visto enfrentado al "principio de autodeterminación".

Ésta era ni más ni menos la formulación ideológica del dilema en Yugoslavia. Si los terceros Estados rehusaban el reconocimiento de Eslovenia y Croacia, esto constituía al mismo tiempo un rechazo a la intervención en los asuntos internos de Yugoslavia, y por el contrario, otorgar su reconocimiento implicaba la reconfirmación del principio de la autodeterminación. De ahí que siempre se tuviera en cuenta el hecho de que la demanda de reconocimiento surgiera de las mismas repúblicas, y que fuera la expresión auténtica de la voluntad popular.

[9] Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM, 1980.

México ha proclamado, en forma casi constante y uniforme a lo largo de su historia, el derecho de los pueblos a su libre determinación, y es sin duda uno de los principios que han normado la conducción de su política exterior.

Además de ello, México ha afirmado y ratificado convenciones internacionales de una gran trascendencia, donde se consagra dicho principio, como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ambos jurídicamente vinculantes para México desde 1981:

> 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
>
> 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente *de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio* de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.[10]

IV. La solución pacífica de controversias

Si analizamos el principio fundamental de la "solución pacífica de las controversias", no cabe duda que rebasa el marco de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Este principio se encuentra inserto en la mayoría de los instrumentos internacionales concernientes al mantenimiento de la paz y la seguridad; reviste, por lo tanto, más allá de su proclamación convencional —en tratados y acuerdos—, el valor consuetudinario de un principio general de derecho internacional que obliga a todos los Estados; esto no equivale a que pueda también atribuírsele un valor de norma imperativa de *jus cogens*.[11]

Los Estados están obligados a solucionar por medios pacíficos sus controversias internacionales. Para escapar a esta obligación, los Estados

[10] Artículo 1o., parte 1, de ambos pactos internacionales.

[11] Véase Gómez-Robledo, Antonio, *El* ius cogens *internacional*, México, UNAM, IIJ, 1982 (estudio histórico-crítico). "Ius Cogens is a necessary component of any legal ordern": definición del jurista soviético Alexidze, citada por Gómez-Robledo, Antonio, *op. cit.*, p. 227.

pueden pretender que la situación conflictual a la cual se encuentran confrontados, y que puede haber desembocado en el uso de la fuerza, no constituye un "diferendo", o incluso admitir que existe una controversia, pero que ésta no constituye una controversia de carácter internacional.

Este principio es, indudablemente, históricamente anterior al principio de la prohibición del empleo de la fuerza. Bajo este preciso aspecto de búsqueda de soluciones a los disentimientos entre Estados se suscribió la Convención de La Haya de 1907, en vistas a prevenir, tanto y como fuere ello posible, el recurso a la fuerza en las relaciones internacionales. La noción de "diferendo" implica un objeto suficientemente circunscrito, a diferencia de la "situación", que es más difusa, y casi siempre previa al nacimiento de una controversia.

Pero la noción de "diferendo" implica también la noción de que haya "partes", entre las cuales ha surgido una divergencia de puntos de vista; y como el diferendo es internacional, dichas partes no son otros sino los Estados.

De aquí que un diferendo internacional supone que las partes reconocen recíprocamente la calidad jurídica de entidades estatales. Al no existir ninguna obligación de reconocimiento, es frecuente que una de las partes se mantenga en su posición, tratando de encontrar un compromiso más favorable.[12]

Todos los procedimientos para la solución de controversias son en derecho internacional "medios voluntarios", en el sentido de que no pueden ser puestos en marcha sin que exista, previa y forzosamente, el consentimiento de las partes involucradas. En este sentido, bien puede hablarse de una contradicción entre la obligación general de arreglo de controversias y el carácter eminentemente facultativo de cada uno de los medios y procedimientos que permitirían concretar la obligación general.

De ahí que para esta situación contradictoria diversas técnicas y procedimientos permitan a los Estados comprometerse con antelación para eventualmente someter un diferendo en el marco del instrumento ya negociado.

[12] Véase Charpentier, Jean, Cot et Pellet, *Charte des Nations Unies*, pp. 103-112. El conflicto árabe-israelí es ilustrativo de esta situación. Al principio, los Estados árabes rehusaban a Israel la calidad jurídica de ser un Estado y el derecho a su existencia, para que tiempo después fuese el mismo Estado hebreo quien rehusara reconocer a la OLP como un interlocutor válido y representativo del Estado palestino. *Ibidem*, p. 108.

Éste es precisamente el objeto de las llamadas "cláusulas compromisorias" de los tratados de arbitraje; de los acuerdos de conciliación, o incluso de la famosa "cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria", por la cual los Estados reconocen como obligatoria *ipso facto*, y sin convenio especial, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, respecto de cualquier otro Estado que haya aceptado la misma obligación (artículo 36 del Estatuto).[13]

Ahora bien, la distinción entre los "medios diplomáticos" y los "medios jurisdiccionales" es una distinción clásica y esencial en derecho internacional.

Los "medios diplomáticos", como los buenos oficios y la mediación, o aquellos tributarios de la "diplomacia parlamentaria", en el seno de las organizaciones internacionales, son medios que pueden ser utilizables y apropiados para cualquier tipo de diferendo, sea de la naturaleza que fuere, y sin que la decisión esté provista de fuerza obligatoria.

Por el contrario, los "medios jurisdiccionales" no pueden ser utilizados más que para los diferendos jurídicos; implican un arreglo o solución emanada de un órgano constituido para que, al término de un proceso, dicte una decisión vinculante sobre la base del derecho.[14]

[13] El artículo 33 de la Carta de la ONU dice: "Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscar solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, *el arreglo* judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección". Este artículo 33 de la Carta de la ONU encuentra su contraparte regional en el artículo 24, capítulo V, de la Carta de la OEA, en términos cuasi idénticos.

[14] Thierry, Hubert, "Le règlement pacifique des différends et l'ajustement des situations conflictuels", en Thierry, Combacau y Sur, Vallé, *Droit international public*, 3ème edition, Paris, Précis Domat, Éditions Montchrestiens, 1981, pp. 555-601. Hasta la fecha han sido tres los juristas de nacionalidad mexicana que han sido jueces ante la Corte de La Haya: Isidro Fabela (1946-1952), Roberto Córdova (1955-1964) y don Luis Padilla Nervo (1964-1973). Igualmente, hay que resaltar que México hasta el día de hoy no ha sido parte en contencioso alguno ante la Corte. Sin embargo, nuestro país tuvo participación, junto con otros países, en la opinión consultiva de 1996, solicitada por la Asamblea General de la ONU en el caso de la Licéit, de la Menace ou de l'Emploi d'Armes Nucleaires, y en donde sostuvo la Corte por 11 votos a favor y 3 en contra que "Ni el derecho internacional consuetudinario, ni el derecho internacional convencional, no comportaban prohibición completa y universal de la amenaza o del uso de armas nucleares en tanto que tales", *Avis Consultatif*, CIJ, 8-07-96. Por el contrario, México, durante su historia, ha hecho uso del arbitraje internacional en varias ocasiones; por una parte, en las numerosas comisiones mixtas de reclamaciones de los siglos XIX y XX, y, por la otra, en

V. La proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales

El principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza es probablemente la traba central del mecanismo de seguridad de las Naciones Unidas: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas" (artículo 2o., párrafo 4).

Sin embargo, este "principio de principios" comporta limitaciones y ambigüedades que se han dejado entrever a lo largo de la historia de las relaciones internacionales.

Las limitaciones surgen, antes que nada, del hecho de que el recurso al uso de la fuerza no esté prohibido más que en el marco de las relaciones internacionales, y en razón únicamente de su finalidad, esto es, que sea llevado en contra de la integridad territorial y la independencia política de todo Estado, o de cualquier otra manera que sea incompatible con los propósitos de Naciones Unidas.

De toda evidencia, lo anterior quiere decir —así sea implícitamente— que el recurso al uso de la fuerza puede ser un recurso legítimo dentro de ciertas circunstancias, o en vista de determinados fines u objetivos.

La principal excepción a la prohibición del recurso al uso de la fuerza se encuentra en "el derecho a la legítima defensa", ya sea individual o colectiva.

Si bien es indiscutible la necesidad de su inserción como una excepción fundamental, su alcance práctico es considerable, y su aplicación conlleva *un problema de una dificultad extrema*, como dice M. Virally, y que es ni más ni menos que el relativo al de la definición de la "agresión", la cual va a llegar a justificar o a legitimar el derecho mismo de defensa.[15]

los tres famosos casos sometidos por México al arbitraje en 1902, a saber: el "Caso del Fondo Piadoso de las Californias", fallado por la Corte Permanente de Arbitraje en 1902; "el Caso de la Isla Clipperton, Pasión o Médanos" de 1931, sometido al rey de Italia, Víctor Manuel III; y "el Caso del Chamizal de 1911" fallado por un tribunal de arbitraje constituido por la Convención de Arbitraje de 1910. Para el análisis de estos tres célebres arbitrajes véase la obra exhaustiva de Gómez-Robledo, Antonio, *México y el arbitraje internacional*, México, Porrúa, 1965, p. 412.

[15] Véase Virally, Michel, "L'article 2: paragraphe 4", *La Charte des Nations Unies*, pp. 113-125.

Uno de los problemas con los que siempre se ha enfrentado el artículo 2o., párrafo 4, es el de determinar si la prohibición de la fuerza es únicamente la calificada de "militar", o bien, como siempre han pugnado los países latinoamericanos, que la prohibición del artículo 2o., párrafo 4, cubre todas las manifestaciones de fuerza, incluyendo las presiones políticas, económicas y otras.[16]

Es importante señalar que en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México en 1974, y en vigor desde 1980, se estipula en sus disposiciones 51 y 52, que la coacción sobre el representante de un Estado en obligarse por un tratado carecerá de todo efecto jurídico (nulidad absoluta), y por otro lado, que será igualmente nulo, *ab initio*, todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza, en violación de los principios de la Carta de la ONU.

La Conferencia de Viena de 1969 aprobó, como formando parte del acta final, una declaración por la cual se condena el recurso a la amenaza o al uso de la presión, en todas sus formas, ya sea militar, política o económica, por un Estado, "con el fin de coaccionar a otro Estado para que realice un acto relativo a la celebración de un tratado en violación de los principios de la igualdad soberana de los Estados y de la libertad del consentimiento".[17]

VI. La igualdad jurídica de los Estados

El principio de la "igualdad jurídica de los Estados" tiene como significación primera, que no obstante las diferencias de poder, de adelanto o

[16] Por otro lado, es verdad que contrariamente a las apariencias, como dice Virally, la famosa Resolución 3314 (XXIX) sobre la definición de la "agresión" adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1974, no resuelve el problema mismo que se deseaba solucionar. *Ibidem*, pp. 115 y 116. Véase *The Concept of Agression in International Law*, Foreword by Charles O. Galvin, Dallas, Southern Methodist University Press, 1972, p. 114. Estos autores sostienen, con relación a la agresión de tipo económico, lo siguiente: "Perhaps the definition should include and combine both meanings, *i.e.*, illegal economic measures employed by state against another state so as to force the sovereign will of the latter and to deprive it of economic ressources or disturb its economic life, thereby jeopardizing its security", *ibidem*, p. 92.

[17] Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, documento oficial, A/CONF.39/11/Add 2. Esta importante Declaración fue lo más que pudieron lograr los países en vías de desarrollo; obviamente, por ser parte del acta final de la Conferencia no goza de la fuerza jurídica vinculante.

de industrialización de los Estados, todo Estado como sujeto de derecho internacional es titular de los mismos derechos y de las mismas capacidades, a la par de cualquier Estado tercero.

Este postulado lo encontramos entre los principios fundamentales de las Naciones Unidas, como una de las ideas-clave para la realización de los propósitos de la organización: "La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros" (artículo 2o., párrafo 1).

Por su parte, la Carta de la Organización de Estados Americanos retoma este mismo principio, pero de modo más detallado: "Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igualdad de capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de derecho internacional" (artículo 9o.).

Posiblemente, habría sido más conveniente hablar de "igualdad soberana", como lo hace la Carta de la ONU, ya que en estricto rigor la independencia viene a ser un corolario y la manifestación concreta de la "soberanía".

El derecho de un Estado de rechazar toda injerencia es precisamente la consecuencia directa y la traducción concreta de su soberanía.[18]

De este principio de la igualdad jurídica de los Estados se deriva, en el terreno concreto de la teoría de las inmunidades, un primer y esencial derecho, consistente en que ningún Estado puede ser emplazado ante una jurisdicción interna extranjera si no media necesariamente el otorgamiento expreso de su consentimiento.

Del anterior derecho se sigue como corolario que no se puede emprender contra Estado alguno una acción de oficio, cualquiera que ésta sea, en contra de sus bienes, derechos y haberes, sitios en territorio extranjero. En otras palabras, esta última, la inmunidad de ejecución, viene a complementar su inmunidad de jurisdicción, la cual, podemos decir, está en relación de causa-efecto.

[18] Véase Lachrrière, Guy, "L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international", *Recuiel des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. II, 1973, pp. 227-268. Hay que tener claro que, en el terreno de los hechos, es precisamente porque los Estados no son iguales, que se requiere necesariamente la proclamación de un principio de igualdad.

En la muy importante Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU (1970), llamada "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", se habla igualmente de la consagración del principio de la "igualdad soberana" de los Estados:

> Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.
>
> En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:
>
> A) Los Estados son iguales jurídicamente;
>
> B) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
>
> C) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
>
> D) La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;
>
> E) Cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural;
>
> F) Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.[19]

En general, la doctrina más representativa está de acuerdo en aceptar que esta Declaración ha sido una de las más importantes declaraciones adoptadas por la comunidad internacional, y que ha tenido un impacto y una influencia mucho mayor de lo que se creía, en lo que se refiere al desarrollo del derecho internacional.

La Declaración de 1970 no pretende enmendar la Carta de la ONU, sino esclarecer y clarificar mayormente los principios jurídicos básicos, contenidos en el artículo 2o. de la Carta, y en algunos otros aspectos, situándose entre las exigencias de *lege lata*, y las presiones para el reconocimiento de un emergente cuerpo normativo de *lege ferenda*.

Una declaración de esta naturaleza aprobada por unanimidad parece difícil, como decía Jiménez de Aréchaga, que le pueda ser negado el peso jurídico y la autoridad de una declaración en su doble faceta: primero

[19] Véase Résolution 2625 (XXV), A. G. des Nations Unies, le 24 octobre 1970, *Droit et relations internationales*, textes choices par Hubert Thierry, París, Montchrestine, 1984, pp. 545-550.

como resolución, reconociendo aquello que los miembros mismos de Naciones Unidas piensan que constituye las normas existentes de derecho consuetudinario, y en su segunda faceta, como un instrumento interpretativo de la Carta por acuerdos subsecuentes y práctica posterior de todos sus miembros.[20]

VII. La cooperación internacional para el desarrollo

A pesar de la primacía que se otorga en la Carta de la ONU a los problemas específicos de seguridad internacional, la cooperación económica y social ocupa un lugar importante, y nada desdeñable.

La cooperación internacional debe, antes que nada, permitir crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarios para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, como se consagra en el artículo 55 de la Carta.

Si bien es evidente que el objetivo final es de índole política, se definen igualmente diversos objetivos de naturaleza económica, entre los que destacan el promover "niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social" (artículo 55, inciso a).

Estos objetivos, que serían gradual pero sistemáticamente desarrollados, primeramente a través de las resoluciones y decisiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, se apoyaban en la convicción de que el fenómeno del subdesarrollo presentaba un carácter mundial, que aparejaba consecuencias perturbadoras, no solamente para los países directamente interesados, sino para el mundo entero, que estaría amenazado de una grave inestabilidad, por el hecho del fuerte desequilibrio económico que se presentaba.

Con el tiempo, la exactitud de este tipo de apreciaciones comenzó a hacerse más evidente.

La división entre países industrializados y países no industrializados, dejados estos últimos al margen de las ventajas resultantes de los progresos de la ciencia y la tecnología, es muchísimo más grave y de efectos más duraderos, que las famosas divisiones de tipo ideológico.

[20] Véase Jiménez de Aréchaga, E., "International Law in the Past Third Century", *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, 1978, vol. I, núm. 159.

Las oposiciones ideológicas, como dice Michel Virally, pueden atenuarse, ya que no constituyen en sí mismas un obstáculo infranqueable para que se lleve a cabo una fructuosa colaboración, como puede ser advertido por todos y cada uno de nosotros.

Por el contrario, el abismo que llega a separar a los países en vías de desarrollo introduce, dice M. Virally, un elemento de desequilibrio fundamental en el seno mismo de la economía mundial, cuyas consecuencias políticas a largo plazo son impredecibles y de alto riesgo, y que no podrían suprimirse o atenuarse, sino por medio de una mejora sustancial en el desarrollo de las economías que presentan un gran rezago, frente a las altamente industrializadas.

La ideología de la descolonización apreciada conjuntamente con la ideología del desarrollo constituyeron en su tiempo y sin lugar a dudas, el elemento motor más poderoso en el seno del sistema de Naciones Unidas para los países con economías precarias y altamente inestables.[21]

VIII. La lucha por la paz y la seguridad internacionales

A la par que las proposiciones de Dumbarton-Oaks, la Carta de Naciones Unidas postula el mantenimiento de la paz y la seguridad, como el primer y principal "propósito" de la Organización.

La paz de la cual se hace mención es la paz en las relaciones internacionales, es decir, el mantenimiento de la "paz internacional".

Esto parece significar que la intención expresa no es —salvo incidentalmente y como resultante de problemas de tipo internacional— la de preservar la paz al interior de los Estados, o la de intervenir en conflictos bélicos de orden interno.

Tomando en cuenta la observación anterior, no cabe duda que este principio del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es a la vez propósito y objetivo primordial de la organización, simple y sencillamente porque en ausencia de éste, difícilmente se puede alcanzar la fi-

21 Véase Virally, Michel, *L'Organisation Mondiale*, sous la direction de Rene-Jean Dupuy, París, Colin, 1972. En particular, véase el título III de la 2a. parte, en donde se analiza cuidadosamente a la ONU como instrumento de desarrollo, pp. 353-407. Véase igualmente Sohn, B. Louis, *Cases on United Nations Law*, 2a. ed. rev., Brooklin, The Foundation Press, 1967, p. 1072.

nalidad de otros principios, o la creación de condiciones básicas para la consecución de los demás objetivos y propósitos fijados por la Carta.

Ahora bien, es claro que la Carta de Naciones Unidas no ofrece una fórmula mágica, capaz de hacer frente a todo tipo de situación en que se vea amenazada la paz y la seguridad internacionales. La Carta ofrece únicamente un marco específico para su aplicación; ésta adjudica a todos y cada uno de los Estados miembros una serie de derechos y obligaciones para actuar colectivamente y en concierto, cada vez que cualquiera de ellos sea objeto de una amenaza contra la paz, de una violación de la paz o de un acto de agresión.

El sistema mismo de seguridad va a fundamentarse en un mecanismo de cooperación con el fin de poder actuar en forma conjunta en defensa del Estado víctima de una agresión. A la vez, su buen o mal funcionamiento va a depender de la cooperación misma entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y en general de la eficacia global que vaya mostrando este último órgano.[22]

Otro aspecto que es importante destacar en este principio referente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales es el hecho de que para lograr su plena realización los Estados deben lograr por medios pacíficos "el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz" (artículo 1o., párrafo 1).

Independientemente de advertir el grado de vinculación e interdependencia de los principios de política exterior, es también importante darnos cuenta de que si bien sería utópico pensar que todo diferendo puede ser solucionado por los medios tradicionales, sin embargo, como decía el antiguo presidente de la Corte de La Haya, Manfred Lachs, siempre queda la posibilidad de "ajustar" las situaciones internacionales en el interés de las partes interesadas. El arreglo de las controversias es una operación más ambiciosa, cuyo objetivo es poner punto final a un litigio. Sin embargo, tanto el "ajuste" como el "arreglo" apuntan a prevenir un quebrantamiento de la paz.[23]

[22] Véase Goodrich M., Leland et Eduard Hambro, *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Neuchatel, Suisse, ed. établie par André-Marie Guymat, Éditions de la Baconnière, 1948, pp. 119-122, y Manfred, Lachs, "Article 1, paragraphe 1", *La Charte des Nations Unies*, *cit.*, pp. 31-38.

[23] Véase Manfred, Lachs, *op. cit.*, nota 22, pp. 34 y 35.

Por último, hay que constatar que si bien el sistema de seguridad colectiva definido por la Carta de la ONU se caracterizó desde un principio por su realismo, también es cierto que este mismo se distinguió por una gran ambición. La implementación del aparato militar que constituía la pieza clave del sistema a través de los "convenios especiales del artículo 43", comprometiéndose a poner a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales, nunca llegaron a celebrarse, y por lo tanto el edificio estaba condenado a desplomarse.[24]

IX. Conclusión

Al término de este sucinto examen de los principios rectores de nuestra política exterior, elevados a rango constitucional, y sin dejar de tomar en cuenta las consideraciones emitidas al principio del trabajo, no cabe duda que su elevación al plano constitucional permite una mayor difusión y propagación de éstos, lo cual tiene que redituar en un mejor conocimiento, profundización y estricto apego a los mismos.

De igual manera, debemos tener plena convicción de que para un país como México, el derecho internacional no puede ser un mero modo de expresión secundario de una política exterior.

Nosotros no podemos darnos el lujo de querer poseer una política exterior moldeable a las circunstancias del momento; un mero ropaje de luces cortado de acuerdo con las necesidades que se presumen prioritarias dentro de tal o cual coyuntura política.

El derecho internacional debe ser nuestro instrumento por antonomasia para mantener una posición política de independencia, y esto es "realismo puro", y no posturas "legalistas".[25]

[24] Véase Virally, Michel, *L'Organisation Mondiale*, *op. cit.*, nota 21, chapitre 21, pp. 468-482. En tanto que el Comité de Estado Mayor no funcione, según los términos de la Carta de la ONU (artículo 45), y en tanto no se ponga a disposición de la organización, fuerzas armadas permanentes y los medios logísticos necesarios, las Naciones Unidas dependerán siempre de las potencias susceptibles de servirles como su brazo secular. Véase Smouts, Marie-Claude, "Le Conseil de Securité", *Aspects du Système des Nations Unies dans le cadre de l'idée d'un nouvel ordre mondial*, París, Pedone, 1992, pp. 61-69 (Colloque d'Aix-en-Provence, Yves Daudet).

[25] Véase Castañeda, Jorge, "México y el nuevo orden mundial: actualidad y perspectivas", *México y los cambios de nuestro tiempo*, México, UNAM-CONACULTA-FCE,

El buen sentido siempre ha demostrado que un país más débil debe buscar siempre la instauración de un sistema que no permita a los más poderosos arrogarse una total libertad de interpretación del derecho, directamente proporcional a la capacidad de su poderío militar y económico.

1992, vol. III, pp. 263-264. Este mismo jurista, al analizar las relaciones con los Estados Unidos, sostiene sin ambages que: "... En las relaciones entre los dos países, no hay ninguna credibilidad a una buena voluntad por parte de Estados Unidos intempestivamente descubierta o redescubierta... Las grandes potencias actúan siempre como grandes potencias", *ibidem*, p. 264.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRATADOS EN MÉXICO Y EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1917... estructura un sistema democrático que aún tiene que vitalizarse pero que es, indudablemente, un sistema democrático, cuyo principal desafío se encuentra en alcanzar precisamente la tesis fundamental de la Constitución: la justicia social.

Jorge CARPIZO (1992)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Supremacía constitucional*. III. *Reforma de 1934*. IV. *Convención de Viena de 1969*. V. *¿Legalización de los acuerdos ejecutivos?* VI. *Naturaleza jurídica de los acuerdos institucionales*. VII. *Validez internacional de los* "executive agreements". VIII. *Costumbre y reformas constitucionales*. IX. *Finalidad política de la ley mexicana sobre tratados*. X. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Si es válido sostener que las teorías de la soberanía han sido elaboradas en gran medida para justificar el desarrollo progresivo de las competencias del Estado moderno, entonces parecería legítimo pensar que su desvalorización ha engendrado una serie de tesis opuestas y que éstas no serían otras que las llamadas teorías federalistas.

La división de una colectividad jurídica en subdivisiones o circunscripciones territoriales, viene a significar que un cierto número de normas de dicho orden, no poseen validez más que para una fracción de territorio.

En este sentido el orden jurídico que constituye la colectividad se integra por normas cuyo ámbito de validez espacial o territorial va a ser

diferente. La descentralización alcanzaría el grado más elevado de realización, en el momento en que todas y cada una de las funciones pudieran ser ejecutadas indistintamente por todos los sujetos del orden jurídico e inversamente, pero dentro de esta misma hipótesis, la centralización alcanzaría funciones que debieran ser emprendidas por un único y exclusivo órgano.

Obviamente la realidad social no avala ninguno de estos dos casos como hipótesis extremas, sin embargo, es también innegable que los órdenes jurídicos históricos se constituyen dentro de la gama de posibilidades que ofrecen estas dos representaciones ideales.

El artículo 133 constitucional, que contiene la "Cláusula de la Supremacía Federal", fue presentado por el Congreso Constituyente de 1916, en la 54ª sesión ordinaria celebrada el 21 de enero de 1917, sin hallar antecedente en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, pero encontrándose su correspondiente en el artículo 126 de la Constitución de 1857, y la inspiración del mismo en el artículo 6o., inciso 2, de la Constitución estadounidense.

El artículo 133 fue aprobado, por una votación unánime de 154 votos, en la 62ª sesión ordinaria del 25 de enero de 1917, y sufrió una reforma por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 1934.

II. Supremacía constitucional

El artículo 133 de la Constitución Política enuncia el principio de la *supremacía constitucional*, principio éste que, de acuerdo con Jorge Carpizo, encierra dos nociones fundamentales: la idea de legalidad y la idea de estabilidad jurídica.

> La legalidad entendida a la manera kelseniana, que ningún acto es válido si no halla apoyo y sostén en el Código Supremo, y la estabilidad jurídica estriba en que la Norma de normas es la unidad del orden y absolutamente ningún acto puede ir contra ella, a menos que el pueblo decida cambiar el orden que caduca, la idea vieja de derecho —según expresión de Burdeau—, por una nueva idea del mismo que satisfaga mejor sus aspiraciones y sus necesidades.[1]

1 Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año II, núm. 4, enero de 1969, p. 7. Este estudio se encuentra integrado en Carpizo, J., *Estudios constitucionales*, México, UNAM, pp. 13-42. Cita en página 20.

De acuerdo con este precepto, los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, en los términos del artículo 76, fracción I, y 89, fracción X, serán "la Ley Suprema de toda la Unión".

Para Jorge Carpizo, en el grado más alto de la pirámide jurídica se encuentra la Constitución; en un segundo grado las leyes constitucionales y los tratados y en un tercero coexistirían el derecho federal y el derecho local, pues a diferencia de Estados Unidos de América, en México el problema sería de *competencia* y no de *supremacía* de la legislación federal sobre la local.[2]

> Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.
>
> Artículo VI, párrafo 2°. Esta Constitución, las leyes de Estados Unidos que en su consecuencia se dicten; y todos los tratados celebrados y a celebrarse en ejercicio de la autoridad de Estados Unidos, serán la ley suprema del país; y los jueces de cada estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan la Constitución o las leyes de cualquier estado.

De acuerdo con Jorge Carpizo, si bien hay igualdad gramatical entre los dos preceptos, su significado e interpretación son diversos, ya que el artículo 124 de nuestra Constitución señala que las facultades no concedidas *expresamente* a las autoridades federales por la Constitución, se entienden reservadas a los estados. En cambio la enmienda décima de la Constitución estadounidense omitió el calificativo *expresamente* y esta omisión fue valorada como que: "*The National Government might exercise incidental powers in addition to those expressly garanted*".[3]

El precepto de la supremacía constitucional que incluye a los tratados dentro de la Ley Suprema de la Nación, es idéntico en su forma al artícu-

2 *Idem*, pp. 3-33.

3 *Idem*, pp. 30 y 31. La enmienda X de la Constitución estadounidense sostiene que: "Los poderes no delegados a Estados Unidos por la Constitución ni negados por ella a los estados, quedan respectivamente reservados a éstos, o al pueblo". V. Cullpo, Floyd G., *The Constitution of the United States: an Introduction*, Nueva York, New American Library, 1984, p. 115.

lo VI, párrafo 2o., de la Constitución de Estados Unidos, y a los artículos 126 y 133, respectivamente de las constituciones mexicanas de 1857 y 1917 (esta última en su texto anterior a la reforma de 1934).[4]

III. Reforma de 1934

La reforma de 1934 introdujo una primera modificación de estilo, al cambiar la terminología de "hechos y que se hicieren", referente a los tratados internacionales, por la considerada más técnica de "celebrados y que se celebren"; una segunda modificación, relativa a la corrección de que los tratados deben ser sometidos a la aprobación no del Congreso sino del Senado (artículo 76, párrafo 1o.), y una tercera, referente al hecho de que los tratados internacionales deben "estar de acuerdo con" la Constitución para considerarlos ley suprema.

Esta reforma —innecesaria— que fue presentada ante la Cámara de Senadores que fungió como cámara de origen, se aprobó sin que hubiera mediado discusión, ni en lo general ni en lo particular; ocurrió lo mismo al ser turnada a la Cámara de Diputados, quien la aprobó por unanimidad.

Con justa razón, Antonio Carrillo Flores sostuvo que este agregado (reforma publicada en el *Diario Oficial* del 18 de enero de 1934) era "en verdad innecesario", pues obviamente el presidente de la República, ni aun con la aprobación del Senado podía modificar la Constitución; que a ello equivaldría concertar un tratado que la contrariase.[5]

Lo mismo han opinado constitucionalistas de la talla de los doctores Antonio Martínez Báez y Jorge Carpizo, para quienes: "Más valdría que se hubiera dejado el artículo 133 como estaba y no hacerle una modificación innecesaria, excesiva y peligrosa. La reforma precisó algo que ya se encontraba en el artículo y para la interpretación del mismo no era necesaria esta reforma".[6]

4 Martínez Báez, Antonio, "La Constitución y los tratados internacionales", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, 1946, t. VIII, núm. 30, pp. 167-181.

5 Carrillo Flores, Antonio, *Jornadas en homenaje a la Constitución Mexicana de 1917 en su sexagésimo aniversario*, México, SRE, 1977, p. 28.

6 Martínez Báez, *op. cit.*, p. 179 y Carpizo, J., *Estudios constitucionales, cit.*, p. 179; en una ponencia presentada por Carpizo en las Jornadas de Homenaje a la Constitución Mexicana de 1917 en su 60º Aniversario, dicho jurista sostiene estar de acuerdo con Tena Ramírez en el sentido de que ese tipo de "acuerdos ejecutivos" no debería ser utilizado en México, porque nuestra Constitución habla de convenciones y tratados, mientras que la estadounidense habla solamente de tratados. Pero, además, en la Constitución estadounidense se señala para la aprobación de tratados un quórum de 2/3 partes de los senadores presentes en tanto que en nuestra Constitución no se indica quórum especial.

¿Qué sucede en nuestro sistema constitucional cuando un tratado contradice en alguna forma una ley constitucional (aquellas que emanan del Poder Legislativo Constituyente)?

En virtud de que tanto el tratado internacional como la ley constitucional se encuentran en la misma escala jerárquica, Jorge Carpizo ha señalado que:

> un tratado anticonstitucional no se puede aplicar en el orden interno... y los tratados se encuentran en escaño inferior a la Constitución... Un país al celebrar un tratado debe examinar que no exista para ello traba en el derecho constitucional del otro, y esto respondería a la idea de que cuando uno contrata, necesita conocer la situación jurídica de la otra parte.
>
> Si X país conoce que, desde el punto de vista constitucional de A país, ese tratado está viciado, no debe celebrarlo, y no por esto se entromete en la vida de A, sino defiende su derecho de seguridad... y al mismo tiempo respeta la voluntad de un pueblo ajeno al no celebrar ningún acto que evidentemente está contra su voluntad expresada en la Constitución... Desde el punto de vista externo tampoco lo debe aplicar al Estado, aunque caiga en responsabilidad y lo que debe hacer en estos casos es denunciarlo...[7]

IV. Convención de Viena de 1969

México es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, y ratificada por nuestro país el 25 de septiembre de 1974. Esta Convención se apega al criterio contemporáneo y más generalizado, en cuanto a la utilización del término "tratado", como el más adecuado para abarcar todos los instrumentos en que de cualquier modo se consigna un compromiso internacional, y sobre los que existe una gran variedad de denominaciones, tales como convención, protocolo, pacto, carta, acuerdo, canje de notas, etcétera.

No importa pues la denominación particular que se le otorgue al instrumento internacional para que sólo con ello pudiera pensarse que es modificable su naturaleza. Sin embargo, en nuestro país (al igual que en Estados Unidos) ha prosperado la práctica viciosa de celebrar un sinnú-

lo que significa que para aprobación de un tratado sólo se requiere de una mayoría de los senadores presentes. Añade Jorge Carpizo que esta práctica en México representa una falta de respeto a la Constitución Política y al Senado mismo. *Cfr.* Carpizo, Jorge. "El Poder Ejecutivo y las relaciones exteriores de México", *La Constitución y las relaciones exteriores de México*, México, Instituto Matías Romero, 1977, pp. 60 a 63.

7 Carpizo, *Estudios constitucionales, cit.*, pp. 33-35.

mero de acuerdos internacionales, que son verdaderos tratados, que producen efectos jurídicos regidos por el derecho internacional, y que ello no obstante no se someten a la aprobación del Senado, en donde, por lo demás, ni siquiera se exige la práctica estadounidense de la votación afirmativa de las dos terceras partes del Senado, sino que es suficiente que el tratado se apruebe por simple mayoría de votos.

En términos generales, se puede decir que el derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, nunca ha aceptado categóricamente que un Estado pueda invocar como causal de nulidad el hecho de que su consentimiento en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados.

Sin embargo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aceptó una posición intermedia al asentar que en caso de que la violación sea *manifiesta* (que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado de buena fe) y *afecte a una norma de importancia fundamental* de su derecho interno, en esa hipótesis el Estado podrá alegar tal circunstancia como vicio de su consentimiento.

Por una parte, es evidente que no puede aceptarse el hecho de que un Estado pueda invocar las disposiciones de su derecho interno (reglas sustanciales y procesales) para justificar el incumplimiento de sus compromisos internacionales, pero también hay que reconocer que sería poco satisfactorio, tratar de obligar a un Estado a permanecer vinculado por un acuerdo internacional en donde el consentimiento fue otorgado en forma manifiestamente irregular.

De acuerdo con la mayoría de los iusinternacionalistas, la buena fe exige, que sólo se tengan en cuenta, las limitaciones constitucionales "*patentes*" que sea razonable esperar que otros Estados conozcan.

Además, en opinión de la Comisión de Derecho Internacional, la palabra "*manifiesta*", según su sentido corriente, bastaba para indicar el carácter objetivo del criterio que se ha de aplicar.

No sería conveniente tratar de especificar de antemano los casos en que se puede considerar que una violación del derecho interno es una violación "*manifiesta*", ya que la cuestión dependería en gran medida de las circunstancias y contexto de cada uno de los casos que se presentaren.[8]

8 *Cfr.* Fitzmaurice, G., "Segundo informe", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, vol. II, p. 23: asimismo *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, A/CONF. 39/II/Add 2, Nueva York, 1971, pp. 63-66.

Además de las dificultades de orden interno que resultarían, la aplicación del tratado por parte del Estado, correría el riesgo de ser imposible; las autoridades competentes verían ciertamente comprometida su responsabilidad, situándose entonces ante la disyuntiva de violar el tratado o de violar el derecho interno.

La naturaleza del vicio que afecta un consentimiento de este tipo es absolutamente claro: el consentimiento de una persona moral, en este caso el Estado, no puede en efecto existir sino después de un procedimiento jurídico: si ese proceso no es respetado, no ha habido consentimiento.

Es principalmente después de haber sido ejecutado el tratado, aunque sea parcialmente, que el problema llega a plantearse, generalmente como consecuencia de los cambios políticos internos; pero precisamente en ese caso, la nulidad, suponiendo que exista, no podría ser invocada, porque de alguna manera, habría sido convalidada por el asentimiento o aquiescencia del Estado en cuestión.

En realidad es menos la buena fe de los otros Estados, que está protegida por el derecho internacional, ya que lo que en realidad se está sancionando es al Estado interesado, quien hizo que naciera una convicción legítima frente a sus contratantes, y por ello debe asumir las consecuencias que este estado de cosas llegó a generar.

En México, por otra parte, si el tratado que debe formar parte de la ley suprema, llegar a estar en desacuerdo con la Constitución, y si éste se aplicase en perjuicio de un particular, entonces obviamente procedería el amparo, de la misma forma que procede en contra de cualquier acto que viole una garantía constitucional.

El último párrafo del artículo 133 ha sido calificado como "dislocador del sistema", en virtud de que de ahí se puede desprender que una declaración de inconstitucionalidad puede ser llevada a cabo por los órganos de los poderes judiciales y locales; sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que únicamente los órganos del Poder Judicial federal, a través del juicio de amparo, son competentes para realizar el examen de la constitucionalidad de una ley.

Verdaderamente la facultad para el examen de la constitucionalidad de las leyes en juicio de amparo es, sin lugar a dudas, una atribución exclusiva del Poder Judicial federal; sin embargo, el juez local no está conociendo de dicha constitucionalidad o inconstitucionalidad en amparo, sino

lo único que lleva a cabo es la decisión de saber cuál es el derecho que debe aplicarse al caso concreto.[9]

V. ¿LEGALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS EJECUTIVOS?

En la reciente Ley Mexicana sobre la Celebración de Tratados, del 2 de enero de 1992, se consagra una figura denominada acuerdo interinstitucional, no contemplada así por la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27 de enero de 1980, y en la cual, como ya señalamos, México es parte por haberla ratificado desde el 25 de septiembre de 1974. El acuerdo interinstitucional se definiría como un convenio regido por el derecho internacional público, celebrado entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública federal, estatal o municipal, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, pudiendo o no, derivar de un tratado previamente aprobado (artículo 2o.).

Esta figura de la reciente ley, la encontramos muy discutible por varios aspectos, pero antes que nada, porque nuestra Constitución Política sostiene categórica y expresamente que: "dos Estados no pueden, en ningún caso: 1. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras" (artículo 117).

El punto aquí, no es de cuestión semántica sino de fondo, pues como ha dicho Antonio Martínez Báez: "Este artículo es muy importante, puesto que al prohibir en lo absoluto toda actividad internacional a los estados miembros de la Federación, hace radicar exclusivamente en los órganos federales la facultad de actuar en los actos de la vida exterior".[10]

Pero, además de ello, tenemos que preguntarnos si de lo que se trataría aquí, es de querer *legalizar* ciertas prácticas viciosas como la famosa práctica de los "acuerdos ejecutivos", que permiten al presidente tranquilamente desembarazarse del espectro que significaría un posible veto del Senado, o sencillamente actuar libremente de todo control legislativo.

La Constitución Política de México ha sido clasificada por los constitucionalistas como rígida y escrita, por lo cual, la práctica del Ejecutivo

9 *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1970, p. 544; Martínez Báez, *op. cit.*, pp. 167-181; Rosenne Shabtai, *The Law of Treaties*, Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana Publications, 1970, p. 443; Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1971, pp. 514-525.

10 Martínez Báez, *op. cit.*, p. 177.

de no someter al Senado los acuerdos internacionales, no puede de ninguna manera modificar los artículos 76, fracción I, y 89, fracción X. Esto quiere decir, que sólo sería procedente, si se enmendara la Constitución mediante el procedimiento de reforma marcado en su artículo 135, esto es, por el voto de las 2/3 partes del Congreso de la Unión con aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados.[11]

VI. Naturaleza jurídica de los acuerdos institucionales

¿Qué viene a ser, desde un punto de vista técnico-jurídico, esta entelequia (*automi incorporei*) de los llamados acuerdos interinstitucionales, a los que ya venimos aludiendo?

Para comenzar, hay que decir que al margen de la Constitución, México ha venido celebrando en forma cada vez más creciente este tipo de acuerdos sobre las más diversas y heterogéneas materias, a través principalmente de las secretarías de Estado, destacándose por su número la Secretaría de Hacienda, la ex-Secretaría de Programación y Presupuesto, la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, la Secretaría de Comercio, la Secretaría de Salud, la Procuraduría General de la República.[12]

La Exposición de Motivos de la Ley, nos dice:

> Un acuerdo interinstitucional obliga a las partes firmantes según el Derecho Internacional Público, pero a diferencia de los tratados, no requieren ser sometidos a la aprobación del Senado, pues no son Ley Suprema de la Nación, y en contraste con contratos internacionales privados no son regulados por reglas del Derecho Internacional Privado.

En México, como en Estados Unidos, la concepción ha sido siempre la de que el poder sobre relaciones exteriores reside en el Ejecutivo y el *contrapeso* es tarea del Legislativo; no obstante es el poder en el campo de las relaciones exteriores lo que se ha venido incrementando y es el *control* lo que se ha venido mermando.

11 Bernal, Carlos. "Los convenios ejecutivos ante el derecho constitucional e internacional", *Jurídica. Anuario*. México, núm. 12, 1980, pp. 33-69.

12 Cabe señalar que las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina no han suscrito este tipo de "acuerdos" o al menos no se tiene registro oficial de los mismos. Ver, *Relación de tratados en vigor*, México. SRE, 1991, parte IX, pp. 217-253.

Tanto el presidente de México como el de Estados Unidos, tienen el monopolio constitucional en las relaciones con otros gobiernos, tienen el monopolio de la negociación y concertación de tratados, del llamado "*treaty-making-power*".

Los congresos mexicano y norteamericano, "no puede[n] dar por terminado un tratado como obligación internacional; pero puede[n], mediante una legislación posterior incompatible con el tratado, anular sus disposiciones por lo que se refiere a su efecto en nuestro derecho interno".[13]

En México, desde 1836 (celebración del Tratado de Paz y Amistad con España) y en Estados Unidos desde 1817, se han celebrado por parte del presidente de la República un sinnúmero de convenios o acuerdos ejecutivos.[14]

VII. VALIDEZ INTERNACIONAL DE LOS "*EXECUTIVE AGREEMENTS*"

Cualquier acuerdo regido por el derecho internacional público que se celebre con otro Estado soberano, debe considerarse una obligación internacional asumida por México, o por Estados Unidos como nación. Los efectos internacionales de un convenio o acuerdo ejecutivo están en el mismo plano que un tratado; para el derecho internacional, la distinción es absolutamente irrelevante. Probablemente, para efectos de derecho interno, ciertos acuerdos ejecutivos no pueden alterar, en Estados Unidos de América, el derecho existente, en tanto que un tratado se convierte en ley suprema de la nación y tiene precedencia sobre cualquier ley anterior.[15]

En el muy importante caso de *United States v/s Belmont* (1937), la Suprema Corte de Estados Unidos, sostuvo sin cortapisas que un "convenio ejecutivo" celebrado por el presidente, por su propia autoridad tiene el mismo efecto que un tratado respecto de la ley estatal.

Ahora bien, que un convenio ejecutivo concertado por la autoridad única del presidente, a diferencia del tratado, no puede contravenir las disposiciones de una ley federal anterior, fue lo que se sostuvo en *United States v/s Guy Capps Inc* (1953). Sin embargo, un convenio ejecutivo contraído de acuerdo con una delegación del Congreso que prevea especí-

13 Schwartz, Bernard, "Los poderes del presidente", *Poderes del gobierno*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1966, p. 159.

14 Bernal, Carlos, *op. cit.*, p. 47.

15 Hackworth, *Digest of International Law*, 426, citado por Schwartz, B., pp. 179 y 180.

ficamente una modificación de la ley existente, puede decirse que, en esta hipótesis, el convenio tiene virtualmente el mismo efecto legal en derecho interno que el que tiene un tratado.[16]

Aceptar la opinión (del presidente Eisenhower y su secretario de Estado en 1960) de que un convenio ejecutivo puede ser legalmente obligatorio sólo mientras el presidente que lo celebró esté en la Casa Blanca, sería volver a una concepción que hace de los acuerdos internacionales sólo compromisos personales de los jefes de Estado actuando a nivel particular.

> Este concepto no sólo es una regresión a la teoría monárquica, absolutamente fuera de lugar en una República moderna. Es también incompatible con la Constitución tal y como la interpreta la Suprema Corte. Si las causas de *Belmont y Pink* significan algo, es que un convenio ejecutivo es más que el simple compromiso personal del presidente que la contrajo...

La noción de que un convenio ejecutivo no puede obligar legalmente a Estados Unidos más allá del presidente que lo concertó, no tiene base constitucional ni legal de ninguna clase.[17]

VIII. Costumbre y reformas constitucionales

Ahora bien, podría tal vez pensarse que la viciosa práctica en México de celebrar una gran cantidad de compromisos internacionales por parte del Ejecutivo, sin que intervenga una autorización previa o una aprobación posterior por parte del Poder Legislativo, ha generado gradualmente una "costumbre constitucional" de forma tal, que los acuerdos ejecutivos son compromisos legalmente contraídos de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y nos guste o no, esto no puede ser verdad dentro de nuestro sistema normativo, pues como ha sostenido Jorge Carpizo:

> ...una costumbre constitucional [en México] no puede derogar un precepto de la Constitución o una tesis jurisprudencial por dos razones: la primera que es la importante, la norma constitucional sólo puede ser alterada o

16 Schwartz, B., *op. cit.*, pp. 184 y 185.
17 *Idem*, pp. 186 y 187.

> abrogada a través del procedimiento que la propia ley fundamental señala para su reforma. Este principio se deriva del artículo 135 constitucional, y del aspecto rígido y formal de la propia Constitución... La segunda razón se encuentra en que incluso en el derecho privado mexicano no existe la costumbre derogatoria. Así, el Código Civil en su artículo 10, establece que contra la observancia de la ley, no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.[18]

De acuerdo con esto, no creo que pueda haber duda alguna respecto al papel que juega en este campo la costumbre en derecho mexicano, a la inversa de lo que sucede en derecho estadounidense en donde, como se sabe, esta fuente desempeña un papel más que preponderante y en donde la mayoría de los cambios a la Constitución se llevan a cabo a través de la interpretación judicial.[19]

Así las cosas, no nos queda más que preguntarnos ¿por qué razón el legislador tuvo la ocurrencia de consagrar en una ley reglamentaria los famosos "acuerdos interinstitucionales" que no son sino acuerdos ejecutivos, llamados también acuerdos en forma simplificada?

IX. Finalidad política de la ley mexicana sobre tratados

En la exposición de motivos de la ley se dice que la misma, "busca precisar la obligación de coordinar las acciones de las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, con la Secretaría de Relaciones Exteriores en la celebración tanto de tratados como de acuerdos interinstitucionales".

Pero si éste es su objetivo principal, entonces ¿para qué nos sirve la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal?, la que en forma expresa y a tenor del artículo 28, fracción I, estipula que a la Secretaría de Relaciones Exteriores le corresponde el despacho de asuntos tales, como el de:

18 Carpizo, Jorge, "Costumbre constitucional" (voz), *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, UNAM, 1983, t. II, p. 350. Igualmente ver Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1969, pp. 336 y 337.

19 Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, pról. Salvador Urbina, en especial pp. 518-582, "El fundamento y validez de ese derecho radica ante todo en la jurisprudencia de los tribunales... la autoridad y la validez la constituyen los principios y la doctrina sentados por los tribunales de jurisprudencia... El *common law* o derecho angloamericano es, pues, un derecho labrado por los jueces y de ahí que en Inglaterra y en Estados Unidos se le llame *judge-made-law*"; *idem*, p. 30.

> Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual *intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos, y convenciones en los que el país sea parte* (cursivas nuestras).

No cabe duda que se trata aquí de una mera reiteración, ¿y una reiteración para qué?, ¿con qué objeto? Probablemente la respuesta esté a nivel político y no jurídico, esto es, tratar de reiterar a través de un nuevo instrumento legislativo, que la Secretaría de Relaciones Exteriores, debe intervenir en las negociaciones de todos los compromisos internacionales; entiéndase, por ejemplo, en las negociaciones que se realizaron para la adopción del famoso Tratado de Libre Comercio, vigente desde el 1o. de enero de 1994.

Lo grave es que con ello se está tratando de convalidar algo que por su propia naturaleza está viciado de origen, ya que no puede ser convalidado por una ley secundaria una figura jurídica que no es contemplada en forma alguna dentro del marco de nuestra Constitución Política. ¿Por qué no haber pensado en reformar la carta magna a través de su procedimiento prescrito? Nuestra Constitución es rígida y escrita, pero llevamos alrededor de 375 reformas a la misma, con una facilidad y destreza, prontitud y celeridad que hace la envidia de muchos países latinoamericanos; la aparente "rigidez" se ha mitigado a grado tal, que se ha convertido en arcilla moldeable al capricho de la época y circunstancia.[20]

X. Conclusión

Podemos decir que, en teoría, no existe en los órdenes jurídicos internos una dificultad verdaderamente seria para que se pueda dirimir un conflicto entre tratados acuerdos o convenciones internacionales y las leyes, reglamentos o decretos nacionales expedidos *con anterioridad* a la entrada en vigencia de una legislación internacional.

20 Carpizo, Jorge, "Las reformas constitucionales en México", *Estudios constitucionales*, *cit.*, pp. 303-310: "La realidad es dinámica y se modifica de acuerdo con las necesidades y las aspiraciones de un pueblo. La Constitución escrita debe irse reformando en concordancia con los cambios de esa realidad", *idem*, p. 303.

Lo anterior es resultado fundamentalmente de la aplicación del principio clásico en materia de conflicto de leyes en el tiempo, esto es, que la ley más reciente va a prevalecer sobre la ley anterior.

Por el contrario, lo que suele ser más delicado es la hipótesis que se presenta cuando hay conflicto entre un tratado o acuerdo internacional y una ley o decreto nacional emitido con posterioridad. Ante este tipo de conflictos, puede decirse que los órdenes normativos internos han adoptado básicamente tres formas de solución:

1o. En una primera serie de casos, la ley nacional emitida con posterioridad no será impedimento u obstáculo para que el derecho internacional pueda producir sus efectos, aun y cuando esté en aparente contradicción con la normatividad interna.

2o. En una segunda serie de casos, la ley nacional emitida con posterioridad y en contravención con normas internacionales, solamente va a suspender —frenar por así decirlo— la aplicación del derecho internacional.

En esta categoría específica, la solución final comúnmente será dada a través de un Tribunal Supremo o Corte Constitucional, quien declarará, ya sea el derecho nacional o el derecho internacional, como impregnados de inconstitucionalidad, y por lo tanto susceptibles de anulación.

3o. En una tercera serie de casos, nos encontramos con la hipótesis en que una legislación nacional emitida posteriormente y contraria al derecho internacional, va a paralizar completamente la aplicación del derecho internacional.

Esta tercera categoría es desafortunadamente la que se presenta, cuantitativamente, con mayor frecuencia dentro de los órdenes jurídicos internos.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

UNITED STATES *VS.* ÁLVAREZ MACHAIN*

> Does it make sense, though, to breach justice in the method of seizure so as to do justice in the manner of trial. Does it make sense to violate due process internationally so as to pursue due process domestically? I think not. When government is a law violator, the law is undetermined, and an example is set for other individuals and governments to follow it.
>
> Michael J. GLESSON

> The war on drugs and the fight against international terrorism are serious problems which require serious solutions. But even the most serious of causes does not justify the taking on by the executive branch of powers not properly its own, particulary when the exercise of those powers admittedly engenders international responsability on the part of the United States.
>
> Monroe LEIGH

SUMARIO: I. *Extradición y práctica internacional*. II. *Soberanía y no intervención*. III. *Caso Álvarez Machain*. IV. *Suprema Corte de los Estados Unidos. Estados Unidos, Actor* vs. *Humberto Álvarez Machain*.

* Publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos-Río, Rio de Janeiro, 2005.

I. Extradición y práctica internacional

En la famosa sentencia del 20 de noviembre de 1950 dictada por la Corte Internacional de Justicia, al querer deslindar el campo del asilo territorial, diplomático y extradición, aquélla sostuvo que en el caso de la extradición, el refugiado se encuentra dentro del territorio del Estado de refugio. Una decisión relativa a la extradición implica solamente el ejercicio normal de la soberanía territorial. El refugiado se encuentra fuera del territorio del Estado en donde fue cometido el delito, y una decisión de otorgarle asilo no deroga en forma alguna la soberanía de dicho Estado. En el caso del asilo diplomático, el refugiado se encuentra en el territorio del Estado en donde se cometió el delito. La decisión de otorgarle asilo diplomático comporta una derogación a la soberanía de dicho Estado. Con ello se sustrae al delincuente a la justicia de éste, y constituye una intervención en el dominio que deriva exclusivamente de la competencia del Estado territorial. Una derogación de esta naturaleza a la soberanía territorial no podría ser admitida, a menos que el fundamento jurídico no sea establecido para cada caso en particular.[1]

Históricamente, el derecho internacional desarrolló la institución de la "extradición" principalmente para resolver la serie de problemas que se generan cuando un presunto delincuente se refugia en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o ya sea que esté imposibilitado para procesarlo porque los medios de prueba se encuentran fuera del país. Un Estado procede entonces a la extradición de una persona para que ésta pueda ser juzgada por el país que la requiere por supuestos delitos cometidos en contravención de su orden jurídico.

Como bien dice Michael Akehurst, a pesar de cierta tesis en contrario, no existe en derecho positivo ninguna obligación de llevar a cabo la extradición a falta de un tratado. Sin embargo, un Estado puede llevar a cabo actos de extradición sin que medie un tratado; es decir, no existe tampoco una norma internacional que prohíba a los Estados a llevar a cabo extradiciones en ausencia de acuerdos formales.[2]

Para una gran mayoría de autores, los elementos que intervienen generalmente en un acto de extradición pueden enumerarse en la forma si-

[1] Affaire du Droit d'Asile (Colombift/Pérou) Arrêt du 20 Novembre 1950, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordomnances*, pp. 274 y 275.

[2] Véase Akehurst, Michael, *Introducción al derecho internacional*, versión española y notas de Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial, 1972, pp. 168-170.

guiente: *a)* un delito cometido en la jurisdicción de un Estado, y el comienzo de un procedimiento penal; *b)* una persona que ha sido ya condenada a purgar cierta pena por un Estado "X"; *c)* la huida de dicha persona y su desplazamiento hacia otro Estado; *d)* una demanda por parte del Estado que tenía jurisdicción para juzgar al presunto delincuente; *e)* un procedimiento en el Estado requerido con todas las garantías legales a fin de establecer la pertinencia de la demanda de entrega del reclamado.[3]

En el derecho contemporáneo, la extradición respeta generalmente ciertos principios que se encuentran tanto en tratados bilaterales como multilaterales, pero sin que pueda decirse que son principios de obligada observancia. Se considera, por ejemplo, que existe el principio según el cual el Estado que demanda la extradición no debe, sin mediar consentimiento del Estado requerido, enjuiciar al individuo más que por el delito por el cual se le otorga la extradición ("principio de especialidad").

Igualmente, no se efectúa la extradición del individuo reclamado cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado tanto dentro del Estado requirente como dentro del Estado requerido ("principio de doble tipicidad").

Aquí, sin embargo, como se asienta en el Tratado de Oppenheim-Lauterpacht, los tribunales del Estado requerido no tienen competencia para analizar el fondo del asunto, "sino simplemente averiguar si los testimonios aducidos justifican *prima facie* el procedimiento judicial contra el acusado".[4]

De la misma suerte, se suele consagrar la regla según la cual si el individuo es *nacional* del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega,

[3] Véase Vieira, Manuel Adolfo, "L'evolution récente de l'extradition dans le continent américain", *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, vol. II, 1984, núm. 1985, Martimu Nijhoff Publishers, Netherlands, p. 192.

[4] Véase Oppenheim, L., *Tratado de derecho internacional público*, 8a. ed. inglesa a cargo de sir Hersch Lauterpacht, traducción de López Oliván y Castro-Rial, Barcelona, Bosch, 1961, t. I, vol. II, p. 274. En cuanto a la máxima o aforismo de Grocio en virtud de que los Estados estaban siempre obligados ya sea a castigar o bien a entregar *(aut dedere aut punire)* al Estado que los reclama, a aquellas personas que hubieran cometido un acto delictivo en su territorio, es una regla que nunca fue aceptada por la mayoría de los Estados. "Por el contrario, los Estados han defendido siempre, como una consecuencia de la supremacía territorial, su facultad de conceder asilo a los extranjeros, salvo, naturalmente, los casos regulados por tratados especiales de extradición. No existe, pues, una norma universal de derecho internacional consuetudinario que prescriba el deber de extradición", *ibidem*, t. I, vol. II, p. 269.

ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso, a juicio del Estado requerido. En este supuesto de no entregarse al presunto culpable, el Estado requerido puede quedar obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, siempre y cuando el delito sea punible tanto por las leyes del Estado requeriente como por las del Estado requerido.[5]

Luego, generalmente se suele recurrir a la extradición solamente por delitos graves, sancionados como tales por las leyes de los dos Estados en cuestión ("principios de doble tipicidad"). Ahora bien, los tratados adoptan generalmente la fórmula de enumeración nominativa de los delitos por los que se contempla la extradición, o bien se guían por el llamado sistema de la gravedad de la pena.

Los tratados que siguen el sistema de enumeración nominativa de los delitos tienen la gran desventaja de su rigidez implícita, incluso cuando se considera que la lista es únicamente indicativa y no exhaustiva. La diversidad de las legislaciones genera revisiones constantes.[6]

Sin duda la mayor parte de los tratados de extradición de hoy en día adoptan el sistema de la gravedad de la pena, pero obviamente aquí también existe un grave problema, que consiste en la gran variedad de criterios que se encuentran en los ordenamientos jurídicos internos, que pueden oscilar, por ejemplo, en sanciones punitivas desde seis meses hasta tres años.[7]

[5] En este sentido véase la Convención sobre Extradición firmada en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933 en la VII Conferencia Internacional Americana, OEA. Documentos oficiales. OEA/Ses. X/7 núm. 34. Es interesante hacer notar que México, al suscribir esta Convención, formula una reserva al artículo 3o., inciso (E), en donde se postulaba que el Estado requerido no estaba obligado a conceder la extradición cuando se tratase de delitos contra la religión, por no reconocer la legislación interna mexicana este tipo de delitos.

[6] Los Estados Unidos de América constituyen uno de los mejores ejemplos de apegamiento al sistema enumerativo, como lo demuestran sus tratados con Canadá (1971); Italia (1973); España (1973); Uruguay (1973); Finlandia (1976); Japón (1978); R. F. A. (1978); México (1978); Turquía (1979); Colombia (1979). Utilizan invariablemente el sistema de listas, ya sea en el cuerpo mismo del Tratado, o bien en un anexo. Véase Vieira, Manuel Adolfo, *op. cit.*, p. 206.

[7] Este sistema de la gravedad de la pena puede encontrarse en la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana: "Asimismo, se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición, no sea menor de un año de privación de libertad y que este[1] autorizada o acordada la prisión o delen-

Si bien la extradición es considerada en derecho internacional como el único sistema legal para la entrega de un acusado o convicto al Estado en cuyo territorio se le imputa la comisión de un hecho delictivo; sin embargo, los Estados han recurrido y recurren a otro tipo de procedimientos ajenos a la institución de la extradición, como son el secuestro o rapto y la deportación.

El secuestro o rapto de una persona, en este ámbito internacional, vendría a configurarse como la remoción de un individuo de la jurisdicción de un Estado a otro por el uso de la fuerza, la amenaza de la misma, o por medio del engaño o el dolo. Se caracteriza por la completa ausencia de procedimientos regulares que son previstos por el ordenamiento jurídico del Estado en donde se lleva a cabo el secuestro, y puede realizarse por las autoridades de un tercer Estado contando o no con la connivencia de las autoridades locales.

En este orden de cosas, uno de los mayores especialistas en la extradición en derecho internacional, el profesor Ivan Anthony Shearer, ha sostenido, sin ambages, que el secuestro (*abduction*) es claramente un hecho ilícito desde el doble punto de vista del derecho interno, como del derecho internacional, cometiéndose una clara infracción a la soberanía territorial.

Aquí las únicas cuestiones que quedarían por resolver serían las de determinar si una responsabilidad internacional llega a generarse igualmente por una invasión de soberanía por parte de "personas privadas", así como por agentes oficiales del Estado extranjero, y saber si la jurisdicción del Estado recipiendario no estaría viciada de origen en virtud de la utilización de los medios ilegales por los cuales fue posible la obtención de dicha jurisdicción.[8]

Al parecer, las consecuencias de un secuestro de este género han sido consideradas una sola vez hasta ahora por un tribunal internacional. En el *Savarkar arbitration* (1911) el punto central consistía en saber si Gran Bretaña estaba obligada a repatriar hacia Francia a un súbdito británico que había escapado de una nave británica anclada en el puerto de Marsella, mientras estaba siendo transferido en custodia hacia la India de acuerdo con el Fugitive Offenders Act. El fallo del tribunal del arbitraje

ción preventiva del procesado si no hubiere aún sentencia firme. Ésta debe ser de privación de libertad", artículo 354, libro cuatro, título tercero, OEA/Sec. X/7.

[8] Shearer, Ivan Anthony, *Extradition in International Law*, Great Britain, Manchester University Press, Oceana Publications, 1972, p. 72.

sostuvo que no existía una regla de derecho internacional que requiriera a un Estado devolver a un prisionero que hubiera sido detenido en tales circunstancias.[9]

En este arbitraje, y dado que el tribunal atribuyó una gran importancia al hecho de que la policía francesa había de hecho ayudado en el arresto de Savarkar y su regreso al buque, no puede en forma alguna inferirse legítimamente, como apunta I. A. Shearer, que el tribunal habría llegado a la misma conclusión si el arresto se hubiera efectuado sin la cooperación de las autoridades locales.[10]

Es interesante hacer mención aquí del incidente diplomático que se generó entre Francia y Marruecos en 1965, cuando en pleno corazón de París el exiliado político marroquí Ben-Barka fue secuestrado por policías franceses y agentes del contraespionaje de ese país (SDECE). Sin embargo, Francia siempre alegó que los agentes franceses habían actuado sin ningún tipo de autorización por parte del Estado. El hecho es que Marruecos se negó a repatriar a Ben-Barka, y Francia, en represalia, rompió relaciones diplomáticas con el gobierno marroquí.[11]

Pero sin duda uno de los casos más célebres en este triste ámbito de la extraterritorialidad ilegítima de las leyes fue el protagonizado por Argentina e Israel a propósito del secuestro de Adolf Eichmann.

Adolf Eichmann, encargado de la Sección IV M de la Oficina Central de Seguridad del Reich, y habiéndosele conferido la responsabilidad en 1941 de la "solución final del problema judío", fue detenido en 1945 por los aliados, pero logró escapar y encontrar refugio en Argentina. Descubierto en 1960 por la infatigable policía secreta israelí, fue secuestrado y llevado a Israel para ser juzgado y condenado a muerte.[12]

Durante el juicio se alegó en favor del acusado que el ejercicio de jurisdicción por la Corte de Israel respecto de los crímenes cometidos fuera de ese país e incluso con anterioridad a la creación de dicho Estado, era violatorio del derecho internacional, siendo por lo demás un proceso lle-

9 Caso citado por Shearer, I. A., *op. cit.*, pp. 72 y 73.

10 *Ibidem*, p. 73.

11 Véase el *affaire* Ben-Barka en Mowne, Michel, *Le petit mourre diclionnaire de l'histoire*, París, Bordas, 1990, p. 71. No hay duda de que Ben-Barka, quien sería asesinado días después de su secuestro, no es un incidente diplomático que haya podido ser totalmente aclarado hasta el día de boy, incluso tomando en cuenta que se procesoron penalmente (1966-1967) a los autores del secuestro.

12 Véase Mowrre, Michel, *op. cit.*, p. 256.

vado a cabo a raíz de un flagrante secuestro. La Corte de Israel encontró culpable al acusado. Su apelación fue conocida por la Corte Suprema actuando como Corte Criminal de Apelación.[13]

Así, la Corte Suprema de Israel sostuvo que en cuanto al argumento de que en un eventual conflicto entre la legislación local y el derecho internacional era imperativo dar preferencia a los principios de derecho internacional, este argumento debía desecharse en cuanto que de acuerdo con el derecho de Israel, la relación entre derecho internacional y derecho interno debía gobernarse por los siguientes principios: 1) el principio en cuestión llega a incorporarse al derecho municipal y es parte de ese derecho, solamente después de haber logrado un reconocimiento internacional general; 2) esto se aplica, sin embargo, únicamente cuando no exista un conflicto entre los preceptos de derecho municipal y una regla de derecho internacional. Porque ahí donde dicho conflicto aparezca, el deber de la Corte es dar preferencia y aplicar las leyes de la legislatura local.

En cuanto al argumento de la "retroactividad", la Corte sostuvo que el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, en tanto niega la aplicación de la legislación penal con efecto retroactivo, es un principio que no se ha llegado a convertir en principio de derecho internacional consuetudinario.

En cuanto al argumento de que la ejecución de un derecho penal aplicable a un acto cometido en un país tercero por un extranjero es algo que entra en conflicto con el principio de la soberanía territorial, aquí también sostuvo la Corte que no existe una regla semejante en derecho internacional consuetudinario (*sic*).[14]

Uno de los más fuertes argumentos en los que se basó la Corte de Israel para condenar a Eichmann fue el derivado del llamado "principio de universalidad" aplicado a los juicios penales. Según la Corte, el derecho internacional autorizaría a todos y cada uno de los Estados a ejercer

[13] Véase O'Higgins, P., "Unlawful Seizure and Inegular Extradition", *British Year Book of International Law*, vol. 36, 1970.

[14] Véase Eichmann *vs.* Attorney-General of the Government of Israel, Supreme Court of Israel (1962) 136. IIR 277, en Green, L. C., *International Law Through the Cases*, Third Edition, London, Stevens and Sons Ununited Oceana Publications, 1970, pp. 239-247. El razonamiento de la Suprema Corte es extraordinario en varios aspectos desconociendo o reconociendo a su guisa el derecho internacional, como cuando se trata de los Principios de Nuremberg, pues entonces no tiene el menor empacho en declararlos "... as principles that have formed part of customary international law *'since time inmemorial'*". *Ibidem*, p. 243.

jurisdicción universal en contra de todos los actos u omisiones criminales que constituyan *delicta iuris gentium.*

Un Estado que procesa y condena a una persona por este tipo de hechos delictivos, dice la Corte, actúa como un "órgano o agente de la comunidad internacional". Así, el Estado de Israel estaba capacitado, de conformidad con el "principio de jurisdicción universal", y actuando en su capacidad de guardián del derecho internacional y agente para la ejecución del mismo, de procesar al demandado. Siendo ello así, es irrelevante el hecho de que el Estado de Israel no existiera el tiempo en que las ofensas fueron cometidas.[15]

En cuanto a Argentina, su reacción frente al secuestro de Eichmann fue vigorosa y decidida; obviamente, no por el interés particular en la defensa del ilustre personaje, sino por la afrenta a los derechos del Estado como sujeto de derecho internacional. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó el 23 de junio de 1960 a Israel por haber violado la integridad territorial y soberanía política de Argentina, y esto parece haber satisfecho al gobierno argentino en cuanto que se presentaba como una forma de reparación del daño moral, concepto éste a la par de importante que el daño material —o incluso en ocasiones mucho más que éste— en la esfera del derecho internacional.

En un análisis del caso Eichmann, el profesor Georg Schwarzenberger escribió que el juicio en contra de aquél representaba uno de los más grandes dramas de la historia jurídica, y pensaba, si después de todo, no hubiera sido mejor para la humanidad declarar que, ya que el más grande castigo conocido por la ley era totalmente inadecuado para castigar crímenes de tal magnitud, Israel lo hubiera despachado a Alemania con el signo indeleble de Caín, para que sus compatriotas lo trataran en la forma en que ellos consideraran conveniente.[16]

II. Soberanía y no intervención

Es sabido que el lenguaje jurídico y político han atribuido al término "soberanía" una multiplicidad de sentidos, que lo que han provocado es que sea difícilmente utilizable.

[15] "The State of Israel was entitled, puersuant to the principle of universal jurisdiction and actino in capacity of guardian of internacional law and agent for eforcement, to try the appeliant" (énfasis). *Ibidem*, p. 245.

[16] Schwarzenberger, Georg, *International Law and Order*, London, Steven and Sons, 1971, pp. 237-251.

Para los efectos del derecho internacional, la noción de "soberanía" comporta en ella misma la exclusividad, la autonomía y la plenitud de la competencia territorial. Pero obviamente que dichos atributos de la "soberanía" no pueden concebirse de manera absoluta, más que cuando se hace referencia al orden jurídico interno, pues en el orden internacional tales atributos llegan a relativizarse.

Si los Estados son soberanos, esto es, si no existe ninguna autoridad jurídica que les sea superior, se dice entonces que son iguales entre sí.

En consecuencia, un Estado "X" cualquiera no podría someter a un Estado "Z" a su jurisdicción, porque ello equivaldría a negar la regla de la igualdad, en la medida en que el Estado "Z" se encontraría así sometido a las leyes y tribunales del Estado "X".

Esta regla universal de derecho internacional consuetudinario viene a expresarse en una muy conocida expresión latina: *par in parent non habet juridictionem*. En otras palabras, no puede existir competencia jurisdiccional entre sujetos iguales.[17]

Como todas las nociones jurídicas, la noción de "soberanía" es un concepto destinado a dar cuenta de una determinada realidad social, para poder hacerla inteligible.

Como lo demostró uno de los juristas más lucidos de nuestra época, el profesor Michel Virally, la "soberanía" permanece todavía hoy en día como la piedra angular de todo el orden jurídico internacional; la soberanía se presenta como la garantía jurídica esencial de la independencia.[18]

La soberanía internacional no puede concebirse como un poder, y menos como poder supremo sobre el exterior. En realidad, se define por la doble prerrogativa de una independencia jurídica, esto es, de poder determinarse libremente sin interferencias extranjeras, y del poder entrar en relaciones regulares con terceros Estados.

Pero la soberanía no es un concepto inimitable, y va transformándose en forma compleja y a veces ambivalente —por ejemplo, la soberanía permanente sobre los recursos naturales y su examen de contenido económico.

[17] Carreau, Dominique, *Droit international*, París, Éditions A. Pédone, 1986, p. 342, párrafo 924.

[18] Virally, Michel, "Une pierre d'angle qui résiste au temps: avatars et perennité de l'idée de souveraineté", *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Silhoff, Leiden, 1977, pp. 179-196.

Hoy en día se encuentra atrapada, por así decirlo, entre la independencia y la interdependencia, no debiendo sacrificarse un término por el otro, sino al contrario, siempre buscando, como dice Viralley, su refuerzo y conciliación en beneficio de la paz y la seguridad internacionales.[19]

El principio de no injerencia de terceros en los asuntos internos de los Estados está directamente vinculado a la noción de soberanía del Estado, ya que solamente el derecho internacional puede limitar la libertad de acción del Estado.

El artículo 2o, párrafo 7o. de la Carta de las Naciones Unidas dispone: "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligara a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...".[20]

La disposición del artículo 2o., párrafo 7o. es, al decir de varios autores, una de las disposiciones centrales de la Carta, ya que tiende a resolver el difícil problema del equilibrio necesario entre los intereses nacionales que los Estados miembros consideran como esenciales y los intereses de la colectividad internacional en su conjunto.

Obviamente, el alcance del precepto es muy discutible, pues entre otras cosas casi nunca es fácil determinar y delimitar el criterio jurídico y el criterio político para interpretar su campo de aplicación.[21]

[19] Virally, Michel, *op. cit.*, pp. 189-195. En el famoso arbitraje de la isla de Palmas (Miangas), entre Estados Unidos y Pafses Bajos, el árbitro Max Huber sostuvo: "La souveraineté dans les relations entre États signifie l'indépendence. L'indépendence à un el partie du globe, este le droit d' y exerces è l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques", sentence arbitrate du 4 avril 1928, *Cour Permanente d'Arbilrage*, RGPIP, 1935, p. 163.

[20] Para ciertos autores, como H. Kelsen, la obligación de los Estados de no intervenir en los asuntos interiores de los demás Estados no está expresamente estipulada por la Carta, sino que más bien se desprende implícitamente del artículo 2o., parrafo 4o., que sostiene que todo miembro de la Organización debe abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Véase Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, London, Eds. Stevens, 1951, p. 770.

[21] Véase Gilbert, Guillaume, comentario al artículo 2o. párrafo 7o., en Cot-Pellet, *La Charte des Nations Unies*, París, Económica, Bruyant, 1985, pp. 141-159. Véase también el artículo de Alfred Verdross: "Le primape de la no-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2(7) de la Charte des Nations Unies", en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pédone, 1974, pp. 267-277. Para Verdross, a diferencia de Kelsen, el artículo 2o., párrafo 4o. de la Carta, confirma la nor-

En términos generales, la mayoría de la doctrina sostiene que un presunto reconocimiento de un derecho general de "intervención humanitaria" no es ni legal ni políticamente aceptable. Pero al excluir este tipo de intervención estatal no se excluye necesariamente por ello la posibilidad de una intervención autorizada por el Consejo de Seguridad o incluso la Asamblea General de Naciones Unidas, ahí donde se decide que la situación presenta una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

No hay pues en el estado actual del derecho internacional en relación con la actuación unilateral de los Estados, un presunto derecho de intervención humanitaria, opuesto al derecho de legítima defensa.[22]

Las disposiciones de la Carta quedaron reforzadas y explicitadas por la muy importante Resolución 2.625 (XXV) adoptada el 24 de octubre de 1970 por la Asamblea General de Naciones Unidas: "Declaración relativa a 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".

Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:

a) Los Estados son iguales jurídicamente.
b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía.
c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados.
d) La integridad territorial y la independencia política son inviolables.
e) Cada Estado tiene el derecho a elegir y conducir libremente su sistema político, social, económico y cultural.

Por ultimo, hay que reconocer que no toda la doctrina es unánime con relación a la interpretación del artículo 2o., párrafo 4o. de la Carta, en particular por lo que se refiere a la prohibición del uso de la fuerza en contra

ma de la no intervención, al prohibir a los Estados recurrir al uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de todo Estado. *Ibidem*, p. 268.

22 Weston, Falk, D'Amato, *International Law and World Order*, St. Paul Minnessotta, West Publishing, 1980, pp. 323-327. Véase igualmente las conocidas obras de Isidro Fabela y de Thomas and Thomas: *Intervención*, Mexico, UNAM, 1959; *Non-intervention: the Law and its import in the Americas*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1956.

de la "integridad territorial" o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Así, por ejemplo, el profesor Anthony d'Amato sostiene que cuando Israel bombardeó presuntas instalaciones nucleares dentro del territorio de Irak, esta actuación no se efectuó en violación al artículo 2o., párrafo 4o. de la Carta, ya que dice D'Amato que los aviones israelíes bien pudieron haber violado el espacio aéreo irakí, pero de ninguna manera se violó la integridad territorial o la independencia política del Estado.

El ataque israelí tampoco fue incompatible, siempre según D'Amato, con los propósitos de las Naciones Unidas, ya que uno de estos (artículo 11) es el "desarme y la regulación de armamentos".[23]

En fecha reciente, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 27 de junio de 1986 en el diferendo entre los Estados Unidos y Nicaragua, sostuvo que la validez en derecho consuetudinario del principio de la prohibición del empleo de la fuerza expresado en el artículo 2o., párrafo 4o. de la Carta, era un principio considerado por la Comisión de Derecho Internacional (1966) como poseyendo rango de *ius cogens*.[24]

En este mismo caso, la Corte Internacional de Justicia de La Haya sostuvo que el principio de no intervención ponía en juego o implicaba el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin ningún tipo de injerencia exterior. Aun cuando las infracciones a este principio no sean raras, sin embargo, la Corte estima que es un principio que forma parte integrante del derecho internacional consuetudinario, pues "entre Estados independientes, el respeto a la soberanía territorial es una de las

23 Véase D'Amato, Anthony, *International Law: Process and Prospect*, Nueva York. Transnational Publishers, Dobbs Ferry.

En cambio D'Amato no tiene la menor ducla de calificar la invasion de Argentina a las islas Falkland en 1982, como una grave violación al artículo 2o., párrafo 4o. de la Carta, pues entre otras cosas Gran Bretaña tenía el control efectivo de esas islas desde hacía más de cien años. Para nosotros, una interpretración como la de este jurista no pasa de ser una *boutade*, además de vaciar de todo sentido común al lenguaje y de todo significado y connotación normativos a la terminología legal. Para una interpretación actualizada del artículo 2o., párrafo 4o. de la Carta, véase el iluminador análisis de Michel Virally en *La Charle des Nations Unies*, *cit.*, pp. 113-125.

24 *Activitéss militaires et paramilitaires an Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), *Fond Arrêt. C. I J. Recueil*, 1986, p. 100, parágrafo 190. La Corte enfatizó que en caso de legítima defensa individual o colectiva, este derecho no podía ejercerse más que habiendo sido víctima de una agresión armada, *ibidem*, p. 103, parágrafo 195.

bases esenciales de las relaciones internacionales" (C.I.J./1949) y el derecho internacional exige, igualmente, y por lo mismo, el respeto a la integridad política.

La existencia del principio de no intervención en la *opinio iuris* de los Estados está respaldada por una práctica sustancialmente importante y muy arraigada; el principio en si puede presentarse como un corolario del principio de la igualdad soberana de los Estados.[25]

La Corte sostiene, por consiguiente, que en el derecho internacional contemporáneo no está previsto ningún tipo de supuesto "derecho de intervención" en los asuntos de un tercer Estado, y que los actos constitutivos de una violación al principio consuetudinario de no intervención que impliquen, en una forma directa o indirecta, el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, son una clara violación a la norma jurídica del no uso de la fuerza en las relaciones internacionales.[26]

Por ultimo, en relación con este importante caso, debemos mencionar que la Corte puntualizó expresamente que el principio del respeto de la soberanía de los Estados en derecho internacional estaba íntimamente vinculado con los principios de la prohibición del no uso de la fuerza y con el de no intervención.

El concepto jurídico fundamental de la soberanía de los Estados en derecho internacional consuetudinario, consagrado *inter alia* en el artículo 2o., párrafo lo. de la Carta de Naciones Unidas, se extiende a las aguas interiores y al mar territorial de todo Estado, así como a su espacio aéreo por encima de su territorio.[27]

[25] Arrêt CIJ *Recueil 1986, cit.*, p. 106, parágrafo 202. La Corte, refiriéndose a su sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú, va a recordar que un pretendido derecho de intervención no puede ser considerado más que como la manifestación de una política de fuerza, política que siempre ha dado lugar a los abusos más graves, y que no podría encontrar lugar alguno en el derecho Internacional. *Idem.*

[26] Arrêt, CIJ *Recwtil, 1986, cit.*, pp. 109 y 110, parágrafo 209.

[27] *Recueil, 1986, cit.*, p. 111, parágrafo 212. Hay que recordar que si bien en la sentencia del 27 de junio de 1986, la Corte de La Haya ordenaba a los Estados Unidos reparar los daños causados a Nicaragua por violaciones cometidas al derecho internacional tanto convencional como consuetudinario, el gobierno de Nicaragua informó a la Corte por medio de una comunicación del 12 de septiembre de 1991, que renunciaba a hacer valer sus derechos, solicitando a ese tribunal tomar nota de su desistimiento. Véase *Nicaragua c. Ėtats-Unis d'Amérique Ordonnance du 26 septiembre 1991 prenant acte du désistement de Nicaragua. Documentos Juridiques Internationaux*, vol. 9, núm. 1/1991-1992, pp. 223 y 224.

Por último, no podemos dejar de mencionar la fórmula de no intervención tal y como se encuentra expresada en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, de febrero de 1967.

> Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de 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 injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyan (artículo 18).

III. Caso Álvarez Machain

Actualmente los Estados Unidos son parte en no menos de 104 tratados de extradición, así como en diversos acuerdos multilaterales que contemplan la extradición para propósitos específicos.

No obstante la existencia de esta cantidad no despreciable de tratados de extradición, las últimas administraciones de Estados Unidos han recurrido con mayor frecuencia a métodos extralegales para adquirir jurisdicción sobre sospechosos extranjeros, y esto denota que Estados Unidos permanece escéptico ante los acuerdos internacionales y su aparente utilidad para llevar a cabo un proceso de extradición.[28]

Para los antecedentes del caso del doctor Álvarez Machain, creemos que lo más conveniente es atenernos a lo establecido por el juez de distri-

[28] Véase Abramovsky, Abraham, "Extraterritorial Abductions: America's 'catch and smatch' policy run amok", *Virginia Journal of International Law*, vol. 31, number 2, Winter, 1991, pp. 151-156. Los dos métodos básicos para la aprehensión de sospechosos al margen de la legalidad se pueden dividir en dos categorías principales: la primera sería la entrega irregular" *(irregular rendition)*, que sería aquella en que el arresto ha recibido la aprobación o aquiescencia del Estado requerido; la segunda categoría sería "el secuestro" *(abduction)* de la persona, y que se caracterizaría por una ausencia de consultas o asentimiento alguno por parte de los representantes del Estado asilante. Pero pueden existir numerosas variaciones entre estas dos categorías principales. Así, Abramorsky cita el caso *United States vs. Verdugo-Urquidez* conocido por la Suprema Corte en 1990, y en donde el sospechoso fue aprehendido en 1986 por representantes de la Policía Judicial Federal de México, de conformidad con un supuesto acuerdo entre la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y el director en funciones de la Policía Judicial. Pero en ningún punto la DEA adquirió la aprobación del gobierno de México, quien más adelante presentaría una protesta formal por el secuestro. *Ibidem*, pp. 155 y 156.

to Edward Rafeedie en su decisión del 10 de agosto de 1990, ordenando la repatriación.[29]

En febrero de 1985, el agente de la DEA, Enrique Camarena, fue secuestrado a las afueras del consulado de los Estados Unidos en Guadalajara, Jalisco. Aproximadamente un mes después fue encontrado el cadáver de Camarena, junto con el cuerpo de Alfredo Zavala, un piloto mexicano auxiliar en las tareas de detección de campos de droga.

Al parecer, en diciembre de 1989 el señor Jorge Castillo del Rey, comandante de la Policía Judicial Federal, sostuvo una reunión con funcionarios de la DEA para discutir las posibilidades de un intercambio de Álvarez Machain, sospechoso de estar relacionado con la tortura y muerte de Enrique Camarena, por otro nacional mexicano de nombre Isaac Naredo Moreno, que se había refugiado en los Estados Unidos y buscado por la Procuraduría General de la República.

En marzo de 1990 el agente especial de la DEA, Berrellez, contactó al informante Antonio Garate Bustamante (ex ayudante de uno de los barones de la droga: Ernesto Fonseca Carrillo) para que transmitiera a sus contactos, que la DEA estaba dispuesta a pagar cincuenta mil dólares y otros gastos como recompensa si entregaban al doctor Álvarez Machain a los Estados Unidos.

"Berrellez testificó haber recibido autorización para hacer esta oferta no sólo de sus superiores en la División de Los Ángeles de la DEA, sino también de funcionarios en Washington D.C., incluyendo a Pete Grunden, subdirector de la DEA".[30]

Al parecer, cuando el doctor Álvarez Machain atendía en su consultorio de Guadalajara el 2 de abril de 1990, se introdujeron cinco o seis individuos apuntándole con una pistola en la cabeza, y según sostuvo Álvarez Machain, fue golpeado e inyectado; y después le aplicaron choques eléctricos a través de las suelas de los zapatos.

De Ciudad León lo transportaron en un avión bimotor a El Paso, en donde estaban esperándolo en la pista varios agentes de la DEA. En esta

[29] Véase *United States v. Caro Quintero*, núm. CR 87-422 (F) ER. Véanse los documentos y resoluciones del caso Álvarez Machain en *Límites de la jurisdicción nacional*, México, SRE, 1992.

[30] *Límites de la jurisdicción nacional, cit.*, p. 107. El agente especial de la DEA, Berrellez, testificó que el secuestro y las condiciones finales de éste habían sido aprobadas por la DEA en Washington, D. C. y que creía saber que incluso el procurador general de los Estados Unidos había sido previamente consultado. *Ibidem*, pp. 107 y 108.

misma sentencia de la Corte de Distrito de California se asienta que además de los pagos convenidos a los secuestradores mexicanos, la DEA trasladó a siete de ellos con todo y sus familias para residir en los Estados Unidos, cubriendo sus gastos de manutención.

La embajada de México en Washington presentó una segunda nota diplomática (16 de mayo de 1990; la 1a. era del 18 de abril del mismo año) ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en donde se argumentaba que el gobierno de México consideraba que el secuestro *(no sustracción* [sic]) y traslado del doctor Álvarez Machain había sido realizado con el consentimiento de funcionarios al servicio del gobierno norteamericano y en contravención al procedimiento establecido en el Tratado de Extradición de 1980, solicitándose la repatriación del doctor.[31]

En su sentencia del 10 de agosto de 1990, el juez de distrito de California, Rafeedie, sostuvo que los Estados Unidos eran responsables por las acciones de sus agentes contratados, y que el secuestro unilateral por parte de dicho gobierno, seguido de una protesta oficial por parte del gobierno de México, constituía una violación al Tratado de Extradición entre dos Estados soberanos. El expediente revela que la DEA y sus informantes estuvieron íntegramente involucrados en el secuestro del doctor Álvarez Machain.

Con relación al alegato estadounidense de que no habría existido violación al Tratado de Extradición de 1980, ya que no hubo un procedimiento formal de extradición, el juez Rafeedie sostuvo lo siguiente:

> Es absurdo el argumento del gobierno en el presente caso, de que un Estado viola un tratado de extradición cuando enjuicia por un delito distinto al que originó la extradición del individuo (doctrina de la especialidad), pero no cuando un Estado evade unilateralmente los procedimientos de un Tratado de Extradición y secuestra a un individuo para ser enjuiciado por cualquier tipo de delitos que éste escoge. *Es axiomático el que los Estados Unidos o México violen la soberanía de su contraparte y el tratado de extradición, cuando unilateralmente secuestran a una persona del territorio*

[31] El 19 de julio de 1990 la embajada de México presentó una tercera nota diplomática solicitando el arresto y extradición de Gárate y Berrellez, para ser procesados en México por su relación con el secuestro de Álvarez Machain. Véase *Límites de la jurisdicción nacional*, *cit.*, p. 110.

de su contraparte, sin su participación o autorización y el Estado ofendido formula una protesta oficial.[32]

En esta misma resolución de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, el gobierno norteamericano pretendió igualmente fundarse en el famoso caso de Ker *vs.* Illinois de 1886, como una base para afirmar que no había habido violación al Tratado de Extradición de 1980 en el presente caso

En el famoso caso Ker, un detective privado estadounidense (Henry Julian), recibió, encontrándose en Perú, documentos de extradición debidamente legalizados en donde se asentaba el Tratado de Extradición entre ambos países. El detective debía entregar estos documentos para poder así iniciar el procedimiento de extradición, pero ello fue menos que imposible, pues en esos momentos la capital de Perú estaba siendo ocupada militarmente por fuerzas del Estado de Chile. Así, y con ayuda de las fuerzas chilenas, Henry Julian secuestró a Ker y lo obligó a subir al buque que zarpaba hacia los Estados Unidos, y sin que en ningún momento, antes o después, el gobierno de Perú objetara una violación del irregular procedimiento.

El juez de distrito, Rafeedie, sostuvo que en este contexto, los Estados Unidos no tenían obligación alguna respecto de Perú derivada del tratado de extradición, porque el secuestro no podía ser considerado como un acto de los Estados Unidos y por lo tanto Ker no tenía ninguna relación con el presente caso.[33]

IV. Corte Suprema de los Estados Unidos*
Estados Unidos, Actor *vs.* Humberto Álvarez Machain

El recurso de certiorari *de la corte de apelaciones de los Estados Unidos para el noveno circuito*

El acusado, ciudadano y residente de México, fue sustraído por la fuerza de su domicilio y transportado en un avión privado a Texas, en donde fue arrestado por su participación en el secuestro y asesinato de un agente

[32] Véase sentencia del 10 de agosto de 1990. United States of America *vs.* Caro Quintero en *Límites de la jurisdicción nacional*, *cit.*, p. 123.

[33] *Ibidem*, p. 125.

* Versión al español de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

de la Drug Enforcement Administration (DEA) y de su piloto. Después de concluir que los agentes de la DEA fueron los responsables de la sustracción, la Corte de Distrito desechó la acusación sobre la base de que el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México (Tratado de Extradición, o Tratado), había sido violado, y ordenó la repatriación del acusado. La Corte de Apelaciones confirmó la resolución. Con fundamento en una de sus decisiones previas, la Corte afirmó que toda vez que los Estados Unidos habían autorizado la sustracción y que el gobierno de México había protestado por la violación al Tratado, la jurisdicción se había producido en forma impropia.

Tesis: el hecho de que el acusado haya sido sustraído por la fuerza no prohíbe que se le juzgue en los Estados Unidos por violaciones a la legislación penal de este país (páginas 3-15).

a) Un acusado no puede ser juzgado en violación a los términos de un tratado de extradición. United States *vs.* Rauscher, 119 U.S. 407. Sin embargo, cuando un tratado no ha sido invocado, una corte puede ejercer jurisdicción aun cuando la presencia del acusado se obtenga a través de una sustracción forzosa. Ker *vs.* Illinois, 119 U.S. 436. En consecuencia, si el Tratado de Extradición no prohíbe la sustracción, la regla prevista en Ker se aplica, y la jurisdicción es adecuada (páginas 3-7).
b) Ni el lenguaje del Tratado ni la historia de las negociaciones o la práctica realizada bajo su vigencia apoyan la proposición de que éste prohíbe las sustracciones realizadas fuera de los términos en él previstos. El Tratado no establece nada acerca de que los Estados se abstengan de sustraer forzosamente personal del territorio del otro ni acerca de las consecuencias si se produce una sustracción. Además, aun cuando el gobierno de México fue advertido de la doctrina Ker desde 1906, y las propuestas para restringir tal doctrina fueron esbozadas en 1935, la versión actual del Tratado no contiene ninguna cláusula al respecto (páginas 7-11).
c) Los principios generales del derecho internacional no otorgan ningún fundamento para interpretar el Tratado en el sentido de que éste incluya una disposición implícita que prohíba las sustracciones internacionales. Iría más allá de los precedentes y de la práctica establecida el deducir semejante conclusión del Tratado, con base en el argumento del acusado de que las sustracciones están tan claramente prohibidas en el derecho internacional, que no había motivo

> para incluir esa prohibición en el Tratado mismo. Fue la práctica de los Estados respecto a los tratados de extradición entre Estados Unidos e Inglaterra, uno de sus preceptos. Sin embargo, el argumento del acusado requeriría una conclusión mucho más amplia basada únicamente en los principios de derecho internacional más generales para apoyarlo. Aun cuando el acusado puede tener razón al señalar que su sustracción fue "escandalosa" y violatoria de principios generales de derecho internacional, la decisión respecto a si debe ser devuelto a México, como una cuestión fuera del ámbito del Tratado, corresponde al Poder Ejecutivo (páginas 11-15). [La opinión contenida en] 946 F. 2d 1466, [es] revocada y devuelta.

El magistrado presidente, Rehnquist, pronunció la opinión de la Corte, que apoyaron los magistrados White, Scalia, Kennedy, Souter y Thomas. El magistrado Stevens expresó una opinión disidente, que apoyaron los magistrados Blackmun y O'Connor.

El magistrado presidente pronunció la opinión de la Corte

La controversia en este caso es si un acusado sustraído de un país con el cual los Estados Unidos tienen un tratado de extradición adquiere, como consecuencia de la existencia de éste, una protección contra la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos. Nosotros sostenemos que no es así, y que puede ser juzgado en una corte federal del distrito por violaciones al derecho penal de los Estados Unidos.

El acusado, Humberto Álvarez Machain, es un ciudadano y residente de México. Fue acusado de participar en el secuestro y asesinato del agente especial de la Drug Enforcement Administration (DEA) de los Estados Unidos, Enrique Camarena Salazar y de un piloto mexicano que trabajaba con Camarena, Alfredo Zavala Avelar.[34] La DEA cree que el

[34] Al acusado se le inculpa, en una sexta acusación superviniente, de conspirar para cometer actos violentos para la consecución de actos ilícitos (en violación de las secciones 371 y 1959 del título 18, USC); comisión de actos violentos para la consecución de actos ilícitos (en violación de la sección 1959 (a) (2) del título 18, USC); conspiración para secuestrar a un agente federal (en violación de las secciones 1201 (a) (5), 1201 (c) del titulo 18, USC); secuestro de un agente federal (en violación de la sección 1201 (a) (5), del titulo 18, USC); y homicidio de un agente federal (en violación de las secciones 1111 (a) y 1114 del título 18, USC) apéndice pp. 12-32.

acusado, que es médico, participó en el asesinato al prolongar la vida del agente Camarena a fin de que otros pudieran continuar torturándolo e interrogándolo. El 2 de abril de 1990, el acusado fue sustraído por la fuerza de su consultorio médico en Guadalajara, México, para ser trasladado en un avión privado a El Paso, Texas, donde fue arrestado por oficiales de la DEA. La Corte de distrito concluyó que los agentes de la DEA fueron responsables de la sustracción del acusado, aun cuando no estuvieron involucrados personalmente en la misma. United States *vs.* Caro Quintero, 745 F. Supp. 599, 602-604, 609 (CD Cal. 1990).[35]

El acusado promovió el desechamiento de la acusación reclamando que su sustracción constituía una conducta gubernamental ultrajante, y que la Corte de distrito carecía de jurisdicción para enjuiciarlo porque había sido sustraído en violación al Tratado de Extradición vigente entre los Estados Unidos y México. Tratado de Extradición, 4 de mayo de 1978, (1979) Estados Unidos-Estados Unidos Mexicanos, 31 U.S.T. 5059, TIAS.

No. 9656 (Tratado de Extradición o Tratado). La Corte de distrito rechazó la reclamación por conducta gubernamental ultrajante, pero sostuvo que carecía de jurisdicción para juzgar al acusado, porque su sustracción violaba el Tratado de Extradición. La Corte de distrito absolvió al acusado y ordenó que fuera repatriado a México. Caro Quintero, *supra*, 614.

La Corte de Apelaciones confirmó el desechamiento de la acusación y la orden de repatriación del acusado, apoyándose en su decisión en United States *vs.* Caro Quintero, 939 F. 2d 1341 (CA9 1991), cert, pending, No 91-670. 946 F. 2d 1466 (1991). En Verdugo, la Corte de Apelaciones sostuvo que la sustracción forzosa de un nacional mexicano con la autorización o participación de los Estados Unidos violaba el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México.[36]

[35] Aparentemente, agentes de la DEA habían intentado obtener la presencia del acusado en los Estados Unidos a través de negociaciones informales con funcionarios mexicanos, pero no tuvieron éxito. Por lo tanto, los agentes de la DEA, a través de un contacto en México, ofrecieron pagar una recompensa, más gastos, a cambio de la entrega del acusado a los Estados Unidos. United States *vs.* Caro Quintero, 745 F. Supp, 599, 602-604 (CD Cal. 1990.

[36] René Martín Verdugo Urquídez fue también inculpado por el homicidio del agente Camarena. En una decisión previa, sostuvimos que la cuarta enmienda no se aplicaba al cateo de la casa de Verdugo Urquídez en México, realizado por agentes de los Estados Unidos. United States *vs.* Verdugo Urquídez, 494 U.S. 259 (1990).

Aun cuando el tratado no prohíbe expresamente tales sustracciones, la Corte de Apelaciones sostuvo que el propósito del tratado había sido violado por la sustracción forzosa, 939 F. 2d, 1350, que junto con la protesta formal por parte del Estado ofendido otorgaba al acusado el derecho de invocar la violación del tratado con el fin de impugnar la jurisdicción de la Corte de distrito para juzgarlo.[37] La Corte de Apelaciones estableció además que el remedio apropiado para tal violación sería el desechamiento de la acusación y la repatriación del acusado a México.

En el presente caso, la Corte de Apelaciones confirmó la conclusión de la Corte de distrito de que los Estados Unidos habían autorizado la sustracción del acusado, y de que las cartas [notas] del gobierno mexicano al de los Estados Unidos servían como una protesta oficial por la violación del tratado. En consecuencia, la Corte de Apelaciones ordenó que la acusación fuera desechada, y que el acusado fuera repatriado a México. 946 F. 2d, 1467. Esta Corte concedió el recurso de *certiorari*, 502 U.S. (1992), y revoca tal fallo.

Aunque nunca antes habíamos analizado la cuestión precisa formulada en este caso, previamente habíamos considerado asuntos en que se reclamaba la violación de un tratado de extradición y otro contra un acusado traído ante la Corte por medio de una sustracción forzosa. Analizamos la primera cuestión en United States *vs.* Rauscher, 119 U.S. 407 (1886); más precisamente, la cuestión de si el tratado Webster-Ashburton de 1842, 8 Stat. 576, que regula las extradiciones entre Inglaterra y los Estados Unidos, prohibía el enjuiciamiento del acusado Rauscher por un crimen distinto de aquel por el cual había sido extraditado. La cuestión de si esta prohibición, conocida como "doctrina de la especialidad", era una parte del tratado, había sido discutida por ambos países durante algún tiempo. Rauscher, 199 U.S., 411. El presidente de la Corte, Miller, emitió la opinión, misma que examinó cuidadosamente los términos y la historia del tratado; la práctica de los Estados en lo referente a tratados de extradición; los precedentes de los Estados y los estudios de los comentaristas, llegando a la siguiente conclusión:

> [una] persona traída a la jurisdicción de la Corte en virtud de procedimientos fundados en un tratado de extradición, soólo puede ser juzgada por al-

[37] La Corte de Apelaciones devolvió el asunto para una audiencia de pruebas con el fin de definir si la sustracción de Verdugo había sido autorizada por autoridades en los Estados Unidos. United States *vs.* Verdugo Urquidez 939 F. 2d 1341, 1362 (CA9 1991).

> guno de los delitos descritos en dicho tratado, y por el delito de que fue acusado en el procedimiento para su extradición, hasta que se le haya dado una oportunidad y tiempo razonable después de su liberación o enjuiciamiento basado en tal acusación, de regresar al país de cuyo asilo fue sustraído forzosamente con base en tales procedimientos. *Ibidem*, 430 (énfasis).

Además, la resolución del presidente Miller señaló que cualquier duda respecto a esta interpretación había sido superada por dos leyes federales que imponían la doctrina de la especialidad a los tratados de extradición de los que los Estados Unidos fueran parte, *ibidem*, 423.[38] A diferencia del caso actual, el acusado en Rauscher había sido traído a los Estados Unidos por medio de un tratado de extradición; no era un asunto de sustracción forzosa.

En Ker *vs.* Illinois, 119 U.S. 436 (886), también escrita por el presidente Miller y decidida el mismo día que Rauscher, esta Corte se refirió a la cuestión de un acusado llevado ante la Corte por medio de una sustracción forzosa. Frederick Ker había sido juzgado y sentenciado por robo en una corte de Illinois; su presencia ante la corte fue obtenida por medio de su sustracción forzosa de Perú. Un mensajero fue enviado a Lima con la orden de aprehensión correspondiente a fin de solicitar la entrega de Ker con fundamento en el tratado de extradición entre Perú y los Estados Unidos. El enviado, sin embargo, desdeñó el empleo del procedimiento de extradición y, en cambio, secuestró a Ker y lo trajo a los Estados Unidos.[39] Distinguimos entonces el caso Ker del de Rauscher, sobre la base de que Ker no había sido traído a los Estados Unidos en virtud del tratado de extradición entre Perú y los Estados Unidos, y rechazamos el argumento de Ker de que tenía derecho a ser devuelto a su

[38] El magistrado Gray, concurriendo, había apoyado la decisión sólo sobre la base de estos actos del Congreso. Rauscher. 119 US, 433. El magistrado presidente, Waite, disintió, concluyendo que el tratado no prohibía enjuiciar, con base en una actuación distinta de aquella respecto de la cual se había otorgado la extradición, y que los actos del Congreso no modificaban los "efectos del tratado". *Ibidem*, p. 436.

[39] A pesar de que la opinión no explica por qué razón el enviado no pudo presentar la orden de aprehensión a las autoridades competentes, los comentaristas han sugerido que la detención de Ker en la víspera de una revolución en Perú, enfrentó al enviado con la inexistencia de "autoridades competentes" a quienes presentar la orden de aprehensión. Véase Kester, "Some Myths of United States Extradition Law", 76 *Geo. LJ.*, 1441, 1451 (1988).

país sólo con fundamento en los términos de dicho tratado de extradición.[40] Esta Corte rechazó el argumento del debido proceso expuesto por Ker sobre una base amplia, manteniendo, de acuerdo con las "más altas autoridades" que "dicha sustracción forzosa no es razón suficiente para que la parte no responda de sus actos al ser traída ante la jurisdicción de la corte, misma que tiene el derecho de juzgarlo por sus delitos, no siendo dicha sustracción una objeción válida a su enjuiciamiento en dicha corte", Ker, *supra*, 444.

En Frisbie *vs.* Collins, 342, US 519, rehearing denied, 3443 US 937 (1952), esta Corte aplicó la regla de Ker a un caso en que el acusado había sido secuestrado en Chicago por oficiales de Michigan y llevado a juicio en ese estado. La Corte sostuvo la acusación a pesar de objeciones basadas en la cláusula del debido proceso y en la Ley Federal sobre Secuestros, y estableció:

> Esta Corte no se ha separado nunca de la regla establecida en (Ker) de que la facultad de una corte para juzgar a una persona por un delito no se ve afectada por el hecho de que haya sido traída ante la jurisdicción de la corte por medio de una "sustracción forzosa". Ninguna razón persuasiva ha sido formulada para justificar la modificación de esta línea de antecedentes. Éstos descansan en la firme base de que el debido proceso legal se satisface cuando quien ha sido presentado ante la corte, es acusado después de haber sido justamente informado de los cargos en su contra y haber recibido un juicio justo de acuerdo con las garantías procedimentales previstas en la Constitución. No

[40] En palabras del magistrado Miller, el "tratado no fue puesto en marcha, no se utilizó como fundamento, no fue la razón del arresto, y los hechos muestran que fue un caso claro de secuestro dentro de los dominios de Perú, sin ninguna intención de ejercer autoridad ni con base en el tratado, ni en la del gobierno de los Estados Unidos". Ker *vs.* Illinois, 119 US 430, p. 443 (1886). "Dos casos decididos durante la época de la Prohibición en este país, se han referido a detenciones consideradas como violatorias de un tratado celebrado entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, para auxiliar al primero, en la aplicación de sus leyes de prohibición, fuera de sus costas, *y* para permitir, a los barcos británicos de pasajeros, transportar licor mientras se encontraran en aguas territoriales de los Estados Unidos. 43 Stat. 1761 (1924). La historia de las negociaciones que condujeron al tratado está contenida en Cook *vs.* United States, 288 US 102, 111-118 (1931). En ese caso sostuvimos que la disposición del tratado sobre la detención de navíos británicos, operando más allá del límite de las tres millas, pretendía ser restrictiva, y que, por lo tanto, el licor incautado de un navío británico en violación del tratado, no podía constituir base para la detención [de una persona]". "En Ford *vs.* United States, 273 US 593 (1927) la discusión relativa a la jurisdicción personal se consideró como renunciada".

> hay nada en la Constitución que exija a una corte que permita a una persona culpable, y correctamente juzgada y sentenciada, escapar a la justicia solo porque fue traída a juicio contra su voluntad. Frisbie, *supra*, 522.[41]

Las únicas diferencias entre Ker y el presente caso son que Ker fue decidido sobre la premisa de que no existió la intervención gubernamental en la sustracción, 119 US, 443; y en que Perú, de donde Ker fue sustraído, no objetó su enjuiciamiento.[42] El acusado encuentra que estas diferencias son dispositivas, como lo encontró la Corte de Apelaciones en Verdugo, 939 F. 2d, 1346, señalando que éstas muestran que la acusación en su contra, como aquella en contra de Rauscher, violan los términos implícitos de un tratado de extradición válido. El gobierno, por otra parte, argumenta que Rauscher permanece como una "excepción" a la regla establecida en Ker sólo cuando se ha invocado un tratado de extradición, y que los términos del tratado establecen que su infracción limitara la jurisdicción de una corte. Escrito de los Estados Unidos (página 17). Por lo tanto, nuestra primera pregunta debe ser si la sustracción del acusado de México violó el tratado de extradición entre los Estados Unidos y México. Si concluimos que el tratado no prohíbe la sustracción del acusado, la regla prevista en Ker se aplica, y esta Corte no necesita preguntarse la forma en que el acusado fue traído ante ella.

Al interpretar un tratado, como al interpretar una ley, debemos atender primeramente a sus términos para determinar su significado. Air France *vs*. Saks, 470 US 392, 397 (1985); Valentine *vs*. United States ex rel. Neidecker, 299 US 5, 11 (1936). El Tratado no señala nada acerca de las obligaciones de los Estados Unidos y México para abstenerse de la sustracción forzosa de personas del territorio del otro Estado ni de las consecuencias si tal sustracción ocurriera. El acusado señala que el artículo 22(1) del Tratado, que establece que "se aplicara a los delitos especificados en el articulo 2 (incluido el homicidio) que hayan sido cometidos ya sea antes o despues de su entrada en vigor" 31 UST 5073-5074, evidencia el intento de hacer obligatoria la aplicación del tratado en relación

41 Hemos aplicado Ker a numerosos casos en que la presencia del acusado se obtuvo mediante una sustracción interestatal. Véase, por ejemplo Mahon *vs*. Justice, 127 US 700 (1888); Cook *vs*. Hart, 146 US 183 (1892): Pettibone *vs* Nichols, 203 US 192, 215-216.

42 Además, Ker no era nacional de Perú, mientras que el acusado es nacional del país del cual fue sustraído. El acusado considera que esta diferencia es irrelevante. Transcripción de los argumentos orales, 26.

con dichos delitos. Sin embargo, la conclusión más natural es que el artículo 22 fue incluido para asegurar que el Tratado fuera aplicado a las extradiciones solicitadas después de que el Tratado entrara en vigor, independientemente de cuando se hubiera cometido el delito.[43]

Más perjudicial al argumento del acusado es el artículo 9 del Tratado, que establece:

> 1. Ninguna de las dos Partes Contratantes estará obligada a entregar a sus nacionales, pero el Poder Ejecutivo de la parte requerida tendrá la facultad, si no se lo impiden sus leyes, de entregarlos si, a su entera discreción, lo estima procedente.
>
> 2. Si la extradición no es concedida en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, la parte requerida turnará el expediente a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando dicha parte tenga jurisdicción para perseguir el delito. *Ibidem*, 5065.

De acuerdo con el acusado, el artículo 9 comprende los términos de la negociación que los Estados Unidos realizaron: si los Estados Unidos desean enjuiciar a un nacional mexicano, pueden solicitar su extradición. A petición de los Estados Unidos, México puede extraditar al individuo o someter el caso a las autoridades competentes para su enjuiciamiento en México. De esta manera, razona el acusado, cada país preservó su derecho a elegir si sus nacionales serían juzgados en sus propios tribunales o por los tribunales del otro país. Esta preservación de derechos se vería frustrada si cada país fuera libre de sustraer nacionales del otro país con el propósito de enjuiciarlos. Más aún, razona el acusado, como lo hizo la Corte de Apelaciones, todos los procesos y restricciones sobre la obligación de extraditar establecidos por el Tratado no tendrían sentido si cada país fuera libre de acudir al secuestro forzoso para obtener la presencia en juicio de un individuo de forma no contemplada por el Tratado. Verdugo, *supra*, 1350.

Esta Corte no interpreta el Tratado en esa forma. El artículo 9 no pretende especificar la única manera en que un país puede obtener la custodia de un nacional del otro con la finalidad de enjuiciarlo. En ausencia de

[43] Esta interpretación es apoyada por el segundo párrafo del artículo 22, que establece: "Las solicitudes de extradición que se encuentren en trámite en la fecha en que entre en vigor este Tratado serán resueltas conforme a las disposiciones del Tratado de 22 de febrero de 1899...". Tratado de Extradición, 4 de mayo de 1978, (1979) Estados Unidos-Estados Unidos Mexicanos, 31 UST 5058, 5074, TIAS núm. 9656.

un tratado de extradición, los países no tienen ninguna obligación de entregar personas que se encuentren en su país a autoridades extranjeras para que los enjuicien. Rauscher, 119 U.S., 411-412; Factor *vs.* Laubenheimer, 290 U.S. 276, 287 (1933); *cf.* Valentine *vs.* United States ex. rel. Niedecker, *supra* 8-9 (los Estados Unidos no pueden extraditar a un ciudadano en ausencia de una ley o de un tratado). Los tratados de extradición existen a fin de imponer obligaciones mutuas de entrega de individuos en determinadas circunstancias y según procedimientos establecidos. Ver 1 J. Moore, *A Treatise on Extradition and Interstate Rendition, 72* (1891). El Tratado establece así un mecanismo que de otra manera no podría existir, que requiere, bajo ciertas circunstancias, que los Estados Unidos y México extraditen individuos al otro país, y que establece los procedimientos que deben seguirse cuando se invoca el tratado.

La historia de la negociación y la práctica basadas en el Tratado tampoco logra demostrar que las sustracciones realizadas fuera del marco del Tratado constituyen una violación al mismo. Como lo señala el procurador general, el gobierno mexicano fue advertido, ya en 1906, de la doctrina Ker y de la posición mantenida por los Estados Unidos respecto de las sustracciones forzosas hechas fuera de los términos del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México.[44] Sin embargo, la versión actual

[44] En correspondencia entre los Estados Unidos y México surgida del incidente "Martínez" en 1905, en el que un nacional mexicano fue sustraído de México y llevado a los Estados Unidos para ser procesado, el encargado de negocios mexicano escribió al secretario de Estado para protestar que, como el arresto de Martínez se hizo fuera del procedimiento establecido en el tratado de extradición, "la acción pendiente en su contra no puede descansar en ninguna fundamentación legal". Carta de Balvino Dávalos al secretario de Estado reproducida en *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, H. R. Doc. No. 1, 59th Cong., 2d Sess., parte 2, página 1121 (1906). El secretario de Estado respondió que la misma cuestión suscitada por el incidente Martínez había sido decidida en Ker, y que el remedio abierto al gobierno mexicano, es decir, una solicitud a los Estados Unidos para la extradición del secuestrador de Martínez, había sido concedida por los Estados Unidos. Carta de Robert Bacon al encargado de negocios mexicano, reproducida en *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, H. R. Doc. No. 1 59th Cong., 2d Sess. pt. 2, 1121-1122 (1906). "El acusado y la Corte de Apelaciones hacen hincapié en una declaración formulada en 1881 por el secretario de Estado James Blaine al gobernador de Texas señalando que el Tratado de Extradición en la forma que tenía en ese momento, no autorizaba sustracciones no consentidas desde territorio de México. Verdugo, 939 F. 2d, 1354; Documento del acusado, p. 14. Esto, sin embargo, equivoca el punto de discusión, pues el argumento del gobierno no es que el Tratado autorice la sustracción del acusado, sino que el Tratado no la prohíbe".

del Tratado, firmado en 1978, no intentó establecer una disposición que pudiera de alguna manera restringir el efecto de Ker.[45] Además, aun cuando desde 1935 un prominente grupo de académicos del derecho, patrocinados por la Harvard Law School, había considerado y elaborado una disposición que otorgaría a los individuos exactamente el derecho alegado por el acusado, tal cláusula no aparece en el Tratado actual.[46]

Así, el lenguaje del Tratado, en el contexto de sus antecedentes históricos, no da lugar a la proposición de que el mismo prohíba la sustracción, cuando ésta se comete fuera de lo previsto por dicho instrumento internacional. Por ello la pregunta, que resta por contestar, es si el Tratado debe ser interpretado de tal forma que implícitamente se entienda que prohíbe el enjuiciamiento del acusado, cuya presencia física se haya obtenido por medios distintos a los establecidos en el citado convenio. Véase Valentine, 299 U.S., 17 ("La pregunta, estrictamente, no es si ha existido una práctica uniforme en su interpretación que niegue la facultad, sino más bien, si dicha facultad ha sido tan claramente reconocida, que su otorgamiento se encuentra implícito").

El acusado sostiene que el Tratado tiene que ser interpretado de tal forma que se evite al máximo erosionar el derecho consuetudinario internacional y el derecho internacional, y que las sustracciones internacionales están "tan claramente prohibidas por el derecho internacional" que por ello no existió la necesidad de incluir una cláusula de esta naturaleza en dicho Tratado. (Exposición del acusado página 11). La censura internacional de las sustracciones internacionales queda además evidenciada, de acuerdo con el acusado, por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y por la Carta de la Organización de Estados americanos. *Ibid;* página 17. El acusado no arguye que estas fuentes del derecho internacional establezcan una base independiente para el derecho que afir-

[45] Las partes incluyeron expresamente la doctrina de la especialidad en el artículo 17 del Tratado, no obstante el reconocimiento judicial de la misma en Kauscher. 31 UST 5071-6072.

[46] En el artículo 16 del Proyecto de Convención sobre Jurisdicción Respecto al Crimen, el Comite[1] Asesor sobre Investigación en Derecho Internacional propuso: "En el ejercicio de jurisdicción, de conformidad con esta Convención, ningún Estado deberá perseguir o castigar a ninguna persona que haya sido llevada a su territorio, o puesta bajo su autoridad, por medios violatorios del derecho internacional, o de convenciones internacionales, sin haber obtenido primero el consentimiento del Estado o Estados cuyos derechos hayan sido violados por tales medidas. *Havard Research in International Law*, 29 *Am. J. Int'l.* LX42 (Supp. 1935)".

ma de no poder ser juzgado en los Estados Unidos, sino por el contrario, que las mismas apuntalan la interpretación del Tratado.

La Corte de Apelaciones consideró esencial, a efecto de que el acusado pudiera exigir un derecho derivado del tratado, que el gobierno afectado hubiera presentado una protesta. Verdugo, 939 F. 2d, 1357 ("en el caso del secuestro tiene que haber una protesta formal del gobierno ofendido"). El acusado acepta que el derecho ejercitado por el individuo se deriva de los derechos que tiene el país con base en el Tratado, ya que los países están autorizados, no obstante los términos de un tratado de extradición, a entregar voluntariamente a otro país a un individuo, bajo condiciones completamente distintas a las previstas en el mismo. Por ello, la protesta formal tiene por objeto asegurar que el país "ofendido" objetó realmente el secuestro y no ha contribuido en forma alguna a entregar al individuo para su enjuiciamiento. Así, el Tratado de Extradición únicamente prohíbe que la presencia física de una persona se obtenga por otros medios que no sean los establecidos en el mismo, cuando el país del cual fue sustraído formula una objeción.

Este argumento nos parece inconsistente con el resto de los alegatos del acusado. El Tratado de Extradición tiene fuerza de ley y si, como el acusado afirma, es de autoaplicación, parecería que una corte tiene la obligación de aplicarlo, sin importar el perjuicio que un país pudiera causar al otro en su implementación. En Rauscher, la Corte puntualizó que, en otros casos, Gran Bretaña había tomado la postura de que el Tratado Webster-Ashburton incluía la doctrina de especialidad, pero ninguna importancia se atribuyó a si Gran Bretaña había o no protestado por el enjuiciamiento de Rauscher por el delito de castigo cruel e inusual en contraposición con el de homicidio.

Mas fundamentalmente la dificultad en los argumentos del acusado basados en el derecho internacional, estriba en que no se refieren a la práctica de los Estados con relación a los tratados de extradición. En Rauscher consideramos implícita una disposición en virtud de la práctica de los Estados con relación a los tratados de extradición. En el caso que nos ocupa, el acusado estaría considerando implícitas determinadas condiciones en el Tratado de Extradición derivadas de la práctica de los Estados con relación al derecho internacional.[47] El acusado pretende que

[47] De igual forma, la Corte de Apelaciones en Verdugo razonó que las sustracciones internacionales violan el "propósito" del Tratado, y declaró que "los requisitos que impo-

nosotros determinemos que el Tratado prohíbe cualquier violación a los principios generales del derecho internacional y que ningún gobierno puede "ejercitar su poder policiaco en el territorio de otro Estado". (Exposición del acusado, página 16). Existen muchas acciones que pueden ser adoptadas por un Estado que violarían este principio, incluyendo el provocar una guerra, pero no se puede argumentar seriamente que una invasión de México a los Estados Unidos estaría violando los términos del Tratado de Extradición entre los dos países.[48]

En suma, inferir que este Tratado y su contenido prohíben cualquier tipo de acciones para lograr la presencia física de un individuo fuera de lo previsto por el mismo va más allá de los precedentes y prácticas establecidos. En Rauscher, la consideración de que una doctrina de especialidad se encuentra contenida implícitamente en el Tratado Webster-Ashburton, y que de acuerdo con sus disposiciones se requería la presentación de evidencia que estableciera la presunta responsabilidad del delito de extradición, antes de que la extradición fuera solicitada, fue un pequeño paso a tomar. Por contraste, considerar que este Tratado implícitamente prohíbe obtener la presencia de un individuo por medios ajenos a los procedi-

nen los tratados de extradición constituyen medios para salvaguardar la soberanía de las naciones signatarias, así como asegurar el trato justo a los individuos". 939 F. 2d, 1350. Creemos que el ambicioso propósito adscrito al Tratado por la Corte de Apelaciones impone una mayor carga sobre su lenguaje y sobre su historia, de la que puede lógicamente poseer. En un sentido amplio, la mayoría de los acuerdos intencionales tienen el propósito común de salvaguardar la soberanía de las naciones signatarias, toda vez que buscan fortalecer las relaciones pacíficas entre los Estados. Esto, sin embargo, no implica que la violación de algún principio de derecho internacional sea una violación a ese tratado en particular.

[48] En la misma categoría se encuentran los ejemplos citados por el acusado, en los cuales, después de una sustracción internacional, el país ofendido protestó por la sustracción, por lo que el país que la llevó a cabo devolvió al individuo a aquel país. Documento del acusado, página 18, citando, *inter alia*, 1 Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, secciones 5.4, páginas 235-237 (2d rev. ed. 1987). Éstos pueden mostrar la práctica de los Estados fundada en el derecho consuetudinario internacional, pero son de poca ayuda en la interpretación de los términos de un tratado de extradición o de la autoridad de una corte para juzgar con posterioridad a un individuo que fue sustraído en esa forma. Más adecuados, al punto para nuestros propósitos, son casos tales como The Ship Richmond, 9 Cranch 102 (1815), y The Merino, 9 Wheat. 391 (1824), que sostienen que la incautación de un navío en violación del derecho internacional no afecta la jurisdicción de una corte de los Estados Unidos para adjudicar derechos en conexión con el navío. Estos casos son discutidos y diferenciados en Cook *vs.* Unites States, 288 US, 122.

mientos establecidos en el Tratado, requiere de un gran salto inferencial, que solamente se sustenta en los principios más generales del derecho internacional. Los principios generales aducidos por el acusado simplemente no nos persuaden de que debamos suponer implícita, en el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México, una disposición que prohíba las sustracciones internacionales.

Podría ser cierto lo afirmado por el acusado y sus *amid* en el sentido de que el secuestro fue "escandaloso" (argumento oral, página 40), y que el mismo constituye una violación a los principios generales del derecho internacional. México ha protestado por la sustracción del acusado a través de notas diplomáticas (apéndice, pp. 33-38), y la decisión sobre si el acusado debería ser devuelto a México, como una materia al margen del Tratado, es una decisión que corresponde al Poder Ejecutivo.[49] No obstante, concluimos que la sustracción del acusado no fue violatoria del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos y México y, por lo tanto, la resolución dictada en el caso Ker *vs.* Illinois es aplicable al presente caso. El hecho de que el acusado haya sido secuestrado en forma violen-

[49] El gobierno mexicano ha solicitado también, al gobierno de los Estados Unidos la extradición, bajo el cargo de secuestro, de dos individuos sospechosos de haber secuestrado al acusado en México. Apéndice 39-55 "La ventaja del acercamiento diplomático a la solución de controversias entre dos Estados soberanos, en oposición a la acción unilateral por los tribunales de un país, es ilustrada por la historia de las negociaciones que condujeron al tratado analizado en Cook *vs.* United States, *supra*. Los Estados Unidos estaban interesados en poder registrar navíos británicos que se encontraran más allá del límite de tres millas, y que servían como naves de aprovisionamiento para embarcaciones de motor que llevaban, de ahí a los puertos, licores para su posterior distribución en violación de las leyes sobre la prohibición. Los Estados Unidos propusieron inicialmente que ambas naciones accedieran al registro de las naves de otro más allá de límite de tres millas: Gran Bretaña rechazó tal propuesta, toda vez que no tenía leyes sobre prohibición y, por lo tanto, ningún problema con los navíos de los Estados Unidos anclados más allá de sus aguas territoriales. Las partes parecían no ponerse de acuerdo; en consecuencia, esta Corte resolvió el caso Cunard Steamship Co. *vs.* Mellon, 262 US 100 (1923), sosteniendo que nuestras leyes sobre prohibición se aplicaban a los barcos mercantes extranjeros, tanto como a los nacionales, dentro de las aguas territoriales de los Estados Unidos y que, por lo tanto, el transporte de licor por embarcaciones extranjeras de pasajeros violaba esas leyes. Como consecuencia, se negoció exitosamente un tratado que daba a los Estados Unidos el derecho de incautación más allá del límite de tres millas (que era lo que deseaban), y dando a las embarcaciones británicas de pasajeros el derecho de introducir licor en las aguas de los Estados Unidos siempre y cuando esa mercancía estuviera sellada mientras se encontrara en esas aguas (que es lo que Gran Bretaña deseaba). Cook *vs.* United States, *supra*".

ta no impide su enjuiciamiento en una corte de los Estados Unidos por violaciones a las leyes penales de este país.

Por lo tanto, la resolución respectiva dictada por la Corte de Apelaciones queda sin efecto, y el presente caso se sujetará en lo sucesivo a lo dispuesto en esta resolución.

Así se ordenó.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

> Mientras que por una parte, según principios generalmente aceptados, un Estado no puede ampararse, en su *litis* con otro Estado, en las disposiciones de la Constitución de este último, sino solamente en el derecho internacional y en las obligaciones internacionales debidamente aceptadas, por otra parte, y a la inversa, un Estado no puede aducir su propia Constitución contra otro Estado con el propósito de eludir las obligaciones que le incumben según el derecho internacional o los tratados en "vigor".[1]

SUMARIO: I. *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).* II. *Importancia de la Convención de 1969.* III. *Elaboración de la Convención de Viena de 1969.* IV. *Codificación y desarrollo progresivo.* V. *Los tratados y los terceros Estados.* VI. *Interacción entre costumbre y tratado.* VII. *Tratados y acuerdos ejecutivos.* VIII. *Precisiones necesarias sobre las diversas categorías de los* Executive agreements. IX. *Supremacía constitucional.* X. *¿Legalización de los "acuerdos ejecutivos" en México?* XI. *Solución de controversias.* XII. *Significado de "organización internacional".* XIII. *Finalidad política de la "Ley Mexicana sobre Celebración de Tratados".* XIV. *Naturaleza jurídica de los "acuerdos interinstitucionales".* XV. *Validez internacional de los "acuerdos ejecutivos".* XVI. *Costumbre y reformas constitucionales.* XVII. *Conclusión.*

I. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS (1969)

La premisa básica de este primer apartado se basa en que la mayoría de las cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del Tratado de Li-

1 Cour Permanent de Justice International (CPJI), "Polish Nationals in Danzig", *Advisory Opinion No. 23*, Series A/B, núm. 44.

bre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá deberán ser despejadas a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

México firmó esta Convención el mismo día de su apertura a firma, esto es el 23 de mayo de 1969, y después de haber sido aprobado por el Senado de la República, fue ratificada el 25 de septiembre de 1974.

El gobierno de Canadá no firmó la Convención de Viena en el periodo señalado conforme a lo dispuesto por la misma, esto es, hasta el 30 de noviembre de 1969, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República de Austria, y después hasta el 30 de abril de 1970, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Sin embargo, ya sujeta a ratificación o adhesión esta Convención, el gobierno de Canadá depositó su instrumento de adhesión en poder del secretario general de las Naciones Unidas, conforme al artículo 83 de la misma, el día 14 de octubre de 1970.

Por lo que respecta a Estados Unidos de América, de conformidad con el artículo 81 de la Convención, este país firmó el mencionado Tratado el 24 de abril de 1970, pero sin que hasta la fecha (abril de 1992) haya depositado el instrumento respectivo de ratificación en poder del secretario general de las Naciones Unidas.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entró en vigor el 27 de enero de 1980, esto es, después del trigésimo día de haberse depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión. Este "Tratado de tratados" fue aprobado por 79 votos a favor, 19 abstenciones y el muy lamentable voto en contra por parte de Francia, en razón de las disposiciones relativas al *jus cogens*.[2]

Con ocasión del depósito del instrumento de adhesión por parte de Canadá, el ministro de Relaciones Exteriores de dicho país, formuló la siguiente declaración.

> La Convención constituye un *tratado de carácter legislativo que establece principios fundamentales* del derecho internacional contemporáneo. Dada

2 Ver *Traités Multilatéraux pour lesquels le Secrétaire Général exerce les fonctions de Dépositaire*, St/Leg/Serd. D/11, Nueva York, 1980, pp. 555-562. Cabe recordar que todo lo relativo a los acuerdos internacionales entre Estados y organizaciones internacionales sería codificado posteriormente por la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados o entre organizaciones internacionales", adoptada el 20 de marzo de 1986 por los Estados participantes en la Conferencia de Naciones Unidas convocada por la Resolución 39/86 del 13 de diciembre de 1984 de la Asamblea General. Ver también el texto de la Convención de 1986 en *Documents Juridiques Internationaux*, París, vol. 5, núm. 2, 1986, pp. 314-316.

> la importancia primordial de los tratados como fuente de obligaciones jurídico-internacionales vinculantes para los Estados, y en razón de la diversidad y del gran alcance del conjunto de tratados complementarios que regulan una gran parte de las transacciones entre los Estados, la presente Convención puede ser considerada en cierta forma como la *base constitucional de la comunidad internacional de los Estados*. No le cede en importancia más que a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.[3]

Hay que recordar que la Asamblea General de Naciones Unidas tras haber examinado el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la labor realizada en su decimoctavo periodo de sesiones[4] que contenía el texto definitivo de un proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, decidió por su Resolución 2166 (XXI), del 5 de diciembre de 1966, que debía convocarse a una conferencia internacional para que examinase el derecho de los tratados e incorporarse los resultados de su labor en una convención internacional.

El primer periodo de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se celebró en la ciudad de New Hofburg, Viena, del 26 de marzo al 24 de mayo de 1968. El segundo periodo de sesiones de la Conferencia tuvo lugar también en New Hofburg, del 9 de abril al 22 de mayo de 1969, fungiendo en ambos como presidente, el ilustre profesor Roberto Ago.

En el primer periodo de sesiones de la Conferencia estuvieron representados 103 Estados, y en el segundo 110; en ambos estuvieron presentes Canadá, Estados Unidos de América y México.[5]

II. Importancia de la Convención de 1969

La importancia fundamental de la Convención de Viena de 1969 radica en el hecho, por demás significativo, de que la mayoría de sus disposiciones codifican lo que hasta entonces era únicamente derecho consuetudinario.

3 Ver *Comuniqué de presse No. 18*. Délegation de Canada auprès des Nations Unies. 14 de octubre de 1970 (Las cursivas son mías).

4 *Asamblea General de las Naciones Unidas* (A) 6309, revisión 1 (Rev.) parte II.

5 Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*. Documentos oficiales de la Asamblea de las Naciones Unidas (Doc. of./A) Conferencia (Conf.) 39/11/addendum (Add.), Nueva York, Naciones Unidas, 1971.

Hasta la adopción de esta Convención, las reglas de derecho que se referían a los tratados internacionales estaban contenidas esencialmente dentro de la costumbre internacional.

Ya desde tiempo atrás se había visto la necesidad de codificar dichas reglas con objeto de poder sistematizarlas y conferirles también mayor certidumbre respecto a la norma consuetudinaria. Así, por ejemplo, el derecho de los tratados fue objeto de un estudio en el proyecto elaborado en 1935 por la Harvad Law Schooll. Pero ésta, como algunas otras, no eran sino intentos de codificación privada, sin valor alguno respecto a los Estados desde un punto de vista jurídico. La codificación oficial, en este terreno como en otros, debía presentarse con gran vigor y necesidad, dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas.

III. Elaboración de la Convención de Viena de 1969

La decisión de incluir el derecho de los tratados entre las materias que debían ser codificadas se tenía desde 1949, esto es, desde la primera sesión de la Comisión de Derecho Internacional, en donde se nombró como relator especial al conocido jurista británico James Brierly, después a sir Hersch Lauterpacht en 1952, y posteriormente a sir Gerald Fitzmaurice (1955) hasta que éste fue electo juez de la Corte Internacional de Justicia en el año de 1961; debiendo designarse así a un cuarto relator especial, sir Humphrey Waldock, otro eminente jurista británico.

El nombramiento de sir Humphrey Waldock, coincidió no únicamente con la decisión definitiva de preparar el texto de una convención sobre el derecho de los tratados, sino también con la voluntad y disponibilidad plena de la Comisión para la realización de esta tarea.

Los años que van de 1962 a 1966 puede decirse que fueron los decisivos, en virtud de que los tres primeros informes de Waldock delinearon la fisonomía del proyecto de Convención, en tanto que en los tres sucesivos se tomaron en cuenta todas y cada una de las observaciones formuladas por los gobiernos de los Estados, para corregir la redacción inicial.

En el curso de 227 sesiones, la Comisión discutió y elaboró un proyecto de 75 artículos, que se adoptó al término de la vigésima octava sesión (julio de 1966), para turnarlo después a la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la recomendación de promover una conferencia di-

plomática para el examen del proyecto, con el fin de concertar una convención en la materia.[6]

Uno de los internacionalistas más eminentes en esta materia, el profesor Paul Reuter, ha podido escribir que, como muchos de los instrumentos legales elaborados en la época contemporánea, la Convención de 1969 presenta dos aspectos en contraste: uno muy clásico y el otro innovador.

De entre los dos, dice Reuter, es muy probable que el aspecto clásico predomine sobre el segundo y en alto grado, en la medida que es el principio de la soberanía que permanece situado en el corazón mismo de la Convención, esto es, expresado en el caso concreto, en la fórmula de la voluntad del Estado.[7]

IV. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO

Hay que recordar que la labor de codificación del derecho internacional dentro del sistema de Naciones Unidas debe acompañarse siempre de un desarrollo progresivo del mismo[8] con el fin de evitar posibles vacíos jurídicos que puedan presentarse por problemas de reciente aparición.

Sin embargo, en la práctica, las dos tareas de codificación y desarrollo progresivo están a tal grado empalmadas entre sí, que la misma Comisión de Derecho Internacional ha debido renunciar a una nítida distinción de las mismas, ya que en definitiva toda codificación conlleva inevitablemente, por la precisión de términos y la coordinación de las disposiciones que emprenden, un mínimo de desarrollo progresivo del derecho.

Es por ello por lo que debe renunciarse a una visión simplista de una codificación que pudiera suprimir completamente el derecho consuetudinario anterior, pues en realidad lo que se constata es la existencia de relaciones complejas, entreveradas y ambiguas entre los tratados y la costumbre, en

6 Ver Rosenne, Shabtai, *The Law of treaties*, Nueva York, A. W. Sijthoff-Leiden, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1970, pp. 30-95; Elias, T. O., *The Modern Law of Treaties*, Nueva York, A. W. Sijthoff-Leiden, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 1974; Capotorti, Francesco, *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Padova-Cedam, 1969; Guardia y Delpech, Marcelo de la, *El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, 1970.

7 Reuter, Paul, *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, París, Libraire Armand Colin, 1970, p. 15. Por su parte, el juez T. O. Elias, otra autoridad en la materia, ha dicho a este propósito lo siguiente: "*All expressions of opinion in juristic writings or juricial decisions that are inconsistent with its provisions must be regarded as inadmisible, at least from the date of its coming into force*", *op. cit.*, p. 7.

8 Artículo 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

donde si bien es cierto que la codificación toma como base la costumbre anterior, sin embargo, no va a sustituir a ésta más que en forma parcial, y a la vez, factor muy importante, puede en forma recíproca constituir un punto de partida para la formación de una nueva norma consuetudinaria.[9]

V. Los tratados y los terceros Estados

La norma *pacta sunt servanda*, según la cual los tratados obligan a las partes y deben ser ejecutados de buena fe, es el principio fundamental del derecho de los tratados.[10]

Ahora bien, un tercer Estado es cualquier Estado que no sea parte en el tratado y parece ser unánime el reconocimiento de que, en principio, un tratado no crea ni obligaciones ni derechos para terceros Estados sin que medie su formal consentimiento.[11]

Esta norma parece tener su origen en el derecho romano, del que se extrajo en la forma de la conocida máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*: los acuerdos no imponen obligaciones ni confieren derechos a terceros.

Sin embargo, en derecho internacional, la justificación de esta norma no se apoya meramente en ese concepto general del derecho contractual, sino en la soberanía y la independencia de los Estados.

Los tribunales internacionales —como señaló la Comisión de Derecho Internacional— han sostenido con firmeza, que en principio los tratados, sean bilaterales o multilaterales, no imponen obligaciones a Estados que no son parte en ellos ni modifican en modo alguno sin su consentimiento sus derechos legítimos.

En el famoso caso de la *Isla de Palmas* (o Miangas) el juez Max Hüber, refiriéndose al supuesto reconocimiento de los títulos de España con respecto a la isla sobre la base de tratados celebrados por este país con otros Estados, sostuvo lo siguiente:

> Además, aparece evidente que los tratados concertados por España con terceras potencias, en los que reconocía su soberanía sobre las Filipinas, no

9 Ver Ago, Roberto, "La codification du droit international et les problémes de sa réalisation" en *Recueil d'études de droit international en hommage a Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Tribune de Genève, 1968, pp. 93-131.

10 Artículo 26, Convención de Viena (CV).

11 Artículo 34, CV.

> podían obligar a los Países Bajos [...] cualquiera que sea el verdadero significado de un tratado, no puede ser interpretado en el sentido de que dispone de los derechos de terceras potencias independientes.[12]

Así pues, los tratados concertados por España con otros Estados eran *res inter alios acta*, el asunto que por ley sólo concierne a otros; en tanto que tratados, no podían obligar en modo alguno a los Países Bajos.

Por otro lado en derecho internacional, y no obstante lo anterior, es ciertamente posible que un Estado quede obligado por una disposición contenida en un tratado en el cual no es parte en estricto sentido.

En esta hipótesis deben cumplirse dos condiciones para que un tercero pueda quedar obligado: las partes en el tratado han de haber tenido la intención de crear mediante esa disposición una obligación para ese tercer Estado, el tercer Estado ha de haber aceptado expresamente esa obligación.

Cuando se cumplen estas dos condiciones, en realidad hay un segundo *acuerdo colateral* entre las partes en el tratado por un lado, y el tercer Estado, por otro. La verdadera base jurídica de la obligación de este último no es el propio tratado sino el acuerdo colateral.[13]

No obstante, como lo señaló la Comisión en el proyecto de artículos, aun cuando la cuestión se enfoque de este modo, sigue habiendo en estos casos una disposición de un tratado concertado entre ciertos Estados que obliga directamente a otro Estado que no es ni llega a ser parte en el tratado.[14]

Otro mecanismo jurídico que puede verse en derecho internacional como una forma de flexibilizar el principio del efecto relativo de los tra-

12 Ver "Island of Palmas case". Parties: Netherlands *vs.* USA. Arbitrator: Max Hüber (Switzerland). Award: The Hague, April, 1928. en *Reports of International Arbitral Awards*. vol. II, pp. 850 y 842. Casi al final del laudo el árbitro dijo: "*...The inchoate title of the Netherlands could not have been modified by a teatry concluded between third Powers*", *idem*, p. 870, párrafo 3o.

13 Ver CPJI, asunto de las *Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex*, París, serie A/B, núm. 46, 7 de junio de 1932, Rec. p. 141.

14 Ver "Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados con sus comentarios", aprobado por la Comisión Internacional en su decimoctavo periodo de sesiones. en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ACDI)*, vol. II, 1966. Ver también el comentario al artículo 31 que sería después el artículo 35 de la Convención. Por lo que respecta a la "cláusula de la nación más favorecida", por lo cual un Estado "A" se obliga a conceder a un Estado "B", en cuyo favor se concertó, todas las ventajas que el Estado "A" pueda otorgar a un Estado "C" cualquiera, nosotros somos de la opinión que este tipo de cláusulas (GATT) *no constituye una verdadera excepción al principio del efecto relativo* de los tratados, sino que en realidad constituye una modalidad de aplicación de los tratados en el tiempo. Ver Cahier, Philippe, "Le problème des traités a l'égard des tiers", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974, vol. 143, p. 584.

tados, lo podemos encontrar a través de la ampliación o extensión por vía consuetudinaria de las reglas contenidas en un tratado. De esta suerte se pueden explicar ciertos fenómenos como el del reconocimiento general de ciertos *status* territoriales cuyo origen era meramente convencional o contractual.

Así podrían citarse casos como los de la neutralidad de Suiza, prevista por los tratados de Viena de 1815, o la situación particular de la Antártida, resultante del tratado de 1959. El artículo 38 de la Convención de Viena prevé esta extensión bajo *forma de excepción*, declarando que lo dispuesto en la Convención..., "no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocido como tal".

Sin embargo, es cierto que en muchos de estos casos que se citan no puede decirse con propiedad que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, señaló la CDI, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como normas obligatorias de derecho consuetudinario.[15]

VI. Interacción entre costumbre y tratado

Los dos principales procedimientos de creación de normas internacionales que son el tratado y la costumbre, son fuentes independientes pero situadas sobre un mismo plano jurídico, esto es, que un tratado puede abrogar o derogar una costumbre, y una costumbre a su vez puede abrogar o modificar una regla convencional. En aquellos casos en que una regla consuetudinaria llega a ser el objeto de una codificación, la regla en cuestión adquiere obviamente un doble valor en tanto que será convencional o contractual para los Estados que lleguen a ser parte en el tratado, pero subsistirá a la vez como regla consuetudinaria tanto en rela-

15 Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados*, A/Conf. 39/11/Add. 2, pp. 53 y 54. La Comisión no creyó que debía incluirse este proceso como un ejemplo de tratado que tiene efectos jurídicos para terceros Estados, al estimar que en estas hipótesis la fuente de la fuerza obligatoria de las normas era la costumbre y no el tratado. No obstante ello, y habida cuenta de la importancia de este proceso, se decidió incluir en el artículo 38 de la CV una reserva de carácter general para excluir cualquier interpretación en el sentido de que la CV rechazara la legitimidad del proceso concerniente a la intervención de la costumbre en la extensión de la aplicación de las normas convencionales más allá de los propios Estados contratantes, *loc. cit.*

ción con estos últimos, como con los Estados que no lleguen a ser partes del tratado.[16]

En ausencia de una regla consuetudinaria, una regla convencional que no vincula en cuanto tal más que a los Estados partes en el tratado, puede indiscutiblemente constituir un precedente para el nacimiento de una regla consuetudinaria.

En efecto, como cualquier otra práctica, la práctica convencional, señala el profesor Paul Reuter, puede conducir progresivamente a la conclusión de que una regla es necesaria y que, al insertarla en el conjunto de los tratados concluidos, los Estados expresan una convicción creciente de estar obligados por la misma: la inserción en el tratado de la disposición correspondiente adquiere un alcance tanto declarativo como constitutivo.[17]

En los casos relativos a la plataforma continental en Mar del Norte (RFA *vs.* Dinamarca y RFA *vs.* Países Bajos), la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar en un cierto momento, si una nueva regla consuetudinaria, poseyendo un idéntico contenido que el consagrado en el artículo de la Convención de Ginebra de 1958 (artículo 6o.), se había ya cristalizado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio según el cual una disposición contractual puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario:

> Al atribuir al artículo 6o. de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, habiendo servido de base o de punto de partida a una regla puramente convencional o contractual al origen, se había desde entonces integrado al *corpus* del derecho internacional general, y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio juris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido partes en la Convención. Ciertamente esta situación se encuentra dentro del terre-

16 El artículo 43 de la CV que se refiere a las obligaciones impuestas por el derecho internacional independiente de un tratado, dice a la letra: "La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado o cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de este tratado".

17 Ver Reuter, Paul, *Introduction au Droit des Traités*, 2 éme édition, revue et augmentée, Genève, Publications de l'Institut de Hautes Études Internationales, Presses Universitaries de France, 1985, pp. 94 y 95.

> no de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es incluso uno de los métodos reconocidos por los cuales nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.[18]

De acuerdo con este trascendente fallo de la Corte Internacional de Justicia, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el estatus de norma consuetudinaria se requerirá antes que nada que la disposición en cuestión posea: "un carácter fundamental normativo y pueda así constituir la base de una regla general de derecho". Una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados. Por último, que por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica,

> ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego.[19]

VII. Tratados y acuerdos ejecutivos

En materia de celebración de tratados, el régimen presidencial de Estados Unidos de América se caracteriza por la competencia del Ejecutivo con intervención obligatoria del Senado para conclusión de todos los tratados, de conformidad con el artículo 2o., sección 2, párrafo 2o. de la Constitución Federal de 1787: "El presidente tendrá el poder, con el consejo y consentimiento del Senado de concluir tratados, siempre y cuando éstos reúnan la mayoría de los dos tercios de los senadores presentes".[20]

18 "Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord". Arrêt du 20 février 1969, Cour International de Justice (CIJ), *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, p. 41, párrafo 71.

19 *Idem*, pp. 41-43, párrafos 72, 73 y 74. Para un lúcido análisis de aspectos fundamentales del fallo, ver el estudio de la profesora Krystina Marek, "Le problème des sources du droit international dans l'arrêt du plateau continental de la Mer du Nord", *Revue Belge du Droit International*, Bruxelles, Edit. Institut de Sociologie Bruxelles, 1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión "fondamentalement normatif", ciertamente desafortunada por su imprecisión, K. Marek señala que lo que probablemente quiso decir la Corte fue que una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario, *idem*, p. 58.

20 "*He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the senators present concurs*". *The Constitution of the United States*. Nueva York, Edit. Barnes and Noble Inc., 1960, p. 17, with notes by William R. Barnes.

Para la doctrina internacional más autorizada la intervención del Senado en el sistema constitucional norteamericano, va más allá de una simple aprobación. En Estados Unidos el *treaty-making-power* estaría en realidad dividido entre el Senado y el presidente, y se basa conjuntamente sobre dos órganos; de esta suerte intervendría como un verdadero componente del *treaty-making-power*, en la elaboración del contenido de los tratados, concurriendo sobre un mismo pie de igualdad con el presidente en la formación de la voluntad estatal.[21]

Sin embargo, la práctica general en lo referente a la *consulta* al Senado, como un punto previo a la negociación de un tratado, es algo que sin lugar a dudas cayó en desuso, nada menos que casi desde principios del siglo pasado.

De acuerdo al autorizado comentario del constitucionalista Bernard Schwartz y con base en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

> no existe un deber constitucional de hacer al Senado su consejero en el proceso de concertación de tratados [...], el poder constitucional del Senado de "aconsejar y consentir" es así, en realidad, sólo el poder de *consentir*. Constitucionalmente hablando, el senado posee únicamente un poder de veto en el proceso de concertación de tratados.[22]

No obstante lo anterior, y si bien la idea de los constituyentes estadounidenses fue la de dividir el campo de las relaciones exteriores entre el presidente y el Congreso, con el paso del tiempo, "el veredicto de la historia le ha dado al primero la parte del león".[23]

Es precisamente en el campo de la celebración de los acuerdos internacionales, que la autoridad del Ejecutivo se ha vuelto mucho mayor en la práctica que en lo consagrado en la Constitución.

21 Ver Rousseau, Charles, *Droit International Public*, París, Editions Sirey, 1970, vol. I, pp. 96 y 97. A este propósito Charles Rousseau se basa en la fórmula del secretario de Estado, Clay, para quien, el Senado debía considerársele como constituyendo en verdad: "*a component part of the teatry-making-power*".

22 Ver Schwartz, Bernard, *Los poderes de gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. del inglés de Julieta Campos. México, Facultad de Derecho, UNAM, 1966, vol. II, p. 144. De acuerdo con la cláusula de la supremacía (artículo 2o.) los tratados están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso, ambos son ley suprema de la Nación. Así y de conformidad con la Suprema Corte, un tratado puede abrogar o superar una ley anterior del Congreso, y una ley del Congreso puede igualmente superar o abrogar un tratado anterior, *idem*, pp. 150 y 151.

23 Corwin, citado por Bernard Schwartz en, *Le Droit aux Etats Unis, une creation permanente*, París, Editions Economica, 1979, p. 111.

La concertación de los famosos convenios ejecutivos (*executive agreements*) fue proliferando cada vez más en Estados Unidos, a partir sobre todo de la Segunda Guerra, celebrándose ya sea bajo la autoridad del Congreso, en ejecución de una ley o resolución del mismo, o bien aquellos convenios ejecutivos que son realizados sin que medie ningún tipo de autorización legislativa.

De entre los convenios ejecutivos celebrados por Estados Unidos con autorización legislativa, se suele encontrar una gran cantidad de ellos relativos a derechos de autor, marcas registradas, y acuerdos comerciales. Por lo que toca a los concertados sin autoridad legislativa, puede mencionarse, nada más para recordar los de una particular trascendencia, los acuerdos de Yalta; el armisticio que puso fin a la Primera Guerra Mundial, la rendición militar y el Protocolo de Berlín que concluyó la Segunda Guerra en Europa; la terminación del conflicto coreano, etcétera.[24]

La razón político-legislativa que está detrás de esta forma de concertación de acuerdos o convenios ejecutivos, que desde el punto de vista del derecho internacional están al mismo nivel que un tratado, ha sido puesta en relieve por el profesor Bernard Schwartz de la siguiente manera:

> Un convenio ejecutivo puede permitir al presidente dirigir la política exterior desembarazado del espectro que significa el *veto* del Senado; pero también le permite actuar libre del control legislativo. Y en esto, como en otros campos, el control legislativo es esencial, en nuestro sistema de frenos y equilibrios, para evitar aventuras demasiado audaces del Ejecutivo [...] Por lo que concierne a la Constitución, no hay nada que impida la realización de un convenio ejecutivo referente a cualquier asunto —prácticamente— que pueda ser objeto de negociaciones internacionales.[25]

Frente a esta proliferación de los *executive agreements* que no son sino acuerdos internacionales en forma simplificada —práctica absolutamente "legalizada" por la Suprema Corte (US *vs.* Belmont, 1937 y US *vs.* Pink, 1942)—, el Senado estadounidense emprendería diversos caminos para controlar la acción presidencial, acción que en realidad estaba privando a la Cámara Alta de sus facultades constitucionales en materia de tratados.

24 Ver Schwartz, Bernard, *op. cit.*, pp. 169-176.

25 *Idem*, p. 179. Según este autor, de acuerdo con las delegaciones de la autoridad para contraer convenios ejecutivos, éstos pueden concertarse de tal forma que pueden modificar la ley existente. "Sólo cuando el Presidente actúa sin autorización del Congreso, los convenios ejecutivos contraídos por él están absolutamente sujetos a las disposiciones de las leyes federales anteriores", *idem*, p. 185.

Así, a principios de la década de los cincuenta, el senador Bricker por una parte, y el senador Knowlanda por la otra, propusieron sin éxito, diferentes enmiendas constitucionales con objeto de someter los *executive agreements* del Ejecutivo a la aprobación del Senado.

Sin embargo, cuando en el año de 1972 se adoptó el *Case Act*,[26] el Congreso logró imponer una cierta forma de control parlamentario frente a la actividad presidencial en materia internacional, en aquellos casos en que el presidente pretendiera comprometer a Estados Unidos en alguna otra forma que no fuese la *vía del tratado* de acuerdo al artículo II.

Desde esa fecha, jurídicamente, el presidente está obligado a "notificar al Congreso para efectos de información, todos los *executive agreements* concluidos con terceros Estados.[27]

VIII. Precisiones necesarias sobre las diversas categorías de los *executive agreements*

Si hablamos de acuerdos ejecutivos dentro del sistema constitucional estadounidense, es necesario dejar bien esclarecido que la expresión de *executive agreements* es utilizada en por lo menos tres distintas direcciones, para denotar tres diversos procedimientos para su celebración:

1o. Acuerdos ejecutivos celebrados en cumplimiento o de conformidad con un tratado existente.

2o. Acuerdos ejecutivos que se celebran condicionados a la aprobación del Congreso, en ejecución de una ley o resolución del Congreso.

3o. Acuerdos ejecutivos celebrados en cumplimiento únicamente de las facultades constitucionales otorgadas al presidente de la República.[28]

A. Un acuerdo ejecutivo celebrado con base en un tratado, y siempre y cuando se realice dentro de los límites precisos del tratado, posee la

26 86 Stat. 619.

27 Ver Carreau, Dominique, "Le Président, le Congrês des Etats-Unis et le commerce international: L'exemple d'un conflit constitutionnel mal résolu", en Burdeau, Georges, *Mélanges*, París, LGDJ, 1977, pp. 497 y ss. Ver Mullen, F. William, *Presidential Power and Politics*, Nueva York, Edit. S. T. Martin Press, 1976. "*The virtually imperial manner in wich presidents since Truman have conducted foreign policy, however, has leed to several attempts to assure congressional (and especially senatorial) participation in the framing of that policy*", *idem*, p. 245.

28 Ver Covey, Oliver T., "Editorial Comment", *American Journal of International Law* (AJIL), Washington, D.C., vol. 55, pp. 437-440. Es claro que ninguno de estos acuerdos ejecutivos está sujeto al proceso formal de celebración de tratados que especifica al artículo 2o., sección 2, cláusula 2a., de la Constitución estadounidense.

misma validez y efecto que el tratado en sí, y está sujeto a las mismas limitaciones constitucionales.

Derivando uno de sus elementos de la supremacía constitucional, el acuerdo ejecutivo prevalecerá sobre toda ley estatal que sea inconsistente con el mismo, y se conforma a la regla consuetudinaria que favorece al instrumento que se ha celebrado posteriormente en tiempo, en caso de que sea inconsistente frente a una ley federal.

Un ejemplo de este tipo de acuerdos ejecutivos lo encontramos en los innumerables acuerdos que celebra Estados Unidos para complementar derechos y obligaciones dentro del marco de la Organización del Tratado del Atlántico del Norte (OTAN).[29]

B. Un acuerdo ejecutivo congresional (*congressional executive agreement*), se basa en un previo o subsecuente acto del Congreso por el que se autoriza ya sea la conclusión de un acuerdo, o bien otorgando una facultad general para la acción ejecutiva requerida internacionalmente para instrumentar la legislación en cuestión.

En principio, el acuerdo debe estar basado dentro del marco de los poderes conjuntos conferidos al Congreso y al presidente para poseer una validez constitucional.

La mayoría de los acuerdos ejecutivos celebrados por Estados Unidos caen dentro de esta categoría y, como su contraparte anterior, un *congressional executive agreement* sobresee toda ley estatal que no sea concordante; igualmente, se rige por la norma consuetudinaria que favorece el instrumento celebrado con posterioridad, en caso de una incongruencia con una ley federal.[30]

C. Los acuerdos ejecutivos celebrados únicamente bajo la autoridad constitucional conferida al presidente (*sole executive agreements*), son aquellos realizados sin referencia alguna a un tratado o autoridad estatutaria, esto es, concertados exclusivamente sobre la base de los poderes constitucionales conferidos al presidente como jefe del Ejecutivo y comandante en jefe (*Commander in Chief*) responsable de las relaciones exteriores y asuntos militares de Estados Unidos.

29 Ver Mullen, F. Williams, *Presidential Power and Politics*, Nueva York, St. Martin Press, 1976, pp. 245-249, y Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the Constitution*, Nueva York, Mineola Foundation Press, 1972, pp. 173-188.

30 Ver Henkin, Louis, *op. cit.*, pp. 173-188. Es interesante hacer notar que el *American Law Institute* ha opinado que la fuente de autoridad para celebrar un "acuerdo congresional-ejecutivo" puede ir incluso más allá que la que se derivaría de la mera suma de facultades respectivas entre el Congreso y el presidente. Citado por Henkin, p. 177.

Dentro de esta categoría de acuerdos siguen existiendo algunas cuestiones en torno a las cuales no parece que haya todavía una respuesta categórica, ni unanimidad de opinión al respecto.

Así, por ejemplo, sigue debatiéndose si el Congreso puede legislar para prohibir o limitar la celebración de este tipo de acuerdos ejecutivos. De esta suerte, se sigue cuestionando la *War Powers Resolution de 1973*, por la cual se requiere autorización del Congreso para el envío de fuerzas armadas en situaciones bélicas. La validez de estas restricciones no han sido plenamente resueltas por la Suprema Corte y los presidentes siguen cuestionándolas. Igualmente no parece del todo claro si el presidente por sí mismo pudiera celebrar un acuerdo que no estuviese de conformidad con una ley del Congreso, o también si un sole *executive agreement* pudiera sobreseer una legislación congresional anterior que no estuviese de conformidad con el acuerdo ejecutivo.

En este punto no parece hasta ahora que la Suprema Corte haya dirimido la controversia, pero en la importante *Causa United States* vs. *Guy W. Capps, Inc.*,[31] se asentó que, a diferencia de un tratado, un acuerdo ejecutivo celebrado por la autoridad única del presidente, no podía contravenir las disposiciones de una ley federal anterior.

Este no sería evidentemente el caso, cuando un acuerdo ejecutivo se concertara de conformidad con una autorización del Congreso, pues aquí el objetivo de la delegación de funciones es el permitir al presidente que pueda alterar incluso derechos ya establecidos, como ocurrió con la Ley de Expansión Comercial de 1962, respecto a la Ley Aduanal vigente de aquellos momentos.[32]

IX. Supremacía constitucional

El artículo 133 de nuestra Constitución establece la llamada supremacía constitucional y una escala jerárquica de las diversas disposiciones que deban regir en el país.

31 Cuarto Circuito, 1953.

32 Ver Pritchett C., Herman. *The American Constitution*. Nueva York, Mc Graw-Hill Book Company, Inc., 1959. pp. 327-343. Es interesante hacer notar que hay ocasiones en que no se sabe a ciencia cierta si un determinado acuerdo ejecutivo se celebró de conformidad con una delegación del Congreso o bajo la autoridad exclusiva del presidente como ocurrió con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el cual además no fue nunca puesto a consideración del Congreso. En este sentido se expresó el profesor Dale Beck Furnish, en su conferencia sobre "Acuerdos bilaterales y multilaterales en el derecho interno norteamericano" dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en 1991. Mimeografiada.

De acuerdo con este precepto, los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, en los términos del artículo 76, fracción I, y 89, fracción X, "serán la Ley Suprema de toda la Unión".

Las leyes emanadas del Congreso de la Unión son fundamentalmente las leyes federales. El último párrafo del 133, que dispone que los jueces de cada estado se conformarán a la Constitución, leyes y tratados, consigna el principio de la supremacía del derecho federal sobre el derecho local.[33]

Para Jorge Carpizo, la Constitución se encuentra en el grado más alto de la pirámide jurídica; en un segundo grado las leyes constitucionales y los tratados, y en un tercero coexistirían el derecho federal y el derecho local pues, a diferencia de Estados Unidos de América, en México el problema sería de *competencia* y no de supremacía de la legislación federal sobre la local.[34]

El precepto de la supremacía constitucional que incluye a los tratados dentro de la Ley Suprema de la Nación, es idéntico en forma y fondo al artículo VI de la Constitución de Norteamérica y a los artículos 126 y 133, respectivamente, de las constituciones mexicanas de 1857 y 1917, esta última en su texto anterior a la reforma de 1934.[35]

En efecto, en 1933 se reformó el precepto que comentamos, agregando a su texto tradicional, el de que los tratados deben de estar de acuerdo con la Constitución. Con justa razón, don Antonio Carrillo Flores sostuvo que este agregado[36] era "en verdad innecesario", pues obviamente el presidente de la República, ni aun con la aprobación del Senado podía modificar la Constitución; que a ello equivaldría concertar un tratado que la contrariase".[37]

Lo mismo han opinado constitucionalistas de la talla de los doctores Antonio Martínez Báez y Jorge Carpizo, para los cuales: "Más valdría que se hubiera dejado el artículo 133 como estaba que hacerle una modificación innecesaria, excesiva y peligrosa".[38]

33 Ver Schmill Ordónez, Ulises. *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971, pp. 514-525.

34 Ver Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, pp. 3-33.

35 Ver Martínez Báez, Antonio, "La Constitución y los tratados internacionales", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. VIII, núm. 30, 1946, pp. 167-181.

36 Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1931.

37 Ver Carrillo Flores, Antonio, *Jornadas en homenaje a la Constitución Mexicana de 1917 en su sexagésimo aniversario*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977, p. 28.

38 Martínez Báez, Antonio, *op. cit.*, p. 179.

"La reforma precisó algo que ya se encontraba en el artículo y para la interpretación del mismo no era necesario esta reforma".[39]

X. ¿LEGALIZACIÓN DE LOS "ACUERDOS EJECUTIVOS" EN MÉXICO?

En la Ley mexicana sobre la Celebración de Tratados del 2 de enero de 1992, se consagra una figura denominada *acuerdo interinstitucional*, no contemplada así por la Convención de Viena de 1969, que se define como un convenio regido por el derecho internacional público, celebrado entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, que no necesariamente derivase de un tratado previamente aprobado (artículo 2o.).

Esta figura de la reciente Ley la encontramos muy discutible por varios aspectos, pero antes que nada porque nuestra Constitución Política sostiene expresamente que: "dos estados no pueden, en ningún caso: I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro estado ni con las potencias extranjeras (artículo 117)".

El punto aquí, no es de cuestión semántica sino de fondo, pues como ha dicho don Antonio Martínez Báez:

"Este artículo es muy importante, puesto que al prohibir en lo absoluto toda actividad internacional a los estados miembros de la Federación, hace radicar exclusivamente en los órganos federales la facultad de actuar en los actos de la vida exterior".[40]

Pero además de ello, tenemos que preguntarnos, si de lo que se trataría aquí es de querer *legalizar* ciertas prácticas viciosas como la famosa práctica de los acuerdos ejecutivos, que permiten al presidente tranquilamente desembarazarse del espectro que significaría un posible veto del Senado, o sencillamente actuar libremente de todo control legislativo.

La Constitución Política de México ha sido clasificada por los constitucionalistas como rígida y estricta, por lo cual con la práctica del Ejecutivo de no someter al Senado los acuerdos internacionales, no puede de ninguna manera modificar los artículos 76, fracción I, y 89, fracción X. Esto quiere decir que sólo sería procedente si se enmendara la Constitución mediante el procedimiento de reformas marcado en su artículo 135,

39 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 117.
40 Martínez Báez, Antonio, *op. cit.*, p. 177.

esto es, por un voto de las dos terceras partes del Congreso de la Unión, con aprobación de la mayoría de las cámaras legislativas de los estados.[41]

XI. Solución de controversias

En cuanto a los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que hacen referencia los artículos 8o., 9o., 10 y 11 de la Ley mexicana sobre Celebración de Tratados, cabría preguntarse si están en total conformidad con la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Naciones Unidas, y con la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de Montevideo, en cuyo caso se trataría de una mera *reiteración*; o bien existen ciertas discrepancias, y entonces surgirán varios problemas en tanto que México es signatario de ambas convenciones internacionales.[42]

XII. Significado de "organización internacional"

Otro punto que llama la atención, es la fracción VIII del artículo 2o. de la Ley mexicana sobre Celebración de Tratados, en donde se dice que se

41 Ver Bernal. Carlos, "Los Convenios Ejecutivos ante el Derecho Constitucional e Internacional", *Jurídica*, México, núm. 12, 1980, pp. 33-69.

42 Artículo 8o. Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado, la Federación o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá: I. Otorgar a los mexicanos y extranjeros, que sean parte en la controversia, el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional; II. Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y III. Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.

Artículo 9o. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8o., cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación.

Artículo 10. De conformidad con los tratados aplicables, el Presidente de la República nombrará, en los casos en que la Federación sea parte en los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a los que se refiere el artículo 8o., a quienes participen como árbitros, comisionados o expertos en los órganos de decisiones de dichos mecanismos.

Artículo 11. Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrá eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de naciones que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

entenderá por *organización internacional* a "la persona jurídica creada de conformidad con el derecho internacional público".

El término organización internacional es utilizado generalmente para describir una organización establecida mediante acuerdo entre dos o más Estados o, como sencilla y llanamente dice la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, de 1986, por organización internacional se entiende una organización intergubernamental: "Esto es, una entidad constituida por la voluntad común de los Estados, dotada de órganos propios para llevar a cabo funciones de tipo internacional que le son conferidas por su *acta constitutiva*".

Decir que una organización internacional es una persona jurídica creada de conformidad con el derecho internacional público, puede ser cierto y evidente, pero también puede serlo cualquier otro sujeto internacional; no hay, a mi parecer, una diferencia específica que permita su delimitación en una categoría distinta.

XIII. Finalidad política de la "Ley Mexicana sobre Celebración de Tratados"

Por otro lado, en la Exposición de Motivos de la Ley se dice que la misma

"...busca precisar la obligación de coordinar las acciones de las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, con la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la celebración tanto de tratados como de acuerdos interinstitucionales".

Pero si éste es su objetivo principal, entonces para qué nos sirve la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que en forma expresa y con base en el artículo 28, fracción I, estipula que la Secretaría de Relaciones Exteriores le corresponde el despacho de asuntos tales como el de:

> Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la administración pública federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual *intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.*[43]

43 Las cursivas son mías.

No cabe duda que se trata aquí de una mera reiteración, ¿y una reiteración para qué? ¿con qué objeto? Probablemente la respuesta está a nivel político y no jurídico, esto es, tratar de recordar, enfatizar y puntualizar a través de un nuevo instrumento legislativo, que la Secretaría de Relaciones Exteriores debe intervenir en las negociaciones de todos los compromisos internacionales, entiéndase por ejemplo en las negociaciones de los tratados de libre comercio.

XIV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS "ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES"

¿Qué vienen a ser, desde un punto de vista jurídico, estos acuerdos interinstitucionales, a los que ya aludíamos anteriormente?

Para comenzar, hay que decir que al margen de la Constitución, México ha venido celebrando en forma cada vez más creciente, este tipo de acuerdos sobre las más diversas y heterogéneas materias, a través principalmente de las secretarías de Estado; destacándose por su número: la Secretaría de Hacienda, la ex Secretaría de Programación y Presupuesto, la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, la Secretaría de Comercio, la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de la República.[44]

La Exposición de Motivos de la Ley, nos dice que:

> Un acuerdo interinstitucional obliga a las partes firmantes según el derecho internacional público, pero, a diferencia de los tratados, no requieren ser sometidos a la aprobación del Senado, pues no son Ley Suprema de la Nación y, en contraste con los contratos internacionales privados, no son regulados por reglas del derecho internacional privado.

En México, como en Estados Unidos, la concepción ha sido siempre la de que el poder en las relaciones con el exterior reside en el Ejecutivo y el *contrapeso* es tarea del Legislativo; no obstante es el poder en el campo de las relaciones exteriores lo que se ha venido incrementando y es el *control* lo que se ha venido mermando.

44 Cabe señalar que la Secretaría de la Defensa Nacional y la de Marina no han suscrito este tipo de "acuerdos" o al menos no se tiene registro oficial de los mismos. Ver *Relación de tratados en vigor*, parte IX, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1991, pp. 217-253.

El presidente de México, como el presidente de Estados Unidos, tiene el monopolio constitucional en las relaciones con otros gobiernos, tiene el monopolio de la negociación y concertación de tratados, del llamado *treaty-making-power*.

El Congreso mexicano, como el Congreso norteamericano, "no puede dar por terminado un tratado como obligación internacional; pero puede, mediante una legislación posterior incompatible con el tratado, anular sus disposiciones por lo que se refiere a su efecto en nuestro derecho interno".[45]

En México, desde el año de 1836 (con la celebración del Tratado de Paz y Amistad con España) y en Estados Unidos, desde el año de 1817, se han celebrado por parte del presidente de la República un sinnúmero de convenios o acuerdos ejecutivos.[46]

XV. VALIDEZ INTERNACIONAL DE LOS "ACUERDOS EJECUTIVOS"

Cualquier acuerdo regido por el derecho internacional público, que se celebre con otro Estado soberano, debe considerarse como una obligación internacional asumida por México, o por Estados Unidos como nación. Los efectos internacionales de un convenio o acuerdo ejecutivo están en el mismo plano que un tratado; para el derecho internacional, la distinción es absolutamente irrelevante. Probablemente para efectos de derecho interno, ciertos acuerdos ejecutivos no pueden alterar, en Estados Unidos de América, el derecho existente, en tanto que un tratado se convierte en ley suprema de la nación y tiene precedencia sobre cualquier ley anterior.[47]

En la muy importante *Causa de United States* vs. *Belmont* (1937), a la que nos referimos anteriormente, la Suprema Corte de Estados Unidos, sostuvo sin cortapisas que un convenio ejecutivo celebrado por el presidente, por su propia autoridad, tiene el mismo efecto que un tratado respecto de la ley estatal.

Ahora bien, no debemos olvidar que un convenio ejecutivo concertado por la autoridad única del presidente, a diferencia del tratado, no puede contravenir las disposiciones de una ley federal anterior; fue lo que se

45 Schwartz, Bernard, "Los poderes del Presidente", *op. cit.*, p. 159.
46 Ver Bernal, Carlos, *op. cit.*, p. 47.
47 Ver Hackworth, *Digest of International Law*, p. 426 y Schwartz, B., *op. cit.*, pp. 179 y 180.

sostuvo en la *Causa United* vs. *Guy Ine* (1953). Sin embargo un convenio ejecutivo, contraído de acuerdo con una delegación del Congreso, que prevea específicamente una modificación de la ley existente, puede decirse que tiene virtualmente el mismo efecto legal en derecho interno, que el que posee un tratado.[48]

Aceptar la opinión (la opinión del presidente Eisenhower y su secretario de Estado en 1960) de que un convenio ejecutivo puede ser legalmente obligatorio, sólo mientras que el presidente que lo celebró está en la Casa Blanca, sería volver a una concepción que hace de los acuerdos internacionales sólo compromisos personales de los jefes de Estado, actuando a nivel particular.

> Este concepto no sólo es una regresión a la teoría monárquica, absolutamente fuera de lugar en una República moderna. Es también incompatible con la Constitución, tal y como la interpreta la Suprema Corte. Si las causas de *Belmont* y *Pink* significan algo, es que un convenio ejecutivo es más que el simple compromiso personal del presidente que lo contrajo...[49]

La peregrina idea de que un convenio ejecutivo no puede obligar legalmente a Estados Unidos más allá del presidente que lo concertó no tiene base constitucional ni legal de ninguna clase.

XVI. Costumbre y reformas constitucionales

Ahora bien, podría tal vez pensarse que la viciosa práctica en México de celebrar una gran cantidad de compromisos internacionales por parte del Ejecutivo, sin que intervenga una autorización previa o una aprobación posterior por parte del Poder Legislativo, ha generado gradualmente una *costumbre constitucional* de forma tal que los acuerdos ejecutivos serían compromisos legalmente contraídos de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y nos guste o no nos guste, esto no puede ser verdad dentro de nuestro sistema normativo, pues como ha sostenido Jorge Carpizo:

48 Schwart, B., *op. cit.*, pp. 184 y 185.
49 *Idem*, pp. 186 y 187.

> ... una costumbre constitucional (en México) no puede derogar un precepto de la Constitución o una tesis jurisprudencial por dos razones: la primera, que es la importante, la norma constitucional sólo puede ser alterada o abrogada a través del procedimiento que la propia ley fundamental señala para su reforma. Este principio se deriva del artículo 135 constitucional, y del aspecto rígido y formal de la propia Constitución... La segunda razón se encuentra en que incluso en el derecho privado mexicano no existe la costumbre derogatoria. Así, el Código Civil, en su artículo 10, establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.[50]

De acuerdo con esto, no creo que pueda haber alguna duda respecto al papel que juega en este campo la costumbre en el derecho mexicano, a la inversa de lo que sucede en el derecho estadounidense, en donde, como se sabe, esta fuente desempeña un papel más que preponderante y en donde la mayoría de los cambios a la Constitución se llevan al cabo a través de la intepretación judicial.[51]

Así las cosas, no nos queda sino preguntarnos una vez más, y sin encontrar respuesta satisfactoria, por qué razón el Legislador tuvo la ocurrencia de consagrar en una ley reglamentaria, los famosos acuerdos interinstitucionales, que no son sino acuerdos ejecutivos o llamados también acuerdos en forma simplificada.

Lo grave es que con ello se está tratando de convalidar algo que por su propia naturaleza está viciado de origen, ya que no puede ser convalidado por una ley secundaria, una figura jurídica que no es contemplada en forma alguna dentro del marco de nuestra Constitución Política. ¿Por qué no haber pensado en reformar la carta magna a través de su procedimiento prescrito? Nuestra Constitución es rígida y escrita, pero llevamos alrededor de 375 reformas a la misma, con una facilidad y destreza, amén de prontitud y celeridad, que hace la envidia de muchos países latinoame-

50 Carpizo, Jorge, "Costumbre constitucional" (voz), *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. II, p. 350; igualmente ver Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM-Coordinación de Humanidades, 1969, pp. 336 y 337.

51 Ver Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., pról. de Salvador Urbina, México, Porrúa, 1982. Consúltese en especial pp. 518-582. "...El fundamento y validez de ese derecho radica ante todo en la jurisprudencia de los tribunales [...] la autoridad y la validez la constituyen los principios y la doctrina sentados por los tribunales en su jurisprudencia [...] El *common law* o derecho angloamericano es, pues, un derecho elaborado por los jueces, y de ahí que en Inglaterra y en Estados Unidos se le llame *judge-made-law*...", *idem*, p. 30.

ricanos; la aparente rigidez se ha mitigado a tal grado que se ha convertido en arcilla moldeable al capricho de la época y circunstancia.[52]

XVII. Conclusión

Toda manifestación de voluntades concordantes imputable a dos o más sujetos de derecho internacional y destinada a generar efectos jurídicos según las reglas del derecho internacional, debe considerarse como un tratado internacional, sea cual fuere su denominación particular. El término *tratado* se utiliza técnicamente en un sentido genérico y abarca todo ese microcosmos lingüístico que va desde "convenciones", "pactos", "protocolos", hasta "estatutos", "acuerdos", "actas", "canje de notas", etcétera.

Todo Estado queda obligado a respetar de buena fe, no sólo la letra sino también el espíritu del tratado internacional del cual es parte contratante. El incumplimiento o inejecución de cualquiera de las obligaciones insertas en el tratado es susceptible de ser sancionado por el derecho internacional a través del mecanismo de la responsabilidad internacional.

En casi toda obra de codificación pueden reconocerse disposiciones que constituyen simplemente una mera transcripción del derecho consuetudinario general. En esta hipótesis no será la norma convencional sino la norma consuetudinaria (aunque ya codificada) la que continuará siendo aplicable a la generalidad de los Estados. Pero esta última podrá ser conocida con mayor precisión por medio de su trascripción misma en la Convención.

Naturalmente, en caso necesario deberá probarse que efectivamente existe una correspondencia entre norma consuetudinaria y norma codificada.

De igual manera pueden existir disposiciones realmente innovadoras dentro de las convenciones de codificación, y en estos casos no puede excluirse el hecho de que un nuevo derecho consuetudinario general pueda ir generándose paulatinamente, a través de la práctica internacional subsecuente.

52 Ver Carpizo, Jorge, "Las reformas constitucionales en México". *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 303-310; "La realidad es dinámica y se modifica de acuerdo con las necesidades y las aspiraciones de un pueblo. La Constitución escrita debe irse reformando en corcondancia con los cambios de esa realidad", *idem*, p. 303.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS EN DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969*. II. *El contexto del tratado y autoridad de preámbulo*. III. Exceptio non adimpleti contractus. IV. *Violación grave y derecho de denuncia de un tratado*. V. *Crítica al procedimiento de la Convención de 1969*.

I. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece, en su artículo 31, la regla general de interpretación de los tratados: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (artículo 31, párrafo 1o.).

Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

c) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes (artículo 31, párrafo 3°). Se dará un término en sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes (artículo 31, párrafo 4°).[1]

Esta Convención acepta que se puede acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido, cuando la in-

1 Ver *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Documento A/Conf. 39/271.

terpretación dada de acuerdo con la regla general (artículo 31), deje ambiguo u obscuro el sentido, o cuando conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (artículo 32).

La Comisión de Derecho Internacional se limitó a tratar de aislar y codificar las reglas que parecen constituir el fundamento general de la interpretación de los tratados.

La Convención de Viena de 1969 se basa en la tesis de que ha de presumirse que el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes, y que, por consiguiente, el punto de partida de la interpretación está en elucidar el sentido del texto, y no en investigar *ab initio* la intención de las partes.

De esta suerte, la Comisión asentó en su comentario al proyecto de artículos:

"[...] cuando un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación".[2]

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia avala expresamente lo asentado por la Convención de Viena. En su opinión consultiva sobre la *Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas*, la Corte expresó la regla básica de interpretación:

> La primera obligación de un tribunal al que incumba interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es tratar de darles efecto conforme a su sentido natural y corriente en el contexto en que aparecen. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto no hay que investigar más. Por el contrario, si las palabras, cuando se les atribuye su significación natural y ordinario, son equívocas o conducen a resultados irracionales, es entonces —solamente entonces— cuando la Corte debe buscar, a través de otros métodos, lo que en realidad las partes tenían en mente cuando se sirvieron de la terminología consagrada en el tratado (40).

Igualmente, el anterior Tribunal, esto es, la Corte Permanente de Justicia, en el Caso del *Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental*, sostuvo:

2 *Proyecto de artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional*, A/Conf. 39/12/Add 2. p. 41, párrafo 6o.

> El sentido geográfico del término "Groenlandia", es decir, la denominación que se emplea normalmente en los mapas para indicar la isla entera, debe considerarse como la acepción corriente del término. Si una de las Partes alega que debe atribuírsele un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa Parte demostrar la validez de su afirmación.[3]

Una de las más grandes autoridades en derecho de los tratados, el profesor Paul Reuter, escribió, que *la sumisión al texto* es, en derecho internacional, la regla cardinal de toda interpretación; ésta consiste en buscar y encontrar la voluntad de las partes a partir de un texto. En presencia de un texto escrito, se ha pasado por una operación bien precisa de una voluntad a un texto. La interpretación será entonces la operación inversa por la cual se regresa del texto a la voluntad que la hizo nacer.

En derecho internacional, la sumisión del intérprete a la *expresión* de la voluntad de las partes, obliga a definir claramente, dónde y cómo se encuentra expresada esta voluntad y otorga una prioridad a la expresión la más directa de esta misma voluntad.[4]

II. El contexto del tratado y autoridad de preámbulo

El "contexto" del tratado estará constituido por el conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto en discusión se encuentra en una relación de dependencia lógica.

Por ello, dice Charles de Visscher, "el contexto" posee una variable amplitud. Puede ser que se vea reducido a las otras disposiciones de un mismo artículo; o bien puede extenderse a otras partes o secciones del tratado, al mismo convenio considerado en su conjunto, o incluso extenderse a otros tratados con los cuales tenga una correlación lógicamente necesaria.

De aquí que el primer punto que se presenta es la interpretación a través de su "contexto", esto es, saber cuáles son en realidad las disposiciones que conviene apreciar como integrando un solo todo, a la vez individualizado e indisoluble. Y cuáles son, por el contrario, aquellas dis-

3 Ver *Cour Permanente de Justice Internationale*, series A/B. núm. 53, sentencia del año de 1933, p. 49.

4 Ver Reuter, Paul, *Introduction an droit des traités*, Genève/París, Presses Universitaires de France, Publication de l'Institut de Hautes Études Internationales, 1985, pp. 103-105.

posiciones que, por su objeto, son independientes y que, desde el punto de vista interpretativo, forman otras tantas unidades distintas.[5]

Por otro lado, la cuestión discutida años atrás, respecto a la autoridad que reviste el preámbulo de un tratado como elemento de su interpretación, no deja ya ningún lugar a dudas.

La jurisprudencia de las dos Cortes de La Haya, así como varios fallos de arbitraje, han dictaminado sin ambigüedad, el efecto jurídico del preámbulo, y es que muy frecuentemente ese documento despeja alguna duda sobre aspectos, en ocasiones, esenciales sobre el objeto o fin que las partes quisieron alcanzar.

Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en el *Caso de Derecho de Asilo*, se apoyó expresamente en el preámbulo de la Convención de La Habana para precisar el objeto y el fin de la misma.[6]

El intérprete que aborda el examen de un texto se cuidará sobre todo de cualquier tipo de "apriorismo".

Tomando el texto como punto de partida, y el objeto general del tratado como término de referencia provisional, él tiene por única misión desprender las obligaciones asumidas, dando a los términos empleados una interpretación adecuada.

En términos generales, es verdad que, entre dos interpretaciones entre las cuales una de ellas asegura al tratado una eficacia que corresponde a su objetivo real, en tanto que la otra tiende a despojarlo de éste, debe darse preferencia a la primera interpretación sobre la segunda. Esto puede conducir a dar a los términos empleados un alcance más amplio que aquel que habría parecido *prima facie*. Y es entonces, pero solamente entonces, cuando puede presentarse la cuestión de la interpretación extensiva.[7]

Por último, digamos que la interpretación por referencia al derecho internacional general es la consecuencia lógica de la idea que está a la

5 Ver De Visscher, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, París, Edit. A. Pédone, 1963, pp. 59 y 60. El intérprete deberá tener siempre en cuenta el objeto y fin del Tratado, *i.e.*, el método de "investigación lógica".

6 *Idem*, p. 61. Igualmente no debe olvidarse nunca que un hecho jurídico debe ser apreciado siempre —como lo dijo Max Hüber en el arbitraje del caso *Palmas*—, a la luz del derecho que le es contemporáneo, y no del derecho en vigor a la época en que nació el diferendo, o se sometió a la jurisdicción de un tribunal, *op. cit.*, p. 66.

7 *Idem*, p. 86. Hablar de la interpretación extensiva o restrictiva, como criterios o presunciones, es anticiparse a los resultados de la labor interpretativa, y desconocer el proceso dinámico de toda interpretación. Así pues, no será al comienzo, sino al final de la labor interpretativa, y después de haber recurrido a otros criterios, como la interpretación extensiva o restrictiva será la que podrá adoptarse.

base de toda interpretación de los tratados, a saber: que un texto, como señala Ch. de Visscher, no se sitúa jamás en el vacío, y que, salvo derogación resultante de términos muy precisos de texto, debe siempre considerarse inserta en los marcos del derecho internacional general. Es el sistema de referencia obligado al cual debe referirse constantemente la persona que realiza una labor interpretativa de acuerdos internacionales.[8]

El magistrado presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos (*Chief Justice*), Rehnquist, sostuvo que la controversia en el caso Álvarez Machain consistía en saber si un acusado sustraído por fuerza de un país, con el cual Estados Unidos tiene un tratado de extradición, adquiere como consecuencia de la existencia de dicho tratado, una protección contra la jurisdicción[9] de los tribunales de dicho país.

Pero, contrariamente a lo que sostuvo el presidente, el punto central de la controversia residía más bien en determinar, si el secuestro, ordenado o autorizado, por un gobierno en contra de un nacional extranjero, violaba un tratado de extradición en donde, por lo demás, el otro Estado-parte en el tratado había protestado formalmente por dicha acción mediante repetidas notas diplomáticas.

III. *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

En derecho internacional, está ampliamente admitido que la violación de un tratado por una de las partes otorga a la otra parte la facultad de denunciar el tratado en todo o en parte, por efecto de una regla de derecho consuetudinario inspirada en la *exceptio non adimpleti contractus* del derecho interno.

A este propósito, puede citarse como un buen ejemplo de esta práctica, arraigada de tiempo atrás, el caso de los tratados concluidos con Francia y declarados en 1789 por Estados Unidos como desprovistos de fuerza obligatoria, mediante una Ley del Congreso de 1789:

> [...] *whereas the treaties concluded between United States and France have been repeatedly violated on the part of the french government and the just*

8 *Idem*, pp. 92-96.

9 *Supreme Court of the United States*, núm. 91-712. Obviamente, el presidente contestó por la negativa: "*We hold that he does not, and that he may be tried in federal district courts for violations of the criminal law of the United States*". Ver. párr. 1o. de la sentencia del 15 de junio de 1992. *Recurso de* Certiorari *de la Corte de Apelación de Estados Unidos*.

claims of the U.S. for reparation of the injuries so commited have been refused, and their attempts to negociate an amicable adjustement of all complaints between the two Nations have been repelled with indignity.[10]

Igualmente, puede señalarse, como otro ejemplo significativo del "derecho de denuncia", el realizado también por el gobierno estadounidense en 1933, en relación, nada menos, que con un tratado de extradición celebrado con el gobierno de Grecia.

En dicho incidente, y al negar el gobierno griego, la extradición de un fugitivo reclamado por la justicia estadounidense, este último gobierno sostuvo que la decisión era una clara violación del Tratado Helénico Estadounidense de Extradición, firmado en Atenas el 6 de mayo de 1931. El Tratado era por lo tanto considerado sin ninguna utilidad jurídica: "*Accordingly, I am instructed to give formal notice herewith of my governments denunciation of the Treaty with a view to its termination at the earliest date possible under its pertinent provisions*".[11]

La óptica contractualista conduce a ver en la denuncia, dos operaciones más o menos contradictorias: una sanción (en este sentido se vincula con la idea de retorsión), pero igualmente una aceptación del derecho consumado de la violación, ya que el Estado víctima pone fin al tratado que ha sido violado (implícitamente denunciado) por el Estado culpable.

En este sentido, la denuncia se reduciría a un "mutuo disentimiento tácito".

Para Jean Leca, un examen cuidadoso de la práctica en los tratados bilaterales nos muestra dos puntos importantes:

1o. Si la parte culpable efectivamente ha deseado poner fin al tratado, la denuncia no es una sanción, sino la *legalización* de un hecho consumado.

Lo más seguro, sería que la parte inocente solicitará la ejecución continua del tratado, es decir, exactamente lo contrario de su terminación.

2o. La parte culpable, lejos de querer poner fin al tratado, pretende permanecer fiel al espíritu del mismo. En este caso simplemente solicita ciertos ajustes en función de nuevas circunstancias.

10 Ver Briggs, W. Herbert, *The Law of Nations, Cases, Documents, and Notes*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1938, pp. 474-481.

11 Ver Briggs, Herbert, *op. cit.*, p. 477.

Como en el primer caso, en "la denuncia-retorsión" se revela un procedimiento mal adaptado al verdadero problema, no pudiendo ser admitido más que a título de solución residual.[12]

IV. VIOLACIÓN GRAVE Y DERECHO DE DENUNCIA DE UN TRATADO

Debe quedar muy claro que en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, se estuvo de acuerdo en que la violación a un tratado por muy grave que ésta sea, no ponía término *ipso facto* al acuerdo internacional.

Sin embargo, se acordó que, dentro de ciertos límites y con ciertas salvaguardias, se debía reconocer el derecho que tiene una parte para invocar la violación de un tratado, como una circunstancia válida para ponerle fin al mismo, o bien, para suspender su aplicación.

"Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte, para alegar la violación como causa, para dar por terminado el tratado, o para suspender su aplicación, total o parcialmente" (artículo 60, párrafo 1o., C.V. 1969).

El principio en que se fundamenta la adopción de las medidas anteriores está en el hecho de que no se puede pedir a una parte que cumpla las obligaciones que le impone un tratado, en aquellas hipótesis en que la otra parte ha dejado de cumplir aquellas obligaciones a las que se comprometió en virtud del mismo tratado.

Obviamente, este "derecho de denuncia" se hace sin menoscabo del derecho que se tiene a solicitar una reparación por parte del Estado que ha alegado una violación grave del tratado bilateral.[13]

Así, en materia de tratados bilaterales, la Convención de Viena establece que la "violación grave" por una de las partes, faculta a la parte perjudicada, para alegar dicha violación en una triple opción, esto es: 1) alegar la terminación lisa y llana del tratado, 2) alegar la suspensión

12 Ver Leca, Jean. *Les techniques de révision des conventions internationales*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1961, pp. 270 y 271, préface de René-Jean Dupuy.

13 Ver *a*) Elias, T. O., *The Modern Law of Treaties*, Nueva York, Oceana Publications, Dobbs Ferry-A. W. Sijtho FF-Leiden, pp. 101-118; *b*) Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*, París, PUF, Institut de Hautes Études, Genéve, 1985, pp. 158-168; *c*) *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, Documentos Oficiales, A/Conf. 39/11/Add. 2, Nueva York, 1971, pp. 77-80.

del tratado, en forma total y 3) alegar la suspensión del tratado, en forma parcial.[14]

La violación de una disposición que justifique alegar la denuncia del tratado bilateral debe ser una *violación grave*.

La calificación de "grave" fue preferida por sir Waldock, desechando la de "fundamental", utilizada por McNair y Fitzmaurice, en virtud de que esta última podría interpretarse en el sentido de que sólo una violación de una estipulación que afecte directamente a los fines centrales del tratado, puede llegar a justificar el derecho de la otra parte para poner término al tratado.

Es factible que otras cláusulas que un Estado considere esenciales para el eficaz cumplimiento del tratado hayan contribuido sustancialmente para la celebración del tratado, aunque éstas puedan ser consideradas, dentro del contexto general, de importancia secundaria.[15]

Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

"*a*) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención, o *b*) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o fin del tratado" (artículo 60, párrafo 3o., C. V. 1969).

La Comisión de Derecho Internacional, reconoció que era indispensable consagrar ciertas medidas de salvaguardia con el fin de evitar "denuncias arbitrarias" de un tratado, por supuestas violaciones al mismo.

Así, la Comisión trató de ir definiendo, de la forma más precisa y del modo más objetivo posible, las condiciones por las cuales podrían invocarse la terminación, retiro o suspensión de un tratado.

De esta suerte, la Convención de Viena estipula que el Estado que alegue que un tratado es nulo, o que invoque una causa para ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación, debe entablar un procedimiento ordinario por el que notifique su pretensión al otro u otros Estados.

14 Ver Elías, T. O., *op. cit.*, pp. 114-116; Reuter, Paul, *op. cit.*, pp. 158 y 159. Obviamente, si se trata de un tratado no bilateral, sino multilateral, la cuestión va a tener un mayor grado de complejidad. De ahí que la Comisión de Derecho Internacional consideró necesario distinguir entre el derecho de las demás partes a tomar medidas conjuntas ante la violación, y el derecho de una parte determinada especialmente afectada por la violación a tomar medidas por sí sola. Ver Doc. Of. A/Conf. 39/11/Add. 2, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

15 Ver *Anuarios-Comisión de Derecho Internacional*, 1957-II, p. 33, y 1963-II. p. 87. El texto en inglés del artículo 60 habla de: "*A material, breach of a bilatera treaty* [...]", *en tanto que el texto francés habla de "Une violation substantielle d'un traite bilatérel* [...]". Ver Rosenne, Shabtai, *The Law of Treaties: A Guide to the Legislative History of the Viena Comunition*, Nueva York, A. W. Sijthoff-Leyden-Oceana Publications, 1920, pp. 314 y 315.

La segunda etapa del procedimiento estará sujeta a que el tercer Estado oponga o no oponga objeciones a la pretensión anterior. De no oponerse objeciones, o si no se responde antes de plazos fijados (tres meses), el Estado que haya realizado la notificación, podrá adoptar la medida propuesta, mediante un instrumento debidamente ejecutado y comunicado a la otra u otras partes.

Por el contrario, en caso de oponerse alguna objeción, las partes estarán obligadas a buscar una solución a la controversia, de conformidad con los medios establecidos en el artículo 33 de la Carta de la ONU.

De esta forma, el artículo que en definitiva consagra la Convención de Viena quedó redactado como sigue:

> 1° La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado, o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la modificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respeto al tratado y las razones en que ésta se funde.
>
> 2° Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67, la medida que haya propuesto.
>
> 3° Si, por el contrario, cualquiera de la demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 65, párrafos 1°, 2° y 3° de la C. V. de 1969).[16]

V. Crítica al procedimiento de la Convención de 1969

A nuestro modo de ver, la Convención de Viena introduce un procedimiento injustificado y por ello no exento de crítica, para realizar la denuncia de un tratado que una de las partes ha violado, y que el derecho internacional consuetudinario no parece reflejar en sus componentes esenciales.

16 Ver Rosene, Shabtai, *op. cit.*, pp. 334-356; Elias, T. O., *op. cit.*, pp. 199-209; Reuter, Paul, *op. cit.*, pp. 183-192. El artículo 33 de la carta, enmarcado dentro del capítulo VI, señala: "Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratarán de buscar solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección" (artículo 33, párrafo 1o.).

Nosotros pensamos, que es un principio general de derecho, el que una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes, faculta a la otra parte para alegar la violación como *causa* para dar por terminado el tratado, o por lo menos, suspender, sin exigencia de mayor trámite, su aplicación, ya sea parcial o totalmente.

El Estado que se abstiene de seguir aplicando un tratado cuyo clausulado ha sido violado por su co-contratante, no está haciendo otra cosa, que utilizar un medio de defensa —se encuentra en posibilidad de beneficiar de una excepción de inejecución—.

De aquí, el empleo de la conocida locución en derecho interno: *exceptio non adimpleti contractus*.

Si una parte ha violado deliberadamente un tratado, la abstención de seguir ejecutándolo, no contradice en forma alguna la norma *pacta sunt servanda*. En otras palabras, suspender la aplicación del tratado constituye en realidad el ejercicio de una facultad comprendida en la misma del *pactum*. Las prestaciones, obligaciones y derechos de las partes, se presume, por lógica, que deben operar en forma simultánea, a menos, obviamente, que lo contrario se desprendiera expresamente del tratado.

La suspensión, por lo menos, del tratado que ha sido violado por la otra parte, debería operar *ipso iure*, pues la práctica internacional demuestra que nos encontramos ante una norma de derecho consuetudinario.

En el famoso *Caso de la Desviación de las Aguas del Mosa*, Bélgica sostuvo que, al hacer ciertas obras que violaban las estipulaciones del Tratado de 1863, los Países Bajos habrían perdido el derecho a invocar el Tratado contra ella.

Al parecer, Bélgica no intentó denunciar expresamente el Tratado, sino que invocó, como excepción a la reclamación de los Países Bajos, el derecho a suspender la aplicación de una de las cláusulas del Tratado, basándose en la violación, atribuida a Holanda, de dicha cláusula; pero su pretensión fue presentada ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, como una auténtica aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum*.

Este principio fue calificado por el juez Dionisio Anzilotti, de la siguiente manera:

> [...] *Je n'ai vraiment aucun doute que le principe qui est à la base de cette conclusion (inadimplenti non est adimplendum) soit si juste, si équitable, si universellement reconnu, qu' il doive être apliqué aussi dons les rapports*

internationaux. Il s'agit, en tout cas, d'un de ces "principe généraux de droit" [...] que la Cour applique en vertu de l'article 38 de son Statut.[17]

En este caso se trataba de saber si la construcción de diversas obras por parte de Bélgica, era compatible con los derechos que se desprendían para Holanda del Tratado de 1863, relativo al régimen de tomas de agua del Meuse. Por su parte, Bélgica demandó reconvencionalmente a la Corte, de juzgar, que el gobierno holandés había cometido una violación al Tratado de 1863 al efectuar ciertos trabajos de arte.

Desafortunadamente, al concluir que Holanda no había violado el Tratado, la Corte ya no se pronunció sobre la sustancia misma del recurso interpuesto por Bélgica.[18]

Lamentablemente, aquellos Estados vinculados por la Convención de Viena de 1969, se verán limitados (no privados) *inter se*, de un trascendental medio de defensa, del cual gozan de acuerdo con el derecho internacional general. Esto es, el de oponer *ipso facto* la excepción *non adimpleti contractus*, frente a la parte infractora.

Y como acertadamente señala el profesor Joseph Nisot, nadie duda que el recurso de excepción de que tratamos, puede desnaturalizarse al abusar de él, en forma arbitraria. Pero esto ocurre, por lo demás, con casi cualquier otro "recurso". Sin embargo, dice J. Nisot, hay que enfatizar una vez más que el recurso en cuestión forma parte de la *esencia misma de las relaciones contractuales*.

La susodicha cláusula responde incontrovertiblemente a una necesidad: si se invoca, es casi siempre, bajo imperiosas circunstancias, que obligan a la víctima de la infracción a reaccionar, eventualmente, con la mayor prontitud, so pena, que de no hacerlo así, su reacción tardía sea ya carente del efecto necesario.[19]

17 Ver opinión disidente del juez D. Anzilloti en "Prises d'Eau à la Meuse (1937)". *Répertoire des Documents de la Cour de La Haye*, série I, 1922-1945, t. 2; "Les sources du droit international". Genève, Institut des Hautes Études Internationales, núm. 47, 1967, pp. 1109 y 1110.

18 *Idem*. Incluso el profesor Manley O. Hudson sostuvo en su opinión individual: "[...] *In a proper case, and with scrupulous regard for the limitations wich are necessary, a tribunal bound by international law ought not to shrink from applying a principle of such obvious fairness*", *idem*, P. C. I. J. (1937), series A/B, núm. 70, p. 77.

19 Ver Nisot, Joseph, "L'exception 'Non adimpleti contractus'". *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 1970, núm. 3, pp. 1-6.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO SEGÚN HANS KELSEN

A Enrico Toscano
in memoriam

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Comportamiento antijurídico*. III. *Carácter general de la responsabilidad*. IV. *Régimen de la responsabilidad dentro de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Un planteamiento equívoco e incierto de la materia, suscitado en gran medida por una ausencia de método riguroso y la utilización de un lenguaje jurídico ambiguo, aunado todo ello a un frecuente recurso al uso y abuso de analogías superficiales con los órdenes jurídicos nacionales, son desafortunadamente, los rasgos más sobresalientes, que parecen caracterizar la diversidad de concepciones formuladas en relación con los fundamentos teóricos del concepto jurídico de la responsabilidad internacional del Estado.

Nuestro propósito, en el presente artículo, es tratar de operar dentro del marco conceptual de la doctrina iusinternacionalista adoptada por los autores, que en una forma u otra, pueden ser considerados como participantes del pensamiento general de la escuela kelseniana, por considerar que dicha tendencia de la ciencia del derecho internacional, ofrece un mayor rigor metodológico en la exposición de los problemas jurídico-internacionales de la responsabilidad del Estado.

En el presente estudio hemos tratado de centrarnos en la investigación de las condiciones de posibilidad, que permiten la enunciación de la categoría jurídica de la responsabilidad del Estado, y de su carácter espe-

cífico en el ámbito internacional, finalizando con la exposición del régimen de responsabilidad dentro de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, y su concordancia o discordancia con el "derecho internacional general", tal y como es estructurado por Hans Kelsen en sus principales estudios sobre la materia.

II. COMPORTAMIENTO ANTIJURÍDICO

Toda acción, o bien toda abstención, que se determinen como condición de un acto de sanción dentro de cualquier sistema jurídico, constituyen por este específico condicionamiento, e independientemente de su contenido, un hecho ilícito o delictuoso.[1]

El ilícito, el acto delictivo, sólo se configura como tal, porque, y en la medida en que se enlaza a dicha conducta, como consecuencia, un acto coactivo a título de sanción. Esta definición permite eliminar cualquier intento de introducir algún supuesto elemento axiológico o connotaciones ético-morales en el concepto jurídico del ilícito, ya que el acto, la conducta, de un individuo, solamente podrá ser analizada como comportamiento delictivo por razón de ser supuesto condicionante de una sanción, y al no existir la consecuencia sancionadora, se suprime por ello la connotación delictiva de no importa qué acto o abstención se trate. Sin embargo, la determinabilidad del comportamiento antijurídico está aún lejos de ser precisa; el hecho de que se realice, por ejemplo, una manifestación de voluntades de dos sujetos de derecho internacional, por la cual se establecen obligaciones y derechos recíprocos, podría dar lugar para calificar a dicho acuerdo, como el elemento condicionante para el establecimiento de la sanción, y ello traería aparejado como consecuencia una serie de ambigüedades en la definición de acto antijurídico, como supuesto de la sanción, la que se ha adoptado como la única susceptible de significación jurídica.

Así, el hecho-condición o supuesto condicionante, puede estar constituido de elementos muy diversos, entre los cuales, otros hechos de conducta humana, que no pueden ser calificados de ilícitos (delito), como lo sería el acto legislativo que crea la norma general que define el hecho

1 Kelsen, Hans, *Théorie Pure du Droit*, trad. al francés de la 2a. ed., por Charles Eisenmann, París, Dalloz, 1962, pp. 152 y ss.

delictuoso, o el acto jurisdiccional que constata, o establece la existencia de un hecho delictuoso concreto.

Luego entonces se plantea la cuestión de saber cómo se puede distinguir la conducta que debe ser calificada de delito de otra serie de condiciones, y en particular de otros comportamientos humanos, que aparecen como elementos constitutivos del hecho-condición.

Una primera respuesta consistiría en afirmar, según Kelsen, que el delito es normalmente la conducta de aquel individuo contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, será dirigido el acto de coacción, que desempeña el papel de sanción.[2]

Evidentemente, en esta hipótesis el sujeto realizador del acto considerado como ilícito, se identifica con el sujeto a quien se aplica la sanción, esto es, existe identidad entre el sujeto infractor y el sujeto sancionado. Así pues, el supuesto determinante de la sanción será un acto u omisión calificado jurídicamente de ilícito, y que llegará a ser distinguido y caracterizado a través de diversos elementos que pueden, eventualmente presentarse como datos condicionantes de la misma sanción, con base en el criterio de aplicación de la sanción a la conducta, supuesta como antijurídica.

Lo dicho hasta aquí ha permitido una clarificación del concepto; sin embargo, el análisis es aún insuficiente, ya que la identidad entre "sujeto posible de sanción" y "sujeto-autor del acto delictivo", no es una situación que permanente e invariablemente se presente dentro de los diversos órdenes normativos, sino que, por el contrario, es una situación posible de presentarse, pero de ninguna manera necesaria. Un orden jurídico puede establecer la aplicación de un acto de coerción, a título de sanción, a un sujeto (o sujetos) diverso, de aquel que legalmente se señala como autor del acto antijurídico.

1. *Hecho ilícito internacional*

La situación antes descrita es precisamente aquella que con frecuencia, o por lo general, podemos encontrar en el derecho internacional, en donde un órgano determinado por el orden jurídico nacional como competente para la ejecución de una obligación internacional, incumple la obligación correspondiente, y la sanción que la norma ha vinculado a la realización de la conducta calificada lógicamente como antijurídica, será

2 *Idem*, pp. 156 y 157.

aplicada no al órgano (o no únicamente) que ha sido "sujeto-autor" del acto delictivo, sino que la aplicación de la sanción se llevará a cabo en contra de los individuos que forman el ámbito personal de validez de dicho orden jurídico.[3]

Luego entonces, aceptando que la consecuencia condicionada, sanción, no siempre se aplica al sujeto que cometió por medio de su propia acción o abstención un acto calificado como ilícito, entonces la definición del acto antijurídico se expresará en términos de aquella conducta, en relación con la cual se aplica una sanción, o que se dirige en contra de aquel o aquellos sujetos que se encuentran determinados por el orden jurídico de que se trate, en una cierta vinculación con el sujeto-autor del ilícito jurídico.[4]

Cuando el sujeto, que por su conducta ha cometido el acto ilícito, es el mismo sujeto al que se le dirige la sanción, Kelsen denomina este fenómeno con el nombre de "identidad física real", en contraposición a "identidad jurídica ficticia",[5] para el caso en que el sujeto que realiza el acto antijurídico, no sea el mismo sujeto para quien, como consecuencia de dicho acto, se establece una sanción.

Aun cuando la denominación de "identidad jurídica ficticia" no sea del todo inequívoca, permite señalar, no obstante, que al tomarse en consideración la categoría del ilícito "propio" o de "tercero", se genera un diverso tipo de relación que impide concebir (contrariamente a un razonamiento un tanto mecánico) que necesariamente quien soporta la sanción, sujeto responsable, deba considerársele autor material del ilícito, como en su oportunidad habrá de irse precisando.

3 Este punto de vista adoptado con base en la teoría pura, es también acorde con lo expuesto por Guggenheim, Paul, en *Traité de droit international public*, Genève, Libraire de l'Université, Georg & Cie, 1953, t. II, p. 4. Sin embargo, si se procede por la técnica tradicional de antropomorfizar los conceptos, el sujeto del acto ilícito parece identificarse siempre con el objeto de la sanción, esto es, el Estado autor del ilícito es objeto de la consecuencia coactiva. Este proceder va en contra de la tendencia antisustancialista de una teoría pura del derecho. *Cfr.* Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, México-Buenos Aires, FCE, 1947, pp. 39 y ss.

4 "*En appelant, pour simplifier le langage, ceux qui sont dans une relation définie par l'ordre juridique avec le delinquent et qui son responsables pour son délit, en les appelant ses "proches" (membres de la famille, de souche, de l'État, nationaux), on peut définir le délit comme la conduite de cet homme contre lequel ou contre les proches duquel la sanction-conséquence est dirigée.*" Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, p. 157. En el mismo sentido, Carlebach, Alexandre, *Le problème de la faute et sa place dans la norme du Droit International*, París, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1962, pp. 2 y 8-12.

5 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1969, p. 68.

El análisis anterior, es evidentemente, consecuencia de tomar en consideración al derecho internacional como un sistema de normas, orden coercitivo, que regula, permitiendo o prescribiendo determinadas conductas (por regla general de forma indirecta) de los miembros sujetos a los diversos ordenamientos jurídico-nacionales, cuya personificación son los Estados, como sujetos de derecho internacional.[6]

De la afirmación de ser entonces el derecho internacional un orden coercitivo, se infiere que el acto ilícito internacional para ser calificado estrictamente de tal, deberá vinculársele a su comisión una medida coercitiva o acto coactivo, como reacción a la conducta antijurídica.

Autores contemporáneos como Roberto Ago se afilian a la tesis consistente en considerar que se está en presencia de un ilícito internacional en tanto en cuanto se reúnan los dos elementos siguientes: *a*) un elemento objetivo, que se traduce en una determinada conducta de acción u omisión, y *b*) un elemento subjetivo, que resulta de la imputabilidad de dicha conducta a un sujeto de derecho.[7]

2. *Sanción jurídico-internacional*

Del examen conceptual anteriormente efectuado[8] se desprende que una determinada medida coercitiva (posibilidad de privación forzosa de ciertos bienes) que se impone a un individuo por la realización de una cierta conducta, adquiere el contenido específico de sanción, únicamente en la medida en que un orden jurídico, la establece como consecuencia y reacción en contra de dicha conducta, que es entonces, y sólo por ello, calificada como *jurídicamente ilícita.*

6 Es como orden jurídico relativamente centralizado que se caracteriza al Estado, como sujeto de derecho internacional, distinguiéndosele del orden primitivo. "La comunidad jurídica primitiva se convierte en Estado mediante el establecimiento de órganos centrales y, especialmente, por la centralización del uso de la fuerza, la centralización de la ejecución de las sanciones." Kelsen, Hans. *Principios de derecho internacional público*, trad. Hugo Caminos y Ernesto G. Hermida, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 88. Existe una segunda edición de esta obra de Kelsen, editada y revisada por Robert W. Tucker, cuyos cambios y adiciones no afectan los puntos sobre responsabilidad del Estado analizados en el presente artículo. Kelsen-Tucker, *Principles of International Law* (Second Edition), USA, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966. Ver en particular pp. 8-11; 18-21; 196-203.

7 Ago, Roberto, "Le délit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)*, núm. 68, 1939-II, pp. 144 y ss.

8 Ver Kunz, Josef, "The Vienna School and International Law", *The Changing Law of Nations*, Ohio State University Press, 1968, cap. IV, pp. 59-124.

La imputación o "coordinación" entre el acto antijurídico y la sanción, se encuentra expresada por las palabras "deber ser" (*sollen*)[9] con significación únicamente de relación funcional.

El derecho internacional general faculta a los Estados a recurrir a las represalias o a la guerra en las condiciones y supuestos que el mismo determina, esto es, el derecho internacional permite recurrir a tales medidas siempre y cuando sea una reacción en contra de un acto que jurídicamente se considere lesione derechos del Estado que recurre a tales medidas.

Si una como otra de tales medidas son actos que deben llevarse a ejecución, incluso en oposición al consentimiento de un determinado Estado, bien podemos calificarlas de coercitivas (es admisible el empleo de la fuerza física) con contenido significativo de sanciones, por ser una reacción contra una conducta calificada por el derecho internacional como condición específica de la aplicabilidad de la medida coactiva.

Estas sanciones que establece el derecho internacional, son medidas coactivas cuya esfera de validez no se restringe a un número determinado de Estados, sino que son sanciones con posibilidad de aplicación para todos los Estados, y es por ello que se encuadran dentro de la clasificación kelseniana de derecho internacional general, en contraposición a la diferenciación de carácter orgánico, de derecho internacional particular, distinción que consideramos acertada.[10]

9 El método con base fenomenológica, utilizado por Fritz Schreier para el análisis de la norma jurídica, lo lleva al intento de tratar de suplir el término de imputación utilizado por Kelsen, por el de "coordinación", ya que si coordinar es relacionar, entonces se denotaría con más énfasis la característica eminentemente formal de la relación entre los dos datos de la norma, cuyo enlace es un deber-ser (*sollen*). Schreier, Fritz, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. Eduardo García Máynez, Buenos Aires, Losada, 1942, pp. 109 y ss.

10 En relación con esta dicotomía kelseniana entre derecho internacional general o común y derecho internacional particular, conviene mencionar la aclaración que al respecto expone José Puente Egido: "A pesar de que el criterio definitivo está en el ámbito de validez (universal o particular) y no en el origen de la norma, todos los miembros de la Escuela de Viena han llamado la atención sobre el paralelismo que cabe establecer entre derecho consuetudinario y derecho internacional general, derecho convencional y derecho particular." Egido Puente, José, *La teoría pura del derecho en la ciencia del derecho internacional*, Ed. CFV, p. 174. Ciertamente que la distinción no puede ser lógicamente negada, ya que, "Habría derecho internacional general aun cuando sólo consistiera en la norma *pacta sunt servanda*, que es la regla que posibilita la celebración de tratados internacionales, y, por lo tanto, el derecho internacional particular." Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales* (trad. Florencio Acosta, pról. Recaséns Siches), México, FCE, 1943. Ahora bien, esto último sólo puede sostenerse si se comprende el sentido exacto de la norma *pacta sunt servanda* para evitar afirmaciones del tipo de las de Hermann Heller que la considera "una perifrasis tautológica de la objetividad jurídica", Heller, Hermann, *La soberanía*, trad. Mario de la Cueva, México, UNAM, 1965, p. 244. El verdadero sentido de la norma *pacta sunt servanda* radica en el hecho de considerar que las normas creadas por tratado, como dice Kunz, "tienen su fundamento jurídico de obligatoriedad,

Kelsen va a definir el concepto de guerra como "una acción coercitiva que comporta el uso de la fuerza armada realizada por un Estado contra otro, y que constituye una intervención ilimitada en la esfera de intereses del otro Estado".[11]

Del hecho de que las represalias puedan consistir en actos coactivos con carácter militar, esto es, llevados a cabo por la fuerza de las armas y en razón de que el derecho internacional general no establece conductas delictivas que tengan por consecuencia la aplicación de una sanción con carácter de represalias para un caso, y con carácter de guerra para otro, surge de esta situación el problema de determinar el criterio por el cual la guerra como sanción pueda diferenciarse de las represalias con carácter militar.

Como las represalias pueden ser cualquier tipo de medida coactiva que se tome contra un Estado como consecuencia de un acto ilícito, y como nada impide que dicha medida implique el uso de la fuerza armada, la definición que da Kelsen de la guerra (cuyo concepto legalista es similar a la teoría del *bellum iustum*) parecería que se confunde con la sanción de represalias, si no fuera porque se acude al criterio (no del todo satisfactorio) de la "intervención limitada", para el caso de las represalias, e "ilimitada", para el caso de la guerra, con lo cual se establece un principio de distinción entre ambas.[12]

Si el derecho internacional no exige para calificar una medida coercitiva con el carácter de guerra, una situación bilateral de beligerancia, ¿cómo podría entonces calificársele como ilícito o sanción?, es decir, que si el Estado que sufre las acciones de privación de bienes realizadas por las fuerzas armadas del otro Estado no responde con acciones del mismo tipo, esto no es considerado como una situación que impida calificar tal estado de cosas como una "guerra" desde el punto de vista del derecho internacional.

Al descartar la guerra como una acción necesariamente bilateral y al considerar que la afectación *limitada* o *ilimitada* de intereses de un Esta-

no en la manifestación concorde de voluntades de los Estados, sino en la norma superior "*pacta sunt servanda*, que establece que la manifestación concorde de voluntades de los Estados debe crear, a través del procedimiento de los tratados, normas válidas de derecho internacional". (Kunz, L. Josef, "El sentido y el alcance de la norma *pacta sunt servanda*", trad. Santiago Oñate, *Revista de la Facultad de Derecho de México*. UNAM, p. 9).

11 Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional público*, p. 27.

12 *Idem*, pp. 20 y ss., y Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho...*, *cit.*, p. 392.

do no es un criterio satisfactorio para diferenciar las represalias armadas de la acción de guerra, Guggenheim piensa que esto no es una razón válida para que se termine entonces identificando simplistamente a la guerra con las represalias armadas, sino que es preciso admitir, en ausencia de un claro criterio objetivo, que son los Estados partes del conflicto, a quienes pertenece la capacidad de calificar a un cierto acto coercitivo como una medida de represalias armadas, o bien como un acto de guerra.[13]

Con objeto de evitar ambigüedades en el análisis de la responsabilidad del Estado en derecho internacional, es necesario subrayar que las sanciones de este orden jurídico no tienen en sí un *propósito reparador* o bien un *propósito preventivo*, como en el caso de la sanción civil y de la sanción penal en derecho interno. Al respecto, Kelsen observa que:

> Sin embargo no se puede negar que la función de la sanción en el Derecho internacional, como la de la pena en el Derecho nacional, es una prevención. Ahora bien, no hay nada que impida el utilizar la propiedad arrebatada al oponente por medio de represalias o de guerra, para reparar los daños ilegalmente causados por éste. En este caso, la sanción del Derecho internacional funciona también como una reparación de daños.[14]

La razón de que no existan conductas calificadas de antijurídicas, cuya omisión haga imputable la consecuencia de "guerra-sanción" en un caso, o de "represalias-sanción", en otro, es en virtud de que el orden jurídico-internacional es un orden que no constituye órganos distintos e independientes de las partes, que tengan por función la constatación de un

13 Guggenheim, Paul, *Traité du droit international...*, *cit.*, pp. 92 y ss. Es evidente que el haber adoptado la tesis que rechaza considerar a la guerra como acción bilateral, no implica el desconocimiento del fenómeno de que la situación que se produce, es necesariamente de contenido bilateral o plurilateral, aun sin existir contraguerra.

14 Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones...*, *cit.*, pp. 132 y 133, y también en *Théorie pure...*, *cit.*, pp. 149-152. Podría decirse que la diferenciación en los derechos nacionales, entre sanción civil y penal, no es tanto en base a su propósito, sino en cuanto a su diferente privación de bienes (privación de la propiedad en un caso, y privación de la vida o de la libertad en el otro); pero habría en el caso de la multa, considerada como sanción penal, una privación por la fuerza de la propiedad y éste sería precisamente el elemento que caracterizaría, de acuerdo a este criterio, a la ejecución civil.

Existen autores que negando enfáticamente el carácter de derecho penal a las sanciones del derecho internacional, admiten, sin embargo, una función primordial de las mismas. "*La caractéristique de la peine réside dans le fait qu'un mal èst infligé a celui qui à violé le droit; la réparation, qui est le but primordial des répresailles et de la guerre, n'est qu'un but sécondaire de la peine.*" Guggenheim, Paul, *Traité du droit international...*, *cit.*, t. II, p. 83.

ilícito internacional, ni órganos que llevan a cabo en forma centralizada la ejecución de la sanción.

Esta descentralización,[15] característica fundamental del derecho internacional, tiene por consecuencia que la norma jurídico-internacional delegue en los Estados, como sujetos de derecho internacional, la facultad de aplicar y ejecutar las sanciones de este orden jurídico.

Sin duda esta subjetividad de criterio imperante dentro del derecho internacional, puede llegar a suprimirse con la constitución de una específica organización internacional. Este sería el caso de la Organización de las Naciones Unidas, dentro de la cual el monopolio de la fuerza se encuentra centralizado y reservado al Consejo de Seguridad (aunque por efecto de la resolución "Unión pro Paz" también queda compartido por la Asamblea General).[16]

Así pues, si de acuerdo con el derecho internacional general, la constatación de la ilicitud del comportamiento y la aplicabilidad de las sanciones son competencia, como hemos visto, de las partes-sujetos de la controversia, no sucede lo mismo conforme a la Carta de la ONU, en donde ya no es posible realizar una apreciación unilateral de los hechos, pues según el artículo 39 de la Carta, el Consejo de Seguridad no solamente determina la existencia de toda amenaza contra la paz, sino que también decide obligatoriamente las medidas, coactivas o no, que deben ser tomadas para restablecer el estado de paz. Así como no existe dentro de la Organización de las Naciones Unidas un órgano legislativo central, ni tampoco una jurisdicción obligatoria, sí existe, por el contrario, como bien afirma Verdross, un órgano coercitivo central y "... en este orden de cosas, la Carta de la ONU introduce una gran innovación, por cuanto sustrae a los Estados toda facultad de autotutela militar (prescindiendo del supuesto de legítima defensa contra un ataque no provocado) y concede al Consejo de Seguridad un poder coercitivo".[17]

15 Este tipo de descentralización es denominado por Kelsen como "descentralización en sentido dinámico", en contraposición al concepto de "descentralización en sentido estático", que hace referencia a la esfera de validez de las normas. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones... cit.*, pp. 134 y ss.

16 "Al conferir la Asamblea la facultad de iniciar acciones de fuerza para el mantenimiento de la paz, y por lo tanto abriendo la posibilidad de dirigir dichas acciones aun contra una de las cinco grandes potencias, que no poseen derecho de veto en la Asamblea, constituye un cambio radical en la estructura de las Naciones Unidas, tal como fue concebida por sus fundadores." Kelsen, Hans, "Tendencias recientes en el derecho de las Naciones Unidas", *Anuario Jurídico Interamericano*, trad. Alejandro Aza, 1950-1951, p. 24.

17 Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 5a. ed., trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1972, p. 74.

Por otra parte, dentro del pensamiento kelseniano, se acepta que ni la sanción de las represalias ni la sanción de la guerra son desconocidas por la Carta de la ONU quedando así en concordancia con el derecho internacional general. En cuanto a las primeras, quedarían comprendidas dentro del artículo 41 de la Carta, que establece la facultad por parte del Consejo de Seguridad, de instar a los miembros a la aplicación de medidas, tales como "la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas". Y en cuanto a las medidas que técnicamente pueden considerarse que tengan un carácter de guerra, estarían previstas por el artículo 42 de la Carta, que otorga al Consejo de Seguridad el derecho a ejercer "por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".[18]

3. *Concepto de obligación jurídica*

Con base en el anterior análisis de dos de los conceptos jurídico-fundamentales, podemos afirmar que al enlazarse una sanción a un comportamiento que es denominado como antijurídico (por ser sancionado), la norma establece el deber de evitar dicha conducta; la conducta contraria a aquella que es condición de una sanción, forma por ello el contenido de una obligación jurídica.[19]

Es posible formular un enunciado en el sentido de considerar al sujeto de una obligación jurídica, como estando en una situación en la que se le presenta una sola alternativa: *a*) opción, consistente en una obediencia a la norma, y en este caso su comportamiento no podrá ser otro que el de una conducta contraria a aquella que se determina como supuesto condicionante de la sanción; *b*) opción, consistente en una aplicación de la nor-

18 *Cfr.* Kelsen, Hans, "Las sanciones con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas", trad. Gustavo R. Velasco. *Revista Mexicana de Derecho Público*, t. I, pp. 8 y ss. *"Article 41 determines the enforcement action not involving the use of armed force; the measures concerned have the character of reprisals. Article 42 determines the enforcement action involving the use of armed force; the measure concerned have the character of war."* *Idem*, "Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *American Journal of International Law*, vol. 42, núm. 4, p. 786.

19 *"Si l'on conçoit le droit comme un ordre de contrainte, on ne peut dire qu'une conduite donée est objectivement prescrite en droit et qu'elle peut par suite être considerée comme faisant l'objet d'une obligation juridique, que si une norme juridique attaché à la conduite contraire la sanctionne d'un acte de contrainte."* Kelsen, Hans, *Théorie pure...*, *cit.*, p. 158.

ma, y en este caso, su conducta vendrá a ser calificada como antijurídica, ya que a ella se vinculará la sanción-consecuencia en forma imputativa.

Para la teoría pura, la función primordial del derecho es el establecimiento de obligaciones, y es por ello por lo que la denominada "norma jurídica genuina" es aquella que establece la sanción, pues ella misma implica la prohibición de la conducta que funciona como condicionante de la sanción, prescribiendo así la conducta contraria y de ahí que la descripción de la conducta debida, "norma secundaria", no sería legítimamente una norma genuina. Por lo anterior, es correcto afirmar que, en sentido estricto, solamente el órgano ejecutor de la sanción estaría en posibilidad de infringir la norma (siempre y cuando la no ejecución de la sanción esté determinada como constituyendo, ella en sí, condición de otra sanción) y que el individuo cuya conducta es calificada de antijurídica es en verdad infractor de la llamada norma secundaria.[20]

El elemento coactivo, esencial para la definición de la norma jurídica, y como significación de la prescripción de una determinada conducta es expuesto claramente por William Ebenstein: "Si el derecho es un orden coactivo, la regla individual del derecho es una norma que instituye la coacción y se expresa mejor en esta fórmula: *bajo condiciones dadas tendrá lugar un determinado acto de coacción*". En la tradicional construcción de la regla jurídica puede trazarse un elemento de derecho natural que une dos deberes jurídicos: 1) debes conducirte de una manera determinada, 2) si no lo haces así, procederá contra ti una medida coactiva. La norma uno se interpreta a menudo como si significara que existen deberes jurídicos a los cuales no se atribuye ninguna amenaza de coacción, y que, por esto, como una norma de derecho natural, son buenos y justos en sí mismos. Si, no obstante, se suprime la norma uno, la norma dos basta para establecer una obligación jurídica.[21]

20 *Cfr.* Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho.... cit.*, pp. 68 y ss.
"*Mais il faut noter que deux variantes sont possibles: ou la no-exécution de la sanction est elle même érigée en condition d'une sanction; en ce cas on pourra dire que la sanction elle même est ordonée, qu'elle est le contenu d une obligation juridique. Dans l'hypothèse contraire, on ne peut pas considerer que l'exécution de la sanction soit elle aussi, prescrite: elle est simplement habilitée.*" *Idem, Théorie Pure.... cit.*, p. 35.

21 Ebenstein, William. *La teoría pura...., cit.*, p. 103. Del párrafo citado se desprende claramente que la estructura lógica de la norma jurídica kelseniana no puede formularse, como pretende García Máynez, de acuerdo con el esquema: "Si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C"; García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1972, p. 192.

4. *Obligación jurídica y principio de delegación*

Es en relación con el concepto de obligación jurídico-internacional en donde con precisión puede apreciarse el carácter de "delegación" que presentan la mayoría de las normas del orden jurídico internacional y que consiste en un proceso de remisión a los órdenes jurídicos internos como una característica necesaria al significado mismo de la norma internacional, la cual supone, por definición, el orden normativo interno, y cuya no suposición provocaría la fragmentación de la norma de derecho internacional.

En relación con este punto, José Puente Egido califica de "mérito notable" de la teoría pura, el haber diferenciado no sólo orgánicamente las normas internacionales (normas consuetudinarias y normas pacticias) sino también la distinción

> ... que se refiere a la estructura interna de la norma en razón de su función. Las normas internacionales, en un primer grupo y el más numeroso son normas incompletas que necesitan de las internas en las que deleguen la aplicación última, mas al lado de éstas cabe distinguir un segundo grupo, cuya función no puede ser complementada por ninguna norma de carácter estatal, ya que ésta precisamente consiste en determinar el ámbito de validez de los ordenamientos internos.[22]

Así pues, aun cuando no requieren la totalidad de las normas jurídico-internacionales de una remisión a los órdenes jurídico-nacionales para su debida complementación, y mismo constituyendo este grupo de normas las genuina y estrictamente calificadas de internacionales (*vgr.* la norma de derecho internacional que delimita la validez de los Estados como órdenes jurídicos, prescribiendo su respectivo ámbito de conformidad con la efectividad presentada) no por ello deja de ser esencial el otro grupo de normas que presentan un principio de delegación; su capital importancia queda claramente relevada en el siguiente texto de Kelsen:

> Baste indicar aquí que el carácter jurídico del derecho internacional no sería problema ni aun en el caso que sus proposiciones, formuladas como normas jurídicas, no contuvieran la menor referencia al momento de la coacción pues siempre cabría discutir si se trataba de proposiciones jurídi-

22 Puente Egido, José, *La teoría pura del derecho y la ciencia... cit.*, p. 51.

cas completas o de elementos constitutivos de tales proposiciones, las cuales lograrían su plenitud jurídica, unidas a otras proposiciones complementarias del orden jurídico estatal.[23]

Habiendo dejado establecido el sentido y alcance del principio de delegación en general, diremos solamente que el derecho internacional al establecer una obligación a un determinado Estado como sujeto de derecho internacional, delega en el Estado en cuestión la determinación específica del individuo, que en su carácter de órgano del Estado, tendrá la posibilidad de evitar, por la acción o abstención que figure como conducta contraria de aquella que es condición de la sanción, el ilícito internacional, o bien de cometer la conducta calificada como delictiva, es decir, infringir su obligación.

III. Carácter general de la responsabilidad

Aclaremos primeramente que para quien acepta la tesis consistente en negar una pretendida diferenciación tajante entre sanción civil y sanción penal, dentro de la teoría general de la ciencia del derecho internacional, tal y como quedó expuesta con anterioridad, se verá obligado igualmente a rechazar una distinción categórica entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, aun cuando para el caso de aplicación de medidas coercitivas internacionales, como reacción a un ilícito consistente en la no reparación del daño, podría observarse ciertamente una similitud con la responsabilidad de carácter civil prescrita por los ordenamientos internos, siempre y cuando se tenga la concepción de que en una y otra situación se persigue, en principio, el restablecimiento de una situación que debería haberse presentado de no producirse el ilícito.

Si hemos caracterizado el acto delictivo, el hecho jurídicamente ilícito, como la conducta condicionante del acto de coacción, y que para efectos de la determinación del comportamiento constitutivo de la antijuridicidad (dentro del marco de los demás elementos encuadrados en el supuesto normativo), aseveramos que podría ser reconocido por la aplicabilidad de la sanción en contra de la conducta de un individuo, como consecuencia de la misma, quedando así estructurada ésta como la específica condición de la sanción con significado de comportamiento antijurídico, será igual-

23 Kelsen, Hans. *Teoría general...*, *cit.*, p. 163.

mente con base en este planteamiento como podremos hacer el examen del concepto de responsabilidad jurídica, ya que es precisamente el individuo al cual se dirige la sanción quien será jurídicamente responsable.

Pero del hecho de que la sanción no siempre es aplicable al autor de la conducta calificada de ilícita (la posibilidad que se presenta no es única, pues la sanción se dirige contra el sujeto que por su propia conducta realizó el ilícito, o bien se dirige contra personas que guardan con dicho sujeto una cierta relación determinada por el orden jurídico) así el concepto de responsabilidad por lo mismo, no puede ser jurídicamente identificable con el de deber jurídico, pues en tanto es posible afirmar que un individuo está *obligado* a la conducta contraria a aquella que le permite evitar la sanción, el individuo será *responsable* en tanto sea objeto de la aplicación de la medida coactiva, y es en este sentido como podría afirmarse, dice Kelsen, que un individuo está obligado a una conducta conforme a derecho, y responsable de una conducta contraria al mismo.[24]

Una misma persona puede ser sujeto de una obligación, autor del hecho ilícito y sujeto responsable, pero si la sanción recae en contra de un sujeto distinto del individuo que por conducta propia cometió el acto condicionante de la sanción, sujeto responsable y sujeto obligado no se identifican, siendo ésta la situación que se presenta en la llamada responsabilidad por acto ilícito de tercero que se caracteriza, ante todo, por la siguiente particularidad que es fundamental dejar bien puntualizada. Si un individuo responde de una conducta antijurídica que no fue la suya propia, entonces la norma jurídica del caso no puede encuadrar como condición de la sanción la conducta del individuo responsable; pero esto no significa en forma alguna que la norma no regule la situación del sujeto responsable, lo que sucede es que el sujeto responsable queda determinado por la norma jurídica como un sujeto cuya conducta es delimitada como objeto de la medida coactiva y que se estipula a título de sanción.

Así pues, en principio, a quien se aplica la sanción es al individuo al cual la norma jurídica lo determinaba como sujeto de una obligación, y que al realizar la conducta condicionante de la sanción se convierte en sujeto del hecho ilícito, y al ser objeto de la medida coactiva a título de sanción es, en consecuencia y por lo mismo, sujeto legalmente responsa-

24 Esta idea es expresada con precisión en el siguiente párrafo: "*L'on est obligé à une certaine conduite qui n'est jamais que sa propre conduite, sa conduite personnelle, on ne peut pas être obligé à la conduite d'un autre. On este responsable soit d'une ou pour une certaine conduite personnelle, soit de la ou pour la conduite d'un autre.*". Kelsen, Hans, *Théorie pure..., cit.*, p. 165.

ble. Diferenciándose netamente esta situación del caso en que el sujeto contra quien se hace efectiva la sanción no fue quien cometió por su propia conducta el acto delictivo (siendo entonces calificado como responsable por una conducta antijurídica de tercero); sin que esto signifique que el contenido de su propia conducta pueda interpretarse como delictivo, dado que es solamente en virtud de que el orden jurídico ha establecido una relación determinada entre el individuo cuya conducta es condición de la sanción y el individuo que funge como responsable del ilícito, que llega a ser inteligible, el hecho de que la conducta del individuo legalmente responsable no pueda estar prevista como elemento condicionante de la sanción.

De esta manera queda esclarecido el hecho de que no en todos los casos el individuo a quien se dirige la sanción puede ser calificado como autor del ilícito, pero a su vez, siempre que esta no identidad se presente, existirá una relación prevista y determinada por la norma jurídica entre sujeto infractor y sujeto responsable.

En relación con este último punto, es de suma importancia hacer notar que incluso cuando sujeto obligado y sujeto responsable hacen referencia a un único y solo individuo, la distinción teórica de los conceptos no desaparece, pues como acertadamente apunta Carlebach, la cuestión del sujeto de la sanción no se ha resuelto cuando únicamente se ha determinado el sujeto de la obligación, pues la estructura lógica de la norma jurídica no contiene nada que lleve necesariamente a admitir que el autor del hecho ilícito implica al sujeto de la sanción.[25] Luego entonces, no negamos que la diferenciación teorética permanece siempre entre los conceptos de obligación y responsabilidad, pero apuntamos únicamente que si el análisis parte del supuesto de no-identidad entre sujeto obligado y sujeto responsable, es solamente para facilitar la explicación de los conceptos, ya que de esta manera se hace evidente su diversa caracterización, pero sin que ello signifique que sólo en estos casos de no identidad existiría división de las nociones mencionadas.

En el supuesto del individuo que es considerado legalmente responsable por la conducta ilícita de un tercero, el antecedente condicionante de la sanción no puede contener de ninguna forma una acción u omisión propias del sujeto responsable, ya que si merece únicamente la calificación de sujeto responsable de un cierto hecho delictivo, pero sin que se le con-

25 Carlebach, Alexandre, *op. cit.*, p. 56.

sidere simultáneamente como autor directo de la infracción, y si el ilícito es el elemento condicionante que posibilita se genere la sanción, tenemos por consiguiente, que el comportamiento del sujeto responsable no podrá quedar encuadrado dentro de la hipótesis que funciona como condición de la sanción. Luego entonces, el sujeto al cual se determina como responsable de la comisión de un ilícito realizado por algún individuo diverso, no puede ser susceptible de ser comprendido su propio comportamiento dentro de la estructura de la norma, la cual se refiere al sujeto responsable únicamente como individuo que es objeto de la conducta de aquel que lleva a cabo la ejecución de la sanción.[26]

1. *Técnica de la responsabilidad colectiva*

La manifestación característica de esta técnica jurídica por la cual una sanción se dirige a un sujeto determinado, sin que la conducta del mismo esté prevista por la norma de derecho, la encontramos presente en el examen de la responsabilidad del Estado en derecho internacional, la cual es típicamente una responsabilidad colectiva, según Kelsen, la que se verifica cuando

> ... la sanción se dirige contra los individuos miembros de la misma comunidad jurídica de que forma parte el sujeto que, como órgano de tal comunidad, cometió el acto antijurídico, si la relación entre el infractor y los responsables está constituida por el hecho de que aquél y éstos pertenecen a dicha comunidad jurídica.[27]

Ahí donde se presenta una responsabilidad jurídica de tipo colectivo, el individuo previsto por la norma como sujeto obligado, no se identifica (por lo menos no de la misma forma que si se tratara de una responsabilidad individual) con el concepto de sujeto responsable; el comportamiento de los individuos que deben responder del incumplimiento de una obligación, no es un comportamiento jurídicamente relevante, en tanto que no queda previsto ante las condiciones de la sanción. La responsabilidad co-

26 "*Le sanzioni previste delle norme giuridiche devono essere dirette contro individui. Ma il comportamento dell'individuo contro il quale la sanzione e diretta può non trovarse tra la condizioni della sanzione.*" Kelsen, Hans, *Causalità e imputazione...*, *cit.*, p. 225.

27 Kelsen, Hans, *Teoría general del...*, *cit.*, p. 81.

lectiva hace patente, por otra parte, el hecho ya anotado de que mientras un sujeto no puede ser objeto de una obligación que no tenga como contenido su propia conducta puede, sin embargo, ser responsable de un comportamiento que haga referencia al contenido de una conducta que sea diversa a la suya propia.

Aquel individuo que en calidad de órgano del Estado incumple un deber jurídico-internacional, comete una acción ilícita de derecho internacional, y que al aparejar una sanción hace que se genere así una relación de "responsabilidad colectiva" de los individuos que pertenecen al ámbito personal de validez del orden jurídico interno, del que forma parte integrante el órgano por cuya acción u omisión se cometió el hecho delictivo.

En tales condiciones, el criterio que permite la determinación de los individuos responsables se infiere por el hecho de su pertenencia a la misma comunidad jurídica. La imputación del delito realizado por el sujeto directamente obligado, al sujeto de la responsabilidad, esto es, a la colectividad, hace aparecer, en palabras de Guggenheim, a la comunidad estatal como responsable de los actos del individuo que se ostenta como órgano para llevar a efecto el cumplimiento de las obligaciones internacionales.[28]

El hecho ilícito internacional que funciona como condicionante de la sanción se comete por órganos del Estado, y sin olvidar que la actividad de cualquier órgano puede llegar a ser relevante para el derecho internacional, en el sentido de que la relación de responsabilidad puede generarse a través de la conducta delictiva de todo órgano del Estado, es decir, por aquel individuo o individuos cuya acción u omisión no se le atribuye personalmente, sino que se le considera como comportamiento de la comunidad social, consideración que se efectúa por medio de la técnica que posibilita estimar el acto de un individuo como acto de la persona colectiva, en este caso el Estado, y que se ha denominado como "imputación central".

Así, puede decirse entonces que, con excepción de una norma internacional que delimite tanto el ámbito de validez material como el propio ámbito de validez personal (celebración de un tratado), la responsabilidad del Estado no se genera por conductas ilícitas cuya realización sea privativa de ciertos órganos, y esto se explica porque, como advierte Verdross, "... lo que ocurre es que el Derecho Internacional sólo exige que se dé un determinado *resultado*, sin obligar a un órgano determinado".[29]

28 Guggenheim, Paul, *Traité de droit... , cit.*, t. II, pp. 4 y 5.
29 Verdross, Alfred, *Derecho internacional..., cit.*, p. 75.

Sin embargo, la forma de responsabilidad internacional del Estado, como una típica responsabilidad colectiva, no es objeto de análisis por parte, principalmente, de aquellos autores que se afilian a tesis, ya clásicas, consistentes en considerar al Estado como un fenómeno empírico con con características sicofísicas, llevando a cabo de esta manera una sustancialización gnoseológicamente inadmisible del concepto jurídico del Estado.[30]

El orden jurídico cuya personificación es el Estado, y que se constituye como tal, mediante el establecimiento, fundamentalmente, de órganos centralizadores de la aplicación de sanciones como medidas coactivas, realiza sus diferentes funciones jurídico-internacionales a través de los órganos del Estado. El uso del término de "Estado", como órgano parcial del orden jurídico internacional, no debe ser motivo de una desorientación conceptual; la exigencia del uso de dicho vocablo es permitida en tanto facilite la explicación de problemas que son tratados con un lenguaje jurídico tradicional, pero entendiendo que no se hace referencia a una unidad real, sino por el contrario, se refiere a una construcción auxiliar de cognición normativa, cuyo significado preciso es el de ser una expresión denotativa de la unidad de un orden jurídico relativamente centralizado.

2. *Responsabilidad colectiva y su relación con la responsabilidad por hecho propio y de tercero*

Hemos dicho que la responsabilidad del Estado en derecho internacional es una responsabilidad de tipo colectivo, en virtud de que la individualización de la sanción se hace efectiva en contra de los miembros de la comunidad jurídica estatal por el incumplimiento de las obligaciones internacionales relativas a los órganos del Estado. Esta forma de responsabilidad no equipara, en estricto sentido, las cualidades de sujeto obligado

30 *Cfr.* Quadri, Rolando, *Diritto internazionale..., cit.*, pp. 54 y ss.; 391 y ss.; 423 y ss. El hecho de que Quadri declare expresamente que permanece fiel a la teoría realista (entiéndase organicista), concibiendo al Estado como un ente real capaz de voluntad propia, tiene como consecuencia la imposibilidad de lograr hacer comprensible dentro de su sistema teórico una forma de responsabilidad colectiva del Estado, no extrañando entonces que niegue también la técnica jurídica de la imputación central ("*... una volta scartata l'identificazione tra lo Stato e il suo ordinamento normativo, una volta riconosciuto che i fenomeni collettivi non sono meno reali dei fenomeni individuali, l'espediente dell imputazione giuridica diventa inutile*", p. 393). Parecería que de la concepción del Estado sustentada por Quadri, se desprendería que toda conducta del sujeto-órgano, sería siempre y en todo momento, acto de Estado, aun aquellas conductas que no tuvieran relación alguna con dicha función.

y sujeto responsable; esta equiparación es posible observarla, sin embargo, en relación con la estructura de la forma de la responsabilidad individual, en donde el sujeto responsable es sancionado a consecuencia de su propia acción u omisión ilícitas.

En tales condiciones parecería que la nota distintiva de la forma de responsabilidad colectiva estaría dada por la característica de una no identidad entre la calidad de sujeto obligado, y la calidad de sujeto responsable; empero, no podría llegarse a una conclusión categórica en este sentido; es necesario hacer una rectificación o puntualización ulterior.

Si bien la responsabilidad colectiva del Estado evidencia, por una parte, la distinción de la noción de ilícito y de la noción de sanción, manifiesta por otra parte, un específico carácter vinculatorio entre sujeto obligado y sujeto responsable, de tal suerte que el sujeto (órgano de Estado) cuyo comportamiento delictivo dio origen a la responsabilidad colectiva es también objeto de la sanción, y por lo tanto es posible verificar aquí también una cierta identidad del sujeto del ilícito y del sujeto pasivo de la responsabilidad, pero con la salvedad de que en esta forma de responsabilidad colectiva, el sujeto responsable no es únicamente el sujeto de la conducta calificada de antijurídica.

Esta idea que viene de enunciarse, es de suma importancia en tanto nos posibilita comprender las relaciones existentes entre la llamada responsabilidad por comportamiento propio, y la denominada responsabilidad por comportamiento ajeno (responsabilidad de tercero), en su conexión con la forma de responsabilidad individual y colectiva dentro del marco del derecho internacional.

La antinomia entre responsabilidad por conducta propia y responsabilidad por conducta de un tercero, no llega a constituir una duplicidad terminológica innecesaria o superflua, de la dualidad consistente en la responsabilidad de tipo individual, y en la responsabilidad de tipo colectivo, siempre y cuando se tenga presente el hecho de que la forma de responsabilidad colectiva, comprende también al sujeto autor del ilícito como pasible de la medida coactiva a título de sanción-consecuencia, paralelamente a la colectividad responsable de la cual forma parte el sujeto infractor en cuestión.

De no proceder conforme a este análisis, tendríamos que afirmar que necesariamente toda responsabilidad colectiva es una responsabilidad de tercero, lo cual, sin ser erróneo desde el punto de vista del sujeto únicamente responsable sería, sin embargo, obviamente impreciso en razón de

una falta de apreciación por lo que el sujeto que delinque se refiere, ya que este último es también responsable en tanto objeto de la sanción colectiva; dicho sujeto infractor responde en consecuencia por un acto propio, a diferencia del resto del grupo social, el cual responde por una conducta de tercero.[31]

Luego entonces, si al indagar la estructura de la responsabilidad colectiva del Estado, centramos el análisis en la figura del sujeto autor del ilícito obtenemos, en consecuencia, la posibilidad de constatar una falta de identidad absoluta entre responsabilidad colectiva y responsabilidad por conducta de tercero, lo cual origina que se forme una misma serie, como acertadamente ha puesto de relieve Carlebach, en donde la forma de responsabilidad por comportamiento propio sería coincidente, pero en donde, por otra parte, la forma de responsabilidad colectiva del Estado se revelaría como un compuesto (*mélange*) de responsabilidad por comportamiento propio, y de responsabilidad por comportamiento de tercero.[32]

Tendremos entonces, que cuando la responsabilidad de un ilícito internacional incumbe a un Estado, esto es, a la comunidad jurídica a la cual pertenece el sujeto-órgano autor del ilícito, significa que el Estado es responsable del ilícito como colectividad al mismo tiempo que el órgano-autor de la infracción, lo cual quiere decir que la responsabilidad por hecho propio y la responsabilidad por hecho de tercero convergen ahí donde existe una responsabilidad colectiva del Estado por ilícito del órgano que pertenece a dicha comunidad.

En cuanto a la afirmación de que la responsabilidad individual y la responsabilidad por hecho propio se encuentra en una misma serie en que son coincidentes en una tesis válida, siempre y cuando por responsabilidad individual se signifique únicamente una técnica por la cual un individuo es responsable no de un ilícito cualquiera, sino que responde exclusivamente de su propio acto ilícito.

Pero incluso Carlebach no lo considera siempre con un sentido estricto de responsabilidad individual, y hasta admite que aunque la mayor de

31 *Cfr.* Carlebach, Alexander, *op. cit.*, pp. 59 y ss. Este autor sostiene que la formación de la antinomia entre responsabilidad por conducta propia, y responsabilidad por conducta de tercero, frente a la antinomia de la responsabilidad individual, y de la responsabilidad colectiva, se explica por el hecho de que la primera resulta de la contestación a la pregunta: ¿por cuál conducta ilícita se es responsable, la propia o la ajena? Constituyendo este proceder una forma subjetiva de plantear el problema; en tanto que la segunda antinomia respondería a la pregunta: ¿quién es jurídicamente responsable, el individuo o la colectividad? Asentándose así, una posición objetiva del problema.

32 *Idem*, p. 60.

las veces la responsabilidad individual en derecho internacional es también responsabilidad por hecho propio, esto no impide que excepcionalmente pueda existir un sujeto individualmente responsable en derecho internacional por hecho ilícito de tercero, éste sería el caso, por ejemplo, en que la sanción fuese aplicable a miembros de la familia de un pirata; esta situación daría origen, según Carlebach, a una responsabilidad también individual, pero que no sería ya una responsabilidad por hecho propio, sino por hecho de tercero.[33]

Sin embargo, nuestro parecer es contrario a este último punto de vista por lo que al ejemplo mencionado se refiere, ya que los miembros de la familia serían responsables de un ilícito que no habrían ellos mismos cometido, en virtud de pertenecer al grupo familiar, y si es precisamente este criterio de pertenencia al grupo que hemos utilizado para la calificación de la responsabilidad colectiva del Estado, poco interesa, para este efecto, que el grupo sea una familia o una comunidad jurídica estatal.

IV. Régimen de la responsabilidad dentro de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas

Para que sea posible sostener que, de acuerdo con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, se establece un régimen de responsabilidad colectiva, es preciso que se reconozca que dentro del capítulo VII de dicha Carta, se prevé un orden de sanciones de tipo colectivo.

De acuerdo con el artículo 39 de la Carta, si el Consejo de Seguridad determina la existencia de una amenaza a la paz, o un acto de agresión, tiene la facultad (además de hacer recomendaciones) de decidir las medidas que deberán ser tomadas de conformidad con los preceptos 41 (medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada) y 42 (medidas que lleguen a implicar el uso de la fuerza armada) para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Pero si las medidas que deben ser tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Carta, son interpretadas como *medidas políticas* y en modo alguno como *sanciones jurídicas*, entonces difícilmente podrá ser considerada como válida la postura que sostiene la consagración del principio de la responsabilidad colectiva dentro de la Carta de la ONU.

33 *Idem*, p. 70.

La puntualización del aspecto de este problema es tanto más importante si tomamos en cuenta que uno de los internacionalistas de mayor prestigio, como lo es Eduardo Jiménez de Aréchaga, considera en una de sus principales obras que:

> Kelsen ha sostenido que, en rigor, no cabe definir estas medidas colectivas de los artículos 41 y 42 como sanciones, ya que la Carta no prescribe que las sanciones coercitivas dispuestas en el capítulo VII, se adaptarán exclusivamente contra un miembro que haya violado sus obligaciones.[34]

De aceptarse una interpretación semejante a la anterior, sería bastante problemático, como ya indicábamos, sostener que de acuerdo con la Carta de la ONU, se instaura un régimen de responsabilidad colectiva. Sin embargo, y por extraño que ello parezca, el mismo Kelsen no es partidario de esta tesis o, por lo menos, no de la misma forma que trata de presentarlo Jiménez de Aréchaga.

Curiosamente, y basándonos en la misma obra que utiliza Jiménez de Aréchaga, Kelsen asienta, expresamente y con toda claridad, que las medidas coactivas tomadas por el Consejo de Seguridad bajo el supuesto artículo 39 pueden someterse a dos diversas interpretaciones,[35] una de las cuales, pero no la única posible como quisiera Jiménez de Aréchaga, es la de considerarlas como meras medidas de carácter político. La otra interpretación de las medidas establecidas en el capítulo VII, es la de considerarlas como auténticas sanciones, ya que de conformidad con el derecho internacional general, una medida coactiva sólo se permite como reacción en contra del incumplimiento de una obligación de derecho internacional.

Se puede argumentar que las medidas coercitivas determinadas por los artículos 39, 41 y 42 no tienen el carácter jurídico de "sanciones", desde el momento en que no se establecen como reacción en contra de una violación de obligaciones establecidas por la Carta misma.

En este sentido, las únicas sanciones genuinas previstas por la Carta serían: 1. Expulsión de un miembro de la Organización que haya violado repetidamente los principios de la Carta (artículo 6o.); 2. *Suspensión* a un miembro del derecho de voto en la Asamblea General por mora en el

34 Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *Derecho constitucional.... cit.*, p. 383.

35 Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, Nueva York, Edit. Frederick A. Praeger, 1951, p. 732.

pago de sus cuotas financieras (artículo 19); 3. Las *medidas coercitivas* que puede dictar el Consejo de Seguridad en contra de un miembro que no cumpla con las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte Internacional de Justicia (con objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo) (artículo 94, 2o. párrafo).

Las acciones coercitivas adoptadas de conformidad con el artículo 39 serían así medidas puramente políticas, esto es, medidas que el Consejo de Seguridad puede aplicar en forma discrecional para el propósito de mantener o restaurar la paz internacional.[36]

Hay que aceptar, que interpretar las medidas coactivas adoptadas de acuerdo con el artículo 39 como medidas sin carácter de sanción, sería después de todo una visión de conformidad con la tendencia general que prevaleció en la redacción de la Carta, esto es, la preeminencia del enfoque político por encima del enfoque jurídico.

Una de las consecuencias, sin embargo, que se seguirían de adoptar esta interpretación sería, dice Kelsen, que con respecto a las medidas coactivas no habría diferencia entre un miembro que ha violado las obligaciones asentadas en la Carta, y un miembro que no es culpable de dicha violación.

Uno y otro podrían ser objeto de una medida coactiva si el Consejo de Seguridad lo considera necesario para el mantenimiento o restablecimiento de la paz, y hay que tener en cuenta que una acción coercitiva es un mal mucho mayor que la más severa de las sanciones aplicables a quien haya violado la Carta, en particular, la expulsión de la Organización.[37]

Sin embargo, Kelsen reconoce que la interpretación conforme a la cual las acciones coercitivas son simplemente medidas políticas, no es la única interpretación posible.

Puede válidamente aducirse —dice Kelsen— que, de conformidad con el derecho internacional general, una interferencia violenta o forzosa (*forcible*) en la esfera de los intereses de un Estado, esto es, represalias o guerra, es permitida únicamente como una reacción en contra de una violación de derecho, es decir, como una sanción.

Desde el momento en que las acciones coercitivas determinadas por los artículos 39, 41 y 42 de la Carta constituyen una interferencia por la

36 *Idem*, pp. 732 y 733.
37 *Idem*, p. 735.

fuerza en la esfera de intereses de un Estado, deben entonces ser interpretadas dichas medidas como sanciones, si es que partimos de la hipótesis de que la Carta está de conformidad con el derecho internacional general.

Si las acciones coactivas mencionadas tienen el carácter técnico de sanciones, entonces toda conducta en contra de la cual el Consejo de Seguridad sea autorizado por la Carta a reaccionar con medidas coercitivas, debe poseer el carácter de una violación a la Carta.

Consecuentemente, los miembros de la Organización tendrán no solamente las obligaciones expresamente formuladas en el texto de la Carta, sino también la obligación de abstenerse de toda conducta en relación con la cual el Consejo de Seguridad, conforme con el artículo 39, declare ser una amenaza, o quebrantamiento de, la paz.

Al declarar la conducta de un Estado, la cual no constituya una violación a una obligación expresamente estipulada por la Carta —ser una amenaza a, o quebrantamiento de, la paz—, el Consejo de Seguridad establece una obligación de abstenerse de dicha conducta.[38]

1. *Práctica internacional de la Organización*

Jamás, desde la Resolución del 27 de junio de 1950 (S/Res. 83 (195) (S/1511) del Consejo de Seguridad, en relación con el problema de Corea), la ONU ha recomendado a sus miembros intervenir militarmente contra el Estado responsable de una ruptura de la paz.

En cuanto a casos concretos en que una amenaza a la paz, el quebrantamiento de la paz, o un acto de agresión han sido juzgados de naturaleza tal para permitir la aplicación de sanciones del artículo 41 de la Carta, tendríamos los siguientes: Resolución S/54 (1948), del 15 de julio de 1948, en el asunto sobre Palestina; Resolución A/500 (v) del 18 de mayo de 1951, en el asunto sobre Corea; la mayoría de las Resoluciones de la Asamblea General en que se recomienda a los Estados adoptar sanciones pidiendo al Consejo de Seguridad aplicarlas contra Sudáfrica y contra

38 *Idem*, pp. 735 y 776. Ver también en un sentido semejante: Verdross, A., *Tratado de derecho internacional público*, t. II, pp. 76 y 77; *Guggenheim, Paul, Traité de droit..., cit.*, t. II, pp. 263 y 264; Kunz, Josef L., "Sanctions in International Law", *op. cit.*, pp. 329 y ss. *"The sanctions of the United Nations are, as far as their structure is concerned old fashioned, just as under general international law; they are directed against states, are based on collective responsability..."*.

Portugal después de 1962, y finalmente en el caso de Rodesia, a través de las resoluciones del Consejo de Seguridad, a partir de 1966.[39]

Para una parte de la doctrina el caso práctico que presenta mayores analogías con la hipótesis contemplada por el artículo 42 de la Carta, sería el de la acción coercitiva decidida por las Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, para la represión del movimiento de secesión de Katanga en perjuicio de la República federal congolesa en septiembre de 1961.[40]

Ahora bien, hay que decir que difícilmente se podría admitir que las operaciones de mantenimiento de la paz constituyan un sustituto de la acción armada del capítulo VII: el consentimiento del Estado en donde se llevan a cabo tales operaciones es radicalmente incompatible con las operaciones de sanción (cuya característica es de *imponerse* a los Estados que las sufren), además de que dichas operaciones de mantenimiento de la paz no tienen verdaderamente carácter militar; es la *presencia* de la fuerza, pero su *empleo* es excepcional.

2. *Convenios especiales del artículo 43 de la Carta*

Se ha dicho que si bien el sistema de seguridad colectiva definido por la Carta se caracterizaba por su realismo, también se caracterizaba por su ambición.

Los acuerdos o "convenios especiales" del artículo 43 debían determinar los medios militares (fuerzas armadas) que los miembros aceptaban poner a disposición del Consejo de Seguridad cuando éste lo solicitara, pero dichos "convenios especiales" nunca fueron celebrados.

Fue la agudización extremadamente rápida de la guerra fría, después de la Segunda Guerra Mundial, dentro del conflicto Este-Oeste, lo que destruyó el sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas, impidiendo su realización incluso antes de que comenzara a funcionar.

39 No tomamos en consideración como resoluciones que se fundan sobre la existencia de una situación del artículo 39, aquellas por las cuales las Naciones Unidas, incluso habiendo reconocido la existencia de una situación de este orden, no han emprendido alguna acción coercitiva sin que hubiera existido una constatación preliminar de una de las situaciones evocadas por el artículo 39. Combanеau, Jean, *Le Pouvoir de Sanation de l'ONU* (Préface de Paul Reuter), Paris, A. Pédone, 1974, pp. 84-106.

40 Forlati Picchio, Laura, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1973, pp. 213-216.

No habiendo sido colocada la piedra clave, todo el edificio estaba condenado a derrumbarse, pues como dice la gran autoridad que es el profesor Michael Virally, es en la no celebración de los "convenios militares especiales", donde reside la causa del fracaso del sistema, y no, como muchas veces se ha pretendido, en el hecho del uso inmoderado del veto durante los primeros años de funcionamiento de la Organización.[41] Esto en todo caso sería una mera consecuencia.

La modificación en la práctica de la idea de seguridad colectiva y su reemplazo por el sistema de las operaciones de mantenimiento de la paz, no significa que las disposiciones del capítulo VII de la Carta hayan llegado a ser caducas (con excepción del artículo 43).

Desde 1950, el Consejo de Seguridad no ha autorizado una fuerza de Naciones Unidas a utilizar sus armas para alcanzar sus objetivos más que en el marco de una operación de mantenimiento de la paz y en circunstancias muy peculiares, ya que la acción militar que debía emprenderse no estaba dirigida contra un Estado reconocido; se trata de la acción contra Katanga llevada a cabo en ocasión de las operaciones del Congo (1961).

Únicamente en otro caso, el relativo a Rodesia del Sur, el Consejo de Seguridad ha autorizado a un Estado (el Reino Unido) a adoptar medidas de control naval implicando el empleo de la fuerza para evitar la violación del embargo del petróleo que él mismo había decidido (1966).[42]

Por el contrario, medidas colectivas de acuerdo con el artículo 41, han sido recomendadas y ordenadas, como ya veíamos, en varias ocasiones y en diferentes casos: Rodesia del Sur (bloqueo económico); territorios bajo administración portuguesa, y en Namibia (prohibición de relaciones diplomáticas, consulares y otras con Sudáfrica).

V. CONCLUSIONES

Los conceptos de acto o hecho ilícito, deber jurídico, y sanción en derecho internacional, analizados de acuerdo con el esquema condicional de la norma jurídica, permiten el estudio de la categoría de la responsabilidad jurídico-internacional.

Las obligaciones de los Estados impuestas por el derecho internacional, son obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento se lleva a cabo por los

41 Virally, Michael, *L'Organisation Mondiale*, París, Armand Collin, 1972, p. 470.

42 *Idem*, p. 479. La crisis del Golfo Pérsico (1990), constituye una nueva aproximación a la instauración del concepto de seguridad colectiva. Ver *infra*, en este mismo volumen.

individuos que el orden jurídico internacional califica con el carácter de "sujeto-órgano", y en principio son designados con tal carácter, por los ordenamientos jurídico-internos, mediante el principio general de delegación que rige el sistema de derecho internacional.

Cuando el sujeto-órgano de Estado incumple una obligación internacional, es decir, cuando no realiza la acción u omisión que figura como hecho contrario a aquel que es condición de la sanción, comete un hecho ilícito internacional, que permite se genere la aplicación de una sanción como consecuencia condicionada del hecho delictuoso internacional.

Los Estados, como órdenes jurídicos parciales, funcionan por medio de órganos; el cumplimiento del contenido de la obligación internacional, ámbito jurídico de validez material de la norma, se realiza por un sujeto-órgano; la técnica jurídica que posibilita la atribución de un acto u omisión calificado por el derecho internacional, al Estado como sujeto de derecho internacional, es la técnica denominada, como "imputación central" (*atribución*); es esta operación, que funciona como recurso auxiliar de la ciencia del derecho, la que permite atribuir los actos de ciertos individuos, sujetos-órganos, a la unidad del Estado como personificación de un orden jurídico parcial.

La responsabilidad como condición de sometimiento a una sanción no es sino la relación jurídica establecida entre el individuo que comete el hecho delictivo y la sanción que dirige contra el propio autor del hecho ilícito, o contra otro u otros individuos, cuya relación con el individuo que efectivamente cometió el acto delictuoso es determinada por el orden jurídico.

El carácter de sujeto-obligado y el carácter de sujeto-responsable, puede ser coincidente siempre y cuando el sujeto obligado, al infringir su obligación y ser considerado como autor del hecho ilícito, sea a su vez sujeto pasivo de la sanción. Pero si la sanción, como medida coactiva, se dirige, no en contra de aquel que cometió el hecho delictivo, sino de otro u otros individuos, la calidad de sujeto-obligado no se identifica con la calidad de sujeto-responsable, manifestándose la diferenciación de los conceptos de obligación y responsabilidad jurídica.

Que el Estado, como sujeto de derecho internacional, sea considerado jurídicamente responsable, significa que la individualización de la sanción internacional, se hace efectiva en contra de los miembros que integran la comunidad estatal por hecho ilícito de los sujetos-órgano del Estado, lo cual origina que la responsabilidad del Estado se califique como una forma de responsabilidad colectiva.

Dentro del análisis de este tipo de responsabilidad, se debe tomar en consideración al órgano-autor del hecho delictivo internacional; al ser él también sujeto pasivo de la sanción, su responsabilidad es una responsabilidad por comportamiento propio, en tanto que la responsabilidad de los demás miembros de la colectividad sometidos al orden jurídico, al cual pertenece el órgano-autor del hecho ilícito, es una responsabilidad por comportamiento del tercero.

En este sentido, la responsabilidad colectiva del Estado, no es estrictamente una simple responsabilidad por comportamiento de tercero, sino que se revela como una forma de responsabilidad jurídica *que participa de las características* de la responsabilidad por comportamiento de tercero.

Las medidas coactivas establecidas en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas pueden ser interpretadas válidamente como auténticas sanciones, ya que de conformidad con el derecho internacional general, una medida coactiva sólo se permite como reacción en contra del incumplimiento de una obligación de derecho internacional.

La anterior interpretación tiene como corolario, que se considere a los Estados como sujetos a los cuales la Carta de la ONU impone no solamente obligaciones expresamente enunciadas en dicho instrumento (por ejemplo, artículos 6o. y 19), sino que tendrían además la obligación más general de abstenerse de toda conducta que pueda llegar a ser considerada por el Consejo de Seguridad, de acuerdo con el artículo 39: amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ASPECTOS DE LA REPARACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Introducción: puntos generales sobre la teoría de la reparación.* II. *Formas y modalidades de la reparación.* III. *Alcance de la reparación.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: PUNTOS GENERALES SOBRE LA TEORÍA DE LA REPARACIÓN

Se puede considerar que la casi totalidad de la doctrina está de acuerdo en aceptar, con base en la práctica internacional, que a todo incumplimiento o violación de un deber jurídico-internacional, imputable a un Estado en su calidad de sujeto de derecho internacional, genera a cargo del Estado infractor una obligación de reparar el hecho ilícito cometido.

Sobre este punto preciso, las discrepancias que pueden encontrarse, en gran parte de carácter terminológico, ya sea en la doctrina como en la jurisprudencia o en la práctica de los Estados, no pueden realmente ser calificadas como substanciales por lo que a su contenido se refiere.

Que de conformidad con el derecho internacional, la relación jurídica que se origina como consecuencia de la inobservancia de una obligación internacional, deba contraerse a la relación entre el Estado, o Estados, a los que sea imputable el acto u omisión ilícitos y que están obligados a la reparación, y el Estado, o Estados, que pretenden ser titulares del derecho a obtener reparación, no pudiendo existir otro efecto jurídico, es sin duda la concepción que tradicionalmente ha sido sustentada dentro de la teoría de la responsabilidad internacional.[1]

Para otra parte de la doctrina, sin embargo, el hecho ilícito imputable al Estado puede configurarse como susceptible de originar una doble relación jurídica. El Estado que se estimare lesionado como consecuencia del

1 Anziolotti, Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Società Poliografica Editoriale, 1955, vol. II, pp. 384, 385 y 421.

comportamiento antijurídico, tendría el *derecho* de exigir una reparación (función de reintegración o compensación) al autor del hecho ilícito, o bien, eventualmente sería titular de la *facultad* jurídica de recurrir a la aplicación de una sanción, que no se identifica con la ejecución forzosa de la obligación. Por sanción se entiende, dentro de esta tesis, una medida que no implica necesariamente un acto de coerción o de empleo de la fuerza, pero que se caracteriza, al menos, por buscar una cierta finalidad de castigo o de naturaleza aflictiva. El acto de expropiación de bienes de un extranjero sin que medie ninguna forma de compensación, como respuesta de un Estado a un hecho análogo cometido por otro Estado, puede ser considerado como un ejemplo de sanción, por su carácter específicamente represivo y por la ausencia de toda idea de reintegración.[2]

Sin dejar de tomar en cuenta las diferencias que pueden ser constatadas entre las dos concepciones anteriores, tanto una como otra, sin embargo, concuerdan en un punto específico: ambas tesis reconocen la existencia en derecho internacional de una obligación de reparar el hecho ilícito a cargo del Estado transgresor de la norma jurídica.

Una última tesis que merece mencionarse, aunque no fuere sino por su carácter radicalmente divergente, es aquella que niega que el derecho internacional general conozca una norma consuetudinaria que establezca un concreto deber de otorgar reparación por parte del Estado infractor. Según H. Kelsen, para que pueda darse por supuesta la obligación de otorgar una reparación, es necesario que con antelación se llegue a la concertación de un acuerdo sobre la existencia del hecho ilícito y sobre el contenido de la reparación, entre el Estado que se presume lesionado y el Estado infractor.[3]

Esta última concepción, que concibe la reparación en derecho internacional como una consecuencia meramente eventual de la producción de un hecho ilícito internacional, ha sido poco compartida por el resto de la doctrina, además de haber sido fuertemente criticada como contraria a la práctica internacional de los Estados.[4]

2 Ago, Roberto. "Le Délit International", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (RCADI)*, París, Recueil Sirey, 1939-III, t. 68, pp. 426-429, 524-531, Giuliano, Mario, *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, pp. 597-599.

3 Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed. (revisado y editado por Robert W. Tucker), USA, Holt, Rinehart and Winston, 1966, pp. 18 y 19.

4 Reitzer, Ladislas, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit international*, Belgique, Georges Thône, 1938, pp. 32 y ss. Uno de los puntos que pone de relieve este autor, es que también en aquellos casos en que el Estado lesionado procedió a una medida de tipo coercitivo, casi invariablemente se adujo el hecho de que se le había negado la reparación debida.

Una vez expuestas las diversas corrientes que sobre el problema de la reparación han sido formuladas, quisiéramos indicar, como punto preliminar, que en los diversos informes sobre responsabilidad de los Estados presentados ante la Comisión de Derecho Internacional por el relator especial Roberto Ago, el hecho ilícito internacional ha sido definido sin tomar en consideración el elemento del "daño"; el comportamiento, por acción u omisión, imputable a un Estado por el derecho internacional, violatorio de una obligación, compromete la responsabilidad de un Estado. En aquellos casos en que la responsabilidad internacional se traduce en una obligación de reparación, es la infracción misma la que es objeto de reparación y no el "daño" eventualmente provocado.[5]

Esta concepción presentada por el profesor Ago, tiene la ventaja de subrayar la *no-identidad* entre el concepto de responsabilidad que se desprende de un hecho ilícito y la obligación jurídica de indemnizar un daño cometido.

Nosotros pensamos que, conforme a la teoría del derecho, esta posición no puede ser objetable; sin embargo, debemos tener presente que, de acuerdo con el derecho internacional positivo, la regla general que parece poder desprenderse consiste en afirmar que una responsabilidad internacional es imputable a un Estado siempre y cuando se aduzca la existencia de un daño, sea éste de naturaleza material o moral (aun en hipótesis, como veremos, en las que en realidad se trate exclusivamente de infracción a la "legalidad objetiva"), por parte del sujeto que pretende ser titular del derecho lesionado o del interés jurídicamente protegido.

II. Formas y modalidades de la reparación

El derecho internacional reconoce, tanto en la jurisprudencia internacional como en la práctica diplomática, dos formas de reparación que se presentan comúnmente, aunque no necesariamente, en las reclamaciones en que se aducen daños de carácter material: la restitución en especie —*restitutio in integrum*— y la indemnización de daños y perjuicios, pudiendo presentarse ambas formas de manera simultánea.[6]

5 Ver el "Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados", *Annuaire de la Commission du Droit Internacional (ACDI)*, 1970, vol. II, p. 208; y el "Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados", *ACDI*, 1972, vol. II, p. 107.

6 El antiguo relator especial, F. V. García Amador, utiliza el término de "reparación propiamente dicha o *stricto sensu*" para referirse tanto a la restitución como a la indemnización. *Documentos oficiales de Naciones Unidas* (Doc. A) Conf. 4/96, en *ACDI*, 1956, vol. II, pp. 206 a 209.

1. *Restitución en especie: restablecimiento del* statu quo ante

La restitución en especie es considerada como el modo de reparación por excelencia.

Este tipo de reparación se traduce esencialmente por un restablecimiento efectivo de la situación que debería haber existido en caso de no haberse producido el hecho ilícito.

Si se piensa que el principio general de la reparación tiende a hacer desaparecer las *consecuencias* producidas por el hecho ilícito imputable al Estado en cuanto sujeto de derecho internacional, es entonces evidente que la reparación en especie se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación.[7]

Esta forma de concebir la restitución en especie en derecho internacional ha sido claramente formulada en el célebre caso relativo a la *Fábrica de Chorzów*. Este caso sometido al conocimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, es de una importancia considerable, ya que la Corte determinó en detalle una gran parte de los principios que deben regir las consecuencias jurídicas que resultan de la violación de una obligación jurídica en el plano internacional, pues aun cuando en el caso específico se trate de una responsabilidad de tipo contractual, los mismos principios se aplican para cualquier otro tipo de responsabilidad, dado que el derecho internacional no conoce una distinción, por lo que a la reparación se refiere, que atienda al diverso origen del acto u omisión ilícitos.

La demanda presentada por el gobierno alemán pretendía obtener una reparación de parte del gobierno polaco, por el perjuicio sufrido por las sociedades anónimas *Oberschlesische* y *Bayerische*, debido a la actitud tomada por el gobierno de Polonia en relación con dichas sociedades, en el tiempo de la toma de posesión, por este último gobierno, de la fábrica de nitrato situada en Chorzów, actitud que la Corte Permanente de Justicia Internacional había declarado en su fallo número 7, del 25 de mayo de 1926, como no siendo conforme a las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1922, celebrada entre Alemania y Polonia, referente a la región de la Alta Silesia.[8]

7 Reitzer, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

8 "Affaire relative a l'Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)", *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CPJI (RAAOCPJI)*, serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928, pp. 5 y 18.

La Corte debía pronunciarse ahora, no sólo sobre la existencia de la obligación de reparar, sino además sobre los daños que debían servir como base para la evaluación del monto de la indemnización y el alcance de la reparación.

En esta sentencia del 13 de septiembre de 1928, la Corte Permanente enfatiza la idea de considerar a la reparación como el corolario de la violación de las obligaciones, como el complemento indispensable por incumplimiento de un acuerdo, sin que para ello sea necesario que se encuentre expresamente estipulado; prueba de esto, además, es que en el curso de las fases del procedimiento, ninguna de las partes puso en duda que la obligación de reparar fuese un elemento del derecho internacional positivo. Por todo esto, la Corte sostiene que la obligación de reparar no es sólo un principio del derecho internacional sino, además, que el deber de reparación constituye una concepción general del derecho.[9]

Más adelante la Corte, después de señalar la ilegalidad del desposeimiento de la empresa por parte de Polonia, acto expresamente prohibido por la Convención de Ginebra, y por consiguiente no pudiendo expropiarse ni aun mediante indemnización, declara:

> El principio esencial que se desprende de la noción misma de acto ilícito y que parece derivarse también de la práctica internacional [...] es el de que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría verosímilmente existido si dicho acto no se hubiere realizado. Restitución en especie, o, de no ser ello posible, pago de una suma correspondiente al valor que adquiriría la restitución en especie; concesión, si fuere ello necesario, de una indemnización por pérdidas sufridas y que no quedaren cubiertas por la restitución en especie, o por el pago en su reemplazo...[10]

En este caso particular, habiéndose declarado que la Convención prohibía la expropiación de la empresa, la consecuencia que se genera es la obligación de restituirla o, en su caso, conceder una indemnización que reemplace la restitución en especie, lo que en efecto fue establecido por el fallo de la Corte.[11]

En la práctica internacional, la restitución en especie ha revestido diversas modalidades, pudiendo implicar acciones tales como la restitución

9 *Idem*, pp. 27, 28 y 29.
10 *Idem*, p. 47.
11 *Idem*, pp. 63 a 65.

de la propiedad confiscada, hasta formas como la abrogación, o derogación de medidas legislativas, o aun la anulación o no ejecución de un fallo dictado por algún tribunal nacional en contradicción con una obligación internacional.

En el caso de *Martini* entre Venezuela e Italia, el tribunal de arbitraje rechazó una reparación pecuniaria que la Sociedad Martini reclamaba por los daños, los cuales, según alegaba, le habían sido ocasionados como consecuencia de una sentencia, considerada contraria a una fallo arbitral anterior, pronunciada por la Corte de Casación de Caracas, y la cual concedía una indemnización al gobierno venezolano. En opinión del árbitro Undèn, dicho fallo de la Corte de Caracas no había ocasionado perjuicio material a la Sociedad Martini, ya que no se había acatado y que, por lo tanto, no existía "motivo suficiente" para conceder una reparación pecuniaria.

Sin embargo, el tribunal arbitral, en su sentencia del 3 de mayo de 1930, decretó la anulación de las obligaciones de pago impuestas a la Sociedad Martini por el fallo de la Corte de Caracas, estimado como "manifiestamente injusto". El tribunal declara:

> Aun cuando dicho pago no haya sido jamás efectuado..., las obligaciones de pago existen conforme a derecho. Tales obligaciones deben ser anuladas, a título de reparación. Al decretar su anulación, el tribunal arbitral subraya el hecho de que se ha realizado un acto ilícito y aplica el principio de que las consecuencias del acto ilícito deben ser borradas.[12]

En cuanto a la demanda de anulación de una disposición constitucional violatoria de una obligación internacional, quizá el ejemplo más significativo lo constituya la demanda de derogación del artículo 62, párrafo 2, de la Constitución de Weimar de 1919. Dicha disposición había sido considerada por el Congreso Supremo de las Potencias Aliadas como contrario al artículo 80 del Tratado de Versalles, por el cual Alemania se había comprometido a reconocer la independencia del gobierno austriaco.[13]

Los ejemplos anteriores, por constituir un restablecimiento de la situación anterior (del *statu quo ante*), pueden estimarse como medidas que caracterizan la restitución en especie.

12 "Affaire Martini", *Requeil de Sentences Arbitrales (RSA)*, vol. II, pp. 1001 y 1002.

13 Citado por Visscher, Charles de, "La responsabilité des États", *Bibliotheca Visseriana*, Leyden, 1924, p. 96. Este autor denomina la restitución en especie, reparación directa, en contraposición a la indemnización por daños y perjuicios, que llama reparación *indirecta*, p. 118.

En la práctica, aun cuando la restitución en especie sea teóricamente el modo de reparación que debe prevalecer, es raramente aplicable, pues son más bien escasas, por múltiples razones, las situaciones susceptibles de un restablecimiento del estado de cosas anterior al hecho ilícito.

2. *Indemnización por daños y perjuicios: reparación en equivalente*

La indemnización por daños y perjuicios es un modo de reparación que se presenta siempre y cuando la restitución en especie no sea susceptible de ser concedida (por ejemplo, la destrucción del bien objeto del litigio), o cuando existe de por medio un acuerdo entre las partes (la demanda de anulación de una sentencia, o de abrogación o derogación de una disposición legislativa, pueden suscitar problemas de orden constitucional bastante delicados, por lo que se prefiere no recurrir a la restitución en especie), o asimismo es aplicable este modo de reparación en el caso, por demás frecuente, en el que las consecuencias del hecho ilícito no logren ser totalmente resarcibles recurriendo únicamente a la forma de restitución en especie.[14]

En el caso relativo a la fábrica de Chorzów, la restitución de la empresa no aparecía como materialmente imposible de conceder y, sin embargo, el gobierno alemán renuncia a ejercer una acción por restitución en especie y presenta en su lugar una demanda de indemnización por daños y perjuicios.

En un principio, el gobierno alemán había presentado una demanda de restitución en especie, pero en el curso de las negociaciones abandonó dicha demanda por considerar que durante el periodo en que el gobierno polaco había explotado la empresa, ésta había sufrido modificaciones tales que, en su estado actual, ya no era posible considerar que constituyera, ni jurídica ni económicamente, el mismo objeto existente en el momento de su desposeimiento, por cuya razón se estima que su restitución era inoperante.[15]

Así pues, si el gobierno alemán solicita la indemnización por daños y perjuicios, en vez de ejercitar la acción de restitución, es porque, en realidad, la restitución en especie no habría logrado reparar las consecuencias del hecho ilícito; ante la imposibilidad de restablecer el estado de cosas

14 Ver Guggenheim, Paul. *Traité de Droit International Public*. Genève, Georg, 1954, vol. II, pp. 68 y 69; Garcia Amador, F. V., "Sexto informe sobre responsabilidad del Estado. Doc. A/Conf. 4/134", *Year Book of the International Law Commission*, 1961, vol. II, p. 18.

15 "Affaire relative à l'Usine de Chorzów", *RAAOCPJI*, p. 28; y opinión en disidencia del juez lord Finlay, quien se opone al método de evaluación del daño, seguido por la Corte, *idem*, pp. 70 y ss.

existentes con anterioridad a la verificación del hecho ilícito, se ejercita entonces una acción de indemnización correspondiente al daño sufrido.

Si la restitución en especie se caracteriza por un restablecimiento de la situación anterior, o como dice Bissonnette "por su carácter esencialmente restitutivo",[16] la indemnización por daños y perjuicios se distingue por su carácter de substitución, pudiendo entonces decirse que se trata de una forma de reparación por equivalente.

3. *La satisfacción: reparación del daño inmaterial o "político-moral"*

Si conforme a la práctica de los Estados en derecho internacional se ha reconocido a la "satisfacción" como un modo de reparación del hecho ilícito, pudiendo presentarse concurrentemente con las otras dos formas de reparación, cuando ello resulta necesario para subsanar las consecuencias del comportamiento ilícito, es conveniente preguntarnos en qué medida puede justificarse que sea considerada la "satisfacción" como una figura jurídica, teóricamente distinta tanto de la reparación en especie como de la indemnización por daños y perjuicios.

La satisfacción puede diferenciarse de la restitución en especie, en la medida en que la satisfacción no logra un restablecimiento del *statu quo ante*. Por el contrario, el carácter no pecuniario que presenta, por regla general, la satisfacción en derecho internacional no constituye, sin embargo, un elemento esencial de diferenciación respecto de la indemnización por daños y perjuicios, ya que en ocasiones la satisfacción, como forma de reparación, puede llegar a revestir un carácter pecuniario.

Los elementos que pueden suministrar una base para considerar la satisfacción como una forma autónoma de reparación, se encontrarían más bien en que cierta clase de reclamaciones de reparación exigidas por los Estados no podrían, en sentido estricto, ser asimilables a aquellas que se presentan en los casos en que se solicita una reparación en especie o una indemnización por daños y perjuicios; subrayándose además el hecho de que la solución de una controversia puede lograrse recurriendo a esta única forma de reparación.[17]

Si tomamos en cuenta que la función esencial que se considera debe revestir la satisfacción es la de reparar el llamado daño moral (*moral*

16 Bissonnette, P. A., *La satisfaction comme mode de reparation en droit international*, Genève, 1952, p. 22.

17 *Idem*, pp. 24 y 25.

wrong), denominado también perjuicio "político-moral",[18] no es difícil comprender entonces la serie de imprecisiones a que puede dar lugar la institución de la satisfacción como modo de reparación en el derecho internacional.

La doctrina, en forma casi unánime, está de acuerdo en apreciar que todo perjuicio que se ocasiona al honor, prestigio o dignidad de un Estado, en su calidad de sujeto de derecho internacional, constituye un daño de carácter moral.[19] Sin embargo, es precisamente en este punto donde la satisfacción como modo de reparación, parece adquirir un alto grado de imprecisión. Dado que la concepción de lo que puede considerarse como el "prestigio", "honor", "dignidad", etcétera, del Estado no se puede encuadrar en una definición de tipo uniforme y de validez objetiva, el único método que puede ser de utilidad, es recurrir al examen de aquello que los Estados han juzgado, en la práctica diplomática o jurisprudencial, constitutivo de un perjuicio al "honor" del Estado.

Entre los actos que comúnmente se han considerado que ocasionan un daño "político-moral" al Estado y que por lo tanto ha generado el derecho de exigir una satisfacción, podemos mencionar en particular: las violaciones al territorio del Estado (terrestre, marítimo o aéreo), es decir, el ámbito dentro del cual posee competencia exclusiva para hacer cumplir su ordenamiento jurídico; injurias cometidas en contra de las personas que son calificadas como órganos o funcionarios representantes del Estado; ataques en contra de embajadas, consulados o delegaciones; ultrajes a los emblemas del Estado o escritos e injurias proferidos en contra de un Estado.[20]

Las medidas de satisfacción que permiten reparar el daño moral, pueden ser de diversa índole y la vigencia, uso o desuso de las mismas, están condicionadas al recurso que de ellas hacen los Estados, en una época u otra, como a continuación veremos.

A. *La presentación de excusas*

Esta es sin duda la forma de satisfacción que ha sido mayormente utilizada en las relaciones internacionales, y se ha manifestado a través de modos y procedimientos de múltiple orden.

18 Esta última denominación es la utilizada por García Amador en *op. cit.*, vol. II, p. 19.

19 Bissonnette, *op. cit.*, p. 36; Giuliano, *op. cit.*, vol. I, p. 594.

20 Salmon, Jean J. A., *La responsabilité internationale*. Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, p. 153. Bisonnette, *op. cit.*, p. 45.

Dentro de este específico modo de satisfacción podemos mencionar el incidente ocurrido en 1949, entre Estados Unidos y la República de Cuba, ocasionado por el comportamiento irrespetuoso de miembros de la marina estadounidense hacia el monumento de José Martí, comportamiento que fue considerado por el gobierno cubano como injurioso para la República de Cuba. Al día siguiente, el embajador de Estados Unidos se presentaba al pie de dicho monumento y daba lectura pública de una carta de pesar y excusas.[21]

Este incidente permite constatar que un gobierno puede considerar que se ha lesionado el honor del Estado, aun cuando el emblema objeto de la injuria no presente un carácter estrictamente oficial.

Un incidente de fecha más reciente, fue el ocurrido entre Estados Unidos y Francia a propósito del viaje del presidente Pompidou a Estados Unidos en calidad de jefe de Estado. Como consecuencia de la simpatía del presidente francés hacia la causa árabe, los grupos sionistas organizaron una serie de manifestaciones injuriosas en contra del presidente Pompidou. R. Ziegler, portavoz oficial de la Casa Blanca, declaró que el presidente Nixon había ya presentado su "pesar y excusas" en nombre propio y del pueblo estadounidense por los sucesos ocurridos.[22]

Independientemente del hecho de que éste sea un caso en el que se plantea la cuestión de la responsabilidad del Estado huésped hacia el presidente o jefe de un Estado extranjero en vista oficial y el deber de vigilancia debida, tanto este incidente como el anterior, ejemplifican el carácter especial de "publicidad" que debe mostrar la presentación de excusas, ya que se tiende a la reparación del prestigio y dignidad del Estado.

La presentación de excusas puede también implicar el acto de "rendir honores a la bandera" del Estado ofendido, como una forma típica de conceder satisfacción por reparación del daño moral.

Un ejemplo significativo de esta forma de "presentación de excusas", es el incidente ocurrido el 14 de julio de 1920 en la ciudad de Berlín. Estando enarbolada en la embajada francesa la bandera de este país, un cierto número de personas agrupadas enfrente de la embajada, comenzó a proferir injurias contra el emblema francés, al mismo tiempo que un individuo se apoderaba de la bandera; todo esto ocurría sin que las autoridades alemanas hubieran intentado siquiera intervenir para impedir la eje-

21 Citado por Bissonnette, *op. cit.*, pp. 67 y 88.

22 "Incidentes en el transcurso del viaje del presidente Pompidou a Estados Unidos", *Chronique des faits internationaux. Révue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1971, pp. 177-183.

cución de tales actos. El gobierno francés exigió que la injuria cometida fuera reparada mediante la presentación de honores militares rendidos ante el emblema francés.

Es interesante hacer notar que aun cuando el gobierno alemán accedió a rendir, y en efecto llevó a cabo, los honores exigidos, sin embargo, el gobierno francés rehusó la medida de satisfacción, en razón de que la compañía militar habíase presentado con retraso de la hora oficial, vistiendo simple uniforme de cuartel y que, al momento de retirarse la compañía, había comenzado a entonar uno de los cantos nacionalistas alemanes, bajo la orden misma del oficial que encabezaba la compañía.[23]

Esta última modalidad de la "presentación de excusas", como forma de reparación del daño "político-moral", puede considerarse que en la práctica ha venido a caer en desuso, posiblemente como consecuencia del carácter eminentemente espectacular que reviste el rendir honores a los emblemas de un Estado, al igual que han caído en desuso otro tipo de ceremonias similares, como el envío de una misión expiatoria con el fin de presentar en forma oficial las excusas debidas.[24]

B. *Castigo de la persona autor del daño moral*

La satisfacción, en la práctica internacional, puede también presentarse bajo la forma de la imposición de un castigo al individuo cuyo comportamiento ha originado la responsabilidad imputable al Estado.

Es pertinente señalar que por responsabilidad del Estado derivada de actos de sus particulares entendemos aquí la que se genera por una omisión de las medidas que normalmente deberían haberse adoptado, atentas las circunstancias conforme al derecho internacional, para prevenir la realización de actos lesivos contra un Estado extranjero, lo que significa que no es nunca la conducta de un individuo en su carácter de simple "particular", lo que puede ser estimado como fuente de responsabilidad internacional.[25]

23 "Incidente relativo al ultraje a la bandera francesa", *RGDIP*, 1920, pp. 358-361. Sólo después de recibir en forma oficial una serie de explicaciones por parte del gobierno alemán —excusa implícita— acerca del comportamiento ocurrido, el gobierno francés aceptó que se había reparado el daño moral.

24 Bissonnette, *op. cit.*, pp. 100-101, y 107-108.

25 Sobre este particular, es ilustrativo el pensamiento del juez Winiarski: "...según el derecho internacional, todo Estado es responsable de un acto ilícito si ha cometido tal acto; si ha omitido tomar las medidas necesarias para prevenir un acto ilícito, y si ha omitido tomar las medidas necesarias para la búsqueda y castigo del autor de un acto ilícito". "Arrêt du 9 avril 1949 dans l'Affaire du Détroit de Corfou", *RAAOCPJI*, 1949, p. 54. Voto en disidencia del juez Winiarski.

En caso de que el individuo personalmente responsable sea un funcionario u órgano representante del Estado, la medida de reparación que se otorga consistirá, por regla general, en una sanción de carácter disciplinario o administrativo: revocación, destitución, suspensión, reprimenda, etcétera.[26]

En el incidente ya citado sobre el ultraje a la bandera francesa, se dictó orden de aprehensión en contra del individuo responsable del apoderamiento del emblema, además los ministros del *Reich* destituyeron a varios funcionarios, entre ellos al comandante de la primera división de la milicia de seguridad de Berlín, culpándoseles de no haber dictado las medidas necesarias para evitar los incidentes suscitados lesivos de la dignidad del Estado francés.[27]

En ocasiones, el Estado responsable otorga satisfacción por propia iniciativa, como fue el caso en el atentado en contra del jefe del Estado de la Ciudad del Vaticano, Pablo VI, el 27 de noviembre de 1970. Al llegar al aeropuerto de Manila, en visita oficial a las Filipinas, el papa Pablo VI fue agredido por un pintor de nacionalidad boliviana. El presidente Marcos expresa excusas por no haberse tomado las medidas de precaución suficientes; al individuo responsable del atentado se le inculpa por tentativa de asesinato premeditado sobre una "personalidad importante en el ejercicio de sus funciones", condenándosele a una pena de cuatro años y dos meses de prisión, aun cuando se reconoce el carácter "anormal" del espíritu del acusado.[28]

C. *La declaración judicial de la ilegalidad del acto*

Además de la presentación oficial de excusas y del castigo de la persona causante del daño moral, algunos autores consideran que la declaración judicial de la ilegalidad del acto no acompañada de ninguna forma adicional de reparación, debe estimarse como otra forma de otorgar satisfacción al Estado que ha sufrido un perjuicio de carácter "político-moral".[29]

El artículo 11 del proyecto de artículos presentados ante la CDI por el relator R. Ago, descarta toda idea de considerar el acto u omisión de un individuo, en su carácter de particular, como pudiendo constituir un hecho del Estado en el plano internacional. Ver "Cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados", *ACOI*, pp. 137 y 138.

26 Bissonnette, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

27 "Incidente relativo al ultraje de la bandera francesa", *op. cit.*, p. 359.

28 "Tentativa de atentado en contra de Pablo VI en Manila, 27 de noviembre de 1970", *Chronique des faits internationaux, RGDIP*, 1971, p. 1173.

29 Salmon, *op. cit.*, p. 173; Guiliano, *op. cit.*, vol. I, p. 594.

El problema de la satisfacción bajo este aspecto, puede ser analizado mediante referencia a la sentencia emitida por la Corte Internacional de Justicia relativa al caso del *Estrecho de Corfú*, entre la República Popular de Albania y la Gran Bretaña. Después del incidente del 22 de octubre de 1946, en el que los buques de guerra británicos, el *Sanmarez y el Volage*, sufrieron una serie de daños, perdiendo además la vida varios de sus oficiales y marinos como consecuencia de las explosiones del campo de minas implantado en aguas territoriales de la República de Albania, la marina británica procedió al barrido de dichas minas en las aguas jurisdiccionales albanesas el 12 y 13 de noviembre de 1946.

Mediante notificación del compromiso de 25 de marzo de 1948, por el que las partes someten el litigio a la Corte, la República de Albania va a invocar una violación a su soberanía como consecuencia de las acciones de la marina de guerra británica en aguas albanesas ocurridas el 22 de octubre, 12 y 13 de noviembre de 1946. El gobierno de Albania demanda el otorgamiento de una "satisfacción" como reparación del daño moral causado por la Gran Bretaña.[30]

La Corte afirma que el carácter dilatorio de las funciones y notas diplomáticas por parte del gobierno albanés al día siguiente de que ocurrieron las explosiones, son circunstancias atenuantes para el Reino Unido, pero que sin embargo, para "asegurar la integridad del derecho internacional",[31] debe la Corte constatar la violación a la soberanía de la República de Albania.

En el fallo pronunciado el 9 de abril de 1949, la Corte declara por unanimidad que en virtud de:

"... las acciones de su marina de guerra en las aguas albanesas en el curso de la operación del 12 y 13 de noviembre de 1946, el Reino Unido ha violado la soberanía de la República Popular de Albania, esta constatación por la Corte constituye en sí misma una satisfacción apropiada".[32]

Así pues, la Corte consideró que la medida conveniente para reparar el daño moral alegado por la República de Albania era suficiente con la sola declaración de la ilicitud del acto, no acompañándose de ninguna otra forma de prestación. Posiblemente la Corte estimó que ésta era la medida políticamente más juiciosa; en todo caso, en las motivaciones del fallo no se encuentra una referencia específica de la razón por la que la Corte prefirió otorgar esta forma de satisfacción y no alguna otra.

30 "Affaire relative du Détroit de Corfou", *RAAOCPJI*, vol. II. 1950. p. 28.
31 *Idem*, p. 35. nota 25.
32 *Idem*, pp. 35 y 36.

D. *La satisfacción de carácter pecuniario*

En la práctica internacional analizada con anterioridad, hemos visto cómo el daño moral ha sido reparado mediante formas y modalidades diversas, sin que ninguna de ellas revista un aspecto pecuniario. No obstante, esta última modalidad no es desconocida en la práctica de los Estados.

Nos parece indudable que el intento de diferenciar la satisfacción de carácter pecuniario, del pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es prácticamente posible más que por referencia al tipo de hecho ilícito que el Estado víctima alega le ha sido cometido y por el que reclama resarcimiento. Es por ello por lo que la doctrina, sin dejar de reconocer el problema de diferenciación, admite a pesar de ello que el término de "satisfacción" aplicado a esta hipótesis sigue siendo justificado en derecho internacional, en tanto que se presume que la finalidad específica de este modo de reparación, independientemente de las modalidades que adopte, es la de resarcir los daños que se consideran exclusivamente como "daños morales".[33]

La satisfacción de carácter pecuniario no parece circunscribirse necesariamente a un cierto y único tipo de daño moral, pudiendo presentarse situaciones de dicha especie, por causa de daños morales sufridos directamente por el Estado como sujeto de derecho internacional (ultrajes a los emblemas nacionales, violaciones al territorio, actos ilícitos contra los representantes del Estado, etcétera), o bien en la persona de uno de sus nacionales, siempre a través del mecanismo de la protección diplomática en este último supuesto.

La jurisprudencia arbitral ofrece un caso interesante por lo que se refiere al problema de la satisfacción pecuniaria: El caso de *F. Mallén*, fallado por la Comisión de Reclamaciones de 1923 entre México y Estados Unidos. México reclamó el pago de 200,000 dólares con intereses, que deberían ser otorgados por Estados Unidos como indemnización y satisfacción por los daños sufridos en la persona de Francisco Mallén, cónsul mexicano en El Paso, Texas, a consecuencia de agresiones y malos tratos perpetrados por un miembro de la policía estadounidense. En la sentencia emitida por el presidente de la Comisión, Van Vollenhoven, después de declarar al gobierno estadounidense responsable por los daños materiales causados a Francisco Mallén, reconoce que debería aumentarse el monto

33 Bissonnette, *op. cit.*, p. 127.

de la indemnización a título de satisfacción por la afrenta sufrida (*as satisfaction for indignity suffered*), por la falta de protección y por denegación de justicia, debiéndose tener en cuenta la función consular de Mallén, y por tanto, la cuestión de honor de la nación. Tomando en consideración todo lo anterior, el presidente Van Vollenhoven juzga que la cuantía de la indemnización debe ser fijada en 18,000 (*sic*) dólares sin intereses.[34]

Si bien en casos como los que veíamos con anterioridad, en que la satisfacción se traduce en la imposición de un castigo al individuo, cuya acción está en el origen de la responsabilidad estatal, puede apreciarse un cierto carácter punitivo que puede llegar a presentar la reparación en derecho internacional; por el contrario, esta connotación no podría desprenderse de cualquier hipótesis en que existiere una satisfacción de carácter pecuniario. Así, en el caso *Mallén*, si un elemento de naturaleza penal puede ser aducido, éste no se inferiría de una específica intención de represión por parte del presidente de la Comisión, ni menos aún en razón de que la cuantía fijada estuviere en manifiesta desproporción con el daño inferido. En todo caso, se tendría que aducir que es en virtud de que se toman en consideración ciertos elementos, como el de la "gravedad" del hecho ilícito, para intentar desprender un cierto carácter de penalidad del fallo emitido. Por otra parte, es indudable que en la práctica internacional el carácter represivo que puede presentar una reparación y que puede ser predominante sobre el aspecto meramente compensatorio o de reintegración, este último aspecto no desaparece nunca completamente, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, para que en realidad pudiera ser visto como típica medida de tipo penal.[35]

4. *¿Existe en derecho internacional positivo una obligación de reparación por exclusiva inobservancia de la norma jurídica?*

Un reciente estudio relativo al análisis de la reparación en derecho internacional, muestra que el concepto de daño moral podría desempeñar una importante función dentro del marco de un posible control de los ac-

34 "Affaire Mallen (General Claims Convention of 8 sept. 1923)", *RSA*, ONU, vol. IV, pp. 179-189.

35 Bissonnette, *op. cit.*, p. 154. Es evidente que la idea de una reparación de carácter penal puede ser lógicamente admisible si se parte de la idea de que el derecho internacional positivo conoce una clara distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, como se advierte en los informes sobre responsabilidad persentados ante la CDI. por el antiguo relator García Amador. "Primer Informe, Doc. A/Conf. 4/96", *ACDI*, vol. II, en particular pp. 180 y 181, y 207-209.

tos del Estado y su "conformidad" con el derecho internacional, consuetudinario o convencional. Bollecker-Stern ha sustentado la tesis de que, en aquellos casos en que fuera posible constatar una violación de la norma jurídico-internacional sin que medie otro "daño", que no sea el de la exclusiva transgresión de la norma misma de derecho, en el estado actual del derecho internacional no sería factible realizar una distinción entre esta especie de antijuridicidad, que el autor denomina como "perjuicio jurídico", y el daño moral propiamente dicho, en lo que concierne a sus consecuencias en el plano de la reparación.[36]

Dentro de esta línea de pensamiento, la reparación del "perjuicio jurídico", debería consistir en un restablecimiento del orden jurídico transgredido a través de una anulación del acto jurídico contrario a la norma internacional, o bien de no ser ello posible, en la declaración de ilegalidad del acto antijurídico.[37]

Así, esta serie de medidas como la abrogación, anulación o declaración de ilegalidad de un acto, no deberían ser consideradas como medidas adecuadas para la reparación del daño moral, sino que su aplicación debería circunscribirse únicamente a la reparación del llamado "perjuicio jurídico".

Desde un punto de vista de *lege ferenda*, pensamos que no hay razón para no compartir esta concepción de la noción del daño en derecho internacional, pero es indudable que el derecho internacional positivo no ha elaborado todavía tal tipo de distinciones; aun cuando se quisiera desprender de una cierta práctica de los Estados un criterio de diferenciación, por vago que éste fuere, sin embargo, la asimilación entre conceptos tales como daño moral y "perjuicio jurídico", sería sin duda constatada en el plano de la reparación.

En el caso *Martini*, ya citado con anterioridad, el tribunal arbitral rehúsa condenar al gobierno venezolano al pago de una indemnización pecuniaria porque el reclamante no podía, en realidad, aducir ningún daño de naturaleza material que se hubiera ocasionado a la Sociedad Martini; ello no obstante, el árbitro Undèn pronuncia la anulación de la obligación

36 B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (prefacio de Paul Reuter), París, Pédone, 1973, pp. 17 a 49.

37 *Idem*, p. 34. La cuestión de una capacidad jurídica que pudiera ser conferida a un Estado para ejercer una acción en reparación, la analizamos únicamente por lo que se refiere al interés jurídico de un Estado en ver respetada la norma jurídica internacional en lo que a su *propia esfera jurídica afectare*. Esto debe ser, pues, claramente diferenciado del análisis de una posible especie de *actio popularis* en derecho internacional, que autorizare a cualquier Estado a ejercer una acción en reparación por la transgresión de cualquier forma de derecho internacional.

dictada por la Corte de Casación de Caracas (violatoria de un laudo arbitral anterior), que imponía a la Sociedad Martini la obligación de otorgar una indemnización, subrayándose que, aun cuando dicha sentencia de la Corte de Casación nunca hubiere sido ejecutada, las obligaciones existen conforme a derecho y su anulación constituía la reparación adecuada.[38]

Parece indudable afirmar que, en un caso como el anterior, la institución de la responsabilidad internacional adquiere funciones de contencioso de la legalidad de los actos del Estado, sin embargo, ello no implica que se reconozca la noción de "perjuicio jurídico" como una categoría autónoma cuya sola reclamación pudiera dar lugar a una reparación en derecho internacional. Tal tipo de medidas (anulación, declaración judicial de la ilegalidad de un acto, etcétera), según veíamos, se estiman en la práctica como adecuadas para el resarcimiento de un daño material o moral, aunque se deba admitir que estas nociones no sean del todo correctas para la hipótesis en las que exista en realidad un llamado "quebrantamiento de la legalidad", del orden jurídico en cuanto tal y en ausencia de cualquier otro daño.

Consideraciones semejantes debieran hacerse por lo que se refiere al caso, igualmente ya citado, del *Estrecho de Corfú*, en el sentido de que se trataría también de un suceso, en el que se muestra la asimilación de las mismas medidas de reparación para hipótesis diversas de daño, lo cual, desde un punto de vista teórico, no parece justificable. El daño moral ocasionado a la República Popular de Albania por violación de la soberanía sobre sus aguas territoriales, a raíz de las acciones de barrido de minas llevadas a cabo por la marina británica, fue reparado, como se vio con anterioridad, mediante una declaración judicial de ilegalidad de las operaciones. La Corte debe "...para asegurar la integridad del derecho internacional del cual es el órgano, constatar la violación por la acción de la marina de guerra británica de la soberanía de Albania".[39]

De acuerdo con lo visto hasta aquí, esta medida de reparación dictada por la Corte no sería una medida adecuada, en tanto que la reclamación se hace con base en un daño de carácter moral, y que la aplicación de una medida como la declaración judicial de la ilegalidad del acto debiera quedar circunscrita a aquellos supuestos en los que existe violación de la norma jurídica no acompañada de ningún daño adicional, moral y material.

38 "Affaire Martini", *RSA*, pp. 1001 y 1002.
39 "Affaire du Détroit de Corfou", *RAAOCPJI*, p. 35.

Desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad, pensamos que es más coherente esta concepción que trata de hacer una distinción entre el llamado "perjuicio jurídico" y el daño moral propiamente dicho. Sin embargo, una parte de la doctrina estima que, en derecho internacional, la violación de la norma jurídica puede ser considerada como constitutiva de un daño moral, y, según ello, es claro que formas tales como la anulación y la declaración de ilegalidad, pueden concebirse como medidas de reparación adecuadas del daño moral.[40]

En nuestra opinión, del hecho de que la práctica internacional no tome en consideración, como una categoría autónoma, la sola inobservancia del derecho sin que medie otro tipo de daño causado al Estado, es ciertamente una consecuencia de la ausencia de un contencioso de anulación organizado dentro del sistema actual del derecho internacional general, pero de ello no es pertinente concluir que, a nivel de la teoría de la responsabilidad, sea justificado asimilar la simple inobservancia de la norma con la noción del daño moral.

III. Alcance de la reparación

1. *Daños indirectos*

A propósito de los problemas que plantea la reparación en derecho internacional, tanto la doctrina como la práctica se han ocupado de los llamados "daños indirectos" (*consequential damages*), señalándose como uno de los puntos más controvertidos en la materia. Previamente debemos aclarar que dicho problema es sólo una parte dentro de la serie de cuestiones que pueden suscitarse en aquello que la doctrina moderna y jurisprudencia internacional conocen como las "relaciones de causalidad" entre hecho ilícito y daños producidos.

El rasgo que parece caracterizar la teoría de los daños indirectos, es el de que dicha teoría se ha presentado como un medio para eliminar ciertos daños que no aparecen a la consideración del juez como resarcibles.[41]

40 Salmon, *op. cit.*, p. 15.

41 Hauriou, André, "Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux", *RGDIP*, 1924, p. 207.

Es la declaración hecha por el Tribunal de Ginebra en el caso del *Alabama*, la que se considera estar al origen de esta teoría. La Gran Bretaña aducía que los daños que deberían de ser sometidos a la consideración del tribunal no habrían de comprender más que pérdidas individuales, mientras que para Estados Unidos debían abarcar igualmente las pérdidas llamadas nacionales, como aquellas ocasionadas por la prolongación de la guerra, motivada por la asistencia de la Gran Bretaña a los cruceros

Una opinión bastante generalizada en la materia, parece inclinarse por el rechazo de esta noción de daños indirectos, por considerar que se trata de una división artificial —daño directo e indirecto— que puede sólo provocar confusiones e impresiciones dentro del terreno de la responsabilidad internacional.

Así, André Hauriou, al analizar este concepto dentro del arbitraje internacional, estimaba que debería de ser proscrito del lenguaje jurídico, en tanto que no era en realidad más que la manifestación de una cierta impotencia por determinar la causa precisa de dichos perjuicios.[42]

Sin duda el examen de la jurisprudencia internacional revela que la terminología de daños indirectos ha sido aplicada no sólo con referencia a aquellos daños considerados como "remotos", sino también a aquellos estimados como francamente ajenos al hecho ilícito; ello no obstante, por lo general, el término es aplicado cuando a criterio del juez el examen de los hechos no permite trazar una vinculación cierta entre el hecho ilícito y el daño reclamado.

Si reconocemos que el derecho internacional consagra la existencia de una obligación de reparar los daños consecuencia de un acto u omisión ilícitos, la función que desempeña en la práctica la división entre daño directo e indirecto dentro del sistema jurídico internacional, no parece ser otra sino la de pretender fijar un límite a la responsabilidad que le es imputable al sujeto autor del daño; de esta forma, aquella categoría de reclamación de daños en la que no se aprecie una conexión de dependencia cierta en relación con el hecho ilícito, no se estimará que dé lugar a reparación. En realidad, el problema en la práctica sigue residiendo en esa "infinita variedad" de relaciones y circunstancias exteriores que pueden intervenir entre el hecho ilícito y los daños producidos, con el resultado de ser imposible elaborar un criterio único que permitiera deslindar los daños susceptibles de indemnización de aquellos no resarcibles.[43]

confederados. Estas últimas pérdidas fueron calificadas por Gran Bretaña como daños indirectos. El presidente del tribunal, conde Scolpis, declaro que "...el tribunal estimaba las reclamaciones por pérdidas indirectas, mencionadas en la comunicación de Estados Unidos del 25 de junio, como enteramente excluidas de su consideración". "Affaire de l'Alabama (entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne)", *Recueil des Arbitrages Internationaux* (de Lapradelle & Polits), París, Pédone, 1923, vol. II, 1856-1872, p. 840.

42 Haoriou, A., *op. cit.*, p. 218. Igual criterio sostenía Reitzer, quien proponía reemplazar el término de daños directos o indirectos por el de causalidad adecuada o jurídicamente pertinente. Reitzer, *op. cit.*, p. 183.

43 Anzilotti, D., *op. cit.*, vol. I, pp. 430-432.

En el caso *H. G. Venable* ante la Comisión General de Reclamación de Estados Unidos y México, el primer acto que implicaba la responsabilidad directa de México según demanda del gobierno de Estados Unidos, era el envío de un telegrama, hecho por un superintendente (Rochín) de los ferrocarriles mexicanos, prohibiendo la salida de territorio mexicano de varias locomotoras propiedad de una compañía estadounidense, de la cual Venable era presidente. El presidente de la Comisión, Van Vollenhoven, sostuvo que si el telegrama era relacionado con toda la situación que posteriormente se había producido, el telegrama podría estimarse como la causa de todos los daños reclamados por el demandante, pero que, sin embargo, era claro que dicho telegrama no podía apreciarse como causa "directa e inmediata" de las pérdidas y daños producidos. La reclamación por indemnización de daños y perjuicios causados fue acordada a Estados Unidos con fundamento, principalmente, en ciertos hechos ilícitos de omisión imputables al gobierno mexicano.[44]

En el caso *Mallén*, esta misma Comisión General de Reclamaciones rehusó tomar en cuenta, para la evaluación de la reparación, cierto tipo de daños sobre el estado de salud del cónsul Mallén, y que en opinión del gobierno mexicano deberían de ser igualmente resarcibles por considerarse como producidos a raíz de los malos tratos sobre la persona de Mallén. La Comisión consideró que no existía una relación "cierta" entre el ataque sufrido y los perjuicios reclamados para poder ser apreciados como daños directos.[45] Este caso, entre otros, revela la dificultad que existe en la práctica para determinar qué tipo de daños deben ser considerados como consecuencia necesaria del hecho ilícito y por lo tanto resarcibles, sobre todo si tenemos en cuenta la opinión en disidencia del comisionado Fernández Mac Gregor, para quien es evidente que la pérdida de la facultad del oído en Mallén debería estimarse como consecuencia directa de la agresión ilícita por él sufrida,[46] interpretación ésta completamente divergente como veíamos, con la opinión no sólo del presidente de la Comisión, sino también con la del comisionado Nielsen.[47]

44 "Caso H. G. Venable (entre México y Estados Unidos), General Claims Convention of 8 sept. 1923", *RSA*, ONU, vol. IV, pp. 219 a 261. En la opinión emitida por el comisionado mexicano Fernández Mac Gregor, el telegrama "Rochín", además de no poder apreciarse como "causa y origen", de los daños y pérdidas, su acción no era ilícita conforme al derecho internacional, dado que según él, no actuó en su capacidad de autoridad.

45 "Caso Mallén", *RSA*, pp. 173 a 187.

46 *Idem*, pp. 187-190.

47 *Idem*, pp. 180-186.

2. *Pérdida de utilidades*

La categoría de daños susceptibles de indemnización, a través del análisis de la relación entre hecho ilícito y daños reclamados, se plantea en forma diferente si se está en presencia de una demanda de reparación por eventuales ganancias de las que se ha sido privado, es decir, de una reclamación por *lucrum cessans*.

En cuanto a la noción misma en derecho internacional, ésta no ofrece dudas en cuanto a su significación; denota un beneficio no obtenido, pero que eventualmente habría podido obtenerse de no mediar la realización del hecho ilícito.[48]

En términos generales, el principio esencial que parece ser tomado en consideración por la jurisprudencia internacional para otorgar o rehusar una reparación por los beneficios no obtenidos y cuya pérdida es invocada, es un criterio basado en la normalidad o curso ordinario de una sucesión de hechos; una indemnización será negada si se estima que "normalmente", teniendo en consideración las circunstancias conocidas y presumibles, el beneficio cuya pérdida se reclama no habría tenido probabilidades de realizarse aun en ausencia del hecho ilícito.

Es claro que de la jurisprudencia internacional no podría inferirse un riguroso criterio que permitiera determinar con certeza en qué hipótesis deberá otorgarse una reparación por pérdida de beneficios; siendo el *lucrum cessans*, por definición, una eventualidad, el problema que se plantea al juez internacional es el de la determinación del grado de probabilidad que dicha eventualidad pudiere presentar en el caso específico.[49]

En el caso del *William Lee*, fallado por la Comisión Mixta de Lima, entre Estados Unidos y Perú, un buque ballenero, el *William Lee*, estando por zarpar para una temporada de pesca del puerto de Tumbez, Perú, el capitán de puerto prohíbe en el último momento la salida del buque. Aun cuando el capitán del navío alega que se habían satisfecho todas las demandas legítimas, el capitán de puerto mantiene su oposición; no es sino pasado un periodo de tres meses que se le concede licencia para abandonar el puerto.

Los árbitros en su decisión otorgan por unanimidad, indemnización por pérdida de la temporada de pesca y beneficios que habrían podido ser

48 Reitzer, *op. cit.*, p. 188.

49 Salvioli, Gabriele, "la responsabilité des états et la fixation des dammages et interêts par les Tribunaux internationaux", *RCDI*, 1929-III, París, Hachette, 1930, t. 28, p. 256.

obtenidos. Para realizar la evaluación del *lucrum cessans*, la Comisión toma como criterio el número de barriles de aceite que habían sido obtenidos por el navío durante los periodos anteriores a su detención.[50]

En otro arbitraje, el caso del "Canadá", que guarda con el anterior varios puntos de semejanza, la reparación por pérdida de beneficios fue rechazada. Los hechos eran los siguientes: el "Canadá", buque ballenero que había partido igualmente para la temporada de pesca, sufre una serie de averías al chocar en contra de unos arrecifes cerca de las costas del Brasil, en gran parte por un comportamiento negligente del capitán. Después de varios días de incesantes maniobras para poner fuera de peligro el navío, y al estar a punto de lograrlo, el capitán y su tripulación son obligados a detener toda maniobra por órdenes de un oficial de la armada brasileña, quien toma por la fuerza posesión del navío, quedando éste completamente destruido al cabo de unas semanas.

El único daño que será tomado en consideración para objeto de la compensación reclamada, será el provocado por la pérdida del navío y algunos otros gastos ocasionados; el árbitro Thoronton, en su decisión, niega toda indemnización relativa a la pérdida de la temporada de pesca y de las eventuales ganancias que pudieran haber obtenido.[51]

Si hiciéramos referencia únicamente al rechazo del árbitro en conceder reparación por la pérdida de beneficios, podría parecer como un laudo contradictorio al dictado en ocasión del *William Lee*. En realidad si se niega compensación en el caso del "Canadá" por el *lucrum cessans* reclamado, es porque el árbitro estima que, dadas las circunstancias presentes y presumibles, en particular cierto descuido en la tripulación del navío por parte del capitán, la realización de ganancias que habrían podido obtenerse aparecen como siendo bastante inciertas, aun en ausencia del hecho ilícito.

3. *Repercusión del daño sobre un tercero*

En la hipótesis de un hecho ilícito, por el que se presume, se haya ocasionado por "repercusión", un perjuicio sobre una tercera persona, física o moral, el problema que se plantea principalmente es el de determi-

50 "Affaire du William Lee (Commission Mixte de Lime)", *RAI* (de Lapradelle & Politis), París, Pédone, 1923, vol. II, 1856-1872, pp. 282 y ss.

51 "Affaire du Canada", *RAI* (de Lapradelle & Politis), París, Pédone, 1923, vol. II, 1856-1872, pp. 632 y ss.

nar si, y en qué medida, el orden jurídico internacional confiere un derecho de reparación para aquella persona calificada jurídicamente como tercero en relación al hecho ilícito producido.

Cierta parte de la doctrina[52] estima que si un hecho ilícito ha ocasionado un daño a una persona A y que a su vez un perjuicio subsiguiente es reclamado por un tercero B como resultado del daño inicial resentido por A, el Estado al cual le es imputable la responsabilidad por el daño sufrido por A deberá también otorgar reparación por el perjuicio reclamado por B, a condición de que exista una relación de causalidad entre ambos tipos de daños. Sin embargo, esta concepción, que no es sino una aplicación directa de los criterios de presunción de causalidad, difícilmente parece encontrar una formulación semejante si nos referimos a la jurisprudencia internacional.

Volviendo de nuevo a la sentencia número 13 (demanda de indemnización) relativa al caso de la *fábrica de Chorzów*, la Corte Permanente de Justicia Internacional, después de sustentar que la violación de todo acuerdo genera una obligación de reparar, pasa al análisis de los daños que, según la demanda interpuesta por Alemania, sufrieron las sociedades *Oberschlesische* y *Bayerische*; constatando la Corte un desacuerdo entre las partes sobre el monto y modalidades de pago referentes a una eventual indemnización, la Corte declara que deberá aplicarse primeramente al examen de los daños reclamados que se consideren sean susceptibles de dar lugar a una reparación.[53] A este propósito la Corte sostiene:

> Al abordar este examen, es conveniente constatar previamente que, para la evaluación del daño causado por un acto ilícito, se debe tener en cuenta exclusivamente el valor de los bienes, derechos e intereses que han sido infringidos y cuyo titular es la persona en cuyo provecho la indemnización es reclamada [...] Este principio, admitido por la jurisprudencia arbitral, tiene por efecto excluir del monto de la reparación los daños causados a terceros por el acto ilícito [...].[54]

Decir que la Corte en este caso se refiere en realidad a la hipótesis en que un Estado A no estuviere habilitado para presentar una reclamación en nombre de un otro sujeto B, mismo si fuera B quien hubiera resultado

52 Salvioli, *op. cit.*, p. 251.
53 "Caso relativo a la fábrica de Chorzów", *RAAOCPJI*, pp. 29 y 30.
54 *Idem*, p. 31.

directamente lesionado,[55] es dar una interpretación que no parece encontrar mayor fundamento ni en los hechos mismos origen de la controversia, ni en la motivación de la sentencia; la excepción de incompetencia para entablar una reclamación por parte de un Estado plantea el problema en términos de prueba de la existencia de un *ius standi* como condición previa al análisis de la posible repercusión del daño.

Una aplicación del principio asentado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto a la exclusión de terceros para efectos de la reparación, es posible encontrarla en el caso de la *Dickson Car Wheel Company*, fallado por la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos,[56] la cual permite ilustrar la hipótesis en que interviene una relación contractual.

En virtud de un contratado celebrado entre la *Dickson Car Wheel Co.* y una compañía ferroviaria mexicana, la *Dickson*, empresa estadounidense, había efectuado varias entregas de mercancías sin recibir ningún pago en cambio por parte de la compañía ferroviaria mexicana, la cual aducía que, por un decreto de 1914, el gobierno constitucional de México había tomado a su cargo la explotación de las líneas ferroviarias pertenecientes a dicha compañía (1914-1925), y que, por tanto, sus obligaciones de pago no podían ser cumplidas dado que no había percibido ingreso alguno. La demanda interpuesta por el gobierno estadounidense pretende imputar la responsabilidad al gobierno mexicano, argumentando que este último se habría substituido en los derechos y obligaciones contraídos por la compañía ferroviaria. La Comisión sostuvo que aun cuando el gobierno mexicano hubiere sido poseedor de la mayoría de las acciones en el momento de la celebración del contrato con la Dickson, esto no podía tener por efecto, considerar al gobierno mexicano como parte en el contrato,[57] y por otro lado, la Comisión precisó que la Compañía ferroviaria mexicana nunca había perdido su personalidad jurídica, por lo que el demandante habría estado siempre en posibilidad de interponer demanda por incumplimiento del contrato ante los tribunales mexicanos.[58]

El razonamiento básico expuesto por la Comisión en sus conclusiones por lo que a nuestro tema se refiere, es el siguiente:

55 Salvioli, *op. cit.*, pp. 251 y 252.

56 "Affaire de la Dickson Car Wheel Company (Estados Unidos y México)", *RSA*, ONU, vol. IV, pp. 669-682.

57 *Idem*, p. 670.

58 *Idem*, pp. 675 y 676.

> II. Un Estado no incurre en responsabilidad internacional por el hecho de que un individuo o empresa, con nacionalidad de otro Estado, resienta un daño pecuniario como corolario o resultante de un daño infligido por el Estado demandado sobre un individuo o empresa con independencia de su nacionalidad, cuando las relaciones entre el primero y el ulterior son de naturaleza contractual.[59]

La Comisión rechaza, por lo tanto, la demanda de indemnización por daños y perjuicios, y enfatiza el criterio según el cual el daño o perjuicio reclamado por una persona física o moral, parte en un contrato, como "repercusión" o consecuencia de un daño inicial resentido por la otra parte contratante, no es susceptible de dar lugar a compensación, de conformidad con las reglas del derecho internacional.

En relación con el punto que estamos examinando, uno de los aspectos que presentan mayor actualidad, pero sin duda no menor complejidad, es el referente a las reclamaciones relativas a daños que se pretende han sido resentidos por los miembros de una sociedad en su carácter de accionistas como consecuencia del daño inicial sufrido por la sociedad.

En el supuesto en que el accionista sea considerado como tercero, en relación con el daño ocasionado a la sociedad en cuanto tal, le será negado todo derecho a exigir la reparación, o lo que es lo mismo: el Estado de su nacionalidad no podrá pretender el ejercicio de una capacidad procesal para ejercer la protección diplomática en favor de su nacional.

Para ilustrar lo que puede interpretarse como la orientación actual del problema dentro del derecho positivo, haremos referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tal y como se desprende del caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*,[60] circunscribiéndonos al punto referente a la repercusión del daño.

Señalemos sucintamente los antecedentes del caso: la *Barcelona Traction*, sociedad cuya personalidad jurídica había sido constituida de acuerdo con la ley canadiense en 1911 y con domicilio legal (*head office*) en Toronto, Canadá, forma un cierto número de sociedades auxiliares, explotadoras y titulares de concesiones en Cataluña, España, en vistas al desarrollo de una red de producción y distribución de energía eléctrica. Varias

59 *Idem*, p. 681.

60 "CIJ. Sentencia del 5 de febrero de 1970. segunda fase en el caso de la Barcelona Traction. Light and Power Company Limited (España y Bélgica)", *Recueil des arrèts. avis et ordonnances de la CIJ (RAAOCIJ)*.

de dichas filiales se constituyeron igualmente conforme la ley canadiense, poseyendo la *Barcelona Traction* la totalidad de las acciones emitidas.

Posteriormente, con motivo de una demanda por presunto incumplimiento de ciertas obligaciones financieras de la sociedad, demanda ésta presentada por ciudadanos españoles, accionistas recientes de la *Barcelona Traction*, el tribunal de Reus, provincia de Tarragona, por sentencia del 12 de febrero de 1948, declara en estado de quiebra la empresa y se dicta orden de embargo de sus bienes, así como los de sus filiales.

Según declaración del gobierno de Bélgica, algunos años después de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de las acciones de la *Barcelona Traction* (el 88% del capital) habían pasado a manos de nacionales belgas, personas físicas o morales. Bélgica demanda la anulación de la sentencia dictada por el tribunal de Reus, por existir error manifiesto en la aplicación del derecho español, denegación de justicia en sentido amplio y por desconocimiento de los derechos de la defensa en el curso del procedimiento, denegación de justicia en sentido estricto (según terminología de la Corte). De no ser práctica ni jurídicamente posible la *restitutio in integrum*, el gobierno belga reclama una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los nacionales belgas, personas físicas y morales (en particular la Sociedad Sidro, propietaria de más del 75% del capital social) accionistas de la *Barcelona Traction*, como consecuencia de las decisiones tomadas por los órganos judiciales y administrativos del Estado español.

Para el punto que nos interesa, es decir, el problema de la "repercusión" del daño, la Corte examina primeramente si las pérdidas, que se aducen habrían sido resentidas por los accionistas belgas, tienen por causa una violación de obligaciones de las cuales fueren ellos beneficiarios.[61]

La Corte no desconoce que exista la posibilidad de que la sociedad anónima pueda sufrir un daño que ocasione también perjuicio o pérdida financiera a los accionistas, pero de esto último no se infiere, según la Corte, el que ambos puedan pretender un derecho a ejercer una acción en reparación:

> ...la prueba de que un perjuicio haya sido causado no es suficiente para justificar *ipso facto* una reclamación diplomática [...] La responsabilidad no se origina por el hecho de que un simple interés sea afectado; sólo se origina si un derecho es violado, de tal suerte que aquellos actos que no tiendan y

61 *Idem*. p. 32.

> no afecten más que los derechos de la sociedad, no implican ninguna responsabilidad en relación con los accionistas, aun y cuando sus intereses se encuentren afectados.[62]

Así, en opinión de la Corte, el Estado belga no estaría en capacidad de ejercer una acción de indemnización en favor de los nacionales belgas, accionistas de la *Barcelona Traction*, por la pretendida lesión a sus intereses económicos, "resultante" del daño original cometido en contra de los derechos propios de la sociedad anónima.

Otro problema distinto y que no debe prestarse a confusión, sería el de determinar si la violación de los derechos de la sociedad, que cause un perjuicio a los accionistas, puede asimilarse a una violación de los derechos propios de los accionistas. La Corte no analiza esta cuestión,[63] en virtud de que la demanda de Bélgica no se basa en ninguna pretendida violación de los derechos propios de los accionistas, sino en la lesión económica resentida por sus nacionales como "consecuencia" de una pretendida violación de los derechos propios de la *Barcelona Traction*.

Aun cuando el fundamento legal para rechazar la demanda del gobierno belga haya sido una falta de *locus standi* por parte de Bélgica (la Corte estimó que no existía disolución de la sociedad como persona moral y que, por tanto, el ejercicio de la protección diplomática no correspondía más que al Estado de la nacionalidad de la sociedad), no parece haber duda de que en la concepción de la Corte, la naturaleza jurídica del accionista con respecto a la sociedad, es la de poseer un carácter de tercero[64] y, por lo tanto, sin derecho a reparación cuando el daño lesiona derechos diversos de aquellos que pudiera pretender en su carácter de accionista (derecho de participación a la asamblea general de la sociedad, derecho de ejercicio de voto, etcétera).

IV. Conclusión

1. La obligación de reparación, de conformidad con el derecho internacional positivo, puede ser entendida como una noción que abarca el conjunto de medidas que tienen por objeto el restablecimien-

62 *Idem*, p. 36.

63 *Idem*, pp. 36 y 37.

64 El mismo principio debería aplicarse en el caso inverso, es decir, el supuesto de un daño inicial resentido en los derechos del accionista, muestra a la sociedad con carácter de tercero. Ver Bollecker-Stern, *op. cit.*, pp. 253 y 254.

to, en especie o por sustitución, del bien lesionado a título de compensación por la situación que debería haberse producido, de no mediar el hecho ilícito generador de un daño de naturaleza material o "político-moral".

2. Si el principio esencial que se encuentra como fundamento del concepto de la reparación, es eliminar o "borrar" las consecuencias del hecho ilícito, en la medida de lo posible, las diferentes formas de reparación que conoce el derecho internacional —restitución en especie, indemnización y satisfacción— pueden ser empleadas concurrentemente, si ello es indispensable, para el debido resarcimiento de los daños producidos.
3. En el estado actual del derecho internacional, y en ausencia de un contencioso general de la legalidad de los actos del Estado, la exclusiva inobservancia de una obligación internacional puede dar lugar a reparación —por anulación del acto o declaración judicial de la ilicitud del hecho— *únicamente* a través de la interposición de una reclamación por daño moral entablada por el Estado jurídicamente afectado.
4. Afirmar que, desde el punto de vista de la teoría de la reparación, la responsabilidad del Estado en derecho internacional es una "responsabilidad limitada", equivale a afirmar en la práctica que el alcance de la reparación del Estado se extiende exclusivamente sobre el número de daños que, a criterio del juez, son consecuencia necesaria del hecho ilícito imputable al Estado.
5. El principio general que parece poder desprenderse de la jurisprudencia internacional, por lo que al problema del "tercero" se refiere, consiste en afirmar que el tercero, persona física o moral, no tiene derecho a exigir una reparación por el perjuicio que puede resultar como consecuencia o resultante del daño principal.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL PROBLEMA DEL PREVIO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS EN DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La significación jurídica de la regla.* III. *El funcionamiento de la regla.* IV. *Alcance y efectividad de los recursos internos*

I. INTRODUCCIÓN

Parece incontestable, actualmente, el reconocimiento del carácter de regla consuetudinaria de derecho internacional de la norma que postula la necesidad del agotamiento de los recursos internos, como fase previa para que pueda ser iniciado un procedimiento de tipo internacional: acción diplomática, arbitral o judicial.

Así y en principio, en toda hipótesis en la que nos encontremos frente a reclamaciones internacionales que tiene por objeto daños causados a personas privadas, la regla del previo agotamiento de los recursos deberá encontrar su aplicación.[1]

Los puntos que nos parecen quedan aún bastante controvertidos, hacen referencia sobre todo al alcance exacto y la significación precisa que debe serle atribuida a esta regla consuetudinaria a la luz de la doctrina y la práctica de los Estados.

Por otra parte, quisiéramos dejar asentado desde ahora, que por lo que concierne al problema de las relaciones entre la "responsabilidad internacional", la institución de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos, nosotros no participamos de la concepción según la cual, existiría en derecho internacional una conexidad de tal manera estrecha entre estas tres instituciones que sería, en todo punto,

1 *Cfr.* Haeler, Th., *The exhaustion of local remedies in the case law of international Courts and Tribunals*, Sijthoff, 1968, p. 17.

imposible "...el aislar la regla del agotamiento, de los principios de la responsabilidad y de la protección diplomática".[2]

En el presente trabajo, por el contrario, se parte de la hipótesis de que la regla del agotamiento de los recursos internos posee una existencia *autónoma*, y si es verdad que la regla goza de vínculos con la institución de la responsabilidad internacional, ello no implica que dicha regla no pueda ser "aislada". Esta posición ha sido puesta de manifiesto con toda claridad por el profesor Bourquin con motivo de la sesión de Aix-en-Provence del Instituto de Derecho Internacional: "Entre la regla del agotamiento y los principios de la responsabilidad internacional, existen ciertamente algunos contactos, y que por ningún motivo menoscaban la existencia autónoma de la regla en cuestión".[3]

II. La significación jurídica de la regla

Como punto de partida se puede estar de acuerdo en admitir que la regla del agotamiento de los recursos internos es una regla consuetudinaria de derecho internacional,[4] en virtud de la cual un Estado no puede ejercer en contra de otro Estado su derecho de protección diplomática en favor de su nacional, sino bajo la condición de que este último haya puesto en marcha previamente y sin ningún éxito, todos los medios de reparación o corrección que le eran ofrecidos por la legislación del Estado en contra del cual la reclamación internacional es presentada.

Así entonces, podríamos decir que la regla se presenta primeramente como una obligación, a cargo de la persona extranjera, de dirigirse previamente a los tribunales nacionales; pero al mencionar esta obligación estamos ya planteando el problema de saber si la regla está funcionando como una condición necesaria del origen de la responsabilidad del Estado, o bien, si su función es únicamente la de ser una regla que sea condición no ya del nacimiento mismo de la responsabilidad internacional, sino solamente como condición para que tal responsabilidad surta sus efectos

2 Verzijl, *Annuaire de l'Institut de Droit International (AIDI)*, 1954, p. 10. En el mismo sentido, ver también G. Scelle, para quien la regla no sería sino un mero incidente de procedimiento, *idem*, p. 79.

3 *AIDI*, 1954, p. 51.

4 Ver *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, París, Sirey, 1960, p. 259, y Castor, H. P. Law, "The local Remedies Rule in International Law", *Tesis 127*, Ginebra, Droz, 1961, p. 37.

"Difícilmente podría impugnarse la existencia de una regla consuetudinaria de derecho internacional positivo subordinado al agotamiento previo de las vías de los recursos internos el ejercicio de la protección diplomática en razón de daños sufridos en el extranjero por nacionales del Estado", *AIDI*, 1954, p. 45.

jurídicos, es decir, la posibilidad actual del Estado afectado de ejercer su derecho de reclamación de una composición.

De ahí que encontremos dos grandes corrientes en la doctrina que ponen de manifiesto la problemática anterior. Para una parte de ella, los recursos internos deben de ser agotados para que pueda ser posible hablar de una violación de derecho internacional. El hecho ilícito internacional no existirá como consecuencia y resultado de una decisión definitiva imputable al Estado-sujeto de derecho internacional público. Ello exige que los órganos competentes que integran el Estado estén en condiciones de impedir la realización del acto ilícito internacional.[5]

Según esta primera corriente doctrinaria, antes de que una decisión definitiva no haya intervenido, el Estado no puede ser considerado como jurídicamente responsable, o en otras palabras si se quiere, el Estado anteriormente a la intervención de una decisión definitiva, no sería responsable, en todo caso, más que desde el punto de vista del derecho interno, pero jamás desde el punto de vista del derecho internacional.[6]

El juez Manley O. Hudson en su opinión disidente a propósito del caso del *Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis*, llevado ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, se adhirió a esta posición:

> Esta regla no es una regla de procedimiento... Si el particular que ha sufrido el daño encuentra a su disposición un recurso apropiado, si tal persona no tiene más que entablar un gestión para aprovecharse de dicho recurso, no existe entonces fundamento alguno para la presentación de una demanda que pueda tomar en manos el Estado del cual el particular es su nacional. En tanto que los recursos internos disponibles no hayan sido agotados, ninguna responsabilidad puede llegar a generarse.[7]

¿Cuáles son las críticas que pueden ser formuladas en contra de la anterior tesis?

Se afirma que dicha teoría sería el resultado de hacer una confusión entre el momento en el cual aparece la responsabilidad internacional y el momento en el cual esta responsabilidad está en condiciones de ser sometida a una jurisdicción internacional.[8] En efecto, para una gran parte de la

5 Sarhan. *L'epuisement des recours internes en matière de responsibilité internationale*. Paris. p. 258. tesis mimeografiada.

6 *Idem*, p. 257.

7 Series A/B 76, p. 47, párr. 4.

8 Chappez, J., *La regle de l'epuisement des voies des recours internes*, Paris, Pédone, 1972. p. 19.

doctrina, la responsabilidad del Estado nace en el momento mismo en que la violación del derecho internacional se produce,[9] y poco importa a este efecto, al órgano del Estado al cual fuere imputable el hecho ilícito.

La distinción entre las hipótesis en las cuales habría una violación inicial de derecho internacional que sería cometida por el Poder Legislativo, o bien por el Poder Ejecutivo (por ejemplo, nacionalizaciones sin acordar indemnización), y la hipótesis en donde existiría una violación del derecho internacional por el Poder Judicial, caso en el cual estaríamos en presencia de una denegación de justicia,[10] es una distinción que se realiza con el fin de acentuar el carácter "procesal" que posee la regla del agotamiento de los recursos internos.

Si se trata de una violación "inicial" de derecho internacional, la responsabilidad del Estado vendría a originarse aun antes de que los recursos ante los tribunales internos fueran intentados, y lo mismo debería decirse para el caso en el que la violación consista en una denegación de justicia; la denegación de justicia es frecuentemente cometida por un tribunal de primera instancia, y si es verdad que la decisión del tribunal puede ser aun susceptible de recurso, no es menos cierto, según algunos autores, que la responsabilidad internacional del Estado se encontraba ya comprometida.[11]

En otras palabras, la acción internacional en responsabilidad sería teóricamente posible desde el momento en el que exista un acto internacionalmente ilícito, pero si de conformidad con el derecho internacional positivo, no puede recurrirse inmediatamente a la jurisdicción internacional, es sobre todo por motivos o razones de "oportunidad política".

Si las vías de los recursos disponibles en el derecho interno permiten todavía una posibilidad de reparar el daño, es necesario primeramente el agotamiento de tales recursos, con el fin de que el Estado del nacional extranjero pueda ejercer la protección diplomática, pero la regla del agotamiento de los recursos queda siempre como una condición de la puesta en juego de la responsabilidad y no una regla que pudiese ser condición del nacimiento de dicha responsabilidad; y por consiguiente no existe tampoco, y contrariamente a la opinión del jurista Verzijl, una coinciden-

9 Así, el profesor P. Guggenheim en sus observaciones ante el Instituto de Derecho Internacional, *AIDI*, 1956, p. 32.

10 Dentro de este marco de la doctrina se entiende por denegación de justicia, todo acto u omisión contrario a los estándares internacionales de protección a los extranjeros, y que emana de los órganos encargados de impartir justicia. Chappez, *op. cit.*, p. 62.

11 *Cfr.* Amerasinghe, *State Responsability for Injuries to Aliens*, Oxford, 1967, p. 213, nota 2.

cia necesaria entre el nacimiento de la responsabilidad internacional y el derecho a la protección diplomática.[12]

En nuestra opinión es esta última tesis la que nos parece más aceptable, ya que intenta delimitar con claridad el derecho a la reparación que se origina concomitantemente con el hecho ilícito y con el derecho a la "acción internacional", derecho éste que debe subordinarse al agotamiento de los recursos internos.

Sin embargo, podría parecer, entonces, que la consecuencia necesaria que se desprendería de su aceptación nos llevaría a admitir que el juez nacional ejerce una cierta función de juez internacional, siempre y cuando conozca de controversias por daños causados a extranjeros; el juez nacional realizaría en tal caso un verdadero acto de jurisdicción internacional de primera instancia que sería en algún modo, examinado en segunda instancia por el juez internacional.[13]

Es ciertamente, en relación con este punto, que la tesis que hace de la regla del agotamiento de los recursos internos una simple regla de "procedimiento" nos parece un poco menos consistente, ya que incluso si teóricamente fuese justificado concebir al Estado como un órgano del orden jurídico internacional, no obstante, desde el punto de vista del derecho positivo, la jurisdicción internacional no tiene por función el "control" de las jurisdicciones internas, y sin embargo esto parecería desprenderse de aquella parte de la doctrina que sostiene que los daños causados a personas privadas pueden dar lugar a un mismo litigio que comportaría dos fases: una instancia interna y una instancia internacional.

Pero en realidad debemos decir que aquellos autores que sostienen esta tesis no llegan hasta el punto de admitir la existencia de un verdadero control internacional de las jurisdicciones nacionales en tanto tales; más bien se concretan a hablar de un análisis del litigio interno hecho por la jurisdicción internacional, eventualmente, "de una reforma" del fallo interno.[14]

No sería inútil señalar, antes de seguir adelante, que el problema que estamos tratando de analizar no se reduce de ninguna forma a ser solamente un problema de orden "académico" y, para mostrarlo, es suficiente decir por el momento que, si se adopta la posición de aquellos que ven en la regla del agotamiento de los recursos internos una regla de fondo o sus-

12 *AIDI*, 1954, p. 54.
13 Es en este sentido la crítica hecha por Sarhan, *op. cit.*, p. 243 y 244.
14 Chappez, *op. cit.*, p. 29.

tancial, el Estado que objeta en un proceso internacional el no agotamiento de los recursos, está sosteniendo al mismo tiempo la *incompetencia* de la jurisdicción internacional en virtud de que no existiría todavía una responsabilidad internacional; en tanto que si la regla tiene un carácter que pertenece al *procedimiento* y por lo tanto que condiciona solamente el *derecho de acción*, entonces será presentada como una excepción de incompotencia.[15]

En nuestra opinión, uno de los autores que mejor ha examinado este punto del problema, es el internacionalista C. F. Amerasinghe, para quien no existe ninguna duda de que se trata de una *regla de naturaleza procesal*, pues afecta el derecho de acción frente a una jurisdicción internacional, y no afectará en cambio, de ninguna manera, el objeto mismo de la reclamación.[16]

La cuestión de saber si un determinado acto es o no es una violación (*breach*) de derecho internacional, no puede ser resuelto, dice Amerasinghe, sino hasta el momento en que un tribunal se haya pronunciado sobre la cuestión en litigio; esta función es llevada a cabo en todo orden jurídico por los órganos judiciales, y antes que éstos no se hayan pronunciado, no puede afirmarse que un acto es una violación de una regla de derecho.

En el caso del derecho internacional sólo una jurisdicción internacional es válidamente competente para decidir si un hecho ilícito internacional ha sido efectivamente cometido; los tribunales internos pueden pronunciarse sobre un litigio, pero es evidente que, desde el punto de vista del sistema jurídico internacional, la decisión del tribunal interno no podría ser considerada como un fallo definitivo, en el sentido que no podría apreciarse como una decisión que pueda vincular con carácter obligatorio a la jurisdicción internacional: anteriormente a una decisión de esta última, y siempre según Amerasinghe, la violación no es otra cosa que una presunta o "alegada violación" (*an alleged wrong*).[17]

De acuerdo con esto, y dentro del marco de esta concepción, la regla del *local redress* debe entenderse como una regla que tendría como fin impedir a los Estados el ejercicio de una acción en nombre de sus nacionales particulares —personas privadas—, en tanto que el Estado de residencia que debe responder no haya tenido la oportunidad de corregir o

15 Amerasinghe, *op. cit.*, p. 203.

16 El fondo concierne a la causa jurídica de la acción sobre el cual se fundamenta la reclamación, Amerasinghe, *op. cit.*, pp. 200-202.

17 Amerasinghe, *op. cit.*, p. 215.

rectificar la violación que es todavía una "alegación de violación". En otros términos, si los tribunales internos no pueden válidamente establecer la existencia efectiva de una violación de derecho internacional, sí pueden en cambio, reparar, si hubiere lugar, la presunta violación, impidiendo con ello pasar a la vía excepcional de recurso, es decir, a la jurisdicción internacional.

Con esto, pasemos al campo de la jurisprudencia. A nuestro juicio, nos parece que en lo que concierne a este punto lo más conveniente es examinar el caso del *Interhandel* que enfrentó a Estados Unidos contra el gobierno de Suiza ante la Corte Internacional de Justicia[18] (en adelante CIJ).

El problema planteado en este caso era el siguiente: en 1942 el gobierno de Estados Unidos, fundándose en el *Trading with the Enemy Act*, había puesto bajo depósito judicial la casi totalidad de las acciones de una sociedad registrada en Estados Unidos: la *General Airline and Film Corporation* (*GAF*), por motivo de que bajo una forma u otra esta sociedad estaba en realidad controlada por la sociedad *I.G. Farbenindustrie* de Francfort, esta última considerada como empresa de un país enemigo. Por su parte, el gobierno suizo alegó que hasta 1940 la sociedad *Farben* controlaba, en efecto, la sociedad en litigo (*GAF*), a través de la mediación de otra sociedad, registrada en el cantón de Bâle-Ville en 1928, pero que, sin embargo, todo vínculo entre la sociedad alemana y la sociedad suiza fue definitivamente anulado por la resolución efectuada en 1940, es decir, antes de que Estados Unidos entrara en guerra.

La sociedad suiza adquirió entonces el nombre de "Sociedad Internacional para Participaciones Industriales y Comerciales" (*Interhandel*).

Después de la conclusión de un acuerdo entre Suiza y las tres potencias aliadas en 1946 (Acuerdo de Washington, por el que Suiza se comprometía a proseguir las investigaciones y liquidar los bienes alemanes en Suiza), las discusiones a propósito de la *Interhandel* se continuaron sin llegar a una conclusión aceptada por las diversas partes. El 5 de enero de 1948, la "autoridad suiza de recurso", prevista por el acuerdo, anula con efecto retroactivo el depósito judicial de los bienes de la *Interhandel*; el gobierno suizo estima que la decisión de la "autoridad suiza de recurso", que reconocía a la *Interhandel* como poseyendo el carácter de sociedad

18 Sentencia del 21 de marzo de 1959. *Recueil des arrêtes, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ (RAAOCIJ)*. 1959. pp. 6 y ss.

suiza, había adquirido efecto de cosa juzgada. Sin embargo, para Estados Unidos, la decisión no surtía efectos jurídicos en relación con los bienes en secuestro. En estas condiciones, la *Interhandel* introduciría una instancia ante los tribunales estadounidenses (*United States District Court for the D.C.*), el 21 de octubre de 1948. Hasta 1957, el proceso entablado ante los tribunales estadounidenses no había hecho grandes adelantos; la acción de la *Interhandel* había sido objeto de varias apelaciones ante los tribunales de Estados Unidos; y el 11 de enero de 1957, el Departamento de Estado declarará que la acción de la *Interhandel* habría sido rechazada en forma definitiva.

Es en este momento que el gobierno suizo dirigirá ante la CIJ una demanda introductiva de instancia (2 de octubre de 1957), pidiendo a la Corte declare, a título principal, que Estados Unidos tiene la obligación de restituir los bienes de la *Interhandel* y, a título subsidiario, de someter el diferendo al arbitraje o a la conciliación.[19]

Estados Unidos presenta cuatro excepciones preliminares: una, según la cual la Corte sería incompetente porque la Confederación Suiza (la *Interhandel*) no había utilizado los recursos internos de los que disponía ante los tribunales de Estados Unidos.[20]

En las observaciones y conclusiones del gobierno de la Confederación Suiza,[21] éste impugna el hecho de que pueda tratarse de un diferendo en el que pudiera tener cabida la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos, en razón de que la demanda suiza pretende la ejecución de la decisión judicial pronunciada por la autoridad suiza de recurso, prevista por el Acuerdo de Washington, y que por tanto debiera ser asimilable al fallo de un tribunal arbitral:

> La regla del agotamiento de vías de los recursos internos no se aplica, porque la inejecución por Estados Unidos... constituye una violación *directa* del derecho internacional y daña en forma inmediata al Estado demandante. No se trata pues, simple y exclusivamente de una violación de los derechos de una persona privada, quien antes de poder ser protegida por su Es-

19 *Idem*, pp. 13-18.

20 Cour International de Justice (CIJ), "Affaire de l'Interhandel. Suisse c. Etats-Unis d'Amerique", *Mémoires*, pp. 315-319. Es verdad que la excepción de *litis pendentia* no podría haber sido invocada, porque el caso no está pendiente en tribunales del mismo orden jurídico, y porque además en el proceso interno el Estado se enfrenta a un particular. *Cour Permanent de Justice International* (CPJI), Serie A, p. 20, nota 6.

21 *Idem*, p. 381.

> tado nacional, debe agotar las vías ordinarias de las instancias internas del Estado infractor. Por el contrario, cuando una decisión internacional no ha sido ejecutada, no existe jurisdicción interna a agotar pues el daño ha sido infligido *directamente* al Estado demandante.[22]

La Corte en su sentencia del 21 de marzo de 1959 declara, primero que nada, que la excepción preliminar de no agotamiento había sido presentada como una excepción de incompetencia por Estados Unidos, y que en realidad la excepción debería ser considerada como dirigida contra la admisibilidad de la demanda suiza: ella se presenta como un medio que llegaría a carecer de toda razón en el caso en que fuera cumplida la condición del previo agotamiento de los recursos internos.[23]

La CIJ va a retener por lo demás la excepción de no agotamiento de los recursos internos, y desechará la argumentación suiza por lo que concierne a la inaplicabilidad de la regla al caso en cuestión. Conviene subrayar que la CIJ no está aseverando en forma alguna que cuando un Estado sea víctima de la inejecución de una decisión jurisdiccional internacional, la regla del no agotamiento debería de todos modos ser aplicable; si la Corte no retiene el razonamiento del gobierno suizo es porque considera que la decisión de la autoridad suiza de recurso (inejecución que según Suiza viola directamente sus derechos en calidad de Estado demandante) hacía referencia a la liberación de los bienes de la *Interhandel* en Suiza, en tanto que la demanda suiza presentada ante la Corte tendría por objeto la restitución de los bienes de la *Interhandel* dentro de Estados Unidos.[24]

Luego entonces, al aceptar Suiza la causa de su nacional —la *Interhandel*— en vista de obtener la restitución de los bienes secuestrados, se crea una situación jurídica, dentro de la cual la regla del agotamiento de los recursos, se encuentra obviamente dentro de su campo específico de aplicación.

Esta sentencia de la Corte sobre el caso *Interhandel* puede ser interpretada como una decisión que concibe la regla del agotamiento de los recursos internos, como una regla de carácter procesal, en el sentido que está condicionando el *derecho de acción* frente a la jurisdicción internacional. La Corte opinó que la excepción debía ser entendida como dirigi-

22 *Idem*, p. 402, párr. 2.
23 CIJ, *RAAOCIJ*, p. 26, párr. 2.
24 *Idem*, p. 28.

da contra la admisibilidad de la demanda interpuesta por Suiza, la cual se vería desprovista de objeto en el momento en que la condición del previo agotamiento de los recursos fuere realizada.[25]

III. El funcionamiento de la regla

El requisito procesal del agotamiento de los recursos internos es invocado, en la práctica internacional, bajo forma de una excepción preliminar por parte del Estado defensor. Como toda excepción preliminar debe ser invocada en la primera fase de una instancia, ya que tiende a obtener, por parte del tribunal, que estatuya sobre una cuestión previa antes de abordar el examen del fondo de la reclamación.[26]

La excepción por falta de agotamiento de las vías de recursos internos debe ser catalogada dentro de la categoría de las "excepciones de inadmisibilidad" y no dentro de la categoría de las excepciones de incompetencia, ya que no es más que una condición al ejercicio de la protección diplomática; es una condición al derecho de acción frente a la Corte y no una condición a la competencia de la Corte. Esto se desprende, particularmente, como vimos, del caso de la *Interhandel* y es, también, nos parece, la posición de la mayoría de la doctrina.[27]

El Instituto de Derecho Internacional que estudió especialmente el problema de este requisito procesal, en la sesión de Aix-en-Provence y en su sesión de Granada, consideró que la excepción que se desprende de la falta de agotamiento de los recursos internos concernía a la admisibilidad de la demanda. En su Resolución adoptada en 1956, afirma:

> Cuando un Estado pretende que la violación sufrida por uno de sus nacionales en su persona o en sus bienes ha sido cometida en contra del derecho internacional, toda reclamación diplomática o judicial que se relacione es

25 La apreciación por parte del Departamento de Estado, de Estados Unidos, de que la *Interhandel* ya había agotado los recursos, se reveló en el juicio una apreciación sin fundamento, ya que en realidad el procedimiento ante los tribunales estaba entonces en curso. Ver *idem*, p. 27.

26 El artículo 62 del Reglamento del Estatuto de la CIJ, que es la única disposición que trata directamente de las excepciones preliminares, no ofrece una definición, como dice el profesor Abi-Saab, sino que únicamente se limita a determinar el procedimiento, Abi-Saab, G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale*, tesis 178, Ginebra, París, Pédone, 1967, p. 27.

27 Ver De Visscher, *Aspect récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, París, Pédone, 1966, pp. 145-149.

> inadmisible, si existen en el orden jurídico interno del Estado contra el cual la pretensión es invocada, vías de recursos accesibles a la persona agraviada y que verosímilmente sean eficaces y suficientes...[28]

Por otra parte, hay que decir que si un Estado presenta una excepción como preliminar, esto no quiere decir que la Corte esté obligada a examinarla en tanto tal; el tribunal puede decidir de unirla al fondo de la reclamación: "Si es necesario, dice Abi-Saab, para estatuir sobre la excepción preliminar, examinar ciertos elementos de la pretensión, y si aparece como imposible el efectuar dicho examen sin prejuzgar el fondo de la reclamación..., la unión de la excepción al fondo se hace imprescindible".[29]

Así pues, si la jurisdicción internacional llega a la convicción de que no podría estatuir sobre la excepción de agotamiento de los recursos internos sin abordar el objeto mismo del litigio, va entonces a unirla al fondo de la reclamación, como fue el caso en el asunto de *Chemin de Fer Panevezys Saldutiskis*, fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, y al cual nos ceñiremos para lo que concierne al estudio de este punto.

La descripción de los hechos se presenta de la forma siguiente: en 1892 había sido fundada en San Petersburgo una sociedad anónima bajo el nombre de "Primera Sociedad de Líneas Ferroviarias Secundarias en Rusia", cuyos estatutos aprobados por decreto imperial la autorizaban a construir y a explotar una línea ferroviaria entre Panevezys y Saldutiskis.

Después de la Revolución de Octubre, la sociedad fue nacionalizada por las autoridades soviéticas y para 1918, Lituania y Estonia se declaraban Estados independientes; el gobierno de Lituania tomaría posesión de la línea ferroviaria que se encontraba en el territorio del Estado de Lituania. Por su parte, la sociedad creada en San Petersburgo se transformaría en 1923 en una sociedad estoniana, con sede social en Estonia, bajo el nombre de Esimene. Esta sociedad, considerándose como la sucesora, reclama a Lituania la restitución de la línea ferroviaria.

Por la demanda introductiva de instancia, el gobierno de Estonia, tomando la causa de la Sociedad Esimene, introduciría en 1937 una instancia contra Lituania, como consecuencia del rechazo de ese gobierno de reconocer los derechos de propiedad y concesión reivindicados por la Sociedad Esimene sobre la vía ferroviaria Panevezys-Saldutiskis.

28 *AIDI, op. cit.*, vol. 46, p. 318.
29 *Idem*, p. 194.

El gobierno de Lituania invocó dos excepciones preliminares de inadmisibilidad de la demanda, la segunda de las cuales alegara la falta de agotamiento de los recursos internos.[30]

La Corte Permanente consideró, en el primer estadio de la instancia, que en la fase actual del procedimiento, una decisión no podía ser tomada ni sobre el carácter preliminar de las excepciones, ni sobre la fundamentación de las mismas, ya que "...tal decisión haría surgir tales cuestiones de hecho y puntos de derecho... que se encuentran estrechamente vinculados al fondo para que pueda ser posible que la Corte se pronuncie desde ahora sobre ellas".[31]

Tratemos de hacer algunas precisiones. ¿Cuál era en este caso el fondo de la reclamación? Podemos considerar que básicamente se trataba de saber a cuál de los Estados, Lituania o Estonia, pertenecían los derechos de propiedad sobre la línea ferroviaria.

Ahora bien, Estonia sostenía la tesis de que el apoderamiento de la línea por parte de Lituania había sido "un acto de gobierno" (*jure imperii*) sobre el cual los tribunales civiles de Lituania estaban en la imposibilidad de ejercer el más mínimo control. Y es precisamente por esto por lo que el gobierno de Estonia introduce una demanda ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, pues en su opinión no podría obtener satisfacción si recurría ante los tribunales de Lituania; en otras palabras, los recursos internos ofrecidos serían "ineficaces".

Así entonces, la Corte va a estimar que, en caso de que se pronunciare sobre la excepción, se estaría igualmente pronunciando sobre un elemento esencial del diferendo internacional, esto es, sobre la eficacia o ineficacia de los tribunales lituanenses; aparece entonces como si la excepción de no agotamiento de recursos, no pudiera ser disociada de uno de los puntos por los cuales el gobierno de Estonia habría recurrido a la Corte internacional.

Por sentencia del 28 de febrero de 1939, la demanda introducida por Estonia va a ser declarada inadmisible por la CPJI, en virtud de que el gobierno estoniano no había suministrado la prueba de que los tribunales lituanenses no eran competentes para conocer de una acción introducida por la Sociedad Esimene. La Corte, por diez votos contra cuatro: "Decla-

30 "Affaire du Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis", *RAAOCPJI*, Serie A/B, núm. 76, 28 de febrero de 1939, pp. 5-15.

31 *RAAOCPJI*, 30 de junio de 1938, Serie A/B, núm. 75, pp. 53-57.

ra que la excepción relativa al no agotamiento de los recursos internos está bien fundada y declara inadmisible la demanda presentada por el gobierno estoniano".[32]

IV. Alcance y efectividad de los recursos internos

Si el extranjero pretende haber sido víctima de un hecho ilícito, está en la obligación de utilizar previamente toda la jerarquía de las instancias ofrecidas por el Estado territorial antes de que pueda someter su demanda ante una jurisdicción internacional.

En principio, un Estado no podrá otorgar su apoyo diplomático a una reclamación de su nacional, que en el caso de que previamente haya existido una decisión "definitiva" de la jurisdicción competente del Estado, en donde el hecho ilícito perjudicial se haya realizado.[33]

Debemos señalar que si el daño que sufre la persona extranjera es resultado de la actividad del mismo Poder Legislativo, o de los más altos órganos del Ejecutivo, la regla del recurso previo a las jurisdicciones locales deberá ser aplicado sin excepción, pues como Verdross y Guggenheim han señalado en el Instituto de Derecho Internacional, en dicha hipótesis el deber de recurrir al agotamiento de las instancias internas deberá llevarse a cabo, siempre que "...la organización judicial interna prevea el control judicial de los actos del poder constitucional o legislativo o de los más altos órganos administrativos".[34]

Por otra parte, es indudable que la cuestión de saber cuáles son las vías de recursos que deben ser agotadas antes de que la reclamación pueda ser conducida al plano internacional, es una cuestión regida por la organización jurisdiccional de cada Estado y, por consiguiente, debe resolverse según cada caso en particular. De aquí que todo lo que pueda decirse, es que el extranjero debe emplear todo recurso previsto por el orden jurídico interno que sea capaz de proporcionar una solución al litigio.

La mayoría de los Estados prevén que la decisión del primer tribunal, es en general susceptible de ser modificada por el órgano de casación,

32 *RAAOCPJI*. Serie A/B. núm. 76, p. 22.

33 Ver Tenekides, C.G., "L'epuisement des voies des recours internes comne condition préalable de l'instance internationale", *RDILC*, t. XVI. núm. 2, 1933, pp. 545 y ss. La llamada "*Cláusula Calvo*", a diferencia de la regla del agotamiento de los recursos internos, hace de la competencia de las jurisdicciones internas una competencia exclusiva y no únicamente de carácter previo.

34 *AIDI*, sesión de Granada, 1956; observaciones de Verdross, p. 48, y de Guggenheim, p. 34. Opinión contraria a la del relator Verzijl, p. 99.

que es en general, la instancia suprema. Desde el punto de vista del derecho internacional, aquello que parece ser el punto esencial, es el saber si la decisión a la cual da lugar el recurso, debe ser interpretada como una decisión definitiva, q*ue no sea ya susceptible de ningún recurso*, ya que es en ese instante en que puede afirmarse que el agotamiento de los recursos internos ha sido "efectivo".[35]

A raíz del caso de la Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria, entre Bélgica y Bulgaria, la Corte Permanente de Justicia Internacional (en lo sucesivo CPJI) tendrá oportunidad de examinar el problema anterior al ser invocada por Bulgaria, en su segunda excepción, la falta de agotamiento de los recursos internos.[36]

Al origen de la controversia en este asunto, encontramos una sociedad de nacionalidad belga que era concesionaria en Bulgaria de la distribución de electricidad para la iluminación de la ciudad de Sofía. Después de la guerra de 1914-1918, se constituyó un tribunal arbitral mixto belgabúlgaro, que en 1925 dictó un fallo definitivo por el que se ordenaba a Bulgaria la restitución inmediata de las instalaciones a la compañía belga y al pago de una indemnización.

Por demanda introducida el 26 de enero de 1938 ante el CPJI, Bélgica pide a la Corte declarar que Bulgaria ha incumplido sus obligaciones internacionales por inejecución de la sentencia del tribunal arbitral, al haber modificado en forma ilícita el cálculo del precio de electricidad y al promulgar una ley de impuesto especial sobre la distribución de la energía. El gobierno búlgaro reivindicaría la competencia de sus propios tribunales.[37] Según el gobierno de Bulgaria la demanda introducida por Bélgica ante la CPJI, había sido "prematura e irregular" en virtud de que todavía no se habría dictado una decisión definitiva por parte de los tribunales internos.[38] En su examen sobre este punto, la Corte reduce la controversia a la siguiente pregunta: "¿... a la época de la introducción de la demanda existía ya una decisión definitiva, o dicha decisión definitiva no había todavía sido dictada?"

La CPJI, en su sentencia del 6 de abril de 1939, por nueve votos contra cinco, va a retener la excepción opuesta por Bulgaria, considerando que en el presente caso la regla del agotamiento de los recursos internos

35 Chappez, *op. cit.*, pp. 179-195.
36 *RAAOCPIJ*, Serie A/B, núm. 77, sentencia del 4 de abril de 1939, pp. 64 y ss.
37 Para la exposición de los hechos: *idem*, pp. 64-74.
38 *Idem*, p. 78.

"...implicaba el agotamiento de todo recurso, aun de aquellos ante la Corte de Casación, pues sólo ella puede, sea anulando la sentencia de la Corte de Apelación, regresar el asunto para un nuevo examen, sea desechando el recurso, convertirla en sentencia definitiva".[39]

Este fallo de la Corte nos parece ser de sumo interés, ya que no solamente afirma la necesidad de que exista una *decisión definitiva* del Estado en cuestión, sino que también rechaza el intento de distinción entre recursos ordinarios y recursos extraordinarios.

Bélgica pretendía que la regla no se aplicase más que en relación con los recursos llamados "ordinarios"; que el recurso de casación era un recurso "extraordinario" y por tanto no había obligación de agotar esta vía. La Corte, pues, al aceptar la excepción opuesta por Bulgaria, desecha implícitamente la calificación de recurso "extraordinario"; aquello que era importante en el criterio de la Corte, era saber si la vía de recurso (recurso de casación) permitía modificar una decisión dictada por una instancia inferior (aquélla por vía de apelación).[40]

Sin embargo Ch. de Visscher, en su opinión individual, aun cuando adhiriéndose a la parte dispositiva de la sentencia, ha considerado que la Corte habría hecho prueba de un formalismo exagerado. Según De Visscher, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la Corte de Casación de Bulgaria no habría podido más que constatar el carácter definitivo de la decisión de la Corte de Apelación de Sofía.[41] En otras palabras, si era evidente que la Corte de Casación no habría podido modificar la sentencia de la Corte de Apelación, Bélgica no estaba en la obligación de agotar dicho recurso.

Es indudable que todo esto es materia harto delicada, no obstante, nosotros nos inclinaríamos a pensar que la Corte no ha aplicado la regla de una manera automática o con un exceso de formalismo. Incluso si se tiene en cuenta el hecho de que la Corte de Casación de Bulgaria desechó el recurso interpuesto por la sociedad belga, pocas semanas más tarde y antes de que la CPJI, no se hubiere pronunciado, lo esencial, desde un punto de vista jurídico, permanece inalterado, esto es, que en el momento en que la demanda de Bélgica era introducida ante la CPJI, no se había dictado todavía una decisión definitiva por parte de los tribunales nacionales.

39 *Idem*, p. 79.

40 *Loc. cit.*

41 Opinión particular de Ch. de Visscher, "Cie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie", *RAAOCPJI*. Serie A/B. núm. 77. pp. 136-139.

Es por ello por lo que el juez Anzilotti en este mismo caso, afirma que

> (...) por el término "decisión definitiva" debe entenderse un medio otorgado al Estado interesado para impedir que un diferendo internacional se genere..., en tanto que exista la posibilidad de que el origen sea eliminado por una decisión de las autoridades nacionales... Si la Corte de Casación de Bulgaria anula la sentencia denunciada, todo el litigio regresa exactamente al estado en el cual se encontraba al día siguiente del fallo de la primera instancia...[42]

Por último, pasemos ahora a examinar el punto relativo al problema de la "eficacia" de los recursos internos.

Independientemente del hecho de que la aplicación de la regla supone, por hipótesis, la existencia misma de un sistema jurisdiccional al interior del Estado, la doctrina y la jurisprudencia hablan de la excepción a la aplicación de la regla del agotamiento de los recursos, cuando incluso, existiendo recursos, ellos son, a pesar de esto, *ineficaces*. Es justamente esta cuestión de la efectividad del recurso la que va a hacer en extremo difícil la tarea del juez internacional, cuando tenga que pronunciarse sobre la excepción de no agotamiento de los recursos internos.

Desde el momento que el derecho internacional no puede brindarnos una noción que sea válida *a priori* de aquello que debe considerarse como un recurso eficaz, el juez internacional deberá decidir esta cuestión solamente en función de cada caso en particular, tomando en consideración las particularidades mismas de la reclamación y de la organización judicial del país de que se trate. Igualmente, el examen más o menos exhaustivo que realizará el juez internacional a propósito del derecho interno será siempre determinable en función de cada reclamación en concreto.

> La ineficacia del recurso puede ser manifiesta: esto sucede cuando así desprende de una prescripción clara de la ley interna o de una jurisprudencia constante. El problema se complica cuando el particular, después de haber acudido ante los tribunales internos y no haber tenido éxito, considera que no se encuentra otra vía de recurso contra la decisión que no le ha dado razón y recibe sobre esta base el apoyo de su gobierno.[43]

Existe en la práctica internacional un caso célebre, pero no menos complejo, que es posiblemente aquel que ha aportado mayor precisión y

42 Opinión disidente de D. Anzilotti, *idem*, pp. 96 y 97.
43 De Visscher, *Aspects récents du droit procédural...*, *cit.*, p. 153.

esclarecimiento —aunque igualmente controversia— en la materia: se trata del caso *Ambatielos* ante la Comisión de Arbitraje, entre la Gran Bretaña y el gobierno helénico.[44]

Recordemos brevemente los hechos esenciales que están al origen de la controversia, antes de entrar al examen del procedimiento seguido ante la Comisión de Arbitraje. N. E. Ambatielos, armador griego, había firmado en 1919, a través de la intermediación de su hermano, un contrato con el gobierno británico, representado éste por el director adjunto de la Marina Mercante (*Shipping Controller*), contrato en virtud del cual Ambatielos compraba nueve barcos en curso de construcción.

Es muy importante hacer notar desde ahora, que en el contrato escrito no se encuentra una fecha exacta para la entrega de los barcos; el contrato estipula solamente que la entrega deberá tener lugar "dentro del plazo establecido" (*within the time agreed*). Esta cláusula habría sido interpretada por Ambatielos como una cláusula que hacía referencia a un término fijo para la entrega; igualmente, según Ambatielos, la fecha exacta habría sido consentida en una forma oral por las partes, y además establecida en una cierta carta de un funcionario británico, el mayor Laing.[45]

El gobierno británico rechazaría siempre esta interpretación, sosteniendo que él no había dado otra cosa más que fechas con un valor indicativo, que determinaban solamente un término aproximativo para la entrega. La importancia de todo esto, es que más tarde Ambatielos va a alegar haber sufrido un gran perjuicio financiero como consecuencia del retraso en la entrega de la mercancía.

Cerca de un año después (1919) de haberse celebrado el contrato, Ambatielos había debido consentir en la hipoteca constituida sobre siete de las naves ya entregadas, para poder garantizar su deuda contraída con el Reino Unido. Y es precisamente para tratar de obtener el pago de esa deuda hipotecaria, que el gobierno del Reino Unido inicia ante los tribunales británicos (*Admirality Court*) un procedimiento judicial en contra de Ambatielos. El fallo dictado en dicho juicio —15 de enero de 1923— sería desfavorable para Ambatielos: el gobierno británico estaba autorizado a vender las naves en favor del tesoro público. Ambatielos introducirá un recurso ante el tribunal de apelación en contra de la decisión dictada por el tribunal británico. En esta ocasión, pediría la autorización de exhibir nuevas pruebas que, según Ambatielos, le habían sido accesibles pos-

44 Sentencia arbitral del 6 de marzo de 1956, *Reports of International Awards*, vol. II, pp. 120 y ss.
45 *RIAA*, XII, p. 92.

teriormente al juicio de primera instancia, y en conformidad con las cuales se podría demostrar que una fecha precisa había sido claramente establecida para la entrega de los navíos y que la entrega no habiendo ocurrido en los periodos previstos, él había sufrido pérdidas considerables.[46]

Sin embargo, el Tribunal de Apelación va a desechar la demanda de Ambatielos argumentando que según las leyes de procedimiento británicas —su jurisprudencia— no estaba permitido a una parte presentar nuevas pruebas (*fresh evidence*) en segunda instancia, cuando había sido posible hacerlo en primera instancia.[47]

Después de esta decisión, Ambatielos no tratará ya de agotar ningún otro recurso —incluso se abstendrá de atacar el auto procesal adoptado por el Tribunal de Apelación ante la *House of Lords*— en razón de la imposibilidad de producir pruebas estimadas por él como esenciales para el éxito del fondo de la reclamación.[48]

Con posterioridad a una fase diplomática en la cual el gobierno helénico hacía suya la causa de su nacional (1925-1949), este asunto será llevado ante la Corte Internacional de Justicia.

Por sentencia del 19 de mayo de 1953, esta Corte, por diez votos contra cuatro, dice que "el Reino Unido está obligado de someter al arbitraje —de conformidad a la declaración de 1926— el diferendo relativo a la reclamación Ambatielos".[49] En este fallo no se había considerado necesario pronunciarse sobre la cuestión de la falta de agotamiento de los recursos internos que había sido, no obstante, ya invocada por el Reino Unido.

Para dar efecto a esta sentencia el gobierno del Reino Unido y el gobierno helénico concluirán un compromiso —24 de febrero de 1955— constituyendo una Comisión de Arbitraje, compuesta por cinco jueces, para decidir la controversia, con sede en Londres.[50]

Ante la Comisión de Arbitraje, el gobierno del Reino Unido sostendría que Ambatielos no había agotado los medios jurisdiccionales ofrecidos por el derecho interno. Primeramente porque Ambatielos habría descuidado el citar a un testigo, el mayor Laing, en primera instancia, medio eficaz, ya que era necesario para que el fallo hubiere sido favorable a Ambatielos; e igualmente el Reino Unido sostendría que Ambatielos no

46 *Idem*, p. 94.
47 *Loc. cit.*
48 Clericetti, *L'affaire Ambatielos devant la Comission arbitrale*, Genève, Droz, 1962, pp. 23-28.
49 *RAAOCIJ*, p. 23.
50 La comisión arbitral estaría integrada por Bagge, Bourquin, Spiropoulos, Esquire y Alfaro, *RIAA*, XII, p. 97.

había hecho uso de un grado en la jerarquía jurisdiccional, no habiendo intentado el recurso abierto ante la *House of Lords* para atacar la decisión dictada por el Tribunal de Apelación.[51]

Es de máxima importancia, hacer resaltar el hecho, de que si el Reino Unido sostuvo que Ambatielos no había agotado los recursos internos en virtud de haber omitido la comparecencia de un testigo ante el tribunal, se está concibiendo a la regla del agotamiento como una regla que apunta no solamente a la necesidad del agotamiento de las diferentes instancias jurisdiccionales, sino también al agotamiento de los diversos *medios de procedimiento* dentro de una misma instancia.

Es por ello por lo que Darío Clericetti en su tesis sobre el asunto Ambatielos, hace la siguiente consideración:

> El hecho de no servirse de tales medios (medios de procedimiento) en primera instancia constituye un caso de falta de agotamiento de las vías de los recursos internos. Jamás, a nuestro conocimiento, antes de la decisión de Ambatielos, la doctrina y la jurisprudencia habían considerado como necesario el agotamiento de los medios de procedimiento dentro de una misma instancia.[52]

Veamos ahora la tesis del gobierno helénico. En lo que concierne al hecho de no haber presentado el testigo en cuestión ante el tribunal de primera instancia, Grecia sostenía que era en razón de que Ambatielos estaba convencido que el testigo no podía ser citado a juicio, porque estaba atado por el "secreto de función" que le impediría rendir testimonio. Y en cuanto al argumento de no haberse atacado la decisión en apelación ante la *House of Lords*, el gobierno helénico respondía que ello habría sido del todo ineficaz.

¿Cuál sería la conclusión a la que llegó la Comisión de Arbitraje? La Comisión fue del parecer que el hecho de no haberse citado el testimonio del mayor Laing ante el juez Hill —Tribunal de Primera Instancia— constituía un medio de *procedimiento esencial* para el éxito de la causa de Ambatielos; que dicho testigo, según la comisión, habría sido posible presentarlo, y que en consecuencia la falta de tal testimonio implicaba un caso de falta de agotamiento de los medios de derecho interno. En cuanto a la posibilidad, o mejor dicho, a la eficacia o ineficacia de utilizar el re-

51 *RIAA*. XII. pp. 118 y ss.
52 Clericetti. *op. cit.*. p. 139.

curso abierto ante la *House of Lords*, es un punto que se planteaba de manera particularmente compleja. Por una parte, no se podía tener acceso a esa instancia más que con su propia autorización o con la del Tribunal de Apelación y todo parece indicar que Ambatielos no habría podido obtener tal autorización;[53] pero además, por otra parte, la Comisión reconoció que en el presente caso, era muy poco probable que la *House of Lords* hubiera podido alterar la decisión dictada en apelación.[54] Así pues, la posibilidad de un recurso intentado ante la *House of Lords* contra la decisión de apelación —que no admitía se pronunciaran nuevas pruebas— aparecía desde un punto de vista jurídico, como *ineficaz*.[55]

La sentencia Ambatielos dictada por la Comisión de Arbitraje ha sido criticada por una parte de la doctrina, en particular por Roger Pinto, quien encuentra que la sentencia aporta un elemento nuevo, al extender el alcance del principio del agotamiento de los recursos internos, desde el momento en que la regla no se aplica solamente al ejercicio de las vías de los recursos, sino *también a las condiciones* en las cuales esas vías deben ser ejercidas.[56]

Por el contrario, para otra parte de la doctrina —y es también nuestro parecer— no existe propiamente hablando una verdadera "ampliación" de la regla del agotamiento previo de los recursos, ya que sería muy difícil aceptar que se pueda dar una *separación* tajante entre las vías de los recursos abiertos y las condiciones de su ejercicio.[57]

A título de *conclusión* diremos que, ciertamente es posible que la divergencia de concepciones que se encuentran acerca de la interpretación de la sentencia Ambatielos sea una consecuencia de la diversa significación que existe entre la expresión en lengua española "agotamiento de los recursos internos" (que es idéntica a la francesa *épuisement des voies de recours*) y su correspondiente anglosajón del *local redress*, esta última expresión, más amplia, no sería del todo idéntica al término español o francés, y por consiguiente si nos situamos desde el punto de vista de la doc-

53 *Idem*, p. 141.

54 *RIAA*, XII, p. 122.

55 La Comisión Arbitral examinó igualmente otros dos puntos sobre esta materia que nosotros no abordamos, a saber: ¿Si un recurso sobre el fondo ante la Corte de Apelación en contra de la decisión de primera instancia hubiera sido eficaz, y si existía en el derecho inglés, un medio de acción eficaz en contra del enriquecimiento sin causa? Este último medio —*for money had and received*— fue retenido por la Comisión como habiendo debido ser agotado.

56 Pinto, R., "L'organisation Juridique Internationale", *Juris Classeur de Droit International*, 1959, facs. 217, p. 18, párr. 81.

57 Sarhan, *op. cit.*, p. 487.

trina anglosajona, no se tendría la impresión de una supuesta ampliación conferida a la regla del previo agotamiento de los recursos internos.

La diferencia entre estas dos expresiones ha sido muy claramente puesta de manifiesto por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Granada. El relator, el jurista Verzijil, en la novena sesión plenaria, afirmó lo siguiente:

> ...sería necesario preocuparse del sentido exacto que debe atribuirse a las palabras "vías de recurso". El término inglés *local redress*, es mucho más amplio y más conforme con la práctica. Éste, indica claramente que el extranjero perjudicado no debe solamente utilizar las vías de los recursos, sino que en el curso de una misma instancia debe utilizar también los *medios de procedimiento esenciales* apropiados para la reparación de los agravios. Sería de interés el indicar que es justamente éste el alcance de la regla.[58]

58 *AIDI*. Sesión de Grenade, 1956, neuvième session plenière, p. 272 (cursivas mías).

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO SIN HECHO ILÍCITO Y LA CONTAMINACIÓN MARINA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Codificación del tema sobre responsabilidad de los Estados*. III. *Doctrina de la responsabilidad objetiva*. IV. *Contenido de la obligación de no contaminar*. V. *La obligación de "debida diligencia" como individualización de la responsabilidad por contaminación*. VI. *Régimen vigente de la responsabilidad por contaminación*. VII. *La responsabilidad sin hecho ilícito como principio general de derecho*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El problema particular de la licitud o ilicitud, imputabilidad y reparación de daños ocasionados por la contaminación marina, forma indudablemente parte integrante del problema general de la responsabilidad en derecho internacional.

Sin embargo, existen ciertos aspectos de la responsabilidad internacional, que adquieren matices mucho muy peculiares cuando se analizan las actividades de los Estados u otros sujetos, que comportan riesgos de carácter excepcional.

Existen, sin duda, gran variedad de principios y reglas de derecho tradicional que pueden muy bien ser susceptibles de aplicación a los daños y perjuicios provocados por la contaminación marina, pero es igualmente indiscutible que esa serie de principios y normas tradicionales no pueden proporcionar una adecuada solución a toda la complejidad de problemas y situaciones que de tan diversa índole se presentan.

De ahí entonces la necesidad de recurrir a otra serie de criterios normativos, y probablemente también a sistemas incluso diversos, de responsabilidad internacional.

En el sistema de responsabilidad por hecho ilícito, la víctima debe aportar la prueba de la responsabilidad de aquel sujeto a quien se presume debe serle imputable el acto u omisión que se presume como hecho ilícito.

Por el contrario, en el sistema de la responsabilidad sin hecho ilícito, es justamente el Estado sujeto responsable el que debe aportar la prueba de sus circunstancias excluyentes de la ilicitud, en caso de que la invocación de éstas sea realmente pertinente.[1]

Por ello es por lo cual si los problemas relativos a los daños provocados por contaminación marina se encuadran dentro de un sistema estricto de responsabilidad objetiva, no sería entonces necesario en forma alguna aportar, por parte del Estado demandante, la prueba de un posible acto de negligencia del infractor para obtener reparación.

En estos casos será suficiente demostrar únicamente que el daño que se presentó, fue efectivamente la causa de la actividad que se venía desarrollando en forma lícita pero que comportaba riesgos excepcionales para que el Estado tercero perjudicado, o en su caso el particular persona física o moral, tenga derecho a la reparación debida conforme a derecho internacional.

II. Codificación del tema sobre responsabilidad de los Estados

La codificación de la responsabilidad internacional bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas fue emprendida a partir de la Resolución 799 (VIII) de la Asamblea General de la ONU, en la cual se pedía a la Comisión de Derecho Internacional se sirviera proceder a la codificación de los principios del derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado.[2]

En cumplimiento de dicha Resolución 799, la Comisión de Derecho Internacional nombraría al señor García Amador como relator especial para el examen de la responsabilidad de los Estados.[3]

1 Ver Lévy Denis, "La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public", *Revue Générale de Droit International Public*, París, 1961, pp. 744-764; Brownlie, I, *Principles of Public International Law*, 2a. ed., Clarendon, Oxford, 1973, pp. 418-464.

2 *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II, Doc. A/Conf. 4/80.

3 *Yearbook of the International Law Commission*, 1955, vol. I, 315a. sesión, p. 190.

Sin embargo en el año de 1962, la Comisión de Derecho Internacional convino en abandonar la tendencia llevada hasta entonces por García Amador, consistente en querer centrar el núcleo de la teoría de la responsabilidad de los Estados en la determinación de las normas que rigen la conducta de los gobiernos respecto de los extranjeros.[4]

Considerando inadmisible que actualmente pudiera limitarse la codificación de la responsabilidad internacional al punto único de la responsabilidad por daños causados a extranjeros, la Comisión de Derecho Internacional reconoció a través de su entonces nuevo relator especial, el internacionalista Roberto Ago:

> ...la necesidad de centrar su estudio en la determinación de los principios que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales, manteniendo una rigurosa distinción entre esa labor y la de definir las normas que imponen a los Estados las obligaciones cuya violación puede ser fuente de responsabilidad.[5]

Desde este nuevo punto de vista, la Comisión de Derecho Internacional reconoció asimismo la importancia, paralelamente a las cuestiones relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, de aquellas relativas a la responsabilidad que se desprende de la ejecución de ciertas actividades "lícitas". No obstante, desde un principio, la mayoría de los miembros de la Comisión consideró que los problemas de esta segunda categoría no deberían ser tratados al mismo tiempo que los primeros.

Esta forma de proceder se justificaba, en razón del fundamento enteramente distinto de la responsabilidad llamada por riesgo, de la naturaleza diferente de las reglas que la prevén, así como de su contenido y de las formas que puede revestir, resultando de ello que un examen simultáneo

4 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1962, vol. I. pp. 2 a 54 y vol. II, Doc. a/5209.

5 "Origen de la Responsabilidad", informe presentado por R. Ago, A/Conf. 4/233. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ACDI)*, 1970, vol. II, p. 190. Ver también su "Primer informe", donde se hace una síntesis de proyectos y documentos anteriores haciéndose notar los inútiles esfuerzos realizados en el pasado con objeto de lograr la codificación del tema de la responsabilidad internacional. en *ACDI*, 1969. vol. II. Doc. A/Conf. 4/217 y Add. I. pp. 131-162. A partir de 1979 se nombro al profesor Willem Riphagen, el Relator Especial para el tema de la "Responsabilidad de los Estados". Posteriormente en su 39o. periodo de sesiones, en 1987, la Comisión nombró al profesor Gaetano Arangio-Ruiz, como relator especial para que sucediera al internacionalista William Riphagen. Ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1991, vol. II (primera parte), Documento A/CN.4/453 y Add. 1.

de las dos categorías de problemas no haría más que complicar en grado mayor la comprensión de ambos problemas.[6]

De esta manera no será sino hasta el 16 de junio de 1978 cuando la Comisión de Derecho Internacional establecerá el Grupo de Trabajo encargado de examinar el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, aun cuando desde el año de 1974 el mencionado tema había sido, ya incluido en el programa general de trabajo de la Comisión.[7]

El Grupo de Trabajo, presidido por su relator especial Quentin-Baxter e integrado además por los profesores R. Ago, J. Castañeda y F. Njenga, comenzó ha realizar el análisis general del tema en cuestión y asentar tanto las bases del análisis general del mismo, como las bases del método que debería seguir la Comisión en el desarrollo futuro de sus trabajos, precisándose que gran parte de la atención debería centrarse en situaciones en las que un peligro surgido dentro de la jurisdicción de un Estado sea susceptible de causar un daño más allá de las fronteras de dicho Estado.[8]

III. Doctrina de la responsabilidad objetiva

En lo fundamental, la doctrina de la responsabilidad internacional objetiva del Estado, por daños causados al medio ambiente, no difiere en mucho de la doctrina de la "responsabilidad por actividades ultrarriesgosas".

La doctrina que procede a la transposición de esta noción de derecho interno (*liability for ultra hazardous activities*) y que postula que un Estado es responsable de los daños excepcionales ocasionados por actividades sujetas a su propio control territorial, aunque no hubiere mediado un acto de negligencia, parece muy cercana a la actitud de Nueva Zelanda y Australia frente a los peligros en la atmósfera representados por la ejecución de pruebas nucleares francesas.[9]

6 "Le fait internationalement illicite de L'État, source de responsbailité internationale", *ACDI*, 1971, vol. II, Doc. A/Conf. 4/246 et Add. 1, p. 210.

7 La inclusión del tema fue en cumplimiento de la Resolución 3071 (XXVIII) de la Asamblea General de 30-XII-1973, *ACDI*, 1974, vol. II (1a.), p. 310.

8 "Rapport du Groupe de travail su la responsabilité internationale pour les conséquences prejudicables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international", *ACDI*, vol. II (2a.), 1978, Doc. A/Conf. 4/L. 284 et Corr. 1 y también Doc. A/Conf. 4/344 y Add. 1 y 2 (32o.), 1980.

9 CIJ, *Affaire des Essais Nucléaires*, Arrêt du 20-XII-1974, *Recueil*, p. 253. La ejecución de tales ensayos a partir del territorio nacional, si se lleva al cabo dentro del marco de ciertas reglas, de-

El profesor Fred Goldie ha considerado que la doctrina anglosajona de la responsabilidad por actividades que comportan riesgos excepcionales, debería ser aplicable en relación al daño ecológico internacional.

Para L. F. E. Goldie no existe duda, de que fuera del marco convencional, se puede efectivamente mostrar en derecho internacional general la existencia de una norma consuetudinaria que postula el principio de una responsabilidad objetiva.[10]

Sin embargo el solo concepto de "actividad que comporte riesgos excepcionales" es sin duda demasiado impreciso para que fuere posible constituir en forma absolutamente eficaz el ejercicio de la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad internacional clásica no se genera más que como consecuencia de la violación de una obligación internacional. Por el contrario, las circunstancias en las cuales una serie de daños extremadamente graves pueden ser producidos como consecuencia del desarrollo tecnológico actual plantean el problema de la reparación de daños ocasionados por una actividad "lícita" del Estado.

Inversamente de lo que ocurre con el sistema de responsabilidad clásica, el cual no puede ser sino complementario o accesorio de la obligación principal, la responsabilidad internacional objetiva presentaría por el contrario un carácter autónomo, ya que no constituye la sanción a una falta normativa, a una infracción jurídica.

En la responsabilidad en su carácter clásico, lo ilícito, es, como dice P. Reuter, el fundamento y el elemento primario de la responsabilidad, "...aquel del que se derivan todos los demás: imputación del hecho ilícito, perjuicio y reparación".[11]

IV. Contenido de la obligación de no contaminar

Es en virtud de que el derecho internacional no impone en principio ninguna obligación de "resultado" al Estado, en el ejercicio de su compe-

be reconocerse que frente al derecho internacional actual difícilmente podría considerarse como una actividad ilícita, y esto a pesar de ciertas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.

10 "*Despite this prevailing conservatism, the Trail Smelter, Corfu Channel and Lac Lannoux cases clearley point to the emergence of strict liability as a principle of public international Law*", Goldie, L.F.E., "International Principles of Responsability for Pollution". *Columbia Journal of Transnational Law*, 1970, vol. 2o., pp. 283 y ss. Igual criterio en el *Coloquio* de 1973, en particular, pp. 70-74; *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (*RCADI*), Sijthoff, 1975.

11 Reuter, Paul, *Derecho internacional público* (trad. J. Puente Egido), Barcelona, Bosch, 1978, p. 220, y también Reuter, Paul, "Cours Général". *RCADI*, 1961, t. II, pp. 580-595.

tencia territorial, que puede muy bien existir compatibilidad entre el desarrollo de actividades "ultrarriesgosas" en el interior del territorio nacional o a partir de dicho territorio, y el respeto a la obligación de ejercer los derechos propios de modo que no se lesionen los intereses de otros sujetos de derecho.

Por ello es importante precisar que en el famoso arbitraje del *Trail Smelter* (1938-1941) no se establecía una verdadera obligación de resultado, ni tampoco debe considerarse como un precedente en apoyo a la existencia de un principio real de responsabilidad objetiva.

En su decisión final del 11 de marzo de 1941 el Tribunal canadiense-norteamericano declaró que

> ...de conformidad con los principios de derecho internacional, ningún Estado tiene el derecho a usar ni a permitir que se use su territorio en forma tal que se cause perjuicio por gases en el territorio de otro o a los bienes o personas que en él se encuentren cuando ello implique serias consecuencias y se prueben los perjuicios de un modo convincente e inequívoco.[12]

El fallo arbitral se inserta dentro de la perspectiva clásica de la obligación de diligencia impuesta al Estado en razón del ejercicio exclusivo de las competencias que ejerce sobre su propio territorio.

Por el hecho de que el gobierno de Canadá haya reconocido previamente en el compromiso arbitral la existencia de un hecho ilícito, el Tribunal estaba dispensado de proceder a su constatación.

Luego entonces sería erróneo querer inferir de la sentencia arbitral que ésta hubiere considerado la responsabilidad de Canadá como una responsabilidad objetiva; la responsabilidad se produjo en este caso por omisión de la debida diligencia en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Lo que realmente constituye el carácter "lícito" de las actividades consideradas como ultrarriesgosas, es que precisamente a pesar de los daños inmensurables que pueden ocasionar, la realización en la práctica de tales actividades no constituyen en sí mismas, la violación de ninguna obligación de derecho internacional, incluso probablemente, tampoco la de no utilización del propio territorio en forma perjudicial.

12 *Recueil ONU des Sentences Arbitrales RSA*, vol. 3, p. 1938. Ver Visscher, Ch., de el capítulo relativo a la polución atmosférica en *Problémes de confins en Droit International Public*, París, A. Pédone, 1969, pp. 82-85.

V. La obligación de "debida diligencia" como individualización de la responsabilidad por contaminación

Ahora bien, es claro que por parte del Estado, la realización de dichas actividades debe acompañarse de una efectiva diligencia preventiva[13] que esté en proporción con la serie de riesgos que se crean con la puesta en marcha de las mencionadas actividades ultrarriesgosas.

Si existe imposibilidad de toda previsión por parte de los órganos del Estado de evitar los daños o perjuicios ocasionados, esto implicará que la responsabilidad del Estado en cuestión no podría ser comprometida más que de conformidad con la teoría del "riesgo creado".

Al no comprobarse ninguna forma de negligencia por parte de las autoridades estatales, los daños podrán ser resarcibles únicamente con fundamento en la responsabilidad objetiva, ya que por definición no existió la comisión de ningún comportamiento antijurídico o hecho ilícito.

En materia de polución marina existiría una obligación para todo Estado de no contaminar, obligación ésta que se particulariza en el deber de diligencia adaptable a las circunstancias del caso. Al Estado que incumpla con dicha obligación podrá serle imputable una responsabilidad, porque normalmente habría podido y debido prever dicho accidente, y por consiguiente haber tenido la posibilidad de impedir el daño cometido.

La obligación general de "debida diligencia", es sin lugar a dudas, una noción muy flexible, susceptible de ser adaptable a las circunstancias en forma muy diversa, sin embargo está también fuera de toda duda que dicha obligación impone ineluctablemente a todo Estado, el deber de poseer de manera permanente el aparato jurídico y material necesario a fin de asegurar "razonablemente" el respeto de las obligaciones internacionales, debiéndose dotar en el terreno de la protección del medio ambiente, de la legislación y reglamentación administrativa, civil y penal que sean necesarias.[14]

Así, si la obligación de no contaminar se reduce a una obligación de debida diligencia adaptable a las circunstancias del caso a fin de no pro-

13 El grado de diligencia requerida dependiendo de las diversas circunstancias a que es aplicable, fue examinado con claridad por la Comisión Mixta de Reclamaciones México-Estados Unidos principalmente en los casos *Mallén y Champman, RSA*, vol. IV, pp. 173-632.

14 Ver a este respecto el interesante Informe presentado en 1976 por el Comité del Medio Ambiente. *Rapport du Commité de l'environnement au Conseil sur le devoir et la responsabilité des États en matiere de pollution transfrontière*, 9 de febrero de 1976, Env. (76), 4.

ducir a terceros daños de carácter "sustancial", esto implicará que forzosamente deberá de tenerse en cuenta, en la apreciación de los deberes de vigilancia, la situación en la cual se encuentran los países en vías de desarrollo, en particular si se tiene que hacer frente a un alto costo económico y social para problemas de contaminación.[15]

VI. RÉGIMEN VIGENTE DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN

En el estado actual de desarrollo del derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad de un Estado podrá quedar comprometida si se comprueba que por parte de los órganos o autoridades del Estado en cuestión hubo falta de la "debida diligencia" en la prevención del acto perjudicial, entiéndase en este caso, de acto de contaminación.

Sin embargo, si un Estado que ha sido demandado por ocasionar efectos nocivos contaminantes más allá de sus fronteras, logra aportar la prueba de que dicha polución fue causada por un incidente completamente imprevisible (accidente natural) y por lo tanto independiente de su voluntad y más allá de todo control, entonces podría quedar eximido de la imputación de responsabilidad (por ejemplo "fuerza mayor" o "caso fortuito".)[16]

En las situaciones en las cuales un Estado sufre un perjuicio sustancial por contaminación surgido más allá de sus fronteras por las acciones u omisiones de otros Estados, se constata con frecuencia que la contaminación ha sido ocasionada por personas que ejercían de hecho funciones

15 "Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo". *Principio 23 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo 5 a 16 de junio de 1972, A/Conf. 48/14/Rev. 1.

16 Recientemente la Comisión de Derecho Internacional ha examinado las circunstancias que excluyen la ilicitud, entre éstas prevé en su Proyecto, la "fuerza mayor" y "caso fortuito", en los siguientes términos de su artículo 31, párrafo 1o. "La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control, que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación". Ver el comentario a dicho artículo en *ACDI*, 1979, vol. II, 2a. parte, pp. 135-149. Doc. A/Conf. 4/Sera/1979/Add. I (part. 2).

públicas, y no por las autoridades gubernamentales actuando como órganos del Estado.[17]

En estos casos se podrá considerar que si las actividades fueron emprendidas bajo el control o por cuenta del Estado, la responsabilidad de este último podrá verse comprometida.

Por otra parte, si la víctima del hecho ilícito contaminante es un particular, persona privada, y quien resulta responsable es el Estado a título principal, el problema que se plantea es que muy probablemente el particular deberá recurrir a los procedimientos de la protección diplomática, ya que seguramente se encontrará situado frente a un Estado que goza de inmunidad de jurisdicción.[18]

Lo anterior obligará al particular, persona física o moral, al previo agotamiento de los recursos internos[19] ofrecidos por el Estado presuntamente responsable, sin poder actuar ante los tribunales del lugar del daño, y sin seguridad que el Estado de su nacionalidad pudiera endosar su reclamación.

VII. La responsabilidad sin hecho ilícito como principio general de derecho

Los "principios generales de derecho" reconocidos por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38, párrafo 1o., inciso "C"), como otra fuente del proceso de elaboración de normas internacionales, paralelamente al derecho convencional y al derecho consuetudinario, tienen la función de ampliar el poder del juez internacional, ya que el recurso a dicha fuente (que no designan sino los principios comunes a los sistemas

17 "Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad", artículo 7o. *Texto de los artículos de la primera parte del proyecto, aprobados por la Comisión CDI*, 32° periodo de sesiones, 1980 (A/35/10).

18 El principio de la inmunidad de un Estado respecto de la jurisdicción de otro Estado debe considerarse como una excepción a la norma fundamental de la soberanía territorial. Ver *Proyecto de artículo sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, CDI, 1980, pp. 335-348. Doc. sup. núm. 10 (A/35/10).

19 Gómez Robledo, Alonso, "El problema del previo agotamiento de los recursos internos en derecho internacional", *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978, vol. V, pp. 17-37.

jurídicos internos) le permite al juez, con frecuencia, presumir la existencia de un deber, en lugar del ejercicio de una facultad discrecional.[20]

Se puede considerar que la función de esta fuente es eminentemente jurisdiccional, ya que le permite al juez dirimir todas las controversias que le son sometidas, restringiendo, así el papel de la equidad.

Ahora bien, lo que a nosotros interesa es saber si con base en un "principio general de derecho" pudiera existir una obligación de reparar los daños ocasionados al territorio de un Estado como consecuencia de actividades que comportan riesgos excepcionales.

Los "principios generales de derecho" no designan, como ya dijimos, otra cosa sino reglas de derecho interno que se encuentran previstas en la mayoría de los órdenes nacionales.

John Kelson ha demostrado que del examen de la mayoría de las legislaciones internas se desprende una tendencia consistente en afirmar la existencia de una obligación de reparación para toda persona que cause un daño como consecuencia del uso de cosas peligrosas (o actividades que se presumen peligrosas) aun cuando no hubiere existido culpa alguna de su parte: es suficiente que se aporte la prueba de un vínculo causal entre el daño y la cosa que está al origen del mismo.[21]

Así, por ejemplo, en nuestro Código Civil, la responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo 1913 en los siguientes términos:

> Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Ahora bien, se podría objetar que el principio de la responsabilidad objetiva en los órdenes jurídicos internos se presenta en general como una excepción a la regla general de la responsabilidad por culpa y que por lo tanto no podría ser considerada como un verdadero "principio general".

En realidad la anterior objeción no sería relevante para la cuestión que nos ocupa, ya que el problema concreto es el determinar si respecto

20 Guggenheim, Paul, *Traité de Droit International Public*, 2a. ed., Ginebra, Ed. Georg, 1967, t. I, pp. 296 y 297.

21 Kelson, John, "State Responsability and the Abnormality Dangerous Activity", *Harvard International Law Journal*, 1972, vol. 13, pp. 197-244.

de determinadas hipótesis de actos perjudiciales el principio de la responsabilidad objetiva, aun cuando presentándose como excepción al sistema general de la responsabilidad, es realmente una constante en las principales legislaciones nacionales.[22]

Por último debemos señalar que si se llega a aceptar como expresión de un principio general de derecho, la regla según la cual todo Estado debería otorgar una reparación por daños causados como consecuencia de actividades ilícitas, pero que comportan riesgos excepcionales, no sería tanto el tipo de actividad ("ultrarriesgosa") que deberá ser tomado en consideración, sino más bien la importancia del daño resentido.

A este respecto el profesor Philippe Cahier[23] ha considerado que desde el momento en que el daño repercute en el territorio de un Estado extranjero, esto implica que se trata de un daño importante o sustancial, y, por lo tanto, ello será prueba suficiente de que nos encontramos frente a una actividad que comporta riesgos excepcionales y que en consecuencia da lugar a una acción en reparación.

En otras palabras, la realización de un daño de una gravedad tal que va más allá de las fronteras de un Estado,[24] es la prueba misma de que la actividad que estaba al origen del daño comportaba un riesgo excepcional, y por lo tanto la víctima está dispensada de la carga normal de la prueba.

VIII. Conclusiones

Probablemente tengamos que reconocer que por lo menos en un futuro próximo, la responsabilidad internacional objetiva por actividades que impliquen riesgos excepcionales quede enmarcada principalmente dentro del derecho convencional y sin dejar por esto de complementarse con la función que desempeña la responsabilidad internacional por hecho ilícito.

22 Giuseppe. Tesauro, *l'inquinamento marino nel diritto internazionale*, Milán. Giuffrè. 1971, pp. 179-181.

23 Cahier, Philippe. "Le problème de la responsabilité pour risque en droit international", *Les relations internationales dans un monde en mutation*. Ginebra. Sijthoff, 1976, pp. 409-434.

24 En el caso de la contaminación marina producida por el pozo exploratorio Ixtoc-I en junio de 1979, es precisamente con base en los "principios generales de derecho" como fuente del derecho internacional, que la responsabilidad del gobierno mexicano podría verse comprometida además de su fundamentación en el derecho consuetudinario. Ver Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. "Problemas relativos a la responsabilidad por contaminación en derecho internacional", *Relaciones México-Estados Unidos: una visión interdisciplinaria*, México, UNAM, 1981, pp. 417-438.

Lo anterior es tanto más cierto que en el seno de la "Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", la cual tuvo un impacto determinante en el desarrollo del derecho internacional general, la mayoría de las delegaciones, no consideraron que fue adecuada la adopción, en materia de contaminación marina, del recurso a la responsabilidad internacional objetiva como sistema general de responsabilidad del Estado.

En este sentido la Convención sobre el Derecho del Mar de Montego Bay prevé sin ambigüedades que el ejercicio de la responsabilidad no queda únicamente condicionado a la constatación de un daño al medio ambiente marino, sino que permanece vinculado necesariamente a la violación de una obligación internacional.

En la parte XII relativa a la "Protección y preservación del medio marino" de la Convención, se establece, en la sección nueve, que los Estados serán responsables del cumplimiento de sus obligaciones respecto de la protección y preservación del medio marino, y que dicha responsabilidad será imputable de conformidad con el derecho internacional, asegurándose que sus sistemas jurídicos nacionales ofrezcan los recursos necesarios que permitan la adecuada reparación de los daños causados por contaminación marina.[25]

Debe hacerse hincapié que desde el principio de las negociaciones hubo acuerdo unánime en el sentido de que el problema de la responsabilidad por daños causados al medio marino no se trataría en la Convención en vías de elaboración en forma detallada, precisa y sistemática, sino que se dejaría esta labor para un futuro acuerdo o tratado internacional, haciéndose notar que el punto específico de la responsabilidad del Estado por daños al medio marino formaba parte del tema más amplio de la "Responsabilidad de los Estados" tratado por la Comisión de Derecho Internacional.

25 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Ver texto de la misma en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *El nuevo derecho del mar: guía introductiva a la Convención de Montengo Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 154-471.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL CASO DEL IXTOC-I EN DERECHO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero*. III. *La regla de la "debida diligencia" en derecho internacional*. IV. *La noción de "actividad ultrarriesgosa" y la responsabilidad internacional*. V. *La Tercera Confemar*. VI. *Anexo: Comentario sobre la sentencia dictada por el juez de distrito de Estados Unidos, Robert O'Connor, Jr., el 30 de marzo de 1982 y transcripción de la misma.*

I. ANTECEDENTES

La perforación del pozo Ixtoc I se inició el 1o. de diciembre de 1978, en el suroeste del Golfo de México, en la Sonda de Campeche, a 94 kilómetros al noroeste de Ciudad del Carmen, Campeche.

El 3 de junio de 1979, al estarse perforando a 3,627 metros de profundidad se produjo el accidente, con flujo de aceite y gas a presión, y se calculó, según cifras oficiales, que el derrame de petróleo crudo en el periodo de casi diez meses (3-VI-79 a 25-III-80), durante los que se llevaron a cabo los trabajos de taponamiento, fue de 300,000 toneladas de petróleo.[1]

Este accidente del Ixtoc I sobrepasa con mucho todos los casos conocidos hasta entonces de derrame de petróleo o flujo de hidrocarburos más notorios (ya sea debido a perforación petrolera mar adentro, accidentes de navegación o a otras causas), como son: el naufragio del buque-tanque *Torrey-Canyon* (3,300 toneladas) el 18 de marzo de 1967 al suroeste de las costas de Inglaterra en los arrecifes de *Seven Stones*,[2] el accidente de la

1 PEMEX estima que fluyeron 3.100.000 barriles de petróleo de los cuales, descontados los hidrocarburos quemados, lo evaporado y lo recolectado de la superficie, quedó a la deriva un volumen total de 1,023,000 barriles de petróleo. Para un examen detallado de las operaciones técnicas realizadas para reducir y controlar el flujo del pozo Ixtoc I, ver: *Informe de los trabajos realizados para el control del pozo Ixtoc I, el combate del derrame de petróleo y determinación de sus efectos sobre el ambiente marino*, presentado por el Programa coordinado de estudios ecológicos en la Sonda de Campeche, México, 1980.

2 *Journal de la Marine Merchande*, 6 y 13 de abril de 1967.

plataforma "A" de Santa Bárbara (contaminación de 2,000 km^2 de litoral sobre una longitud de 50 km) ocurrido en 1969 en California, E.U.,[3] la catástrofe del buque-tanque *Amoco Cadiz* (263,000 toneladas) encallado en Portsall, Francia, el 16 de marzo de 1978;[4] la erupción el 22 de abril de 1977 del pozo 14 de la plataforma Bravo (aproximadamente 20,000 toneladas de petróleo), situada sobre el yacimiento de *Ekofisk* en la punta suroeste de la plataforma continental noruega, en el Mar del Norte.[5]

La situación jurídica que plantea el desafortunado accidente del Ixtoc I no es fácil de esclarecer, pues para comenzar se encuentran implicadas cuatro sociedades: Petróleos Mexicanos (PEMEX), organismo público descentralizado del gobierno mexicano;[6] Perforaciones Marinas del Golfo, S. A. (PERMARGO), sociedad mexicana contratada por PEMEX para llevar a cabo operaciones de explotación de pozos encontrados en la zona marítima de la plataforma continental de México; SEDCO, Inc., sociedad estadounidense con sede en Texas, contratada por PERMARGO con objeto de obtener el equipo necesario para la plataforma semisumergible capaz de realizar perforaciones hasta profundidades marítimas de más de trescientos pies;[7] y por último la sociedad *Southeastern Drilling, Inc.* (SDI) igualmente de nacionalidad estadounidense, contratada por PERMARGO, a fin de suministrar el personal necesario para operar la plataforma SEDCO 135.[8]

3 Walmclay, David, "Oil Pollution Problems arising out of Exploitation of the Continental Shelf: The Santa Barbara Disaster", *San Diego Law Review*, 1972, pp. 514-562.

4 Lucchini, Laurent, "A propros de l'Amoco-Cadiz", *Annuaire Français de Droit International* (AFDI), 1978, pp. 721-754.

5 Bollecker-Stern, B., "A propos de l'accident de l'Ekofisk", *AFDI*, 1978, pp. 772-791.

6 Ver Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*), 6 de febrero de 1971, promulgada el 21 de enero de 1971.

7 De acuerdo con la claúsula 25 del contrato celebrado entre SEDCO y PERMARGO, se establece que en caso de contaminación será PERMARGO quien asumirá toda responsabilidad; a su vez en el contrato celebrado entre PEMEX y PERMARGO, se establece que será PEMEX quien deberá asumir la responsabilidad en caso de contaminación resultante de un pozo descontrolado (cláusula 28).

Ver *Hearings before the Committee on Merchant Marine and Fisheries and the Subcommittees on water resources on the Commitee on Public Works and Transportation House of Representatives*, 96th Congress, First session on "The impact of the blowout of the Mexican oil well Ixtoc I and the resultant oil pollution on Texas and The Gulf of Mexico", septiembre 8 y 9 de 1979, serial núm. 96-19, U.S. Government printing office, Washington, 1980, pp. 20-66.

8 Ver *Aggreement to provide Personnel*, Hearings... serial 96-19, *op. cit.*, pp. 61-66.

De acuerdo con las declaraciones de Stephen C. Mahood, vicepresidente de SEDCO, Inc., el control técnico de las operaciones de perforación estaba completamente en las manos de PERMARGO y PEMEX, *idem*, p. 23.

Para la descripción de las relaciones contractuales entre SEDCO, PERMARGO y PEMEX, *idem*, pp. 347-352.

A principios de agosto de 1979, diversas autoridades de Estados Unidos comenzaron a alegar que el derrame del pozo Ixtoc I estaba ya contaminando las aguas navegables dentro de su zona de pesca de 200 millas, y las aguas suprayacentes a su plataforma continental, encontrándose 140 millas de la costa texana, de Brownsville a Corpus Christi, con residuos de hidrocarburos, lo que ya estaba causando serios daños al medio ambiente.[9]

En dicho mes, Lloyd Bentsen, senador demócrata por el Estado de Texas, declaraba que el Departamento de Estado estadounidense debería entrar en negociaciones con México; el Departamento de Estado enviaría una nota diplomática a las autoridades mexicanas sugiriendo negociaciones diplomáticas preliminares sobre el posible resarcimiento de daños sufridos.

Sin embargo, el 23 de agosto de dicho año, el entonces embajador norteamericano Robert Krueger, en forma por demás imprudente y fuera de todos los cánones diplomáticos, haría público el contenido de dicha comunicación previamente a que el gobierno mexicano hubiese tenido oportunidad de otorgar una respuesta oficial.

A partir de este momento las posiciones de ambos gobiernos tenderían a un mayor endurecimiento y rigidez en sus alegatos, y el gobierno mexicano empezó a cuestionar seriamente la posibilidad de la existencia en derecho internacional de una base para la reclamación por daños y perjuicios.[10]

Como consecuencia del pozo Ixtoc I se han alegado daños ocasionados principalmente a la industria del turismo estadounidense, al equilibrio ecológico y a la industria pesquera,[11] afirmándose, para mediados de mayo de 1980, que el total podría exceder a los 580 millones de dólares,[12] y sin dejar de tomar en cuenta que concretamente y de conformidad con estimaciones de autoridades estadounidenses, se podía calcular que el costo por las operaciones de limpieza realizadas en las playas norteamericanas ascendía a un monto de 75,000 a 85,000 dólares por día.[13]

9 Ver *New York Times*, 7 de agosto de 1979, p. 11 y *Newsweek*, 13 de agosto de 1979, p. 24.

10 Ver *Le Monde*, 2-IV-1980 y 15-IV-1980 y Gómez-Robledo, A., "Problemas relativos a la responsabilidad por contaminación en derecho internacional", *Relaciones México-Estados Unidos, una investigación interdisciplinaria*, México, UNAM, 1981, p. 432.

11 Roy, Hann W., "Preliminary Report on Ixtoc I" (22-VIII-79), en Hearing..., serial 96-19, *op. cit.*, pp. 136-143.

12 *New York Times*, mayo 23 de 1980, p. 17.

13 Ver Declaración del Almirante Yost en Hearings..., serial 96-19, *op. cit.*, p. 90.

En el presente artículo se tratará de analizar principalmente algunos aspectos de tres cuestiones jurídicas de gran relieve que se plantean como consecuencia del accidente del pozo Ixtoc I, pero sin pretender en absoluto agotar la discusión de ninguno de dichos problemas como son: el concepto de inmunidad de jurisdicción de los Estados, la noción de la debida diligencia y el problema concerniente a las llamadas actividades de tipo ultrarriesgoso en el terreno del derecho internacional.

No está por demás dejar asentado desde ahora, que el accidente del pozo Ixtoc I es sólo un caso que ejemplifica la serie de graves problemas jurídicos que pueden llegar a plantearse a propósito de la posible contaminación provocada por las instalaciones petroleras *offshore*.

II. Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero

1. *Inmunidad de jurisdicción soberana en derecho estadounidense*

Se puede considerar en términos generales que la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976,[14] codifica el derecho norteamericano relativo a la inmunidad soberana.

Esta ley de 1976 que puede ser utilizada por el gobierno de Estados Unidos, o bien por sus nacionales, enuncia aquellos casos en los cuales un país puede ser demandado ante los tribunales estadounidenses.[15]

El concepto según el cual ningún Estado puede interferir en el ejercicio de los derechos soberanos de otro Estado, permaneció durante largo tiempo como una premisa básica en la política exterior de Estados Unidos.

Esto queda patentizado en la respuesta que el gobierno de Estados Unidos ofreció a la protesta del gobierno de México, dirigida en relación con las variaciones sufridas por el Río Bravo.

El Attorney General, J. Harmon, puntualizó en dicha ocasión que: "...ninguna regla, principio o precedente de derecho internacional impone responsabilidad u obligación alguna sobre Estados Unidos".[16]

14 La *Foreign Sovereign Immunities Act* entró en vigor el 19 de enero de 1977; noventa días después de la firma del presidente Ford.

Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. N. 94-583, 90 Stat. 2891, codificada en 28. *United States Code* 1330, 1332 (a) (2)-(4), 139 (f), 144 (d), 1602-1611 (1976).

15 Ver Brower, Bistline, Louis, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 76 in practice", *American Journal of International Law (AJIL)*, 73, 1979.

16 21 Op. Attorney General, 274, 283 (1895), en Griffin, "The use of Waters of International Drainage Bassin under Customary International Law", 53, *AJIL*, 50 (1959).

Previamente a esta Ley de 1976 la inmunidad de un Estado soberano ante un tribunal estadounidense era determinada a través del Departamento de Estado, quien, era lógico pretender, basaba sus decisiones en consideraciones de tipo político y no jurídico.

En principio, los tribunales estadounidenses no deberían dar curso a una acción judicial en contra de una entidad soberana en aquellos casos en que el Departamento de Estado así lo requiriese.[17]

Poco a poco, sin embargo, Estados Unidos iría adoptando una posición completamente antagónica, probablemente como resultado de la cada vez más creciente e interdependiente actividad comercial y económica.[18]

A partir del año de 1952 (*Tate letter*), se puede decir que se vislumbra una tendencia en el Departamento de Estado, en el sentido de otorgar inmunidad a entidades soberanas en aquellos casos en los cuales se tratase de actos públicos de una nación extranjera, aunque no en aquellos en los cuales se tratase de actividades de tipo "privado", esencialmente de naturaleza comercial, pero sin que en ello hubiese un claro criterio distintivo.

Pero lo que es aún más importante, es que parece ser, que desde esa época el Departamento de Estado llegó a la convicción de que el derecho internacional ya no requería que se otorgara una completa inmunidad a los Estados extranjeros, desde el momento en que la práctica internacional demostraba que ya varios países empezaban a adoptar la doctrina de la inmunidad en sentido restrictivo.[19]

Supuestamente con la *Foreign Sovereign Immunities Act* de lo que se trata, además de su codificación, es de eliminar las presiones sobre un órgano político, como lo es el Departamento de Estado.

Al confiar este tipo de decisiones al órgano judicial, el Congreso pensó prevenir efectos adversos en las relaciones diplomáticas de Estados Unidos.

El Departamento de Estado, al ser un órgano cuya función es por naturaleza eminentemente política, se consideró que era el foro más inapro-

17 En el caso *Republic of Mexico v. Hoffman* la Suprema Corte sostuvo: "*It is therefore not for the courts to deny an immunity which our government has seen fit to allow, or to allow an immunity on new grounds which the government has not seen fit to recognize*", 324 US (30), 1945, p. 35.

18 Ver Meheren, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", 17. *Col. Journal of Transnational Law* 33, 1978. El énfasis sería puesto, cada vez con mayor insistencia, entre los actos meramente públicos (*iure imperii*) y los actos privados, en los cuales la entidad soberana actúa como persona privada o como entidad corporativa (*jure gestionis*).

19 Ver Letter from Jack B. Tate, "Changed Policy concerning the grantinng of Sovereign Immunities to Foreign Governments", 26 *Boletín del Departamento de Estado*, 19 de mayo de 1952, 984 (1952).

piado para determinar en forma objetiva el carácter comercial o no-comercial de una actividad específica, y los demás puntos jurídicos que pueden llegar a plantearse en relación a dicho tema.[20]

La parte más relevante de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, en relación con el problema de contaminación producidos más allá de los límites jurisdiccionales de un Estado, es aquella sección (sección 1605, a, 2) en donde se prevé que una nación extranjera no queda fuera de la jurisdicción de Estados Unidos, aun cuando el daño causado se origine fuera de su propio territorio, si el acto en cuestión está en "*relación o conexión*" con una actividad comercial que llega a causar un efecto directo dentro del territorio norteamericano.

En forma similar a lo previsto en relación con la inmunidad de jurisdicción, la *Foreign Sovereign Immunities Act*, en sus secciones 1,610 y 1,611, prevé situaciones, en forma de excepciones específicas, en las cuales una entidad soberana se verá desprovista del otorgamiento de inmunidad de ejecución.

Bajo el espíritu de la *Fioreign Sovereign Immunities Act* de 1976, el énfasis se encuentra marcado sobre la naturaleza de la actividad que es desarrollada por el Estado extranjero y no en el propósito o intención de la actividad misma.

De esta forma, por "actividad comercial" se va a entender, para los propósitos de la ley, aquella conducta o comportamiento comercial llevado a cabo en forma regular, o bien ya sea simplemente un acto o transacción comercial en particular.[21]

Igualmente bajo el espíritu de esta ley se distingue solamente entre los actos gubernamentales públicos soberanos, de aquellos otros actos de gobierno de naturaleza privada o comercial.

2. *Inmunidad de jurisdicción soberana en derecho internacional*

Una vez que hemos planteado los puntos relevantes, para los propósitos del examen de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, debemos preguntarnos cuál es la situación imperante hoy en día, en relación con el problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados dentro del marco jurídico del derecho internacional público.

20 Ver *Jurisdiction of United States Courts in suits against Foreign States*: Hearing on HR 1135. Before the Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations of the House Comm. on the Judiciary, 94th. Cong., 21 Sess, 59 (1976), p. 31.

21 28 USG 1603 (d) 1976.

La regla general es que todo Estado en tanto que persona moral, e independientemente de sus representantes en el Estado extranjero, goza de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, de acuerdo al derecho internacional general, quedando totalmente fuera del ámbito de competencia jurisdiccional del Estado territorial.[22]

Ahora bien, si el principio es que un Estado no puede ser emplazado ante una jurisdicción interna extranjera sin su previo consentimiento, lo que nos importa entonces es determinar el alcance de la regla general de la inmunidad del Estado extranjero en relación con las actividades emprendidas directamente por él o por los organismos que legalmente dependen de dicho Estado.

Se puede decir que actualmente varios Estados han abandonado por completo la teoría de la inmunidad absoluta para adoptar en su lugar la tesis de la inmunidad relativa.

Esta última tesis distingue entre las actividades que se desprenden directamente de la noción de poder público del Estado, en relación con las cuales la teoría de las inmunidades se aplica, y el otro género de actividades comerciales en el cual el Estado se comporta como particular o sujeto de derechos patrimoniales.

Es posible que, en teoría, está última tesis de la inmunidad relativa sea la más coherente con la actual realidad internacional, ya que parecería inequitativo el hecho de que un Estado, habiéndose comportado en su actividad comercial como sujeto privado, pueda invocar la excepción de jurisdicción interna por supuestos actos de soberanía.

Sin embargo, el verdadero problema que se presenta es que no parece que de la práctica internacional pueda desprenderse la existencia de un criterio único, seguro y categórico que permita distinguir entre los actos de poder público y aquellos en los cuales el Estado no interviene como entidad soberana.[23]

Difícilmente podría sostenerse que hoy en día exista una única concepción clara y precisa, dentro de este campo, del alcance de la teoría de las inmunidades en derecho internacional.

22 Lalive, J. F., "L'immunité de jurisdiction et d'éxecution des États et des Organisations Internationales", *Recueil des Cours de la Academie de Droit International* (*RCADI*), 1983 (III), t. 84, pp. 206-396.

23 Combacau, J., "Les sujets du droit international", en el vol. *Droit International Public*, Paris, Edit. Montechrestien, Précis Domat, 1975, pp. 225-297.

En todo caso, la práctica parecería demostrar que el derecho internacional permite a cada Estado fijar, en mayor o menor grado, su posición al respecto de las actividades que deberán ser consideradas en cada caso específico si gozan o no de la inmunidad de jurisdicción y de la inmunidad de ejecución; obviamente sin que necesariamente estos dos tipos de inmunidad tengan que tener la misma reglamentación.

De aquí que con frecuencia no se puede prever cuál será la posible decisión que dictará una determinada corte o tribunal con respecto al problema de las inmunidades soberanas, en virtud de la falta de un criterio único, claro y específico de las actividades que deban ser consideradas como actos de soberanía o actividades típicamente de orden privado.

Por último, hay que preguntarse si ¿el abandono de la doctrina de la inmunidad absoluta es o no compatible con la noción de la soberanía de los Estados, sobre la cual se basa el adagio *par in parem non habet imperium*?

El profesor Seidl-Hohenveldern, quien ha realizado un estudio acucioso sobre el tema, contesta afirmativamente, en virtud de que la misma noción de soberanía otorga a cada Estado, y por ello también al Estado del foro, el derecho de ser su propio soberano en los límites de su jurisdicción.

El problema de la inmunidad de un Estado extranjero no puede ser planteado frente a los tribunales del Estado del foro bajo condición de que (salvo invocación de la inmunidad) sus tribunales sean competentes para juzgar del caso concreto.

Esto supone pues, que la actividad del Estado extranjero haya producido ciertos efectos dentro del Estado del foro.[24]

¿De qué derecho el Estado extranjero podría deducir una facultad jurídica de comportarse en forma que su actuación produjera efectos en el Estado del foro? Parece evidente, dice Seidl-Hohenveldern, que en razón de ese mismo principio de soberanía el Estado del foro esté solamente autorizado a realizar actos *jure imperii* sobre su propio territorio. Toda excepción a dicho principio en favor de un Estado extranjero debe desprenderse de una autorización expresa. Salvo autorización especial, el Estado extranjero no podría actuar sobre el territorio del Estado del foro más que como sujeto *jure gestionis*.[25]

24 Seidl-Hohenveldern, I., "L'imunité de juridiction et exécution des États et des organisations internationales", *Droit International I*, París, Pédone, 1981, p. 114.

25 *Idem*, pp. 114 y 115.

3. *Acción judicial en contra de PEMEX ante los tribunales norteamericanos*

Desde el momento en que el organismo público descentralizado Petróleos Mexicanos es, de acuerdo a la *Foreign Sovereign Immunities Act*, un órgano del Estado mexicano, tiene derecho a gozar, de conformidad con la misma Ley, de la inmunidad de jurisdicción.[26]

Sin embargo, para que ninguna acción judicial pudiera ser emprendida en contra de PEMEX ante los tribunales estadounidenses, PEMEX estaría obligado a probar que ninguna de las excepciones de inmunidad soberana enumeradas por la *Foreign Sovereign Immunities Act* le es aplicable.[27]

La excepción más importante para el presente caso es, como ya veíamos anteriormente, la contenida en la sección 1.605 (a) (2) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* (*FSIA*), relativa a la naturaleza de la actividad emprendida por la entidad soberana.

En opinión del profesor Jordan J. Paust, en su comparencia ante el Comité de la Marina Mercante, no hay duda alguna de que los tribunales estadounidenses tienen jurisdicción, de acuerdo al derecho interno e internacional, para presentar demandas en contra de PEMEX, en contra de México, o bien en contra de ambos.

La razón principal por la cual México o PEMEX, no podrían obtener inmunidad de jurisdicción es en virtud de que sus actos son esencialmente comerciales y de naturaleza privada.[28]

Además, según J. Paust, la supervisión que realiza un Estado sobre una empresa comercial es en sí una actividad comercial, por lo cual los actos u omisiones de México en su actividad de supervisión de los actos de PEMEX deberían ser considerados, en este caso, como comerciales o de naturaleza privada, sin importar que incluso actos "gubernamentales" pudieran ser palpables en dicho proceso, ya que en todo caso serían mero instrumento en la realización de un proceso que se ha determinado esencialmente de naturaleza comercial o privada.[29]

26 Sección 1603 de la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*.

27 La *FSIA* otorga una presunción de inmunidad a todo Estado extranjero siempre y cuando no le sean aplicables ninguna de las excepciones específicas al goce de inmunidad establecidas en las secciones 1605, 1606 y 1607 de la *FSIA*.

28 *Hearings before the Committé on Merchant Marine...* serial 96-19, *op. cit.*, pp. 251-258.

29 *Idem*, pp. 256 y 257. "*More specifically, Mexican acts of supervision on Whether governmental or commercial per se, are acts taken in connection with a commercial activity (of Pemex) within the meaning of Section 1605* (a) (2)", p. 257, párr. 2.

Es interesante hacer notar que en la misma sesión del Comité de la Marina Mercante, el profesor Günter Handl sostuvo en su declaración, contrariamente a la opinión de Paust, que en cualquier hipótesis si presentase una demanda en contra de México ante un tribunal de Estados Unidos, México sería competente para invocar la excepción de inmunidad de jurisdicción, dentro del marco de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976.[30]

PEMEX, sin embargo, sostuvo en su recurso de petición para declaración sin lugar, que la actividad de excavación y explotación del pozo Ixtoc I no puede ser catalogada como una "actividad comercial", ya que México ejerce un control soberano sobre sus recursos hidrocarburos y que la planificación y supervisión de la forma en que son llevadas a cabo las actividades exploratorias relacionadas con dichos recursos son actividades que por su propia naturaleza deben ser consideradas como constituyendo actos soberanos de carácter público.[31]

En apoyo de su tesis PEMEX se fundamenta en el análisis de la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP).[32]

En un recurso de acción antimonopólico introducido por un sindicato obrero en contra de miembros de la OPEP, el tribunal de distrito estadounidense para el distrito central de California, señaló que para el efecto de determinar si un acto en particular debía ser considerado como una actividad comercial, los tribunales deberían guiarse por el propósito de la *Foreign Sovereign Immunities Act*, no interviniendo en problemas que pueden tocar muy de cerca áreas sumamente sensibles de los Estados extranjeros.[33]

En dicho caso el tribunal estadounidense señaló que el término "actividad comercial" debía ser definido en forma restrictiva o limitada (*narrowly*); es claro que la naturaleza de la actividad emprendida por cada uno de los países miembros de la OPEP consiste en el establecimiento

30 *Idem*, pp. 258-263. Sin embargo, según Handl, si la demanda se presenta en contra del organismo descentralizado PEMEX, entonces la inmunidad de jurisdicción no podría ser invocada de acuerdo a la sección 1605 (a) (2a) de la *FSIA*, sin olvidar de que existe en la jurisprudencia estadounidense casos anteriores en los cuales la excepción de inmunidad le fue denegada a PEMEX. *Idem*, p. 259, nota 2.

31 Ver "Memorandum of Defendant Petroleos Mexicanos in support of motion to Dismiss for lack of Personal and Subject Matter Jurisdiction", Matter of Complaint of SEDCO, Inc., núm. H-79-1880, S. D., Texas, 13 de septiembre de 1979.

32 *Idem*, pp. 21-23.

33 *International Association of Machinists v/s OPEP*, 477 supp. 553 (CD California 1979), 567.

por un Estado soberano de las condiciones y términos para la remoción de un recurso natural primario (petróleo crudo) de su territorio.[34]

De la anterior interpretación dada por el tribunal, éste señala en sus conclusiones que las actividades de las naciones miembros de la OPEP al controlar las condiciones de la explotación del petróleo dentro de sus respectivos territorios, no podía considerarse como el ejercicio de una "actividad comercial". Las actividades de la organización al fijar los precios del petróleo debían ser estimadas como públicas por naturaleza y por ello gozar de inmunidad de jurisdicción bajo la *Foreign Sovereign Immunities Act*.[35]

Sin embargo, para autores como William Mac Donald y Daniel Leventhal, el análisis de casos como el anterior no podría ser aplicado analógicamente en relación con las actividades de excavación y explotación emprendidas por PEMEX en la bahía de Campeche, las cuales, en su opinión, deben ser consideradas eminentemente como "actividades comerciales" de acuerdo a la *Foreign Sovereign Immunities Act*.[36]

Nosotros pensamos que independientemente de las consideraciones de tipo político que, admítase o no, intervienen en ciertas decisiones de los tribunales en lo que concierne a la aplicación de la *Foreign Sovereign Immunities Act*, éstos deberán guiarse para el examen de casos de contaminación transfrontera del tipo Ixtoc I, en la decisión antes vista referente al caso de la Organización de Países Exportadores de Petróleo.

Lo anterior en virtud de que, como ha demostrado claramente James E. Fender, en dicho caso relativo a la OPEP, el tribunal sostuvo que cuando una entidad soberana monopoliza las condiciones para la explotación de sus recursos naturales en beneficio del mismo territorio soberano, la actividad debe ser considerada como gubernamental por naturaleza y por lo tanto inmune de la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos.[37]

34 *Idem*, p. 560.

35 *Idem*, pp. 568 y 569. Si en este caso *IAM v/s OPEP* como hemos visto, se estableció el principio general de que el control sobre los recursos naturales nacionales es una función soberana, no vemos por qué las actividades de explotación petrolera llevadas a cabo en Bahia de Campeche pudieran ser consideradas, dentro de este contexto, como algo diferente a una actividad por definición eminentemente soberana.

36 Ver Mac Donald, J. William, "Ixtoc I: international and domestic remedies for transboundary pollution injury", *Fordham Law Review*, 1980, vol. 49, pp. 426 y 427; y Leventhal, Daniel, "The Bay of Campeche Oil Spill: obtaining jurisdiction over Petroleos Mexicanos under the FSIA of 1976", *Ecology Law Quaterly*, 1980, vol. 9, núm. 34, pp. 359 y 360.

37 Ver Fender, E. James, "Trouble over oiled waters": —pollution litigation or arbitration— "The Ixtoc I oil well blow-out", *Suffolk Transnational Law Journal*, 1980, vol. 4, núm. 2, p. 300. Hay que hacer notar que la *American Law Division* ha sostenido que sería muy difícil afirmar que las acti-

En este mismo sentido se pronuncia, en un excelente análisis del problema, el jurista José Luis Siqueiros, quien sostiene que en caso de demanda en contra de PEMEX, este organismo debe invocar como excepción dilatoria, la inmunidad de jurisdicción "...afirmando que la exploración y explotación petrolera son actos que el Estado realiza en calidad de soberano..."[38] y que en el supuesto de que se dictase sentencia condenatoria y definitiva en contra de PEMEX, sería altamente dudoso que el Poder Judicial en México reconociera la validez de la misma y por ello no concedería su ejecución en contra de PEMEX.[39]

Por último, es absolutamente cierto que si la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, intenta la codificación de la teoría restrictiva de la inmunidad de soberanía, si se pretenden llevar a cabo amplias y liberales interpretaciones de nociones tan capitales y claves como son "actividad comercial" y "actividad gubernamental", esto puede desbordar cualquier marco lógico de dicha teoría sobre la inmunidad de jurisdicción y conducir a resultados jurídicamente incongruentes.[40]

III. La regla de la "debida diligencia" en derecho internacional

1. *Responsabilidad por negligencia en el caso del Ixtoc-I*

El profesor Günther Handl en sus declaraciones e informe presentados ante el Comité de la Marina Mercante[41] asegura, con fundamento

vidades de PEMEX en Bahía de Campeche eran por naturaleza comerciales ya que los "*estándares*" internacionales para establecer el carácter soberano o comercial de ciertas actividades es bastante oscuro. Ver carta del 5 de diciembre de 1979 enviada a la House Merchant Marine and Fisheries Commitee y firmada por Jeanne Jagelski, en *Hearings before the Subcommittee on Coast Guard and Navigation and the Subcommitee on Fisheries and wildlife conservation and the Environment of the Committe on Merchant Marine and Fisheries House of Representatives, 96th Congress* on "The Ixtoc I oil pollution compensation act of 1979-H.R. 5577", H. Con. Res. 188, serial núm. 96-41, US Government printing office, Washington, 1980, pp. 81-94.

38 Siqueiros, José Luis, "La responsabilidad civil de Petróleos Mexicanos en el caso del pozo Ixtoc I", *El Foro*, México, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, sexta época, núm. 18, julio-septiembre de 1979, p. 59.

39 *Idem*, pp. 54 y 55.

40 Fender, "Trouble over...", *op. cit.*, p. 300, nota 105. Fender sostiene además que los tribunales estadounidenses en casos recientes han tenido que reconocer la evolución constante de las prácticas comerciales a nivel internacional, como por ejemplo en 1975 en el caso *Alfred Dunhill of London vs Republic of Cuba*.

41 Hearings before the Committee en Merchant..., serial 96-19, *op. cit.*, pp. 258-263.

principalmente en la jurisprudencia internacional (*Traild Smelter Case, Corfu Channel*), en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 2996-XXVII) y en la Declaración de Estocolmo de 1972 (principio 21), que el derecho internacional consuetudinario establece que todo Estado es responsable por los daños causados extraterritorialmente por actividades privadas realizadas dentro de su jurisdicción o bajo el control estatal.[42]

Ahora bien, lo que es importante determinar, en opinión de Handl, es si dicha obligación puede constituir la base para la construcción de una "responsabilidad objetiva" (*strict liability*) o si por el contrario se requiere además del daño puro y simple, de la incidencia del elemento adicional de la negligencia (*liability for fault*), para que pueda responsabilizarse a un Estado en aquellos casos en que se registren daños por contaminación transfrontera.[43]

Handl no piensa que actualmente el derecho internacional general contemple en realidad una responsabilidad absoluta y objetiva (*absolute or strict liability*) en los incidentes de la contaminación transfrontera.

Lo anterior se desprende claramente, en su opinión, de los debates en el seno del comité preparatorio encargado de la redacción del texto de la Declaración de Estocolmo de 1972, en donde se sostuvo (en particular en relación con el principio 21) que la negligencia era un "prerrequisito" necesario, para que un caso determinado, pudiera válidamente invocarse la responsabilidad de un Estado por daños extraterritoriales al medio ambiente.[44]

Por último, cabe destacar que Handl encuentra el artículo 23 (violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado) del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados redactado por la Comisión de Derecho Internacional, como una prueba más de que en los casos de contaminación transfrontera la violación de dicha obligación no se

42 *Idem*. pp. 259 y 260. Igualmente. para mostrar la posición del gobierno mexicano. Handl cita al delegado mexicano González Martínez quien en las discusiones en la Asamblea General sobre el principio 21 de la Declaracióin de Estocolmo afirmó: "*.. it was the responsibility of all states to avoid activities within their jurisdiction or control which might cause damage to the environment beyond their nation frontiers and to repair any damage caused*", United Nations Doc. A/c 2/S.R., 1470.7 (1972).

43 Hearings before the Committee on Merchant... serial 96-19. *op. cit*., p. 260.

44 *Idem*. p. 260. De igual manera. para Handl es claro que la CIJ. en el caso del canal de Corfú, no estableció una responsabilidad objetiva en contra de Albania.

produce por la mera y sola realización del evento en cuestión, sino que debe mostrarse la negligencia imputable al Estado.[45]

Ahora bien, si el anterior análisis se aplica al caso del Ixtoc I, la pregunta evidente es saber si de parte del gobierno mexicano hubo negligencia en el accidente del pozo petrolero. Para esto habría que investigar los procedimientos que emprende el gobierno para las actividades de exploración y explotación de pozos petroleros mar adentro, los estándares y reglamentos para la operación de los mismos, el grado real de supervisión y de control y su coincidencia o no con dichas leyes y reglamentos. Además, podría también pedirse la investigación acerca de los esfuerzos de México para controlar y mitigar los efectos producidos por el Ixtoc I.

La determinación de la posible negligencia del gobierno mexicano es, desde luego, resultado de una investigación imparcial de los hechos, pero Handl se inclina por pensar que una investigación de tal género sobre la causa del accidente podría muy bien concluir en algo similar al dictamen de la "Comisión Real Noruega", la que después de la investigación del accidente del Ekofisk en 1977, estableció que la causa subyacente del accidente era "...consecuencia de un inadecuado e insuficiente sistema administrativo y de organización para asegurar una operación exitosa de excavación".[46]

2. *Significado y contenido de la obligación general de la debida diligencia*

La obligación general de debida diligencia se deriva esencialmente de la costumbre, y consiste en el cuerpo general de reglas de comportamiento que se esperan de un "buen gobierno".

El resultado de ello es que el deber de negligencia es un concepto relativo y flexible, cuyo modo de aplicación varía con las situaciones de hecho dentro de las cuales los Estados son requeridos a cumplir con dicha obligación.

De igual forma, dicha obligación varía de conformidad con las posibilidades prácticas de supervisión de los Estados para asegurar que las

45 *Idem*, p. 261. Artículo 23: "Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observador no logra ese resultado". *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Doc. of. 35, per. de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/35/10), 1980, p. 69.

46 Citado por Handl en Hearings before the Commitee on Merchant... serial 96-19, *op. cit.*, p. 261.

actividades de sus órganos, o personas localizadas en su territorio, no causen perjuicios a terceros.[47]

Aun cuando la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo admite la flexibilidad de la obligación de diligencia, como ya veíamos anteriormente en el capítulo III, y por lo tanto susceptible de aplicaciones diversas, no obstante, llega a la conclusión que la obligación está constituida por un cierto número de reglas medias o estándares de comportamiento, que los Estados deben observar, y que podríamos resumir en tres puntos principales:

A. Deben poseer de una manera permanente el aparato jurídico y material suficiente para asegurar normalmente el respeto de sus obligaciones internacionales.

B. Deben dotarse, en el campo de la protección del medio ambiente, de la legislación y reglamentación administrativa, civil y penal necesarias.

C. De conformidad con el principio de la buena fe, el Estado no debe contentarse con poseer nada más dicho aparato legal y administrativo, sino que debe hacer uso de él con *diligencia y vigilancia* apropiadas a las circunstancias.[48]

Entonces, la obligación general de no-contaminar vendría a individualizarse en una obligación de diligencia, adaptable a las circunstancias, y que implique un deber de prevención de no producir daños o perjuicios a terceros de naturaleza sustancial.[49]

Que la obligación se califique como una obligación de comportamiento, deber de diligencia, parece desprenderse claramente del análisis de la Declaración de Estocolmo, en donde se sostuvo que la Declaración debería excluir toda responsabilidad basada en la idea del riesgo y debería enfatizar que solamente la negligencia de un Estado, imputable ya sea a su inacción o a su incapacidad de cumplir con deberes específicos,

47 *Informe de la Organisation for Economic Co-Operation and Development*; "Observations on the concept of the international responsability of States in relation to the protection of the environment". 1977.

48 *Idem*, pp. 384 y 385.

49 Institut de Droit International, *Annuaire*, vol. 58, t. I, Sesión d'Athènes 1979, travaux preparatoires, p. 227. En este contexto, si la obligación de no contaminar se considera como una "estricta obligación de resultado", el Estado que causara una contaminación transfrontera, podría ser responsable desde el momento en que se constatara un daño cierto y sustancial.

podría comprometer su responsabilidad dentro del marco del derecho internacional.[50]

Si un Estado prueba que la polución transfrontera fue causada por un evento o factor completamente imprevisible (en particular un accidente natural), y por tanto independiente de su voluntad y más allá de su control, podría entonces repudiar toda responsabilidad.[51]

El derecho internacional general parecería que delegara en la competencia del Estado soberano las modalidades de ejercicio de dicha obligación, y los tribunales internacionales serían los competentes para determinar en caso de controversia si el Estado actuó de conformidad con la obligación de "debida diligencia".[52]

Si la obligación de no-contaminar se limita a una obligación de diligencia, el Estado debería vigilar con una "diligencia razonable" el que su territorio no sea utilizado como origen o fuente de contaminación para otros Estados o incluso para ámbitos que no caigan dentro de ninguna jurisdicción nacional precisa.[53]

3. *La contaminación transfrontera y la violación de la obligación de la debida diligencia*

Nosotros pensamos, contrariamente a la opinión de Günther Handl,[54] que de cuerdo al derecho internacional en vigor, difícilmente podría adju-

50 Ver Documento A/Conf. 48/P.C. 12 annex. II p. 15, párr. 65. Concepciones próximas a una responsabilidad objetiva, como la de la delegación canadiense, no fueron retenidas. Ver Sohn, L. B., "The Stokolm Declaration on the human environment", *Harvard International Law Journal*, 1973, vol. 14, p. 494.

51 Dupuy, Pierre, "International Liability of States for Damage Caused by Transfrontier Pollution", *Legal aspects of transfrontier pollution*, París, OECD 1977, p. 354, nota 2. Sin embargo, parecería que podría invocarse la responsabilidad de un Estado, si se prueba que su legislación está en desacuerdo con los criterios normalmente adoptados por otros Estados, o bien si se prueba que se ignoran los estándares definidos constantemente por países que están cooperando en el seno de organizaciones internacionales.

52 Ver Ago, R., "Quatrième rapport sur la responsabilité des États", Comité de Derecho Internacional *(CDI)*, Doc. A/Conf. 4/269, pp. 73 y ss.; Dupuy, Pierre, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine téchnologique et industrielles*, prefacio de S. Bastid, París, Pédone, 1976, p. 261.

53 Ver Dupuy, P., "Due diligence in the International Law of Liability", *Legal aspects of transfrontier pollution*, París, OECD, 1977, p. 370.

El principio de la obligación de diligencia concebido como la contraparte del ejercicio exclusivo de la jurisdicción territorial del Estado, fue establecido por Max Weber en el caso de la Isla de Palmas, ante la Corte Permanente de Arbitraje, *Recueil des Sentences Arbitral (RSA)*, vol. II, p. 389.

54 Ver *supra*.

dicársele al gobierno mexicano una responsabilidad por negligencia en el caso del Ixtoc I, en virtud, de que actualmente si hay un caso de contaminación transfrontera, la invocación de la responsabilidad no es efectiva si no se prueba que el Estado cayó muy por debajo de los "*estándares*" de comportamiento requeridos. De ahí que Pierre-Marie Dupuy sostenga que la consecuencia de este estado de cosas es que, a menos que la obligación del Estado esté claramente especificada en un tratado previo, se deberá hacer referencia a un "promedio *estándar*", que el juez o el árbitro fijarán de acuerdo a la práctica más común seguida por los Estados en sus relaciones internacionales.[55]

Es por ello por lo que el mayor inconveniente del presente sistema sobre responsabilidad en este campo, estriba en la dificultad de aportar evidencia manifiesta de que la contaminación transfrontera que causa daños al Estado "B", se originó efectivamente en el territorio del Estado "A", y luego de ello probar fehacientemente, que la polución proveniente de "A" es causada por la indebida negligencia de la parte de "A".[56]

Por otro lado, debe subrayarse que sería un gran error querer considerar la obligación que tienen los Estados de proteger y preservar el medio marino en forma aislada, y sin conexión con el muy importante principio según el cual los Estados poseen el derecho inalienable y soberano de explotar sus recursos naturales, principio este último que puede considerarse de mayor jerarquía en el sentido que posee, como dice Tullio Treves[57] una mayor solidez en el derecho internacional contemporáneo.

Por último, en relación con este punto, es de gran importancia resaltar que si hemos considerado, junto con la doctrina y práctica mayoritarias, que el deber de no contaminar es una obligación de diligencia, ésta no podría evaluarse en forma monolítica sino por el contrario con la flexibilidad que le es inherente a este género de obligaciones, en concordancia con las condiciones propias de cada Estado en particular.

55 Dupuy, P., "Due diligence...", *op. cit.*, p. 362.

56 *Idem*, p. 363.

57 Ver Treves, Tullio, "La pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins", *AFDI*, París, 1978, p. 832. La indisolubilidad de estos dos principios ha sido subrayada en los trabajos de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; así, en la Convención de 1982 en su artículo 193 se estipula que: "Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su deber de proteger y preservar el medio marino". Ver texto de la Convención de 1982 en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *El nuevo derecho del mar: guía introductiva a la Convención de Montego Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 156-412.

De lo anterior se infiere que la obligación que tienen los Estados de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción no causen daños al medio de otros Estados, debe ser adaptable a las circunstancias y características particulares que presentan los países en vías de desarrollo.

Esto último quedó consagrado en el "Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano" de 1972, en particular en su artículo 23:

> Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuados y de alto costo social para los países en desarrollo.[58]

Otros varios principios, resultantes de esta Conferencia, insisten sobre la necesidad de que los países industrializados aporten un apoyo decidido a los países en vías de desarrollo, mediante asistencia financiera y tecnológica, en sus políticas ambientales.[59]

Es claro que esta Conferencia de Estocolmo de 1972, no pretendió consagrar algo así como un "derecho de contaminar" en favor de los países en vías de desarrollo, como tampoco un categórico doble *estándar* de normas y principios aplicables en el terreno de la prevención y control de contaminación.

Pero lo que es cierto es que la Conferencia de Estocolmo, al consagrar tanto espacio a los países en vías de desarrollo en la forma y espíritu que lo hizo, pretendió dejar claramente asentado que la regla de la "dili-

58 *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano*, A/Conf. 48/14/Rev. 1, Nueva York, 1973, p. 5.

59 *Principio* 9: "Las deficiencias del medio originadas por las condiciones del subdesarrollo y los desastres naturales plantean graves problemas, y la mejor manera de subsanarlas es el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica que complemente los esfuerzos internos de los países en desarrollo y la ayuda oportuna que pueda requerirse".

Principio 11: "Las políticas ambientales de todos los Estados deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían menoscabar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos, y los Estados y las organizaciones internacionales deberían tomar las disposiciones pertinentes con miras a llegar a un acuerdo para hacer frente a las consecuencias económicas que pudieran resultar, en los planos nacional e internacional, de la aplicación de medidas ambientales", *idem*, p. 4.

gencia debida" debía ser adaptable a las circunstancias concretas en las cuales se encuentran los países en vías de desarrollo.[60]

IV. La noción de "actividad ultrarriesgosa" y la responsabilidad internacional

1. *Tesis sobre la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación* offshore

La otra alternativa posible para responsabilizar a México, por las consecuencias del Ixtoc I, podría basarse en la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación *offshore* como actividades que se considerasen siendo anormalmente peligrosas o "ultrarriesgosas" en el campo del derecho internacional.

Punto crucial de esto, dice Günther Handl, es la respuesta a la pregunta de si en derecho internacional consuetudinario existiría alguna base para imponer por dicho género de actividades una responsabilidad por daños causados independientemente de toda culpa o negligencia.

Además de que existen ejemplos muy conocidos en el terreno nuclear y espacial de convenciones que consagran un régimen de responsabilidad objetiva (*strict liability*), Handl asegura que hay que tomar también en cuenta como algo muy significativo, el reciente esfuerzo de la Comisión de Derecho Internacional para la codificación de la "responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional".[61]

Parecería, dice Handl, que habría *prima facie*, evidencia de la existencia de un maduro cuerpo de reglas en derecho internacional trasnacional consuetudinario, para imponer responsabilidad por daños, independientemente de toda culpa o negligencia de parte del Estado operante.

60 Igualmente en el terreno de la contaminación de ríos y lagos bajo el derecho internacional, el jurista J. Sette Camara ha considerado, en el seno del Instituto de Derecho Internacional, que de *lege ferenda* debería pensarse en aplicar a los Estados en desarrollo ciertos principios especiales en el terreno de la contaminación. Ver *AIDI*, session d'Athènes, 1979, pp. 307-309.

61 Hearings before Committee on Merchant... serial 96-19, *op. cit.*, 261. G. Handl no parece hacer la distinción entre "*strict liability*" y "*absolute liability*", que aun y cuando uno y otro concepto designan una responsabilidad objetiva, sin embargo, la primera noción admite causas excluyentes de responsabilidad. Ver en este sentido, Goldie, LFE, "Liability for damage and the progressive development of international law", *International and Comparative Law Quarterly*, octubre de 1965, vol. 14, en particular pp. 1200-1217.

Siguiendo la doctrina de origen anglosajón, en particular de autores tales como Wilfred Jenks y John Kelson, el profesor Günther Handl asevera que un decisivo elemento para imponer una responsabilidad objetiva, es la naturaleza riesgosa de la actividad en cuestión.[62]

Cuando el riesgo de daño sea por su carácter trasnacional, mayor en grado e ineluctable a pesar de todo cuidado razonable, el Estado que ejerce control, sería original y estrictamente responsable en la eventualidad de un daño de efecto extraterritorial.

A la luz de experiencias como el accidente "Santa Bárbara" de 1969 o el del "Ekofisk" de 1977, Handl piensa que casi no cabe duda alguna de que las operaciones de explotación en Bahía de Campeche caen dentro del marco de actividades ultrarriesgosas.[63]

Por otra parte, asevera el profesor Handl, que además del hecho de que el principio de la responsabilidad objetiva se refleja en buen número de legislaciones nacionales referentes a las actividades de exploración y explotación *offshore*, el reconocimiento de la naturaleza ultrarriesgosa de tales actividades emerge claramente de instrumentos tales como el acuerdo contractual firmado entre varias compañías petroleras "*Offshore Pollution Liability Agreement*" (OPOL) de 1974, o de la "Convención de Londres sobre la responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos derivada de la explotación de los recursos minerales del subsuelo marino", de 1976.[64]

Como conclusión de todo lo anterior, Günther Handl cree que es lícito afirmar que si bien no existe una Convención de aplicabilidad general que imponga un régimen de responsabilidad objetiva para aquellas actividades de exploración y explotación petrolera *offshore*, sin embargo, ante una jurisdicción internacional puede alegarse, dentro del mencionado campo, la existencia de un principio de responsabilidad objetiva con fundamento en una norma emergente de derecho internacional consuetudinario.[65]

62 Hearings before the Committee on Merchant..., serial 96-19, *op. cit.*, p. 261.

63 *Idem*, pp. 261 y 262.

64 *Idem*, p. 262. En el acuerdo contractual OPOL en vigor desde el 1o. de mayo de 1975, son partes contratantes las compañías explotadoras de instalaciones *offshore* en los límites de la jurisdicción del Reino Unido, y posteriormente también de Dinamarca, Francia, Irlanda, Países Bajos, República Federal Alemana y Noruega. La Convención de Londres, de 17 de diciembre de 1976, tiene un ámbito de aplicación regional limitado del Mar del Norte, a partes del Atlántico Noroeste y del Báltico. Ambos instrumentos admiten causas excluyentes o exonerativas de responsabilidad. Ver el texto en Churchill, Nordquist, Lay, *New Direction in the Law of the Sea* , Londres, Dobs Ferry, 1977, vol. VI, pp. 507-535.

65 Hearings before the Committee on Merchant..., serial 96-19, *op. cit.*, p. 262.

2. *Significado de "actividad ultrarriesgosa" en derecho internacional*

La doctrina según la cual debe ser imputable una responsabilidad objetiva a todo Estado que haya provocado daños "excepcionales" ocasionados por actividades sujetas a su control territorial, y sin que medie negligencia de su parte, es una doctrina que además de no pertenecer al derecho internacional positivo, plantea hasta ahora innumerables objeciones de fondo.[66]

Por actividades "ultrarriesgosas" se deben entender, según Wilfred Jenks como se analizó con detalle en el capítulo I, todas aquellas actividades que implican un riesgo de causar un daño de carácter sustancial en escala internacional, sin que dicho riesgo pueda ser eliminado por ejercicio de la mayor diligencia o precaución (*the utmost care)*. En este tipo de actividades se encontrarían aquellas que puedan ocasionar un cambio sustancial al medio ambiente, contaminación grave del agua o atmósfera, la perturbación del equilibrio de las fuerzas y presiones geofísicas, la modificación del proceso biológico, etcétera.[67]

Esta forma de proceder, como lo ha demostrado Pierre-Marie Dupuy, posiblemente hoy en día la más grande autoridad en la materia, es doblemente contingente, ya que en primer lugar, el control de las tecnologías empleadas evoluciona a un ritmo considerable (una actividad que se considera hoy de un gran riesgo, puede mañana ser una actividad de rutina), y en segundo lugar, la evolución de los conocimientos científicos permitirá poner en evidencia la existencia de otra serie de consecuencias perjudiciales, vinculadas a actividades que se presumen hoy en día como inofensivas.[68]

Ahora bien, desde otra perspectiva podría pensarse que, en el terreno internacional de la reparación por daños causados como consecuencia de actividades lícitas pero que comportan riesgos excepcionales, no deba ser tanto el tipo de actividad (*ultra-hazardous*) que deba ser tomado en consideración, sino más bien la importancia del daño resentido.

A este respecto, como se examinó, el profesor Philippe Cahier[69] ha considerado que desde el momento en que el daño se repercute en el terri-

66 Ver en relación con esta doctrina: Jenks, Wilfred, "Liability for ultra-hazardous activities in international law", *RCADI*, t. 117, 1966, pp. 105-193; Kelson, John, "State responsability and the abnormally dangerous activities", *Harvard International Law Journal*, vol. 13, 1972, pp. 197-244.

67 Jenks, Wilfred, *op. cit.*, p. 195.

68 Dupuy, Pierre, *La responsabilité...*, *cit.*, pp. 207 y 208.

69 Cahier, Philippe, "Le problème de la responsabilité pour risque en droit international", en el vol. *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, Sijthoff, 1976, pp. 409-434.

torio de un Estado extranjero, esto implicaría que se trata de un daño importante o sustancial y, por lo tanto, ello sería prueba suficiente de que nos encontramos frente a una actividad que comporta riesgos excepcionales y da lugar a una acción en reparación.

Sin embargo, igualmente este criterio plantearía en el terreno de la contaminación marina problemas de difícil solución, ya que si el daño aun y cuando se hubiere producido por una actividad ultrarriesgosa, se probara que fue resultado de una *negligencia patente* del Estado en cuya jurisdicción se desarrolló la actividad, entonces ya no podría hablarse de responsabilidad objetiva (estricta o de carácter absoluto), sino que el juez tendría que utilizar el marco clásico de la responsabilidad internacional y constatar la comisión de un hecho ilícito.

Es por ello, por lo que P. M. Dupuy asevera que desde el punto de vista del juez internacional y aun cuando la víctima esté dispensada de aportar la prueba de una negligencia estatal en el terreno de la responsabilidad objetiva, el juez o árbitro, deberá siempre examinar la eventual deficiencia de la diligencia del Estado, ya que si ésta se verificase, el carácter teóricamente lícito de la acción perjudicial se vería entonces desnaturalizado.[70]

De aquí entonces que difícilmente podría ser lícito que el jurista ensayara de encerrar en categorías más o menos rígidas, actividades cuya naturaleza aleatoria se deriva precisamente de su evolución tecnológica.

Esto no quiere decir que *a priori* sea imposible que la responsabilidad por riesgos excepcionales pueda encontrar en algún caso una expresión extracontractual, pero la experiencia de los derechos nacionales invita a una gran prudencia, ya que si efectivamente nos enseña que la aparición del régimen del riesgo es concomitante al desarrollo de actividades que presentan peligros particulares, también enseña que la institución de esta responsabilidad es difícilmente concebible en la ausencia de *lex specialis*.[71]

Hasta ahora este género de responsabilidad objetiva ha sido invocado, dentro del marco del derecho internacional convencional, para otorgar compensación principalmente por daños causados por dos tipos de actividades que conllevan riesgos excepcionales: la utilización pacífica de la energía atómica y la exploración del espacio más allá de la atmósfera terrestre.[72]

No existe, dice P. M. Dupuy, en el derecho internacional positivo principio consuetudinario o principio general de derecho, que prevea tal

70 Dupuy, Pierre, *La responsabilité.... cit.*, pp. 236 y 237.
71 *Idem*, pp. 208 y 209.
72 Dupuy, Pierre, "International Liability...", *op. cit.*, p. 365.

género de responsabilidad por las actividades que comparten riesgos excepcionales o daños al medio ambiente.[73]

Igualmente en el terreno del derecho fluvial, un Estado al que le es imputable un daño por polución, será responsable, de acuerdo a las reglas consuetudinarias internacionales, si uno de sus órganos cometió una infracción a una norma internacional.

No hay ninguna necesidad, afirma Jacques Ballengger, que en dicha hipótesis se constate una intención dolosa; pero, a la inversa, el solo riesgo no es suficiente para fundamentar la responsabilidad del Estado como sucede en el caso del derecho espacial.

Esto es así, porque la responsabilidad por riesgo es una carga particular que sólo una convención internacional puede imponer en términos expresos a un Estado parte, en lugar de la aplicación de las reglas consuetudinarias de la responsabilidad en derecho internacional.[74]

3. *La Comisión de Derecho Internacional y el problema de la codificación de la responsabilidad de los Estados*

Por otra parte, es cierto que la Comisión de Derecho Internacional ha creado un grupo de trabajo, que viene funcionando desde 1978 y es presidido por el internacionalista Quentin Baxter como relator especial, con objeto de examinar el tema de la "responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", habiéndose ya asentado las bases fundamentales acerca del método que deberá seguir el grupo de trabajo en el desarrollo futuro de sus análisis e informes sobre el tema en cuestión.[75]

73 Dupuy, Pierre, *La responsabilité..., cit.*, p. 210, nota 7. Es únicamente en el terreno nuclear donde sería legítimo preguntarse si cabría un régimen de responsabilidad objetiva extra-convencional basado en un "principio general de derecho", como resultado de la convergencia de la casi totalidad de las legislaciones nacionales en la materia.

74 Ballenegger, Jacques, *La pollution en droit international*, Genève-París, Edit. Droz, 1975, p. 36; Sórensen, Max, *Manual of Public International Law*, Londres/Nueva York, 1968, p. 539.

75 La inclusión de dicho tema había sido prevista desde 1974 en el Programa General de Trabajo de la Comisión en cumplimiento de la Resolución 3071 (XXVIII) de la Asamblea General del 30-XII-1973. Ver ACDI, 1974, vol. II (1a.), p. 310: "*Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les consequences préjudiciables decoulant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*", *ACDI*, vol. II (2a.), 1978, Doc. A/Conf. 4/L. 284 et Corr. 1: Doc. A/Conf. 4/344 y Add. 1 y 2 (32°) 1980; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la polución marina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año XV, núm. 45, septiembre-diciembre de 1982, pp. 1025-1035.

Sin embargo, es de suma de importancia poner de relieve que la misma Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hecho ilícito, ha enmarcado ya al daño al medio ambiente dentro de la categoría de los hechos *más eminentemente ilícitos*, esto es dentro del género gravísimo de "crimen internacional":

"Artículo 19: ...Un crimen internacional puede resultar, en particular: *d*) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares".[76]

Independientemente de la serie de graves problemas que se originan con la inclusión en derecho internacional de dos categorías bien distintas de hechos ilícitos, los crímenes y los delitos,[77] y aun cuando la Comisión de Derecho Internacional no haya definido el régimen de responsabilidad "penal" que se vaya a asociar a la comisión de dichos "crímenes internacionales", lo que es claro y contundente es que en virtud del artículo 19, inciso (d), la contaminación marítima es un hecho ilícito, de una ilicitud particularmente grave.[78]

Una vez expuesto lo anterior se nos presentará el siguiente problema de carácter jurídico:

Por una parte hemos visto cómo la Comisión de Derecho Internacional ha aprobado y adoptado el texto del artículo 19 del Proyecto sobre responsabilidad de los Estados, en el cual se califica el fenómeno de la contaminación marina como "crimen internacional", y por lo tanto debiéndole ser aplicable un régimen de responsabilidad por hecho ilícito.

Por otra parte, sin embargo, hemos visto que la misma Comisión de Derecho Internacional ha creado un grupo de trabajo para emprender la codificación de la responsabilidad por consencuencias perjudiciales de

76 Ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 35 periodo. supl. núm. 10 (A/35/10), p. 68. Para los debates en el seno de la CDI sobre la distinción entre "delitos y crímenes internacionales", ver *Yearbook of the International Law Commission*, 1976. vol. I. Doc. A/Conf. 4/Ser. A, pp. 61-91 y pp. 238-246 y vol. II (part one), Doc. A/Conf. 4/Ser. A/1976 Add 1, pp. 24-54.

77 Ver Gounelle, Max, "Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", en *Mélanges offerts a Paul Reuter*. París, Pédone, 1981, pp. 315-326.

78 El internacionalsita Jorge Cartañeda en los debates sostenidos en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, no se mostró muy satisfecho de la redacción del artículo 19, en particular de su inciso (d): "*If there was to be a list, it should, for example, mention deliberate action to alter the climate, which would undoubtedly constitute an international crime*", ver *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, núm. 35, 1976, p. 243.

actos no prohibidos por el derecho internacional, debiendo ser aplicable en esta segunda hipótesis un régimen de responsabilidad objetiva, es decir, una responsabilidad sin hecho ilícito.

Ahora bien, si la Comisión de Derecho Internacional llegare a determinar en el futuro desarrollo de sus trabajos, como parece quererlo indicar el profesor Handl, que la naturaleza de las operaciones de exploración y explotación *offshore* deben ser catalogadas como actividades "ultrarriesgosas", se plantearía entonces el problema de la compatibilidad o incompatibilidad de dos regímenes de responsabilidad que en esencia se revelan no sólo diferentes, sino incluso excluyentes entre sí: la responsabilidad clásica por hecho ilícito aplicable a la contaminación definida como "crimen internacional" y la responsabilidad objetiva por hecho no ilícito aplicable a aquel tipo de actividades no prohibido por el derecho internacional, pero que de alguna manera se consideran de carácter ultrarriesgoso.

En estas circunstancias ¿sería entonces posible poder concebir que un Estado "A" que alegue haber sufrido daños sustanciales por contaminación marina, originada dentro de la jurisdicción de un Estado "B", pudiera invocar en contra de este último la aplicabilidad de un régimen de responsabilidad correspondiente, ya sea el de responsabilidad objetiva o bien a aquel perteneciente al de la responsabilidad por acto ilícito, dependiendo en cada caso concreto del hecho de saber si la actividad, origen de la contaminación en cuestión, se encuentra tipificada o no como una actividad de carácter ultrarriesgoso?

En lo particular, pensamos, que el problema del daño al medio ambiente, concretamente el problema de la contaminación, es un punto que deberá atraer, en forma no única pero sí primordial, la atención, cada vez con mayor insistencia del grupo de trabajo encargado del análisis de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, máxime si su relator especial, el profesor Quentin-Baxter, ha precisado que "...una característica propia de este tema es que se refiere fundamentalmente a los peligros que surgen dentro de la jurisdicción de un Estado y que causan efectos nocivos más allá de las fronteras de ese Estado".[79]

Sin embargo, sería por demás aventurado querer ofrecer aquí una forma de solución única y categórica al problema arriba expuesto, pero sea cual

79 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, Doc. of. 35 per. de ses., supl. 70 (A/35/10), 1980, p. 387. Esta misma idea ha sido reflejada en los informes del relator especial, el señor Julio Barbosa, quien sustituyerá a partir de 1985, al profesor Robert Quentin-Baxter. Ver *Anuario de la Comisión del Derecho Internacional*, vol. II (primera parte), 1993, Documento A/CN.4/450.

fuere la vía que pueda emprender en el futuro el derecho internacional positivo, lo que queda por ahora asentado es que, en el estado actual del derecho vigente, un régimen de responsabilidad objetiva en el terreno internacional, permanece como un régimen "derogatorio" que no encuentra expresión fuera del marco único de la celebración de tratados específicos, aunque hay que reconocer que, con el tiempo y a través del proceso de elaboración de normas, pudiere llegar a tener una fundamentación como principio general de derecho, aplicable únicamente a cierto tipo de actividades ultrarriesgosas.

V. La Tercera Confemar

Si es cierto que todavía no existe un real y bien definido conjunto de reglas de derecho consuetudinario que regule todas las cuestiones que puedan surgir como consecuencia de la contaminación marina,[80] esto es tanto más cierto por lo que respecta a la contaminación resultante de la exploración y explotación de los fondos marinos y su reglamentación a nivel internacional.[81]

Sin embargo, se puede afirmar que la tendencia actual en este cambio está marcada por una definición y descripción cada vez más rigurosa de las obligaciones, de carácter sobre todo preventivo, que los Estados deben cumplir en el terreno del control de la contaminación del medio marino.

Esta tendencia se encuentra claramente reflejada en los trabajos emprendidos por la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Uno de los resultados más importantes que se pudo dar a conocer al final de la primera parte del octavo periodo de sesiones de la Tercera Conferencia en la ciudad de Ginebra (19-III al 27-IV-79), fue el hecho de que después de seis años de negociaciones se había podido llevar a cabo la terminación de un verdadero código jurídico para la prevención de la contaminación de los mares y de protección del medio ambiente.[82]

80 Ver Moore, Gerald, "Legal aspects in marine pollution", en Johnston, *Marine Pollution*, Londres-Nueva York, Academic Press, 1976, p. 594.

81 Treves, Tullio, *op. cit.*, p. 849. En tanto que T. Treves se inclina por pensar que las reglas elaboradas por la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, en relación con la contaminación provocada por la explotación de los fondos marinos no tiene todavía un *status* consuetudinario, Claude Douay piensa que ya se ha creado un nuevo derecho positivo de la preservación del medio marino, integrado en el nuevo derecho del mar. Douay, "Le droit de la mer et la preservation du milieu marin", *RGDIP*, t. 84, 1981, pp. 178-215.

82 Ver *Informe presentado por el Presidente de la Tercera Comisión*, embajador A. Yankov, Doc. A/Conf. 62/L. 34.

La Convención sobre el Derecho del Mar de 1982[83] consagra en su parte XII, las reglas sobre protección y preservación del medio marino en un total de 45 artículos repartidos en once diversas secciones.

A partir de la sección cinco de esta parte XII, relativa a las reglas internacionales y legislación nacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, se encuentran disposiciones que establecen reglas bastante precisas y rigurosas en relación con la materia.

En lo que respecta concretamente a la contaminación proveniente de la exploración y explotación de los fondos marinos dentro del ámbito de jurisdicción de los Estados, el Estado ribereño deberá dictar las leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante directa o indirectamente de las actividades relativas a los fondos marinos en los límites de su jurisdicción nacional.

A diferencia del régimen de derecho del mar consagrado por las Convenciones de Ginebra de 1958, que en términos muy generales describía ciertas obligaciones del Estado costero en relación con la prevención de la contaminación resultante de las operaciones de exploración y explotación,[84] la Convención producto de la Tercera Conferencia es muy detallada al respecto.

Así, en particular el artículo 194 de dicha Convención estipula que los Estados adoptarán toda medida necesaria para garantizar que "las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de tal forma que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados ni a su medio ambiente...", y que dichas medidas deberán incluir entre otras, las destinadas a reducir en el mayor grado posible:

> ...*c*) La contaminación procedente de instalaciones y dispositivos utilizados en la exploración y explotación de los recursos naturales de los fondos marinos y su subsuelo, en particular las medidas para prevenir accidentes y hacer frente a casos de urgencia, garantizar la seguridad de las operaciones en el mar y reglamentar el diseño, la construcción, el equipo, el funcionamiento y la dotación de tales instalaciones o dispositivos.

83 Ver texto de la Convención de 1982 en Gómez-Robledo V., Alonso, *op. cit.*, en particular, pp. 262-285.

84 Por ejemplo la Convención sobre la Plataforma Continental de 29 de abril de 1958 (en vigor desde el 1o. de junio de 1964), en su artículo 5o., párrafo 7, establece: "El Estado ribereño está obligado a adoptar en las zonas de seguridad, todas las medidas adecuadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos".

Por último y dentro del marco de las relaciones México-Estados Unidos, cabe hacer destacar que dentro del espíritu del nuevo derecho del mar, el gobierno mexicano celebró con el gobierno estadounidense un acuerdo de cooperación sobre la "Contaminación del Medio Marino por Derrames de Hidrocarburos y otras sustancias Nocivas", celebrado el 24 de julio de 1980 y que entró en vigor el 30 de marzo de 1981, después de haberse efectuado el respectivo canje de notas.[85]

Este acuerdo por el que las partes se comprometen a desarrollar (artículo III) sistemas operativos para la detección de posibles "incidentes contaminantes" (derrame actual o pontencial de hidrocarburos u otra sustancia nociva en el mar, artículo 2o.), se aplica al "medio marino" de una o de las dos partes, definiendo este término como "...el área del mar, incluida la costa adyacente, que se encuentra del lado de su frontera marítima establecida con la otra parte o con otros Estados y dentro de las doscientas millas náuticas medidas desde las líneas de base donde se mide su mar territorial" (artículo 7o.).

Independientemente del hecho de que el acuerdo entre los gobiernos mexicano y estadounidense no afecta los derechos y obligaciones de las partes, conforme a otros tratados ni sus posiciones respecto con el derecho del mar (artículo 9o.), este instrumento delimita y determina técnicamente los rasgos fundamentales de una acción conjunta en materia de prevención y control de la contaminación en el "medio marino", y puede llegar a tener la ventaja, entre otras cosas, de proporcionar, en caso de una controversia jurídica, un criterio más preciso para la determinación en el campo de las obligaciones de comportamiento del Estado en el derecho internacional.

VI. Anexo: Comentario sobre la sentencia dictada por el juez de distrito de Estados Unidos, Robert O'Connor, Jr., el 30 de marzo de 1982 y transcripción de la misma

Una vez terminado el análisis del caso del pozo Ixtoc-I, tuvimos acceso al fallo del 30 de marzo de 1982, dictado por el juez de distrito de Texas, Robert O'Connor, Jr.

85 Ver *DOF*, 18-V-1981. Este acuerdo de conformidad con su artículo XI "...estará en vigor por cinco años y continuará su vigencia después del periodo hasta que una parte notifique a la otra por escrito, y seis meses de anticipación, su intención de dar por terminado el 'Acuerdo' "

En dicho fallo se examinó, entre otros puntos, el recurso interpuesto por PEMEX en relación con falta de jurisdicción por parte del tribunal norteamericano para dar entrada a las demandas interpuestas en contra de PEMEX por actos realizados sustancialmente en su capacidad de Estado soberano.

La Corte de distrito debía considerar si los actos de PEMEX, base de la demanda, habrían sido realizados en conexión con una actividad comercial, en el sentido previsto por la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976.

PEMEX estaba realizando la excavación de un pozo exploratorio en aguas patrimoniales (Bahía de Campeche), tratando de determinar si depósitos de gas y aceite estaban localizados *offshore* dentro de Bahía de Campeche.

Actuando PEMEX bajo la autoridad de la legislación mexicana en el interior de su territorio nacional y en cooperación intragubernamental con otras ramas del gobierno mexicano, PEMEX, en opinión del tribunal, no estaba comprometido en la realización de una actividad comercial en el sentido otorgado por el Congreso en la *FSIA* en el momento de la excavación del pozo Ixtoc-I.

El tribunal examina cuidadosamente un comportamiento o actividad soberanas con respecto a las riquezas naturales del Estado. Un atributo esencial de la soberanía estatal a este respecto será el control sobre sus recursos minerales, y las decisiones y medidas concernientes a ellas serán por naturaleza únicamente gubernamentales.

De aquí que la naturaleza de la actividad de PEMEX en la determinación de los hallazgos de sus recursos naturales sea una actividad exclusivamente soberana, y por ello la Corte encuentra que la excepción de actividad comercial de la *FSIA* [1605 (a) (2)], es inaplicable a los hechos presentados en el presente caso.

Alternativamente y por lo que se refiere a la petición del ejercicio de jurisdicción del tribunal sobre PEMEX en los términos de la excepción "*noncomercial tort*" de la *FSIA* [1605 (a) (5)], el juez O'Connor sostiene que PEMEX estaba ejecutando un plan nacional formulado a los más altos niveles del gobierno mexicano en el ejercicio de la actividad exploratoria de México sobre sus recursos naturales. Cualquier acto realizado por un subordinado de PEMEX en cumplimiento del plan de exploración sería también discrecional en naturaleza, e inmune de demanda judicial bajo los términos de la *FSIA*.

Negar inmunidad a un Estado extranjero por la implementación de su política económico-doméstica, sería tanto como abrogar completamente la doctrina de inmunidad de soberanía extranjera, al permitir una excepción que tendría el efecto de suprimir la garantía de inmunidad preservada por la sección 1604 de la FSIA.

Entonces, concluye el tribunal, el recurso interpuesto por PEMEX de pedimento para declaración sin lugar en contra de todas las demandas en su contra sobre la base de la inmunidad soberana debe ser admitido y el recurso concedido.

Por lo que toca al recurso interpuesto por PERMARGO (sociedad mexicana contratada por PEMEX) para que se declare sin lugar las acciones tanto directas como en tercería en contra de ella, invocando falta de jurisdicción *in personam* del tribunal, se establece que de conformidad con el derecho del Estado de Texas, se entiende que una corporación realiza negocios en dicha entidad cuando el ilícito ocurre en parte o en su totalidad dentro del Estado de Texas.

Generalmente un alegato de negligencia puede ser indicativo de un mínimo grado de intencionalidad, pero tal situación no precluye que se encuentre constitucionalmente un ejercicio permisible de jurisdicción.

Particularmente pertinente a la presente demanda, es la evidencia de la anticipación contractual y el plan de contingencia de PERMARGO en relación con cualquier posible *blowout* del pozo Ixtoc-I.

Este hecho, sostiene la Corte, aunado al conocimiento previo de que las corrientes del Golfo tenderían a acarrear cualquier fuga de petróleo hacia las playas texanas, es indicativo que daños resentidos en Texas provenientes de un accidente del pozo *offshore* en la Bahía de Campeche es un resultado razonablemente previsible.

Así, comprometido PERMARGO en una actividad de excavación ultrarriesgosa (*extra-hazardous*), no obstante el conocimiento antes referido, implica esto un mayor grado de intencionalidad, en los razonamientos del tribunal.

Por último, la Corte sostiene que el impacto en Texas proveniente del desastre del Ixtoc-I es por demás de carácter sustancial.

En razón del impacto producido por dicho accidente, Texas tiene un foro para la reparación de agravios alegados y sufridos por los residentes de Texas.

Por ello la Corte concluye que PERMARGO, intencionalmente se sirvió de la protección y beneficios de las leyes texanas (se comprobó una

sistemática actividad financiera y comercial en el territorio), y es por ello por lo que es susceptible de justo procesamiento, de conformidad con la legislación texana pertinente.

Entonces, la Corte es competente para ejercer jurisdicción *in personam* sobre PERMARGO, y el recurso interpuesto por dicha sociedad con objeto que se diese por desestimadas las acciones directas, introducidas, sobre dichas bases por los quejosos, le es así denegado.

En cuanto a la demanda introducida por SEDCO (sociedad estadounidense con sede en Texas y contratada por PERMARGO), en calidad del tercero, con objeto de lograr, *inter alia*, indemnización y contribución de PERMARGO por todas o parte de las demandas interpuestas contra aquélla, la Corte determina que es legítimo ejercer jurisdicción subsidiaria sobre PERMARGO como tercero demandado.

Finalmente SEDCO al iniciar una acción de limitación de responsabilidad ha invocado la jurisdicción marítima del tribunal. La Corte de distrito dictamina que una plataforma semisumergible de excavación (SEDCO-135) es un *vessel* para los fines de la *Limitation of Liability Act*.

Por el interés y trascendencia que puede llegar a representar esta sentencia dictada por el juez de distrito de Estados Unidos, Robert O'Connor, Jr., de fecha 30 de marzo de 1982, nos permitimos anexar a continuación el texto de la misma en su integridad.

Sentencia dictada por el juez de distrito de los Estados Unidos de América, Robert O'Connor, Jr., el 30 de marzo de 1982:

UNITED STATES: DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF TEXAS MEMORANDUM AND ORDER IN THE MATTER OF THE COMPLAINT OF SEDCO, INC.[1]

(Foreign Sovereign Immunities Act; Jurisdiction in Offshore Drilling Disaster; Limitation of Liability Act)

UNITED STATES DISTRICT COURT
SOUTHERN DISTRICT OF TEXAS
HOUSTON DIVISION

IN THE MATTER OF THE	OF LIABILITY
COMPLAINT OF SEDCO, INC.,	CIVIL ACTION Nº H-79-1880
as Owner of the Mobil	Consolidated with
DRILLING UNIT SEDCO 135,	CIVIL ACTION Nº H-70-1982
ITS ENGINES, TACKLE,	CIVIL ACTION Nº H-79-2157
APPAREL, ETC., IN A	CIVIL ACTION Nº H-79-2389
CAUSE OF EXONERATION	CIVIL ACTION Nº H-79-2436
FROM OR LIMITATION	CIVIL ACTION Nº H-81-120

MEMORANDUM AND ORDER

Introduction

The 1979 IXTOC I well disaster in the Bay of Campeche has produced a tangle of litigation. Before the Court, at this time, is a series of jurisdictional issues which must be untangled before discovery on the merits can begin. Each of these issues has been exhaustively briefed and oral argu-

1 Reproduced from the text provided by the U.S. District Court for the Southern District of Texas. The U.S. Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 appears at 15 ILM, 1388 (1976). The House of Representatives Report No. 94-1487 on "Jurisdiction of United States Courts in Suits against Foreign States" appears at 15 ILM, 1398 (1976).

ment by the parties was heard on October 5, 1981 and on December 14-15, 1981. The Court will consider each of these issues individually.

Pemex

Petróleos Mexicanos (Pemex), which is both a direct defendant to certain private and public plaintiffs and a third party defendant to claims asserted by Sedco, has moved to be dismissed from all claims on the basis of the grant of sovereign immunity provided by the Foreign Sovereign Immunity Act. 28 U.S.C. 1602 et seq (FSIA). By asserting this motion, Pemex alleges that this Court lacks jurisdiction to hear claims based upon acts purportedly done in its capacity as a foreign sovereign. The issues raised by such a motion strike to the very heart of the international nature of the IXTOC I disaster.

Federal courts generally have jurisdiction over actions against foreign states pursuant to 28 U.S.C. 1330 (a). This section provides that original subject matter jurisdiction lies in federal district courts "as to any claim for relief in persona with respect to which the foreign state is not entitled immunity under the (FSIA) or under any applicable international agreement". Personal jurisdiction over the foreign state is achieved through service of process A under 28 U.S.C. 1608 which provides for special service through international channels. 28 U.S.C. 1330 (b). In the present consolidated action, Pemex has not attacked the manner of service but, instead, has stridently asserted that it may avail itself of the immunity granted by the FSIA, 28 U.S.C. 1604.

Prior to the passage of the FSIA, the doctrine of foreign sovereign immunity underwent a transformation. Initially, a foreign state was absolutely immune to suit in the Courts of the United States because a sovereign could no sit in judgment over an aqual. *Schooner Exchange v. M'-Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1982). Gradually, a more restrictive view of the immunity evolved and was adopted by the United States Departament in 1952 through the now famous Tate letter. This restrictive view held foreign states accountable in U.S. courts for their private acts (jure gestionis) while they remained immune for their public acts (jure imperii). In pre FSIA cases, courts often deferred to the State Department recomendation concerning immunity, *see e.g.*, *Republic of Mexico v. Hofman*, 324 U.S. 30 (1954); *Spacil v. Crowe*, 489 F. 2d 614 (5th Cir. 1974), creating an inconsistent utilization of the doctrine. To alleviate this problem

and to regularize the standards used by the judiciary in determining the scope of foreign sovereign immunity, Congress passed the FSIA in 1976. *See generally* Report of House Judiciary Committee Nos. 94-1487, *reprinted* in (1976) U.S. Code Cong. & Admin. News 6604. (House Report).

Generally, the statute grants immunity to foreign states and their agencies or instrumentalities, 28 U.S.C. 1964. I thereafter creates five exceptions to this grant of immunity, of which two have been asserted by Plaintiffs in the present case: the "commercial activity" exception 1605 (a) (2); and the "noncommercial tort" exception 1605 (a) (5). Once a basis for jurisdiction is alleged, the burden of prof rests on that foreign state to demonstrate that immunity should be granted. *Arango v. Guzman Travel advisor Corp.* 621 F. 2d. 1371, 1378 (5th Cir. 1980).

Section 1605 (a) (2) - Commercial Activity exception

Foreign states are denied immunity where they step down from their sovereign status and engage in commercial activity. The third clause of 1605 (a) (2), applicable here, requires that the lawsuit be based on acts in connection with commercial activity performed oustside the United States which has direct effects in the United States. Therefore, this Court must first determine if Pemex is an agency or instrumentality of Mexico. If it is so found, the Court must then consider wheter the acts of Pemex made the basis of his lawsuit were done in connection with commercial activity as contemplated by the act. Finally, if commercial in mature, the Court must determine wheter the acts directly affected the United States.

Petroleos Mexicanos was created in 1938 as a decentralized governmental agency charged with the exploration and development of Mexico's hydrocarbon resources. Unlike in the United States, the government of Mexico owns its country's natural resources, in particular, its hydrocarbon deposits. Mex. Political Const. art. 27. The Regulatory Law passed pursuant to the Mexican Constitution specifically creates a national oil company. Pemex, to implement the National Development Plan for hydrocarbon resources. Pemex is not privately owned and is governed by a council (Consejo de Administración) composed of Presidential appointees. Decisions made by the governing council are made in furtherance of Mexican National policy concerning its Petroleum resources. Beyon a doubt, Pemex is a "foreign state" as contemplated by 1603 (a) of the FSIA *See Carey v. National Oil Corp.*, 592 F. 2d 673 (2nd Cir. 1979)

(holding the government owned Libyan oil corporation was foreign state for purpose of FSIA).

Wheter Pemex was engaged in commercial activity when it performed the acts complained of by Plaintiffs in this lawstrit is a difficult issue. The statute generally defines "commercial activity" as: "a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference o its purpose".

28 U.S.C. 1603 (d) Undeniably, Pemex, as national oil company, engages in a substantial amount of commercial activity. *See e. g. S. T. Tringali Co. v. The Tug Pemex XV*, 274 F. Supp. 227 (S. D. Tex. 1967). However, this Court must focus on the specific acts made the basis of the present lawsuit in applying the FSIA. It is whether these particular acts constituted or were in connection with commercial activity, regerdless of the defendant's general commercial or governmental nature that is in issue. *Arango, supra* at 1379; *Yessenin Volpin v. Novosti Press Agency*, 443 F. Supp. 849, 855-56 (S.D. N.Y. 1978). The FSIA, unfortunately, provides little guidance in this determination, giving wide latitude to the judiciary to consider each case on its own facts. House Report, *supra* at 6615; *Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F. 2d. 300, 308-09 (2nd Cir. 1981). Thus, this Court must decide whether the case before it is one which Congress intended it to hear.

There is little doubt that where a foreign nation enters into the world marketplace to purchanse or sell goods, it has engaged in commercial activity for purposes of the FSIA. For example, in *Texas Trading, supra*, Nigeria entered into private contracts to purchase cement with companies throughout the world. Payment for the cement was based on a letter of credit arrangement between the Central Bank of Nigeria and Morgan Guaranty Trust Company of New York. The Second Circuit Court of Appeals concluded that a cause of action arising from the alleged breach of the cement contracts with American companies was the type of commercial activity envisioned by Congress when it enacted the FSIA. *Id.* at 310.

This is not to say that every act done by foreign state which could be done by a private citizen in the United States is "commercial activity" under 1605 (a) (2). Such a world view unrealistically denies the existence of other types of governments and economic systems. In *Arango v. Guzman Travel Advisors Corp., supra*, The Fifth Circuit Court of Appeals held

that the Dominican Republic could be sued in federal court through its state airline, Dominicana, for breach of contact based on miscarriage and nonperformance of a vacation tour. *Id.* at 1380. However, the Dominican Republic could not be sued for the alleged tortius conduct of Dominicana employees, since they were impressed into service to enforce thir country's immigration laws. Which is a governmental activitity. *Id.* at 1379. Similary, in *Yessenin Volping v. Novosti Press Agency*, 443 F. Supp, 848 (S.D. N.Y. 1978), the court recognized that while a news agency, in general, engages in commercial activity, the state-run Soviet publication Novosti was acting as an organ of the government publishing official governmental commentary and, as such, was immune fromm suit for libel in the United States. *Id.* at 856.

While the existence of a contractual relationship is no esential to a finding of commercial activity by a foreign state, it is often indicative of such conduct. The term "commercial activity" could embrace world wide shipping activities by a state-owned shipping company, *see In re Rio Grande Transport, Inc.*, 516 F. Supp. 1155 (S.D. N.Y. 1981), or the operation of state-owned hotel. *See Harris v VAO Intourist Moscow*, 481 F. Supp. 1056 (E. D. N... 1979), Torts committed by the foireign state in the absence of a commercial contract but in connection with this type of activity could be found to be commercial under the provisions of the FSIA and subject the foreign state to jurisdiction in United States federal courts.

Here, Pemex was engaged in drilling an exploratory an exploraty oil well in its patrimonial waters, the Bay of Campeche. The data derived from this exploration was integral to the Mexican governments's long range planning and policy making process concerning the production and utilization of state-owned minerals; Such policy is not made by Pemex, but is formed by higher levels of government. Mexican law, however, mandates that Pemex gather information concerning these resources and create programs to implement the six-year national development plan devised by the various government ministries and adopted by the President of Mexico. Pemex had not entered into a contract with anyone for the oil and gas produced from the IXTOC I well, nor had it contracted with a United States business to drill the well. In fact, Pemex was attempting to determine if deposits of oil and gas were located offshore under Campeche Bay. Acting by authority of Mexican law within its national territory and in intragovernmental cooperation with other blanches of the Mexican

government, Pemex was not engaged in commercial activity as contemplated by Congrees in the FSIA when the IXTOC I well was drilled.

The FSIA requires the Court to focus on the specific act by a foreign state made the basis of the lawsuit. The Court must regard carefully a sovereign's conduct with respect to its natural wealth. A very basic attribute of sovereignty is the control over its mineral resources and short of actually selling there resources on the world market, decisions and conduct concerning them are uniquely governmental in nature. *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries*, 477 F. Supp. 553, 567-69 (C. D. Cal. 1979), *aff'd on other grounds*, 649 F. 2d 1354 (9th Cir. 1981). Because the nature of Pemex' act in determing the extent of Mexico's natural resources was uniquely sovereign, this Court finds that the commercial activity exception to the FSIA, 1605 (a) (2), is inappicable to the facts presented by this case.

Section 1605 (a) (5) - Noncommercial Tort Exception

Alternatively, it is urged that this Court exercise jurisdiction over Pemex under the "noncommercial tort" exception to the FSIA, 1605 (a) (5). Section 1605 (a) (5) provides that a suit for damages based on an alleged non commercial tort committed by a foreign state in the United States is actionable in federal court. For jurisdiction to exist, the following must be shown: (1) a noncommercial act by the foreign state; (2) causing personal injury or damages to, or loss property; and (3) that the claim its not based upon the exercise of a discretionary function, or upon libel, slander, misrepresentation, or interference with contract righst.

Section 1605 (a) (5) is silent with respect to where the noncommercial tort must occur for jurisdiction to exist. Plaintiffs argue the tort may occur, in whole or in part, in the United States, and that the tort occurs in the United States if the acts or ommissions directly affect this country. This argument may be correct in other circunstances, *see Ohio v. Wyandotte Chemicals Corps.* 401 U. S. 493 (1971); however, legislative history appears to reject this theory with respect to the FSIA. In describing the purpose of 1605 (a) (5), the House Committee Report accompanyng the House Bill, which ultimately became the FSIA, states:

> It denies immunity as to claims for personal injury or death, or for damage to or loss of property caused by the tortious act or omission of a foreign

> state or its officials or employees, acting within the scope of their authority; *the tortious act or omission must occur within the jurisdiction of the United States...*

House Report, supra at 6619 (emphasis added). The primary purpose of this exception is to cover the problem of traffic accidents by embassy and governmental officials in this country. *Id.* While the exception does extend generally to all noncommercial tort committed in this country, *see Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 655, 672 (D. D. C. 1980), this Court finds that the tort, in whole, must occur in the United States. The alleged acts or omissions made the basis of this lawsuit all took place in Mexico or its territorial waters in the Bay of Campeche, and 1605 (a) (5) is, therefore inapplicable. *See Perez v. the Bahamas*, 652 F. 2d 186, 188-89 (D. C. Cir. 1981).

Notwithstanding the fact that the tort did not occur wholly within the United States, the acts complained of were discretionary in mature, done in furtherance of Pemex' legal mandate to explore for Mexico's hydrocarbon deposits. Discretionary acts by a sovereign are specifically immunized from suit under the FSIA. 28 U. S. C. 1605 (a) (5) (A). The language of this exemption and its legislative history demonstrate that it parallels the discretionary act exception to the Federal Trot Claims Act. 28 U. S. C. 2680 (a). *House Report, supra* at 6620. The scope discretionary act exception has troubled courts for years. *See Smith v. United States*, 376 F 2d 243, 245-46 (5th Cir. 1967); *Yayton v. United States*, 636 F. 2d 132, 135-38 (5th Cir. 1981), *rehearing en banc granted*, 649 F. 2d 385 (June 16, 1981). However, the facts of this case closely resembly those of *Dalehite v. United States*, 346 U. S. 15 (1953), still the leading case on the issue. In *Dalehite*, the Supreme Court found the government's actions in formulating and the directing the execution of a formal plan for a fertilizer export program could not form the basis of a suit under the Federal Tort Claims Act. Such actions were found to be discretionary under 2860 (a), even though an alleged abuse of that discretion resulted in the 1947 Texas City disaster.

Pemex, in this case, was executing a national plan formulated at the highest levels of the Mexican government by exploring for Mexico's natural resources. Any act performed by a subordinate of Pemex in furtherance of this exploration plan was still discretionary in mature and immune from swit under the FSIA. To deny immunity to a foreign state for

implementation of its domestic economic policies would be to completely abrogate the doctrine of foreign sovereign immunity by allowing an exception to swallow the grant of immunity preserved by 1604. Therefore, Pemex's Motion to Dismiss all claims against it on the basis of foreign sovereign immunity must be granted.

Permargo

Permargo has moved to dismiss both the direct and third party actions against it, alleging that this Court lacks *in personam* jurisdiction. Extensive jurisdictional discovery has been made and an evidentiary hearing was held on October 5, 1981. After considering the jurisdictional evidence and the arguments of counsel, this Court is convinced that it may fairly exercise personal jurisdiction over Permargo.

Personal jurisdiction is achieved by service of process under the Federal Rules of Civil Procedure. The reach of this jurisdiction is constrained by traditional notions of fair play and substantial justice embodied in the due process clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U. S. 310 (1945). In this case, service has been attempted through various methods, however each plaintiff has served Permargo pursuant to the Texas long-arm statute, Tex. Rev. Civ. State. Ann. art. 2031b. (Vernon 1975 & Supp. 1982); in accordance with Fed. R. Civ. P. 4 (d) (7). Rule 4 (d) (7) provides that a federal court may exercise jurisdiction over a nonresident defendant to the extent permitted by the law of the forum state. When a state statute is relied upon, the jurisdictional analysis is two-pronged: the defendant must be amenable to service of process under state law; and if it is, the exercise of jurisdiction must comport with constitutional due process. *Product Promotions, Inc. v. Cousteau*, 495 F. 2d, 483, 489 (5th Cir. 1974) *Jetco Electronics Industries, Inc. v. Gardiner*, 473 F. 2d 1228, 1232 (5th Cir. 1973).

The Texas long-arm statute provides that the Texas Secretary of State is designated agent for service of process where nonresident corporations are "doing business" within the state and the lawsuit arises from these transactions. Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 2031 (b) (Vernon 1964); *see U-Anchor Admertising, Inc. v. Burt*, 553 S. W. 2d 760 (Tex. 1977); *Prejean v. Sonatrach, Inc.*, 652 F. 2d 1260 (5th Cir 1981). "Doing business", as defined by the statute, includes intering into a contract to be performed

in whole or in part within the state by any party to the contract, or committing a tort, in whole or in part, within the state. Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 2031b 4 (Vernon Supp. 1982). Thus, for Permargo to be amenable to service of process, it must be found to be doing business in Texas within the maening of the statute and these transactions must have given rise to the cause of action. *See Prejean, supra.*

Under Texas law, a corporation is said to be doing business in Texas where the tort occurs in whole or in part in the state. The pending consolidate actions represent a marine oil pollution case, which is in the nature of a maritime tort based on the commonlaw actions of negligence and nuisance. Oil slicks allegedly release by the lost IXTOC I well followed the guf currents and impacted the Texs coast allegedly causing harm to the plaintiffs. Since Permargo was acting as the drilling contractor on the well at the time of the blowout and the cause of action arose out of its alleged negligence in that capacity, the required nexus is present and the Texas long-arm statute's requirements are satisfied.

However, due process requires a further inquiry into Permargo's contacts with Texs to ensure that this contact with the forum state was not merely fortuitous. This Court must be satisfied that Permargo, by its actions, purposefully availed itself of the benefits and protection of the laws of Texas, *Hanson v. Denckla*, 357 U. S. 235 (1958). Where a defendant engages in an activity outside Texas that would have foreseeable consequences in Texas, traditional notions of fair play and substantial justice require trat the defendant reasonably anticipate being haled into Texas courts. *World Wide Volkswagen v. Woodson*, 444 U. S. 286 (1980). In this determination, the Fifth Circunit Court of Appeals in *Prejean v. Sonatrach, supra,* set out a three-factor analysis to determine if the required purposeful activity is present. The factors are: (1) The existence and degree of purposefulness with which the effect in that forum was created; (2) whether the defendant has other substantial contacts with the forum unrelated to the suit; and (3) the substantiality of the effect itself. *Id.* at 1269.

Generally, an allegation of negligence indicates a low degree of purpose-fulness, but such a situation does not preclude a finding of contistion-ally permissible exercise of jurisdiction. Particularly pertinent to this lawsuit is the evidence of Permargo's contra actual anticipation of and contingency planning for a possible blowout of its IXTOC I well. This fact, coupled with the foreknowledge that Gulf currents would carry any slick to the shores of Texas, indicates that demages to Texas from an off-

shore well disaster in Campeche Bay is a reasonable foreseeable result. Engaging in the extra-hazardous activity of drilling notwithastanding this knowledge. implies a higher degree of porpusefulness. Present. also, are many substantil contacts with Texas unrelated to this suit.

Jurisdictional discovery, while being limited to some extent,[2] has revealed a systematic business presence by Permargo in the state of Texas. Such systematic activity may subject a nonresident corporation to jurisdiction in the forum state in accordance with federal due process considerations. *Perkinx v. Benguet Consolidated Minning Co.*, 32 U. S. 437 (1952). As an oil well drilling contractor, Permargo purchases the mejority of its needed oil drilling equipment and spare parts from Texas suppliers, spending millions of dollars each year. For example, Permargo purchased or leased drilling rigs from Skytop Brewster and Sedco, both Texas corporations. The SEDCO 135 drilling rig, destroyed in the IXTOC I blowout, was leased in Texas from Sedco in 1978. As part of that transaction, Sedco agreed to furnish spare parts and supplies for the rig, as well as, personnel to supervise its operation.

Negotiations for such leases and purchases were conducted in Texas an delivery was made in Texas. Permargo maintains savings and checking accounts in Texas through which it makes payment to its suppliers. Moreover, Permargo has borrowed money from Texas banks to finance its business activities inside and outside Texas. Permargo maintains listings in the Houston and Galveston telephone directories and maintains an apartment in Houston for business purposes.

Much of Permargo's systematic activity in Texas is carried out through Mr. T. J. Falgout and a business entity called Golden Lane. Mr. Falgout, a resident of Galveston, Texas, owns 25 percent of the outstanding stock in Permargo; however, his status extends beyond that o fa mere strockholder. He is the sole executive with Golden Lane and in this capacity engages in business solicitation and negotiations on behalf of Permargo in the state of Texas. He is authorized to with-draw funds from Permargo's account and sign checks, as well as, generally to conduct banking transactions for Permargo in Texas. More-over, he is authorized to obligate in the purchase of oil well drilling equipment and utilizes Permargo's letterhead in his activities. In all respects, Mr. Falgout is Permargo's

2 See this Court's Memorandum and Order dated March 27, 1981, awarding Fed. R. Civ. p. 37 sactions against Permargo and its attorneys.

general agent in Texas[3] and his activities on behalf of Permargo demostrate a Conscious and longstanding business presencie in Texas.

Finally, the alleged impact on Texas from the IXTOC I disaster is substantial. Crude oil from the lost well reached the lower Texas beaches entailing massive cleanup efforst and potential direct losses by business and individuals. Because of the extensive impact of the IXTOC I disaster, Texas has a substantial interest in providing a forum for redress of alleged grievances suffered by Texas residents. For these reasons, the Court concludes that Permargo purposefully availed itself of the benefits and protection of Texas laws and is properly amenable to service of process under the Texas long-arm statute. Therefore, it is proper for this Court to exercise *in personam* jurisdiction over Permargo and its motion to dismiss the plaintiff's direct actions on this basis must be denied.

Sedco has filed a third-party complaint pursuant to Fed. R. Civ. P. 14 (c) seeking, *inter alia*, indemnity and contribution from Permargo for all or part of the claims filed against it. In order for this Court to exercise ancillary jurisdiction over impleaded claim, both subject matter and personal jurisdiction must be present. *See Lonestar Package Car Co. v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 212 F. 2d 147 (5th. Cir. 1954). This Court has subject matter jurisdiction over claims in admiralty and over suits arising under the laws of the United States. In many cases, it would be unfair to undely burden a non-resident third-party defendant to come to distant forum and defend based upon subject matter jurisdiction alone. Due process considerations requiere that personal jurisdiction also exist. Here, the Court has determined that Permargo has availed itself of the benefits and laws of this forum and that this Court may constitutionally exercise personal jurisdiction with respect to the private and public plaintiff's direct claims against Permargo. Sedco, like the direct plaintiffs, has served Permargo pursuant to Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 2031b (Vernon 1964 & Supp. 1982). Since Sedco seeks to recover over against Permargo for claims arising from the alleged maritime tort made the basis of the direct plaintiff's claims. This Court finds trat it is "amenable to service of process" under the Texas long-arm stature for the reasons previously discussed. Because Permargo is fairly before the Court for these direct claims, it is fair to exercise ancillary jurisdiction over Permargo as a third-party de-

3 Therefore. Service upon Permargo through Mr. Falgout would be proper under Fed. R. Civ. p. 4 (d) (3) subject only to the restrictions of due process, which are satisfied here. See *Jim Fox Enterprises, Inc. v. Air France*, 664 F. 2d 63, 64 (5th Cir. 1981).

fendant. And, therefore, Permargo's Motion to Dismiss Sedco's Third-Party Complaint for Lack of *In Personam* Jurisdiction is denied.

SEDCO

Also pending before the Court are cross-motions seeking a determination whether the SEDCO 135 rig was a "vessel" for purposes of invoking the Limitation of Liability Act., 46 U. S. C. 183-89. Semisubmersible drilling rigs long have vessels for other statutory purposes, *see e.g.*, *Offshore Co. v. Rovison*, 266 F. 2d 769, 779 (5th Cir 1959) (holding semisubmersible a vessel under the Jones Act); however, the issue off wheter the same craft would be a vessel under the Limitation Act was raised but not answered in the recent case *Sohyde Drilling & Marine Co. v. Coastal States Gas Producing Co.*, 644 F. 2d 1132, 1137 n.5 (5th. Cir. 1981). Therefore, this Court is confronted with a question of first impressión.

What constitutes a "vessel" for Limitation Act purposes has historically been given a liberal interpretation. The act itself was extended in 1886 to apply to "al seagoing vessels, and also to all vessels used on lakes or rivers or inland navigation, including canal boats, barges, and lighters". 46 U. S. C. 188. Looking beyond this tautology, "vessel" is defined in the general statutory definitions as "every description of yatercraft or other artificial contrivance used, or capable of being used, as a means of transportation on water". 1 U. S. C. 3. Based on this statutory framework, federal courts have generally found mosta watercraft, which are vessels for purposes of general maritime law, vessels within the meaning of the Limitation Act. *See In re Easterns Dredging Co.*, 138 F.942, 944 (D. Mass. 1905).

However, some crafts which have a nexus to the sea or inland waterways have been excluded from the Act's coverage. These contrivances generally have demonstrated a high degree of permanence or fixity with respect to the shore or the seabd. For example, a floating wharfboat attached to the shore and used as a floating loading dock and storage facility has been excluded from the Tct's coverage. *Evansville & Bowling Green Packet Co. v. Chero Cola Bottling Co.*, 271 U.S. 19 (1926). Similarly, a floating drydock has not been considered a vessel because its purpose and actual use was not in navigation as a means of transportation. *Berton v. Tietjen & Lang Dry Dock Co.*, 219 F. 763, 774 (D. N. J. 1915); *cfr. Cope v. Vallette Dry Dock Co.*, 119 U. S. 625 (1887) (holding a floating dry dock not a vessel subject to salvage service).

Structures which are nothing more than artificial islands permanently affixed to the seabed have also been held not so to be vessels under the Limitation Act. *In re United States Air Force Texas Tower No. 4*, 203 F. Supp. 215 (S.D. N.Y. 1962), the court looked both at the lack of purpose for use in navigation as transportation and the permanence of affixation to the seabed in holding an offshore radar platform not a vessel for limitation purposes. Additionally, the court determined that the Texas Tower was not a structure used to carry freight and that it was not subject to the perils of the sea in a navigational sensen; *id.* at 219.

Advancing technology has played havoc with the Limitation Act; however, a broad view of what is a vessel remains. Particulary troublesome are crafts that float and are used in marine navigation, but are anchored in order to perform the function for which they were designed. Generally, this problems has arisen when a traditionally maritime vessel, a barge, is fitted with permanent structures and cargo for a specific purpose. In *In re P. Sanford Ross, Inc.*, 196 F. 921 (E.D. N.Y. 1912), rev'd on other grounds, 204 F. 248 (2nd Cir 1913), the district court held a barge fitted with a pile driver to be a vessel for limitation purposes. The district court found that mooring the barge securely prior to driving piles did not alter the status of the craft, which was otherwise employed in navigation and considered a vessel under the Limitation Act. *Id.* at 925. Similarly, the Second Circuit Court of Appeals has held an ancored scow equipped with a loading derrick to be a vessel for purposes of the Act. *The Sunbeam*, 195 F. 468 (2nd Cir. 1912); *accord Patton-Tully Transportation Co. v. Turner*, 269 F. 334 (6th Cir. 1920). In *Eastern S. S. Corp. v. Great Lakes Dredge & Dock Co.*, 256 F. 497 (1st Cir. 1919), a drilling boat, which was firmly held to the bottom of the waterway by metal "spuds" while drilling, was also found to be a vessel under the Act.

Thus, as the law has evolved, several factors have emerged as indicia of whether a craft is a vessel under the Act. First, the craft must be built with the intent that it be used in navigation as a means of transportation. Second, the contrivance must not be permanently attached to the shore or seabed. Finally, the craft must be subject to the perils of the sea. Comparing these factors to the craft in question, the Court finds the SEDCO 135 semisubmersible rig to be a vessel under the Limitation Act.

The SEDCO 135 was built in 1965 at the Ingalls Shipyard in Mississippi and between than time and 1979, when she was scuttled, she made two trans-atlantic voyages and eleven long ocena voyages, logging a total

of 15,947 miles in navigation. These journeys took her to the waters off Portugal, then to the coast of Africa and eventually to the Bay of Campeche. During these voyages, the SEDCO 135 was subject to all perils of the sea and without question would have been considered a vessel under the Limitation Act had an accident occurred during her travels. Additionally, she was designed to transport cargo, albeit a permanent one, throughout her voyages.

The SEDCO 135 was registered as a United States vessel engaged in foreign commerce pursuant to federal law. She was inspected by the U. S. Coast Guard and surveyed on an annual basis by the American Bureau of Shipping, Moreover, she was subject to a preferred ship mortgage. Clearly, she was built and utilized as an ocean-going vessel in navigation as a means of transporting a fixed cargo. During her voyages and while she was anchored at the various drill sites, she was subject to the perils of the sea suffered by any blue-water vessel.

While structures built to be permanently affixed to the sea bottom are uniformly held not vessels for admiralty purposes, *see Rodrigue v. Aetna Casualty and Surety Co.*, 395 U. S. 352 (1969), the SEDCO 135 was built to be mobile. Whenever the rig was towed to a new drill site, she was held by nine Danforth anchors. The only other contact with the seabed was the "drill string" through which the actual drilling was done. This Court concludes that anchoring in place what is other-wise a vessel does not change a craft's status under the Limitation Act. The orginal purpose of the Limitation Act was to promote the building of vessels, to encourage the business of navigation, and thus put the United States on the same footing as other seafaring countries. *Chero Cola Bottling co., supra* at 21. Commentators have criticized the Act in light of today's technology and economic realities, *see e. g.*, G. Gilmore & C. Black, *The Law of Admiralty*, 821-22 (2nd ed. 1975); however, it remains on the books. The act has traditionally been applied to benefit a broad class of vessel owners. Whether the Act retains vitality within the sphere in which it has traditionally applied is a matter for Congress, not the Courts, to decide. *University of Texas Medical Branch at Galveston v. United States*, 557 F. 2nd 438, 454 (5th Cir. 1977). For the foregoing reasons, this Court finds that consistent with other statutory schemes, a semisubmersible drilling rig is a vessel for purposes of the Limitation of Liability Act and SEDCO may invoke the provisions of that act with respect to the claims brought against the SEDCO 135 rig. Whether Sedco will prevail in the limitation proceeding is a question left for another day.

Conclusion

These consolidated actions arise out of history's worst offshore drilling disaster and have presented this Court with several difficult jurisdiccional issues. Private and public American plaintiffs have sued two Mexican entities-the national oil company of Mexico, Pemex, and a privately owned Mexican corporation, Permargo. Because they have chosen to sue these foreign defendants in the Southern District of Texas, two legal issues with international ramifications are raised. First, Pemex, as an instrumentality of the Mexican government, seeks dismissal from this suit based on the long-standing doctrine of foreign sovereign immunity, recently codified in the Foreign Sovereign Immunity Act of 1976. Finding the actions of Pemex in connection with the IXTOC I well blowout both noncommercial and within the discretionary activity protected by the FSIA, this Court grants Pemex's Motion to Dismiss.

Second, Permargo, a Mexican drilling company which was contracted by Pemex to drill the IXTOC I well, moves the Court for dismissal based on a lack of personal jurisdiction. This Court finds that Permargo is amenable to service of process in accordance with the Texas long-arm statute and that exercising jurisdiction over Permargo comports with traditional notions of fair play and substantial justice guaranteed by the United States Constitution. Therefore, Permargo's Motion to Dismiss is denied.

SEDCO, by filing and action to limit its liability, has invoked this Court's admiralty jurisdiction. The Limitation of Liability Act provides that an owner of a vessel may limit its liability to the value of the vessel after the occurrence in question. Sedco, as the owner of the SEDCO 135, seeks to interpose this proceeding against the array of claimants in this case. Several Plaintiffs have field motions to dismiss Sedco's limitation action, alleging that the semisubmersible rig in question was not a "vessel" for purposes of the Limitation Act. This Court finds that semisubmersible rigs are considered vessels for other admiralty purpose and that the Limitation Act historically has been applied to a broad class of crafts. Because the SEDCO 135 rig was constructed to be and was, in fact, utilized as an oceangoing watercraft, this Court denies Plaintiffs's Motions to Dismiss and grants Sedco's Motion for Summary Judgment. This finding that the SEDCO 135 was a vessel only allows Sedco to invoke the limitation proceeding; this Court makes no finding at this time whether Sedco may ultimately prevail in such a proceeding. Finally, the Court reserves

util a later time the question whether the Limitation Act may be asserted with respect to the statutory causes of action alleged by the United States and the State of Texas. It is therefore.

ORDERED, ADJUDGED and DECREED that:

1. Permago's Motion to Dismiss for Lack of In Personam Jurisdiction be DENIED;

2. Pemex's Motion to Dismiss bases on Foreign Sovereign Immunity be GRANTED and all claims against Pemex in this consolidated action be DISMISSED with prejudice;

3. Sedco's Motion for Partial Summary Judgment declaring the SEDCO 135 a vessel be GRANTED;

4. The Giles, et al Plaintiffs' Motion to Dismiss Sedco's Limitation Action for Lack of Subject Matter Jurisdiction[4] be DENIED;

5. The State of Texas' Motion for Partial Summary Judgment with respect to the vessel issue be DENIED; and

6. The Willacy Country Plaintiffs' Motion to Dismiss Sedco's Limitation Action for Lack of Subject Matter Jurisdiction be DENIED.

4 This Motion was joined in by the Haylock Plaintiffs.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. CASO AUGUSTO PINOCHET*

SUMARIO: I. *Liminar*. II. *El caso de Augusto Pinochet y la internacionalización de la justicia*. III. *El problema del delito de genocidio*. IV. *Apreciación crítica*. V. *Verdaderas limitantes de la Convención de la ONU contra el Genocidio*. VI. *El crimen de genocidio y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales*. VII. *La decisión de la Cámara de los Lores de 1998*. VIII. *Sentencia del 24 de marzo de 1999*. IX. *Principio de universalidad*. X. Aut dedere, aut punire. XI. *La decisión del 15 de abril de 1999*. XII. *Posibilidad de arbitraje o Corte Internacional de Justicia*. XIII. *Tribunal Penal Internacional*. XIV. *Sentencia del Tribunal de* Bow Street *del 8 de octubre de 1999*. XV. *Razones humanitarias*. XVI. *Conclusión*. XVII. *Apéndice*.

I. LIMINAR

Decía Albert Camus que el siglo XVII fue el siglo de las matemáticas; el siglo XVIII, el siglo de las ciencias; el siglo XIX, el siglo de la biología, y el siglo XX, el siglo del miedo, el terror y la violencia.

Los crímenes de la excelsa civilización son ciertamente más aberrantes que aquéllos de los tiempos más remotos, por el hecho mismo de su "atroz refinamiento". Tal parecería, que la "excelsa civilización", estaría engendrando la extrema barbarie y la extrema crueldad.

Ante la incoherencia de la naturaleza humana, el hombre parece haberse decidido por escoger el retroceso y la sinrazón, rindiendo pleitesía a la violencia con rasgos modernos, esto es, una violencia planificada, gélida y matemática.

* Trabajo publicado en el libro *Extradición en el derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Esta violencia, como valor axiológico también se acompaña de la total indiferencia del que la ejerce, y de esta suerte la deshumanización del hombre moderno queda consumada.

Para Adolf Eichmann, no hay gran diferencia entre masacrar a cientos de seres humanos, o la de cuidar con todo sigilo a un grupo de niños; como tampoco hay incoherencia para Himmler, en el hecho de regresar a su casa al final de una laboriosa jornada, por la puerta trasera para no despertar de su apacible sueño, a su canario favorito.

Para Eichmann... "la vida ha dejado por completo de ser nada vivo. Él organiza; y organizar se le convierte en un fin en sí mismo, trátese de muelas de oro o de pelo de gente exterminada, o de ferrocarriles y toneladas de carbón. Para él, todo es completamente indiferente" (E. Fromm).

II. El caso de Augusto Pinochet y la internacionalización de la justicia

El que los sangrientos dictadores sean llevados a juicio, es un anhelo de toda persona que considere tener un mínimo de conciencia, es un reclamo de elemental justicia y ciertamente una esperanza de racionalidad, en las relaciones internacionales. No es posible que los Duvalier de Haití; los Stroessner del Paraguay; los Mengistu de Etiopía (17 años sangrientos); los Idi Amin de Uganda (más de 300,000 torturados y asesinados en la década de los setenta); los Videla de Argentina (hasta hace poco en "arresto domiciliario"); los Pol-Pot de Cambodia, pudieran cometer las peores e inimaginables atrocidades, principalmente contra sus propios nacionales, y luego quedar brillantemente arropados con toda impunidad, disfrutar de fortunas incalculables, y ser lujosamente asilados en la Rivera francesa (Baby-Doc Duvalier), en Brasilia (Stroessner), en Arabia Saudita (Idi Amin) etcétera. "El artesanado de terror" (Gluckman) no tiene fronteras, y para prueba, Europa lo reedescubre, pero ahora personificado por Slodoban Milosevic, y su abominable "limpieza étnica" masacrando a sus habitantes y calcinando sus pueblos.

1. *La detención de Augusto Pinochet*

El 16 de octubre de 1998, Augusto Pinochet Ugarte es despertado en una clínica de Londres por detectives de Scotland Yard, vía Interpol, para informarle que desde ese momento quedaba detenido, en cumplimiento

de la orden de interrogatorio judicial enviada por el juez español Baltasar Garzón, solicitando su extradición.

Desde el momento que asumió el poder en 1973 mediante un sangriento golpe de Estado respaldado por los Estados Unidos, el señor Pinochet, estableció una serie de barreras legales para protegerse en el futuro, de cualquier suceso desagradable.

Sus fuerzas armadas que torturaron, asesinaron y "desaparecieron" a más de 3,000 personas gozan de una Ley de Amnistía dictada en el año de 1978, por presión del mismo Pinochet, para que en cualquier eventualidad futura, él y sus fieles verdugos, estuvieran protegidos de todo intento de enjuiciamiento (Decreto Ley 2191).

En el año de 1990, por el cambio y presión del entorno internacional, el mandatario chileno trató de dar un matiz democrático a su dictadura, realizando un plebiscito para someter a la opinión pública su permanencia al frente del gobierno, sin embargo, no pensó jamás que dicho plebiscito le sería desfavorable. Como consecuencia de esto, Pinochet se vio obligado a dejar el poder, pero no sin antes negociar un acuerdo que le permitiría continuar como comandante en jefe del ejército chileno.

A principios de 1998, se acoge al retiro, se asegura antes que se le confiera el título de *Senador Vitalicio* para protegerse nuevamente de cualquier intento de juicio, esto de conformidad con la Constitución de Chile de 1980, elaborada por él mismo y su camarilla más cercana.

El 16 de octubre de 1998, Baltazar Garzón quien girara la orden de interrogatorio, amplió —tres días más tarde— la orden de detención con los cargos de tortura y genocidio.

El 26 de octubre de 1998 comenzó en Londres el "juicio de apelación" contra la detención preventiva de Pinochet. Este mismo día la policía federal de Suiza solicitó a Gran Bretaña la detención de Pinochet para fines de extradición.

El 28 de octubre, el alto tribunal británico (*High Court of Justice*) presidido por lord Thomas Bingham, declaró ilegal la detención de Pinochet y le concedió la "...inmunidad como antiguo jefe de Estado en los procesos criminales y civiles en los tribunales británicos".

El 30 del mismo mes, la Audiencia Nacional española ratificó que la Judicatura de España es jurídicamente competente para juzgar al ex mandatario. Unos días después (3 de noviembre), la Fiscalía de París envía a Londres una petición de arresto provisional en contra del general Augusto

Pinochet. Algo similar realizará el Tribunal Supremo de Alemania el 19 del mismo mes y año.

El 4 de noviembre, cinco jueces de la Comisión Judicial de la Cámara de los Lores, iniciaron la audiencia para estudiar el recurso del fiscal en contra del reconocimiento de inmunidad soberana.

El día 11 de noviembre, España entregó la solicitud formal de extradición del ex dictador al Ministerio de Interior de Gran Bretaña.[1]

Por su parte, el Parlamento Europeo debatió en Bruselas el caso Pinochet, resolviendo "resaltar la unidad de todos nuestros pueblos y gobiernos en la lucha contra esa forma de terrorismo internacional que son las dictaduras, el genocidio y la crueldad con la que el general Pinochet ha actuado contra su pueblo, y contra casi un centenar de europeos asesinados por él".[2]

Las primeras críticas en contra de la detención de Augusto Pinochet, se basaban principalmente en el alegato de "que no existía un respeto legal por su alta investidura". La ironía era muy hiriente, como sostuvo el *Washington Post*, pues se trataba de un argumento que se aplicaba al responsable de derribar un gobierno que había sido democráticamente elegido, y culpable de la detención, tortura y muerte de miles de personas entre 1973 y 1990.[3]

1 Véase *El País*, 17, 18 y 19 de octubre de 1998; *El Financiero*, 21 de octubre de 1998; *Le Figaro*, 21 de octubre; *Pinochet Embarrasse Washington*, este último destaca la intransigencia de Washington a propósito de Pol-Pot o de Saddam Hussein, pero sólo expresa silencio político a propósito de A. Pinochet. El caso del ex líder de la Junta Militar argentina, Jorge Videla, sentenciado primero a cadena perpetua y al poco tiempo amnistiado, volvió a ser acusado a principios de 1998 en su país, por ser responsable del delito específico de secuestro de niños —no contemplado en la Ley de Amnistía—, consistente en mantener presas a mujeres embarazadas, el tiempo suficiente para que dieran a luz, después de lo cual, eran asesinadas, y sus bebés entregados a familias de militares.

Véase *Newsweek*, 4 de noviembre de 1998, en particular el "Reportaje especial" de Brook Larmer pp. 12-15.

2 Véase *El País*, 21 de octubre de 1998, p. 3. La propuesta mayoritaria del Parlamento Europeo instaba a Madrid a tramitar la extradición, basándose en que los tratados de Maastricht y Amsterdam establecen obligaciones específicas de colaboración en la lucha contra la delincuencia internacional. *Ibidem*, "Garzón lo que hace es aplicar la Ley. No es una Ley con oportunidad política ni de coyuntura histórica, es simplemente la Ley, la Ley esencial: la defensa de la humanidad y de los derechos humanos. Europa debe demostrar... que habla seriamente cuando afirma que no hay prescripción para los crímenes contra la humanidad". Véase *Le Monde*, 20 de octubre de 1998, página editorial.

3 *Washington Post*, 21 de octubre de 1998. A principios del mes de septiembre de 1998, fueron desclasificados varios "documentos secretos", gracias al grupo *National Security Archive*, en donde se revela que Richard Nixon y Henry Kissinger (Premio Nobel de la Paz), tuvieron un papel muchísimo más activo de lo que se sabía en el apoyo al golpe de Pinochet en 1973. En una reunión con la CIA, H. Kissinger se expresó de la manera siguiente: "No veo por qué tenemos que dejar que un país

2. *Auto de solicitud de extradición firmado por el magistrado juez, señor don Baltasar Garzón Real*

En el auto de solicitud de extradición de Pinochet del 3 de noviembre de 1998 (Madrid), en la parte relativa a los "razonamientos jurídicos", se asienta que los hechos relatados en la Resolución pueden ser constitutivos, respecto del imputado Augusto Pinochet Ugarte, *de un delito de genocidio*, que se integraría por una serie de detenciones ilegales, seguidas en unos casos de asesinato o desaparición de las personas y víctimas que se relacionan y, que según los testimonios y datos obrantes en la causa fueron precedidos de torturas en cada uno de los casos. Todos éstos tipificados como delitos en el Código Penal español vigente en el momento de ocurrir los hechos.

Por lo demás, la calificación jurídico-penal de los hechos se apoya, de acuerdo al Auto de Solicitud, en las siguientes normas de carácter internacional:

a) La Declaración de Moscú de 1945, suscrita por el Reino Unido de Gran Bretaña, Estados Unidos y la Unión Soviética sobre crímenes contra la humanidad.

b) El Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945, suscrito por el Reino Unido.

c) La Resolución del 16 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobando los principios de los Estatutos y de la Sentencia de Nüremberg.

d) El Convenio de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948 contra el genocidio.

e) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU del 16 de diciembre de 1966.

f) La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1973 sobre Persecución de Crímenes Contra la Humanidad.

g) La Convención contra la Tortura de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1984.

h) La Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la Desaparición Forzada de personas de 1992.

se haga marxista tan sólo porque su pueblo sea irresponsable". Estos documentos confirman también que Pinochet fue la figura central en la *Operación Cóndor*, en la que varios regímenes militares sudamericanos se ayudaron mutuamente para eliminar a opositores. *Idem*.

i) El Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo del 27 de enero de 1977.

> Según tales disposiciones, aplicables igualmente en el Reino Unido, los crímenes de esta naturaleza son imprescriptibles, sus responsables no disfrutan de inmunidad diplomática ni pueden obtener estatuto de refugiado ni asilo político, y todos los Estados del mundo están obligados a perseguirles y a colaborar en la persecución que de tales crímenes hagan otros *Estados*.

Igualmente en este Auto de Solicitud de Extradición, se asienta que en Chile se creó una organización armada, aprovechando la estructura militar y la usurpación del poder por Augusto Pinochet, para institucionalizar, con impunidad, un régimen terrorista que subvirtió en sí mismo el orden constitucional para desarrollar el plan de desaparición y eliminación sistemática de miembros de grupos nacionales, imponiéndoles desplazamientos forzosos, secuestros, torturas, asesinatos y desapariciones.[4]

III. El problema del delito de genocidio

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, y en vigor a partir del 12 de enero de 1951, consagra que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional, que las partes se comprometen a prevenir y a sancionar.

En el artículo II de esta Convención de 1948, se encuentra la tipificación jurídica del delito de genocidio en los siguientes términos:

> En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
>
> *a*) Matanza de miembros del grupo;

4 Véase Texto íntegro del *Auto de solicitud de extradición de Pinochet, procedimiento: Sumario 19/97 P. S. Terrorismo y Genocidio*, Madrid, Juzgado Central de Instrucción Número Cinco - Audiencia Nacional, 3 de noviembre de 1988, http://www.elpaís.es/p/d/temas/pinochet/auto/htm. Hay que recordar que Pinochet llegó a Inglaterra el 21 de septiembre de 1998 en una "misión oficial" de la que nadie sabía nada a ciencia cierta, y con una vigencia de inmunidad del pasaporte diplomático hasta el día 9 de octubre. Una semana después fue detenido, y los esfuerzos del gobierno de Chile para tratar de ampliar la vigencia del estatus diplomático con efecto retroactivo, no encontraron receptividad alguna en el *Foreign Office*. Véase *The Guardian*, 22 de octubre de 1998.

b) Lesión grave a la integridad física y mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Más adelante esta Convención establece que toda persona que cometa genocidio, asociación para cometerlo, instigación directa y pública, tentativa o complicidad en el genocidio, deberá ser castigada, ya sea que se trate de gobernantes, funcionarios o particulares (artículos III y IV).[5]

Para efectos de extradición, el genocidio, o su asociación, instigación, tentativa o complicidad, no serán considerados como delitos políticos, y las partes se comprometen a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes (artículo VII).

De conformidad con la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968 (y en vigor a partir del 11 de noviembre de 1970),[6] consagra textualmente en el artículo 1o., inciso *b*, al delito de genocidio definido en la Convención de 1948, como "crimen imprescriptible", al igual que los crímenes de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido (Resolución 3074 (XXVIII) de 1973).

Ahora bien, entre los motivos del recurso interpuesto a fines de octubre de 1998 por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantenía la competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario se rechazaba que los hechos, objeto del sumario, constituyeran "delito de genocidio".

Esta impugnación se basaba en el hecho de que la represión en Chile durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973, no se había efectuado, según esto, contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso, tal y como se establece en la Convención de Naciones Unidas de 1948.

5 Véase Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General mediante su Resolución (260) A (III), 9 de diciembre de 1948, *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, ST/HR/1/Rev. 3, pp. 143-147.

6 Esta Convención de 26 de noviembre de 1968, fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante Resolución 2,391 (XXII). Véase texto de la Convención en *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, *cit.*, nota 5, pp. 147-151.

Ante esto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, argumentó que en los hechos imputados en el sumario estaba presente, de modo ineludible, la idea del exterminio de grupos de la población chilena.

> Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión, como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud de grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes... No fue una actuación al azar.[7]

Más adelante, en este mismo Auto, se afirma que los anteriores hechos relatados constituyen "delito de genocidio", advirtiendo que si bien en la Convención de 1948 no se confirma el término "político" o las voces "u otros", este silencio no equivale a "exclusión indefectible".

Y en forma explícita razona sobre este punto como sigue:

> El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen, "grupo formado por personas que pertenecen a una misma Nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo e integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio... impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder, o por una banda, de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado.... Esta concepción social de genocidio... no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Conve-

7 Véase *Rollo de Apelación 173/98, sección primera, Sumario 1/98*, Madrid, Juzgado Central de Instrucción número seis, 5 de noviembre de 1998, pp. 8 y 9.

> nio de 1948 que afloran del texto (*sic*), no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos de diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros... y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio... En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos, se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabrían en el proyecto de reorganización nacional, a quienes practicaban la persecución, estimaban que no cabrían... Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integran un grupo diferenciado en la Nación, que se pretendió exterminar.[8]

Así pues, con fecha 5 de noviembre de 1998, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, acordó desestimar el recurso, y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

La jurisdicción española se deriva, de conformidad al Auto mencionado, del *principio de persecución universal* de determinados delitos internacionales, acogidos por su propia legislación interna, poseyendo además un *interés legítimo* en el ejercicio de dicha jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en autos.[9]

IV. Apreciación crítica

Si bien el término "genocidio", proviene del griego *genos* (raza), y del latín *caedere* (matar, exterminar), fue utilizado por el jurista Raphael Lemkin en el año de 1933 al presentar ante la Sociedad de Naciones en

8 Véase *Rollo de Apelación 173/98, Sumario 1/98, cit.*, nota 7, pp. 9 y 10. En cuanto al artículo 23 (4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tipifica o penaliza ninguna acción u omisión; se limita a proclamar la jurisdicción de España. "El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito... cuando su ocurrencia; que la pena que puede ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito". *Idem*.

9 En cuanto al punto del artículo 6o. de la Convención de 1948, motivo entre otros del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el sentido que debía inhibirse la jurisdicción española para conocer del delito de genocidio, por no haberse cometido el mismo en territorio nacional, fue un punto igualmente desestimado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. "Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno... es que el artículo 6o. del Convenio... impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un *Estado* debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional". *Idem*.

Ginebra un memorial en el que solicitaba la elaboración de una convención internacional que prohibiera las ejecuciones en masa, no fue sino hasta 1945 que adquiriría carta de naturalización, al ser introducido en el *Sumario* contra los principales criminales de guerra del III *Reich* en el Proceso de Nüremberg, al ser calificados los crímenes de barbarie como "genocidio deliberado y metódico, es decir, el exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos terrenos ocupados, con el fin de aniquilar determinadas razas y partes de naciones y pueblos, grupos raciales y religiosos, en particular judíos, polacos, gitanos, entre otros".[10]

Nosotros estamos también de acuerdo en que la definición de "delito de genocidio" debe ser revisada y actualizada, pero el problema específico es que hasta el día de hoy la definición dada por la Convención de 1948, no ha sufrido modificación, y en derecho no podemos introducir nuestra *desiderata* sin más y dar por sentada otra normatividad que la actualmente aceptada por la comunidad internacional.

Lo que tipifica al delito como "crimen de genocidio" es la "intención" de destruir un grupo, en forma total o parcial, pero no cualquier grupo sino, de acuerdo a la Convención de 1948, solamente a un tipo de grupo: *nacional*, *étnico*, *racional* o *religioso*.

Sostener que la intención de los redactores de la Convención era no limitativa es simplemente una falacia, pues basta acercarse a los trabajos preparatorios —que es éste uno de los elementos de interpretación de los

10 Véase Osmañezyk, Edmund Jan, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 2003 y 2004. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional, comúnmente llamado Estatuto de Nüremberg, se encontraba como Anexo del Acuerdo de Londres del cual formaba parte integrante. La jurisdicción del Tribunal establecida en el artículo 6o. del *Estatuto*, que el Tribunal sería competente para juzgar y castigar a toda persona que hubiera cometido, individualmente o a título de miembros de alguna organización, cualquiera de las tres categorías consagradas, esto es *a*) Crímenes contra la humanidad, *b*) Crímenes contra la paz y *c*) Crímenes contra la guerra. El Estatuto preveía igualmente, en su artículo 7o. que la situación oficial de los acusados, ya fuere como jefes de Estado o como funcionarios de alto rango, no sería considerada ni como una excusa absolutoria, ni como una circunstancia atenuante. Véase Descheemaeker, Jacques, *Le tribunal militaire international des grands criminels de guerre*, prefacio de Vespasie V. Pella, París, A. Pédone, 1947, Anexos I y II, pp. 89-100. En noviembre de 1998 la Cámara de los Lores, en funciones de Tribunal Supremo, escuchó por parte de la abogada Clare Montgomery, que la tortura se podía o no justificar, pero que en todo caso, en Chile había constituido "un acto gubernamental: y que de acuerdo a la *State Inmunity Act* de la Gran Bretaña, no había limitaciones a la inmunidad, que ésta era «absoluta»".

Cuando lord Steyn preguntó si la barbarie hitleriana de la "solución final" estaría protegida por la inmunidad, la respuesta de la defensa de Pinochet fue afirmativa, ya que sostuvo que al conceder los tribunales británicos "inmunidad absoluta", Hitler quedaría protegido por la inmunidad británica, aunque ello pudiera ser lamentable desde un punto de vista moral. Véase Ekaizer, Ernesto, "El Nüremberg de Pinochet", *El País*, 15 de noviembre de 1998.

tratados— para darnos cuenta de que las escasas propuestas para incluir en la Convención, la mención de otros grupos, en particular "grupos políticos" o "grupos económicos", no fueron recogidas por la Sexta Comisión, la cual se basó en que dichos grupos no eran grupos permanentes, y que su eventual inclusión en una convención, ya de por sí compleja, tendría el efecto de inhibir a varios *Estados* de llegar a ser partes de la misma.[11]

De igual manera, la Convención no recogió el delito de "genocidio cultural", el llamado "etnocidio", pues se adujo que no había precisión jurídica en el concepto referido y que por lo demás había que convenir en la evidente y gran diferencia, entre una "exterminación masiva", y la privación a un grupo de sus supuestos derechos culturales.[12]

Por otro lado, habría que recordar que la Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión Consultiva* del 28 de mayo de 1951, precisó que si bien era cierto que la Convención contra el Genocidio había sido finalmente aprobada por unanimidad, también era cierto que la misma fue el resultado de una serie de votos adoptados por mayoría.

Los principios que sustenta la Convención son reconocidos por las naciones y pueblos soberanos, como principios que obligan a los *Estados*, independientemente de todo vínculo convencional. De la misma suerte, dijo la Corte, esta Convención pretende un alcance universal, condenando al genocidio como un "flagelo odioso" del cual debe liberarse la humanidad.[13]

Más adelante la Corte en esta Sentencia de 1951 añade:

> La Convención fue manifiestamente adoptada con una finalidad puramente humanitaria y civilizadora. Difícilmente se puede concebir una Convención que en mayor grado posea ese doble carácter, ya que apunta, por un lado, a salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos, y por otro lado, a confirmar y sancionar los principios de moral más elemental. En una Convención de esta naturaleza, *los Estados contratantes no poseen intereses propios*; éstos poseen, todos y cada uno de ellos, un interés común, aquél de preservar los intereses superiores que son la *raison d'etre* de la Convención. De ello resulta que en convenciones de este tipo, no se podría

11 Véase Lemkin, Raphael, "Genocide as a Crime in International Law", *American Journal of International Law*, Washington, D. C., vol. 41, 1947, pp. 145 y ss.

12 Véase *ibidem*, pp. 145 y ss. Tampoco prosperaron, en aquél entonces, los pocos intentos por introducir dentro de la definición de genocidio, el delito contra el medio ambiente, *i. e.*, "el ecocidio" como destrucción ambiental.

13 Véase Corte Internacional de Justicia, "Réserves a la Convention pour la Prevention et la Répression du Crime de Génocide", *Avis Consultatif du 28 mai 1951, Recueil des Arrêts*, 1951, pp. 22 y 23.

> hablar de ventajas o desventajas individuales de los *Estados*, ni tampoco de un exacto equilibrio contractual que deba mantenerse entre los derechos y los deberes.[14]

Esta Opinión Consultiva, sin lugar a dudas es actualmente concebida como declaratoria de derecho internacional consuetudinario, y la prohibición del crimen de genocidio posee además carácter de norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, esto es, que tiene carácter de norma de *ius cogens*. En este mismo sentido estaríamos frente a obligaciones *erga omnes*; cualquier *Estado* podría invocar la violación, y consecuentemente la responsabilidad y nulidad; existiría aquí una especie de *actio popularis*.[15]

V. Verdaderas limitantes de la Convención de la ONU contra el Genocidio

Para el profesor de Florencia, Antonio Cassese, las verdaderas limitantes graves a la Convención contra el Genocidio de 1948, no están en las lagunas referentes al exterminio de grupos políticos, ni del genocidio cultural, sino que se encuentran en el requisito de la existencia del "dolo", y en la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía.[16]

Los actos de genocidio deben ser *perpetrados con la intención* de aniquilar un grupo, como requisito esencial que debe exigirse siempre para que se tipifique el delito. Este elemento es el que ha ofrecido una

14 *Ibidem*, p. 23, párrafo 2 (énfasis añadido).

15 Véase Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 180-201. "*Erga omnes* rights are not necessarily identical with *jus cogens* rights, however; despite a degree of overlap, the latter set of rights is narrower than the former... *Erga omnes* obligations concern significant and gross violations, rather than individual or sporadic breaches", *op. cit.*, p. 194.

Probablemente podría pensarse en una reelaboración de la definición de genocidio como crimen internacional, tomando en cuenta la noción del artículo II de la Convención del 9 de diciembre de 1948, y añadiéndole a ésta la destrucción total o parcial de un grupo determinado, a partir de cualquier otro criterio arbitrario, como el ideológico o el de "costumbre", y en ejecución de un plan previamente concertado. Véase en un sentido semejante la definición de "genocidio" en el nuevo Código Penal de Francia de 1992 (artículos 211-1). Por su parte, el Código Penal español vigente reproduce en su artículo 607 la definición de la Convención de 1948. No aparece ya el término "social" del antiguo artículo 137 bis, se sustituye por el término "racial". En México, el Código Penal, en su artículo 149 bis, reproduce la definición de la Convención de 1948 contra el genocidio, añadiendo, y tipificando también el delito de genocidio, a aquel que: "...impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo".

16 Véase Cassese, Antonio, "La communauté internationale et le génocide", *Mélanges Michel Virally*, París, A. Pédone, 1991, pp. 183-195.

cómoda escapatoria para los *Estados*, que niegan haber cometido actos de genocidio, sosteniendo precisamente que no existía el "elemento de la intencionalidad". Como ejemplo, por citar sólo algunos, Antonio Cassese recuerda las repetidas masacres de "armenios" de parte de Turquía; la acción de la armada de Pakistán en 1971, la cual masacró a los habitantes del Bangladesch actual, antes Pakistán oriental; entre 1975 y 1978, en Cambodia, los *Khmers rouges* del Pol-Pot, exterminaron alrededor de dos millones de personas, entre los cuales, grupos étnicos o religiosos, como los Chams (minoría islámica), y los monjes budistas; en 1988, la armada de Irak, ejecutó terribles actos de genocidio en contra de los "kurdos"; en una sola noche (del 16 al 17 de septiembre de 1982), tropas "falangistas cristianas" realizaron una matanza de aproximadamente de 2,800 palestinos, en los campos de Sabra y Chatila (Líbano), gracias a la complicidad criminal de la armada israelita; los falangistas penetraron en los dos campamentos bajo la autorización del comando militar israelita. Esto último quedó plenamente corroborado por la Comisión Internacional de Investigación presidida por M. S. Mac Bride.[17]

La otra limitante verdaderamente grave e imperdonable que ve Cassese en la Convención de 1948, se refiere a la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía, es decir, de esos mismos mecanismos que deberían asegurar el respeto de las prohibiciones planteadas en la Convención. Esto es consecuencia del hecho, que la mayoría de los *Estados* que elaboraron la Convención prefirieron privilegiar el momento de la "soberanía nacional", en detrimento de la exigencia de castigar a los autores de crímenes atroces.

Por ello, concluye Antonio Cassese, y a pesar de los méritos de la Convención de 1948, ésta permanece en numerosos aspectos bajo un "ejercicio diplomático", viciado de una profunda hipocresía.[18]

Afirmar que las personas acusadas de genocidio, deberán ser "juzgadas por un tribunal competente del *Estado* en cuyo territorio el acto fue cometido" (artículo VI); se trata claramente de una garantía puramente platónica, por la sencilla razón de que normalmente el genocidio es perpetrado por las autoridades en el poder, directamente o con su asentimiento, y esos funcionarios logran —como dice Cassese— "neutralizar" fácilmente a los tribunales y en general a todo el aparato gubernamental.

17 Véase Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 16, pp. 184-187 y Cassese, Antonio, *Violence et droit dans un Monde Divisé*, París, PUF, 1990, pp. 117-132.

18 Véase Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 16, pp. 184-193.

Esto es precisamente lo que, casi con plena seguridad, sucedería en el caso de aquellos que piensan que el general Pinochet podría ser enjuiciado en su país. No solamente se deberían de abrogar y/o derogar varias leyes, entre ellas la muy importante Ley de Amnistía, o desaforar además al Augusto senador vitalicio, sino también, como sostuvo el antiguo presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona (juez Antonio Doñate) a su regreso de la misión en Chile en marzo de 1999:

> Los militares tienen todo bien atado para no juzgar a Pinochet... Escoja usted una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Si el acusado es un militar, se ha de integrar la Sala que tiene tres ministros, con un "auditor militar". Vea usted el Pleno de la Corte de Apelaciones. Hay 25 ministros, pero si se ha de enjuiciar un militar se agrega un "auditor militar". Y si usted examina el Pleno de la Corte Suprema, verá que a los 21 ministros que son miembros se añadirá, en el caso de un acusado de las Fuerzas Armadas, un "auditor militar"... Además, la mayor parte de los integrantes de la Corte Suprema los ha designado Pinochet. Y los nuevos nombramientos... llevan la marca de la fidelidad a ciertas reglas de juego que no deben modificarse.[19]

VI. El crimen de genocidio y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales

La Comisión de Derecho Internacional en su 34 periodo de sesiones, en 1982, nombró al señor Doudou Thiam, como relator especial para el tema relativo a la preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales.

19 Véase Ekaiser, Ernesto, "Entrevista a Antonio Doñate: miembro de jueces para la democracia", *El País*, martes 23 de marzo de 1999, p. 8. Por otro lado, es de sumo interés resaltar la opinión individual emitida por el eminente juez Elihu Lauterpacht, a propósito del "Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio", fallado por la Corte Internacional de Justicia el 13 de septiembre de 1993. En este caso entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia (Serbia y Montenegro), el profesor Lauterpacht sostiene, en relación a la Convención contra el Genocidio de 1948, que ésta crea dos obligaciones distintas que consisten en: la "obligación de prevenir", y la "obligación de sancionar". Luego entonces una violación de sus obligaciones, puede derivar, ya sea únicamente del hecho de que el crimen no fue "prevenido" o ya sea del simple hecho que el mismo no fue castigado. No hay necesidad de que exista a la vez, carencia de prevención y carencia de sanción. Los Estados quedan investidos de una "competencia universal". Véase Order, 13 de septiembre de 1993, I. C. J. *Reports*, numeral 108-115, pp. 121-124.

En su 48 periodo de sesiones en 1996, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el texto del Proyecto de Código antes mencionado y en su artículo 17 al tipificar el "crimen de genocidio", reproduce la misma disposición contenida en el artículo II de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, por ser ésta... ampliamente aceptada y reconocida generalmente como la definición autorizada de ese crimen... Esta definición consta de dos elementos importantes: el requisito de la intención (*mens rea*) y el acto prohibido (*actus reus*)... El acto prohibido debe cometerse contra una persona por razón de su pertenencia a un grupo determinado... Es la pertenencia de la persona a un grupo determinado y no la identidad de esa persona, el criterio decisivo para definir a las víctimas inmediatas del crimen de genocidio... La intención debe ser la de destruir al grupo "como tal", lo que significa como entidad separada y distinta... El crimen de genocidio, por su propia naturaleza, requiere la intención de destruir al menos una parte considerable de un grupo determinado.

Como puede verse, la Comisión de Derecho Internacional, órgano codificador por excelencia del derecho internacional dentro del Sistema de Naciones Unidas, lejos de ampliar o enmendar la noción de genocidio previsto en la Convención de 1948, recoge la propia definición del artículo II en forma textual, sin añadir ni quitar un ápice a la misma. En forma idéntica se reproduce la disposición de la Convención en los *Estatutos* de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.[20]

La Comisión misma reconoce que se decidió utilizar los términos del artículo II de la Convención, para que no hubiera duda de que la lista de actos prohibidos por el artículo 17 del Proyecto era una lista de carácter exhaustivo, y que de ninguna manera pudiera interpretarse como meramente enunciativa.

De esta suerte no se incluyen tampoco aquí, en la definición de genocidio, a los "grupos políticos", pues de igual manera no se consideró a

20 Véase "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48 periodo de sesiones*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 51 periodo de sesiones, suplemento núm. 10 (A/51/10) ONU, Nueva York, 1996, pp. 94-96.

Por otro lado véase el excelente estudio de la profesora de Essex, Hampson, Françoise J., "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Reluctant Witness", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, enero de 1998, pp. 50-74.

este tipo de grupos como "suficientemente estable" a los efectos del crimen de genocidio.

Sin embargo, la persecución dirigida contra miembros de un grupo político podría constituir un crimen contra la humanidad en el sentido del artículo 18 de este mismo proyecto.

> Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:
>
> *a*) Asesinato,
> *b*) Exterminio,
> *c*) Tortura,
> *d*) Sujeción a esclavitud,
> *e*) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos.

De acuerdo con esto,

> El acto inhumano de persecución puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de Naciones Unidas (artículos 1o. y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2o.). La presente disposición, se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17.[21]

VII. La decisión de la Cámara de los Lores de 1998

El 25 de noviembre de 1998, los jueces del Comité Judicial de la Cámara de los Lores, en funciones de Tribunal Supremo, decidieron por mayoría de tres contra dos, revocar la inmunidad al general Augusto Pinochet, concedida el pasado 28 de octubre por el alto tribunal de justicia de Inglaterra, por considerar fundamentalmente que los crímenes contra la humanidad —genocidio, terrorismo y tortura— de que era acusado por el juez español Baltasar Garzón, no quedaban bajo el amparo de la legislación británica.

21 Véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48 periodo de sesiones, cit.*, nota 20, pp. 100-106, y "Symposium, War Crimes: Bosnia and Beyond", *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, 1994, *passim*.

El razonamiento legal en contra de la inmunidad del general A. Pinochet, sostenido por los jueces lores del más alto tribunal británico (lord Donald Nicholls, lord Johan Steyn, lord Leonard Hoffman) podría resumirse, en su parte fundamental, de la siguiente manera: La apelación concernía al alcance de la inmunidad de un ex jefe de *Estado*, contra un Auto Provisional emitido a petición del gobierno español, de acuerdo con la sección 8 (b) (i), de la Ley de Extradición de 1989, para el arresto del señor Pinochet.

Para lord Nicholls, lord Steyn y lord Hoffman, un jefe de *Estado*, de acuerdo a la Ley de Inmunidad del *Estado* de 1978 (sección 20), goza de inmunidad absoluta durante el ejercicio de su cargo frente a procesos civiles o penales ante los tribunales británicos. Al haber dejado de ser jefe de *Estado*, el señor Pinochet, no puede alegar inmunidad frente al proceso de extradición en curso.

"Asumiendo como ciertas las alegaciones de hecho contenidas en el auto judicial y en la petición de extradición, la cuestión principal es si aquellos hechos deben considerarse como actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones por un jefe de *Estado*". El presidente del Tribunal, lord Gordon Slymn, se preguntó respecto a este punto, dónde estaría el límite legal, y concluyó que incluso en actos de tortura, la inmunidad del ex jefe de *Estado* debería prevalecer... Con base en lo anterior, decía por su parte lord Johan Steyn, que prácticamente no sería posible trazar línea divisoria alguna. Este razonamiento conduciría inexorablemente, a sostener que cuando el jefe de *Estado* del *III Reich*, ordenó la llamada "solución final", su actuación debería considerarse como un acto oficial derivado del ejercicio de sus funciones.

Apenas es necesario afirmar que el ordenar prácticas de tortura contra sus propios nacionales o contra extranjeros, no puede ser considerado como una función de un jefe de *Estado*, de conformidad con la legislación internacional positiva.

> Teniendo en cuenta el desarrollo del derecho internacional y su codificación después de la Segunda Guerra Mundial, sería muy difícil, si no imposible, sostener que la comisión de crímenes tan graves, como el genocidio, la tortura, el asesinato a gran escala, y la toma de rehenes, pudieran ser considerados como actos realizados en el desempeño de las funciones de un jefe de *Estado*.[22]

22 Véase "Histórica decisión judicial: los cinco fundamentos de una sentencia inédita", *El País*, 26 de noviembre de 1998, pp. 6 y 7.

A raíz de esta decisión de la Cámara de los Lores, el 9 de diciembre de 1998, el ministro británico del Interior, Jack Straw, resolvió autorizar "el procedimiento de extradición" del general Augusto Pinochet, a solicitud del gobierno español, que había tramitado la iniciativa del juez Baltasar Garzón.

El ministro del Interior consideró, que de acuerdo al Convenio Europeo de Extradición (parte III de la Ley de Extradición de 1989) existían bases suficientes para autorizar el inicio del procedimiento de extradición, ya que Pinochet era acusado en España por delitos equivalentes a los que en el Reino Unido son los de intento de asesinato, conspiración para asesinar, torturar, conspiración para torturar, secuestro de rehenes y conspiración para secuestro de rehenes.

En lo relativo al supuesto "delito de genocidio", la resolución del ministro Straw hacía observar que la petición española no reunía los requisitos de la definición, ya que de acuerdo a la Ley británica (*Genocide Act*), el delito de genocidio solamente se tipificaba si era cometido en el territorio del Reino Unido, no pudiendo por lo tanto, en esta hipótesis, ser perseguido bajo el concepto de extraterritoriedad.[23]

El razonamiento de lord Anthony Lloyd, para desestimar la apelación, es probablemente uno de los más sorprendentes y contradictorios:... "Mantengo que el senador Pinochet goza de inmunidad como ex jefe de *Estado* respecto de los crímenes que se le imputan, de acuerdo con principios plenamente establecidos del derecho internacional consuetudinario, principios que forman parte del *common law* de Gran Bretaña... Un ex jefe de *Estado* disfruta de inmunidad continuada respecto a los actos de gobierno que llevó a cabo como jefe de *Estado*, porque en ambos casos, estos actos se atribuyen al propio *Estado*... En mi opinión, estamos ante un asunto en el que incluso si no existiera una demanda de inmunidad soberana, tendríamos que ejercitar 'autocontención judicial', renunciando a nuestra jurisdicción (sic)", *idem*. Por lo que toca específicamente al papel de la Cámara de los Lores en general, se puede estar de acuerdo con el profesor Harold Link en el sentido de que "Por muchas reformas que se hagan, no parece probable que la Cámara de los Lores reconquiste la influencia que tuvo antaño en el Reino Unido".

Con todo, el rol desempeñado en épocas recientes dista mucho de ser insignificante. "...Ha sido la caja de resonancia de los grandes problemas nacionales... La discusión de los aspectos importantes de la política nacional llega, en la Cámara de los Lores a una penetración y profundidad poco frecuente...".

La influencia de estos debates en la formación de la opinión pública es notable. Véase Zink, Harold, *Los sistemas contemporáneos de gobierno*, versión española de Andrés M. Mateo, México, Libreros Mexicanos Unidos, Limusa-Wiley, 1965, pp. 148-150. *Cfr.* la obra clásica de Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Londres, Oxford University Press, 1867, reimpr. 1974, pp. 107 y 108.

23 Véase Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Londres, Herper Collins Academic, 1991 (en especial capítulo 8: "Jurisdiction", pp. 104-110). De conformidad con el derecho inglés, la extradición requiere necesariamente una autorización previa que debe emanar del Parlamento (*Act of Parliament*), pues de lo contrario se estaría cometiendo un delito grave (*serious offence*), de acuerdo a la "Ley de Enmienda del *Habeas Corpus*" del año de 1679. La Ley

En realidad, la resolución del ministro Jack Straw era, por decirlo de alguna manera, la primera eliminatoria del torneo. Straw únicamente se limitó a dar la autorización a fin de que se examinara el fondo del caso de extradición.

Lo que ahora procedería de acuerdo al derecho inglés, era la consideración por parte de un tribunal, de decidir, en el sentido de si la petición española sería jurídicamente correcta, y si existía materia delictiva que pudiera ser objeto de extradición.

Contra esta decisión cabría recurso ante la *High Court*; y una vez agotados estos recursos, la Cámara de los Lores debería pronunciarse de nuevo, pero ahora, sobre la procedencia o improcedencia de la extradición; su decisión del 25 de noviembre de 1998 únicamente versaba sobre el problema de la detención, legal o ilegal del general Pinochet.

Al final de todo este laberinto de decisiones, recursos y apelaciones (en caso de que se haya llegado hasta este punto), el ministro del Interior deberá, ahora sí como última instancia, pronunciarse sobre si accede o no accede a extraditar al presunto responsable, al gobierno requirente, esto es al gobierno de España.[24]

Esta decisión judicial del 25 de noviembre de 1998, por la cual no se le reconocía inmunidad a Augusto Pinochet, significaba un precedente valiosísimo en derecho internacional. Sin embargo, el 17 de diciembre de 1998, un tribunal de cinco jueces lores, adoptó por unanimidad la resolución insólita de anular el fallo por "conducta impropia" del juez lord Hoffmann.

El presidente del Tribunal, lord Browne-Wilkinson, expuso que el juez lord Hoffman, debió haberse excusado de conocer del caso, ya que

más importante a este respecto es la *Extradition Act* de 1870, que faculta a la Corona para adoptar "Ordenes en Consejo", para dar efecto a los tratados de extradición. *Ibidem*, p. 109.

Jack Straw (Home Secretary) sostuvo: "The Secretary of State has also proceeded on the basis that Senator Pinochet does not enjoy any inmunity in relation to the offences in question... Nor does it appear to him that Senator Pinochet is entitled to diplomatic inmunity or protection as the head of a special mission", United Kingdom Home Secretary: response of the Majesty's Government Regarding the Spanish Extradition Request, diciembre 9 de 1998, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999, pp. 489-492.

24 Véase Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, capítulo XIX, pp. 291-313. "...No general rule forbids surrender, and this is lawfull, unless on the facts it constitutes complicity in conduct harmful to human rights or in crimes under international law, for example, acts of genocide. Much of the material on extradition depends on questions of internal and particulary of constitutional law and the effect of treaties on municipal rules", *ibidem*, p. 307.

era presidente y *Chairperson* de la Fundación *Amnesty International Charity Limited* y que su esposa era además funcionaria de Amnistía Internacional desde hacía más de 20 años. Al no haberse revelado estos hechos en el procedimiento, había un conflicto de intereses (según la petición de anulación de la defensa de Pinochet), y por lo tanto lord Hoffman no debió haber formado parte del Comité de Apelación. Por lo tanto se dejaba sin efecto, por cinco votos a favor (unanimidad), el fallo del 25 de noviembre de 1998.

El punto medular de todo esto es que la organización de derechos humanos, Amnistía Internacional, obtuvo permiso para intervenir en el recurso de apelación ante la Cámara de los Lores, elevó alegatos escritos, y estuvo representada mediante abogados propios.

La mera "apariencia de parcialidad", según esto, vulneraba el fundamento de la función jurisdiccional. En 150 años, no había existido en la Cámara de los Lores, un caso semejante.[25]

VIII. Sentencia del 24 de marzo de 1999

El 18 de enero de 1999, se reiniciaron las sesiones destinadas a reexaminar todo el proceso en la Gran Bretaña. Siete jueces lores fueron designados para conocer en esta nueva etapa en calidad de nuevo Comité de Apelación: lord Browne-Wilkinson, lord Millet, lord Saville, lord Goff, lord Philipps, lord Hutton y lord Hope.

El 24 de marzo de 1999 la Cámara de los Lores, última Corte de Apelaciones del Reino Unido, decretó por segunda ocasión que A. Pinochet podía ser extraditado a España, reafirmando así el veredicto anterior, que denegaba al ex dictador la inmunidad jurídica anteriormente invocada por la defensa.

25 En esta decisión del 17 de diciembre de 1998, los cinco jueces lores, nunca acusaron a lord Hoffmann de parcialidad (*bias*) jurídica, *stricto sensu*, sino más bien lo descalificaban, en razón de un posible "conflicto de intereses". Lord Browne-Wilkinson sostuvo: "... *Once it is shown that the judge is himself a party to the cause, or has a relevant interest in its subject matter, he is disqualified without any investigation into whether there was a likelihood or suspicion of bias... I will call this «automatic disqualification»*". Por su parte lord Nolan, se sumó a los razonamientos de sus colegas y únicamente añadió una frase: "*I would only add that in any case where the impartiality of a judge is in question the appearance of the matter is just as important as the reality*".

Véase "U. K. House of Lords: In Re Pinochet" Reasons filed, 15 enero de 1999, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999, pp. 430-446 (*op. cit.*, pp. 437-442, respectivamente). "The Law-Lords and Pinochet", *The Economist*, Londres, 19 de diciembre de 1998. Véase "Los lores obligan a repetir el proceso para decidir sobre la inmunidad de Pinochet", *El País*, Madrid, 8 de diciembre de 1998.

Sin embargo, en esta segunda decisión (6 a 1) los jueces lores, redujeron drásticamente los cargos válidos para su extradición a tres cargos relacionados con casos de tortura ocurridos durante los últimos quince meses de su mandato.

Los lores consideraron que el Reino Unido sólo estaba comprometido a facilitar la persecución internacional de la tortura a partir de 1988, fecha en la cual este país se adhirió a la Convención Internacional contra la Tortura de 1984; aunque hay que decir que tanto para España como para Inglaterra, la tortura era considerada como delito desde mucho antes, pero no con efectos de extraterritorialidad.[26]

Para la catedrática Mercedes García Arán, profesora de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, esta última decisión de la Cámara es muestra de una filigrana jurídica alumbrada por el proverbial pragmatismo anglosajón. "...Se combina la inmunidad con la irretroactividad de las normas penales, lo que resulta al menos discutible. La inmunidad sirve para proteger frente a un proceso judicial... Eliminado el problema formal —la inmunidad— es en el proceso donde debía considerarse el fondo: si la ley es o no retroactiva y si los hechos son o no punibles". Con esta decisión los lores "...impiden la persecución del delito admitiendo que existe, y como en toda discusión sobre el fuero y el huevo, el primero termina por condicionar al segundo y así queda impune el periodo más siniestro de la dictadura.[27]

Con esta segunda decisión los jueces lores cambiaron la interpretación anterior, y sostienen ahora, que los delitos de tortura imputados a Pinochet, para ser considerados como delitos susceptibles de extradición, tendrían

26 Véase Convención contra la Tortura y otros Tratados o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión por la Asamblea General mediante su Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987. Misma fecha de entrada en vigor para México, quien la ratificó el 23 de enero de 1986. La Convención en su artículo 1o. entiende por "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero: información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en algún otro tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a investigación suya, o con su consentimiento o aequiescencia.

27 Véase García Arán, Mercedes, "Ganó la humanidad", *El País*, 27 de marzo de 1999. Con todo, esta catedrática no deja de reconocer que con esta decisión se confirmaba que la jurisdicción internacional frente a estos crímenes no era una quimera, y ya no se podría echar mano de la "aberrante interpretación" de que la tortura podía llegar a considerarse como un acto de gobierno, como acto de Estado, no susceptible de enjuiciamiento. *Idem*.

que haber sido considerados como una conducta criminal *perseguible extraterritorialmente* en el Reino Unido, en el momento en que ocurrieron en Chile.

De ahí que hayan decidido que el "principio de doble criminalidad" (delito en España y delito en el Reino Unido), no estaba vigente con anterioridad, sino sólo a partir del 8 de diciembre de 1988, lo que entonces permite a Pinochet, no responder penalmente por los crímenes de tortura y conspiración para torturar, anteriores a dicha fecha.[28]

Esto es distinto a la interpretación que hizo lord Bingham, presidente del alto tribunal de justicia, el 28 de octubre de 1998, en el sentido de que lo que se requería era que en el momento de la petición formal de la extradición, el delito fuera una conducta calificada como "criminal" dentro de Gran Bretaña.

Tras la segunda decisión de los lores, el juez español Baltasar Garzón comenzó de inmediato a estudiar y analizar una lista de alrededor de 100 personas que habían sido torturadas a partir de diciembre de 1988.

Ahora bien, dado que el ministro del Interior, Jack Straw, no revocó su propia autorización y decidió seguir adelante con el procedimiento de extradición, en lo que se refiere a los únicos delitos de tortura y conspiración para torturar a partir del 8 de diciembre de 1988, se abrió el llamado

28 "Igualmente no se efectúa la extradición del individuo reclamado cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado, tanto dentro del *Estado* requirente, como dentro del *Estado* requerido (*principio de doble tipicidad*). Aquí, sin embargo, ...los tribunales del *Estado* requerido no tienen competencia para analizar el fondo del asunto, sino simplemente averiguar si los testimonios aducidos justifican, *prima facie*, el procedimiento judicial contra el acusado". Véase *supra*, p. 16.

Véase el texto íntegro Sentencia de los Law Lords de Gran Bretaña, 24 de marzo de 1999. "United Kingdom House of Lords: Regina *v.* Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others E parte Pinochet", *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, núm. 3, mayo de 1999, pp. 581-663.

Es interesante resaltar que para lord Millet (pp. 643-652), todo *Estado* posee facultades para ejercer jurisdicción extraterritorial en relación con los crímenes contra el derecho internacional, que comportan una especial gravedad; esto está avalado por el derecho internacional consuetudinario. En este sentido, lord Millet se refirió a un fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (*Prosecutor* v. *Anto Furundzija*, 1o. de diciembre de 1998), en el que se sostuvo que una de las consecuencias del carácter de *jus cogens* conferido por la comunidad internacional sobre la prohibición de la tortura, estriba en la facultad de todo *Estado* para juzgar, castigar o extraditar, a las personas acusadas de tortura, que se encontraren en un territorio bajo su jurisdicción.

Para lord Millet, el uso sistemático de la tortura en gran escala como instrumento de política estatal, constituye un crimen internacional sujeto a jurisdicción universal mucho antes de 1984: "*The Convention against torture (1984) did not create a new international crime. But it redefined it... Whereas previously states were entitled to take jurisdiction in respect of the offence wherever it was commited, they were now placed under an obligation to do so*". *Op. cit.*, p. 650.

proceso de revisión judicial, interpuesto por la defensa del ex dictador ante el alto tribunal de justicia.

Este recurso paralizaría completamente todo el procedimiento de extradición hasta su resolución. Si el alto tribunal de justicia rechazaba finalmente, tras varios meses, la revisión judicial, se estimaba que el procedimiento de extradición no se daría antes de septiembre u octubre de 1999, lo que en efecto ocurrió.

En este proceso divinamente endiablado y lleno de toda clase de vericuetos, si el magistrado a cargo del procedimiento resuelve por fin extraditar al señor Pinochet a España, el ex dictador podrá recurrir ante el alto tribunal de justicia, mediante un recurso de *habeas corpus*. El resultado de éste, a su vez, puede ser apelado por defensa y acusación ante la Cámara de los Lores.

Si el caso retorna al ministro del Interior, éste debe comunicar a la defensa de su intención de extradición, y aquí, pueden resurgir otros cursos y recursos para impedir el envío de Pinochet a España.[29]

El 6 de abril del año 1999, el juez Baltasar Garzón entregó al abogado representante de la Fiscalía británica, Alun Jones, una ampliación de la petición de extradición del ex dictador chileno Augusto Pinochet, en la que detallaba 11 nuevos casos de tortura cometidos después del 28 de septiembre de 1988, con lo que para entonces sumarían un total de 50 casos.

La carrera contra reloj que estaba llevando el juez Garzón era con el fin de demostrar, lo más fehacientemente posible, que estos casos de tortura, fueron consecuencia de una política de represión sistemática, generalizada y continuada, utilizada por el senador Pinochet y sus partidarios para hacerse del poder y aferrarse al mismo.

29 Véase Surrey, "Prestidigitación judicial", *El País*, 28 de marzo de 1999. Es interesante hacer notar que durante los debates y trabajos preparatorios de la Convención contra la Tortura de 1984, solamente Argentina y Uruguay mantuvieron hasta el final su oposición a la inclusión del principio de "jurisdicción universal". El delegado de Estados Unidos defendió la inclusión de la jurisdicción universal en los siguientes términos: "Replying to the Argentine delegation he stated that such jurisdiction was intended primarily to deal with situations where torture is a State policy and, therfore the State in question does not, by definition, prosecute its officials who conduct torture.

For the international community to leave enforcement of the Convention to such a State would be essentially a formula for doing nothing. Therefore in such cases universal jurisdiction would be the most effective weapon against torture which could be brought to bear. *It could be utilized against official torturers who travel to other States, a situation wich was not at all hypothetical...*".

Véase Burgers, Herman y Danelius, Hans, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht/Boston/Londres, Maritnus Nijhof Publishers, 1988, pp. 78 y 79 (énfasis añadido).

Mientras confirmaba el procedimiento de extradición, el mismo 6 de abril se conoció la apertura de otro frente judicial contra Pinochet, por parte de 7 víctimas de la dictadura, ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

La demanda en realidad se enderezaba contra Inglaterra por violación a la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que al limitar la persecución de los delitos a partir de 1988, implicaba la completa impunidad de todos los delitos cometidos, contra los siete demandantes, y uno de los propósitos de la Convención Europea, consistía en la protección de la víctima a la no impunidad del agresor, por lo que se solicitó que se diera curso a la emisión de "medidas cautelares" para el hipotético caso de que el ministro del Interior decidiera denegar la extradición a España.[30]

IX. Principio de universalidad

España había invocado, independientemente de otros tratados, el llamado "principio de universalidad", y que consiste en que cualquier *Estado* puede llegar a poseer una jurisdicción válida respecto del enjuiciamiento y castigo de una determinada categoría de delitos.

El sustrato fundamental de este "principio de universalidad" consiste en sostener que existen ciertos delitos de tal gravedad, que ello provoca que se vean afectados los intereses de todos los demás *Estados*. Son delitos cometidos en contra de la humanidad: *delicti iuris gentium*.

Todo *Estado* está autorizado, bajo esta hipótesis, a perseguir y apresar al presunto culpable, enjuiciarlo e imponerle una sanción en nombre de la comunidad internacional (genocidio, torturas, terrorismo).

Uno de los argumentos más fuertes en los que se basó la Corte de Israel para condenar a Adolf Eichmann (responsable de la "Solución final"), después de ser secuestrado en 1960 en territorio argentino, fue precisamente el "principio de universalidad".

Según el Tribunal de Israel, el derecho internacional autoriza a todos y cada uno de los *Estados* a ejercer una "jurisdicción universal" en contra de todos los actos y conductas criminales que constituyan *delicta iuris gentium*.[31]

30 Véase Yoldi, J. y Cuadra, B. de la, "Siete víctimas anteriores a 1988 impugnan el fallo de los lores en el Tribunal de Estrasburgo", *El País*, 7 de abril de 1999, p. 12.

31 Véase *supra*, pp. 19-21 y 79-82.

La "jurisdicción universal" ciertamente está establecida por el derecho consuetudinario y el derecho convencional o de tratados. Desde el principio del derecho internacional, tal y como se le conoce ahora, el "delito de piratería", por ejemplo, siempre ha sido considerado como un crimen sujeto al principio de universalidad; a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, este principio cobró más fuerza, referido principalmente a los crímenes internacionales.

X. *AUT DEDERE, AUT PUNIRE*

El 7 de abril del año de 1999, el juez Baltasar Garzón envió un escrito al Ministerio del Interior inglés, invocando el principio *aut dedere, aut punire*, que los jueces lores habían definido el 24 de marzo del mismo año como "extraditar o castigar" al general Pinochet por delitos de tortura y conspiración para torturar.

El juez Garzón, en este mismo escrito, reitera el caso de los 1,198 desaparecidos, que considera como tipificando el delito de "tortura" para sus familiares, y ésto con base no sólo en resoluciones emitidas por Naciones Unidas, sino también en varios precedentes fallados en ese sentido por la Corte Europea de Derechos Humanos.[32]

El recurso a la extradición como institución jurídica, por el cual se entrega al Estado requirente al supuesto responsable o inculpado, tiene su base en un tratado o acuerdo internacional, bilateral o multilateral, pudiendo ser concertado con antelación —a la petición concreta de un caso de extradición— o bien en el momento preciso de la petición para extraditar.

En general la extradición es para fines de proceso en causa criminal, o bien, para fines de ejecución de sentencia de la autoridad judicial del *Estado* requirente. La realización del *ius puniendi* es sin duda lo que podríamos considerar como la *ratio legis* que fundamenta la extradición en derecho internacional.

La Convención Interamericana sobre Extradición del 25 de febrero de 1981 establece que:

> *El Estado* requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. Si por este motivo la

32 Véase Ekaizer, Ernesto, "Garzón invoca ante Straw el deber del Reino Unido de 'extradiar o castigar' a Pinochet", *El País*, 8 de abril de 1999, p. 13.

extradición es denegada por el *Estado* requerido, éste someterá el caso a sus autoridades competentes y comunicará la decisión al *Estado* requirente" (artículo 2o., párrafo 3).

Así pues, de existir un impedimento fundado en derecho para extraditar, se aplica el principio generalmente reconocido por el derecho internacional: *aut dedere, aut judicare* que es, por supuesto, más restrictivo que el viejo principio grociano de *aut dedere, aut punire*.

Debe quedar claro que lo anterior no quiere decir que el *Estado* estaría frente a una disyuntiva en el sentido de ser libre para escoger entre entregar al inculpado o juzgarlo. En realidad el *Estado* requerido asume la jurisdicción del *Estado* requirente, sólo *excepcionalmente*.[33]

XI. La decisión del 15 de abril de 1999

El secretario al frente del Ministerio del Interior (*Home Office*) de Gran Bretaña, Jack Straw, emitió el día 15 de abril de 1999 una nueva autorización para impulsar el proceso de extradición a España del general Augusto Pinochet, al considerar como "delitos graves" las acusaciones de tortura y conspiración para torturar, a partir del 8 de diciembre de 1988, únicos delitos por los cuales puede ser extraditable de conformidad con el fallo del Comité de siete jueces lores, adoptado el 24 de marzo del mismo año.

El ministro del Interior fue de la opinión de que el *senador vitalicio*, Augusto Pinochet, no gozaba del privilegio de "inmunidad soberana", y que si bien el ámbito temporal de las indagaciones judiciales había quedado sensiblemente reducido, la Convención Europea de Extradición del 13 de diciembre de 1957 (*Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1982) y el tratado de Extradición entre España y el Reino Unido del 22 de julio de 1985 (*Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986), hacían obligatorio para Inglaterra el proceso de extradición, y fundamentaban la competencia de los tribunales españoles para llevar a cabo el enjuiciamiento por los crímenes de lesa humanidad. El principio de la soberanía estatal no puede prevalecer en el derecho internacional vigente frente al principio de jurisdicción universal, cuando se trata de crímenes contra la humanidad con rango indiscutible de *ius cogens*.[34]

33 Véase *supra*, pp. 8-13.

34 Véase Texto del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, *Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1982; Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición del 17

Hay que añadir que en estricto sentido, el ministro del Interior, se basó principalmente para autorizar que se siguiera el juicio de extradición, en la Convención Europea de Extradición de 1957, y no tanto en el Tratado Bilateral de Extradición de 1986, ya que la primera estipula que:

> *1)* El presente Convenio abroga, en lo que concierne a los territorios en los cuales se aplica, las disposiciones de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales que regulen la materia de la extradición entre dos partes contratantes. *2)* Las partes contratantes no podrán concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales más que para completar las disposiciones del presente Convenio para facilitar la aplicación de los principios contenidos en éste... (artículo 28, párrafos 1 y 2).[35]

XII. Posibilidad de arbitraje o Corte Internacional de Justicia

El 23 de abril de 1999 el ministro de Asuntos Exteriores de Chile anunció la decisión del ejecutivo chileno, de considerar la posibilidad de someter a un arbitraje, a la Corte Internacional de Justicia, por el diferendo generado a raíz de la detención del general Augusto Pinochet y la subsecuente decisión de la Cámara de los Lores (24 de marzo de 1999) y del ministro británico, Jack Straw (15 de abril), dando luz verde para que se prosiguiera con el proceso de extradición.

La República de Chile estaría fundamentándose, nada más ni nada menos que en el mecanismo de solución de controversias contemplado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, específicamente en su artículo 30, párrafo 1, que dispone:

de marzo de 1978, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de junio de 1978. Véase "Acuerdo entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas relativo a la Simplificación y a la Modernización de las Formas de Transmisión de las Solicitudes de Extradición", 26 de mayo de 1989, *Service Juridique*, E. P. C. Véase "Convenio establecido sobre la base K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los *Estados* miembros de la Unión Europea firmado en Bruselas el 10 de marzo de 1995, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 30 de marzo de 1995.

35 El Tratado Bilateral de Extradición entre España y Gran Bretaña, 4 de junio de 1978, fue denunciado por el gobierno español, por "voto verbal", 13 de abril de 1978 (*Boletín Oficial del Estado*, 4 de noviembre de 1978). En su lugar se celebró el Tratado de Extradición entre Gran Bretaña y España, 22 de julio de 1985, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986.

> Las controversias que surjan entre dos o más *Estados* Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan sancionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de 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.[36]

XIII. Tribunal Penal Internacional

En las II Jornadas Universitarias sobre Derechos Humanos en la ciudad de Granada, España (abril de 1998), el juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, se mostró "pesimista" respecto a la Corte Penal Internacional creada el 17 de julio de 1998 mediante el Estatuto de Roma, al término de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas.

Si algún día esta Corte entrara en vigor, el Estatuto del Tribunal presentaría dificultades de tipificación, según Baltazar Garzón, y "raquitismo a la hora de definir, por ejemplo, delitos como el de genocidio", que retoma *sic et simpliciter*, la definición del artículo II de la Convención de 1948 contra el Genocidio.

Además, decía Garzón, se presenta el problema de que esta Corte Penal se fundamenta en un "principio de irretroactividad" sobre delitos que a juicio del juez no se justifican, ya que dichos delitos están tipificados por tribunales y decisiones anteriores.

Otro de los señalamientos importantes que hizo resaltar el mencionado jurista consiste en que, en su opinión, no es adecuado que el Tribunal Internacional sólo pueda actuar a instancias de su "fiscalía", y no por otros organismos colectivos de agrupaciones de ciudadanos, lo que obviamente le va a restar eficacia, y más aún si se tiene en cuenta que en las

36 Véase Texto de la Convención contra la Tortura adoptada y abierta a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1948, y en vigor a partir del 26 de junio de 1987, en el volumen *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, pp. 211-225. No deja de llamar la atención que el gobierno de Chile formuló una "reserva" expresa a dicho artículo 30, y que ahora viene a retirar para que ésta quede sin efecto. Jurídicamente el decreto chileno para dejar sin efecto la "reserva" es intachable, ya que así lo prevé la misma disposición en su párrafo 3: "Todo *Estado* Parte que haya formulado la reserva prevista,.. podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas". Independientemente de este nuevo canal y de lo que pueda suceder, es obvio que ello no afecta al proceso de extradición en sí mismo, éste sigue su curso.

actuaciones de la Corte Penal Internacional pueden quedar paralizadas por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.[37]

Hay que resaltar aquí, que la competencia de la Corte se circunscribe a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La Corte (artículo 5o.) tendrá competencia de conformidad con el presente *Estatuto*, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio (artículo 6o.).

b) Los crímenes de lesa humanidad (artículo 7o.).

c) Los crímenes de guerra (artículo 8o.).

d) El crimen de agresión (el *Estatuto* reenvía la definición de este crimen a la Conferencia de Revisión que tendrá lugar en 7 años).

En lo que respecta al ejercicio de su competencia, el juez Garzón no deja de tener razón, ya que el *Estatuto* prevé:

> La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo cinco, de conformidad con las disposiciones del presente *Estatuto* si:
>
> *a*) Un *Estado* parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo catorce, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
>
> *b*) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite el fiscal, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o
>
> *c*) El fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de este tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo quince.

Por último habría que señalar que, si bien el fiscal puede iniciar investigaciones de su propia iniciativa, esto es de oficio, la "Sala de cuestiones preliminares" debe otorgar su aval a fin de que el fiscal prosiga con la investigación (artículo 15). Pero lo más delicado de todo esto es que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede ordenar al fiscal, por medio de una resolución adoptada en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU, suspender sus investigaciones por un periodo de 12 me-

37 Véase Rome Statute of the International Criminal Cort", 17 de julio de 1998, U. N. Doc. A/CONF. 183/9; *International Legal Materials*, XXXVII, 1999 (1998). Véase Arias, Jesús, "El juez Garzón duda de la eficacia del futuro Tribunal Penal Internacional", *El País*, 24 de abril de 1999.

ses, el cual puede ser renovado una y otra vez (*Deferral of Investigation or Prosecution*, artículo 16).

Este podría haber sido el caso si, por ejemplo, antes de la firma de los Acuerdos de Dayton, ya existiera la Corte Penal Internacional, y hubiere pretendido ésta perseguir a Slobodan Milosevic.

Con todo y sus limitantes y artículos controvertidos, no cabe duda que la creación de una Corte Penal Internacional, es un paso más en favor de una jurisdicción penal internacional con vocación universal.[38]

XIV. Sentencia del Tribunal de *Bow Street* del 8 de octubre de 1999

En este endemoniado proceso de extradición, pero importantísimo para los derechos humanos, el último desarrollo del mismo se daría con la esperada sentencia del 8 de octubre (1999) dictada por el magistrado presidente del Tribunal Penal de *Bow Street*, Ronald Bartle.

El magistrado presidente sostuvo que ya existían suficientes tratados internacionales que "...representan la creciente tendencia de la comunidad internacional para combatir la ilegalidad de delitos que son aborrecibles para la sociedad civilizada, ya sean cometidos por individuos, grupos terroristas, o por gobiernos no democráticos contra sus propios ciudadanos".

Pero además, el juez Bartle abrió un nuevo campo de actuación judicial al mencionar la posibilidad de que sean equiparados los tristemente famosos "desaparecidos" que suman un total de 1,198 casos pendientes, con el delito de "tortura" en relación con los familiares de los "desaparecidos", al configurarse una terrible e inconcebible "tortura mental".

En un pasaje de gran lucidez jurídica, el magistrado presidente establece:

> Nunca se subrayará demasiado que estos procedimientos (de extradición), no están encaminados a decidir la culpabilidad o inocencia del senador Pinochet, con respecto a las alegaciones que se han presentado en su contra, ni un fallo por mi parte de que la demanda de España debe cumplirse, sería

38 Véase "War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects", *American University International Law Review*, vol. 13, núm. 6, *passim*. La Conferencia de Roma concluyó adoptando el texto del *Estatuto* de la Corte Penal Internacional con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. México se abstuvo por considerar que era una Corte más política que jurídica. ¡Ojalá no hayamos pecado, como en otras ocasiones, de un alto grado de "juridicismo estéril!".

una indicación en ningún sentido, de que me hubiese ya formado una opinión sobre su culpabilidad o inocencia.

La finalidad de esta Audiencia, es para que yo, como magistrado, pueda decidir si se dan o no, las condiciones que me obligarían a conminar al senador Pinochet a esperar la decisión del ministro del Interior.

Reconociendo que respecto a la cuestión de "inmunidad", el Tribunal de *Bow Street* estaba vinculado por la decisión de la Cámara de los Lores, en el sentido de que Pinochet no gozaba de inmunidad respecto a los delitos por los que se solicitaba su extradición, el magistrado presidente del Tribunal Penal londinense sentenció: "...En este sentido, determino que la información que obra en mi poder relativa a alegaciones después del 8 de diciembre de 1998, describe una línea de conducta equivalente a tortura y conspiración para la tortura, por lo que el senador Augusto Pinochet, no goza de inmunidad".[39]

XV. Razones humanitarias

En forma un tanto inesperada, el ministro del Interior británico, Jack Straw, anunció el 11 de enero de 2000 que el dictador Augusto Pinochet no estaba en condiciones de someterse a juicio, de conformidad con los exámenes médicos que le fueron practicados en Londres, por lo que no debía de continuarse con el proceso de extradición, resolviendo repatriarlo a su país.

Esta decisión —que parece definitiva—, no deja de ser jurídicamente debatible y éticamente inadmisible.

En casi todos los países opera una norma de derecho penal según la cual en ningún caso, por razones médicas u orgánicas puede el imputado o procesado sustraerse a la acción de la justicia, salvo en el supuesto de enajenación mental, y sólo si ésta llega a ser irreversible. Esta norma que encontramos en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos internos es igualmente aplicable en derecho internacional como un principio gene-

39 Véase texto de la Sentencia del magistrado Ronald Bartle, *Internet*, http:/www.elpaís.es/p/d/temas/pinochet/bartlei.htm. (versión original). La decisión del juez R. Bartle puede ser apelada ante la Corte Suprema, y después de nuevo ante la Cámara de Lores. En el caso de que el señor Pinochet no sea eximido de sus cargos, la decisión final respecto a su extradición a España compete al ministro del Interior de Gran Bretaña.

ral de derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.[40]

Pero además, resulta aberrante pensar que aquél que nunca tuvo el menor rasgo de piedad para sus víctimas, aquel que silenció para siempre a miles de seres humanos de toda edad y condición, aquel que infligió a sus víctimas las más inenarrables torturas, aquél cuya dictadura se caracterizó por el desconocimiento de los más elementales derechos humanos, sea ahora regresado milagrosamente a su país "por motivos humanitarios", después de una apacible estancia en la suntuosa Villa de Virginia Walters, que no es lo mismo que Villa Grimaldi, de funesta memoria. ¡No cabe duda que la lógica de los derechos humanos parece seguir en desventaja frente a la lógica de los intereses políticos!

XVI. Conclusión

Sea cual fuere el desenlace último y definitivo de este proceso de extradición, el mismo constituye ya en sí un gran avance histórico en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

El principio de "justicia universal" que permite perseguir a los autores de delitos contra la humanidad cometidos en otro país, ha tomado ya carta de naturalización.

Los responsables de crímenes execrables deben ser sometidos a juicio; esto marca ciertamente un parteaguas en la lucha contra la impunidad y contra las "dictaduras", sean estalinianas o pinochetistas.

La tiranía es siempre tiranía, sea reaccionaria o dizque progresista.[41]

"No hay que olvidar que el azar juega un papel importante en nuestras vidas, y aquello que pensamos que no nos puede ocurrir jamás, es posible que un día entre por la puerta de nuestra casa y nos arruine para siempre la existencia" (Pozuelo/Tarín).

40 Véase texto íntegro de los argumentos expuestos por el juez instructor del "Caso Pinochet" y remitidos a Londres, *El País*, 15 de enero de 2000, p. 4. "No debe olvidarse en este punto que no han sido ni son infrecuentes los procesos seguidos contra personas octogenarias que han sido enjuiciadas y sentenciadas. Por poner sólo tres ejemplos, valgan los casos de Maurice Papon, Paul Touvier y Klaus Barbie. En todos ellos los afectados tenían dolencias orgánicas, y sin embargo, se satisfizo el interés de la justicia...". *Idem*.

41 Véase Fernández Castresana, Carlos, "El general en el laberinto", *El País*, 27 de septiembre de 1999. Este articulista concluye: "La extradición de un ex jefe de Estado por crímenes contra la humanidad en aplicación de la jurisdicción universal, no conoce precedentes. Pero si queremos que el derecho internacional se desarrolle y se convierta en un instrumento eficaz de protección de los derechos humanos, tenemos que dejar nacer a esos precedentes".

XVII. APÉNDICE

AUTOS Y SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLA

AUTO DE EXTRADICIÓN DE AUGUSTO PINOCHET DICTADO POR EL JUEZ BALTASAR GARZÓN*

Procedimiento: Sumario 19/97-J
Juzgado Central de Instrucción número cinco
Audiencia Nacional
Madrid

AUTO

En Madrid, a tres de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES

Primero: Los días 16 y 18 de octubre se dictaron sendos autos y órdenes de detención internacionales con fines de extradición contra Augusto Pinochet Ugarte en este procedimiento, por los delitos de genocidio y terrorismo internacional, desarrollados a través de múltiples asesinatos, conspiraciones para el asesinato, secuestro, torturas y desapariciones desarrolladas dentro del marco de la actividad represiva violenta que inició con la toma del poder en Chile mediante el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 y que concluyó con el abandono del mismo en 1990. En esas resoluciones se concretaban las fechas de 1976 a 1983, en las que su actividad delictiva en el ámbito internacional, a través de la DINA que digirió hasta su desaparición en agosto de 1977 y la CNI que la sustituye, se coordinó con las autoridades Argentinas dentro del denominado Plan Cóndor.

El día 16 de octubre de 1998 a las 23:30 hrs. se llevó a efecto la detención, comenzando a partir de ese momento el periodo para reclamar —40 días— la extradición.

* Este Auto se hizo público el 19 de octubre de 1998.

En fecha 18.10.98 se dio traslado a las partes para que informaran lo que a su derecho conviniere sobre la posible propuesta de extradición.

Segundo: El fiscal jefe de la Audiencia Nacional solicita que se dicte resolución comunicando al gobierno de España que no demande de las autoridades británicas la extradición de Augusto Pinochet por entender que no existen motivos para hacerlo:

1. Por no ser firmes los autos de admisión de querella y prisión.

2. Por la condición de aforado del imputado señor Pinochet Ugarte.

3. Porque, según el señor Fiscal, el Convenio Europeo de Extradición no puede aplicarse con efectos retroactivos a la relación extradicional entre España y Reino Unido por las fechas de ratificación de ambos países de aquel Convenio en 21 de Abril de 1982 y 13 de febrero de 1991 respectivamente.

4. El reclamado señor Pinochet no es de nacionalidad española, no ha cometido delito en España y se ha refugiado en país extranjero.

5. Los hechos no constituyen delito de genocidio.

6. Los demás delitos no pueden ser objeto de extradición —asesinatos, secuestros...

7. La jurisdicción española no es competente.

8. Porque en Chile se están enjuiciando estos hechos.

9. Tampoco cabe solicitarla por delito de terrorismo al no integrar el concepto y no ser perseguible en España, sino a partir de la Ley de 1.7.85 —Ley Orgánica del Poder Judicial—.

10. Hipotéticamente, debería ser el Reino Unido el competente para enjuiciar el delito de terrorismo en aplicación de los artículos 6o. y 7o. del Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo.

11. El criterio de Universalidad del artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial cede ante el criterio de territorialidad prevalente.

12. No existe jurisdicción en España para perseguir los delitos de Tortura cometidos fuera de España por ciudadanos no españoles. Correspondería al Reino Unido la competencia de acuerdo con los artículos 6o. y 7o. del Convenio Europeo de Extradición.

13. A los efectos del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, Augusto Pinochet Ugarte no es ciudadano español.

14. Que la cláusula de imprescriptibilidad del delito de genocidio ha sido introducida en el Colegio Penal español el 23 de noviembre de 1995 sin efectos retroactivos.

Por otra parte solicita que se incluyan determinadas certificaciones de su dictamen y recursos y normas con la documentación extradicional.

Tercero: Las acusaciones populares y particulares han solicitado sucesivamente se reclame la extradición por los hechos y delitos a los que se refieren los autos de prisión, sin perjuicio de ampliar los hechos en plazo legal.

Cuarto: En fecha 20 de octubre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción número 6 se ha inhibido a favor de este procedimiento del Sumario 1/98; inhibición, y, por tanto, competencia aceptada por auto del 21 de octubre de 1998.

HECHOS

Primero: Augusto Pinochet Ugarte —nacido en Valparaíso, Chile, el 25 de noviembre de 1915, Cédula Nacional de Identidad Chilena núm. 1.128.923, casado con Lucía Hiriart y padre de Inés Lucía, Augusto Osvaldo, María Verónica, Marco Antonio y Jacqueline Marie, actualmente detenido a efectos de extradición en Londres— el día 11 de septiembre de 1973, encabezó un golpe militar que dio como resultado el derrocamiento y muerte del presidente constitucional de Chile, Salvador Allende y el inicio de una feroz represión que se extenderá entre aquella fecha y 1990, alcanzando su punto álgido durante los años 1974 y 1975.

El señor. Pinochet Ugarte, desde su posición de mando, pero en una actividad ajena a la función pública como presidente de la Junta de Gobierno, crea y lidera en el interior de su país, en coordinación con otros responsables militares y civiles de Chile, y en el exterior, de acuerdo con Argentina y otros Estados del Cono Sur Americano, una organización delictiva internacional cuya única finalidad será conspirar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de detenciones ilegales, secuestros, torturas seguidas de la muerte de la persona, desplazamientos forzosos de miles de personas y desaparición selectiva de un mínimo de 3.178, con la finalidad de alcanzar una serie de objetivos político-económicos que reafirmen las bases de la conspiración y consigan instaurar el terror en la población.

De esta forma el objetivo principal de los conspiradores es la destrucción parcial del propio grupo nacional de Chile integrado por todos aquellos que se les oponen ideológicamente a través de la eliminación selectiva de los

líderes de cada uno de los sectores que integran el grupo, a través de la detención, secuestro seguido de desaparición, ejecución y torturas que infieren a las víctimas del grupo graves daños físicos y mentales.

La acción criminal se dirige también a la destrucción de dicho grupo por ser contrarios sus miembros al planteamiento religioso oficial de la Junta de Gobierno, como ocurre con los llamados "Cristianos por el Socialismo" que son materialmente eliminados. Así como violentando las creencias no teístas del grupo dominado.

En el desarrollo de esta actividad criminal, ajena a las labores propias del gobierno, recibe el apoyo y colaboración, como ya se ha dicho, de otros responsables militares chilenos, tales como Gustavo Leigh Guzmán, Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo, Raúl Eduardo Iturriaga Newman, alias Luis Gutiérrez, y otros de otros países, en el marco del llamado Operativo (Plan) CÓNDOR, diseñado para la eliminación física de adversarios políticos en cualquier país miembro del Operativo (Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay), o en cualquier otro en el que se hallaran, como por ejemplo España, EE.UU., Portugal, Francia, Italia, México, mediante la acción clandestina o abierta, según el país, de miembros de los Servicios de Inteligencia Chilenos (DINA) o Argentinos (SIDE) o militares especialmente desplazados a tal fin.

Segundo: En el desarrollo de dicho plan criminal, Augusto Pinochet Ugarte, a la sazón comandante en jefe del Ejército el día 11 de septiembre de 1973, junto con otros querellados, bajo amenaza de las armas exige al presidente constitucional de la República de Chile Salvador Allende, hacia las 8.20 horas, la entrega del mando a la autoproclamada e ilegal "Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas de Orden".

Ante la negativa del jefe del Estado asaltan el Palacio de La Moneda —sede de la presidencia de la República— mediante bombardeo de artillería y aviación, y, hacia las 13:45 h. entra la infantería hallando al presidente muerto.

Ese mismo día por la noche, se constituye la "Junta de Gobierno de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden" que se plasma en el Decreto Ley 1/1973 de fecha 11.9.73, publicado en el *Diario Oficial* el 18 del mismo mes titulándose "Acta de Constitución de la Junta de Gobierno" y aparece designado como presidente de ésta, Augusto Pinochet Ugarte, aunque los poderes efectivos los ostenta la Junta, que resolverá por unanimidad. Esta situación se mantiene con el Decreto Ley 527

del 17 de junio de 1974 publicado el 26.6.74 y hasta el Decreto Ley 806 de 17.12.74 que modifica el artículo 7o. del Decreto Ley 527 en el sentido de que el presidente de la Junta ostentará el cargo de presidente de la República. Todos los hechos que se describen fueron ejecutados al margen de lo que la Ley establecía como competencias propias de un jefe de Gobierno.

El día 11 de septiembre de 1973, Augusto Pinochet, junto con otros querellados y para dar comienzo al plan trazado, cuyo primer paso se cumple con el levantamiento militar, ordena la detención y posterior desaparición —que permanece hasta el día de hoy—, de las siguientes personas, la mayoría colaboradores del presidente Allende que son sacados del Palacio de La Moneda y conducidos al Regimiento Tacna donde son torturados y posteriormente extraídos, previsiblemente para ser ejecutados.

(Sigue una larga relación de víctimas que ocupa casi dos centenas de páginas).

Razonamientos jurídicos

Primero: El objeto de esta resolución es el de proponer al gobierno español que solicite la Extradición de Augusto Pinochet Ugarte (artículos 824 y 825 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), contra el que existen sendos autos de prisión por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas en los cuales se incluyen, no sólo las desapariciones, secuestros, muertes y demás actos contra la vida, dignidad y libertad de las personas que se mencionan en los autos de 16.10.98 y 18.10.98, sino todos aquellos que se comprenden en esta resolución y que integran el único delito de genocidio y terrorismo y múltiples de torturas de los artículos 607, 571 y siguientes y 173 y siguientes del Código Penal, en relación con los artículos 139, 140, 163 y 164 que presuntamente perpetró, entre otros, el querellado señor Pinochet de acuerdo con el plan previamente diseñado de eliminación selectiva y sistemática de opositores políticos, segmentos o sectores concretos del grupo nacional chileno, grupos étnicos o religiosos, con el fin de eliminar cualquier discrepancia ideológica y "purificar" el sistema de vida chileno...

Respecto a la condición de senador, decir que no concurren los requisitos exigidos por la Ley para que le sean de aplicación la especial regulación aforamiento de esa situación...

> ...El llamado aforamiento que jamás debe ser defendido como privilegio, sino como garantía de determinadas funciones, de aquellas especialmente relevantes y de la propia sociedad y que sirve al bien común, conforme al establecimiento de una serie de reglas especiales de competencia *objetiva ration* persona que determinarán la atribución de la instrucción y/o el conocimiento de un asunto penal a un Tribunal de grado superior al que le correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce, como acaba de decirse, cargo, oficio, o empleo público que lleva anejo tal aforamiento...
>
> El querellado señor Pinochet Ugarte no goza de inmunidad de tipo alguno conforme a esa misma normativa internacional y de acuerdo también con la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 a la que se adhirió España el 21 de noviembre de 1967 (BOE 24 de enero de 1968), que en su artículo 14 enumera cuáles son los agentes diplomáticos...

Segundo: Conviene ahora hacer algunas reflexiones sobre cuestión suscitada acerca de la aplicación del principio de "inmunidad soberana" o inmunidad respecto de los hechos...

En primer lugar ha de decirse que dicho argumento —aunque se aceptara a efectos dialécticos— cede ante la evidencia que se refleja en el hecho de que el señor Pinochet no es nombrado presidente de la República de Chile hasta el 17 de diciembre de 1974 en virtud del Decreto Ley 806, de 1974, y, previamente, se constituye en jefe de Gobierno el 11 de septiembre de 1973 por la noche en virtud del Decreto Ley 1/1973, de la Junta de Gobierno. Por tanto, al menos en esos dos periodos no estaría amparado por dicha inmunidad.

En segundo lugar, debe decirse categóricamente que tal inmunidad no existe en el ordenamiento jurídico español...

Cuarto: Para agotar las posibilidades sobre la cuestión de si el querellado señor Pinochet Ugarte tiene o no derecho a la inmunidad como Jefe de Estado, que impida su extradición a España desde el Reino Unido, es preciso ver algunas consideraciones más:

1) El señor Pinochet se convirtió en jefe de Estado al derrocar por la fuerza a un gobierno democráticamente elegido.

proceso de revisión judicial, interpuesto por la defensa del ex dictador ante el alto tribunal de justicia.

Este recurso paralizaría completamente todo el procedimiento de extradición hasta su resolución. Si el alto tribunal de justicia rechazaba finalmente, tras varios meses, la revisión judicial, se estimaba que el procedimiento de extradición no se daría antes de septiembre u octubre de 1999, lo que en efecto ocurrió.

En este proceso divinamente endiablado y lleno de toda clase de vericuetos, si el magistrado a cargo del procedimiento resuelve por fin extraditar al señor Pinochet a España, el ex dictador podrá recurrir ante el alto tribunal de justicia, mediante un recurso de *habeas corpus*. El resultado de éste, a su vez, puede ser apelado por defensa y acusación ante la Cámara de los Lores.

Si el caso retorna al ministro del Interior, éste debe comunicar a la defensa de su intención de extradición, y aquí, pueden resurgir otros cursos y recursos para impedir el envío de Pinochet a España.[29]

El 6 de abril del año 1999, el juez Baltasar Garzón entregó al abogado representante de la Fiscalía británica, Alun Jones, una ampliación de la petición de extradición del ex dictador chileno Augusto Pinochet, en la que detallaba 11 nuevos casos de tortura cometidos después del 28 de septiembre de 1988, con lo que para entonces sumarían un total de 50 casos.

La carrera contra reloj que estaba llevando el juez Garzón era con el fin de demostrar, lo más fehacientemente posible, que estos casos de tortura, fueron consecuencia de una política de represión sistemática, generalizada y continuada, utilizada por el senador Pinochet y sus partidarios para hacerse del poder y aferrarse al mismo.

29 Véase Surrey, "Prestidigitación judicial", *El País*, 28 de marzo de 1999. Es interesante hacer notar que durante los debates y trabajos preparatorios de la Convención contra la Tortura de 1984, solamente Argentina y Uruguay mantuvieron hasta el final su oposición a la inclusión del principio de "jurisdicción universal". El delegado de Estados Unidos defendió la inclusión de la jurisdicción universal en los siguientes términos: "Replying to the Argentine delegation he stated that such jurisdiction was intended primarily to deal with situations where torture is a State policy and, therfore the State in question does not, by definition, prosecute its officials who conduct torture.

For the international community to leave enforcement of the Convention to such a State would be essentially a formula for doing nothing. Therefore in such cases universal jurisdiction would be the most effective weapon against torture which could be brought to bear. *It could be utilized against official torturers who travel to other States, a situation wich was not at all hypothetical...*".

Véase Burgers, Herman y Danelius, Hans, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht/Boston/Londres, Maritnus Nijhof Publishers, 1988, pp. 78 y 79 (énfasis añadido).

Mientras confirmaba el procedimiento de extradición, el mismo 6 de abril se conoció la apertura de otro frente judicial contra Pinochet, por parte de 7 víctimas de la dictadura, ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

La demanda en realidad se enderezaba contra Inglaterra por violación a la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que al limitar la persecución de los delitos a partir de 1988, implicaba la completa impunidad de todos los delitos cometidos, contra los siete demandantes, y uno de los propósitos de la Convención Europea, consistía en la protección de la víctima a la no impunidad del agresor, por lo que se solicitó que se diera curso a la emisión de "medidas cautelares" para el hipotético caso de que el ministro del Interior decidiera denegar la extradición a España.[30]

IX. Principio de universalidad

España había invocado, independientemente de otros tratados, el llamado "principio de universalidad", y que consiste en que cualquier *Estado* puede llegar a poseer una jurisdicción válida respecto del enjuiciamiento y castigo de una determinada categoría de delitos.

El sustrato fundamental de este "principio de universalidad" consiste en sostener que existen ciertos delitos de tal gravedad, que ello provoca que se vean afectados los intereses de todos los demás *Estados*. Son delitos cometidos en contra de la humanidad: *delicti iuris gentium*.

Todo *Estado* está autorizado, bajo esta hipótesis, a perseguir y apresar al presunto culpable, enjuiciarlo e imponerle una sanción en nombre de la comunidad internacional (genocidio, torturas, terrorismo).

Uno de los argumentos más fuertes en los que se basó la Corte de Israel para condenar a Adolf Eichmann (responsable de la "Solución final"), después de ser secuestrado en 1960 en territorio argentino, fue precisamente el "principio de universalidad".

Según el Tribunal de Israel, el derecho internacional autoriza a todos y cada uno de los *Estados* a ejercer una "jurisdicción universal" en contra de todos los actos y conductas criminales que constituyan *delicta iuris gentium*.[31]

30 Véase Yoldi, J. y Cuadra, B. de la, "Siete víctimas anteriores a 1988 impugnan el fallo de los lores en el Tribunal de Estrasburgo", *El País*, 7 de abril de 1999, p. 12.

31 Véase *supra*, pp. 19-21 y 79-82.

La "jurisdicción universal" ciertamente está establecida por el derecho consuetudinario y el derecho convencional o de tratados. Desde el principio del derecho internacional, tal y como se le conoce ahora, el "delito de piratería", por ejemplo, siempre ha sido considerado como un crimen sujeto al principio de universalidad; a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, este principio cobró más fuerza, referido principalmente a los crímenes internacionales.

X. *AUT DEDERE, AUT PUNIRE*

El 7 de abril del año de 1999, el juez Baltasar Garzón envió un escrito al Ministerio del Interior inglés, invocando el principio *aut dedere, aut punire*, que los jueces lores habían definido el 24 de marzo del mismo año como "extraditar o castigar" al general Pinochet por delitos de tortura y conspiración para torturar.

El juez Garzón, en este mismo escrito, reitera el caso de los 1,198 desaparecidos, que considera como tipificando el delito de "tortura" para sus familiares, y ésto con base no sólo en resoluciones emitidas por Naciones Unidas, sino también en varios precedentes fallados en ese sentido por la Corte Europea de Derechos Humanos.[32]

El recurso a la extradición como institución jurídica, por el cual se entrega al Estado requirente al supuesto responsable o inculpado, tiene su base en un tratado o acuerdo internacional, bilateral o multilateral, pudiendo ser concertado con antelación —a la petición concreta de un caso de extradición— o bien en el momento preciso de la petición para extraditar.

En general la extradición es para fines de proceso en causa criminal, o bien, para fines de ejecución de sentencia de la autoridad judicial del *Estado* requirente. La realización del *ius puniendi* es sin duda lo que podríamos considerar como la *ratio legis* que fundamenta la extradición en derecho internacional.

La Convención Interamericana sobre Extradición del 25 de febrero de 1981 establece que:

> *El Estado* requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. Si por este motivo la

32 Véase Ekaizer, Ernesto, "Garzón invoca ante Straw el deber del Reino Unido de 'extradiar o castigar' a Pinochet", *El País*, 8 de abril de 1999, p. 13.

extradición es denegada por el *Estado* requerido, éste someterá el caso a sus autoridades competentes y comunicará la decisión al *Estado* requirente" (artículo 2o., párrafo 3).

Así pues, de existir un impedimento fundado en derecho para extraditar, se aplica el principio generalmente reconocido por el derecho internacional: *aut dedere, aut judicare* que es, por supuesto, más restrictivo que el viejo principio grociano de *aut dedere, aut punire*.

Debe quedar claro que lo anterior no quiere decir que el *Estado* estaría frente a una disyuntiva en el sentido de ser libre para escoger entre entregar al inculpado o juzgarlo. En realidad el *Estado* requerido asume la jurisdicción del *Estado* requirente, sólo *excepcionalmente*.[33]

XI. La decisión del 15 de abril de 1999

El secretario al frente del Ministerio del Interior (*Home Office*) de Gran Bretaña, Jack Straw, emitió el día 15 de abril de 1999 una nueva autorización para impulsar el proceso de extradición a España del general Augusto Pinochet, al considerar como "delitos graves" las acusaciones de tortura y conspiración para torturar, a partir del 8 de diciembre de 1988, únicos delitos por los cuales puede ser extraditable de conformidad con el fallo del Comité de siete jueces lores, adoptado el 24 de marzo del mismo año.

El ministro del Interior fue de la opinión de que el *senador vitalicio*, Augusto Pinochet, no gozaba del privilegio de "inmunidad soberana", y que si bien el ámbito temporal de las indagaciones judiciales había quedado sensiblemente reducido, la Convención Europea de Extradición del 13 de diciembre de 1957 (*Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1982) y el tratado de Extradición entre España y el Reino Unido del 22 de julio de 1985 (*Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986), hacían obligatorio para Inglaterra el proceso de extradición, y fundamentaban la competencia de los tribunales españoles para llevar a cabo el enjuiciamiento por los crímenes de lesa humanidad. El principio de la soberanía estatal no puede prevalecer en el derecho internacional vigente frente al principio de jurisdicción universal, cuando se trata de crímenes contra la humanidad con rango indiscutible de *ius cogens*.[34]

33 Véase *supra*, pp. 8-13.

34 Véase Texto del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, *Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1982; Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición del 17

Hay que añadir que en estricto sentido, el ministro del Interior, se basó principalmente para autorizar que se siguiera el juicio de extradición, en la Convención Europea de Extradición de 1957, y no tanto en el Tratado Bilateral de Extradición de 1986, ya que la primera estipula que:

> *1)* El presente Convenio abroga, en lo que concierne a los territorios en los cuales se aplica, las disposiciones de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales que regulen la materia de la extradición entre dos partes contratantes. *2)* Las partes contratantes no podrán concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales más que para completar las disposiciones del presente Convenio para facilitar la aplicación de los principios contenidos en éste... (artículo 28, párrafos 1 y 2).[35]

XII. Posibilidad de arbitraje o Corte Internacional de Justicia

El 23 de abril de 1999 el ministro de Asuntos Exteriores de Chile anunció la decisión del ejecutivo chileno, de considerar la posibilidad de someter a un arbitraje, a la Corte Internacional de Justicia, por el diferendo generado a raíz de la detención del general Augusto Pinochet y la subsecuente decisión de la Cámara de los Lores (24 de marzo de 1999) y del ministro británico, Jack Straw (15 de abril), dando luz verde para que se prosiguiera con el proceso de extradición.

La República de Chile estaría fundamentándose, nada más ni nada menos que en el mecanismo de solución de controversias contemplado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, específicamente en su artículo 30, párrafo 1, que dispone:

de marzo de 1978, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de junio de 1978. Véase "Acuerdo entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas relativo a la Simplificación y a la Modernización de las Formas de Transmisión de las Solicitudes de Extradición", 26 de mayo de 1989, *Service Juridique*, E. P. C. Véase "Convenio establecido sobre la base K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los *Estados* miembros de la Unión Europea firmado en Bruselas el 10 de marzo de 1995, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 30 de marzo de 1995.

35 El Tratado Bilateral de Extradición entre España y Gran Bretaña, 4 de junio de 1978, fue denunciado por el gobierno español, por "voto verbal", 13 de abril de 1978 (*Boletín Oficial del Estado*, 4 de noviembre de 1978). En su lugar se celebró el Tratado de Extradición entre Gran Bretaña y España, 22 de julio de 1985, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986.

> Las controversias que surjan entre dos o más *Estados* Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan sancionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de 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.[36]

XIII. Tribunal Penal Internacional

En las II Jornadas Universitarias sobre Derechos Humanos en la ciudad de Granada, España (abril de 1998), el juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, se mostró "pesimista" respecto a la Corte Penal Internacional creada el 17 de julio de 1998 mediante el Estatuto de Roma, al término de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas.

Si algún día esta Corte entrara en vigor, el Estatuto del Tribunal presentaría dificultades de tipificación, según Baltazar Garzón, y "raquitismo a la hora de definir, por ejemplo, delitos como el de genocidio", que retoma *sic et simpliciter*, la definición del artículo II de la Convención de 1948 contra el Genocidio.

Además, decía Garzón, se presenta el problema de que esta Corte Penal se fundamenta en un "principio de irretroactividad" sobre delitos que a juicio del juez no se justifican, ya que dichos delitos están tipificados por tribunales y decisiones anteriores.

Otro de los señalamientos importantes que hizo resaltar el mencionado jurista consiste en que, en su opinión, no es adecuado que el Tribunal Internacional sólo pueda actuar a instancias de su "fiscalía", y no por otros organismos colectivos de agrupaciones de ciudadanos, lo que obviamente le va a restar eficacia, y más aún si se tiene en cuenta que en las

36 Véase Texto de la Convención contra la Tortura adoptada y abierta a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1948, y en vigor a partir del 26 de junio de 1987, en el volumen *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, pp. 211-225. No deja de llamar la atención que el gobierno de Chile formuló una "reserva" expresa a dicho artículo 30, y que ahora viene a retirar para que ésta quede sin efecto. Jurídicamente el decreto chileno para dejar sin efecto la "reserva" es intachable, ya que así lo prevé la misma disposición en su párrafo 3: "Todo *Estado* Parte que haya formulado la reserva prevista... podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas". Independientemente de este nuevo canal y de lo que pueda suceder, es obvio que ello no afecta al proceso de extradición en sí mismo, éste sigue su curso.

actuaciones de la Corte Penal Internacional pueden quedar paralizadas por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.[37]

Hay que resaltar aquí, que la competencia de la Corte se circunscribe a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La Corte (artículo 5o.) tendrá competencia de conformidad con el presente *Estatuto*, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio (artículo 6o.).
b) Los crímenes de lesa humanidad (artículo 7o.).
c) Los crímenes de guerra (artículo 8o.).
d) El crimen de agresión (el *Estatuto* reenvía la definición de este crimen a la Conferencia de Revisión que tendrá lugar en 7 años).

En lo que respecta al ejercicio de su competencia, el juez Garzón no deja de tener razón, ya que el *Estatuto* prevé:

> La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo cinco, de conformidad con las disposiciones del presente *Estatuto* si:
>
> *a*) Un *Estado* parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo catorce, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
>
> *b*) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite el fiscal, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o
>
> *c*) El fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de este tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo quince.

Por último habría que señalar que, si bien el fiscal puede iniciar investigaciones de su propia iniciativa, esto es de oficio, la "Sala de cuestiones preliminares" debe otorgar su aval a fin de que el fiscal prosiga con la investigación (artículo 15). Pero lo más delicado de todo esto es que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede ordenar al fiscal, por medio de una resolución adoptada en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU, suspender sus investigaciones por un periodo de 12 me-

37 Véase Rome Statute of the International Criminal Cort", 17 de julio de 1998, U. N. Doc. A/CONF. 183/9; *International Legal Materials*, XXXVII, 1999 (1998). Véase Arias, Jesús, "El juez Garzón duda de la eficacia del futuro Tribunal Penal Internacional". *El País*, 24 de abril de 1999.

ses, el cual puede ser renovado una y otra vez (*Deferral of Investigation or Prosecution*, artículo 16).

Este podría haber sido el caso si, por ejemplo, antes de la firma de los Acuerdos de Dayton, ya existiera la Corte Penal Internacional, y hubiere pretendido ésta perseguir a Slobodan Milosevic.

Con todo y sus limitantes y artículos controvertidos, no cabe duda que la creación de una Corte Penal Internacional, es un paso más en favor de una jurisdicción penal internacional con vocación universal.[38]

XIV. Sentencia del Tribunal de *Bow Street* del 8 de octubre de 1999

En este endemoniado proceso de extradición, pero importantísimo para los derechos humanos, el último desarrollo del mismo se daría con la esperada sentencia del 8 de octubre (1999) dictada por el magistrado presidente del Tribunal Penal de *Bow Street*, Ronald Bartle.

El magistrado presidente sostuvo que ya existían suficientes tratados internacionales que "...representan la creciente tendencia de la comunidad internacional para combatir la ilegalidad de delitos que son aborrecibles para la sociedad civilizada, ya sean cometidos por individuos, grupos terroristas, o por gobiernos no democráticos contra sus propios ciudadanos".

Pero además, el juez Bartle abrió un nuevo campo de actuación judicial al mencionar la posibilidad de que sean equiparados los tristemente famosos "desaparecidos" que suman un total de 1,198 casos pendientes, con el delito de "tortura" en relación con los familiares de los "desaparecidos", al configurarse una terrible e inconcebible "tortura mental".

En un pasaje de gran lucidez jurídica, el magistrado presidente establece:

> Nunca se subrayará demasiado que estos procedimientos (de extradición), no están encaminados a decidir la culpabilidad o inocencia del senador Pinochet, con respecto a las alegaciones que se han presentado en su contra, ni un fallo por mi parte de que la demanda de España debe cumplirse, sería

38 Véase "War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects", *American University International Law Review*, vol. 13, núm. 6, *passim*. La Conferencia de Roma concluyó adoptando el texto del *Estatuto* de la Corte Penal Internacional con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. México se abstuvo por considerar que era una Corte más política que jurídica. ¡Ojalá no hayamos pecado, como en otras ocasiones, de un alto grado de "juridicismo estéril!".

una indicación en ningún sentido, de que me hubiese ya formado una opinión sobre su culpabilidad o inocencia.

La finalidad de esta Audiencia, es para que yo, como magistrado, pueda decidir si se dan o no, las condiciones que me obligarían a conminar al senador Pinochet a esperar la decisión del ministro del Interior.

Reconociendo que respecto a la cuestión de "inmunidad", el Tribunal de *Bow Street* estaba vinculado por la decisión de la Cámara de los Lores, en el sentido de que Pinochet no gozaba de inmunidad respecto a los delitos por los que se solicitaba su extradición, el magistrado presidente del Tribunal Penal londinense sentenció: "...En este sentido, determino que la información que obra en mi poder relativa a alegaciones después del 8 de diciembre de 1998, describe una línea de conducta equivalente a tortura y conspiración para la tortura, por lo que el senador Augusto Pinochet, no goza de inmunidad".[39]

XV. Razones humanitarias

En forma un tanto inesperada, el ministro del Interior británico, Jack Straw, anunció el 11 de enero de 2000 que el dictador Augusto Pinochet no estaba en condiciones de someterse a juicio, de conformidad con los exámenes médicos que le fueron practicados en Londres, por lo que no debía de continuarse con el proceso de extradición, resolviendo repatriarlo a su país.

Esta decisión —que parece definitiva—, no deja de ser jurídicamente debatible y éticamente inadmisible.

En casi todos los países opera una norma de derecho penal según la cual en ningún caso, por razones médicas u orgánicas puede el imputado o procesado sustraerse a la acción de la justicia, salvo en el supuesto de enajenación mental, y sólo si ésta llega a ser irreversible. Esta norma que encontramos en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos internos es igualmente aplicable en derecho internacional como un principio gene-

39 Véase texto de la Sentencia del magistrado Ronald Bartle, *Internet*, http:/www.elpaís.es/p/d/temas/pinochet/bartlei.htm. (versión original). La decisión del juez R. Bartle puede ser apelada ante la Corte Suprema, y después de nuevo ante la Cámara de Lores. En el caso de que el señor Pinochet no sea eximido de sus cargos, la decisión final respecto a su extradición a España compete al ministro del Interior de Gran Bretaña.

ral de derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.[40]

Pero además, resulta aberrante pensar que aquél que nunca tuvo el menor rasgo de piedad para sus víctimas, aquel que silenció para siempre a miles de seres humanos de toda edad y condición, aquel que infligió a sus víctimas las más inenarrables torturas, aquél cuya dictadura se caracterizó por el desconocimiento de los más elementales derechos humanos, sea ahora regresado milagrosamente a su país "por motivos humanitarios", después de una apacible estancia en la suntuosa Villa de Virginia Walters, que no es lo mismo que Villa Grimaldi, de funesta memoria. ¡No cabe duda que la lógica de los derechos humanos parece seguir en desventaja frente a la lógica de los intereses políticos!

XVI. Conclusión

Sea cual fuere el desenlace último y definitivo de este proceso de extradición, el mismo constituye ya en sí un gran avance histórico en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

El principio de "justicia universal" que permite perseguir a los autores de delitos contra la humanidad cometidos en otro país, ha tomado ya carta de naturalización.

Los responsables de crímenes execrables deben ser sometidos a juicio; esto marca ciertamente un parteaguas en la lucha contra la impunidad y contra las "dictaduras", sean estalinianas o pinochetistas.

La tiranía es siempre tiranía, sea reaccionaria o dizque progresista.[41]

"No hay que olvidar que el azar juega un papel importante en nuestras vidas, y aquello que pensamos que no nos puede ocurrir jamás, es posible que un día entre por la puerta de nuestra casa y nos arruine para siempre la existencia" (Pozuelo/Tarín).

40 Véase texto íntegro de los argumentos expuestos por el juez instructor del "Caso Pinochet" y remitidos a Londres, *El País*, 15 de enero de 2000, p. 4. "No debe olvidarse en este punto que no han sido ni son infrecuentes los procesos seguidos contra personas octogenarias que han sido enjuiciadas y sentenciadas. Por poner sólo tres ejemplos, valgan los casos de Maurice Papon, Paul Touvier y Klaus Barbie. En todos ellos los afectados tenían dolencias orgánicas, y sin embargo, se satisfizo el interés de la justicia...". *Idem.*

41 Véase Fernández Castresana, Carlos, "El general en el laberinto", *El País*, 27 de septiembre de 1999. Este articulista concluye: "La extradición de un ex jefe de Estado por crímenes contra la humanidad en aplicación de la jurisdicción universal, no conoce precedentes. Pero si queremos que el derecho internacional se desarrolle y se convierta en un instrumento eficaz de protección de los derechos humanos, tenemos que dejar nacer a esos precedentes".

XVII. APÉNDICE

AUTOS Y SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLA

AUTO DE EXTRADICIÓN DE AUGUSTO PINOCHET DICTADO POR EL JUEZ BALTASAR GARZÓN*

Procedimiento: Sumario 19/97-J
Juzgado Central de Instrucción número cinco
Audiencia Nacional
Madrid

AUTO

En Madrid, a tres de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES

Primero: Los días 16 y 18 de octubre se dictaron sendos autos y órdenes de detención internacionales con fines de extradición contra Augusto Pinochet Ugarte en este procedimiento, por los delitos de genocidio y terrorismo internacional, desarrollados a través de múltiples asesinatos, conspiraciones para el asesinato, secuestro, torturas y desapariciones desarrolladas dentro del marco de la actividad represiva violenta que inició con la toma del poder en Chile mediante el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 y que concluyó con el abandono del mismo en 1990. En esas resoluciones se concretaban las fechas de 1976 a 1983, en las que su actividad delictiva en el ámbito internacional, a través de la DINA que digirió hasta su desaparición en agosto de 1977 y la CNI que la sustituye, se coordinó con las autoridades Argentinas dentro del denominado Plan Cóndor.

El día 16 de octubre de 1998 a las 23:30 hrs. se llevó a efecto la detención, comenzando a partir de ese momento el periodo para reclamar —40 días— la extradición.

* Este Auto se hizo público el 19 de octubre de 1998.

En fecha 18.10.98 se dio traslado a las partes para que informaran lo que a su derecho conviniere sobre la posible propuesta de extradición.

Segundo: El fiscal jefe de la Audiencia Nacional solicita que se dicte resolución comunicando al gobierno de España que no demande de las autoridades británicas la extradición de Augusto Pinochet por entender que no existen motivos para hacerlo:

1. Por no ser firmes los autos de admisión de querella y prisión.

2. Por la condición de aforado del imputado señor Pinochet Ugarte.

3. Porque, según el señor Fiscal, el Convenio Europeo de Extradición no puede aplicarse con efectos retroactivos a la relación extradicional entre España y Reino Unido por las fechas de ratificación de ambos países de aquel Convenio en 21 de Abril de 1982 y 13 de febrero de 1991 respectivamente.

4. El reclamado señor Pinochet no es de nacionalidad española, no ha cometido delito en España y se ha refugiado en país extranjero.

5. Los hechos no constituyen delito de genocidio.

6. Los demás delitos no pueden ser objeto de extradición —asesinatos, secuestros...

7. La jurisdicción española no es competente.

8. Porque en Chile se están enjuiciando estos hechos.

9. Tampoco cabe solicitarla por delito de terrorismo al no integrar el concepto y no ser perseguible en España, sino a partir de la Ley de 1.7.85 —Ley Orgánica del Poder Judicial—.

10. Hipotéticamente, debería ser el Reino Unido el competente para enjuiciar el delito de terrorismo en aplicación de los artículos 6o. y 7o. del Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo.

11. El criterio de Universalidad del artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial cede ante el criterio de territorialidad prevalente.

12. No existe jurisdicción en España para perseguir los delitos de Tortura cometidos fuera de España por ciudadanos no españoles. Correspondería al Reino Unido la competencia de acuerdo con los artículos 6o. y 7o. del Convenio Europeo de Extradición.

13. A los efectos del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, Augusto Pinochet Ugarte no es ciudadano español.

14. Que la cláusula de imprescriptibilidad del delito de genocidio ha sido introducida en el Colegio Penal español el 23 de noviembre de 1995 sin efectos retroactivos.

Por otra parte solicita que se incluyan determinadas certificaciones de su dictamen y recursos y normas con la documentación extradicional.

Tercero: Las acusaciones populares y particulares han solicitado sucesivamente se reclame la extradición por los hechos y delitos a los que se refieren los autos de prisión, sin perjuicio de ampliar los hechos en plazo legal.

Cuarto: En fecha 20 de octubre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción número 6 se ha inhibido a favor de este procedimiento del Sumario 1/98; inhibición, y, por tanto, competencia aceptada por auto del 21 de octubre de 1998.

HECHOS

Primero: Augusto Pinochet Ugarte —nacido en Valparaíso, Chile, el 25 de noviembre de 1915, Cédula Nacional de Identidad Chilena núm. 1.128.923, casado con Lucía Hiriart y padre de Inés Lucía, Augusto Osvaldo, María Verónica, Marco Antonio y Jacqueline Marie, actualmente detenido a efectos de extradición en Londres— el día 11 de septiembre de 1973, encabezó un golpe militar que dio como resultado el derrocamiento y muerte del presidente constitucional de Chile, Salvador Allende y el inicio de una feroz represión que se extenderá entre aquella fecha y 1990, alcanzando su punto álgido durante los años 1974 y 1975.

El señor. Pinochet Ugarte, desde su posición de mando, pero en una actividad ajena a la función pública como presidente de la Junta de Gobierno, crea y lidera en el interior de su país, en coordinación con otros responsables militares y civiles de Chile, y en el exterior, de acuerdo con Argentina y otros Estados del Cono Sur Americano, una organización delictiva internacional cuya única finalidad será conspirar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de detenciones ilegales, secuestros, torturas seguidas de la muerte de la persona, desplazamientos forzosos de miles de personas y desaparición selectiva de un mínimo de 3.178, con la finalidad de alcanzar una serie de objetivos político-económicos que reafirmen las bases de la conspiración y consigan instaurar el terror en la población.

De esta forma el objetivo principal de los conspiradores es la destrucción parcial del propio grupo nacional de Chile integrado por todos aquellos que se les oponen ideológicamente a través de la eliminación selectiva de los

líderes de cada uno de los sectores que integran el grupo, a través de la detención, secuestro seguido de desaparición, ejecución y torturas que infieren a las víctimas del grupo graves daños físicos y mentales.

La acción criminal se dirige también a la destrucción de dicho grupo por ser contrarios sus miembros al planteamiento religioso oficial de la Junta de Gobierno, como ocurre con los llamados "Cristianos por el Socialismo" que son materialmente eliminados. Así como violentando las creencias no teístas del grupo dominado.

En el desarrollo de esta actividad criminal, ajena a las labores propias del gobierno, recibe el apoyo y colaboración, como ya se ha dicho, de otros responsables militares chilenos, tales como Gustavo Leigh Guzmán, Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo, Raúl Eduardo Iturriaga Newman, alias Luis Gutiérrez, y otros de otros países, en el marco del llamado Operativo (Plan) CÓNDOR, diseñado para la eliminación física de adversarios políticos en cualquier país miembro del Operativo (Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay), o en cualquier otro en el que se hallaran, como por ejemplo España, EE.UU., Portugal, Francia, Italia, México, mediante la acción clandestina o abierta, según el país, de miembros de los Servicios de Inteligencia Chilenos (DINA) o Argentinos (SIDE) o militares especialmente desplazados a tal fin.

Segundo: En el desarrollo de dicho plan criminal, Augusto Pinochet Ugarte, a la sazón comandante en jefe del Ejército el día 11 de septiembre de 1973, junto con otros querellados, bajo amenaza de las armas exige al presidente constitucional de la República de Chile Salvador Allende, hacia las 8.20 horas, la entrega del mando a la autoproclamada e ilegal "Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas de Orden".

Ante la negativa del jefe del Estado asaltan el Palacio de La Moneda —sede de la presidencia de la República— mediante bombardeo de artillería y aviación, y, hacia las 13:45 h. entra la infantería hallando al presidente muerto.

Ese mismo día por la noche, se constituye la "Junta de Gobierno de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden" que se plasma en el Decreto Ley 1/1973 de fecha 11.9.73, publicado en el *Diario Oficial* el 18 del mismo mes titulándose "Acta de Constitución de la Junta de Gobierno" y aparece designado como presidente de ésta, Augusto Pinochet Ugarte, aunque los poderes efectivos los ostenta la Junta, que resolverá por unanimidad. Esta situación se mantiene con el Decreto Ley 527

del 17 de junio de 1974 publicado el 26.6.74 y hasta el Decreto Ley 806 de 17.12.74 que modifica el artículo 7o. del Decreto Ley 527 en el sentido de que el presidente de la Junta ostentará el cargo de presidente de la República. Todos los hechos que se describen fueron ejecutados al margen de lo que la Ley establecía como competencias propias de un jefe de Gobierno.

El día 11 de septiembre de 1973, Augusto Pinochet, junto con otros querellados y para dar comienzo al plan trazado, cuyo primer paso se cumple con el levantamiento militar, ordena la detención y posterior desaparición —que permanece hasta el día de hoy—, de las siguientes personas, la mayoría colaboradores del presidente Allende que son sacados del Palacio de La Moneda y conducidos al Regimiento Tacna donde son torturados y posteriormente extraídos, previsiblemente para ser ejecutados.

(Sigue una larga relación de víctimas que ocupa casi dos centenas de páginas).

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: El objeto de esta resolución es el de proponer al gobierno español que solicite la Extradición de Augusto Pinochet Ugarte (artículos 824 y 825 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), contra el que existen sendos autos de prisión por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas en los cuales se incluyen, no sólo las desapariciones, secuestros, muertes y demás actos contra la vida, dignidad y libertad de las personas que se mencionan en los autos de 16.10.98 y 18.10.98, sino todos aquellos que se comprenden en esta resolución y que integran el único delito de genocidio y terrorismo y múltiples de torturas de los artículos 607, 571 y siguientes y 173 y siguientes del Código Penal, en relación con los artículos 139, 140, 163 y 164 que presuntamente perpetró, entre otros, el querellado señor Pinochet de acuerdo con el plan previamente diseñado de eliminación selectiva y sistemática de opositores políticos, segmentos o sectores concretos del grupo nacional chileno, grupos étnicos o religiosos, con el fin de eliminar cualquier discrepancia ideológica y "purificar" el sistema de vida chileno...

Respecto a la condición de senador, decir que no concurren los requisitos exigidos por la Ley para que le sean de aplicación la especial regulación aforamiento de esa situación...

> ...El llamado aforamiento que jamás debe ser defendido como privilegio, sino como garantía de determinadas funciones, de aquellas especialmente relevantes y de la propia sociedad y que sirve al bien común, conforme al establecimiento de una serie de reglas especiales de competencia *objetiva ration* persona que determinarán la atribución de la instrucción y/o el conocimiento de un asunto penal a un Tribunal de grado superior al que le correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce, como acaba de decirse, cargo, oficio, o empleo público que lleva anejo tal aforamiento...
>
> El querellado señor Pinochet Ugarte no goza de inmunidad de tipo alguno conforme a esa misma normativa internacional y de acuerdo también con la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 a la que se adhirió España el 21 de noviembre de 1967 (BOE 24 de enero de 1968), que en su artículo 14 enumera cuáles son los agentes diplomáticos...

Segundo: Conviene ahora hacer algunas reflexiones sobre cuestión suscitada acerca de la aplicación del principio de "inmunidad soberana" o inmunidad respecto de los hechos...

En primer lugar ha de decirse que dicho argumento —aunque se aceptara a efectos dialécticos— cede ante la evidencia que se refleja en el hecho de que el señor Pinochet no es nombrado presidente de la República de Chile hasta el 17 de diciembre de 1974 en virtud del Decreto Ley 806, de 1974, y, previamente, se constituye en jefe de Gobierno el 11 de septiembre de 1973 por la noche en virtud del Decreto Ley 1/1973, de la Junta de Gobierno. Por tanto, al menos en esos dos periodos no estaría amparado por dicha inmunidad.

En segundo lugar, debe decirse categóricamente que tal inmunidad no existe en el ordenamiento jurídico español...

Cuarto: Para agotar las posibilidades sobre la cuestión de si el querellado señor Pinochet Ugarte tiene o no derecho a la inmunidad como Jefe de Estado, que impida su extradición a España desde el Reino Unido, es preciso ver algunas consideraciones más:

1) El señor Pinochet se convirtió en jefe de Estado al derrocar por la fuerza a un gobierno democráticamente elegido.

2) Los crímenes que se le imputan son crimenes, contemplados en el derecho internacional.

3) Cuando fueron cometidos estos crímenes también violaron las legislaciones criminales chilenas, aunque fueron posteriormente amnistiados.

4) Si bien un Estado tiene el poder de otorgar amnistías por crímenes cometidos en su territorio o sujetos a su jurisdicción, dichas amnistías no proceden a quien cometió los actos amnistiados de responsabilidad penal ante el derecho internacional si los actos constituyen crímenes bajo el derecho internacional...

Sexto: ...Es llamativo que los hechos que se investigan en esta *causa* no hayan recibido en sede judicial hasta ahora la categoría de presuntos delitos de genocidio y sin embargo, la ONU, consciente de lo que estaba sucediendo, recibió y acogió a todos aquellos que conseguían salvarse y huir de Argentina y Chile como víctimas de un verdadero genocidio.

Décimo: La cúpula militar argentina que en 1975 prepara el golpe de Estado y los que lo ejecutan en marzo de 1976 no sólo tienen como objetivo la destrucción parcial de la nación Argentina (autogenocidio) que ya se ha tratado, sino que su conducta también estuvo guiada por otra finalidad cual es la destrucción sistemática de personas de una determinada ideología por su mera pertenencia a tal grupo ideológico.

En la discusión sobre los grupos objeto de genocidio en la Convención de 1948 se sostuvo por la mayoría de los participantes que los grupos ideológicos o políticos deberían ser tratados igual que los religiosos, pues ambos tienen una idea común —ideología— que une a sus miembros.

Los hechos ocurridos en Argentina entre los años 1976 y 1983 de los que forman parte algunos de los investigadores en esta *causa* y que se imputan a Augusto Pinochet Ugarte en coordinación con sus homólogos argentinos, pueden ser subsumidos además de en la destrucción parcial de un grupo nacional, en la destrucción de un grupo por motivos religiosos, equiparando esta conducta a la destrucción de un grupo religioso.

Destruir a un grupo por su ateísmo o su común no aceptación de la ideología oficial de los genocidas es, también, según esto, destrucción de un grupo religioso, en la medida en que, además el grupo a destruir se comporta técnicamente como objeto de identificación de la motivación o elemento subjetivo de la conducta genocida. Parece, en efecto, que la conducta genocida puede definirse tanto de manera positiva, en función de la identidad del grupo a destruir —musulman, por ejemplo—, como de forma negativa y, por cierto, de mayores pretensiones genocidas —todos

los no cristianos, o todos los ateos, por ejemplo—. Esta idea concluye pues, que es genocidio de un grupo religioso la destrucción sistemática y organizada, total o parcial de un grupo por su ideología atea o no cristiana, es decir, para imponer una ideología religiosa cristiana determinada.

Decimoprimero: ...Tal como se establece en los autos del 25 de marzo de 1998 y 11 de mayo de 1998 de este Juzgado, y en el auto del 15 septiembre de 1998 del Juzgado Central de Instrucción número 6, confirmados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Pleno, que establece la jurisdicción española para entender, investigar y enjuiciar el delito de genocidio al que se refiere este sumario, la competencia está fuera de toda duda.

Decimosegundo: ...además de lo expuesto conviene recordar que el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya tiene establecido que los principios en que se basa el Convenio para la Prevención y la Represión del Genocidio son principios reconocidos por las naciones civilizadas, como obligatorios para los Estados, incluso al margen de todo vínculo convencional. De tal modo no puede ser contraria al Convenio la decisión del legislador español de instaurar —desde antiguo— el principio de persecución universal porque con ello están dando fiel cumplimiento a todo el conjunto de principios que informan dicho Convenio y que le hacen formar parte del derecho internacional consuetudinario, como resalta el Informe del secretario general de Naciones Unidas del 3 de mayo de 1993.

Decimoséptimo: Vistos los hechos y los razonamientos jurídicos expuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede proponer al gobierno que solicite la extradición del querellado-imputado —contra el que se han dictado sendos Autos de prisión de fechas 16 y 18 de octubre de 1998— Augusto Pinochet Ugarte, actualmente detenido —a efectos de extradición— en el Reino Unido, al que deberá cursarse la petición de conformidad con el artículo 827 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo de Extradición del 13 de diciembre de 1957.

DISPONGO

1. Proponer al gobierno de España que solicite de las autoridades británicas competentes —"Home Secretary"— la extradición de Augusto Pinochet Ugarte —nacido en Valparaíso, Chile, el 25 de noviembre de

1915, como Cédula Nacional de Identidad chilena número 1.128.923, casado con Lucía Hiriart y padre de Inés Lucía, Augusto Osvaldo, María Verónica, Marco Antonio y Jaqueline Marie— imputado en esta *causa* por los hechos descritos en esta Resolución y que integran presuntamente los delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

2. Elevar atento suplicatorio a la excelentísima señora ministra de Justicia, a través del excelentísimo señor presidente de la Audiencia Nacional, acompañando la solicitud para que se le dé curso por vía diplomática, debidamente traducida al idioma inglés.

3. Acompañar, junto con dicha solicitud:

a) Testimonio de los Autos de Prisión de fechas 16 y 18 de octubre de 1998 y las órdenes de detención internacional, debidamente traducidas al idioma inglés.

b) Testimonio del Auto de Extradición, debidamente traducido al idioma inglés, en el que se detallan los hechos y razonamientos jurídicos.

c) Copia de las disposiciones legales que se citan, traducidas al idioma inglés.

Así lo manda y firma el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional, doy fe.

SENTENCIA DEL PLENO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DECLARÁNDOSE COMPETENTE PARA INVESTIGAR EL GENOCIDIO EN CHILE
(Madrid, 6 de noviembre de 1998)

Rollo de apelación 173/98
Sección Primera
Sumario 1/98
Juzgado Central de Instrucción número seis

AUTO

PLENO DE LA SALA DE LO PENAL

Excmo. Sr. Presidente
Don Siro Francisco García Pérez
Ilmos Sres. Magistrados
Don Francisco Castro Meije
Don Carlos Cezón González
Don Jorge Campos Martínez
Doña Ángela Murillo Bordallo
Don Juan José López Ortega
Don Carlos Ollero Butler
Doña Manuela Fernández Prado
Don José Ricardo de Prada Solaesa
Don Antonio Díaz Delgado
Don Luis Martínez de Salinas Alonso

En Madrid, a cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Juzgado Central de Instrucción número Seis, en el sumario número 1/98, se dictó, con fecha 15 de septiembre de 1998, auto con parte dispositiva del siguiente tenor:

DISPONGO

Primero. Se mantiene la competencia de la jurisdicción de este órgano para la continuación de las diligencias de instrucción que se siguen.

Segundo. Líbrese Comisión Rogatoria Internacional a las autoridades judiciales de Santiago de Chile, a fin de que se certifique, a la mayor brevedad posible, si existen abiertas causas penales contra don Augusto Pinochet Ugarte, y en caso afirmativo, número de los mismos y delitos que se le imputan.

Segundo. Contra dicho auto interpuso el Ministerio Fiscal recurso de reforma, que fue desestimado por auto del Juzgado del 1o. de octubre de 1998, contra el que el Ministerio Fiscal recurrió en apelación, que fue admitida en un solo efecto.

Tercero. Fueron elevados los testimonios correspondientes y los emplazamientos a la Sección Primera de esta Sala y, efectuado el trámite de instrucción, al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Pleno de Sala acordó por providencia del 22 de octubre de este año que para la vista y deliberación del recurso formasen Sala todos los magistrados de la misma. También que la vista del recurso sería pública, señalándose día y hora para su celebración.

Cuarto. La vista se celebró el pasado día 29 de octubre, informando el Ministerio Fiscal, cuyas funciones ejerció el Ilmo. Sr. Fiscal don Ignacio Peláez como apelante, y el Letrado don Juan E. Garcés Ramón, en defensa de doña Josefina Llidó Mengual, de doña María Alsina y de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, como partes apeladas.

Fue deliberado y votado el recurso en la mañana del día siguiente, 30 de octubre de este año.

Sobre las dos de la tarde, decidió el recurso por unanimidad, se comunicó a las partes y se hizo público el resultado de la votación.

Quinto. Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos Cezón González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Motivos del recurso

Los motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantiene la

competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario, son los siguientes:

Primero. Se rechaza que los hechos objeto del sumario constituyan delito de genocidio.

Segundo. El artículo 6o. del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio establece la competencia para el conocimiento del delito de genocidio a favor de los Tribunales del país de comisión del delito.

Tercero. Se niega también la calificación jurídica de terrorismo.

Cuarto. Interpretación errónea del artículo 5o. de la Convención contra la Tortura del 10 de diciembre de 1984.

Quinto. Litis pendencia y cosa juzgada.

Segundo

Verdadero alcance de la disposición contenida en el artículo 6o. del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Por razones de sistema, se analizará en primer lugar el segundo motivo del recurso del Ministerio Fiscal, lo que se hará reproduciendo lo que el Pleno tiene ya manifestado en auto de fecha de ayer, dictado en el recurso de apelación rollo número 84/98 de la Sección Tercera (contra auto del Juzgado Central de Instrucción número cinco declarando la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos del sumario 19/97 de ese juzgado, sobre genocidio y terrorismo, por hechos ocurridos en Argentina en los años 1976 al 1983).

El Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es del 9 de diciembre de 1948. España se adhirió al mismo el día 13 de septiembre de 1968, con reserva a la totalidad del artículo 9o. (sobre jurisdicción del Tribual Internacional de Justicia en materia de controversias entre las Partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución del Convenio, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3o.). El Convenio entró en vigor para España el 12 de diciembre de 1968. El Convenio recuerda que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (1) del 11 de diciembre de 1946, declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena (Preámbulo) y dispone que las Partes contratan-

tes se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio, ya cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra (artículo 1o.), ya sean responsables gobernantes, funcionarios o particulares (artículo 4o.), que las Partes contratantes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones del Convenio y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo 3o. (artículo 5o.) y que toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que éstos tomen, conforme a la carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y a la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3o. (artículo 8o.).

Su artículo 6o. dispone: Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3o. serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Para los apelantes (sólo el Ministerio Fiscal en el presente recurso), el anterior precepto (integrante de nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la Constitución española y artículo 1o., apartado cinco, del Código Civil) excluiría para el delito de genocidio la jurisdicción de España, si el delito no fue cometido en territorio nacional.

Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6o. del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6o. del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave tener el citado artículo 6o. del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comu-

nidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6o. transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6o. del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución española y 97 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6o. del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.

Tercero. Aplicabilidad actual del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial como norma procesal ahora vigente

El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera— no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma —tal sucede en este caso—, con independencia de cual fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado

cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9o., apartado tres, de la Constitución española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio —la pena— trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito —conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado— cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Así que no es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1973 y siguientes hasta la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial del 15 de septiembre de 1870 —derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985— que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal a la sazón vigente por Ley 47/71, del 15 de noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección.

Lo expuesto en este apartado es trascripción del apartado tercero de los fundamentos jurídicos del auto del Pleno de fecha de ayer dictado en el recurso de apelación rollo 84/98 de la Sección Tercera, antes citado, con sólo modificación de una referencia temporal ajustada al caso examinado en esta resolución.

Cuarto. Los hechos imputados en el sumario

La resolución del recurso va a exigir constatar si los hechos imputados en el sumario son susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, de delitos de genocidio o terrorismo. No requiere de juicio de verosimilitud, de acreditamiento ni de racionalidad de los indicios de la imputación. No se ha discutido en el recurso sobre el alcance de la incriminación, sobre la consistencia de esos hechos que han de poder ser calificados de genocidio o terrorismo para la atribución jurisdiccional combatida. Las partes de la apelación no han discutido que esos hechos imputados consistan en muertes, detenciones ilegales y torturas por razones de depuración ideológica o de entendimiento de la identidad y valores nacionales, atribuidas a gobernantes y miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad, con intervención también de grupos organizados, actuando todos en la clandestinidad, hechos ocurridos en Chile durante el régimen militar instaurado el 11 de septiembre de 1973.

Quinto. Sobre si los hechos imputados son susceptibles de calificarse, según la Ley penal española, como genocidio

Se pasa a estudiar el primer motivo en este recurso y se acude, también al auto de fecha de ayer citado.

Dispone el artículo 23, apartado cuatro, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, que ser competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fueran del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que el precepto enumera, comenzando por el genocidio (letra a) y siguiendo por el terrorismo (letra b), incluyendo en último lugar cualquier otro delito que "según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España" (letra g).

El genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros. Así es socialmente entendido, sin necesidad de una formulación tópica. Es un concepto sentido por la comunidad internacional, individuos, Estados y Organismos Internacionales. El genocidio ha sido sufrido a lo largo de la historia por muchas colectividades y las tecnologías, puestas al servicio de la recuperación fiel del pasado, han permitido que la humanidad pudiese situarse frente a los horrores concretos de la

persecución y holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial, una vez concluyó la contienda. Se hace, pues, el genocidio, realidad o supuesto conocido, entendido, sentido socialmente. En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución número 96) acepta la recomendación de la VI Comisión y reconoce que el genocidio es un crimen de derecho de gentes, cuyos principales autores y sus cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados.

Lo que caracteriza el genocidio, conforme a la Resolución 96 citada, es el exterminio de un grupo por razones raciales, religiosas, políticas u otras. Este, conforme a un ineludible entendimiento del genocidio que convulsionaba las conciencias.

Sin distingos, es un crimen contra la humanidad la ejecución de acciones destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean las características diferenciadoras del grupo. En la misma línea que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, "crímenes contra la humanidad, es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos..." (artículo 6o.).

En 1948 se abría a la firma de los miembros de las Naciones Unidas el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio al que nos hemos referido ya en el apartado segundo de estos fundamentos. El Convenio considera el genocidio delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena. Se expresa en el Preámbulo el reconocimiento de que en todos los periodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad y el convencimiento de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional.

El artículo 1o. del Convenio dispone: "Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar".

Y el artículo 2o. contiene la definición de genocidio, como "cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal".

Y esos actos realizados con la finalidad de exterminio de un grupo son, según el mencionado artículo 2o. del Convenio a que nos referimos, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de esos miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Acciones horrendas que justifican la calificación de flagelo odioso que se hace en el Preámbulo del Convenio. La descripción de conductas se asocia con esa concepción social —entendida, sentida— de genocidio a la que aludíamos. En las formas de actuación sobre un grupo está ya ínsito el necesario propósito de destruir, total o parcialmente, al grupo.

En 1968, España se adhiere al Convenio, y en 1971, a virtud de la Ley 44/71, del 15 de noviembre, entra el delito de genocidio en el catálogo del Código Penal entonces vigente, en el artículo 137 bis, como delito contra el derecho de gentes, definido en estos términos: "Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes...". Y continuaba el Código Penal español de la época aludiendo a los actos concretos de genocidio (muertes, lesiones, sometimiento a condiciones de existencia que hagan peligrar la vida o perturben gravemente la salud, desplazamientos forzosos y otros).

Obsérvese ya que el término "social" —en discordancia con la definición del Convenio de 1948— está respondiendo a lo que hemos llamado concepción o entendimiento social del genocidio concepto socialmente comprendido sin necesidad de una formulación típica. Repárese ya en que la idea de genocidio queda incompleta si se delimitan las características del grupo que sufre los horrores y la acción exterminadora. Por los demás, la falta de una coma entre "nacional" y "étnico" no puede llevarnos a conclusiones de limitación en nuestro derecho interno, hasta el Código Penal de 1995, del tipo de genocidio en relación con la concepción internacional del mismo.

En 1983 —reforma parcial y urgente del Código Penal— se sustituiría en el artículo 137 bis citado la palabra "social" y por "racial" aunque subsistirá la falta de la coma entre "nacional" y "étnico", y en 1995 —penúltima reforma del Código derogado— se penará la apología del genocidio.

El nuevo Código Penal recoge entre los delitos contra la comunidad internacional, en su artículo 607, el genocidio, definiéndolo, conforme al

Convenio de 1948, como caracterizado por el "propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso".

Hasta aquí se han transcrito los primeros párrafos del fundamento jurídico quinto del auto del Pleno de fecha de ayer al que tantas veces se ha hecho mención.

Refiriéndose a los hechos de Chile imputados en el sumario del que dimana el presente recurso, sostiene el Ministerio Fiscal que tales hechos no pueden constituir genocidio, puesto que la represión en Chile durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973 no se efectuó contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso. La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de chilenos o residentes en Chile susceptible de diferenciación y que, indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y el hostigamiento. Las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales, sin que en muchos casos haya podido determinarse cual fue la suerte corrida por los detenidos repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad y para siempre, dando así vida al concepto incierto de "desaparecidos", torturas y encierros en centros clandestinos o improvisados de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero. En los hechos imputados en el sumario está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población chilena, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes y amedrentamiento de los miembros del grupo claramente definido identificable para los represores. No fue una actuación al azar, indiscriminada. Según el informe de la Comisión Nacional Verdad y Re-

conciliación, creada por el gobierno democrático de Chile de 1990, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, el número de muertos en el país por agentes del Estado se elevó a 1.068, y el número de desaparecidos fue de 957.

Y podemos ya regresar a la argumentación del auto de fecha de ayer (sobre Argentina).

Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término "político" o las voces "u otros" cuando relaciona en el artículo 2o. las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países parte del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes (en este recurso, un solo apelante) defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de Sida, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado.

Esa *concepción social de genocidio* —sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito— no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las inten-

ciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar.

Sexto. Sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo

De nuevo, se acude a los argumentos del auto del Pleno resolviendo el recurso de apelación rollo número 84/98 de la Sección Tercera. Dan respuesta al tercer motivo del presente recurso.

La calificación de los hechos imputados como constitutivos de terrorismo no aportará nada nuevo a la resolución del caso, puesto que los hechos imputados han sido ya tenidos por susceptibles de constituir delito de genocidio y son los mismos hechos los que son objeto de estudio en cuanto a subsunción jurídica. El terrorismo figura también como delito de persecución internacional en el artículo 23, apartado cuatro, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y ya se ha dicho (aparado segundo de estos fundamentos) que el precepto, como norma procesal vigente hoy, es aplicable con independencia del tiempo de comisión de los delitos. La Sala, no obstante, debe decir que los hechos imputados en el sumario, susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo. No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque, exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del orden constitucional español. La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del

país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento táctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la Ley penal española, que es exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por los demás, hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella. La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada. Como escribía Antonio Quintano Ripollés en los años cincuenta:

> Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del apartado de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo.

Séptimo. Sobre los delitos de tortura

El cuarto motivo del recurso otra vez se sigue el auto de fecha de ayer tan aludido. Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito por tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, legra g, de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5o. de la Convención del 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5o., apartado uno, letra *c*, de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5o. de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.

Octavo. Cosa juzgada y litis pendencia

Alegó el Ministerio Fiscal litis pendencia y cosa juzgada en su solicitud de conclusión del sumario del 20 de marzo de este año (folio 5.531 de las actuaciones), lo que reiteró en el recurso de reforma previo a este de apelación que se resuelve y también en el acto de la vista del pasado día 29 de octubre. Las razones invocadas son haberse ya juzgado en Chile hechos por los que se sigue esta causa y existencia de procedimientos penales por esos mismos hechos, siguiéndose ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile actuaciones incoadas a virtud de dos querellas por delitos de homicidios múltiples y secuestros contra el ex presidente de Chile Augusto Pinochet Ugarte.

Se está, pues, aduciendo falta de jurisdicción por falta del requisito de la letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ("que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena").

Ha citado expresamente el Ministerio Fiscal los casos de la desaparición de Antoni Llidó Mengual (sacerdote español detenido por agentes de seguridad en Santiago en octubre de 1974 y recluido en un centro de detención, desconociéndose la suerte corrida desde entonces), de la desaparición de Michelle Peña (detenida en Santiago por agentes de la DINA en junio de 1975, siendo llevada a un centro de detención, sin que desde entonces se hayan tenido noticias de ella, desconociéndose el destino que pudo haber tenido el hijo que esperaba, pues se hallaba embarazada cuando su detención) y de la muerte de Carmelo Soria Espinoza (español aco-

gido a la normativa de doble nacionalidad con Chile, detenido en Santiago el 15 de julio de 1976 por agentes de la DINA y hallado muerto al día siguiente) como delitos sobre los que se ha pronunciado la justicia chilena.

En los tres casos se decretó por los Tribunales de Chile el sobreseimiento definitivo de las causas, por aplicación del Decreto-Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de la República por el que se amnistiaba a responsables de hechos delictivos (salvo excepciones expresas) perpetrados durante la vigencia de la situación de estado de sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontrasen sujetos a proceso o condenados. Constan las resoluciones judiciales a los folios 5.743 y siguientes, 5.752, 5.753 y 5.756 y siguientes del sumario.

También consta en el sumario, a los folios 5.783 y siguientes, que la causa seguida por la muerte del sacerdote español Juan Alsina Hurtos (detenido el 19 de septiembre de 1973 por una patrulla militar del Regimiento Yungay de San Felipe y ejecutado por sus aprehensores en el puente Bulnes sobre el río Mapocho el mismo día) fue sobreseída definitivamente en cuanto a las dos personas inculpadas por aplicación del mismo Decreto-Ley.

Han de tenerse por imprejuzgados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al *ius cogens* internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan repetido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los cuatro casos mencionados entre otros muchos semejantes no pueden considerarse juzgados o indultados en Chile y justifican el sostenimiento de la jurisdicción que se combate.

Noveno

El artículo 2o. apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas no es norma jurídica que pudiera hacer, en el caso objeto de estudio, inaplicable el artículo 23, apartado cuatro de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Últimas consideraciones

En conclusión, los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento.

El artículo 2o., apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas ("La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros") no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro, tantas veces aludido en esta resolución.

Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales.

España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos categoría de derecho internacional acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Por todo lo expuesto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda desestimar el recurso y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Notifíquese la resolución al Ministerio Fiscal y apelados.

Lo mandan y firman los Magistrados expresados al comienzo.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL POR DAÑOS TRANSFRONTERIZOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Importancia del caso* Trail Smelter. III. *Caso del lago Lannoux*. IV. *Caso del estrecho de Corfú*.

I. INTRODUCCIÓN

Nos hemos propuesto llevar a cabo el análisis de algunos de los casos más significativos para la comprensión de la responsabilidad internacional que pueda llegar a generarse por la producción de daños transfronterizos en derecho internacional.

El examen de la presente jurisprudencia —con especial tratamiento del *Trail Smelter*— se realiza principalmente a través de la exégesis misma de los fallos arbitrales o judiciales de que se trate, pero sin descuidar el recurrir además al análisis crítico de la doctrina contemporánea más autorizada al respecto.

Sólo el estudio cuidadoso de la jurisprudencia internacional y de la práctica diplomática nos puede permitir una evaluación real del alcance y contenido de la posible inserción de derecho internacional de un principio de responsabilidad aplicable al caso de víctimas de daños transnacionales fuera de los marcos clásicos de imputabilidad por hecho ilícito.

El problema que sigue aún sin resolver en forma definitiva el derecho internacional positivo, es aquel de saber si un Estado será responsable de todo daño ocurrido en el ámbito de su jurisdicción y que produce consecuencias perjudiciales fuera del mismo, o bien, si el deber de la debida diligencia sigue siendo la medida y criterio para la evaluación de sus derechos y obligaciones.

II. IMPORTANCIA DEL CASO *TRAIL SMELTER*

El precedente sentado por el Arbitraje del *Trail Smelter* entre Estados Unidos y Canadá,[1] ha sido considerado por la doctrina como el *locus classicus* de los principios jurídicos aplicables a la contaminación transfrontera,[2] afirmándose que toda discusión sobre el derecho internacional general relativo a la contaminación debe comenzar y forzosamente terminar con el examen y mención de dicho arbitraje.[3]

Por su parte, Alexandre-Charles Kiss ha expresado que difícilmente podría no insistirse demasiado sobre la importancia del caso del *Trail Smelter*, ya que para comenzar el acuerdo de arbitraje es en sí de gran relevancia, en la medida en que ya se consagra en el instrumento mismo la responsabilidad del Estado por actos de contaminación cuyo origen se encuentra dentro de su propio territorio, ocasionando daños en el territorio de terceros Estados, porque además es prueba de la insuficiencia de la técnica de la responsabilidad para solucionar el diferendo, necesitándose ir más allá, esto es, hacia una reglamentación común y cooperación entre los Estados interesados.[4]

Del arbitraje mismo, son varias y muy numerosas las conclusiones que pueden ser inferidas, pero principalmente hay que decir que además de establecer de una vez por todas el principio de la responsabilidad (*liability*) internacional por daños causados al medio ambiente de otro Estado, enfatiza con claridad la obligación del Estado de velar por que la realización de actividades privadas se desarrolle de conformidad con el derecho internacional, y por último, reconociéndose implícitamente que el problema de la contaminación transfronteriza no puede ser resuelto con el solo pago de una indemnización por los daños ocurridos más allá de las fronteras del Estado.[5]

1 Ver texto del laudo arbitral de 1938 y de 1941, junto con el texto del acuerdo de arbitraje de 1935 en *Recueil des Sentences Arbitrales (RSA)*, Nations Unies, vol. III, pp. 1906-1982.

2 Handl, G., "Territorial sovereignity and the problem of transnational pollution", *American Journal of International Law*, 1975, p. 60.

3 Rubin, P. A., "Pollution by analogy: the trial smelter arbitration", *Oregon Law Review*, 1970-71, p. 259. Es cierto que actualmente es imperativo un examen cuidadoso del laudo, pues, como dice Rubin, muchas veces dicho precedente puede solamente ser susceptible de aplicación, a condición de llevarlo a un nivel tal de abstracción que rebasa con mucho su propia lógica interna.

4 Kiss, A. Ch., "Problèmes juridiques de la pollution de l'air", *Recueil des Cours de la Academia de Droit International (RCADI)*, 1973, pp. 173 y 174.

5 Kiss, A. Ch., *Survey of the current development in International Environmental Law. IUCN Environmental policy and Law Paper*, Switzerland, no. 10, Fust., 1976, p. 46, *"Ultimately, the basis of the evolution of international legal rules concerning the protection of the environment may be found in the award given in the Trail Smelter case"*.

1. *Arbitraje de la Fundición del Trail*

El río Columbia tiene su fuente en el dominio de Canadá. En un sitio dentro de la Columbia británica denominado *Trail*, el río pasa al lado de una fundición localizada en una garganta, y en donde se realiza la fundición de grandes cantidades de zinc y de plomo. La distancia de *Trail* a la línea fronteriza es de aproximadamente once millas siguiendo el curso del río.[6]

En el año de 1896 se había establecido una fundición cercana a la localidad conocida como *Trail* bajo el patrocinio norteamericano. Para el año de 1906 la empresa denominada *Consolidated Mining and Smelting Company of Canada* adquiere la propiedad de la planta de fundición de *Trail*.

Desde esa época la *Canadian Company* va a explotar sin interrupción la mencionada fundición, ampliándola en forma periódica hasta llegar a convertirla en una de las mejores equipadas y más exitosas fundiciones de aquellos años.

En 1925 y 1927 la fundición aumenta de manera considerable la cantidad diaria de minerales fundidos de plomo y zinc, provocando con ello una más intensa descarga en el aire de gases de bióxido de azufre en concentraciones y cantidades cada vez mayores.[7]

Por lo menos desde 1925, hasta finales de 1931, se constataron daños en el estado de Washington como consecuencias de las emanaciones de bióxido de azufre provenientes de la *Fundición de Trail*.

Al presentar varios granjeros quejas por daños ocasionados a sus propiedades, la compañía les comenzó a otorgar indemnización por los perjuicios argüidos.[8]

La cuestión de las emanaciones y daños causados fue presentada a nivel oficial por vez primera por medio de una comunicación del cónsul general de Estados Unidos en Ottawa dirigida al gobierno de Canadá, en junio de 1927.

Más tarde, en diciembre de ese mismo año, el gobierno de Estados Unidos propondría al gobierno de Canadá que los problemas surgidos como consecuencia del funcionamiento de la *Fundición Trail* fuesen remitidos a la Comisión Internacional Conjunta, a fin de llevar a cabo una

6 *Trail Smelter Case, RSA*, Nations Unies, vol. III, pp. 1913 y 1941.

7 *Idem*, p. 1917.

8 La primera queja formal fue hecha en 1926 por J. H. Stroh, cuya propiedad estaba localizada a algunas millas al sur de la línea fronteriza, *ibidem*.

investigación y presentar un informe, de conformidad con el artículo IX de la Convención entre Estados Unidos y Gran Bretaña de fecha 11 de enero de 1909.[9]

2. *Informe de la Comisión Internacional Conjunta*

La Comisión Internacional Conjunta comenzó a reunirse a partir de octubre de 1928, para la recepción y examen de pruebas, informes científicos, desahogo de testimonios, argumentos y alegatos de los defensores tanto de Estados Unidos como del Canadá.

El 28 de febrero de 1931 la Comisión establece en forma unánime que todos los daños pasados y todos los que se ocasionen hasta el 1o. de enero de 1932, serían compensados con la suma de 350,000 dólares, recomendando además que se pusieran en funcionamiento varias medidas con objeto de reducir las emanaciones de gases perjudiciales.

Sin embargo, dos años después del rendimiento del anterior informe, el gobierno de Estados Unidos se dirigía al gobierno de Canadá para comunicarle que las condiciones existentes eran por completo insatisfactorias y que los daños causados a los cultivos continuaban siendo de gran envergadura, reanudándose con ello las negociaciones diplomáticas.[10]

3. *Acuerdo Especial de Arbitraje de 1935*

El anterior estado de cosas llevaría a las partes interesadas a la celebración de un acuerdo internacional de arbitraje para la solución del diferendo, firmado en la ciudad de Ottawa el 15 de abril de 1935.[11]

De conformidad con el artículo 3o. del acuerdo arbitral, el tribunal debería pronunciarse en forma principal sobre las siguientes cuatro cuestiones:

A. Si los daños ocasionados por la *Fundición Trail* en el estado de Washington se han producido a partir del 1o. de enero de 1932 y, de ser ello así, ¿qué indemnización debería pagar por los mismos?

B. En la eventualidad de que la respuesta a la primera parte de la cuestión precedente fuese en sentido afirmativo, ¿debe entonces exigirse

9 *Idem*, p. 1918.

10 *Idem*, pp. 1918-1919.

11 *Convention for settlement of difficulties arising from operation of Smelter at Trail, BC*. El cambio de ratificaciones se efectúo el 3 de agosto de 1935. Texto del acuerdo reproducido en *RSA*, vol. III, pp. 1907-1910.

a la *Fundición Trail* que se abstenga de ocasionar daños en el futuro en el estado de Washington, y, de ser ello así, ¿en qué medida?

C. A la luz de la respuesta a la cuestión precedente, ¿qué medidas o régimen, si los hubiere, deberían ser adoptados o mantenidos por la *Fundición Trail*?

D. ¿Qué indemnización o compensación, si procediera, debería ser otorgada en razón de cualquier decisión o decisiones dictadas por el tribunal, de conformidad con las dos cuestiones precedentes?[12]

Hay que señalar que en el compromiso arbitral además de señalarse los pasos procedimentales a los que se debería atener el tribunal, se especifica igualmente que para la solución del diferendo el tribunal debería aplicar el derecho y jurisprudencia existentes en Estados Unidos, relativos a los fenómenos de polución, así como el derecho y práctica internacionales, tratando de llegar a una decisión justa para las partes interesadas.[13]

4. *El laudo arbitral del 16 de abril de 1938*

En su laudo arbitral de 1938 la comisión arbitral se avoca primeramente al estudio detallado del clima y topografía de la región, y a un análisis minucioso de la dirección de los vientos y corrientes y sus efectos sobre los cultivos presupuestamente afectados por la contaminación.

Basándose sobre la evidencia de las pruebas científicas aportadas, Estados Unidos, afirma la Comisión, ha sostenido que los daños eran ocasionados por la emanación de gases de bióxido de azufre provenientes de la *Fundición Trail*, mismo que avanzaban a través del valle del río Columbia penetrando así en territorio estadounidense.

El gobierno de Canadá alegaba por su parte, que incluso si los gases de bióxido de azufre habían penetrado en territorio estadounidense, los mismos no habían originado ningún daño después del 1o. de enero de 1932.[14]

12 *Idem*, p. 1908. El tribunal de arbitraje, de acuerdo con el artículo II del tratado, se integró por tres juristas: Charles Warren, de nacionalidad norteamericana, Robert A. E., Greenshields de nacionalidad canadiense y por Jan Frans Hostie de nacionalidad belga, fungiendo este último como presidente del tribunal.

13 *Idem*, artículo IV, p. 1908. El hecho de que el tribunal arbitral tuviese la obligación de tomar en cuenta la jurisprudencia norteamericana ha sido considerado por Charles de Visscher como un factor que no contribuye precisamente a reforzar la autoridad internacional del fallo arbitral. Ver Visscher, Ch. de, *Problèmes de confins en droit international public*, París, Pédone, 1969, p. 85.

14 *Convention for settlement...*, *RSA*, vol. IV, *op. cit.*, p. 1922.

La comisión arbitral, después de considerar varios puntos de vista sobre la teoría del mecanismo de distribución de gases y no considerando aquélla completamente aceptable, llega a la conclusión de que con base en la comparación y estudio minucioso de los datos suministrados por ambos gobiernos, en numerosas ocasiones las emanaciones aparecen en forma prácticamente simultánea en puntos situados a muchas millas de distancia entre sí a lo largo del valle, constatándose esto último especialmente durante la estación de crecimiento de las tierras de labor.

Así, el tribunal es de la opinión que los humos que emanan de las chimeneas del *Trail Smelter* penetran en las corrientes superiores de aire y son transportadas por las mismas en un movimiento relativamente continuo a lo largo del valle, siempre y cuando el viento prevaleciente a ese nivel se encuentre en dicha dirección.[15]

El tribunal procede después a la consideración de las diversas clases de daños invocados por Estados Unidos: daños sobre las tierras cultivables, daños sobre las tierras no cultivables, daños sobre el ganado, daños con respecto a las propiedades en la ciudad de Northport, daños con respecto a las empresas comerciales y daños respecto del agravio ocasionado a Estados Unidos por violación de su soberanía.[16]

El tribunal examinó todos y cada uno de los diversos tipos de daños arriba mencionados, y la gran mayoría de ellos fueron descartados por la Comisión como daños que dan lugar a indemnización, ya sea en virtud de que los mismos no habían sido fehacientemente comprobados, o de que se les consideraba como demasiado indirectos, remotos o inciertos.

5. *Violación de soberanía*

Sin embargo, en relación con la demanda por daños por el supuesto agravio causado a Estados Unidos por violación de su soberanía (*item e*), es importante señalar el razonamiento sobre el que se basó la comisión arbitral para desechar dicha pretensión.

El tribunal manifestó que por lo que se refería a tal cuestión, no consideraba necesario decidir si los hechos probados constituían o no una in-

15 *Idem*, pp. 1922 y 1923.

16 *Idem*, pp. 1924 a 1933. Estados Unidos también alegó "... *damages in respect of interest on $300.000 eventually accepted in satisfaction of damage to January 1, 1932, but not paid until November 2, 1935*", p. 1932. El tribunal consideró que dicho pago no era contemplado por la Convención, p. 1933.

fracción o violación de la soberanía de acuerdo con el derecho internacional, en virtud que de conformidad con el acuerdo de arbitraje, las partes contratantes sometieron ante la consideración del tribunal las cuestiones relativas a la existencia de daños ocasionados por el *Trail Smelter* en el estado de Washington y a la indemnización que se debería otorgar por los mismos, y el gobierno de Canadá asumió bajo el artículo XII el compromiso de asegurar el debido cumplimiento del laudo arbitral.

El tribunal opinó que no era intención de las partes incluir las sumas de dinero gastadas por Estados Unidos, en la investigación realizada de los problemas creados por el funcionamiento del *Trail Smelter*, que es lo que precisamente el gobierno norteamericano califica en su declaración como daños basados en la "violación de soberanía".

Dado entonces que Estados Unidos no ha invocado ningún otro daño basado en una presunta violación de su soberanía, el tribunal no considera que sea de su competencia decidir si, de hecho y de derecho, podría haberse acordado una indemnización por tales daños en caso de que hubieren sido específicamente invocados.[17]

En definitiva, el tribunal responderá a la cuestión núm. 1 del artículo III del Acuerdo de 1935, afirmando que la indemnización a pagar por los daños ocurridos en el estado de Washington, desde el 1o. de enero de 1932 hasta el 1o. de octubre de 1937, como consecuencia de las emanaciones de humos y azufre provenientes de la *Fundación de Trail*, es de 78,000 dólares, debiéndose considerar como la indemnización y compensación (*indemnity and compensation*) final y completa por todos los daños cometidos entre dichas fechas, agregándose un interés del seis por ciento sobre el monto de la indemnización, devengados desde la fecha de la publicación de la decisión hasta el momento del pago mencionado.[18]

Jacques Ballenger, al comentar el fallo, ha señalado que el monto de la indemnización acordado a Estados Unidos parece risible con todos los gastos realizados por dicho gobierno durante todo el proceso.[19]

Sin embargo, hay que señalar que el muy importante régimen de control permanente de contaminación que será establecido en la sentencia de 1941, y que costará a Canadá la suma de 20 millones de dólares, no ha-

17 *Idem*, pp. 1932 y 1933. La comisión arbitral añade además que la presente controversia no entraña de manera alguna el tipo de hechos que en el fallo relativo al caso *I'm Alone*, dictado el 5 de enero de 1935, justificó la adjudicación a Canadá de daños por violación de soberanía.

18 *Idem*, p. 1933.

19 Ballenegger, J., *La Pollution en droit international*, Genève, Droz, 1975, p. 205.

bría sido probablemente aceptado si no es con base en el Acuerdo de 1935 para la instauración de un tribunal arbitral.

Por lo tocante a las otras cuestiones planteadas en el acuerdo, el tribunal resuelve a título provisional que (cuestión número 2) la *Fundición Trail* debe abstenerse de causar daños hasta el 1o. de octubre de 1940, y que, por otro lado (cuestión número 3), no siendo capaz por el momento de determinar el régimen permanente para el funcionamiento de la fundición, de tal suerte que se impidan futuras emanaciones significativas (*significant fumigations*) pero sin restringir irrazonablemente la producción de la planta, el tribunal establece entonces y por lo pronto un régimen temporal con vistas al control de la contaminación, a través de la designación de una serie de expertos, consejeros técnicos e instalaciones de observación.[20]

6. *Laudo arbitral del 11 de marzo de 1941 de conformidad con la Convención firmada el 15 de abril de 1935*

A. *Autoridad de cosa juzgada*

En su decisión final, la comisión arbitral se vio precisada a reconsiderar la cuestión primera del artículo 3o., en virtud de que Estados Unidos reclamaba la indemnización mayor de la que le había sido acordada en la decisión del 16 de abril de 1938, alegando además el acaecimiento de mayor número de daños a partir del año de 1937.[21]

Sin embargo, el tribunal deniega la petición estadounidense referente a una mayor indemnización en virtud de considerar que el laudo dictado previamente debía ser considerado como poseyendo autoridad de cosa juzgada, y que la autoridad de *res judicata* que se vincula a una decisión final de un tribunal internacional es una regla esencial y bien establecida en derecho internacional.[22]

Por lo que atañe a la reclamación concerniente al acaecimiento de más daños a partir del 1o. de octubre de 1937, el tribunal, después de un cuidadoso análisis de los registros de todas las emanaciones de gases que según alegaba Estados Unidos habían causado o podrían ocasionar daños, llega a la conclusión de que dicho gobierno no ha sido capaz de probar

20 Trail Smelter Case, *op. cit.*, pp. 1934-1937.

21 *Idem*, pp. 1948-1959.

22 *Idem*, p. 1950. *"There is no doubt that in the present case, there is res judicata. The three traditional elements for identification: parties, object and cause [...] are the same"*, *idem*, p. 1952.

que las emanaciones producidas entre el 1o. de enero de 1937 y el 1o. de octubre de 1940 hayan producido daños a los cultivos, árboles u otros elementos.[23]

Finalmente, y dentro del marco de la cuestión primera, Estados Unidos demanda una indemnización con respecto a los gastos en que ha incurrido, invocando el hecho de que cuando se produce un daño (*injury*) y es de temerse razonablemente la continuidad del mismo, es necesario realizar una investigación, y que el costo de ésta es una consecuencia del daño tan susceptible de indemnización, como lo es el propio daño producido sobre las tierras de labor.

En opinión de la Comisión, sin embargo, las sumas de dinero erogadas para determinar la existencia, causa y magnitud del daño no son susceptibles de indemnización, como no lo son otros costos implícitos en la obtención de una reparación judicial o arbitral, tales como los honorarios de los abogados de la defensa, etcétera.[24]

La Comisión es, además, de la opinión de que cuando se solicita a un tribunal arbitral que reconozca los gastos en que haya incurrido un gobierno para preparar pruebas en sustentación de su demanda, en particular por daños causados al territorio nacional, esto debe emanar ya sea en forma expresa del instrumento que instituye al órgano arbitral, o bien como una necesaria implicación de lo ahí previsto. En opinión de la Comisión, en el caso presente ninguna de ambas hipótesis podía desprenderse de la Convención de 1935.[25]

B. *Obligación de abstenerse de ocasionar daños en el futuro*

Es precisamente a propósito de la respuesta a la segunda cuestión del artículo 3o. de la Convención, relativa a la abstención por parte de la *Fundición Trail*, de causar daños en el futuro al estado de Washington, que la Comisión va a abordar los aspectos jurídicos de la responsabilidad que han hecho célebre la sentencia dictada en ocasión de este importante precedente.

El primer problema que se presenta es saber si la cuestión antes referida debe ser contestada sobre la base del derecho practicado en Estados Unidos, o con base en el derecho internacional. El tribunal, sin embargo,

23 *Idem*, pp. 1958 y 1959.
24 *Idem*, pp. 1959 y 1960.
25 *Idem*, p. 1962.

no considera que dicho problema deba ser necesariamente resuelto ahora, dado que las reglas que se aplican en Estados Unidos para resolver los derechos casi soberanos de los estados de la Unión en materia de contaminación del aire, aunque más elaborados, están de conformidad con las reglas generales del derecho internacional.[26]

Los árbitros reconocen entonces que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacionales, existe unanimidad de criterio en reconocer que el Estado tiene en todo momento el deber de proteger a los demás estados contra actos lesivos cometidos por individuos que se encuentran bajo su jurisdicción (por lo demás esto no fue nunca cuestionado por Canadá). Pero la verdadera dificultad residirá a menudo en determinar aquello que realmente deba ser considerado como un acto lesivo.[27]

La relatividad de la regla es ilustrada a través del litigio entre los *Cantones de Soleure* y de *Argovie* conocido por la Corte Federal suiza, y en el cual el *Cantón de Soleure* había entablado una demanda en contra del *Cantón de Argovie*, a fin de que se le prohibiese el uso de un establecimiento de tiro que ponía en peligro su territorio. La Corte Federal de Suiza, aun y cuando ordenó el mejoramiento de las instalaciones existentes dentro del campo de tiro, afirmó que la demanda de *Soleure* en el sentido de que se suprimieran por completo todos los riesgos iba demasiado lejos, ya que no era posible exigir un mayor número de precauciones para los campos de tiro situados en las cercanías de la frontera de dos Cantones, que aquellas que se requerían para los campos de tiro en el interior de cualquier *Cantón*.[28]

No encontrando la comisión arbitral ningún precedente conocido por una jurisdicción internacional relativo a contaminación del aire, o del agua, va a referirse entonces a ciertos fallos dictados por la Suprema Corte de los Estados Unidos afirmando que es razonable en derecho internacional invocar, por analogía, precedentes establecidos por dicha Corte, en aquellas hipótesis en donde no existe una regla de derecho internacional que prevalezca en contrario.[29]

26 *Idem*, p. 1963.

27 *Loc. cit.*

28 *Loc. cit.*

29 *Idem*, pp. 1963-1964. "*... for it is reasonable to follow by analogy, in international cases, precedents established by that court in dealing with controversies between States of the Union or with other controversies concerning the quasi sovereign rights of such States, where no contrary rule prevails in international law and no reason for rejectin such precedents can be abduced from the limitations of sovereingty inherent in the Constitution of the United States*".

Así, el tribunal menciona varios precedentes conocidos por la Corte norteamericana, como el relacionado con la causa del estado de Nueva York en contra del estado de Nueva Jersey (256 U.S. 296,309) acerca de la contaminación de la bahía de Nueva York, en donde la Corte, remitiéndose al precedente *Missouri* contra *Illinois* (200 U.S. 496,521 y al cual el tribunal arbitral había ya hecho referencia), sostuvo que la carga que pesa sobre el estado de Nueva York, al tener que sustentar los alegatos de su demanda, es mucho mayor a la que se le impone a un querellante en una controversia ordinaria entre partes privadas. Antes de que este tribunal pueda ser persuadido de ejercer la facultad extraordinaria que le confiere la Constitución de controlar la conducta de un Estado por la demanda interpuesta por otro Estado, la amenaza de violación de derechos debe ser muy grave debiéndose establecer mediante evidencia clara y convincente.[30]

Por último, en el campo de la contaminación del aire, el tribunal arbitral menciona el caso *State of Georgia v. Tennessee Copper Company and Duckton Sulphur, Copper and Iron Co.* (206 U.S. p. 230 y 237 U.S. pp. 474-477), en donde la Suprema Corte ordenó se disminuyera la actual probabilidad de causar daños a los ciudadanos de Georgia.[31]

De esta forma, e inspirándose particularmente en los precedentes antes mencionados, el órgano arbitral llega a la siguiente conclusión:

> El tribunal, en consecuencia, considera que las decisiones arriba mencionadas, tomadas en su conjunto, constituyen una base adecuada para sus conclusiones, a saber, que de acuerdo con los principios del derecho internacional, así como del derecho de Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de otro Estado o sobre las propiedades o personas que ahí se encuentren, cuando se trate de consecuencias graves y el daño sea determinado mediante pruebas ciertas y concluyentes.[32]

Aun cuando el tribunal admite que los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos que han servido de base a sus conclusiones, son deci-

30 *Idem*, p. 164. "... *the threatened invasion of rights must be of serious magnitude and it must be established by clear and convincing evidence*".

31 *Idem*, pp. 1964 y 1965.

32 "*The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convinoing evidence*" *Idem*, p. 1965.

siones en equidad (*decisions in equity*), se sostiene igualmente que el gobierno de Canadá es responsable de acuerdo con el derecho internacional por el funcionamiento de la *Fundición de Trail*.[33]

En cuanto a la tercera cuestión planteada por la Convención, el tribunal considera que en vista de que en el futuro podrían producirse daños a menos de que la fundición se sometiera a algún control específico, los árbitros elaboran entonces una reglamentación de gran minuciosidad para el establecimiento de un régimen o medida de control riguroso, señalándose además el derecho de inspeccionar las instalaciones de la fundición y de toda propiedad de la cual se llegaren a alegar daños como consecuencia de la contaminación.[34]

En relación con la última cuestión, referente a saber si era procedente el acordar alguna compensación, el tribunal considera que con el establecimiento del régimen de control y las medidas prescritas se eliminarían muy probablemente las causas de la presente controversia, evitando con ello que el territorio norteamericano se vea expuesto a daños futuros de carácter material. Sin embargo, como el régimen y medidas de control previstos que deben ser adoptados y mantenidos por la *Fundición Trail* pueden no dar el resultado que se espera, el tribunal arbitral especifica que se estará en la obligación de otorgar indemnización si de cualquier forma llegaren en el futuro a producirse otros daños, de conformidad siempre con las cláusulas consignadas en el artículo 11 del compromiso arbitral.[35]

Alexandre Charles Kiss ha dicho que en el fondo esta sentencia contiene la demostración lógica de la necesidad de ir más allá de la etapa del derecho internacional general, en donde la protección ambiental no es asegurada, y esto en forma relativa, más que por la reparación de daños efectivamente sufridos y designa ya la vía a seguir: reglamentación internacional y cooperación entre los Estados interesados.[36]

33 *Loc. cit.*

34 *Idem*, pp. 1966-1980. Esta parte de la sentencia arbitral en donde la naturaleza misma del daño exige el establecimiento de un régimen permanente de control, es considerada por la doctrina como una innovación en el derecho internacional. Morin, J. Y., "La pollution des mers au regard du droit International" dans *La protection de l'environment et le droit international, RCADI*, Colloque, 1973, pp. 324 y 325.

35 Trail Smelter Case, *op. cit.*, pp. 1934-1937.

36 Kiss, A. Ch., "Problèmes juridiques de la pollution de l'air", dans *La protection de l'environment et le droit international, RCADI*, Colloque 1973, pp. 174 y 470 a 471.

7. *Conclusiones*

La responsabilidad de Canadá por los daños causados por la *Fundición de Trail* estaba ya aceptada y consagrada en el Acuerdo de Arbitraje del 15 de abril de 1935,[37] pero sin embargo, el tribunal no desprendió estrictamente de dicho Acuerdo su decisión, sino que lo hizo a través del examen de varios precedentes de derecho constitucional estadounidense aplicados por analogía al campo del derecho internacional.

El método de la analogía en sí, como base para la inducción de una regla general en derecho internacional, parece ser aceptado en esta disciplina desde tiempo atrás y aplicado por los órganos jurisdiccionales para evitar el *non liquet* en la solución de controversias.[38]

Sin embargo, lo que el profesor Alfred P. Rubin pone en cuestión no es tanto la teoría del método analógico en sí, sino su aplicabilidad al caso concreto del *Trail Smelter*. En su opinión no sólo es esencialmente diferente la caracterización de los derechos "soberanos" de los Estados integrados en un sistema federativo, respecto a la caracterización de los Estados como sujetos soberanos de derecho internacional, sino que además, sostiene este autor, el tribunal arbitral realizó una interpretación incorrecta de los precedentes invocados de la jurisprudencia estadounidense.[39]

El resultado de todo ello es, según Alfred Rubin, que por interpretación del laudo arbitral sobre el *Trail Smelter*, se favorece la continuación de las actividades contaminantes mientras no se demuestre que ocasionan "daños" en el sentido de lesiones o perjuicios directos, susceptibles de ser traducidos en términos pecuniarios, sobre la producción agrícola o industrial de un segundo Estado.[40]

Es cierto, como ya hemos visto, que el tribunal rechazó la pretensión estadounidense relativa a daños ocurridos por supuesta violación de la soberanía estatal; pero es también claro que el órgano judicial no habría po-

37 Arden Shenker está de acuerdo que en el Tratado de 1935 hay una concesión implícita, pero no explícita de la responsabilidad del Dominio del Canadá por la actividad del *Trail Smelter*. Ver "Oral Proceedings", *Oregon Law Review*, vol. 50, 1970-1971, p. 284.

38 Ver Morin, J. Y., "La pollution des mers...", *op. cit.*, p. 321. Ya desde el siglo XIX, G. F. De Martens aceptaba la analogía como una fuente útil en las resoluciones internacionales. *"C'est l'application de ce qui a éte réglé pour certains cas a l'égard d'autres cas semblables, et qui n'ont pas encore éte determinés"*. Citado por Morin, *loc. cit.*

39 Rubin, P. A., "Pollution by analogy...", *op. cit.*, pp. 268-270.

40 *Idem*, p. 272. *"Thus, under the rules pronounced by the tribunal, there would appear to be no international responsibility at all for acts of pollution not giving rise to tangible monetary injury"*. *Idem*, p. 273.

dido dictaminar de otra forma, ya que lo que el gobierno estadounidense calificó como "*violation of sovereignity*" eran la serie de erogaciones realizadas en las investigaciones que se habían llevado a cabo por los problemas derivados del funcionamiento de la *Fundición Trail*.

Por consiguiente, el tribunal consideró sin vacilación que salía totalmente del marco del Acuerdo de Arbitraje de 1935 la reclamación de Estados Unidos relativa a la "violación de soberanía", declarando que se consideraba dispensado de decidir si podía haberse acordado alguna indemnización bajo dicho rubro si otros hubiesen sido los daños invocados.[41]

Por otra parte, el hecho de que la comisión arbitral añadiera que la controversia sobre la *Fundición de Trail* no presentaba de alguna manera el tipo de situaciones que en el fallo relativo al caso *I'm Alone* justificó la adjudicación al Canadá por daños resentidos por violación de su soberanía,[42] deja posiblemente entrever que en cualquier hipótesis si en el presente caso se hubiesen alegado otro tipo de daños de naturaleza "moral", muy probablemente el tribunal habría desechado la pretensión estadounidense.

Lo anterior se explicaría como consecuencia del hecho de que entre el caso de *I'm Alone* y el caso del *Trail Smelter* hay una diferencia fundamental que no hay que perder de vista, y es que mientras que en el primer caso la conducta que da origen a la reclamación (de violación de soberanía) es un comportamiento ilícito ante el derecho internacional, en el segundo caso la conducta origen del diferendo (funcionamiento de una fundición) es una conducta que en sí, no puede ser calificada más que como una actividad *lícita* ante el derecho internacional.

Es a propósito de la sentencia del *Trail Smelter* como el profesor Bourne se ha preguntado que si del fenómeno de contaminación se eliminara el concepto de daño para su significación jurídica ¿de qué se estaría entonces hablando cuando se habla de contaminación?[43]

41 "*The tribunal is of opinion that it was not within the intention of the parties... include such moneys expended. [...] Since the United States has not specified any other damage based on alleged violation of its soverignity, the tribunal does not feel that it is incumbent upon it to decide whether, in law and in fact, indemnity for such damage could have been awarded of specifically alleged*". Trail Smelter Case, *RSA, op. cit.*, p. 1932.

42 *Idem*, pp. 1932 y 1933. En el fallo dictado el 5 de enero de 1935, referente al caso *I'm Alone*, si bien se consideró lícita la persecución (*hot pursuit*) del buque canadiense en alta mar, sin embargo se consideró también que Estados Unidos debía acordar una reparación en términos de satisfacción por el hundimiento del buque, "*The act of sinking the ship, however by officers of the United States Coast Guard, was... and unlawful act; and the Commissioners consider that the United States ought formally to acknowledge its legality, and to apologize to His Majesty's Canadian Governments Therefor*". Ver "Joint final report of the Commissioners", *RSA*, vol. III, pp. 1609 y ss.

43 "Oral Proceedings", *Oregon Law Review, op. cit.*, p. 291.

La única solución posible es, en su opinión, que independientemente del hecho de que para que se hable de contaminación debe tratarse de alteraciones o cambios "perjudiciales" en el medio ambiente, lo que realmente es fundamental en todo esto, es la existencia de *standards* a través de los cuales pueda juzgarse si el perjuicio (*harm*) que se alega es o no ilícito.[44]

Señalemos además que Alfred Rubin ha sostenido que dado que los aparatos tecnológicos accesibles en 1941 para limitar la contaminación eran menos eficientes de lo que son hoy en día, y que por lo tanto si se demostrase que la producción industrial puede ser mantenida sin contaminación del territorio vecino, la regla del *Trail Smelter* perdería su validez y razón de ser por aplicación de la máxima *"cessante ratione legis, cessat et ipsa lex"*.[45]

De aquí que, de acuerdo con Günter Handl y en cierto sentido en oposición a la opinión del profesor Alfred P. Rubin, la única conclusión cierta que puede ser inferida del laudo arbitral sobre el caso *Trail Smelter*, es que conforme a derecho internacional un Estado se verá precisado a tolerar las consecuencias de actividades de otro Estado, lícitas *per se* aunque afectando su territorio, hasta el momento en que dichos efectos extraterritoriales no se traduzcan en una lesión o perjuicio (*injury*) de serias consecuencias.[46]

Podemos estar de acuerdo en que del laudo arbitral mencionado no pueda inferirse con certeza otra calificación sustancial acerca del daño, más que el hecho de que deba ser probado en forma cierta y concluyente, y por lo tanto quedando abierta la interrogante de saber si también el perjuicio o lesión moral puede quedar cubierto en el concepto de daño (*injury*). Sin embargo, por la confrontación con el caso *I'am Alone* y el caso del *estrecho de Corfú*[47] por una parte y con el caso del *Trail Smelter* por la otra, Günter Handl más adelante llega a la conclusión de que todo parecería indicar que en una situación de contaminación con efectos transnacionales (por ejemplo *Fundición Trail*) la responsabilidad de un Estado sólo podría surgir con base en la prueba de que se han ocasionado daños de

44 *Idem*, pp. 294 y 295.

45 Rubin, A., *op. cit.*, p. 276.

46 Hand, G., *op. cit.*, pp. 60-63.

47 CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ*, 1949, pp. 4 y ss. En su fallo del 9 de abril de 1949 sobre el caso del estrecho de Corfú, la Corte afirmó que por las acciones de barrido de minas (operación *Retail*), el Reino Unido había violado la soberanía de Albania y que esta constatación constituía en sí misma una satisfacción apropiada. *Idem*, p. 35.

naturaleza material, en tanto que en una hipótesis como la del *I'm Alone* y *estrecho de Corfú* la responsabilidad por violación de la soberanía se generaría independientemente del hecho de que se aporte la prueba del acaecimiento de daños de orden material.[48]

8. *Naturaleza de la responsabilidad*

L.F.E. Goldie ha sostenido en repetidas ocasiones a través de un buen número de estudios y conferencias, que la naturaleza de la responsabilidad que se desprende del laudo arbitral del *Trail Smelter* es una típica responsabilidad objetiva, en el sentido de una responsabilidad sin culpa.[49] Igualmente, el profesor W. Jenks parte de la idea de que el tribunal en forma implícita sostuvo la responsabilidad de Canadá por la naturaleza de las operaciones de la fundidora,[50] en particular porque ninguna prueba fue aportada en relación con una supuesta negligencia por parte de Canadá.[51]

Además, Fred Goldie sostiene que cuando el tribunal de arbitraje se refirió, a través del método analógico, a la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte estadounidense, al hacerlo estaba transformando en ese momento el cuerpo del derecho doméstico de un país en derecho internacional público, debiéndose considerar dicha opción en forma similar al procedimiento que se utiliza para inferir los principios generales de derecho a que hace referencia el artículo 38, párrafo 1o., inciso C del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.[52]

48 Handl, G., *op. cit.*, pp. 65 y 66.

49 Goldie, LFE, "Liability for damage and the progressive development of International Law", *ICLQ*, vol. 14, 1965, pp. 1189-1264. *"This arbitration depends upon different standards from thos usually associated with fault especially as no testimony was offered of Canadian negligence", idem*, p. 1227.

50 "It is therefore a true case of liability for ultra-hazardous activities without proof of fault or negligence", Jenks, W., "Liability for Ultra-Hazardous activities in International Law", *RCADI*, I, 1966, p. 122.

51 Goldie, LFE, "International Principles of Responsibility for pollution", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 9, núm. 2, 1970, pp. 283-330. *"If Trail Smelter is to be viewed as an application of public international law, rather than of common law, the irreductible minimum of the relevant principles of law contained therein is the strict liability which Canada owed to the United States", idem*, p. 307.

52 Goldie, LFE, "A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits", in *La protection de l'environnement et le droit international, RCADI*, Colloque 1973, pp. 26-143. *"While these are, in general, adopted from the policies underpinning the converging or congruent domestic laws of a number of states the issue is not as to the number of states following such laws as the generality of the values they reflect", idem*, p. 71.

Hay que señalar que Goldie utiliza los términos de "*responsibility*" y "*liability*" siguiendo la práctica de los tribunales de los países bajo el sistema jurídico del *common law*, en contraposición con los países bajo el sistema del *civil law*, en donde no parece encontrarse un equivalente similar.[53]

Ahora bien, aun cuando Goldie demuestra, en el estudio antes citado, cómo la diferencia entre "*responsibility*" y "*liability*" es mucho más controvertida de lo que a primera vista pudiera parecer bajo el sistema del *common law*, debido a una diversidad de connotaciones, sin embargo, al referir dicha dicotomía al campo del derecho internacional y los problemas de contaminación, bien puede decirse que su significación llega a simplificarse. El concepto de "*responsibility*" va a ser entendido como la serie de obligaciones por las cuales tiene que responder un Estado, en tanto que "*liability*" vendría a denotar las obligaciones de indemnización o compensación que se generan por el incumplimiento de deberes jurídicos, en particular aquí deberes de prevención.[54]

Por otra parte, Goldie pone también énfasis en la diferencia entre la "*strict liability*" y la "*absolute liability*", la primera denotando una responsabilidad objetiva, pero que admite causas excluyentes mediante prueba de las cuales un sujeto puede exonerarse de la imputación de responsabilidad, en tanto que la "*absolute liability*" siendo también una forma de responsabilidad objetiva, denotaría, sin embargo, aquella forma de responsabilidad mucho más rigurosa y por ello mucho menos frecuente, en donde no se admiten dichas causas excluyentes de responsabilidad.[55]

Hechas las anteriores precisiones, debemos preguntarnos si realmente el laudo arbitral sobre el caso "*Trail Smelter*" sienta un precedente de

53 Goldie, LFE, "Responsibility and Liability in the Common Law", *Legal aspects of transfrontier pollution*, OECD. París, 1977, pp. 306-344. "*A person may be said to be responsible for an injury if, in the law, he may be said to have caused a harm to which liability may be attached*", *idem*, p. 370.

54 El principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 habla en el texto en inglés de "*...responsibility to ensure that activities...*", y el principio 22 de la cooperación de los Estados para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a "*... liability and compensation for the victims of pollution...*". Para un detallado análisis de ambos principios ver: Sohn, L. B., "The Stockholm Declaration on the Human Environment", *Harvard International Law Journal*, vol. 14, pp. 485-502.

55 Goldie, LFE, "Liability for damage...", *op. cit.*, en particular pp. 1200-1220. A propósito de la Convención de París de 1960 sobre Energía Nuclear: "*... the operator's liability is' not subject to the classic exonerations for tortious acts, force majeure, acts of God or intervening acts of third persons*", *idem*, p. 1217. Ver también la intervención de Goldie, LFE, en "Interventions Orales", en *La protection de l'environment et le droit international, RCADI*, Colloque de 1973-1975, pp. 481 y 482.

responsabilidad objetiva, ya sea en el sentido de "*strict liability*" o de "*absolute liability*".

Es cierto que el tribunal de arbitraje no analizó el comportamiento del gobierno del Canadá para determinar si su responsabilidad estaba comprometida por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia ante el derecho internacional, como tampoco se encuentra a todo lo largo de la sentencia ninguna alusión a una posible negligencia del Estado por no haber evitado la emanación de gases tóxicos de la empresa privada *Consolidated Mining and Smelting Co. of Canada.*

El tribunal, como vimos, se circunscribió a declarar o confirmar la responsabilidad imputable a Canadá en virtud del principio, según el cual, ningún Estado posee el derecho de usar o permitir la utilización de su territorio de manera tal que con ello se ocasionen daños al territorio de terceros Estados.

De aquí entonces que lo único que podríamos preguntarnos es si sería posible concebir que los árbitros habrían sobrentendido, o dado por supuesto en alguna medida, que Canadá era jurídicamente responsable por haber cometido un hecho ilícito por omisión de la debida diligencia, o bien porque concluyen que por el solo hecho de que un daño se produjo, el Estado en cuestión era legalmente responsable en cuya hipótesis habría habido aplicación del régimen de una responsabilidad objetiva.

Haber invocado la responsabilidad objetiva, concepto hasta entonces desconocido en el derecho internacional positivo, habría sido, como dice Jacques Ballenegger, completamente revolucionario.[56]

La respuesta es más sencilla, según J. Ballenegger: los árbitros fueron dispensados de examinar el problema de la responsabilidad de Canadá y con mayor razón el fundamento de la misma, ya que ninguna de las cuatro cuestiones planteadas por el artículo 3o. del acuerdo arbitral del 15 de abril de 1935, solicitaba al tribunal que examinara la responsabilidad de Canadá.

La responsabilidad había sido ya aceptada tácitamente a través del acuerdo arbitral, por lo que no quedaba otra cosa sino establecer la existencia y alcance de los daños y medidas a adoptar en el futuro. Teóricamente por ello, agrega este autor, la enunciación realizada por el tribunal de la responsabilidad de Canadá puede, desde esta perspectiva, considerarse como superflua, la cual explica lo breve de los considerandos del laudo sobre este punto en particular.[57]

56 Ballenegger, J., *La pollution...*, *cit.*, p. 204.
57 *Idem*, pp. 204 y 205.

Así pues, podemos concluir que si bien es cierto que los árbitros no procedieron con antelación a la declaración de responsabilidad, al examen y prueba de la comisión de un hecho ilícito por parte de Canadá, esto se explica por su tácita aceptación de la responsabilidad en el Acuerdo de Arbitraje de 1935, no pudiendo por ellos sostenerse válida y rigurosamente que dicho laudo arbitral consagre el conocimiento de un principio de responsabilidad objetiva.[58]

III. Caso del Lago Lannoux

1. *Argumentación del gobierno español y del gobierno francés*

Por medio de un compromiso arbitral firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1956, los gobiernos francés y español convinieron en someter a un tribunal de arbitraje la interpretación del *Tratado de Bayonne*, del 26 de mayo de 1866, y de su acta adicional de misma fecha en lo concerniente a la utilización de las aguas del lago *Lannoux*.[59]

El lago *Lannoux* está situado en la parte sur de los Pirineos en territorio de la República francesa. Sus aguas corren por el afluente de *Font-Vive*, que constituye uno de los nacimientos del río *Carol*. Éste, después de haber recorrido aproximadamente unos 25 kms. contados a partir del lago *Lannoux* sobre el territorio francés, atraviesa en *Puigcerda* la frontera española y continúa su curso en territorio español alrededor de 6 kms. antes de unirse al cauce del *Segre*, el cual termina por desembocar en el Ebro. Antes de penetrar en España, las aguas del *Carol* alimentan al canal de *Puigcerda*, el cual pertenece a esta ciudad española a título de propiedad privada.[60]

58 Similarmente en el arbitraje del *Gut Dam* entre Canadá y Estados Unidos —ver el acuerdo de arbitraje del 25 de marzo de 1965, ratificado el 11 de octubre de 1966, en *AJIL*, 1965, p. 612— el tribunal no sólo no se pronunció por un tipo de responsabilidad objetiva, sino lo que es más aún, no se pronunció siquiera sobre el fundamento de la responsabilidad de Canadá, ya que previamente mediante acuerdo intergubernamental, Canadá se había comprometido a la reparación de todo eventual daño que pudiera llegar a ocasionarse por la construcción u operación del mencionado dique. Ver en este sentido: Handl, G., "State liability for accidental transnational environmental damage by private persons", *AJIL*, vol. 74, 1980, pp. 538 y 539 y Ballenegger, J., *op. cit.*, pp. 205-207.

59 Ver el texto del acuerdo de arbitraje en *RSA*, vol. XII, Nations Unies, pp. 286 y 287.

60 Ver *RSA*, vol. XII, pp. 287 y 288. El tribunal estuvo compuesto por parte del gobierno francés por Plinio Bolla y Paul Reuter; por parte del gobierno español por Fernand de Visscher y por Antonio de Luna. Como presidente del Tribunal se designó a Sture Petrén, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje.

El gobierno español solicitaba a título principal que el tribunal declarara que el gobierno francés no tenía derecho de ejecutar los trabajos de utilización de las aguas del lago *Lannoux*, de conformidad con las modalidades previstas por el proyecto hidroeléctrico francés, más que bajo condición de un acuerdo previo entre ambos países.[61]

Por su parte, el gobierno francés argumentó que las modificaciones resultantes de la ejecución de su proyecto hidroeléctrico se referían únicamente a una pequeña porción del curso del *Carol*, situada en territorio francés. Al no modificar en forma alguna el régimen establecido por el *Tratado de Bayonne*, el gobierno francés concluía que el mencionado proyecto no infringía en absoluto los derechos reconocidos a España, afirmando además que en el caso en cuestión no había lugar a un acuerdo previo a la realización de los trabajos proyectados.[62]

El laudo arbitral del 16 de noviembre de 1957 será desfavorable para España en virtud de que, en opinión del tribunal, el proyecto de utilización de las aguas del lago *Lannoux* no violaba ninguna disposición del *Tratado de Bayonne* del 26 de mayo de 1886, ni del acta adicional de misma fecha.[63]

2. *El considerando número seis*

Ahora bien, en el considerando número 6 del fallo arbitral, el tribunal había dictaminado que España no tenía razón en su argumentación, en virtud de que se había demostrado que el volumen de las aguas en su paso por la frontera, no sufría en ningún momento disminución alguna y que incluso podría beneficiarse de un aumento.[64] Sin embargo, dice el tribunal que la conclusión anterior habría podido ser atacada de varias maneras.

> Se habría podido sostener que los trabajos tendrían por consecuencia una contaminación definitiva de las aguas del Carol, o que las aguas restituidas tendrían una composición química o una temperatura, o alguna característica que pudiese ocasionar perjuicio a los intereses españoles. España habría entonces podido pretender que se había ocasionado una lesión, contraria-

61 Ver *Contre-Mémoire del gobierno español, RSA*, vol. XII, pp. 297-299.
62 Ver *Contre-Mémoire del gobierno francés, RSA*, vol. XII, pp. 299 y 300.
63 *RSA*, vol. XII, p. 317.
64 *RSA*, vol. XII, p. 303, considerando núm. 6.

> mente al acta adicional, a sus derechos. Ni el expediente, ni los debates de este caso revelan traza alguna de un alegato de tal naturaleza.[65]

Es precisamente a propósito de este párrafo del laudo arbitral sobre el caso del lago *Lannoux* que L.F.E. Goldie ha afirmado la existencia de otro precedente en derecho internacional, donde se encuentra un claro pasaje de reconocimiento de la aplicación de un principio de responsabilidad objetiva (*strict liability*).[66]

3. *Conclusión*

Es realmente difícil entender cómo es posible pretender que dicho pasaje de la sentencia pudiera ser prueba de una supuesta forma de responsabilidad objetiva, desde el momento en que no sólo el fallo no hace referencia a ningún principio específico de contaminación transfrontera de conformidad con el derecho internacional general, sino que además, se circunscribe únicamente a la interpretación[67] de las disposiciones concretas de un tratado en particular.[68]

Más bien parecería que se trata de encontrar a toda costa un apoyo en el derecho positivo a una tesis preconcebida incluso a riesgo de desnaturalizar el significado mismo de la letra y espíritu de la jurisprudencia internacional, sobre todo si tomamos en cuenta que los árbitros no parece que tuvieron nunca la mínima intención de hacer alusión mediante dicho pasaje a algún tipo de responsabilidad objetiva.[69]

65 "*On aurait pu soutenir que les travaux auraient pour conséquence une pollution definitive des eaux du Carol, ou que les eaux restitées auraient une composition chimique ou une temperature, ou telle autre caractéristique pouvant porter prejudice aux intérêts espagnols. L'Espagne aurait alors pu prétendre qu'il était porté atteinte, contrairement a l'Acte additionnel á ses droits. Ni le dossier, ni les débats de cette affaire portent la trace d'une telle allégation*", *RSA*, vol. XII, considerando núm. 6, 2o. párr., p. 303.

66 Goldie, LFE, "A general view of international...", *op. cit.*, pp. 71 y 72.

67 "*Le Tribunal ne pourrait s'écarter des regles du Traité de l'Acte additionnel de 1866 que si ceux-ci renvoyaient expressement a d'autres regles...*", *RSA*, p. 301.

68 Ver Gaja, G., "River pollution in International Law", in *La Protection de l'environment et le Droit International, RCADI*, Colloque, 1973, 1975, pp. 359 y 360.

69 Que los árbitros nunca tuvieron pensado la mención de una responsabilidad objetiva, es afirmado enfáticamente por P. M. Dupuy con base en las declaraciones orales de uno de los árbitros. Ver Dupuy, P. M., *La responsabilité internationale des États por les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pédone, 1976, p. 190, nota 9.

IV. Caso del estrecho de Corfú

1. *Principio de utilización no perjudicial del territorio*

En el conocido caso sobre el estrecho de Corfú, llevado ante la Corte Internacional de Justicia, en el cual Gran Bretaña invocaba la responsabilidad internacional de la República de Albania por los daños causados el 22 de octubre de 1946 a buques británicos por la existencia de un campo de minas en aguas territoriales albanesas, y en cuya sentencia la Corte debía recordar enfáticamente la obligación para todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para fines de actos contrarios a los derechos de terceros Estados,[70] se ha pretendido igualmente ver un caso de responsabilidad objetiva en la medida en que por la sola presencia del campo de minas y sin mediar negligencia, la corte responzabilizó al gobierno albanés.[71]

Tal parecería que este caso del estrecho de Corfú es uno de aquellos casos jurisprudenciales por antonomasia, en donde la doctrina infiere conclusiones que *a priori* desea inferir, dependiendo de las categorías jurídicas y presupuestos teóricos de los que parta para el análisis y apoyo buscando para la tesis que se pretende sustentar en forma categórica.

2. *Problema del fundamento de la responsabilidad de Albania*

Si uno se refiere cuidadosamente al texto único de la sentencia de 1949, nos encontramos que con objeto de poder establecer la presunta responsabilidad alegada por Gran Bretaña, la Corte va a examinar con toda minuciosidad los medios a los cuales tenía acceso Albania para poder cumplir con su obligación de advertir de los peligros que corría la navegación a través de su estrecho; pero previamente a ello la Corte dictamina, sin ningún género de ambigüedad, que el gobierno albanés, por las circunstancias propias del caso, no pudo haber tenido conocimiento de

70 CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ (RAAOCIJ)*, 1949, *"L'obligation pour tout État de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États"*, p. 21.

71 *"Albanias liability stemmed from the presence of the mines in her territorial waters, not from any malevolence or neglect which would have had to have been proved by the applicant state"*, ver Goldie, LFE, "International principies...", *op. cit.*, p. 307; mismo criterio en: "Liability for damage...", *op. cit.*, pp. 1230 y 1231, y "A general view of international...", *op. cit.*, pp. 71 y 72.

la colocación del campo de minas que provocó los daños a los buques de guerra británicos.[72]

En consecuencia, la Corte fundamenta la responsabilidad imputable a Albania no en el hecho de que se hubiere probado que dicho país había colocado el campo de minas él mismo, sino que, no pudiéndose haber llevado a cabo tal colocación sin su *conocimiento*, Albania infringió su obligación consistente en no haber notificado el peligro que corría la navegación al hacer uso de sus aguas territoriales.

Con todo hay que señalar que la Corte acepta que, dado las circunstancias del caso en particular, podría haber sido muy difícil llevar a cabo dicha notificación a toda la navegación en general, pero que esta posible atenuante no habría impedido en forma alguna que las autoridades albanesas tomasen, como habrían debido hacerlo, dice la Corte, todas las medidas necesarias para poner sobre aviso inmediatamente a todo buque que se encontrase en proximidad de la zona de peligro y más especialmente a aquellos que estaban en ruta hacia dicha zona.[73]

Pero no solamente la Corte hizo del conocimiento que debía tener Albania de la colocación del campo de minas, la condición previa y fundamental para que le pudiera ser imputable una responsabilidad internacional, sino que además rechazó la tesis del gobierno inglés, el que durante el proceso había tratado de que se admitiera la teoría anglosajona conocida bajo el nombre de regla "*res ipsa loquitur*", en el sentido de que los hechos origen de la controversia, hablarían por ellos mismos, no pudiendo haber acaecido el daño más que como consecuencia de una culpa o negligencia de parte de la República de Albania.

La Corte Internacional de Justicia no va a aceptar la pretensión de analogía de dicha regla de derecho interno que habría dispensado a Inglaterra de la carga de la prueba, afirmando la Corte, que no se podría concluir que del mero control ejercido por un Estado sobre su territorio terrestre o aguas territoriales, *que dicho Estado necesariamente conoció o debió conocer todo hecho ilícito que hubiera sido perpetrado, ni tampoco el que necesariamente conoció o debió conocer a sus autores*. En sí, e

72 CIJ, *RAAOCIJ*, 1949, pp. 18-22. "*... que le mouillage du champ de mines... n'a pas pu échapper à la connaissance du gouvernment albanais*", p. 22.

73 CIJ, *idem*, 1959. "*Mais cette circonstance n'aurait nullement empêché les autorités albanaises de prendre, comme elles le devaient, toutes les mesures nécesaires pour avertir immédiatement les navires qui se trouvaient á proximité de la zone dangereuse, plus spécialement ceux qui faisaient route vers cette zone*", p. 23.

independientemente de otras circunstancias, dice la Corte, ese hecho no justifica ni responsabilidad *prima facie* ni desplazamiento de la carga de la prueba.[74]

3. *Tesis de Denis Lévy*

Es por todo ello que el profesor Denis Lévy, en su incomparable estudio sobre los problemas de responsabilidad por omisión y por riesgo, concluye que la Corte Internacional en el Caso del estrecho de Corfú permaneció fiel a la teoría de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación (obligación de advertencia), y que por consiguiente no admitió la teoría de la responsabilidad absoluta o la responsabilidad fundada sobre el riesgo.[75]

Es cierto, sin embargo, que Denis Lévy señala que en la medida en que la Corte no exigió que una prueba formal del conocimiento albanés fuera aportada a juicio, en dicha medida la Corte realizó una ampliación sensible de la responsabilidad por omisión en relación con la jurisprudencia tradicional anterior.[76]

Esta ampliación la ve Lévy como consecuencia del control exclusivo que ejerce el Estado sobre su territorio y por lo cual la Corte aceptó como elementos de prueba del previo conocimiento albanés del campo de minas, indicios o datos que constituían simples presunciones, aun y cuando fueran ciertas y concluyentes.[77]

En realidad, Denis Lévy no pone en duda que las presunciones de hecho o pruebas circunstanciales, que son en realidad medios de prueba indirec-

74 *"On ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un État sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet État a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité* prima facie *ni deplacement dans le fardeau de la preuve", idem*, p. 18.

75 Lévy, Denis, "La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public", *RGDIP*, 1961, p. 757. Es solamente en la opinión disidente del juez Álvarez donde se encuentra, dice D. Lévy, una enunciación de la tesis de la responsabilidad por riesgo, pero no así en la sentencia de la Corte, *idem*, p. 758. Esta apreciación es para nosotros del todo correcta, ya que para el juez Álvarez a todo Estado, como consecuencia de su soberanía, debe considerársele como habiendo debido tener conocimiento de los actos cometidos (CIJ, *RAAOCIJ*, 1949, p. 44). Sin embargo, es importante señalar que las otras opiniones disidentes de los jueces, Badawi (CIJ, *RAAOCIJ*, p. 64), Krylov (CIJ, *RAAOCIJ*, p. 71 y ss.) e incluso la del juez *ad hoc* Ecer (CIJ, *RAAOCIJ*, p. 126 y ss.) no ponen en duda el principio en sí de la responsabilidad por negligencia, sino lo que ellos cuestionan es la prueba del conocimiento de la presencia del campo de minas, o de la falta de la diligencia necesaria, una vez admitiendo tal conocimiento previo.

76 Lévy, D., *op. cit.*, pp. 757 y 758.

77 *Idem*, pp. 760-763.

tos admitidos por todo sistema jurídico y con precedente en la jurisprudencia internacional, como lo demostró la Corte,[78] pueden tener justificación en el caso concreto, sino lo que el autor alega es que aun cuando dichos métodos de prueba indirectos han sido retenidos por las jurisdicciones internacionales, nunca antes se había encontrado una aplicación tan rigurosa en materia de responsabilidad.[79]

Sólo con las anteriores precisiones se entiende que el profesor D. Lévy concluya que, a partir de la sentencia de Corfú, en toda hipótesis en que el Estado defensor ejerza un "control exclusivo" (elemento esencial) sobre el territorio en que se produjo el hecho generador del daño, la carga de la prueba ya no recaerá sobre el demandante, en el sentido de que el juez no requerirá forzosamente la evidencia de una prueba directa ni de la víctima, ni con mayor razón del responsable.[80]

4. *Conclusiones*

Luego entonces, podemos concluir que la sentencia dictada por la Corte en este caso no sólo no consagra sino, lo que es más aún, rechaza el sistema de responsabilidad que se genera desde el momento en que se establece un vínculo de causalidad entre el hecho imputable a un sujeto de derecho y el daño sufrido por otro, esto es, el sistema de responsabilidad objetiva.

Por último, no podemos tampoco aceptar la tesis de Jaques Ballenegger, quien sostiene que si en la sentencia sobre el estrecho de Corfú los jueces se contentaron con la evidencia de ciertas presunciones en cuanto a los hechos, en lugar de pruebas formales ofrecidas por la parte demandante, ello significa solamente que ante los ojos de la Corte hubo presunción de la culpa aunque no su demostración formal.[81]

En realidad, como vimos, la Corte Internacional rechazó la teoría de la responsabilidad objetiva, pero no por ello se adhirió a la tesis clásica de la culpa como condición de la responsabilidad. La Corte constató que el Estado defensor había incumplido una obligación que le era impuesta por

78 CIJ. *RAAOCIJ*, 1949, p. 18. *"Ces moyens de preuve indirecte [...] on droit les considerer comme particulièrment probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchainent et qui conduisent logiquement á une même conclusion"*.

79 Lévy, D., *op. cit.*, pp. 761 y 762.

80 *Idem*, pp. 762-764.

81 Ballenegger, J., *La pollution en droit international*, Genève, Droz, 1975, pp. 30 y 31, nota 57.

el derecho internacional público, y de ahí que le fuera imputable una responsabilidad.[82]

Rechazar la culpa como condición de la responsabilidad, definitivamente no equivale necesariamente a la adopción de una responsabilidad objetiva.[83]

82 CIJ, *Recueil*, 1949, p. 23.

83 Lévy, D., *op. cit.*, pp. 747 y 748. Para Lévy la culpa (*faute*) no difiere de la violación pura y simple de una regla obligatoria, que por la condición suplementaria que hace que el incumplimiento deba ser consciente, esto es, violación consciente de una obligación.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.jurídicas.unam.mx

LA CONVENCIÓN DE MONTEGO BAY, GÉNESIS DE LA MISMA Y EL UNILATERALISMO COMO TÉCNICA JURÍDICA

SUMARIO: I. *La Convención de las Naciones Unidas 1982.* II. *Génesis del nuevo derecho.* III. *Unilateralismo como técnica jurídica.* IV. *La Tercera Conferencia.* V. *Procedimiento de la Conferencia.* VI. *Los tratados y la costumbre internacional.* VII. *Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria.* VIII. *Lo "novedoso" de la Convención de 1982.* IX. *Celebración de un tratado alternativo.* X. *Controversias entre la Convención y un tratado alternativo.* XI. *La participación representativa.*

I. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS 1982

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[1], que consta de un total de 439 artículos, fue adoptada el 30 de abril de 1982 por una votación de 130 votos a favor, 4 en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela) y 17 abstenciones, entre las cuales figuran las del Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia, Unión Soviética y otros países socialistas de Europa.[2]

Esta situación no presentó más que una transformación parcial en el momento de la firma de la Convención en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

En dicha ocasión 117 Estados, entre los que se encuentran la Unión Soviética y los Estados de Europa Oriental independientemente de Namibia (Consejo de Naciones Unidas para Namibia) y las Islas Cook, firmaron la mencionada Convención.

1 Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia núm. (A/Conf.) 62/122.
2 A/Conf. 62/182.

El Acta Final de la Tercera Conferencia fue firmada en la misma fecha por 140 Estados, entre los cuales se encuentran Estados Unidos, República Federal de Alemania, Italia, el Reino Unido entre otros.[3]

La Convención estaría abierta a la firma hasta el 10 de diciembre de 1984 en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Jamaica y, asimismo, desde el 10 de junio de 1983 hasta el 10 de diciembre de 1984 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

México firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar el 10 de diciembre de 1982, siendo aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1982.[4]

Igualmente nuestro país fue uno de los primeros en ratificar esta Convención el 21 de febrero de 1983, al depositar su instrumento de ratificación en poder del secretario general de las Naciones Unidas; y fue promulgada para los efectos conducentes en nuestro territorio el 18 de mayo de 1983.[5]

II. GÉNESIS DEL NUEVO DERECHO

La necesidad de dotar de una reglamentación jurídica a los fondos marinos hasta entonces en condición de *vacuum iuris*, constituyó el puntal para una puesta en tela de juicio del conjunto de problemas del derecho del mar, bajo la presión de las concepciones políticas y los intereses económicos de los países en vías de desarrollo frente a los Estados industrializados.

El proceso de entrada en vigor de las Convenciones de Ginebra del 29 de abril de 1958, había apenas sido completado y ya muchos de los principios ahí recogidos, que para estas fechas podría decirse reflejaban el derecho consuetudinario, eran firmemente discutidos e incluso rechazados en tanto que principios inadecuados frente a nuevas exigencias que iban afirmándose en el seno de la comunidad internacional.

Tales exigencias derivan de profundas transformaciones de la misma comunidad internacional.

3 Países como Turquía y Argentina no firmaron siquiera el Acta Final. Ver *Status of the Convention and of the Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea as at 10 December*, 1982. Doc. Conf. 297, 1982. Treaties 1.

4 *Diario Oficial de la Federación*, del 8 de febrero de 1983.

5 *DOF* del 1o. de junio de 1983.

De acuerdo al internacionalista Tullio Treves, tales transformaciones podrían esquematizarse de la siguiente forma:

1. Transformaciones políticas, con el acceso a la independencia de los pueblos sometidos a dominación colonial y con la formación de una mayoría de Estados en desarrollo que reivindican un nuevo orden económico internacional.

2. Transformaciones económicas, derivadas del aumento de la necesidad de recursos energéticos y minerales, además de recursos destinados a la nutrición.

3. Transformaciones tecnológicas que revelan la posibilidad de explotación de recursos marinos a distancias y profundidades inimaginables anteriormente, y la perspectiva de nuevas utilizaciones de los mares, como por ejemplo, la explotación con fines energéticos del diferencial de temperatura entre la superficie y los extractos marinos profundos.[6]

De estas transformaciones nacen exigencias incompatibles con un régimen de los mares como el que había sido codificado en Ginebra, en el cual, más allá de una estrecha fachada de mar adyacente a las costas en donde se reconoce la soberanía del Estado costero, rige con pocas excepciones el principio de la libertad de los mares.[7]

III. UNILATERALISMO COMO TÉCNICA JURÍDICA

Por otra parte, todo parece indicar que un lugar privilegiado debe reservarse al "unilateralismo" en la formación del nuevo derecho del mar, tanto cuantitativamente, por el volumen impresionante de actos unilaterales emitidos, como cualitativamente, en virtud de su transformación en reglas de derecho positivo.

La doble *Proclama Truman* del 28 de septiembre de 1945, relativa una de ellas a los recursos vivos del mar y la otra a los recursos minerales del subsuelo y del lecho del mar,[8] constituye el punto de partida y contiene los gérmenes del inexorable desarrollo del movimiento, seguida en su técnica y contenido por numerosos Estados: países de América Latina, Islandia, países del Golfo Pérsico, Paquistán, Filipinas, etcétera.

6 Treves, Tullio, *La Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del mare del 10 de diciembre de 1982*. Milano, Giuffrè, 1983, p. 3.

7 *Loc. cit.*

8 Presidential proclamation, No. 2667, Federal Register, vol. 10 (1945), p. 12303, en Durante, F., *La Piattaforma Litorale*, Milano, Giuffrè, 1955.

El empleo del procedimiento unilateral no permanece limitado a la plataforma continental, ya que será igualmente a través de manifestaciones unilaterales de voluntad que ciertas zonas de pesca serán reivindicadas.

Desde 1935, por decreto real, Noruega delimita una nueva zona de pesca, entrando así en conflicto con Gran Bretaña.

Dicho conflicto será dirimido el 18 de diciembre de 1951, por la Corte Internacional de Justicia, que admitirá la validez de la delimitación noruega.[9]

A partir de este fallo de la Corte, países tales como Filipinas e Indonesia, a través de la adopción de medidas unilaterales, se reconocerán el derecho de "encerrar" sus islas utilizando el sistema llamado de líneas de base rectas empleado por Noruega.

De igual forma, es por la extensión unilateral de 50 millas marinas, por un Reglamento de 1972 de sus derechos de pesca exclusivos, que Islandia provocará con Gran Bretaña y la República Federal de Alemania, una controversia sometida a la Corte Internacional de Justicia, dictándose el fallo el 25 de julio de 1974.[10]

En fin otra ilustración reciente y característica de la extensión del campo de aplicación del "unilateralismo", lo representa la institución de la zona económica exclusiva.[11]

Es evidente que solamente los actos unilaterales conformes al derecho internacional, o en todo caso no contrarios a sus principios, pueden pretender un valor jurídico en el orden internacional.

Los actos jurídicos unilaterales de los Estados costeros podrán ser discutibles en cuanto a su valor jurídico propio, pero lo que no puede ser puesto en duda es que deben ser considerados como actos que pueden llegar a ser generadores de una regla internacional al término de un proceso consuetudinario.

Los actos unilaterales de los Estados costeros se inscriben en un periodo de tiempo relativamente breve, y es que en realidad, como dice Gilbert Apollis, el elemento de duración no es esencial más que como medio

9 CIJ, "Affaire des Pêcheries", *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances (RAAOCIJ)*, 1951, pp. 116-143.

10 CIJ. "Compétence en matière de pêcheries, Royaume-Uni c. Islande fond". *RAAOCIJ*, 1974, pp. 3-35.

11 Ver Castañeda, Jorge, "The Concept of Patrimonial Sea in Internantional Law", 12, *Indian Journal*, 1972, pp. 535-542.

de prueba de la costumbre: sugiere una formación del derecho lenta y evolutiva en un medio social e histórico homogéneo y estable.[12]

En aquellos casos en que ese factor de "autentificación objetiva" llega a estar ausente o aparece precario o frágil, otros modos de prueba deben de intervenir.

Este fenómeno del "aceleramiento de las costumbres" que hace que la constatación de las reglas consolidadas en la práctica sea más delicado y aleatorio, ha sido brillantemente analizado por René-Jean Dupuy.

Según este autor, la oposición entre las *coutumes sages* y las *coutumes sauvages* resulta de la reputación de universalidad que siempre se ha adjudicado a las costumbres del primer tipo, hoy en día negadas por aquéllos que reclaman un derecho específico que responda a sus necesidades de desarrollo.

Para los países en vías de desarrollo su sola condición económica y social les parece razón suficiente para justificar su desprecio por el argumento de orden temporal.

Se puede decir, indica Dupuy, que dichos países se encuentran motivados no por el sentido del tiempo sino por el de la "*duración*", es decir, el tiempo interior en el sentido bergsoniano; tienen conciencia de asumir una miseria que confiere a su tiempo psicológico un mayor valor y peso que un tiempo histórico el cual la mayoría de ellos incluso, no lo viven más que desde una independencia todavía de origen reciente.[13]

IV. La Tercera Conferencia

Después de que el 17 de agosto de 1967, la delegación de Malta ante Naciones Unidas pidió la inscripción de una nueva cuestión en el orden del día de la Asamblea General sobre la utilización de los fondos marinos,[14] la Asamblea General de Naciones Unidas creará, en virtud de la

12 Apollis, Gilbert. *l'Emprise Maritime de l'État Côtier*. París, Pédone, 1981, pp. 83-126, prefacio de J. P. Quéneudec. Así se constata que la duración de la práctica varía según su objeto; cerca de 70 años para el Mar Territorial de 12 millas, cerca de 55 años para la Zona Contigua, entre 32 y 35 años para la Plataforma Continental (según el precedente), 30 años para la zona de las 200 millas, 20 años para la zona de las aguas archipelágicas y 7 años para la zona anti-polución, *idem*, pp. 99 y 100.

13 Dupuy, René-Jean, "Coutume sage et coutume sauvage", *Mélanges offerts a Charles Rousseau*, París, Pédone, 1974, p. 85.

14 *Note verbale*. Doc. A/6695. Es el 1o. de noviembre de 1967 que Arvid Pardo presenta en detalle su proposición en su ya histórico discurso. Doc. ONU A/CI/PV. 1515 y 1516 del 1o. de noviembre de 1967.

Resolución 2340 (XXII) del 18 de diciembre de 1967, un Comité especial de 35 miembros encargado de estudiar la utilización, exclusivamente con fines pacíficos, de los fondos marinos y oceánicos más allá de los límites de la jurisdicción nacional y la explotación de sus recursos en interés de la humanidad.

La Asamblea General de Naciones Unidas decide, el 17 de diciembre de 1970, ampliar la composición del Comité de 43 a 86 miembros y de darle la tarea de preparar los proyectos de artículos del tratado relativo al régimen internacional, incluido el mecanismo internacional aplicable a la zona y una lista completa de los tópicos y cuestiones relativas al derecho del mar.[15]

En cumplimiento de la Resolución 2750-C (XXV) del 17 de diciembre de 1970 (108 votos a favor, 6 en contra y 7 abstenciones), la Asamblea decide confiar al Comité de los Fondos Marinos, luego de ampliarlo a 91 miembros en 1971, el cuidado de preparar, definir y elaborar los sujetos de debate y proyecto de artículos sobre una próxima Conferencia sobre Derecho del Mar, con lo que convertía al Comité en órgano preparatorio de la III Conferencia,[16] cuya primera sesión organizativa se llevaría a cabo del 3 al 15 de diciembre de 1973 en la ciudad de Nueva York, y que no se concluiría sino hasta el año de 1982, habiéndose celebrado un total de once sesiones.[17]

V. Procedimiento de la Conferencia

Es lícito preguntarse si, en caso de que a la Comisión de Derecho Internacional le hubiese sido encomendada la tarea de preparar la III Conferencia en lugar del Comité de Fondos Marinos (órgano político), la Conferencia habría podido, en ese supuesto, economizar esos largos años de esfuerzo.

15 México, que no estaba incluido en los primeros 35 miembros, formará parte integrante cuando la Asamblea General decida convertir en "permanente" al Comité. Ver Castañeda, Jorge, "La labor del Comité Preparatorio de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar" en el volumen *México y el derecho del mar*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, p. 138.

16 Por la Resolución 3067 (XXVIII) la Asamblea General el 16 de noviembre de 1973 decide convocar a la primera sesión de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

17 Para un análisis acucioso de los problemas presentados y la labor desarrollada por el Comité de Fondos Marinos, ver Marffy, Annick, *La Genèse du Nouveau Droit de la Mer*, prefacio de R. -J. Dupuy, París, Pédone, 1980.

Parece ser que el análisis de ciertos factores técnicos y científicos, así como la toma en consideración de la evolución de la sociedad internacional y de su estructura actual, obligan a dar una respuesta negativa.

Aparte del hecho de que la agenda de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional aparecía en aquellas épocas bastante voluminosa, la mayoría de los países tenía el sentimiento que las consideraciones políticas que deseaban ver aparecer en la reforma del derecho del mar, estarían mejor traducidas en el seno de una reunión compuesta por representantes de todos los gobiernos interesados y no por los expertos juristas integrantes de la Comisión.[18]

Siguiendo el ejemplo del Comité, la Conferencia estableció desde el principio tres comisiones principales y les dio, a nivel de la creación de normas jurídicas, las funciones que habían sido determinadas en sus grandes líneas al momento de la elaboración de la lista de temas y cuestiones en el seno del Comité.

La Primera Comisión (P. B. Engo) debería esencialmente tratar del régimen internacional y del mecanismo a crearse para la explotación de los recursos de los fondos marinos.

La Segunda Comisión (A. Aguilar) debería redactar las normas referentes a todos los aspectos del derecho general del mar, incluidos ciertos nuevos conceptos a establecer, tales como el de la zona económica, o el de los derechos a otorgar a los Estados geográficamente desaventajados.

La Tercera Comisión (A. Yankov) trataría lo relativo a la preservación del medio marino, a la investigación científica, así como del desarrollo y transferencia de tecnología.[19]

Por lo que respecta a la toma de decisiones, la Conferencia adoptó un procedimiento bastante particular, con objeto de establecer un mecanismo que pudiera mantener el principio de la adopción de decisiones por *consenso*, a la vez que permitía el recurso al voto en última instancia. Por una parte, los países industrializados en particular, temían que una mayoría automática permitiera la adopción de normas que ellos no podrían aceptar.

Por otro lado, la gran mayoría de los países en vía de desarrollo temían que la toma de decisiones por consenso retrasara en gran medida su adopción.

18 Ver Stevenson y Oxmann, "The preparation for the Law of the Sea Conference". *American Journal of International Law (AJIL)*, 1974, p. 1.

19 Aparte de las tres Comisiones plenarias, la Conferencia estableció un Comité de redacción de 23 miembros y una Comisión de verificación de poderes de 9 miembros.

Es por esta razón, nos dice Jean-Pierre Lévy, que con excepción de las decisiones de procedimiento, se introdujo para toda cuestión de fondo un sistema totalmente original.

Se trataba de hecho de una traducción práctica de la decisión de principio adoptada por la Asamblea General en el marco del reglamento interior, al mismo tiempo que convocaba a la Conferencia.

Según dicho principio, ninguna votación sería considerada para las cuestiones de fondo en tanto que subsistiera una posibilidad de consenso.[20]

Un hallazgo procedimental calificado, no sin razón, de una importancia capital para el papel desarrollado por la Conferencia, es aquel relativo a los "textos informales de negociación" que iban permitiendo registrar los progresos realizados en el camino de la redacción del Tratado.

En ausencia de un texto único de referencia preparado por una Comisión técnica, cada una de las Comisiones decidió, desde la primera sesión sustancial, es decir la de Caracas (2a. sesión: 20 de junio a 29 de agosto de 1974), proceder a intercambiar puntos de vista sobre la sola base formal a su disposición, de decir, la serie de textos con variantes, que les había sido legado por el Comité preparatorio.

Pero desde la sesión de Ginebra de 1975, la Conferencia abandonó los métodos tradicionales para adoptar el mecanismo de los "textos" redactados bajo la responsabilidad de la Presidencia, y no fue sino hasta la fase última de los debates de la Conferencia que los "textos" se transformaron en un Proyecto de Convención.

Ahora bien a cada etapa o fase de la redacción de esos diversos "textos de negociación", las formulaciones retenidas por la Presidencia se presumía que reunían, ya sea un acuerdo general o bien ya fuese, al menos, la reunión de aquellas fórmulas que parecía tendrían las mejores oportunidades para conducir ulteriormente a un consenso.

Por lo demás, como apunta Guy de Lacharrière, la unidad de redacción desplazaba todas las otras soluciones alternativas, que en el seno de

20 Lévy, Jean-Pierre, "La Conférence sur le droit de la mer: un atelier international expérimental", *Révue Générale de Droit International Public*, t. 84, 1980/1, pp. 22-26. El concepto de "consenso", que está lejos de haber sido examinado con profundidad, puede ser entendido como la adopción de las decisiones sólo en ausencia de firme objeción y sin recurso al voto; o bien como un acuerdo general sin voto, sin significar necesariamente la unanimidad. La toma de decisiones según este procedimiento es objeto de largas discusiones en corredores, y confiere una importancia decisiva a las consultas y negociaciones llevadas al margen de los debates públicos, pues representan el único medio de llegar al establecimiento de un texto aceptable para todos, incluso si es de tal naturaleza que no satisface a ninguno. Ver Vignes, Daniel, "Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule", *AJIL*, vol. 69, núm. 1, 1975, pp. 119-129.

otro tipo de conferencias habrían sido puestas entre corchetes en beneficio de una única formulación.

De aquí que esa unidad de redacción revestía al conjunto del sistema jurídico, que iba desprendiéndose progresivamente de la Conferencia, en una marcha segura, o por lo menos más segura ciertamente de lo que en realidad merecían la serie de dudas y contradicciones de la Conferencia.[21]

VI. Los tratados y la costumbre internacional

Dado que la Convención de las Naciones Unidas de 1982 no entraría en vigor, en el mejor de los casos, antes de algunos años y que, incluso después de haberse depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o adhesión, no sería todavía jurídicamente vinculante para todos los Estados, actualmente y por un periodo que seguramente no será del todo breve, el derecho del mar deberá en gran medida sustentarse en el derecho internacional consuetudinario.

Es evidente, como dice Treves, que dichas normas consuetudinarias no coinciden ya con aquellas del llamado derecho del mar tradicional codificado en Ginebra en 1958, pero tampoco se puede decir que ya sea coincidente con la totalidad de las disposiciones consagradas en la Convención de 1982.

El problema es, entre otros, poder precisar el contenido del derecho consuetudinario vigente al lado del derecho tradicional de 1958 y del nuevo derecho del mar.[22]

John King Gamble ha sostenido recientemente que la impresión dominante es que la costumbre, como la más antigua de las fuentes, evoluciona hasta un punto en el cual puede llegar a codificarse, pero que, sin embargo, también existen situaciones en que idénticos tratados sobre una misma materia llegan a generar una regla de derecho internacional consuetudinario.

Existen otros casos en los cuales el tratado y la costumbre se influyen simultáneamente, o bien ocasiones en que, dentro de una larga cadena causal, el tratado y la costumbre van asumiendo alternativamente los papeles principales.

21 Lacharrière, Guy de, "La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies", *Le Nouveau Droit de la Mer*, coordinado por M. Virally y D. Bardonnet, París, Pédone, 1983, p. 10.

22 Ver Treves, Tullio, *La Convenzione delle Nazione Unite...*, *cit.*, p. 15.

La Proclama Truman y sus secuelas (proceso consuetudinario) llevó a la elaboración de un tratado (Convención de Ginebra de 1958), el cual, en su momento, produjo respuestas de derecho consuetudinario.[23]

Gamble reconoce que no existen pruebas empíricas rigurosas para medir la relativa importancia de la costumbre o del tratado, pero que es posible comprobar cómo, sobre todo en la última década, el papel de los tratados como "fuente" ha disminuido, lo cual permite inferir que un resurgimiento de la costumbre pueda razonablemente esperarse en el futuro.[24]

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 (México ratificó este instrumento el 25-IX-74), codifica el principio clásico (artículo 34) referente a que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*); ello sin embargo no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional, reconocida como tal (artículo 38).

En los comentarios al Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (18o. periodo de sesiones), se reconoció que un tratado celebrado entre ciertos Estados, puede establecer un régimen territorial o marítimo que posteriormente llegue a ser obligatorio mediante costumbre para terceros Estados, como por ejemplo, los acuerdos para la posición de neutralidad de Suiza.

Pero la Comisión tuvo buen cuidado de precisar más adelante que

> ...no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado como obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el tratado.[25]

23 King Gamble, John, "The Treaty Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, vol. 16, núm. 3, 1981, pp. 305-321.

24 Basándose en ciertos datos proporcionados por el Centro de Investigación de Tratados de la Universidad de Washington. Gamble sostiene que la actividad máxima en la elaboración de tratados ha sido alcanzada, y que para la década de los ochentas se observará un descenso, igualmente, en la elaboración de tratados por parte de los países en desarrollo, *idem*, pp. 314-317.

25 *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*, Documentos oficiales, A/Conf. 39/11 Add. 2, Nueva York, 1971, p. 54, inciso 2o.

No hay pues ninguna regla de derecho internacional que se oponga al hecho de que las disposiciones de un tratado lleguen a ser obligatorias para Estados que no sean partes en el tratado, siempre y cuando tales disposiciones sean transformadas en reglas consuetudinarias.

Cuando una regla consuetudinaria llega a ser objeto de codificación, la regla en cuestión adquiere evidentemente un doble valor en cuanto que se convierte en regla convencional para los Estados que serán partes en el tratado, pero subsistirá como regla consuetudinaria tanto en relación con estas últimas, como en relación con aquellos Estados que no llegarán a ser partes en el tratado.[26]

VII. Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria

Es sin embargo muy delicado, como dice Paul Reuter, establecer bajo qué condiciones un tratado puede llegar a generar una regla consuetudinaria, ya que implica el cuestionamiento mismo de la naturaleza y caracteres del proceso consuetudinario, que son de suyo, bastante controvertidos.[27]

Cuando se trata de tratados multilaterales universales concluidos recientemente, como por ejemplo los textos relativos al régimen del espacio ultraterrestre, se ha sostenido, en ocasiones, que se estaba en presencia del nacimiento de una costumbre universal particularmente rápida que conferiría un valor consuetudinario a las reglas ahí enunciadas.

Dichos tratados obtuvieron desde un principio un asentimiento sin reservas; pero la formación de una costumbre cuasi instantánea no es aceptable más que para aquéllos que sitúan el fundamento de la costumbre en un acuerdo tácito, e incluso el mismo acuerdo unánime ya no se registró más desde el momento en que se fue más allá de los principios generales, y que se examinaron las cuestiones técnicas.[28]

En el caso relativo a la plataforma continental en el Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar, en un momento dado, si una nueva regla consuetudi-

26 Ver Perry Clive, *The Sources and Evidences of International Law*, London, Manchester University Press, 1965, pp. 28-83.

27 Reuter, Paul, *Introduction au Droit des Traités*, París, Armand Colin, Collection U., 1972, p. 116.

28 *Idem*, p. 117. Por ello, dice Paul Reuter, parece más razonable admitir que son en realidad los acuerdos tácitos los que convierten ciertas reglas generales en obligatorias.

naria, que poseyera un contenido idéntico al del artículo 6o. de la Convención de Ginebra, se habría formado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio según el cual, una disposición convencional puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario.

> Al atribuir al artículo 6º de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, que habiendo servido de base o de punto de partida a una regla que puramente convencional o contractual al origen, se habría, desde entonces, integrado al *corpus* del derecho internacional general y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio juris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido partes en la Convención. Ciertamente, esta situación se encuentra dentro del terreno de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es, incluso, uno de los métodos reconocidos por los cuales nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.[29]

De acuerdo con este fallo de la Corte, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el *status* de norma consuetudinaria se requerirá, antes que nada, que la disposición en cuestión posea "un carácter fundamentalmente normativo, y pueda así constituir la base de una regla general de derecho"; "una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados", y por último que, por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica, "ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado de manera a establecer un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego".[30]

Hay que aceptar, como lo reconoce Michael Akehurst, que es un tanto inútil querer hacer distinciones *a priori* entre reglas convencionales

29 *Plateau continental de la Mer du Nord. Arrêt*. CIJ, *RAAOCIJ*, 1969, p. 41, párr. 71. traducción mía.

30 *Idem*, pp. 41-43. párr. 72. 73 y 74. Ver Marek, Krystyna, "Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental, la mer du Nord", *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, 1/1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión "*fondamentalement normatif*" —ciertamente desafortunada por su impresión—, K. Marek afirma que probablemente lo que la Corte quiso decir fue que una regla convencional general, puede servir de base a un desarrollo consuetudinario, *idem*, p. 58.

que son susceptibles de devenir normas consuetudinarias y reglas que carecen de dicha aptitud, ya que siempre será una cuestión de especie.

Sin embargo, puede sostenerse que la probabilidad de que tal transformación ocurra, va a variar en proporción inversa al alcance con que las reglas del tratado difieran de las reglas previamente aceptadas por el derecho consuetudinario.

En particular, reglas de tratados que añaden una mera precisión al derecho consuetudinario son bastante probables de ser aceptables como reglas consuetudinarias en el futuro; o bien lo mismo puede ocurrir en aquellas hipótesis en que hay incertidumbre sobre el contenido del derecho consuetudinario preexistente.[31]

No obstante ello, es posible que la "aplicación" subsiguiente, que es esencial para que esas reglas se conviertan en consuetudinarias, puede que no llegue a ocurrir, ya que es probable que la incertidumbre del derecho consuetudinario pueda ser causada por un conflicto de intereses entre diferentes grupos de Estados, y entonces es ciertamente posible que cada grupo continúe adhiriéndose a la antigua costumbre que sea acorde a sus intereses en vez de adecuar su práctica no-contractual a la visión de los tratados, que representa un compromiso entre los dos grupos de Estados.

Así, por ejemplo, las controversias entre Estados con economía capitalista y Estados con economía planificada, en relación a la expropiación de propiedad privada, han sido dirimidas a través de tratados que representan un compromiso ante el punto de vista capitalista de derecho consuetudinario (completa indemnización) y el punto de vista comunista (ausencia de indemnización); no obstante, las reglas nuevas de derecho consuetudinario no se han desarrollado fuera de los tratados, en razón de que la práctica no-contractual de cada parte continúa apegándose al punto de vista del derecho consuetudinario previamente adoptado por cada una de las partes.[32]

VIII. Lo "novedoso" de la Convención de 1982

En el caso del nuevo derecho del mar debe observarse que éste incluye nuevas zonas de jurisdicción nacional, tales como la zona económica

31 Akehurst, Michael, "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, XXV, Oxford, 1974-1975, pp. 49-51.

32 Akehurst, Michael, *op. cit.*, pp. 51 y 52.

exclusiva y las aguas archipelágicas; incluye nuevas definiciones sobre conceptos ya existentes, tales como la plataforma continental, el mar territorial y el tránsito por los estrechos; así como el totalmente nuevo concepto del área internacional de los fondos marinos como patrimonio común de la humanidad.

Por otra parte, hay que reconocer que no pueden pretender poseer un carácter consuetudinario todas las disposiciones que prevén la creación de nuevos organismos internacionales, en particular la Autoridad de los Fondos Marinos y el Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar, o mecanismos obligatorios de solución de controversias.[33]

Sin embargo, como lo ha hecho notar un autor en reciente artículo, lo "novedoso" puede referirse no solamente a las nuevas reglas incorporadas en la Convención sobre el Derecho del Mar, sino también al nuevo derecho consuetudinario, que ha sido formado por la reciente práctica estatal, la cual influyó y fue a su vez influida por la Conferencia sobre el Derecho del Mar, como un factor fundamental de aceleración en el desarrollo de la práctica de los Estados.[34]

IX. Celebración de un tratado alternativo

La administración Reagan, de conformidad con su decisión de no firmar la Convención de Montego Bay, propuso a varios de los países que no la firmaron, la celebración de un "mini-tratado" relativo a la explotación de los fondos marinos.[35]

Yendo más allá de esta propuesta, el internacionalista Anthony D'Amato ha sugerido que para evitar los efectos sobre terceros (*third-party*) que tendría la Convención de 1982 sobre las partes en el "mini-tratado", debería mejor celebrarse un *tratado alternativo* que aseguraría que casi todos los Estados firmarían uno de los dos tratados, cada uno de ellos conteniendo disposiciones equivalentes con excepción de las cuestiones relativas a la explotación de los fondos marinos.

33 Ver Treves, Tullio, *La convenzione delle Nazioni Unite...*, *cit.*, p. 17.

34 Lee, Luck T., "The Law of the Sea Convention and Third States", *AJIL*, vol. 77, 1983, p. 563.

35 De hecho, el 2 de septiembre de 1982 fue celebrado en Washington un "Acuerdo concerniente a los arreglos provisionales relativos a los nódulos polimetálicos de los grandes fondos marinos", firmado por la República Federal de Alemania, Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña. Ver texto reproducido del Acuerdo en *Revue Générale de Droit Intenational Public*, t. 87, 1983, 2, pp. 493-497.

Si un tribunal internacional tuviera que pronunciarse sobre las consecuencias legales de dos tratados multilaterales en conflicto sobre el régimen de explotación de los fondos marinos, al menos los Estados parte en el tratado alternativo, tendrían un instrumento propio y válido internacionalmente para poder esgrimirlo en contra de la Convención.

Además, continúa la tesis de D'Amato, dichos Estados podrían argumentar que no existe un principio de "regla de la mayoría" en derecho internacional que pudiera hacer aparecer como si la Convención de 1982 revistiera una mayor significación que su propio tratado alternativo, e incluso podrían añadir que no existe un principio de prioridad en el tiempo que pudiera favorecer más a la Convención porque hubiese sido concluida ésta con antelación.[36]

X. Controversias entre la Convención y un tratado alternativo

Lo que nosotros debemos preguntarnos es lo que sucedería si dos grupos de Estados estuvieran vinculados cada uno de ellos a una cierta costumbre diversa entre sí: ¿quién podría decir con autoridad cuál es la costumbre general y cuál es la especial o regional? Michael Akehurst ha sostenido que en casos de esta índole no se trata sino de "separados subsistemas" de una costumbre de carácter especial o regional.

Si una regla tiene aplicación entre la mitad de los integrantes de la comunidad internacional, y otra regla se aplica entre la restante parte de la comunidad de Estados, las controversias entre los Estados enmarcados dentro del primer grupo pueden ser solucionados por aplicación de la primera regla, y las controversias entre los Estados del segundo grupo podrán ser dirimidas por aplicación de la segunda regla; esto es ciertamente más satisfactorio que el tratar de encontrar una costumbre general común a los Estados de ambos grupos.[37]

La dificultad se presentará cuando haya una controversia entre un Estado dentro del primer grupo y un Estado perteneciente al segundo grupo.

Si los Estados del primer grupo han siempre disentido acerca de la costumbre practicada por los Estados del segundo grupo, y si los Estados

36 D'Amato, Anthony, "An Alternative to the Law of the Sea Convention". Abeba en 1973; ver Peyroux, Evelyne, *op. cit.*, pp. 623-648.

37 Akehurst, Michael, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

del segundo grupo han siempre disentido de la costumbre practicada por los Estados del primer grupo, entonces ninguno de los dos grupos quedará vinculado por la costumbre del otro grupo.

La única solución posible en estas hipótesis, sostiene Akehurst, y a menos de que uno esté preparado a admitir que existen lagunas en el derecho (algo que las cortes y tribunales internacionales no han querido nunca reconocer), es volver a tiempos históricos pasados cuando una regla aceptada por ambos grupos de Estado existía, y continuar aplicando dicha regla. Esta solución que, su autor reconoce, pudiera aparecer como artificial —desde el momento en que por tratarse de la aplicabilidad de una regla antigua sus resultados probablemente sean inciertos— es, sin embargo, posiblemente menos generadora de artificialidad e incertidumbre que ninguna otra solución que pudiera sugerirse sobre algo que es, sin duda ,uno de los más difíciles problemas en derecho internacional.[38]

Si la Corte Internacional de Justicia o cualquier otro tribunal internacional tuviera que pronunciarse sobre una controversia en la cual el demandante base sus argumentos en el tratado alternativo, y el demandado se fundamente en la Convención de 1982, o viceversa, puede en dicho caso especularse en el sentido de que el Tribunal tomaría considerablemente en cuenta la práctica de los Estados que se hubiera realizado bajo cualquiera de los dos tratados; es decir, el primer tratado implementado mediante práctica efectiva.

Si por ejemplo, dice D'Amato, una compañía estadounidense está llevando a cabo explotaciones en los fondos marinos de conformidad con el tratado alternativo, y no hubiera otras actividades de explotación por alguno de los otros países partes en la Convención, la sola práctica de dicha compañía tendería a reforzar las normas contenidas en el tratado alternativo.[39]

XI. La participación representativa

Si lo anterior puede ser cierto, conforme a derecho positivo y bajo determinadas circunstancias, también lo es el hecho indiscutible que el número de Estados que llegan a formar parte en cierta práctica, es mucho más

38 *Idem*, p. 31.

39 D'Amato, Anthony, *op. cit.*, p. 284. En forma un tanto más conservadora, un tribunal podría simplemente reconocer dos regímenes competitivos en la explotación de los fondos marinos, y decidir posiblemente que las actividades de explotación pudieran ser llevadas a cabo al amparo de cualquiera de los regímenes previstos por alguno de los tratados, *loc. cit.*

importante que el número de actos separados de que llegue a configurarse una cierta práctica, o el tiempo en el cual ésta haya sido desarrollada.

Un único acto llevado a cabo por más de una cincuentena de Estados, provee una prueba mucho mayor de que una costumbre ha sido aceptada por la comunidad internacional, que una docena de actos por separado llevados a cabo por una docena de Estados.[40]

El embajador Tommy Koh, presidente de la III Conferencia sobre Derecho del Mar, en más de una ocasión señaló que los intereses de ciertos países, tales como los relativos a seguridad militar y recursos, no estarían necesariamente protegidos por el derecho internacional consuetudinario si dichos países no llegaban a formar parte de la Convención de Montego Bay.[41]

Sin embargo, hay que reconocer —nos guste o no nos guste—, que incluso si la intención de los negociantes en la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, era la de limitar los beneficios de todas sus estipulaciones exclusivamente a los firmantes; en estricto rigor jurídico, los Estados no-partes podrían beneficiarse del régimen de la Convención si la disposición de que se trata, refleja una norma consuetudinaria preexistente, o bien, llega a adquirir el *status* de regla consuetudinaria.[42]

40 En el caso de la plataforma continental en Mar del Norte, la Corte Internacional sostuvo la posibilidad de que "...incluso en que un largo periodo haya transcurrido una participación bastante amplia y representativa podría ser suficiente, con la condición de que comprendiera a los Estados particularmente interesados". CIJ, *Plateau Continental de la Mer du Nord, RAAOCIJ*, 1969, p. 43, párr. 73. Ver respecto a este punto: Akehurst, Michael, *op. cit.*, pp. 12-45.

41 Dichos países correrían entonces el riesgo de ver, por ejemplo, restringido su derecho de tránsito por los estrechos, que es vital para sus intereses estratégicos globales, o puesto en entredicho, por los Estados partes quienes consideran que tales cuestiones deben ser únicamente gobernadas por la Convención. Ver las declaraciones del presidente, del 6 y 11 de diciembre de 1982, en la sesión final de la Conferencia en el volumen que contiene la nueva Convención de 1982, *The Law of the Sea with Index and Final Act*, pp. XXXIII-XXXVII.

42 Ver en este sentido a Lee, Luke T., *op. cit.*, pp. 566 y 567. La Convención de Montego Bay, entró en vigor el 16 de noviembre de 1994, esto es, doce meses después de que se depositó el 60° instrumento de ratificación.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ANÁLISIS DE LA ZONA ECONÓMICA Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN EL NUEVO DERECHO DEL MAR

SUMARIO: I. *La zona económica exclusiva y la plataforma continental.* II. *La excepción general al principio de la libertad de pesca reconocido por la Convención sobre Pesca de 1958.* III. *Antecedente inmediato del concepto de zona económica.* IV. *Naturaleza jurídica de la zona económica exclusiva.* V. *La pesca en la zona económica exclusiva.* VI. *La adopción de la zona económica mexicana.* VII. *Plataforma continental.* VIII. *Concepto jurídico.* IX. *Naturaleza jurídica.* X. *Delimitación de la plataforma continental entre Estados.* XI. *Caso de la plataforma continental en Mar del Norte.* XII. *Caso de la plataforma continental en mar de Iroise.* XIII. *Caso de la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia.* XIV. *Tercera Conferencia.* XV. *Convención de Montego Bay.*

I. LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL

El origen o la gestación de lo que se conoce como el proceso de las nuevas reivindicaciones en favor de una zona de jurisdicción y control de los recursos marítimos, se sitúa, frecuentemente, a partir de la fecha de la doble Proclama Truman, relativa al establecimiento de zonas de conservación para proteger los recursos de pesca, y la referente a la plataforma continental.[1]

Una parte de la doctrina considera que esas dos declaraciones Truman tuvieron sólo una débil influencia sobre la naturaleza y las finalidades de las reivindicaciones posteriores de los Estados, en lo que concierne al deseo de establecer una competencia exclusiva sobre los recursos biológicos y no-biológicos al interior de una zona considerada como formando parte de alta mar. Incluso si la anterior opinión puede llegar a ser compar-

1 "Presidential Proclamation No. 2667, 28 sept. 1945"; "Executive Order No. 9633, 28 sept. 1945"; textos reproducidos en Durante, Francesco, *La piattaforma litorale nel diritto internationale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 306 y 307. Ver en general Gómez-Robledo V., Alonso, "La zone economique proposée", *Institut de Hautes Études*, Genève, 1977 (mimeografiado).

tida, debemos admitir, con todo, que la Declaración Truman tuvo el efecto muy importante de atraer la atención de ciertos Estados ribereños sobre el interés de los espacios marítimos adyacentes a sus costas.[2]

Así, se puede fácilmente constatar a partir de aquella fecha, una tendencia a la extensión de los derechos del Estado ribereño; es de esta forma que Chile, por ejemplo, el 23 de junio de 1947, careciendo de plataforma continental a lo largo de su costa (o al menos sumamente estrecha), va a realizar por la primera vez una reivindicación de "soberanía" hasta una distancia de 200 millas, que se ejerce no solamente sobre el lecho y subsuelo del mar sino también sobre las aguas suprayacentes.[3]

Esta reivindicación será seguida apenas dos meses más tarde por la de Perú con las mismas pretensiones y la misma extensión.[4]

Una característica que podrá permitir comenzar a diferenciar las nuevas reivindicaciones de los Estados costeros, se puede encontrar en el hecho de que toda esta tendencia no se encuentra ya motivada en forma principal por intereses estratégicos o políticos, tal y como eran concebidos por las potencias marítimas, sino más bien la motivación esencial podrá estar definida por lo que se ha llamado "la preservación del patrimonio económico costero".[5]

II. La excepción general al principio de la libertad de pesca reconocido por la Convención sobre Pesca de 1958

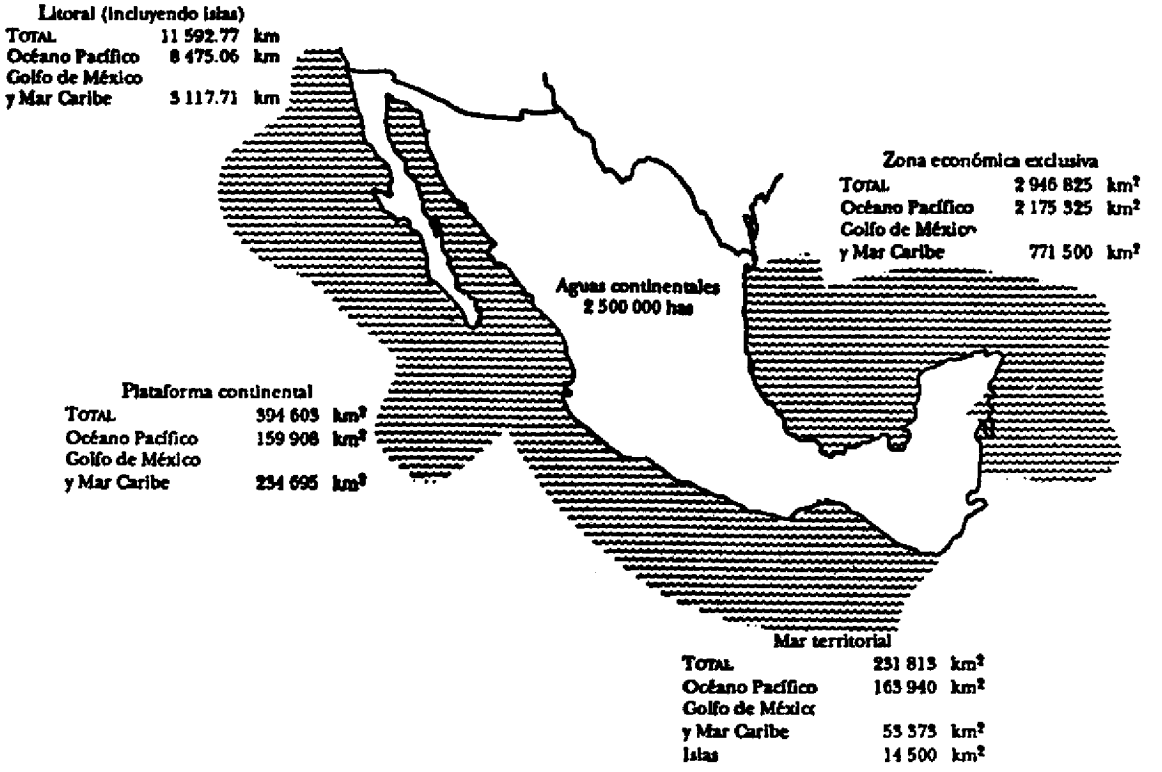
Es evidente que las Convenciones de Ginebra de 1958 no hacen mención de una concepción semejante a la de una zona económica exclusiva en beneficio del Estado ribereño.

2 Para las dos concepciones de la doctrina en lo que concierne a la importancia de la Proclama Truman, ver respectivamente: García-Amador, "The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea", *American Journal of International Law*, vol. 68. 1974, pp. 33-36; y Nelson, L. D. M., "The Patrimonial Sea", *International and Comparative Law Quarterly*, octubre de 1973, vol. 22. p. 673.

3 Texto de la Declaración de Chile del 23 de junio de 1974, reproducido en Durante, Francesco, *op. cit.*, p. 263.

4 Texto de la Declaración de Perú del 1o. de agosto de 1974 reproducido en Durante, Francesco, *op. cit.*, p. 292. Haciendo un esfuerzo por llegar a un acuerdo a nivel regional los tres países del Pacífico Sur: Chile, Ecuador y Perú emiten el 18 de agosto de 1952, la "Declaración sobre la Zona Marítima", conocida como Declaración de Santiago, texto en Law, Churchill, Nordquist, *New Directions in the Law of the Sea, Documentos*, Nueva York, Londres, vol. 1, 1973, p. 231.

5 Dupuy, R. y Piquemal, A., "Les Appropiations Nationales des Espaces Maritimes", *Actualités du Droit de la Mer, Colloque de Montpellier*, París, Pédone, 1973, p. 115.



FUENTE: *El océano y sus recursos*, IX.

Las competencias que el Estado costero puede ejercer sobre una zona de la alta mar en virtud del artículo 24 de la Convención sobre mar territorial y zona contigua, son diversos tipos de controles (no una jurisdicción) en vista de prevenir y reprimir ciertas violaciones a su legislación nacional, pero en todo caso no se trata de ejercer controles con un contenido económico en el sentido preciso de las nuevas reivindicaciones.

Pero, por el contrario, en ocasiones se ha sostenido que la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la alta mar, tuvo la intención de crear cierta clase de compromiso entre los Estados defensores de la doctrina clásica de la libertad de pesca en la alta mar y los Estados costeros defensores de tesis relativas a la creación de zonas de pesca exclusivas,[6] al reconocer al Estado ribereño "...un interés especial en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos en cualquier parte de la alta mar adyacente a su mar territorial" (artículo 6o., párrafo 1o.), además de reconocerle igualmente el derecho "...de adoptar unilateralmente las medidas de conservación que procedan para toda reserva de peces..." (artículo 7o., párrafo 1o.).

Sin embargo, el internacionalista Jorge Castañeda ha observado correctamente que si es difícil aceptar esta interpretación de una pretendida excepción al principio de la libertad de pesca hecha por la Convención, es porque ese derecho de intervención unilateral fue sometido a tales restricciones, y cubierto por tal cantidad de garantías y condiciones complicadas, que en realidad fue privado por lo mismo de casi toda efectividad jurídica.[7]

Es suficiente con ver los criterios que son adoptados por el artículo 7o., párrafo 2o., de esta Convención sobre la pesca, con objeto de la delimitación de ese derecho reconocido al Estado costero, para darnos cuenta sin más que ese "derecho" estaría siempre desprovisto de todo alcance real.

Conforme al mencionado artículo 7o., para que la adopción unilateral de dichas medidas pueda surtir efecto respecto de Estados terceros, éstas deberían responder a una necesidad urgente, fundadas en dictámenes científicos pertinentes y no discriminatorias ni de hecho ni de derecho.

No es por ello nada extraño que haya podido afirmar que la Convención sobre la pesca de 1958, pasó a un lado del verdadero problema: la preocupación de cada Estado de reservarse la explotación de la pesca.[8]

6 Nelson, L. D. M., "The Patrimonial Sea", *op. cit.*, p. 673.

7 Castañeda, Jorge, "The Concept of Patrimonial Sea in International Law", *Indiana Journal of International Law*, 1972, p. 535.

8 Gros, André, citado por Dupuy, R.-J., "Les Apropiations nationales...", *op. cit.*, p. 148.

Por el contrario, el derecho de cada país a ejercer un control sobre sus recursos naturales marítimos, aunado al derecho de delimitar su soberanía y jurisdicción marítimas siguiendo criterios razonables y decretando medidas de naturaleza económica sin lesionar la libertad de navegación y sobrevuelo, serían derechos claramente plasmados en la Declaración de Montevideo del 8 de marzo de 1970 y la Declaración de Lima del 8 de agosto del mismo año.[9]

En adelante ya no se tratará de una oposición semejante a la expresada en la tesis de un *mare liberum* y aquella relativa a la de un *mare clausum*, sino más bien de lo que se tratará será de encontrar una solución a la oposición que pueda generarse entre el principio de la libertad de la alta mar, sobre todo en lo que concierne al terreno de la pesca, y la tendencia favorable a la ampliación de la zona de competencia de los países ribereños.

III. Antecedente inmediato del concepto de zona económica

Es en la Declaración de Santo Domingo del 9 de junio de 1972, adoptada por la Conferencia de los países del Caribe,[10] en donde se puede encontrar el antecedente, posiblemente más inmediato y también el más importante, de la futura concepción de una zona económica exclusiva, tal y como fue propuesta en el seno de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar.

Esta Declaración prevé el derecho para el Estado costero de establecer un mar territorial hasta una distancia de 12 millas, y más allá del límite exterior de este mar, una jurisdicción o competencia especial, que la mencionada Declaración prevé bajo la denominación de "mar patrimonial"; la extensión del mar patrimonial no deberá extenderse más allá de 200 millas.[11]

9 Lay, Churchill, Norquest, *New Directions in the Law of the Sea. Documents*, Nueva York, Londres, vol. I, 1973, pp. 235 y 237. Ver para un análisis de ésta. Declaraciones a Ralph Zacklin, *The Changing Law of the Sea. Western Hemisphere Perspectives*. Leidhen, Sijthoff, 1974. En particular p. 66.

10 En la Conferencia de Santo Domingo participaron los trece Estados que bordean el Mar Caribe, es decir, Barbados, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Trinidad y Tobago, Venezuela, además El Salvador y la Guyana. Ver *New Directions, op. cit.*, p. 247.

11 La noción de mar patrimonial aparece por la primera vez en el plano internacional en agosto de 1971, cuando el delegado de Venezuela (Andrés Aguilar) la sometió al Comité de Fondos Marinos de Naciones Unidas como solución de compromiso. El acuñamiento de esta expresión se debe al diplomático chileno E. Vargas Carreño quien la utilizó en un informe presentado ante el Comité Jurídico Interamericano. Ver Méndez Silva, Ricardo, *El mar patrimonial en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974.

Es una zona marítima que se define como mar patrimonial; el Estado ribereño, según esta Declaración, ejerce "derechos soberanos" sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, que se encuentran en el lecho del mar y su subsuelo (artículo 1o.).

Al interior de este mar patrimonial se reconoce a todos los otros Estados, ya sean costeros o sin litoral, la libertad de navegación o sobrevuelo, y la libertad de tendido de cables y tuberías submarinas (artículo 5o.).

Ciertos autores han observado que la utilización de la expresión "derechos soberanos" tomada del artículo 2o., párrafo 1o., de la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958, tuvo la intención de subrayar que de lo que se trataba era de una competencia especializada y funcional, y que la fuerza o el éxito de la noción de mar patrimonial se encontraba en el hecho que la misma se situaba entre los principios clásicos del derecho internacional del mar y la serie de nuevas reivindicaciones hechas por ciertos Estados costeros.[12]

Por su parte los Estados africanos, bajo la influencia de los países latinoamericanos, van a adoptar una actitud muy semejante.

La mayor parte de los gobiernos de estos nuevos Estados van a tomar conciencia, desde su acceso a la independencia, del interés que presenta la pesca para sus países y, en consecuencia, pondrán en tela de juicio las reglamentaciones existentes basadas sobre principios tradicionales.

La afirmación de la soberanía nacional cobrará mucho mayor énfasis en la medida que el Estado tiene menos posibilidades de hacer prevalecer sus puntos de vista.

Ese movimiento que traduce una voluntad de ruptura con el pasado colonial, pero sin llegar hasta la negación, tiene finalmente por objetivo, como dice un autor, de situar el derecho del mar al servicio de una política del desarrollo económico.[13]

Tratando de codificar sus puntos de vista, diecisiete de los Estados africanos se reunieron en Yaoundé, del 20 al 30 de junio de 1972; a raíz de dicho seminario, adoptaron estos países la unanimidad del "Informe

12 Nelson, L. D. M., *op. cit.*, p. 677. El jurista Jorge Castañeda interpreta la tesis del mar patrimonial tal y cual fue definida en la Declaración de Santo Domingo, dentro de un marco jurídico a nivel universal, y no simplemente como una solución a nivel regional. Ver "The concept of Patrimonial...", *op. cit.*, p. 542.

13 Peyroux, Evelyne, "Les États Africains face aux questions actuelles du droit de la mer", *Rèvue Générale de Droit International Public*, 1974, p. 625.

General de Yaoundé sobre el Derecho del Mar",[14] introduciendo la noción de "zona económica".[15]

México presentaría, ante el Comité de Fondos Marinos, lo que ciertamente puede considerarse como la "primera propuesta concreta" de lo que posteriormente sería el núcleo de la futura zona económica exclusiva tal y como se conocería en la Tercera Conferencia.

La propuesta mexicana se encontraba redactada de la siguiente manera:

> El Estado ribereño podrá ejercer jurisdicción especial en la alta mar adyacente a sus costas, para alguno, entre otros, de los siguientes propósitos específicos:
>
> 1. Conservación y administración de los recursos vivos del mar.
>
> 2. Aprovechamiento exclusivo o preferente de los recursos vivos del mar por sus nacionales, y
>
> 3. Prevención de la contaminación del medio marino o de las costas.
>
> La jurisdicción se ejercerá de conformidad con las disposiciones del presente Tratado y las demás reglas del derecho internacional. Al establecer una zona de jurisdicción especial, el Estado ribereño tendrá en cuenta los intereses de la comunidad internacional y, en la medida de lo posible, los de otros Estados.
>
> Se ejercerá en una área conmensurada a su objeto, pero en ningún caso se extenderá a más de doscientas millas de la costa.[16]

La expresión de mar patrimonial, además de mostrar su objetivo marítimo, lo que no es el caso con el de la zona económica, tenía el mérito de dar una idea fiel de la naturaleza de las facultades de que goza el Estado costero, es decir, de sus derechos precisamente patrimoniales.

Si esta concepción no prevaleció fue justamente, como dice R. J. Dupuy, en razón de su sinceridad y llaneza, lo que inquietaba a las grandes potencias marítimas; la zona económica por el contrario parecía una ex-

14 "Conclusions in the General Report of the Regional Seminar on the Law of the Sea, held in Yaoundé, 1972", *New Directions...*, *cit.*, p. 250.

15 La idea de la zona económica fue expresada por la primera vez en enero de 1971 por el representante de Kenya en el curso de la sesión anual del Comité Jurídico Consultivo Africano-Asiático. Encontró una expresión formal en la Declaración de la Organización de la Unidad Africana sobre Derecho del Mar, en Adis Abeba en 1973. Ver Peyroux, Evelyne, *op. cit.*, pp. 623-648.

16 Citado por Cabrera, Alicia, "La zona económica exclusiva en el nuevo derecho del mar y sus repercusiones en las legislaciones mexicana y estadounidense", *Relaciones México-Estados Unidos: una visión interdisciplinaria*, México, UNAM, 1981, pp. 335 y 336, compilador Alonso Gómez-Robledo Verduzco.

presión con contenido más neutro, no fuera ya sino porque ponía menos acento sobre la idea de propiedad.[17]

Es interesante además hacer notar que, para el año de 1972, el entonces juez mexicano ante la Corte Internacional de Justicia, Luis Padilla Nervo, en una opinión disidente, afirmaba lo siguiente:

> ...el desarrollo progresivo del derecho internacional supone el reconocimiento de la noción de mar *patrimonial* que se extiende desde las aguas territoriales hasta una cierta distancia, fijada por el Estado ribereño interesado en el ejercicio de sus derechos soberanos, con vistas a proteger los recursos de los cuales dependen su desarrollo económico y la subsistencia de su población. Este concepto no es nuevo. Ha encontrado expresión en declaraciones de muchos gobiernos proclamando como su política marítima internacional, su soberanía y jurisdicción pesquera exclusiva sobre los mares contiguos a sus costas.[18]

IV. Naturaleza jurídica de la zona económica exclusiva

No es fácil de determinar claramente la naturaleza jurídica de esta zona en el marco de las naciones clásicas del derecho internacional del mar.

Está fuera de discusión que el Estado costero no ejerce una "soberanía" en la zona económica, como por el contrario sí la ejerce dentro de su mar territorial en donde posee la plenitud de competencias (evidentemente en las condiciones establecidas por el derecho internacional).[19]

La zona económica no puede ser considerada como siendo parte integrante del territorio del Estado costero; éste ejerce solamente una jurisdicción y control para ciertos fines específicos, principalmente en lo que concierne a la pesca, la preservación del medio marino a fin de eliminar los peligros de contaminación, y la investigación científica.[20]

17 Dupuy, René-Jean, *L'Océan Partagé*, París, Pédone, 1979, p. 71.

18 *Fisheries Jurisdiction. Intern Protection Order of 17th. August, 1972, ICJ Reports*, 1972, p. 27. Esta opinión sería fuertemente atacada por el Juez F. de Castro, quien afirmaría que la noción de mar patrimonial era una noción de compromiso, pero que no llenaba las condiciones de una regla de derecho, *Reports*, 1974, p. 94.

19 Ver Quéneudec, Jean-Pierre, "La Zona Economique", *Révue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1975, p. 313.

20 Ver intervención de Jorge Castañeda ante la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en ocasión de la presentación del proyecto conjunto sobre mar patrimonial (Colombia, México, Venezuela, Nueva York) 3 de abril de 1973. Documentos oficiales, vigésimo octavo periodo de sesiones, Asamblea General, suplemento núm. 21 (A/9021).

En ocasiones se ha querido calificar a la zona económica como una zona de la alta mar en la cual la administración de los recursos naturales estaría confiada al Estado ribereño.[21]

Sin embargo, si esta manera de querer precisar la naturaleza jurídica de la zona económica es criticable, no es solamente a causa de la supresión de la libertad de explotación de los recursos por terceros Estados en el interior del espacio marítimo referido, sino también porque es verdad que el principio de la libertad de las comunicaciones se presenta de una manera diferente, ya que si se le otorga al Estado costero una competencia precisa en lo que concierne a la investigación científica y a la preservación del medio marino, el buque extranjero se verá entonces obligado a respetar los reglamentos dictados a propósito de tales materias.[22]

El control y la jurisdicción que pueden ser ejercidos por el Estado costero en este terreno modifica por ello mismo el principio de la libertad de comunicaciones tal y como es conocido en el régimen de la alta mar en donde no existen restricciones de tal clase.

Por otra parte hay que subrayar también que la expresión misma de "zona económica exclusiva" hace aún más difícil la precisión de su naturaleza jurídica, pues como justamente se hizo notar en el seno de la Segunda Comisión, la expresión es criticable en la medida en que el adjetivo de "exclusiva" está aplicado a la zona misma, siendo que en realidad son los derechos reconocidos del Estado costero los que en verdad deben ser calificados de exclusivos.[23]

Si debiera admitirse que el fundamento jurídico de la zona económica se encuentra en la noción de derecho patrimonial tal y cual fue enunciada en el transcurso de la Conferencia de Santo Domingo, en el sentido preciso de que los recursos del mar adyacentes a las costas formarían parte del patrimonio nacional del Estado costero,[24] esta idea tendría el defecto de no contemplar los otros derechos o competencias consagrados por la Convención de 1982.

En las últimas semanas de la sexta sesión, el debate sobre la naturaleza jurídica de la zona económica volvió a ser objeto de discusión detenida en el seno de un grupo oficioso, restringido, compuesto por una quincena

21 En este sentido, Gastines, Louis, "La mer patrimoniale", *RGDIP*, 1975, p. 457.

22 Ver Quéneudec, J. P., "La Zone Economique", *op. cit.*, pp. 344 y 345.

23 Intervención del representante francés S. Jeannel, *Troisième Conférence...*, deuxième session, vol. II, p. 206.

24 Bewrier, P., y Cadenat, "Le contenu économique des normes juridiques dans le droit de la mer contemporain", *RGDIP*, 1974, p. 604.

de delegaciones representativas de las principales tendencias y presidido por el jurista Jorge Castañeda.

El artículo 55 de la Convención sería el fruto del arreglo elaborado por dicho grupo y presentando la zona como un espacio marítimo en donde se equilibren los derechos del Estado costero con aquellos de los terceros Estados.

> La zona económica es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta parte, de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención.

Así pues, la zona económica exclusiva constituye una *zona de soberanía económica*, que forma parte de lo que se puede llamar la zona de jurisdicción nacional, la cual comprende a su vez una extensión de total soberanía, es decir la de las aguas interiores y la del mar territorial.

Esta zona de soberanía económica se refiere a la explotación de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, así como a la producción de la energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos, pero no se aplica al espacio marítimo en sí mismo, ya que éste permanece abierto a las libertades *tradicionales* de navegación y de comunicación.[25]

V. La pesca en la zona económica exclusiva

Concomitantemente, a la posibilidad de introducir la noción de una zona económica, se creyó que su adopción podría conllevar una disminución de explotación o sub-explotación de los recursos vivos, desde el momento en que varios Estados costeros no tendrían los medios industriales para poder obtener el máximo del potencial de los recursos de su zona marítima.[26]

Sin embargo, esta crítica no es muy pertinente desde el momento en que el mecanismo para la explotación de los recursos biológicos se presenta en sus grandes líneas dentro de la nueva Convención (parte V) de la manera siguiente:

25 Ver en este sentido a Dupuy, René-Jean, *L'Océan...*, *cit.*, p. 83.

26 En este sentido: Bewrier, D. P. y Cadenat, P., "Le contenu économique...", *op. cit.*, p. 608. Ver igualmente la intervención del representante del Reino Unido, señor Jacklin, *Troisième Conference*, doc. of., vol. II, p. 223.

Primero: el principio general que impera en la zona económica es que el Estado ribereño goza de derechos de soberanía, para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales.

Segundo: el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación.

Tercero: el Estado ribereño promoverá el objetivo de la "utilización óptima" de los recursos vivos en su zona económica y determinará la captura permisible de los mismos.

Cuarto: el Estado ribereño determinará su capacidad de captura de los recursos vivos, y en aquellos casos en que el Estado no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, mediante acuerdos u otros arreglos.

Quinto: al dar a otros Estados acceso a su zona económica, el Estado costero tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos, la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño interesado, las necesidades de los Estados en desarrollo de la región, y la necesidad de reducir al máximo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona.

Sexto: los nacionales de otros Estados que pesquen en la zona económica exclusiva, observarán las modalidades y condiciones establecidas en las leyes y reglamentos del Estado costero, pudiéndose referir, entre otras, a cuestiones tales como las concesiones de licencias a pescadores, incluidos el pago de derechos y otras formas de remuneración, la determinación de las especies que puedan capturarse y la fijación de las cuotas de captura, etcétera.

Séptimo: el Estado ribereño podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con la Convención, incluidas la visita, la inspección, el apresamiento y la iniciación de procedimientos judiciales (se excluyen las penas privativas de la libertad).[27]

27 Ver artículos 56 párr. 1o., 61, párr. 2o. 62, párr. 1o., 2o., 3o. y 4o., y 73. Ver Scovazzi, Tullio, "La pesca della zona económica esclusiva", en Conforti, Benedetto (editor), *La Zona Económica esclusiva*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 13-20.

En cuanto a la importante cuestión referente al arreglo de controversias en esta materia, la solución consagrada por la Convención, representa un compromiso esencialmente entre los Estados sin litoral y geográficamente desaventajados que se pronunciaban antes que nada por un procedimiento de arbitraje obligatorio, y por otra parte aquellos Estados que hubiesen preferido que no se estipulara ningún sistema preciso del arreglo de controversias.

La Convención prevé que no existirá procedimiento de arreglo jurídicamente vinculante para las partes en los casos de diferendos que se refieren a los derechos soberanos de un Estado costero en relación con los recursos vivos encontrados dentro de su zona económica exclusiva.

Tales derechos soberanos, incluyen las "*facultades discrecionales*" que posee el Estado costero para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración (artículo 297, párrafo 3o., inciso (a)).

Sin embargo, el Estado ribereño estará obligado a someterse en este campo a un *procedimiento de conciliación* en los tres casos siguientes:

1. Cuando el Estado ribereño ha incumplido de manera manifiesta su obligación de velar, con medidas adecuadas de conservación y administración, por que la preservación de los recursos vivos de la zona económica exclusiva no resulte gravemente amenazada.

2. Cuando el Estado ribereño se ha negado arbitrariamente a determinar, a petición de otro Estado, la captura permisible y su capacidad para explotar los recursos vivos.

3. Cuando el Estado ribereño se ha negado arbitrariamente a asignar a un Estado, conforme a las condiciones establecidas, la totalidad o una parte del excedente cuya existencia haya declarado (artículo 297, párrafo 3o., inciso (b) y anexo V).

Nosotros pensamos, siguiendo a R.-J. Dupuy, que este compromiso constituye una solución razonable por el equilibrio que se intenta en establecer para este género de controversias, en las cuales la intervención de una instancia jurisdiccional resulta bastante inapropiada.

Los Estados costeros tuvieron que aceptar la obligación de dar acceso a otros Estados a los excedentes de captura, pero conservaron su poder discrecional en la determinación del nivel de los excedentes de su

zona, así como en la elección del beneficiario llamado a participar en su explotación.[28]

Es cierto que los Estados costeros conservan de esta suerte una libertad real de apreciación política y económica dentro de este terreno, pero difícilmente podría concebirse de otra forma, ya que no es sino la consecuencia lógica del hecho de que los recursos vivos de la zona son el objeto de derechos soberanos del Estado ribereño.[29]

En realidad, como sostiene el profesor T. Scovazzi, un análisis del contenido de tales derechos demuestra, por lo que concierne a la pesca, un exclusivismo que no es absoluto sino que está condicionado al objetivo de la explotación óptima de los recursos en la zona.

En la prosecución del objetivo en cuestión, el Estado costero desarrolla por lo demás un rol de protagonista, pudiendo elegir, según sus posibilidades y exigencias, en qué medida llega a ser "pescador" o bien el "vendedor" de sus recursos.[30]

VI. La adopción de la zona económica mexicana

Con fecha 4 de noviembre de 1975, el Ejecutivo federal envió a la Cámara de Senadores de nuestro país una iniciativa de decreto que adicionaba el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer una zona económica exclusiva, y envió asimismo la correspondiente iniciativa de ley reglamentaria del nuevo párrafo VIII del artículo 27 constitucional.[31]

De esta forma el artículo 27 constitucional queda adicionado con el nuevo párrafo octavo de la siguiente manera:

> La nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se

28 Dupuy, R.-J., *op. cit.*, pp. 101-103.

29 Para Jean Carroz, los derechos soberanos del Estado en su zona económica comprenden realmente un verdadero poder discrecional y no una *obligación*, como parecería indicarlo las disposiciones generales de la Convención sobre la conservación y explotación de los recursos vivos. Carroz, Jean, "Les problèmes de la pèche dans la Convention sor le Droit de la Mer at la pratique des États", en el volumen *Le Nouveau Droit International de la Mer*, p. 189.

30 Scovazzi, Tullio, "La pesca nella zona economica esclusiva", *op. cit.*, pp. 19-20.

31 Ver respectivamente: *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, del 6 de febrero de 1976 y *DOF* del 13 de febrero de 1976, en vigor desde el 6 de junio de 1976.

> extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición en las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.

El 7 de junio de 1976 se publicó en el *Diario Oficial* el decreto por el que se fija el límite exterior de la Zona Económica Exclusiva de México, y mediante canje de notas del 26 de julio del mismo año, se delimitó la zona entre nuestro país y Cuba, con base en el principio o método de la equidistancia.[32]

Cuando México proclama su zona económica, no faltó algún autor que tratara de hacer la "apología" de la misma; de esta forma se adujo que para aquellas épocas (1975) existía ya en *derecho consuetudinario un fundamento* para alegar la validez de la reclamación.[33]

El fundamento jurídico principal de dicho autor para aseverar lo anterior lo encuentra, según él, en el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 1969 sobre la Plataforma Continental en el Mar del Norte.

La Decisión de la Corte Internacional de Justicia en 1969 para los Casos de la Plataforma Continental en el Mar del Norte puede ayudar a respaldar el argumento de la regla consuetudinaria. En aquella ocasión, la Corte expresó que "...el paso de solamente un corto periodo de tiempo no es necesariamente por sí mismo, un obstáculo para la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario".[34]

Una observación como la anterior carece de toda seriedad ya que está sacada completamente de contexto, lo cual provoca que se deforme y se desvirtúe el contenido real del fallo jurisprudencial.

Lo que verdaderamente asentó la Corte Internacional en el fallo del 20 de febrero de 1969, es algo totalmente diferente de lo que este autor pretende, y para prueba de ello es más que suficiente el remitirnos fielmente al pasaje de la sentencia mencionada, que a la letra dice lo siguiente:

> Aun y cuando el hecho de que no haya transcurrido más que un breve lapso de tiempo, no constituye necesariamente en sí un impedimento en la for-

32 Ver la reproducción de dichos textos legales en Vargas, Jorge, *La zona económica exclusiva de México*, México, Ed. Siglos, 1980, pp. 65-80.

33 Ver Székely, Alberto, "La reclamación mexicana sobre un mar patrimonial de doscientas millas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año IX, núm. 25 y 26, 1976, pp. 92-109.

34 *Idem*, p. 105.

> mación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla puramente convencional al origen, *permanece indispensable* que en ese lapso de tiempo, por breve que éste haya sido, la práctica de los Estados, incluyendo aquéllos que están *particularmente interesados*, haya sido *frecuente y prácticamente uniforme* en el sentido de la disposición invocada y se haya manifestado de manera tal que se pueda establecer un *reconocimiento general* del hecho de que una regla de derecho o una obligación jurídica está en juego.[35]

Así pues, habría que reconocer que, desde un punto estrictamente jurídico, nuestro acto unilateral de reivindicación de una zona económica en 1975 (fecha de introducción de las iniciativas al Congreso) difícilmente podría encontrar en aquellas fechas un sustento real en derecho positivo, y que permitiera, por lo tanto, una decisión favorable ante una posible jurisdicción internacional, ya que, en todo caso, lo más que habría podido reconocerse en aquel tiempo, era que se encontraba en el campo de la *lex in fieri*.

Pero lo que sí resulta indiscutible es que, desde un punto de vista político, nuestra reivindicación fue por demás oportuna, ya que incluso Estados Unidos extendió su propia jurisdicción en materia de pesca hasta una distancia de 200 millas a través de la "*Fishery Conservation and Management Act*" de 1976.[36]

VII. Plataforma continental

En la casi totalidad de las regiones del mundo, el fondo del mar va descendiendo en forma gradual a partir de la costa, prologándose en una gran extensión antes de que se interrumpa por un muy brusco descenso a través de una fuerte pendiente que conduce hasta las grandes simas oceánicas.

35 *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord* (République Fédérale d'Allemagne/Pay-Bas), *Recueil*, 1969, p. 43, párr. 74. El subrayado y la traducción son nuestras.

36 *International Legal Materials*, vol. 15, 1976, p. 634. Para un autorizado comentario sobre la Ley de Conservación y Administración Pesquera de 1976, ver Alicia Cabrera, "La zona económica exclusiva en el nuevo derecho del mar y sus repercusiones en las legislaciones mexicana y estadounidense", *op. cit.*, en particular pp. 352 y 356. Hay que recordar que Estados Unidos decretó el 10 de marzo de 1983 una zona económica exclusiva de 200 millas.

Esta zona del fondo marino que es una especie de cornisa que bordea, en forma más o menos acentuada, las islas y los continentes ha sido denominada como plataforma continental y planicie insular.[37]

La extensión de la plataforma continental es muy variable, ya que en algunas regiones tiene una anchura realmente insignificante (Ej. Costa occidental de América del Sur), en tanto que en otras regiones alcanza una extensión de 800 o más millas (ej. Mar de Bering).

El borde exterior de la plataforma en donde se registra un rápido aumento de la pendiente, se alcanza a una profundidad promedio de 135 metros, aun y cuando en ciertos casos esto mismo puede ocurrir a profundidades de cerca de los 50 metros y en otros a profundidades de cerca de los 500.

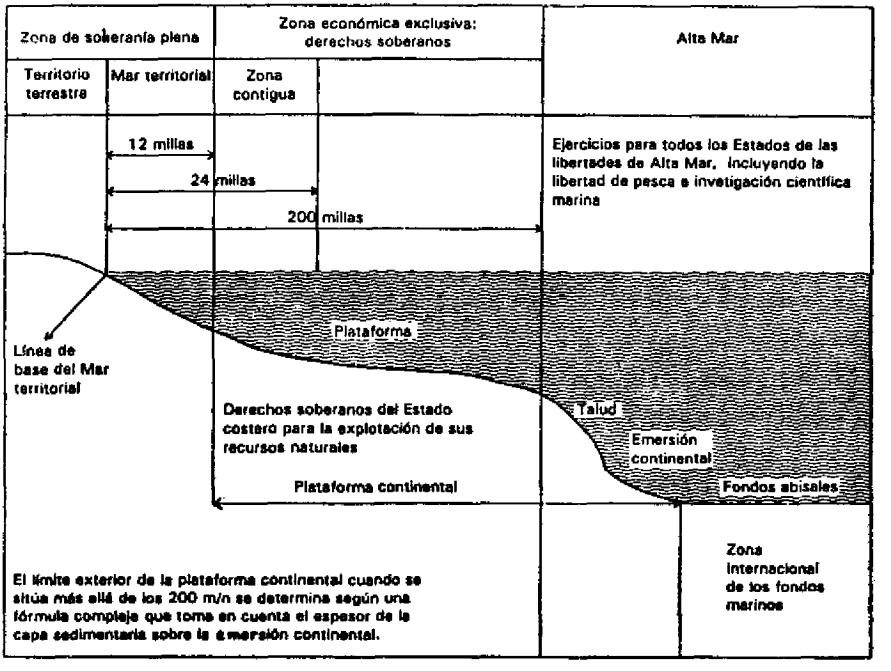
La plataforma continental es pues la parte prácticamente plana del zócalo de los continentes que se extiende desde la línea de la costa hasta la isóbata de los 200 metros, esta cifra sería en general la que marca la aparición de una ruptura de la pendiente y un fuerte declive hacia las grandes profundidades.

Lo que los geólogos denominan como "talud continental" debe considerarse aquella parte que se inicia en el borde exterior de la plataforma y va descendiendo hasta el punto en donde se encuentra con la llamada "emersión continental"; y por último aquella masa geológica formada por el lecho y subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental recibe el nombre de "margen continental".[38]

37 Ver la excelente monografía de Durante, Francisco, *La piattaforma litorale nel diritto internazionale*. Milano. Giuffrè, 1955. Este autor prefirió utilizar, y no sin razón, el término de "plataforma litoral", en cuanto él mismo indica con claridad el carácter de contigüidad a la costa del fondo marino al cual se hace referencia, y abarca así el concepto de plataforma continental como el de plataforma insular. Ver nota 2, p. 6.

38 Ver Colliard, C. A., "L'exploitation des ressources minérales", y Polvêche, J., "Les arguments géologiques et l'extension de la Souveraineté nationale, sur le domaine marin", *Le Fond des Mers*, prefacio de J. Y. Cousteau, París, Armand-Colin, 1971.

PERFIL ESQUEMÁTICO DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y ZONAS DE JURISDICCIÓN



VIII. Concepto jurídico

De acuerdo con la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental se entiende por este concepto, el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera de la zona del mar territorial hasta una profundidad de 200 metros o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dicha zona.

Durante la conferencia sobre Derecho del Mar de 1958 dos tesis se enfrentaron respecto al tipo de los derechos ejercidos por el Estado ribereño sobre la plataforma continental.

Según la primera tesis, el Estado ribereño debería ejercer una completa soberanía territorial sobre la plataforma continental y la futura convención no debería contener, a este respecto, ninguna disposición que tuviera por efecto el limitar dicha soberanía.

Por el contrario, para la segunda de las tesis sostenidas, los derechos del Estado ribereño deberían estar limitados a la jurisdicción y control sobre la plataforma para los fines de exploración y explotación de sus recursos naturales.

Baste mencionar aquí que la posición de nuestro país fue en dicha ocasión magníficamente expuesta de la manera siguiente:

> México sostiene de una manera inequívoca que el Estado ribereño ejerce la soberanía sobre el suelo y subsuelo de la plataforma continental y de sus recursos naturales.
>
> [...] Si la plataforma continental es incuestionable, una prolongación de la tierra firme, debe entonces estar sometida al mismo régimen legal [...].

La Comisión de derecho internacional parece admitir los efectos de la soberanía sin admitir con ello la soberanía en sí; sin embargo la jurisdicción y el control no pueden tener otro fundamento que la soberanía misma.[39]

39 Ver Intervención del Dr. Antonio Gómez Robledo. *Documents Officiels*, Asamblea General de las Naciones Unidas, conferencia núm. 13/12, p. 17. El delegado francés Andrés Gros trató en la plenaria de oponerse a la tentativa de México de reintroducir la mención de "derechos soberanos", pero no tuvo éxito, ya que la votación fue de 51 votos a favor, 14 en contra y 6 abstenciones. A/Conf. 13/38, pp. 15-17.

IX. NATURALEZA JURÍDICA

Los derechos del Estado ribereño sobre su plataforma continental, se puede decir que son soberanos exclusivos e incondicionales, de acuerdo tanto a la nueva Convención, como a la Convención de Ginebra.

Las características de su naturaleza jurídica podemos enunciarlas de la forma siguiente:

1. El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma para efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales (recursos minerales y otras especies sedentarias).

2. Estos derechos son exclusivos en el sentido de que si el Estado no ocupa o explota su plataforma, ningún otro Estado puede emprender esta explotación sin su consentimiento.

3. No se afecta el régimen jurídico aplicable a las aguas suprayacentes a la plataforma (alta mar) ni al espacio aéreo situado sobre dichas aguas.

4. Las actividades de exploración de la plataforma y de explotación de sus recursos no deben entorpecer la navegación y otros derechos y libertades de pesca.

5. Los derechos del Estado ribereño son independientes de su ocupación real, así como de toda declaración expresa.

La Corte Internacional en su fallo de 1969 hablaría de derechos *ipso facto* y *ab initio* (véanse artículos 77 y 78 de la Convención de 1982).

De la definición de *plataforma continental* dada por la Convención de 1958 aparece una gran incertidumbre en cuanto que hace mención de tres criterios en forma casi yuxtapuesta: *a*) "profundidad", *b*) "explotabilidad", *c*) "adyacencia".

El criterio de "profundidad", es decir la isóbata de 200 metros, confiere al Estado ribereño una plataforma mínima. Este criterio no se confunde en absoluto con la noción geográfica de plataforma continental, pues ésta, como se sabe, es extremadamente variable.

Países como Chile, Perú, Ecuador, carecen prácticamente de plataforma continental en el sentido geológico, pues el fondo del mar situado frente a sus costas desciende rápidamente a grandes profundidades. En cambio países como Canadá, Estados Unidos, México, Brasil, Argentina están dotados de muy extensas plataformas continentales.

El criterio de la "explotabilidad" fue objeto de varias críticas, en particular de países que tradicionalmente habían sido partidarios de la liber-

tad de los mares, y que ven que al amparo de este criterio pudieran extender los Estados amplias jurisdicciones marítimas. Además de que la noción de "explotabilidad" es bastante imprecisa, con el tiempo podría ser que el límite exterior de la plataforma continental fuese determinado por la explotación de los países tecnológicamente más avanzados.

El criterio de la "adyacencia" parecería ser el principal de todos ellos, en tanto que determinaría a los otros dos, ya que se dice que la plataforma continental es el lecho del mar y el subsuelo de las aguas submarinas "adyacentes" a la costa. Así llegó a sostenerse que la "adyacencia" se refería a una noción de dependencia tanto geológica como geográfica de la costa, lo cual excluiría una reivindicación ilimitada de explotación de la plataforma.

Al no fijarse con precisión en 1958 el límite exterior, esto provocaría controversias en virtud de que varios países extenderían su límite sin relación alguna con el contenido geomorfológico, sino con relación exclusiva a su capacidad tecnológica.[40]

De aquí que en la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, los criterios mencionados en la definición de plataforma continental de 1958 fueron ampliamente criticados por varias delegaciones y entre ellas la de México.

Se dijo, por ejemplo, que a medida que los progresos tecnológicos permitieran trabajar cada vez a mayores profundidades, los océanos se irían convirtiendo poco a poco en vastas plataformas continentales, lo que, entre otras cosas, generaría una grave injusticia para los Estados sin litoral, los cuales quedarían excluidos de toda participación en la explotación de los fondos marinos.

Se sostuvo además que las investigaciones geofísicas habían demostrado que el "margen continental" constituía la prolongación misma del territorio del Estado ribereño, por lo cual podrían extenderse los derechos del Estado costero hasta el borde exterior del margen continental.[41]

Por todo ello la nueva Convención de Montego Bay define a la plataforma continental de la siguiente manera en su artículo 76, párrafo 1o.:

40 Ver Vallée, Charles, *Le Plateau Continental dans le droit international positif*, prefacio de Ch. Rousseau, París, Pédone, 1971, pp. 115 a 147 en particular. Habría que preguntarse si, a pesar de todo, no era mejor opción la del artículo 1o. de la Convención, al no haberse apegado a los criterios geofísicos de la plataforma continental.

41 Ver intervención del señor Alejandro Sobarzo en *Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. II, 1974, pp. 184 y 185, párr. 74 a 79.

> La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que él no llegue a esa distancia.

De esta disposición puede claramente apreciarse que no se trata ya del criterio de la isóbata de los 200 metros, ni tampoco del de explotabilidad; lo que existe ahora es la combinación de un criterio de distancia y de un criterio geomorfológico.

Los dos criterios retenidos están ambos establecidos sobre el concepto de distancia: uno de ellos, el de las 200 millas, corresponde a la extensión de la zona económica y el otro corresponde al punto en donde el "margen continental" linda con las profundidades oceánicas. El "borde exterior del margen continental" corresponderá de esta suerte al límite exterior de la llamada erosión continental.

Es evidente que ese concepto de margen continental está presentado como constituyendo el prolongamiento del territorio terrestre del Estado ribereño, y por ello dice R. J. Dupuy: estamos en presencia de una noción geomorfológica que es admisible siempre y cuando se trate de una plataforma cuyo borde exterior del margen se sitúe más allá de la cifra convencional de 200 millas náuticas.

En el supuesto de que el borde exterior no alcance dicha distancia, debemos entonces, por fuerza, reconocer que es la zona económica, noción puramente jurídica, sin apoyo geológico particular, que extiende ficticiamente la plataforma geológica por una plataforma jurídica o ficta hasta el límite exterior de la zona.[42]

No hay que olvidar que el artículo 56, párrafo 3o., de la Parte V, zona económica, de la Convención de 1982, dispone que: "Los derechos enunciados en este artículo con respecto al lecho del mar y su subsuelo se ejercerán de conformidad con la Parte VI".

Esta parte sexta, que es la concerniente a la plataforma continental, indica que el régimen jurídico de éste se aplica al lecho y subsuelo de la zona económica.

42 Dupuy, René-Jean, "Droit de la mer et Communauté international", *Mélanges offerts a Paul Reuter*, París, Pédone, 1981, pp. 223 y 224.

Ahora bien, si los derechos soberanos del Estado ribereño previstos en el ámbito de la zona económica están también referidos a los recursos comprendidos en el fondo y subsuelo de dicha zona, podría ponerse en entredicho la verdadera utilidad de la institución de la plataforma continental, establecida ésta para afirmar derechos soberanos sobre una porción de los fondos marinos en una época en que las aguas suprayacentes eran consideradas como alta mar.

En la Tercera Conferencia los partidarios de la "absorción" de la plataforma continental por la zona económica, argumentaban que el criterio de 200 millas permitía dar una respuesta óptima a la cuestión de una definición precisa, uniforme y equitativa de la extensión espacial de la jurisdicción del Estado costero sobre los fondos marinos más allá de su mar territorial.

Así, por ejemplo, el representante de la República Federal de Alemania sostenía que de esta manera se evitaría además el disminuir considerablemente la superficie de los fondos marinos, cuyos recursos son patrimonio común de la humanidad.

Igualmente en lo que concierne a la alta mar, se eliminaría de esta suerte toda posibilidad de *creeping jurisdiction* en el sentido vertical; se descartaría la eventualidad de la extensión a las aguas suprayacentes, más allá de las 200 millas, de los derechos sobre los recursos de una plataforma definida en función de la margen continental.[43]

En realidad el mantenimiento de la distinción de las dos instituciones en la Convención de 1982 se justifica, ya que aun cuando ambas zonas están en parte yuxtapuestas, en la medida que comparten un espacio que les es común (los fondos marinos entre 12 y 20 millas), sin embargo no llegan a confundirse.

No se podrían confundir, como dice Jean François Pulvenis, los fondos marinos de la zona económica con los de la plataforma continental propiamente dicha. Los primeros se definen mediante la ayuda de un criterio de distancia, en el fondo más bien arbitrario, en tanto que aquel último está voluntariamente vinculado a una realidad geográfica y geológica.

La significación de este proceso es de que, lejos de haber sido subsumida dentro de la zona económica, es la plataforma continental por el contrario que, acaparando el criterio de distancia sin abandonar el criterio

43 Intervención del Sr. Knoke (RFA) en Segunda Comisión el 30 de julio de 1974, *Troisème Conférence*, vol. II, pp. 182 y 183, párrafos 57 a 61.

geomorfológico, ha absorbido los fondos marinos de la zona económica, incluso en los casos en que estos últimos no le pertenecían desde un estricto punto de vista geológico.[44]

Por otra parte e independiente del supuesto de que un Estado no reivindique una zona económica exclusiva es también posible que existan áreas del fondo marino que no coincidan completamente con las dos instituciones, esto es, que pertenezcan a la plataforma continental pero que no pertenezcan a la zona económica exclusiva.

Así, si un Estado cuenta con una plataforma continental que vaya más allá de las 200 millas, ésta puede extenderse hasta el borde exterior del margen continental si se dan las condiciones geológicas entre el espesor de las rocas sedimentarias y la distancia de la línea de base, siempre y cuando no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base, a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2,500 metros (artículo 76, párrafos 4o. y 5o.).[45]

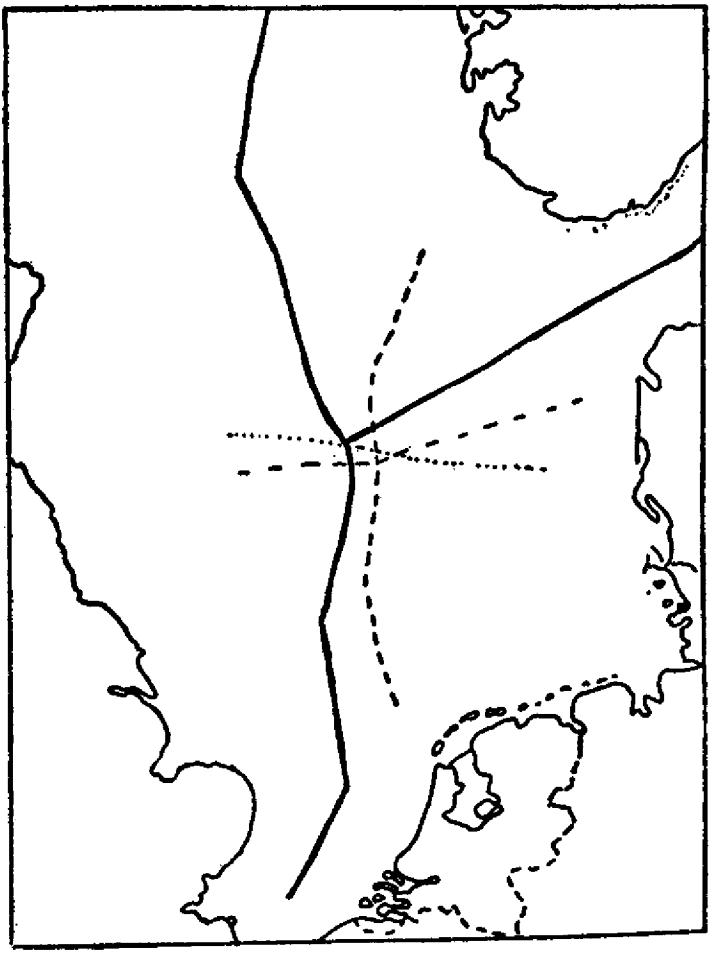
X. Delimitación de la plataforma continental entre Estados

1. De conformidad con la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental, en vigor desde el 10 de junio de 1964, cuando una misma plataforma sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas estén situadas una frente a otra, o bien cuando sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación se efectuará (éste es el denominador común), *por vía de acuerdo entre ellos*.

44 Ver Pulvenis, Jean-François, "Zone économique et plateau continental. Unité ou dualité", *Revue Iranienne des Relations Internationales (RIRI)*, núms. 11 y 12, 1978, pp. 103-120.

45 Para los problemas de la nueva reglamentación de los límites de la plataforma, "de una complejidad excesiva", ver el minucioso estudio del profesor Lucius Caflisch, "Les zones maritimes sous juridiction nationale, leurs limites et leur délimitation", *Le Nouveau Droit International de la Mer*, París, Pédone, 1983, pp. 81 a 92, en particular.

CASO DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN MAR DEL NORTE



Reino Unido/Noruega Dinamarca
——— Países Bajos
----- Reino Unido/República Federal
– – – Noruega/República Federal
..... Noruega/Países Bajos

2. A falta de acuerdo, y si se trata de plataformas adyacentes al territorio de Estados con costas frente a frente, la delimitación se determinará por *línea media* cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

3. A falta de acuerdo, y si se trata de plataformas adyacentes al territorio de los Estados limítrofes, su delimitación 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.

4. Ahora bien, la misma Convención de Ginebra prevé una excepción a las reglas anteriores bajo el rubro de "circunstancias especiales". Si existen circunstancias especiales que justifiquen otra delimitación, entonces los Estados pueden hacer abstracción de la línea media o del principio de la equidistancia. La referencia a las "circunstancias especiales" tenía por finalidad la de atenuar o atemperar las variaciones geográficas y geológicas, las irregularidades y las configuraciones excepcionales del fondo del mar así como de sus costas.

De entre el tipo de circunstancias especiales de las que podría tener en cuenta una jurisdicción internacional, se pueden mencionar, por ejemplo, la existencia de una isla dentro de la zona sujeta a delimitación, o bien el hecho de que uno de los Estados poseyera derechos especiales en materia de exploración y explotación mineras o en materia de pesca.[46]

XI. Caso de la plataforma continental en el Mar del Norte

En el caso de la plataforma continental en el Mar del Norte, los gobiernos de Dinamarca, Países Bajos y República Federal de Alemania acordaron someter a la Corte Internacional de Justicia la controversia referente a los principios y reglas de derecho internacional que debían regir la delimitación de su plataforma continental en Mar del Norte.

Aparte de una franja que bordea la costa noruega, la plataforma continental del Mar del Norte no alcanza jamás una profundidad superior a los 200 metros, lo cual hace que la delimitación se presente más compleja de realizar.

46 Ver Vallée, Charles, *Le plateau continental...*, *cit.*, pp. 167 a 174.

Países Bajos y Dinamarca deseaban que se continuase con la aplicación del principio de equidistancia, mientras que la República Federal de Alemania estimaba que este método era inequitativo porque reducía exageradamente lo que consideraba debía ser su justa parte de plataforma en proporción con la longitud de su litoral, por el efecto combinado de las dos líneas tomadas conjuntamente; esto era el resultado de la existencia de concavidades y convexidades de la costa que el principio de la equidistancia tiende a amplificar en forma desmesurada.[47]

En el caso de una costa cóncava como la de la República Federal de Alemania sobre el Mar del Norte, la aplicación del método de la equidistancia tiende a plegar o encorvar las líneas de delimitación hacia la concavidad.

Consecuentemente cuando dos líneas de equidistancia son trazadas a partir de una costa muy cóncava, éstas se reencuentran inevitablemente a una distancia relativamente pequeña de la costa; la zona de la plataforma que queda así encerrada toma la forma de triángulo, lo cual amputa al Estado ribereño de zonas de plataforma situada fuera del triángulo.

En contraste con esto, si la costa de un Estado presenta salientes o una configuración convexa, lo que es en cierta medida el caso de las costas de Dinamarca y Países Bajos, las líneas de delimitación trazadas de acuerdo al método de la equidistancia se separan una de la otra, de suerte tal que la zona de plataforma continental frente a dicha costa tiende a irse alargando o ensanchando. Estos dos efectos distintos son directamente imputables a la aplicación del método de la equidistancia cuando la plataforma continental para delimitar se extiende frente a una costa "entrante" o "saliente".[48]

La Corte no retuvo el argumento de la existencia de "circunstancias especiales" interpuesto por la República Federal de Alemania, pero también consideró que dicho país al no haber ratificado la Convención de 1958 no se encontraba jurídicamente vinculado por sus disposiciones; igualmente estimó que no podía serle impuesto el principio de equidistancia con base en el derecho internacional general, porque no había llegado a adquirir valor de norma consuetudinaria.

La Corte reconoció enfáticamente que el empleo del método fundado sobre la equidistancia podía, en ciertos casos, producir resultados extraordinarios, anormales y disparatados. "Afirmar que de cualquier forma los

47 Ver CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord Recueil*, 1969, pp. 13 y 14, párrafos 3, 4 y 5.

48 CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ*, 1969. Ver p. 17, párr. 8 y los croquis ilustrativos de las situaciones geográficas descritas en p. 16.

resultados no pueden jamás ser inequitativos porque la equidistancia es por definición un principio de delimitación equitativa, vendría a constituir a todas luces una petición de principio".[49]

Así, en este fallo del 20 de febrero de 1969, la Corte sostuvo en líneas generales que, de conformidad a la *opinio juris* en materia de delimitación, era necesario que ésta se operara por vía de acuerdo entre los Estados interesados y que este acuerdo debía realizarse según principios equitativos.

En consecuencia: 1) las partes deben emprender una negociación en vistas a realizar un acuerdo, y éstas tienen la obligación de comportarse de tal forma que la negociación tenga un sentido, lo que no es el caso cuando una de ellas insiste sobre su propia posición, sin considerar ninguna modificación; 2) las partes deben actuar de tal forma, que en, el caso particular y tomando en cuenta todas las circunstancias, se llegue a la aplicación de principios equitativos (lo cual difiere completamente de un fallo dictado *ex aequo et bono*); 3) la plataforma continental de todo Estado debe ser el prolongamiento natural de su territorio y no debe despojar o invadir (*empiéter; encroachment*) lo que constituye el prolongamiento natural del territorio de otro Estado.

La equidad, dijo la Corte, no implica necesariamente la igualdad, y si ningún método de delimitación permite evitar una relativa injusticia, esto tiende a probar que no se debe considerar un método único, sino una finalidad única.

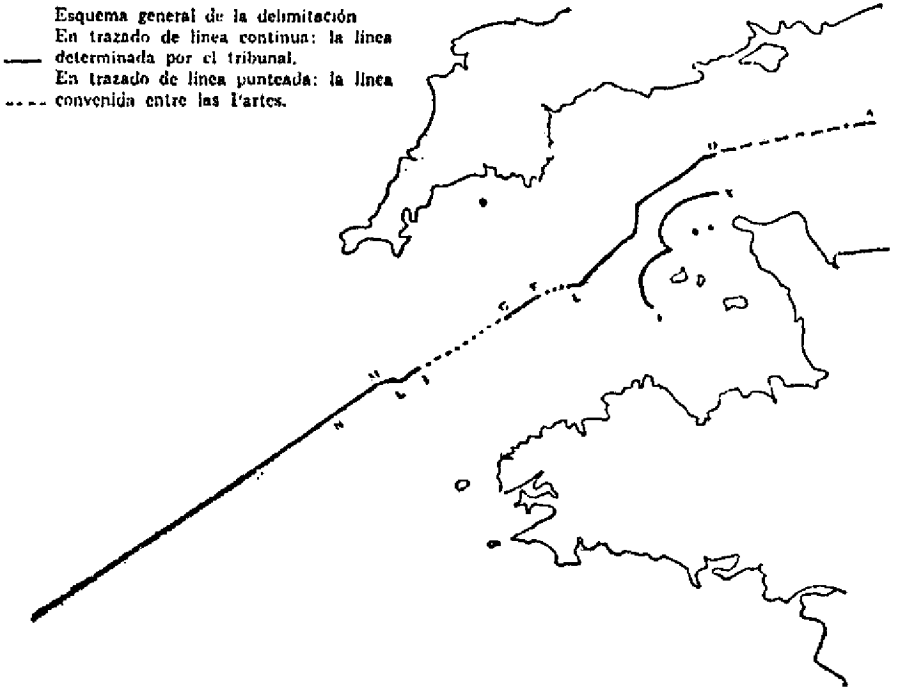
> La Corte [...] considera que el derecho internacional en materia de delimitación de la plataforma continental no comporta una regla imperativa y autoriza el recurso a diversos principios o métodos, según el caso, así como a su combinación, siempre y cuando se llegue por aplicación de principios equitativos a un resultado razonable.[50]

Por último la Corte asentó en su fallo, adoptado por 11 votos en favor y 6 en contra (Mosler y Sorensen, jueces *ad hoc*), que en la elección que se deja a las partes para la delimitación, debería de cualquier forma tomarse en consideración los factores siguientes: la configuración general de las costas y la presencia de toda característica especial; la idea de la unidad del yacimiento, es decir, la estructura física y geológica y los recursos; y

49 *Idem*, p. 24, párr. 24.
50 *Idem*, p. 49, párr. 90.

en fin la fachada marítima, es decir, la relación razonable que una delimitación operada conforme a principios equitativos debería hacer aparecer entre la extensión de las zonas de la plataforma continental pertenecientes al Estado ribereño y la extensión de su litoral.[51]

ARBITRAJE SOBRE EL MAR D'IROISE



51 *Idem*, pp. 53 y 54, párr. 101. Para un excelente análisis de este fallo, con énfasis en los métodos de elaboración jurídica, ver Marek, Krystyna, "Le probléme des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord", *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, Institut de Sociologie, 1/1970, pp. 44-79.

XII. Caso de la plataforma continental en mar de Iroise

Por su parte Francia y Gran Bretaña firmaron el 10 de julio de 1975 un compromiso de arbitraje relativo a la delimitación de la plataforma continental en el mar de Iroise.

Al Tribunal se le solicitó que decidiera, de acuerdo al artículo 2° del Compromiso, cuál debería ser el trazado de la línea (o de las líneas) que debía delimitar las partes de la plataforma continental que corresponden respectivamente a la República Francesa y al Reino Unido, así como respecto de las islas anglonormandas, al oeste de la longitud 30 minutos oeste del meridiano de Greenwich, y hasta la isóbata de los 1,000 metros (sin que este límite prejuzgara la posición de un gobierno u otro en lo concerniente al límite exterior de la plataforma).[52]

El Reino Unido se fundaba esencialmente en sus argumentaciones en el derecho convencional y ponía énfasis en el principio de la equidistancia en tanto que regla general de delimitación, mientras que por su parte la República francesa invocaba el derecho consuetudinario y reivindicaba la aplicación de un principio de equidad.

Considerando que existe una concordancia entre derecho convencional y derecho consuetudinario, el Tribunal sostuvo que las reglas de delimitación enunciadas por la Convención de Ginebra y las reglas consuetudinarias tienden a un mismo objetivo: "una delimitación que sea conforme con los principios de equidad".

La equidad aparece como el fin que debe alcanzarse en toda operación de delimitación. El Tribunal insiste en diferentes ocasiones en la necesidad de llegar a lograr un resultado equitativo y, apoyándose en la autoridad que se desprende de la jurisprudencia de la *Plataforma Continental en Mar del Norte*, va a erigir la equidad en principio, fundamental en materia de delimitación.[53]

52 El tribunal con sede en Ginebra estuvo integrado por P. Reuter (reemplazado después por A. Gros), H. Waldock, H. Brings, E. Castren y E. Ustor. Ver texto del Compromiso Arbitral en *RGDIP*, t. 80, núm. 2, 1976, pp. 677-681.

53 Ver "Tribunal arbitral. Republique Française. Royaume-Uni; Délimitation du plateau continental; Décision du 30 juin 1977", *Documentation française*, septiembre 1977. Ver párrafos 70, 75, 82, 84 y 97.

En la medida que el principio de equidad interviene desde el punto de vista del resultado que se trata de obtener, no puede entonces pretenderse que el mismo introduzca inevitablemente una incertidumbre jurídica en toda operación de delimitación, pues no está implicando ninguna idea de justicia abstracta que corra el riesgo de abrir la vía a evaluaciones arbitrarias.[54]

Antes al contrario, como lo subrayó en varias ocasiones el Tribunal, la equidad debe apreciarse *in concreto* tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes, que no pueden ser consideradas como puramente subjetivas, ya que el fin es lograr una delimitación que sea equitativa para las partes en la controversia.

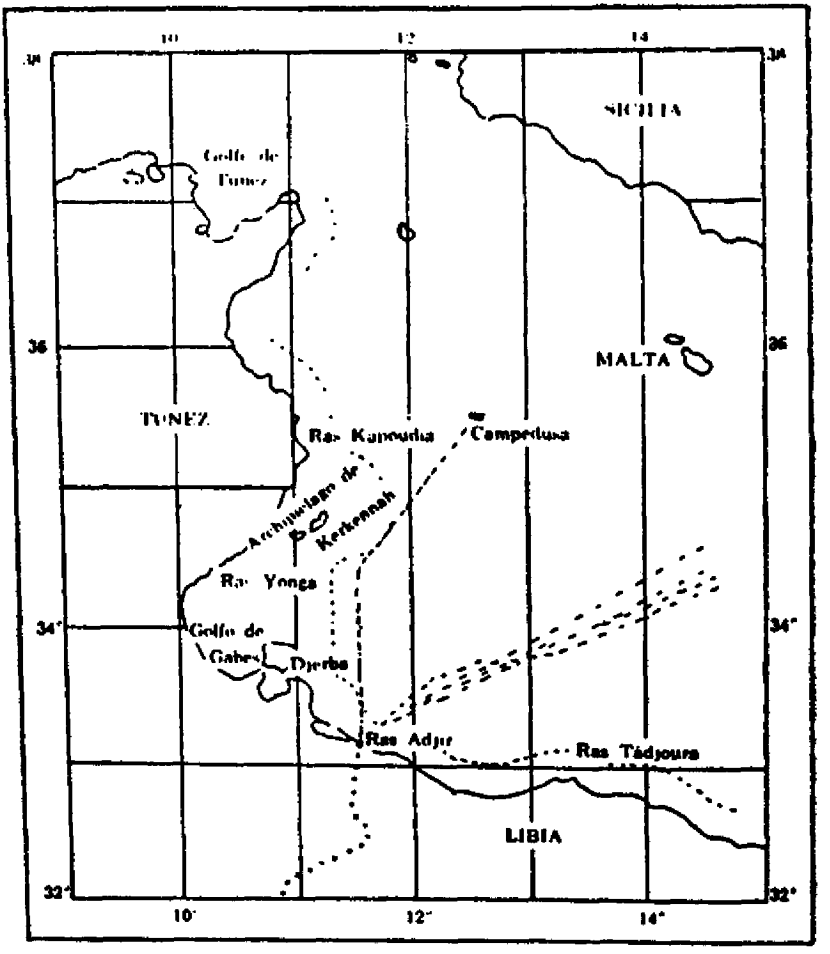
En cuanto a la relación de la equidistancia y las circunstancias especiales, al sostener que la Convención de Ginebra no formulaba el principio mencionado como constituyendo dos reglas separadas, el Tribunal quiso marcar el carácter indisociable de esos dos elementos de una regla única: Se trata de "una sola regla, combinando equidistancia-circunstancias especiales".

Esto tiene un alcance considerable que se aprecia más en el siguiente pasaje de la sentencia arbitral: "El hecho de que nos encontramos en presencia de una regla (única) combinando equidistancia-circunstancias especiales significa que la obligación de aplicar el principio de la equidistancia estará siempre subordinado a la condición siguiente: a menos que circunstancias especiales no justifiquen otra delimitación".[55]

54 Ver Nelson, L. D. M., "Equity and the delimitation of maritime boundaries", *RIRI*, núms. 11-12, 1978, pp. 197-218.

55 Ver "Décision du 30 juin 1977", *Documentation française*, párrafos 68 y 70.

CASO SOBRE PLATAFORMA CONTINENTAL ENTRE TÚNEZ Y LIBIA



Límite de las aguas territoriales reivindicadas por cada una de las Partes.

Línea resultante del método de limitación de Libia.

Conjunto de líneas resultantes de los métodos de delimitación de Túnez.

Entonces, serán siempre las circunstancias que dictarán la elección del método que se deba utilizar, ya sea que uno se sitúe en el terreno del derecho consuetudinario, o en el de la Convención de Ginebra.

La combinación "equidistancia-circunstancias especiales", dentro de una sola y misma regla, conduce al hecho significativo de que la parte que invoca la existencia de circunstancias especiales no tenga que soportar la carga de la prueba.

Por el hecho de que no existen circunstancias especiales en sí, sino que se definen por el efecto que ellas producen, parece indudable entonces que sea el órgano jurisdiccional internacional el mejor situado para la apreciación de las particularidades en cada caso concreto.

XIII. Caso de la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia

Por último, hagamos mención de la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia el 24 de febrero de 1982, en la controversia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia.

En este caso, la Corte no aplicó el método de la equidistancia ya que incluso Túnez, que en un principio había deseado una delimitación conforme a dicho método, más tarde, en su *mémoire*, sostuvo que el resultado de la aplicación de dicho método sería inequitativo para su país, y Libia, por su parte, formalmente concluyó que en el presente caso el método de la equidistancia desembocaría en una delimitación inequitativa.

Además, la Corte específicamente observó que podría ella llegar a un resultado equitativo sin recurrir a tal método.

> Si, después de haber evaluado todas las circunstancias pertinentes, la Corte llega a la conclusión de que una línea de equidistancia resolvería el diferendo de una manera equitativa, nada le impide sentenciar en ese sentido, incluso si las partes hubieren descartado la equidistancia. Pero si esta evaluación conduce a la Corte a pronunciarse por una delimitación equitativa fundamentada sobre una base diferente, la Corte no tiene necesidad de examinar más allá la aplicación de la equidistancia.[56]

56 Cour Internationale de Justice, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ*, 1982, p. 79, párrafo 110.

Además, la Corte, en este caso explícitamente, había sostenido que la equidad en tanto que noción jurídica procedía directamente de la idea de justicia, y que la Corte cuya tarea era, por definición, la de administrar justicia, no podría ella sustraerse a la aplicación de ésta. Al aplicar el derecho internacional positivo añadió: un tribunal puede escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquélla que le parezca más de conformidad con las exigencias de la justicia en las circunstancias del caso.

La Corte... "debe aplicar los principios equitativos como parte integrante del derecho internacional y sopesar cuidadosamente las diversas consideraciones que ella juzgue pertinentes, de manera de alcanzar un resultado equitativo".[57]

XIV. Tercera Conferencia

En el seno de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar, el grupo partidario del método de la equidistancia relegaba a un segundo plano el elemento de las "circunstancias especiales", en tanto que el grupo partidario de los principios equitativos preconizaba una regla de delimitación fundamentada únicamente en esos principios, sin querer que se hiciera mención alguna de la equidistancia.

Las dos posturas eran criticables en tanto que en relación a la primera (equidistancia) no existe una verdadera jerarquía entre esos dos elementos, y en relación a la segunda (equidad) también era criticable porque, como ha sido empíricamente demostrado, el recurso al método de la equidistancia desemboca, en un número muy considerable de casos, en soluciones equitativas. Uno de los elementos más significativos que sobresalen, en buen número de acuerdos de delimitación que se han llevado a cabo, es la tendencia a tomar como criterio de base la línea trazada según el método de la equidistancia, y señalándose luego los ajustes necesarios que deberán hacerse para tomar en cuenta las circunstancias particulares, tales como la presencia de islas.[58]

57 *Idem*, 1982, p. 60, párrafo 71. Es éste, precisamente, uno de los puntos que han sido más criticados por la doctrina a propósito de este fallo: "*...the lack of a clear standard as to the meaning of equity in continental shelf cases leaves the judgement rooted more in* ad hoc *assessment than in real doctrine*". Ver Soneshine, Marshall, "Law of the sea delimitation of the Tunisia-Libya Continental-Shelf", *Harvard International Law Journal*, vol. 24, 1982, p. 235.

58 Ver el magnífico documento preparado por Conforti, B. y G. Francalani, *Atlante dei Confini Sottomarini*, Milano, Giuffrè, 1979. En el diferendo entre Grecia y Turquía a propósito de la delimi-

Es por ello que con toda razón el profesor Lucius Caflisch sostiene que dado que en el fondo existe una real convergencia, y la jurisprudencia en materia de dilimitación así lo demuestra, entre la regla "equidistancia-circunstancias especiales" y los "principios equitativos" (ambos apuntan a encontrar soluciones de equidad), el conflicto entre adversarios y partidarios de los principios equitativos estaban ampliamente desprovistos de todo alcance jurídico; en realidad el significado verdadero se situaba más bien en el plano político o incluso casi psicológico.[59]

XV. Convención de Montego Bay

La redacción que finalmente adoptó la Tercera Conferencia (fórmula Koh) para la delimitación de la plataforma continental (igual que para la zona económica) "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" (artículo 83).

Esta "fórmula Koh" se caracteriza primeramente, porque la delimitación deberá efectuarse por vía de acuerdo; en segundo lugar, la delimitación deberá realizarse de conformidad con las reglas del derecho internacional, tal y como se desprenden de las fuentes definidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (principalmente serán el derecho convencional y el consuetudinario); y en tercer lugar el acuerdo de delimitación y, por lo tanto, las reglas de derecho internacional a las cuales dicho acuerdo se conforma, deben desembocar en una solución equitativa.

Siendo en gran medida este artículo el resultado de una solución de transacción, este precepto comporta ventajas, pero también, es cierto, inconvenientes.

tación de la plataforma continental en el mar Egeo, llevado en 1976 ante la Corte Internacional de Justicia a instancias, por doce votos contra dos, de que ella no era competente para conocer de la demanda interpuesta por el gobierno de la República helénica, habiendo permanecido contumaz, el gobierno turco, CIJ, "Affaire du Plateau Continental de la Mer Egeé", *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1978.

59 Caflish, Lucius, "Les zone maritimes sous jurisdiction nationale...", *op. cit.*, p. 93. Con relación a las reivindicaciones nacionales de jurisdicción marítima, consúltese el estudio realizado por la División de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, *National Claims to Maritime Jurisdiction: Excerpts of Legislation and Table of Claims*, ONU/Nueva York/1992, p. 145.

Hay que recordar que, en el seno de la Tercera Conferencia, los partidarios de la "equidad", como Turquía e Irlanda, sostenían que la "equidistancia" era un método arbitrario que conducía por su automatismo a resultados injustos, en tanto que los defensores de la equidistancia como el Reino Unido, Grecia, sostenían que la equidad no era ni un método ni una norma jurídica y que por su vaguedad no era susceptible de fundamentar un criterio real de delimitación.[60]

De acuerdo con la nueva Convención, y si ningún acuerdo llegare a obtenerse dentro de un plazo razonable, los Estados interesados deberán recurrir a los medios pacíficos de solución de controversias internacionales: Tribunal del Derecho del Mar, Corte Internacional de Justicia o arbitraje mendiante cualquier otro medio previsto por el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas.

El mérito principal, sin lugar a dudas, del nuevo artículo sobre delimitación radica obviamente en su amplia, aunque no total, aceptación por las delegaciones de los Estados en la III CONFEMAR (Turquía y Venezuela se pronunciarían en contra).

Lo que ha hecho que sea aceptable la nueva reglamentación, se cifra en el hecho palpable de que esta fórmula evita de pronunciarse categóricamente, como afirma Lucius Caflisch, sobre el debate estéril entre adversarios y partidarios de la equidistancia: este objetivo se logra al remitir el artículo en cuestión a las reglas existentes del derecho internacional, convencionales o consuetudinarias, pero sin enumerar las mismas, ni precisar tampoco su contenido.

Sin embargo, esta falta de especificidad e incertidumbre, que paradójicamente es lo que la hizo aceptable, va a perpetuar la inseguridad jurídica que se ha extendido en este terreno, en razón del carácter vago de los "principios y soluciones equitativas".[61]

60 Ver Dupuy, René-Jean. *L'Océan... cit.*, pp. 132-135.

61 Caflish, Lucius. "Les zone maritimes sous jurisdiction nationale...", *op. cit.*, pp. 97-103. Otra ventaja o mérito del artículo nuevo sobre delimitación estaría en el hecho de que el énfasis esté puesto en el resultado: las delimitaciones deben ser equitativas y éste sería el denominador común tanto del derecho convencional como consuetudinario.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EXPLOTACIÓN DE LOS FONDOS MARINOS Y LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio del "patrimonio común de la humanidad"*. III. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. IV. *La no-aplicabilidad del régimen de Alta Mar a los fondos marinos*. V. *Los recursos marítimos oceánicos*. VI. *Incidencia de la explotación oceánica en la producción terrestre*. VII. *La autoridad internacional*. VIII. *Sistema de control y compensación*. IX. *La transferencia de tecnología*. X. *Estructura institucional del régimen internacional*. XI. *Legislación unilateral aplicable a la zona internacional*. XII. *El Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar*.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que el derecho clásico del mar no conocía más que una dimensión, reduciéndose a ser esencialmente un derecho de navegación de superficie, sin conocer casi nada del medio submarino.

Por el contrario, el derecho del mar contemporáneo es ante todo de carácter pluridimensional, fundamentalmente por la posibilidad real de la explotación de los fondos marinos a grandes profundidades.[1]

Para dotar a los fondos marinos de un *status* jurídico, dos soluciones eran en principio posibles:

1. Una, consistente en tratar de aplicar a los fondos oceánicos el principio tradicional de la libertad de los mares. En esta hipótesis, el suelo y el subsuelo del mar permanecerían *res nullius*. Serían pues no susceptibles de apropiación por los Estados, que sin embargo, podrían pretender la explotación de sus recursos. Esta igualdad formal no vendría en realidad sino a consagrar la preeminencia de los países industrializados, únicos poseedores de la tecnología necesaria para la explotación oceánica.

1 René-Jean Dupuy afirma que se ha pasado de un derecho unidimensional a un derecho pluridimensional. Ver Dupuy, R.-J., *L'Océan Partagé. Analyse d'une negotiation*, Paris, A. Pédone, 1979, pp. 15-18.

2. Una segunda solución sería la que consiste en otorgar a los fondos marinos el *status* de *res communis*. En este caso, más que en el precedente, estos espacios no pueden ser objeto de apropiación nacional y su explotación con un fin individual queda igualmente prohibida.

Las riquezas marinas son entonces consideradas como la propiedad común de la humanidad y esto suscita entonces el problema de saber quién podrá explotarlas: ¿organizaciones internacionales o sociedades privadas?[2]

La internacionalización de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional se inscribe dentro del problema más general de la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional (incluso se le puede considerar como su primera y concreta realización).

El concepto en sí de los fondos marinos como "patrimonio común de la humanidad" implica la sustitución de las ideas tradicionales de soberanía territorial, interés nacional y libre explotación, por las ideas de comunidad, no-apropiación, administración internacional y equitativa distribución de los beneficios; principios que forman la base principal de la constitución de un Nuevo Orden Económico Internacional.[3]

II. El principio del "patrimonio común de la humanidad"

Como es ya ampliamente conocido el 17 de agosto de 1967, el embajador Arvid Pardo, en nombre de la Misión Permanente de Malta, solicitó, a través de una "nota verbal" que se inscribió en el orden del día de la vigésima segunda sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas, y de conformidad con el artículo 14 del reglamento interno, la siguiente cuestión complementaria: "Declaración y tratado relativos a la utilización exclusiva con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos más allá de los límites de jurisdicción nacional actuales, y a la explotación de sus recursos en beneficio de la humanidad".[4]

2 Ver Colliard, Claude-Albert. "L'exploitation des ressources minerales", *Le Fond des Mers*, París, Armand Colin, 1971, pp. 81-92. El principio de "no apropiación" es muy moderno, al contrario del de la libertad de los mares, se consagra expresamente en materia del espacio extra-atmosférico y cuerpos celestes previsto por la Res. 2222 (XXI) del 19 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de Naciones Unidas, no pudiendo ser dicho espacio objeto de apropiación nacional por proclamación de soberanía. *idem*, p. 89.

3 Ver Paolillo, Felipe. "The future legal regime of seabed ressources and the NIEO: some issues", en Hossain, Kamal (ed.). *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Londres, Frances Pinter, 1980, pp. 165-170.

4 "Intervención de Arvid Pardo y memorándum explicativo en Doc. A/6695-18 de agosto de 1967, Naciones Unidas".

No se puede decir que la cuestión planteada por A. Pardo era completamente novedosa, ya que el entonces presidente de Estados Unidos, Lyndon B. Johnson, en un discurso pronunciado el 13 de julio de 1966, proclamaba que se requería "que los mares y los océanos fuesen protegidos de toda forma de competencia y competitividad a fin de que su suelo y subsuelo se conviertan y permanezcan como patrimonio de la humanidad en su conjunto".[5]

Esta misma inquietud se encuentra reflejada en el Informe de 1966 de la rama holandesa de la *International Law Association* quien propuso igualmente la idea de un organismo especializado de Naciones Unidas encargado de la supervisión de un régimen internacional para los fondos marinos.[6]

Por otra parte cabe mencionar que anteriormente a la intervención célebre de Malta, la primera vez que oficialmente se suscitó ante Naciones Unidas el problema de someter los fondos marinos a un régimen de control internacional fue en la primavera de 1966, a través del representante de Estados Unidos en el seno de la cuadragésima sesión del Consejo Económico y Social, el cual adoptó el 7 de marzo una propuesta conjunta de Estados Unidos, Ecuador y Paquistán, solicitando al secretario general de la Organización examinase el conjunto del problema.[7]

La Asamblea General de Naciones Unidas examinaría el tema en su vigésimo segundo periodo de sesiones, creándose a este efecto un "Comité Especial encargado de estudiar la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional", integrado por 35 miembros a través de la Resolución 2340 (XXII), adoptada el 28 de diciembre de 1967 por 99 votos a favor, ninguno en contra y cero de abstenciones.[8]

En su vigésimo tercer periodo de sesiones, el 21 de diciembre de 1968, la Asamblea General aprobaría cuatro resoluciones —Resoluciones 2467 A, B, C y D (XXIII)— que establecían, en lugar del Comité *ad hoc*,

5 Discurso pronunciado en el astillero naval de Washington con motivo del lanzamiento del barco de investigación "Oceanographer" mencionado en Anrick Marffy, *La Genèse du Nouveau Droit de la Mer*. París. A. Pédone. 1980. p. 11.

6 *International Law Association Report of The Westherlands Branch Committe*. 52º Conf. Helsinki. 1967. pp. 197 y 198.

7 Denorme, R.. "La question des fonds marins et son examen par les Nations Unies". *Chronique de politique étrangére*, Bruxelles, 1969. pp. 407-431.

8 Doc. Of. Naciones Unidas. A/PV 1639. Este Comité *ad hoc* celebró tres sesiones en 1968.

una "Comisión sobre la Utilización con fines pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional", integrada por representantes de 42 Estados Miembros.[9]

Más adelante de la Asamblea General enunciaría una "moratoria", declarando que hasta en tanto no se estableciera un régimen internacional que incluyera un mecanismo internacional apropiado, los Estados y las personas físicas o jurídicas, estaban obligados a abstenerse de cualesquiera actividades de explotación de los recursos de la zona; no sería admitida ninguna reivindicación sobre dicho ámbito o sus recursos.[10]

El concepto elaborado por Arvid Pardo relativo al "patrimonio común de la humanidad" en conexión con la zona de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional, tenía principalmente por finalidad la protección de dicho espacio marítimo en contra de toda apropiación nacional, pero además el impedir la utilización de dicha zona con fines militares.

La idea central de la proposición maltesa quedaría consagrada el 17 de diciembre de 1970, en el vigésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General, a través de la famosa Resolución 2749 (XXV), que contiene la "Declaración de Principios que regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y sus subsuelos fuera de los límites de la jurisdicción nacional", aprobada por 108 votos a favor, ninguna en contra y 14 abstenciones.[11]

Hay que recordar que lo importante en esta resolución 2749, como en todas las de su género, no es tanto el aspecto formal del instrumento en el cual se consigna, sino su efecto o significación jurídica, el cual dependerá de factores tales como las circunstancias que acompañan a su adopción, el contenido mismo de la resolución y las modalidades previstas para el control de su aplicación.

Esta resolución que tiene por efecto la internacionalización de los fondos marinos, en la medida en que registra un denominador común

9 Resolución 2467 (XXII), Asamblea General 14-1-1967, para una reseña sucinta de las labores de la Comisión sobre la utilización con fines pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los límites de la Jurisdicción Nacional, véase Asamblea General, Doc. Of. XXVIII periodo de sesiones, Suplemento núm. 21 (A/9021) Naciones Unidas, vol. 1, pp. 1-15. La Comisión celebraría tres sesiones en 1969 y dos en 1970.

10 Resolución 2574 D (XXIV), Asamblea General 15-XII-1969.

11 Texto de la resolución 2749 (XXV), *Revue Générale de Droit International Public* (*RGDIP*), 1971, pp. 384-386. No podemos compartir la tesis de los que afirman, como Orrego Vicuña, que la Resolución 2749 posee fuerza obligatoria desde el momento mismo de su aprobación. Orrego Vicuña, F., *Los fondos marinos y oceánicos*. Chile, A. Bello, 1976, pp. 264-266.

aceptado por la cuasi-unanimidad de los participantes, es del tipo de instrumentos que pueden adquirir no sólo un efecto político sino también uno de tipo jurídico.[12]

III. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

La concertación de un tratado de carácter universal que establezca un régimen internacional aplicable a la zona y sus recursos, como lo pedía el principio 9 de la "Declaración de principios", sería una de las tareas principales y objetivo fundamental de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, convocada por la Asamblea General el 16 de noviembre de 1973.[13]

Finalmente, la Tercera Conferencia adoptó el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, después de toda la serie de vicisitudes conocidas por la comunidad internacional, el 29 de abril de 1982, en su undécima sesión celebrada en Nueva York, mediante una votación de 130 Estados a favor, 4 en contra (Estados Unidos de América, Venezuela, Israel y Turquía) y 17 abstenciones.[14]

La firma de la Convención con 439 artículos, se realizó en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982, habiéndola suscrito 117 Estados y otras dos entidades: Namibia (Consejo de Naciones Unidas para Namibia) y las Islas Cook.[15]

De acuerdo al artículo 305 de la Convención, ésta estaría abierta a la firma hasta el 10 de diciembre de 1984 en el Ministerio de Relaciones Exte-

12 Ver "Les Résolutions dans la formation du droit international du développement", *Colloque*, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales (IUHEI), no. 13, 1971, Genève; y Castañeda, Jorge, "Valeur juridique des resolutions des Nations Unies", *Recueil des Cours*, ACDI, vol. I, 1970, pp. 207-231.

13 Resolución 3067 (XXVIII), Asamblea General, 16 de noviembre de 1973. A partir de 1971 el Comité de Fondos Marinos se transformó en órgano preparatorio de la III Conferencia (Res. 2750 C) con un total de 90 miembros.

14 Estados Unidos vota en contra principalmente por estar en desacuerdo con varias disposiciones del mecanismo internacional previsto para la explotación de la Zona en la parte XI de la Convención; Israel, en virtud de que la Conferencia aceptó que los movimientos de liberación nacional previstos podían firmar el acta final; y Venezuela y Turquía por juzgar inaceptables las disposiciones de delimitación relativas a la plataforma continental y a la Zona Económica Exclusiva de Estados vecinos (i.e. Colombia y Grecia).

15 El acta final de la III CONFEMAR fue firmada por 140 Estados y otras entidades. Doc. Conf. 297, 1982. "Status of the Final Act. of the Third United Nations Conference on the Law of Sea as at 10 December 1982".

riores de Jamaica y, asimismo desde el 10 de junio de 1983 hasta el 10 de diciembre de 1984 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

La Convención entraría en vigor doce meses después de la fecha en que se hubiere depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión, y turnado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas (pudiéndose realizar en cualquier momento ya que no se prescriben tiempos determinados; artículos 306, 307, 308). Esto ocurrió el 16 de noviembre de 1994, al haber depositado el gobierno de Guyana su instrumento de ratificación doce meses antes de la fecha indicada.

IV. La no-aplicabilidad del régimen de Alta Mar a los fondos marinos

Una de las primeras premisas básicas que debían quedar asentadas para lograr un futuro mecanismo internacional de los fondos marinos, era la de rechazar la idea de que el régimen jurídico de libertad de Alta Mar era igualmente aplicable a la explotación de los fondos oceánicos.

En esta hipótesis, el suelo y subsuelo marinos permanecerían como *res nullius*,[16] siendo no susceptible de apropiación por los Estados, pero todos ello con la posibilidad de pretender la explotación de los recursos ahí encontrados. En realidad esta igualdad formal, como fue varias veces puesto de manifiesto durante las negociaciones, no vendría sino a consagrar la preeminencia de los países industrializados que serían los únicos que hasta ese momento poseerían la tecnología y financiamiento necesarios para explotarlos.[17]

16 "Fauchille había ya criticado estos términos; si algo es *res nullius* significa que aun cuando no tiene propietario, si es susceptible de un derecho de propiedad y si por el contrario se considera que el Alta Mar es *res communis*, esto significa que todos los Estados son propietarios en común, pero una comunidad en propiedad significa la posibilidad de partición y por ende susceptible de una propiedad en separación". Citado por Colombo, John. *Le Droit International de la Mer*. Préface Alejandro Álvarez, Pédone, 1952. pp. 48 y 49. Por ello el concepto de "patrimonio común" de la Resolución 2749 (XXV) más que denotar una propiedad de todos, significa que la Zona debe ser conjuntamente administrada y conjuntamente controlada. "It is more like *res communis comunitatis usus*, where mankind is considered to be a title bearer to an area". De Soto, Álvaro, "The developing countries, and deep seabed mining: problems, prospects, and policy implications", en Joyner, Christopher C. (ed.), *International Law of the Sea and the Future of Deep Seabed Mining*, University of Virginia, 1975, p. 47.

17 Para autores como Colombos. C. John, el *status* jurídico del fondo del mar es el mismo que el del régimen de las aguas suprayacentes de la Alta Mar, en tanto que el subsuelo de la Alta Mar sería susceptible de ocupación. Colombos. John, *Le Droit International de la Mer*, préface Alejandro Álvarez, París, Pédone. 1952, pp. 49-52.

Sin embargo, la posición mayoritaria se esforzó en rechazar esta tesis del descenso automático del régimen de libertad de la Alta Mar hasta el hecho del mismo, concluyendo en que, en realidad, se estaba en presencia de una laguna o vacío jurídico.

Continuar aferrándose a la tesis de la aplicabilidad al fondo marítimo del mismo régimen que se establece para la Alta Mar, sería tan ridículo, en opinión de R. J. Dupuy, como el sostener que en relación con el espacio extra-atmosférico habría una proyección indefinida de las soberanías territoriales.

En realidad, la regla de la libertad de la Alta Mar es de origen consuetudinario; no se había podido desprender ninguna práctica internacional en relación con los fondos marinos, en virtud de la imposibilidad de acceso en tiempos pasados.

Fuera del régimen de tendido de cables, tuberías submarinas y ciertas instalaciones, no se encuentran precedentes pertinentes que hubiesen posibilitado la fundamentación de un derecho consuetudinario.[18]

V. Los recursos marítimos oceánicos

La mayor riqueza mineral —o por lo menos la más importante— que se encuentra en los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional (los principales recursos en hidrocarburos se ubican dentro de la zona de jurisdicción estatal; cerca de 2/3 partes de esas reservas se encuentran a menos de 40 millas de la costa) se localiza dentro de los llamados yacimientos de nódulos polimetálicos.

La existencia de los nódulos polimetálicos de los fondos marinos es conocida desde hace aproximadamente un siglo (expedición del buque británico Challenger), pero la "prospección" sistemática de los mismos no se inicia sino hasta hace alrededor de una quincena de años, época en que los progresos de la tecnología marina y submarina han permitido considerar su explotación con fines industriales.

Los nódulos polimetálicos, también conocidos como nódulos de manganeso, son cuerpos que generalmente presentan una forma casi esférica o esferoide, de color negruzco o castaño oscuro, porosos y de talla y peso variables.

18 Dupuy, R. J., "L'affectation exclusive du lit des mers et oceans á une utilisation pacifiqué", en el volumen colectivo *Le fond des Mers*. Paris, Armand Colin, 1971, pp. 30 y 31. La libertad de la Alta Mar es una regla de *jus communicationis*, concierne la navegación, y la pesca no es sino lo accesorio; es pues a lo sumo una regla de superficie o de profundidad acuática media, pero nunca un principio aplicable al fondo marino. *idem*, p. 32.

En término medio los nódulos miden de 4 a 6 centímetros (en el Pacífico de 2 a 23 centímetros de diámetro) y pesan entre 50 y 100 gramos, encontrándose diseminados en el lecho de los océanos.

El origen de estos nódulos, al igual que gran cantidad de puntos sobre el tema, es todavía objeto de especulación y controversia.

Durante mucho tiempo se admitió que un nódulo con una capa de óxido de uno a dos centímetros de espesor, habría tardado de 3 a 15 millones de años para formarse.

Recientemente, sin embargo, y sobre todo a partir de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo por un organismo francés, el Centro National pour l'Exploitation des Oceans (CNEXO), una hipótesis radicalmente diferente ha sido formulada: los nódulos se habrían formado muy rápida y brutalmente bajo el efecto de fenómenos submarinos catastróficos: erupciones volcánicas o fugas hidrotermales masivas.

Esta moderna hipótesis, que no está ni con mucho ampliamente admitida, parece que por lo menos permitiría comprender mejor el por qué en un mismo yacimiento se encuentran nódulos con capas metálicas de muy diversa naturaleza.[19]

Por lo general, la mayoría de los yacimientos de nódulos con interés industrial parece encontrarse en profundidades oceánicas de entre 4 mil y 6 mil metros de profundidad.

Los nódulos pueden llegar a componerse de una docena o más de minerales diversos cuyas proporciones pueden ser muy variables dependiendo de la localización de los yacimientos.

Desde el punto de vista industrial, el interés se concentra esencialmente en las posibilidades de extracción del níquel, y 0.2 a 0.5% de cobalto, independientemente de otras concentraciones como molibdeno, fierro o aluminio.

La repartición geográfica de los nódulos es extremadamente amplia, pero en virtud de su muy variable composición, no todos los yacimientos presentan el mismo interés económico.

Si bien se han descubierto más de 500 yacimientos de nódulos en los océanos Pacífico, Atlántico e Índico, es en el Océano Pacífico en donde se localizan las mayores cantidades con el más alto porcentaje de mineral.

19 Ver el documentado estudio dirigido por Bowrsier G' y Belle-Larant, *Le Droit de la Mer et l'Europe*, Belgique, Agénce Européene d'Informations, 1977, t. I, pp. 19-25.

Concretamente se estima que sobre una zona de 12 a 15 millones de km^2, situada entre las islas Hawai y México, parecen encontrarse los campos más abundantes en alto contenido de cobre y níquel; en algunas regiones del Pacífico la concentración de nódulos puede alcanzar hasta cien mil toneladas por milla cuadrada.[20]

Es evidente que desde el punto de vista técnico, la explotación de los nódulos a profundidades de aproximadamente 4 mil metros, se enfrenta a dificultades de tal magnitud que sólo aquellas empresas que dispongan de capitales considerables (se calcula un promedio de 250 millones de dólares para cada empresa explotadora) y de una tecnología mucho muy avanzada y compleja, podrían realmente llegar a superarlas con éxito.

De ninguna manera son tareas fáciles la extracción de nódulos de los fondos oceánicos y su transformación en productos de metales terminados viables y prontos a su comercialización. Será necesario individualizar los depósitos más promisorios, extraer los nódulos a la superficie del mar, transportarlos a tierra y someterlos a un tratamiento metalúrgico.

De acuerdo a ciertas estimaciones no se prevé que los grandes consorcios industriales puedan iniciar la producción en escala comercial antes de 1990.[21]

No hay que perder de vista que se trata de una industria enteramente novedosa en la cual muchos datos y cifras de las investigaciones llevadas a cabo todavía están guardadas bajo un estricto control y un riguroso secreto.

De aquí que todo estudio especulativo conlleva un cierto número de cálculos aproximativos, no pudiendo eliminarse toda posibilidad de error debido a fenómenos imprevisibles como la modificación en la oferta y demanda en el mercado de los metales en cuestión, la evolución tecnológica, etcétera, fenómenos que, obvio es decirlo, influyen preponderantemente en la rentabilidad futura de la industria de los nódulos polimetálicos.

20 Morin, Jacques, *L'exploitation des ressources Minerales de la Mer*, París, Carnegie, 1972, p. 18; Luard, Evan, *The Control of the Sea-bed*, London, Hinemann, 1974, pp. 11-28.

Alberto Székely afirma que "Los nódulos mexicanos, sobre todo al norte de Clarion, pero dentro de su zona de 200 millas parecen ser de buena calidad [...] fuera de dicha región, pero dentro de la ZEE de México, hay otras concentraciones poco estudiadas de nódulos de manganeso, como en el Golfo de California, en la costa occidental de Baja California e incluso en el Golfo de México, cerca del arrecife Alacranes". Székely, A., *México y el derecho internacional del mar*, México, UNAM, 1978, p. 214.

21 Lucchini, L. y Voelckel, M., *Les États et la Mer*, París, La documentation française, 1978, pp. 160-175.

Así, toda previsión de precios tiene necesariamente un carácter conjetural y el margen de incertidumbre llega a ser considerable cuando se trata de una previsión a mediano o largo plazo.

La mayor parte de las investigaciones y trabajos realizados sobre la explotación nodular ha sido efectuada por un número relativamente restringido de compañías; aproximadamente una decena de consorcios importantes.

Estos consorcios representan los intereses actuales de los tres grandes mercados del mundo capitalista industrializado (Estados Unidos, Europa y Japón), con una innegable predominancia de las compañías norteamericanas, tanto por su número como por su avance tecnológico actualmente Estados Unidos es totalmente dependiente del exterior (Zaire, Gabón) para su aprovisionamiento de manganeso, y Japón eroga aproximadamente 90 millones de dólares en su importación. La Unión Soviética, por su parte, también ha intervenido en forma considerable en esta explotación industrial, pero la revelación de sus investigaciones parece que permanece todavía menos conocida que las de los demás Estados.[22]

VI. Incidencia de la explotación oceánica en la producción terrestre

El impacto sobre los mercados de metales que podría acarrear la explotación de nódulos tiene evidentemente repercusiones importantes para los Estados productores y consumidores, principalmente en relación con los costos dentro del mercado internacional.

Los Estados en vías de desarrollo (Grupo de los 77) siempre manifestaron su temor de un posible acaparamiento de los recursos submarinos por los Estados industrializados.

Los Estados no industrializados que son frecuentemente productores de tales metales, quieren a toda costa evitar una caída en los precios de

22 Lurd, Evan, *op. cit.*, pp. 203 y ss. Lucchini, L. y Voelckel, M., *op. cit.*, pp. 160 y ss. En Estados Unidos puede mencionarse a la *Tenneco (Deep Sea Ventures)* y a la *Kennecot Copper Corp.*, asociadas a intereses japoneses, canadienses, belgas, británicos, etcétera. Además, Estados Unidos lleva al cabo la ejecución de un programa muy activo sobre nódulos a través del Departamento de Estudios Geológicos, y la Fundación Nacional de Ciencias patrocina un programa, bajo los auspicios de la "Decena Internacional de Exploración de los Océanos", cuyo presupuesto anual es de 500 mil dólares.

La Unión Soviética constituyó desde 1971 un comité de prospección de recursos geológicos masivos e instrumentó un programa oceanológico de 15 años. Ver Boursier y Belle-Larant, *op. cit.*, pp. 63-78.

los mismos que vendría a producirse como consecuencia de una mayor oferta en el mercado internacional.

MANGANESO, NÍQUEL, COBRE Y COBALTO: PRODUCCIÓN PROBABLE DE LA INDUSTRIA DE LOS NÓDULOS, ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA MUNDIAL Y DE LAS IMPORTACIONES NETAS DE LOS PAÍSES INDUSTRIALIZADOS PARA 1985[a]

en millares de toneladas métricas

	Producción probable de la industria de los nódulos	*Estimación de la demanda mundial*	*Producción de la industria de los nódulos en % de la demanda mundial*	*Estimaciones de las importaciones netas de los países industrializados*	*Producción de la industria de los nódulos en % de las importaciones netas de los países industrializados*
Manganeso	920	16.400	6	7.300	13
Níquel	220	1.220	18	.770	26
Cobre	200	14.900	1.3	3.600	5.5
Cobalto	30	60	50	[b]	[b]

FUENTE: Anuario de estadísticas de las Naciones Unidas: CNUCED. *World Metal Statistics*.
[a] Abstracción hecha de los países de economía planificada.
[b] Cifras no disponibles.

Del informe presentado por la Secretaría General de Naciones Unidas: "Consecuencias económicas del desarrollo de la minería en los fondos marinos de la zona internacional",[23] se desprende que los principales productores de metales contenidos en los nódulos se encuentran de igual manera entre los países industrializados que entre los países en vías de desarrollo, de aquí que la oposición de intereses se establecería no tanto entre productores y consumidores, sino más bien entre Estados exportadores y Estados importadores.

23 Doc. A/Conf. 62/25 en *Troisiéme Conference des Nations Unies sur le Droit de la Mer*. Doc. OF., vol. III. 22. 1974.

Los países industrializados aseguran una gran parte de la producción del níquel (más de 85%), una buena parte de la producción de manganeso (66%) y un poco más de la mitad de la producción del cobre. Por el contrario, la parte de los países en vías de desarrollo predomina en la producción de cobalto.

Debe quedar en claro que estos porcentajes deben ser apreciados tomando en consideración que se aplican a países cuya riqueza es muy desigual. Una producción incluso pequeña en porcentaje, puede representar una fuente importante de ingresos para un país subdesarrollado; las exportaciones de minerales pueden representar por lo tanto incidencias directas en sus balanzas comerciales.[24]

VII. La autoridad internacional

Los intereses divergentes entre Estados industrializados y Estados en vías de desarrollo trataron de ser resueltos por la Tercera Conferencia mediante la creación, única en la historia, de una organización internacional universal denominada Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (International Sea-Bed Authority) con sede en Jamaica (Sección 4, Parte XI de la Convención de 1982).

Para los países industrializados el rol que tendría que jugar la Autoridad Internacional debería ser meramente "contractual", limitándose a la sola expedición de licencias o permisos para la explotación de los recursos oceánicos.

Por el contrario, para los países en desarrollo (Grupo de los 77), la Autoridad Internacional debería gozar de una competencia exclusiva para la explotación de los recursos de los fondos marinos, a través de un establecimiento público internacional denominado "La Empresa", órgano de

24 Para 1985 se prevé que el 18% de la demanda mundial de níquel, cuya mayor utilización se encuentra en la fabricación de acero inoxidable, será a través de la industria nodular, en el caso del cobre, de gran valor en la elaboración de equipos eléctricos, son los países industrializados los mayores productores y consumidores, pero son los países en desarrollo los mayores exportadores; en el caso del manganeso, muy utilizado en la industria siderúrgica, Brasil, Gabón y la India exportan cada uno de ellos anualmente 30 millones de dólares de ese mineral; por lo que respecta al cobalto, con importantes propiedades magnéticas y químicas, es Zaire el mayor productor, aportando 2/3 de la producción mineral total y los nódulos provocarían una fuerte penetración en el mercado del cobalto satisfaciendo 50% de la demanda mundial en 1985. Ver *Informe...*, Conf. 62/25, pp. 19-23.

la Autoridad encargado de conducir directamente las actividades en la zona.[25]

El compromiso que se alcanzó consiste en un sistema llamado "paralelo", cuya idea básica es la explotación de los fondos marinos por la Autoridad (todos los Estados partes son *ipso facto* miembros de la Autoridad; artículo 156, párrafo 2o.) paralelamente en asociación con Estados partes o empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean la nacionalidad de los Estados partes o que sean efectivamente controlados por ellos o por sus nacionales, cuando las patrocinen dichos Estados (artículo 153, párrafo 2o., inciso b).[26]

Al centro del sistema paralelo se encuentra un mecanismo (*banking system*) de conformidad con el cual las solicitudes de contrato (el "plan de trabajo" toma la forma de contrato, artículo 153, párrafo 3o.), dirigidas a la Autoridad Internacional por los Estados o sus empresas, deberán forzosamente abarcar en total un área que sea lo bastante extensa y con suficiente valor comercial estimado, que permita llevar a cabo dos explotaciones mineras.

> Dentro de los 45 días siguientes a la recepción de estos datos, la Autoridad designará la parte que se reservará exclusivamente para la realización de actividades por ella mediante la Empresa o en asociación con Estados en desarrollo. Esta designación podrá aplazarse por un periodo adicional de 45 días si la Autoridad solicita que un experto independiente determine si se han presentado todos los datos requeridos [...] El área designada pasará a ser área reservada tan pronto como se apruebe el plan de trabajo para el área no reservada y se firme el contrato (anexo III, artículo 8, Convención).

VIII. Sistema de control y compensación

Por otra parte, como ya se ha visto, la explotación comercial de los recursos minerales oceánicos puede generar un aumento en la oferta y un

25 Ver los proyectos de Estados Unidos (A/Conf. 62/C.I. L.6); RFA, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Gran Bretaña (A/Conf. 62/C.I./L.8); Japón A/Conf. 62 (C.I./L.9) y el preparado por el grupo de los 77 (A/Conf. 62/C.I./L.7) relativos a las condiciones de explotación y exploración de la Zona Internacional. *Troisiéme Conference...*, Doc. Of., vol. III, pp. 185 y ss. Ver Alexander, Lewis, "New Approaches to Control of Ocean Resources", en Wirsing, R. (ed.), *International Relations and the Future of Ocean Space*, USA, South Carolina Press, 1974, pp. 67-83.

26 Si se tratase de consorcios multinacionales como el constituido por la *Kennecott Copper Corp* (estadounidense 50%); *Río Tinto Zinc* (británico 20%); *Moranda Mines* (canadiense 10%); *Gold Field* (británico 10%); y *Mitsubishi* (japonés 10%), la Convención exige que todos los Estados partes de que se trate deberán patrocinar la solicitud de planes de trabajo. Anexo III, art. 4, párr. 3.

descenso en los costos de los minerales. Esta situación favorecería a los consumidores de minerales (en su mayoría países industrializados) pero generaría efectos adversos en los ingresos y la economía de los productores terrestres, en particular en los países en vías de desarrollo.[27]

Para la protección de los intereses de los productores terrestres se ha previsto un complicado "sistema de control y limitación" de la producción de los minerales provenientes de los fondos oceánicos.

Mediante este sistema la autoridad podrá adoptar las medidas necesarias para promover la estabilidad en los mercados de los productos básicos obtenidos de los minerales extraídos de la zona, a precios remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores (artículo 151, párrafo 1o., inciso a).

Además de consagrarse límites máximos de producción por periodos provisionales (la elaboración en detalle corresponde al más importante: en níquel), estando la Autoridad facultada para limitar el volumen de la producción de los minerales de la zona, se prevé asimismo un "sistema de compensación", en favor de países en desarrollo cuyos ingresos de exportación sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral debido a la explotación en la zona (artículo 151, párrafo 10).[28]

IX. La transferencia de tecnología

Dentro del marco de la nueva convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, un punto capital en el mecanismo internacional previsto para la explotación oceánica, se refiere a los medios técnicos (además de los financieros) que posibiliten a la empresa a explotar efectivamente la zona paralelamente a los Estados y a sus empresas).

Por lo que toca a estos medios técnicos, la Convención contiene disposiciones detalladas y más avanzadas, como lo ha señalado Tullio Tre-

27 Ver el "Documento de trabajo sobre las consecuencias económicas para los países en desarrollo derivadas de la explotación de los fondos marinos extrajurisdiccionales" presentado por Chile. A/Conf. 62/C.1./L. II Doc. Of., vol. III, p. 204.

28 Aparte de la obligación que tienen los Estados partes de contribuir al financiamiento de la primera explotación de la empresa (anexo IV, artículo II. Convención), por cada solicitud de contrato se impone un derecho de 500 mil dólares por concepto de gastos administrativos; cada contratista pagará un canon anual fijo de 1 millón de dólares a partir de la fecha de entrada en vigor del contrato; y una contribución financiera a la autoridad desde el comienzo de la producción comercial (anexo III, artículo 13, Convención).

ves, que aquéllas en discusión ante otros organismos de Naciones Unidas que se ocupan del tema relativo a la transferencia de tecnología.[29]

La importancia de la tecnología para el desarrollo difícilmente puede ser exagerada, pues como lo ha puesto de relieve el profesor Yash Ghai, las disparidades, en cuanto a capacidad tecnológica se refiere, entre países ricos y países pobres, no es sólo un mero reflejo de su desigualdad sino, sobre todo, una causa importante de ésta.

En la medida en que los países industrializados sigan reteniendo su superioridad en recursos tecnológicos sobre los países en desarrollo, en esta misma medida, muy probablemente, seguirán los industrializados reteniendo su superioridad sobre los procesos económicos y cambios sociales de aquellos países.[30]

A este respecto la Convención estipula la obligación para todo contratista de poner a disposición de la empresa, según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, cuando la Autoridad lo solicite, la tecnología que utilice al realizar actividades en la zona en virtud del contrato. "Sólo se podrá hacer valer esta obligación si la Empresa determina que no puede obtener en el mercado libre, según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, la misma tecnología u otra igualmente útil y eficiente" (anexo III, artículo 5o., párrafo 3o., inciso a).[31]

Las controversias que se susciten a este respecto estarán sujetas al procedimiento de solución obligatoria de diferendos previstos por la Sala de controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, con sede en la ciudad de Hamburgo, República Federal de Alemania (Parte XI, Sección 5); y en caso de inobservancia de tales obligaciones, podrán imponerse sanciones monetarias o la suspensión, o incluso hasta la rescisión del contrato.

29 Treves, Tullio. Ver su excelente estudio introductorio en el volumen *Lo sfruttamento dei fondi marini internazionali*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 16.

30 Yash, Ghai, "Legal aspects of transfer of technology" en Hossain, *Legal aspects of the New International Economic Order*, London, Frances Pinter, 1980, p. 15.

31 Por lo que se refiere a la tecnología de la cual el contratista no es propictario, debe obtenerse la garantía escrita de que se pondrá esa tecnología a disposición de la empresa y en cuyo defecto el contratista no podrá utilizar dicha tecnología para realizar actividades en la zona. Anexo III, artículo 5o., párr. 3o., inciso b.

Por lo que se refiere a la práctica estatal al momento de la entrada en vigor de la Convención de 1982, consúltese el documento preparado por el Departamento de la ONU para el Derecho del Mar. *Practice of States at the time of entry into force of the United Nations Convention on the Law of the Sea*. ONU/Neva York, 1994, p. 243.

En cuanto a las controversias acerca de si las ofertas del contratista se han hecho según condiciones comerciales equitativas, éstas podrán ser sometidas al arbitraje internacional obligatorio de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, u otras reglas arbitrales determinadas por las normas de Autoridad (anexo III, artículo 5o., párrafo 4o., Convención).[32]

X. Estructura institucional del régimen internacional

La razón de ser de una organización internacional es ante todo de "orden funcional". La voluntad en sus fundadores es la de disponer de un instrumento propio para la consecución de objetivos definidos, lo que explica la creación de una organización internacional. Y será la naturaleza de las actividades necesarias a la realización de esta función, lo que determinará la estructura orgánica de la que estará dotada la organización por medio de su acto constitutivo.

De esta manera, como señala Michel Virally, existe una relación dialéctica entre las funciones de la organización y sus elementos estructurales: la relación entre el fin y los medios. "El valor de una organización internacional, como de toda institución es instrumental: la organización internacional es un instrumento."[33]

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos no deja de reflejar el esquema tradicional de las organizaciones internacionales: una Asamblea plenaria, un Consejo restringido, y una Secretaría (independientemente del órgano operativo: la Empresa), pero a diferencia de las instituciones de Naciones Unidas que se limitan en general a coordinar las actividades de los Estados dentro del marco del acuerdo constitutivo, con la creación de la Autoridad Internacional se trata de implementar una estructura de poder, investida de las facultades jurídicas necesarias que le permitan no

32 Ver el estudio reciente de Migliorino, Luigi, "Sfruttamento dei fondi marini e nouvo ordine economico internazionale. Transferimento della tecnologia e controllo delle multinazionali", en Treves, T., *op. cit.*, pp. 81-96.

33 Virally, Michel, *L'Organization Mondiale*, París, Edit. Armand Colin, 1972, p. 26. La concepción de Virally está lejos de ser "mecanicista", ya que para su autor el carácter orgánico de la institución provoca que la misma escape siempre, en una cierta medida, al control de sus fundadores, o por lo menos a sus previsiones, para seguir una evolución autónoma.

sólo imponerse sobre los Estados miembros, sino también ejercer ella misma funciones operacionales directas, poseyendo además una verdadera competencia territorial.[34]

La Asamblea es el órgano plenario de la Organización, está integrado por todos los Estados partes en la Convención, celebra un periodo ordinario de sesiones cada año y adopta las decisiones sobre cuestiones de procedimientos por simple mayoría en tanto que las de fondo se adoptan por mayoría de dos tercios (artículo 159, Convención).

Y obviamente el sufragio se apega a la regla clásica de la "democracia directa interestatal", otorgando a cada Estado un voto.

Por lo que respecta al Consejo, como órgano restringido, éste no podría limitarse a ser una simple emanación de la Asamblea, fundándose sobre una mera repartición geográfica: ya que no hay que olvidar que la autoridad, además de estar dotada de facultades de administración y operación, tiene un campo de actividad eminentemente de orden económico. De aquí que en la composición del Consejo se tenga que tomar en cuenta, además del criterio geográfico, criterios de carácter económico y técnico, que tomen en cuenta tanto a los países productores como a los importadores, a los inversionistas e industrializados, como a los subdesarrollados y carentes de tecnología, etcétera.[35]

El Consejo, tal y como quedó consagrado en la Convención, está integrado por 36 miembros elegidos por la Asamblea, y su composición refleja el esfuerzo de conciliar el principio de una equitativa repartición geográfica, con el principio de la debida representación de los intereses particulares en la forma siguiente: *a*) Cuatro miembros son escogidos entre los Estados partes que hayan sido los mayores consumidores e importadores de los minerales extraídos de la zona y, entre ellos, al menos, un Estado de Europa Oriental, *b*) Cuatro miembros son escogidos entre los ocho Estados que hayan efectuado las mayores inversiones en las actividades de la Zona, incluido por lo menos un Estado de Europa Oriental. *c*) Cuatro miembros son escogidos entre los principales productores terrestres de los minerales extraídos de la Zona, incluidos por lo menos dos Estados en desarrollo, cuyas exportaciones sean de importancia considerable para su

34 Dupuy, René-Jean, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

35 *Idem*, pp. 172 y 173. Los países del Grupo de los 77 siempre lucharon por la tesis de la primacía jerárquica de la Asamblea sobre el Consejo, en tanto que los industrializados no le asignaban más que facultades de recomendación.

economía. *d*) Seis miembros escogidos entre los Estados en desarrollo, que representan intereses especiales, *i.e.*, Estados con gran población, Estados sin litoral, etcétera. *e*) Dieciocho miembros escogidos de conformidad con el principio de asegurar una distribución geográfica equitativa de los puestos del Consejo en su totalidad, a condición de que cada región geográfica cuente por lo menos con un miembro (artículo 161, párrafo 1o., Convención).[36]

De lo anterior se puede ver que la representación de los intereses de los países industrializados, así como la representación de los intereses de los países en desarrollo quedan, de conformidad con este sistema, debidamente aseguradas en el seno del Consejo.

Aun y cuando la Asamblea considerada por la Convención como el "órgano supremo" de la Autoridad (artículo 160 párrafo 1o.) y el Consejo como "el órgano ejecutivo" de la misma (artículo 162, párrafo 1o.) el texto mismo del tratado refleja más bien (en la concreta articulación de las competencias) una separación de poderes tendente a realizar un delicado equilibrio político.[37]

Las funciones y competencias esenciales no están de hecho concentradas o monopolizadas por la Asamblea; en realidad las funciones estarán distribuidas entre la Asamblea y el Consejo, y en parte ejercitadas en forma común por ambos órganos (ver artículos 160 y 162, párrafos 2o. y 2o., respectivamente).

No cabe duda que la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos se presenta, como ha señalado Tullio Treves, como uno de los ejemplos más avanzados de organización internacional universal con facultades excepcionalmente amplias frente a los Estados miembros, siendo por lo demás dichas competencias susceptibles incluso de una ulterior expansión en virtud de la teoría de las facultades implícitas (artículo 157, párrafo 2o.)[38]

36 El sistema de votación en el Consejo varía de acuerdo al objeto en cuestión: por simple mayoría, por mayoría de 2/3; por mayoría de 3/4; y algunas cuestiones de fondo por "consenso" entendido éste como la ausencia de toda objeción formal (ver artículo 161, párrafo 8). Un sistema de "voto ponderado" calculado sobre la base de aportación de cada miembro, como se conoce en el FMI o en el Banco Mundial, era políticamente insostenible en la III CONFEMAR, la cual se inscribía en el contexto de un Nuevo Orden Económico Internacional. Ver Dupuy, R.-J., *op. cit.*, p. 176; Faundez, Julio, "Is it wrong for third World to Compromise? The debate over the regulation of sea-bed activities", *op. cit.*, pp. 174-187.

37 Treves, Tullio, *op. cit.*, p. 26.

38 *Idem*, pp. 29-32.

XI. LEGISLACIÓN UNILATERAL APLICABLE A LA ZONA INTERNACIONAL

El sistema internacional que hemos analizado se aplica al ámbito de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (es lo que se denomina la "zona", conforme al artículo 1o., de la Convención).

La soberanía nacional sobre el lecho submarino queda así limitada a la Plataforma Continental, que se extiende ya sea una distancia de 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, o bien hasta el borde exterior del margen continental (artículo 76, párrafo 1o.).[39]

Sin embargo, ciertos países industrializados como Estados Unidos de América (éstos a la cabeza), República Federal de Alemania, Gran Bretaña y Francia, han aprobado leyes por las cuales autorizan unilateralmente a sus nacionales a explorar y explotar los recursos de la zona internacional, previéndose en dichas leyes el reconocimiento recíproco o la conclusión de futuros acuerdos limitados entre los países interesados.[40]

Durante el transcurso de las negociaciones de la III CONFEMAR, los países en desarrollo no dejaron de patentizar en repetidas ocasiones su rechazo acerca de todos los argumentos presentados para justificar la adopción de legislaciones unilaterales, fundamentándose *inter alia*, pero principalmente, en la "Declaración de Principios" que figura en la Resolución 2749 (XXV) de la Asamblea General, la cual excluye expresamente la posibilidad de ampliar la libertad de la Alta Mar a los fondos marinos, cuya exploración y explotación somete al régimen internacional.[41]

Posteriormente, en el noveno periodo de sesiones en Ginebra (28/VII a 28 de VIII de 1980) se presentó un documento consagrando la posición

39 El margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la pendiente precontinental, artículo 76, párrafo 3.

40 La legislación estadounidense: "*Deep sea-bed Hard Minerals Resources Act*", del 28 de junio de 1980, Public Law 96-283, 94 Stat 553 *International Legal Materials*, vol. XIX, 1980, p. 1008; la legislación alemana del 16 de agosto de 1980 en *Int. Legal Mat.*, vol. XX, p. 393; la legislación británica del 28 de julio de 1981 en *Int. Legal Mat.*, vol. XX, p. 1217. En cuanto a la ley francesa: "Loi No. 81-1135 du 23 décembre 1981 sur l'exploration et l'exploitation des ressources minerales des grands fonds marins". *RGDIP*, tome 86/982/I., pp. 225-229.

41 Informe de las comisiones. 109a. sesión, 15/IX/78, en *Tercera Conferencia...*, Doc. Of., vol. IX, p. 117, párr. 21. Cabe destacar que, en esta misma sesión, los países de Europa Oriental se adhieren en cierta medida a la Declaración 2749 de la cual se habían abstenido en la votación de 1970.

jurídica del Grupo de los 77 acerca de la cuestión de la legislación unilateral, en donde se afirma que la pretensión de este tipo de legislación de no impugnar la naturaleza jurídica de la zona como Patrimonio Común de la Humanidad, intentando justificar la concesión de licencias de explotación invocando el principio de la libertad de la Alta Mar, carecía de todo fundamento jurídico.

> Además de que el principio de la libertad de la Alta Mar no se ha aplicado nunca a los recursos de la zona debido a la falta de progreso tecnológico en ese campo, el artículo 2 de la Convención sobre la Alta Mar de 1958 no menciona la exploración y la explotación de los fondos marinos en su enumeración de las diversas libertades. Y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha señalado el carácter deliberado de esa omisión, debido al hecho de que tal explotación no habría adquirido todavía importancia práctica suficiente para justificar una reglamentación especial.[42]

Por lo que concierne a la posición de varios países industrializados a este respecto, se sostiene fundamentalmente que el hecho de que la Resolución 2479 (XXV) haya proclamado los recursos de los fondos marinos como "patrimonio común de la humanidad", no quiere decir que se *pretenda prohibir el acceso a dichos recursos*, sin que ello implique reivindicaciones de soberanía sobre la zona, e independientemente del hecho altamente reiterado por estas naciones de que las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas carecen de fuerza obligatoria, poseyendo solamente carácter de recomendaciones, en tanto no se concierte un tratado o acuerdo internacional que otorgue un efecto jurídico a las mismas y que entre en vigor respecto al Estado considerado.[43]

Los permisos de explotación y autorizaciones equivalentes previstos por estas legislaciones, confieren a su titular el derecho exclusivo de emprender actividades de prospección, exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos.

Estas legislaciones, sin embargo, no dejan de estipular que la expedición de tales permisos no constituye una *reivindicación de soberanía* so-

42 Carta de fecha 29 de agosto de 1980, dirigida al presidente de la Conferencia por el presidente del Grupo de los 77, embajador E. Kanyanya Wapwi (Uganda). A/Conf. 62/106, p. 5.

43 Ver en especial las intervenciones de EUA, RFA, Francia, Italia, Japón y Reino Unido, en el séptimo periodo de sesiones, en *Tercera Conferencia...*, Doc. Of., vol. IX, pp. 118 a 122 y también la declaración del representante de EUA en respuesta a la declaración del presidente del Grupo de los 77. Doc. A/Conf. 62/93, en *Troisiéme Conference...*, Doc. Of., vol. XII, pp. 117 y 118.

bre cualquier parte de los fondos marinos situados más allá de los límites de la jurisdicción nacional de los Estados costeros; no debiendo asimismo afectarse en forma alguna el ejercicio de las libertades clásicas del régimen de Alta Mar como navegación, pesca e investigación científica (ej. artículo 1o., párrafos 2o. y 3o. de la Ley francesa del 23-XII-1981).

Por otra parte los Estados miembros del Grupo de los 77 han sostenido la posibilidad de recurrir a los tribunales competentes contra los Estados responsables de este género de legislación unilateral, proponiendo a la Asamblea General de Naciones Unidas la solicitud de una "opinión consultiva" a la Corte Internacional de Justicia acerca de las consecuencias jurídicas de toda infracción los principios aplicables al régimen internacional de los fondos marinos.[44]

Si se llegara a generar la controversia se trataría, como ha sido señalado en la doctrina, de un diferendo cuyos resultados serían bastante inciertos, pero además posiblemente inoportunos, en cuanto que debe entenderse que se trata de ese género de controversias que son demasiado importantes como para que exista una efectiva solución, siendo preferible que no exista un vencedor y un vencido.[45]

Pensamos que también podría considerarse que una vez que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar llegase a entrar en vigor para los Estados partes, ésta podría llegar también a ser obligatoria, en parte o en su totalidad, incluso para Estados Terceros, en tanto que reglas consuetudinarias de derecho internacional reconocidas como tales, en la misma forma que ha quedado consagrado en el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

De acuerdo con esta hipótesis, obviamente se trataría de examinar en qué condiciones una regla convencional puede ser invocada a título de regla consuetudinaria en contra de un país que no es parte de un tratado.

Si la regla convencional es nueva (como sería el caso del régimen internacional de explotación) es posible que a través de la práctica reiterada y uniforme de Estados Unidos, ésta llegue a adquirir un carácter consuetudinario que la haga obligatoria para un círculo de Estados, comprendiendo incluso Estados no Partes en el instrumento convencional en que se formula.

44 Ver "Carta de fecha 29 de agosto de 1980...". A/Conf. 62/106, p. 9.

45 Lowe, A. V., *The International Seabed: a legacy of mistrust*. Citado por Treves, Tullio, *op. cit.*, p. 10.

Pero, como bien afirma Paul Reuter, es muy delicado el establecer bajo qué condiciones precisas un tratado podría llegar a engendrar una regla consuetudinaria, máxime si jurídicamente es inaceptable la tesis de que los tratados "cuasi-universales" pudiesen ser vinculantes para todos los Estados independientemente de la posición tomada por los Estados terceros.[46]

Aparte de lo anterior hay que reconocer que si un tribunal internacional, desde un punto de vista estrictamente jurídico, aceptase la idea de que se ha cristalizado una norma de derecho internacional general que prohíba las actividades de explotación en la zona internacional en forma unilateral, en este caso un Estado que desde el inicio del proceso de elaboración de tal norma la hubiese "constantemente objetado", difícilmente podría afirmarse que pueda quedar vinculado por ella.[47]

Las consecuencias del *rechazo expreso* hecho por un Estado hacia una costumbre, desde el inicio de su formación, queda muy bien ilustrado en el Caso de las Pesquerías, en donde la Corte, a propósito de la incorporación en las aguas interiores de un Estado en aquellas bahías cuya abertura es superior a diez millas, declara que: "De todas maneras, la regla de las diez millas aparece como no oponible a Noruega, país éste habiéndose siempre declarado en contra de todo intento de aplicarla a la costa de Noruega".[48]

Ahora bien, es necesario subrayar que hasta el momento no es posible predecir si las legislaciones unilaterales de los Estados en cuestión llegarán realmente a implementarse más allá de la fase de exploración, en cuyo caso el problema de su ilicitud se plantearía en términos menos rigurosos.

Todas estas legislaciones prevén que ningún permiso de explotación autorizará el comienzo de ninguna operación antes del 1o. de enero de 1988.[49]

Por último, no puede dejar uno de preguntarse cómo sería posible el poder conciliar, por una parte, la votación en contra de la Convención sobre

46 Reuter, Paul, *Introduction au Droit des Traités*, París, Edit. Armand Colin, 1972, pp. 116 y 117.

47 Ver D'Amato, Anthony, *The Concept of Custom in International Law*, London, Edit. Cornell University Press. 1971 (en particular, el inciso "*The role of protest*"), pp. 98-103, y Treves, Tullio, *op. cit.*, p. 8, nota 15.

48 Affaire des pêcheries. arrêt du 18 décembre 1951, CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1951, p. 131, párr. 3.

49 "Aucun permis d'exploitation n'autorisera le démarrage de l'exploitation avant le 1er. janvier 1988", artículo 7, párr. 3, de la Legislación francesa.

derecho del mar por parte de Estados Unidos y su legislación unilateral, con la actitud, por otra parte, de este mismo país a través de las declaraciones de Lyndon B. Johnson en 1966 o del entonces presidente Richard Nixon, el 23 de mayo de 1970, proponiendo que todos los países adoptasen lo antes posible un tratado internacional por el cual renunciarían a toda reivindicación nacional sobre los recursos naturales de los fondos oceánicos, considerados éstos como patrimonio común de la humanidad.[50]

Es necesario, para una correcta apreciación de las cosas, no perder de vista que el derecho internacional ofrece múltiples ejemplos de ficciones jurídicas inventadas para servir, exclusivamente, intereses muy precisos y hacerlos aceptar más fácilmente a través de este mecanismo.

El rol ideológico, "anestésico", como dice M. Bennouna,[51] que juegan conceptos tales como la libertad de los mares, la igualdad soberana de los Estados, "patrimonio común de la humanidad", libre consentimiento en la concertación de tratados, etcétera, es a todas luces una situación evidente que se manifiesta en la historia de las relaciones internacionales. A condición de saberlo utilizar, el *idealismo* puede constituir un arma más poderosa que la *realpolitik*. Que estén o no en el origen de la proposición maltesa, los gobiernos norteamericanos la asumieron para tratar de utilizarla en su propio y único beneficio. De acuerdo con ellos, las nuevas instituciones que se generen no deberían tener más que una simple función de reglamentación y no de control, asegurando así a sus multinacionales una base jurídica cierta y un clima de seguridad próspero para las inversiones de explotación de los fondos marinos, al mismo tiempo que podrían congraciarse con la mayoría de los Estados, pero eso sí, "excluidos" de hecho de las operaciones de explotación.

XII. El acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar

En julio de 1990, la Secretaría General de Naciones Unidas, pareció tomar la iniciativa de convocar a reuniones oficiosas de consulta, con el

50 Ver "Declaration fait par la president Nixon le samedi 23 mai 1970 sur la politique des Etats Unis touchant les océans", en Colliard *et al.*, *Le Fond des Mers*, pp. 18-21.

51 Bennouna, M., "Le fond des mers et des océans au dela des jurisdictions nationales", *The Law of The Sea*. Thesaurus Acroasium, vol. VII, Thessaloniki, pp. 242-244. La Unión Soviética, que se mostró bastante reticente acerca de la proposición de A. Pardo, no dejaría de ser interpelada por la delegación de China, cuando más tarde, en el curso de las negociaciones, se alinearon en sustancia con los intereses norteamericanos.

objetivo de lograr una "participación universal" en la Convención de Montego Bay. En otras palabras, la participación de los países altamente industrializados, principales detractores del régimen internacional de explotación de los fondos marinos.

El Secretario General estimó que desde la fecha en que se había firmado la Convención de 1982, se habían producido cambios políticos y económicos importantes que incidían de manera muy apreciable en el régimen relativo a la explotación minera de los fondos marinos consagrado en la Convención, en su Parte XI.

A falta de poder recurrir, no solamente por razones de orden político y jurídico, sino también de orden práctico, a un protocolo de enmienda, modificativo, o sustitutivo, que entrara en vigor al mismo tiempo que la Convención, la solución adoptada fue la de aprobar un acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención, que en realidad modificaba sustancialmente esta parte, y que entró en vigor "a título provisional", a partir de la fecha de vigencia de la Convención, esto es el 16 de noviembre de 1994.

En realidad, el derecho de los fondos marinos —como lo dijo J. P. Quéneudec—, sufrió una suerte de "metampsicosis", ya que fue objeto de una transmigración de un cuerpo convencional en otro tipo de instrumento internacional.[52]

52 Quéneudec, J. P., *Revue Générale de Droit International Public*, t. 98/1994/4, p. 867.

Exploración de mineral frente a las costas

Navegación

1 Estrellas
2 Satélites
3 Radionavegación
4 Boya de navegación (transpondedor/radar)

Batimetría

5 Sonda de haz angosto
Ecógrafo de sedimento
6 Distintos registradores de la profundidad

Sismología de reflexión

7 Pistola neumática
8 Banda con hidrófonos, registro analógico y digital

Reconocimiento oceanográfico

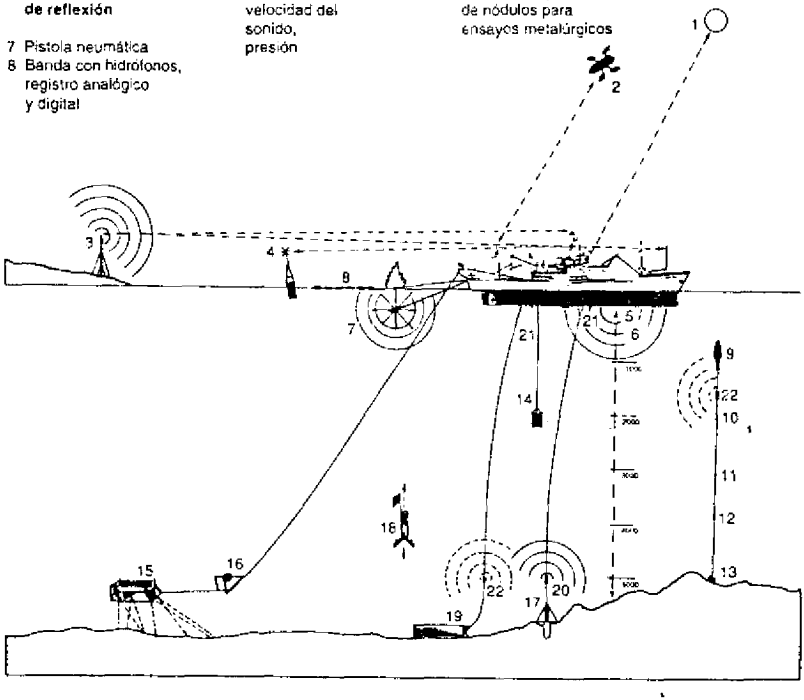
9 Red medidora submarina con boya localizable
10 Medidor de corriente
11 Termómetro
12 Medidor de la presión hidráulica
13 Ancla de corte
14 Batisonda: Medición constante de temperatura, salinidad, velocidad del sonido, presión

Estudio de yacimientos de mineral

15 Sonda de inmersión profunda con cámara de TV, cámara de fotografías y luces
16 Plataforma estabilizadora
17 Equipo para calor que muestrea el sedimento con nódulos
18 Sacador de muestras de caída libre
19 Muestreo a granel de nódulos para ensayos metalúrgicos

Localización de los indicadores de estudios lanzados

20 Silbador
21 Hidrófono
22 Transpondedor



Claro que desde un punto de vista formal, las reglas enunciadas en la Convención y en el Acuerdo coexisten oficialmente, pues en el Acuerdo de 1994 se precisa que las disposiciones del Acuerdo y de la Parte XI, "deberán ser interpretadas y aplicadas en forma conjunta como un solo instrumento" pero, al mismo tiempo, también se señala que la Convención de 1982 deberá aplicarse *de conformidad* con el Acuerdo de 1994, y que en caso de discrepancia o incompatibilidad, entre los dos instrumentos internacionales, *serán las disposiciones del Acuerdo de 1994, las que deberán prevalecer* (artículos 1o. y 2o.).

Así, el Acuerdo de 1994 parecería presentarse como un instrumento de interpretación y aplicación de ciertas disposiciones de la Convención de 1982, *pero en realidad está enmendado radicalmente la Parte XI de la misma.*

De hecho, bien puede sostenerse que de conformidad con el derecho de los tratados, las normas de la Parte XI se están dando por terminadas, en virtud de que las "disposiciones del tratado posterior son *hasta tal punto incompatibles* con las del tratado anterior, que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente" (artículo 59 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).[53]

Entre los cambios relevantes que podemos mencionar, introducidos por el Acuerdo de 1994, está el relativo a la toma de decisiones dentro de la "Autoridad Internacional de los Fondos Marinos", esto es, la organización que controla las actividades en la "zona".

Mientras que en la Convención de Montengo Bay está previsto que la Asamblea de la Autoridad es el *órgano supremo* de ésta (artículo 160), el Acuerdo de 1994 confiere al Consejo un papel preponderante. Los mecanismo de toma de decisiones en el seno de la Asamblea permanecen inalterables, pero en toda la cuestión para la cual el Consejo posea igualmente competencia, y para toda la cuestión de orden administrativo o financiero, la decisión de la Asamblea no podrá ser adoptada si no existe de por medio una recomendación favorable del Consejo.

En caso de que la Asamblea no aceptare dicha recomendación, el asunto sería devuelto al Consejo, para que éste lo examine de nueva cuenta.[54]

Las decisiones de "fondo" en el seno del Consejo deben ser adoptadas en principio por la vía del "consenso". En ausencia de "consenso",

53 Ver el Informe del Secretario General, en *Boletín del Derecho del Mar Número Extraordinario IV*, 16 de noviembre de 1994. División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar.

54 Anexo Sección 3, punto 4o. del Acuerdo de 1994.

las decisiones son tomadas por la mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, bajo condición de que estas decisiones no susciten la oposición de la mayoría en el seno de alguna de las denominadas "cámaras de votación", creadas en sustitución de las categorías de los estados previstos en el artículo 161 de la Convención.

El primer grupo está constituido por los cuatro estados que representan a los más grandes consumidores o importadores de minerales —de las categorías de minerales a extraer en la "zona"—, a condición de que entre esos cuatro miembros se incluya a un Estado de la región de Europa Oriental con la economía más importante de esa región, léase la Federación de Rusia, y al Estado que, a la fecha de entrada en vigor de la Convención, tenga la economía más importante, léase Estados Unidos de América.

El segundo grupo está compuesto por cuatro estados escogidos entre los que hayan realizado las mayores inversiones en la preparación y realización de actividades en la zona internacional de los fondos marinos.

De esta suerte, existe plena seguridad para que los Estados altamente industrializados logren siempre y en todo momento, obtener una "*mayoría de bloqueo*" en el seno de un grupo a fin de evitar la adopción de toda decisión que pudiera ser contraria a sus intereses.[55]

Respecto al muy importante tema relativo a la *transferencia de tecnología*, las disposiciones de la Convención de 1982 que consagran la *transferencia obligatoria*, son simple y llanamente suprimidas. Desaparece así el trascendental artículo 5o. del anexo III de la Convención.

Sin embargo, para tratar de "mitigar" esta derogación plena y absoluta, de la transferencia obligatoria de la tecnología, el Acuerdo de 1994 consagra (con una verdadera dosis de fino tartufismo), que "los estados en desarrollo que desean obtener tecnología para la explotación minera de los fondos marinos, procurarán obtener esa tecnología según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables en el mercado abierto".[56]

Las disposiciones de la Convención concernientes a las limitaciones en materia de "políticas de producción" se anulan igualmente, y son remplazadas por una serie de principios vagos y generales.

Además, se decreta que no se otorgarán *subsidios* a las actividades realizadas en la "zona", y que no habrá *acceso preferente* a los mercados

55 Ver Sección 3, punto 15. inciso a), b), c), d) y e) del Acuerdo de 1994.

56 Sección 5, artículo 1o., inciso a).

para esos minerales, ni para las importaciones de productos básicos elaborados a partir de ello.[57]

El fondo o sistema de compensación en favor de los países en desarrollo, cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportador de un mineral, por actividades en la "zona", es remplazado por un llamado "fondo de asistencia económica", con cargo a parte de los fondos de la Autoridad que exceda de los necesarios para cubrir los gastos administrativos de éste.[58]

Por último, hay que mencionar que se crea en el Acuerdo de 1994, un Comité de Finanzas, integrado por 15 miembros, pero que incluirán necesariamente a los cinco más grandes contribuyentes al presupuesto de la ONU, es decir, Estados Unidos, Japón, Alemania, la Federación Rusa y la República de Francia. Ninguna decisión que implique una incidencia financiera podrá ser adoptada sin haber sido sometida previamente a este Comité de Finanzas democrático.

Este famoso Acuerdo de 1994, adoptado en la 48o. sesión de la Asamblea General, inserto en la Resolución 48/263 de la ONU, fue puesto a votación y adoptado por 121 votos a favor, 0 en contra y 7 abstenciones (Rusia, Nicaragua, Panamá, Colombia, Perú, Venezuela y Tailandia. México votó a favor).

Este acuerdo firmado en Nueva York, el 28 de julio de 1994, fue abierto a la firma al día siguiente y, de inmediato, recibió la firma de 41 Estados y de los miembros de la Unión Europea.

Es innegable que con este Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención y su Anexo (secciones 2a. a 9a.), se ha *desvirtuado* en forma absoluta al espíritu y la letra del régimen jurídico de explotación de los fondos marinos consagrados en la Convención de Montego Bay de 1982.

Paralelamente, es también innegable que los estados industrializados lograron con creces los objetivos que siempre habían perseguido en las arduas negociaciones de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.[59]

57 Sección 6, "El aprovechamiento de los recursos de la zona se hará conforme a *principios comerciales sólidos*. Artículo 1o., inciso a).

58 Ver Sección 7, artículo 1o., inciso a), b), c), d) y artículo 2o.

59 Quéneudec, J. P., "Le 'Nouveau' Droit de la Mer est Arrivé!", *op. cit.*, pp. 865-870, Lévy, Jean-Pierre, "Les Bons Offices du Sécrétarie Géneral des Nations Unies en vue de l'universalité de la Convention sur le Droit de la Mer", *Revue Générale de Droit International Public*, tome 98/1994/4, pp. 871-898.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Régimen de la Convención de 1982.* IV. *Obligaciones específicas del Estado que realiza la investigación científica.* V. *Consentimiento tácito.* VI. *Normas sobre solución de controversias.* VII. *Participación de México.* VIII. *Transferencia de tecnología.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Los trabajos de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se desarrollaron en once sesiones, durante nueve años y más de 93 semanas, desde su apertura el tres de diciembre de 1973 hasta la firma de la Convención el diez de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica.

La Convención fue adoptada por 130 votos a favor, cuatro en contra (Estados Unidos, Israel, Turquía y Venezuela), y 17 abstenciones (la Unión Soviética y ocho Estados socialistas, Tailandia y España, y seis Estados de la Comunidad Económica Europea: Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, República Federal de Alemania y Reino Unido).

El alto número de Estados firmantes constituye sin duda un acontecimiento fuertemente positivo, aunque debemos reconocer que de entre los veintidós Estados no firmantes algunos son de importancia preponderante desde el punto de vista de la tecnología oceánica, como por ejemplo pueden mencionarse a Estados Unidos, República Federal de Alemania, Reino Unido y Japón (éste último cambiaría posteriormente su actitud).

En este artículo tratamos de delinear los rasgos generales del régimen de la investigación científica marina, comenzando con un esbozo del panorama que se presentaba en las convenciones de Ginebra de 1958, pasando

al análisis del régimen que se instaura en la Convención de Montego Bay de 1982.

El análisis se concentra en los derechos, facultades o jurisdicciones, según el caso, que posee el Estado ribereño en materia de investigación científica dentro de su mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental, precisando las características que en cada hipótesis presenta el otorgamiento del consentimiento por parte del Estado costero.

Posteriormente, se pasa al apartado de las obligaciones específicas que contiene el Estado que emprende las operaciones de investigación científica, y al importante principio del llamado "consentimiento tácito", que viene a ser un paliativo de la regla general sobre el otorgamiento del consentimiento del Estado costero.

Las normas sobre solución de controversias a que deben ser sujetas los diferendos sobre la interpretación o aplicación de las disposiciones pertinentes, así como las excepciones a la regla general consagrada en la Convención es un apartado posterior, para por último destacar, en forma no exhaustiva, la participación de México en las negociaciones de la III Confemar, terminando con el aspecto de la transferencia de tecnología en la Convención, íntimamente vinculado con la investigación marina.

II. ANTECEDENTES

Es bien sabido que la investigación científica marina parecía que iba a representar un aspecto un tanto secundario dentro de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, y sin embargo, en las negociaciones que duraron de 1973 a 1982 (sin olvidar la importante labor desde 1968 de la Comisión sobre la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional, y que a partir de 1972 fungiría como Comité Preparatorio de la III Confemar), este problema se convirtió casi sorpresivamente en uno de los rubros más álgidos y difíciles de resolución.[1]

Antes de que se abrieran las negociaciones de la III Confemar, la mayor parte de la doctrina sostenía, en forma más o menos tajante, que el régimen de la investigación científica en las "aguas interiores" y en "el mar territorial" se resolvía de conformidad con un ejercicio absoluto de *sobe-*

1 Jacobson, "Marine Scientific Research under Emergin Ocean Law", *Ocean Development and International Law*, Nueva York, Crane Russah, 1981, vol. II, pp. 187-199.

rania por parte del Estado ribereño, y que en lo concerniente al espacio definido como "alta mar", se gozaba de una libertad absoluta, ya que cualquier Estado podría emprender todo tipo de investigación científica marina, ya fuese en las aguas suprayacentes o en el suelo y subsuelo del mismo.

Sin embargo, ya desde la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958 (en vigor desde el 10 de junio de 1964), ciertas restricciones respecto al régimen de libertad de la investigación científica en alta mar, empezaron a ser perceptibles dentro de este ámbito.

> Para toda investigación que se relacione con la plataforma continental y que se realice allí, deberá obtenerse el consentimiento del Estado ribereño. Sin embargo, el Estado ribereño no negará normalmente su consentimiento cuando la petición sea presentada por una institución competente, con orden a efectuar investigaciones de naturaleza puramente científica referentes a las características físicas o biológicas de la plataforma continental, siempre que el Estado ribereño pueda, si lo desea, tomar parte en esas investigaciones o hacerse representar en ellas y que, de todos modos, se publiquen los resultados (artículo 5o., párrafo 8).

Aquí la cuestión que se plantearía posteriormente sería la de saber si la necesidad del consentimiento del Estado para emprender una investigación científica derivaba de la Convención de 1958 o bien ya era una norma plasmada en derecho consuetudinario.

Por otra parte, en el primer párrafo de ese mismo artículo 5o. de la Convención de 1958 se prevé una limitación de los derechos exclusivos y soberanos del Estado ribereño respecto de la exploración y explotación de la plataforma continental:

> La exploración de la plataforma continental y la explotación de sus recursos naturales, no deberá causar un entorpecimiento injustificado en la navegación, la pesca o la conservación de los recursos vivos del mar, ni entorpecer las investigaciones oceanográficas fundamentales u otras investigaciones científicas, que se realicen con intención de publicar los resultados.

Aparece así una disociación entre el suelo y el subsuelo, regidos por un principio de los derechos soberanos derivados del territorio, y de la masa de agua que continúa rigiéndose por el principio de libertad.

Si nos atenemos a la noción de la plataforma continental adoptada en 1958 (artículo 1o. de la Convención), ésta nos conduce a comprobar que el Estado ribereño se reserva derechos soberanos y exclusivos de la exploración de la plataforma y de explotación de sus recursos naturales; pero este régimen abarca únicamente lo relativo al suelo y subsuelo submarinos, pero sin extenderse a las aguas suprayacentes, que conservan su carácter de espacios marítimos de alta mar. Lo cual significa, en esta hipótesis, que toda investigación científica que se lleve a cabo sobre el suelo y subsuelo estaría sujeta a autorización, pero no así las que se emprendan sobre las aguas suprayacentes, lo que implicaba sin duda una problemática dualidad jurídica dentro de un mismo espacio marítimo.[2]

III. Régimen de la Convención de 1982

Todas las disposiciones de la Convención de 1982 (con excepción del artículo 256 que se refiere a la zona internacional), en su parte XIII que es la reservada a la investigación científica marina, se refieren al mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental.

En principio de cuentas, todo Estado, independientemente de su situación geográfica, tiene derecho a realizar investigaciones científicas marinas, a la par que las organizaciones internacionales (artículo 238).

Los Estados tienen la obligación de fomentar y facilitar el desarrollo y realización de dichas investigaciones marinas, las cuales deben emprenderse con fines pacíficos, y sin que jamás puedan constituir tales actividades fundamento jurídico alguno para ningún tipo de reivindicación (artículos 239, 240 y 241).

2 En un interesante informe de la UNESCO presentado conjuntamente con el Comité Oceanográfico Intergubernamental del año de 1962 (Documentos oficiales de Naciones Unidas, NS/10 Conf./Inf./34), se afirma sin cortapisas que: "La libertad de la alta mar implica la libertad de la investigación en alta mar" (artículo 1o.). Con relación a esto pensamos que es jurídicamente incorrecto el sostener que la investigación científica marina es una nueva libertad de la Convención de 1982, que se añade a las cuatro tradicionales del artículo 2o. de la Convención sobre la Alta Mar de 1958. El hecho de que se le enumere en el artículo 87, primer párrafo, es muy loable, pero ello no quiere decir que esta libertad no existiese incluso antes de 1958. En este sentido véase la muy pertinente intervención del profesor de la Universidad de Washington (Seattle), William T. Burke, refutando categóricamente a Jorge A. Vargas, en el volumen *Consensus and Confrontation: The United States and the Law of the Sea Convention*, editor: John M. van Dyke, Honolulu, The Law of the Sea Institute, 1958, pp. 458-460.

De igual forma, y con base en el respeto de la soberanía y jurisdicción, los Estados y las organizaciones internacionales competentes deben cooperar, mediante la celebración de acuerdos tanto bilaterales como multilaterales, a la creación de condiciones favorables para la realización de la investigación científica marina, difundiendo y transmitiendo los conocimientos resultantes de tales actividades (artículos 242, 243 y 244).

Dentro de su mar territorial, el Estado ribereño tiene el derecho *exclusivo* de regular, autorizar y realizar actividades de investigación científica marina; éstas sólo pueden emprenderse por el consentimiento expreso del Estado y en las condiciones por él establecidas (artículo 245).

Es cierto que aquí se asienta una facultad discrecional por parte del Estado costero, pero ésta no es sino una lógica consecuencia de la soberanía plena que ejerce el Estado sobre su propio mar territorial.

Dentro de su zona económica exclusiva, como en lo relativo a su plataforma continental, el Estado ribereño no goza de soberanía sino de *jurisdicción*, y su derecho a regular y autorizar la actividad científica es un derecho que a diferencia de lo que acontece en el mar territorial, no se califica aquí como un derecho exclusivo (artículo 246, párrafo 1o.).

Ahora bien, aun cuando la Convención especifica que tanto en la zona económica como en la plataforma continental las investigaciones científicas solamente pueden realizarse con el consentimiento del Estado ribereño (artículo 246 párrafo 2o.), sin embargo la misma Convención prevé la reglamentación minuciosa de este régimen e individualiza dos categorías principales de investigación, lo cual en cierta medida viene a matizar esta regla general del previo consentimiento.

Una primera categoría está constituida por los proyectos de investigación científica que se pretende llevar al cabo conforme a la Convención, exclusivamente con fines pacíficos y con objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la humanidad.

Para este género de investigaciones los Estados ribereños deben otorgar, en *circunstancias normales*, su consentimiento, estableciendo reglas y procedimientos para garantizar que no se demore o deniegue sin razón dicho consentimiento (artículo 246, párrafo 3o.).

Hay que subrayar que la terminología utilizada aquí, para las investigaciones sobre las cuales en *circunstancias normales* el Estado costero debe otorgar su consentimiento, fue objeto de amplias discusiones ya que se sostuvo, entre otras cosas, que un Estado ribereño podría fácilmente alegar que las circunstancias que se presentan para un determinado pro-

yecto de investigación son "anormales", por una u otra razón, y que el Estado que emprende la investigación difícilmente podría contradecir dicha aseveración.[3]

Por otra parte, tampoco sera fácil determinar y precisar cuáles son las investigaciones que serán emprendidas con "objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la humanidad"; incluso la terminología utilizada sobre investigaciones realizadas "exclusivamente con fines pacíficos", es interpretada por algunos Estados como implicando la exclusión de todo tipo de actividad militar, en tanto que otros la interpretan solamente como aquellas que excluyen actividades militares, pero únicamente las que implican una finalidad ofensiva, y otros países la interpretan por fin, como actividades que son incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas o con los principios del derecho internacional.[4]

Existe además dentro de la Convención una segunda categoría de investigaciones emprendidas, ya sea en la zona económica o en la plataforma continental, en donde el consentimiento que pueda otorgar o negar el Estado costero vendría a constituir una *facultad discrecional* por parte del mismo.

Dentro de esta categoría estarían los proyectos de investigación científica marina de otro Estado u organización internacional competente cuando dicho proyecto: *a*) tenga una incidencia (importancia) directa en la explotación de los recursos naturales; *b*) entrañe perforaciones en la plataforma continental, utilización de explosivos o sustancias perjudiciales para el medio ambiente; *c*) entrañe la construcción, funcionamiento o utilización de islas artificiales; *d*) cuando la información proporcionada sobre la índole del proyecto sea inexacta (artículo 246, párrafo 5o.).

Sin embargo, y no obstante lo anterior, el Estado costero no puede ejercer su facultad discrecional de rehusar su consentimiento a las investigaciones que se vayan a realizar en la plataforma continental más allá de

3 Ver Oxman, B., "The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1972 New York session", *American Journal of International Law* (*AJIL*), vol. 72, 1978, pp. 57-83.

Debe recordarse que ya en la Convención sobre Plataforma Continental de 1958, se habla de que el Estado ribereño no deberá negar *normalmente* su consentimiento para una investigación cuya petición proceda de una institución competente (artículo 4o., párr. 8o.).

4 Tullio Treves, después de analizar el concepto *exclusively for peacefull purposes*, sostiene: "*...the principle seems more a part of the United Nations resolution —generated soft— law than rule (or a component of rules) of customary law*", "Military installations, structures and devices on the seabed", *AJIL*, vol. 74, núm. 4, 1980, p. 819.

las 200 millas marinas, a menos de que el Estado no haya públicamente declarado que se trata de áreas en donde se están llevando al cabo actividades de explotación o exploratorias centradas en tales áreas (artículo 246, párrafo 6o.).

Antes de seguir adelante debemos preguntarnos cuál deberá ser el régimen jurídico preciso que tendría que aplicarse a las investigaciones científicas que no caen dentro de la categoría de investigaciones que reciben el consentimiento del Estado costero en circunstancias normales, ni dentro de la categoría de aquellas en las que el Estado posee una facultad discrecional para rehusarlo o concederlo.

Podría pensarse que dichas investigaciones estarían sujetas a ambos tipos de régimen y que, por lo tanto, el Estado ribereño estaría en pleno derecho de negar su consentimiento, pero esto sería una interpretación exagerada e incorrecta.

En realidad este tipo de investigaciones, como ha sostenido acertadamente el profesor Tullio Treves, no parecen poder escapar al principio general del *consentimiento* establecido en la Convención. Pero dicho consentimiento no reglamentado no estaría bajo la "discreción" del Estado ribereño, ni tampoco otorgado por éste en "circunstancias normales".[5]

De acuerdo con esta línea de pensamiento, y no habiendo disposiciones pertinentes de la Convención aplicables al caso, los límites del poder del Estado costero deberán buscarse en los principios generales que rigen la zona económica exclusiva; concretamente, y para su ejercicio, el consentimiento que deberá otorgar el Estado costero será tanto más obligatorio en la misma medida en que las investigaciones estén más directamente vinculadas a las actividades que derivan de las libertades de navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades.[6]

IV. Obligaciones específicas del Estado que realiza la investigación científica

Un Estado o una organización internacional que pretenda realizar una investigación científica en la zona económica o en la plataforma conti-

5 Treves, Tullio. "Principe du consentement et recherche scientifique dans le nouveau droit de la mer", *Révue Générale de Droit International Public*, t. 84/1, 1980, pp. 259 y 260.

6 *Idem*, p. 260.

nental debe, primeramente, proporcionar al Estado costero, con una antelación de seis meses como mínimo del inicio del proyecto, una descripción detallada de la índole, objetivos, método, medios, áreas geográficas, duración prevista, responsables del proyecto y la medida en que el Estado ribereño podría participar en la ejecución del mismo (artículo 248).

En segundo lugar, deben garantizar al Estado ribereño su participación efectiva en la investigación, dar acceso a informes y resultados finales, asistencia en la evaluación o interpretación de datos, su difusión internacional, información inmediata de cualquier cambio importante y el retiro de equipo una vez terminada la investigación (artículo 249). En los casos en que el consentimiento sea "discrecional", el Estado costero puede subordinar su otorgamiento a condiciones ulteriores establecidas en su legislación interna (artículo 249, párrafo 2o.):

Ahora bien, en caso de que el Estado que realiza la investigación no cumpla con las condiciones y requisitos antes mencionados, el Estado costero tiene derecho a exigir la suspensión o cesación de cualesquiera actividades de investigación científica.

Tendrá derecho a exigir la *suspensión* cuando las actividades no se estén realizando de conformidad con la información transmitida en la que se basó el consentimiento, o bien cuando no se esté cumpliendo con las condiciones en relación con los derechos del Estado ribereño.

El Estado ribereño tendrá el derecho de exigir la *cesación* de toda actividad de investigación por incumplimiento de la información previamente proporcionada que implique un cambio importante en el proyecto de investigación, o bien cuando las violaciones que hayan provocado una suspensión no se hubieren corregido en un plazo razonable (artículo 253).

V. Consentimiento tácito

Transcurrido un lapso de seis meses después de que un Estado u organización internacional hayan proporcionado al Estado ribereño la información requerida acerca de la naturaleza, objetivos, métodos medios, áreas geográficas, fechas de duración y responsables del proyecto, dicho Estado u organización podrían llevar adelante (salvo objeción) la actividad de investigación científica marina que se hubiere programado.[7]

7 Este consentimiento tácito es calificado por la doctrina como el atenuante o paliativo más importante al principio general del consentimiento que debe otorgar el Estado costero. Ver Treves, Tullio, "Principe du consentement et recherche scientifique", *op. cit.*, pp. 260 y 261. En el mismo sen-

No obstante, este régimen del consentimiento tácito no opera en caso de que dentro de los cuatro meses siguientes a la recepción de la comunicación de dicha información, el Estado ribereño haya hecho saber al interesado que: *a*) rehúsa su consentimiento con base en el artículo 246; *b*) la información suministrada sobre la naturaleza del proyecto no corresponde a los hechos manifiestamente evidentes; *c*) solicita información complementaria; *d*) existen obligaciones pendientes respecto a proyectos realizados anteriormente (artículo 252).

La idea de este consentimiento implícito, en caso de no existir objeción, fue severamente criticado por un buen número de Estados costeros durante las negociaciones, en particular, por aquellos que defendían la idea de un consentimiento previo y en forma expresa.

Sin embargo, esta regla se consagró en la Convención, y solamente respecto de aquellas investigaciones que pueden calificarse como fundamentales, en gran parte para menguar un tanto el descontento de varios Estados altamente industrializados que consideran el régimen de la Convención sobre Investigación Científica, como sumamente favorable a los países costeros.

Hay que reconocer que el margen que se otorga al Estado u organización competente que pretende realizar un proyecto de investigación permanece, con todo, muy débil, ya que el lapso de tiempo fue cambiado de cuatro y dos meses, a seis y cuatro meses, y además el Estado costero conserva cuatro posibilidades de impedir o retrasar el inicio de las actividades de investigación.

Sea como sea, la intención y el espíritu de esta regla del consentimiento tácito, es la de que constituya un instrumento de una cierta eficacia para acelerar y facilitar el otorgamiento del consentimiento y evitar los retrasos burocráticos que pueden ser interpuestos por las autoridades del Estado costero.[8]

Por lo que se refiere a la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, todos los Estados tienen derecho a realizar actividades de investigación (artículo 256), ex-

tido, el detallado estudio de Ricardo Pisillo Mazzechi, "La ricerca scientifica nella zona economica esclusiva e sulla piataforma continentale" en B. Conforti, ed., *La zona económica exclusiva*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 166-167 y 173-174.

8 Ver Annick de Marffy, "*La recherche scientifique marine*" en R.-J. Duppy-D. Vignes, eds., *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Paris, Economica, Bauylant, 1985, pp. 966-968.

clusivamente con fines pacíficos y en beneficio de toda la humanidad (artículo 143, párrafo 1o.).

Por su parte la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos puede emprender investigaciones científicas marinas en la zona y sus recursos, celebrando contratos para el efecto (artículo 143, párrafo 2o.).

Bien se puede hablar a este respecto de un equilibrio entre la investigación efectuada por la Autoridad y aquella efectuada por los Estados partes que pueden realizarla en forma paralela.

VI. Normas sobre solución de controversias

Las controversias que surjan sobre la interpretación o aplicación de las disposiciones sobre investigación científica deberán ser resueltas de conformidad con los medios jurisdiccionales y arbitrales que se prevén en la misma Convención, esto es, los contemplados en la parte IV (artículo 264).

Sin embargo, el Estado ribereño no está obligado a aceptar que se someta a los procedimientos de solución establecidos cuando se trate: *a*) de controversias suscitadas con motivo del ejercicio de un derecho o facultad discrecional en el sentido del artículo 246 y *b*) cuando se trate de controversias suscitadas con motivo de la decisión del Estado ribereño de ordenar la suspensión o cesación de un proyecto de investigación de conformidad con el artículo 253 (artículo 297, párrafo 2o., inciso *a*).

Por último, si se suscitan controversias en el sentido de que el Estado ribereño no está ejerciendo los derechos que le corresponden (en virtud de los artículos 246 y 253) de manera compatible con la Convención, la controversia puede ser sometida a petición de cualquiera de las partes al procedimiento de "conciliación", previsto en la sección 2 del anexo V, y que se refiere a un sistema de sumisión obligatoria al procedimiento de conciliación.

Esto último con la salvedad de que la comisión de conciliación no puede poner en tela de juicio el ejercicio por el Estado ribereño de negar su consentimiento en los casos en que su facultad es discrecional (artículo 297, párrafo 2o., inciso b).

Si un Estado ribereño rehúsa otorgar su consentimiento al proyecto de investigación, ya sea porque cae dentro de la hipótesis de su "facultad discrecional" (artículo 246, párrafo 5o., por ejemplo: si el proyecto tiene incidencia directa en la explotación de recursos) o bien, porque no piensa

que caiga dentro de la hipótesis de otorgar el consentimiento en "circunstancias normales" (ejemplo: no está aumentando el conocimiento científico en beneficio de toda la humanidad), entonces, en ambas hipótesis así como en la suspensión o cesación, el rechazo a otorgar el consentimiento para la realización del proyecto no podría ser sometido a los órganos jurisdiccionales o arbitrales provistos de competencia obligatoria.

VII. Participación de México

Al abrirse las negociaciones de la III Confemar volvieron a surgir las discrepancias fundamentales sobre investigación científica que ya habían sido patentes en el comité preparatorio.

Por un lado, un buen número de Estados industrializados pretendía un régimen virtual de *laisser-faire* en nombre de la libertad científica, en tanto que los Estados costeros en desarrollo pugnaban por la competencia para la autorización y reglamentación de la investigación máxima.

Los Estados costeros en desarrollo pretendieron desde un principio el control de las actividades de investigación para poder proteger no solamente sus recursos naturales, sino también por fundados motivos de seguridad nacional, en el sentido de que dichas investigaciones no cubrieran o solaparan otro género de actividades de tipo militar.[9]

El punto primordial de las discusiones se centraría en el establecimiento del régimen de la investigación científica marina en la zona económica y en la plataforma continental. Cuando se alcanzó una solución en la Segunda Comisión para el régimen jurídico aplicable a la zona económica, permanecería todavía el punto relativo al régimen de la investigación en la plataforma cuando ésta se extendiera más allá de las 200 millas marinas.

México inicialmente declaró que el principio de la libertad total de la investigación científica ya no podría ser admisible, y que la distinción entre investigación fundamental e investigación aplicada era artificial, en tanto que no eran sino dos nociones que correspondían a diferentes frases del mismo proceso.[10]

9 Ver Kahn, Rahmatullah, "Marine Science Research: some thoughts on the implications of a free and consent-based regime", en R. P. Anand, ed., *Law of the Sea: Caracas and beyond*. Martinus Nijhoff Publishes, Boston, 1980, pp. 293-305.

10 Ver *Troisème Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer*. Documents officiels, Caracas, 1974, 20-VI a 29-VIII, p. 384, párrs. 17 a 25.

México en un momento dado se separaría un tanto de la postura adoptada por el Grupo de los 77,[11] para conjuntamente con otros tres países presentar un proyecto de artículos en donde pugnaban por un régimen de autorización para la investigación aplicada y de notificación, complementado con procedimientos de consentimiento tácito (no contestación en un plazo de 120 días) para la no aplicada.

En lo relativo a investigación en la zona internacional, la propuesta consagraba el principio de libertad de investigación, pero obligaba al Estado investigador a notificar sus proyectos a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, 120 días antes de su realización.[12]

Durante la VI sesión de Nueva York (1977), se reproducirían los enfrentamientos anteriores, pero destacándose una absoluta aproximación de los países socialistas a la tesis de muchos de los países en vías de desarrollo acerca de un régimen absoluto de autorización, y por otra parte la intransigente posición de Estados Unidos y otros aliados.

Finalmente, en el ámbito de una solución más amplia, que surgiría de los esfuerzos de negociación de un pequeño grupo presidido por el internacionalista Jorge Castañeda y que se vinculaba a la cuestión de la naturaleza jurídica de la zona económica, se encontraría una fórmula de compromiso, recogiendo un amplio grado de apoyo por parte de la mayoría de las delegaciones.

Así quedaría plasmado que los Estados costeros tendrían derecho a reglamentar, autorizar y realizar operaciones de investigación, en su zona económica o en su plataforma continental, pero ya no en forma exclusiva; el régimen jurídico consagraría el principio del consentimiento del Estado ribereño pero con sus matices y paliativos.[13]

México firmó la Convención de las Naciones Unidos sobre el Derecho del Mar el día 10 de diciembre de 1982, en la ciudad de Montego Bay, Jamaica. Esta Convención fue aprobada por el Senado de la República el 29 de diciembre de ese mismo año y se ratificó el 21 de febrero

11 Ver el documento presentado por el representante de Irak en su carácter de presidente del Grupo de los 77, el 21 de abril de 1975, Documentos oficiales de la Asamblea de Naciones Unidas (Doc. A) Conferencia (Conf.) 62/C.3/L. 13/Rev. 2., *Tercera Conferencia*, vol. IV, pp. 206 y 207.

12 Ver el proyecto de artículos sobre investigación científica marina presentado por México conjuntamente con Colombia, El Salvador y Nigeria, el 6 de mayo de 1975, Doc. A/Conf. 62/C.3/L.29, *Tercera Conferencia*, Ginebra, vol. IV, 1975, pp. 224-226.

13 Ver Treves, Tullio, "Principe du consentement et recherche scientifique", *op. cit.*, p. 257. Tullio Treves sostiene que el régimen de la investigación científica que se plasmó fue el precio que tuvieron que pagar los países industrializados a cambio de una consolidación de las libertades de alta mar aplicables a la zona económica, *loc. cit.*

de 1983, depositándose el instrumento de ratificación ante el secretario general de Naciones Unidas. (Los decretos de aprobación y promulgación se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de febrero y el 1o. de junio de 1983, respectivamente).

Sin embargo, esta Convención de 1982 no entrará en vigor sino hasta que hayan transcurrido doce meses después de la fecha en que haya sido depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o de adhesión.[14]

VIII. Transferencia de tecnología

Lo dicho anteriormente cobra más relieve si se le analiza en vinculación estrecha con la parte XV de la Convención relativa al desarrollo y transmisión de tecnología marina.

La transferencia de tecnología se inscribe obviamente dentro de la concepción del nuevo orden económico internacional, el cual, debemos reconocerlo, es un concepto que seguirá siendo fruto de negociaciones y de una labor de imaginación y creación continuas, cuyo progreso está sujeto a declaraciones y resoluciones constantes, que no llegan a configurarse todavía en un cuerpo estricto de reglas establecidas en forma detallada y precisa.

Dentro de este ámbito mucho se ha enfatizado el hecho de que existe una relación dialéctica entre elección de tecnología y opciones fundamentales en materia de desarrollo. Si por "tecnología apropiada" se quiere entender una forma menos evolucionada, y por ello más apta al nivel del desarrollo de tal o cual país del Tercer Mundo, la concepción podría llegar a ser muy negativa desde el punto de vista del derecho internacional del desarrollo, ya que ello podría tener como consecuencia la consolidación de las jerarquías y desigualdades perceptibles en las relaciones internacionales contemporáneas.[15]

14 Para febrero de 1986 se contaba con 26 ratificaciones de la Convención. No debe sorprendernos que la Convención lleve algún tiempo en entrar en vigor, pues basta pensar que es fruto de una Conferencia en al que intervinieron 165 Estados (además de Namibia), tres territorios, ocho movimientos de liberación nacional, 26 instituciones especializadas y otros organismos intergubernamentales participantes en las deliberaciones: estas últimas cuatro categorías intervinieron únicamente en tanto que observadores.

15 Ver Bennouna, Mohamed, *Droit international du développement*, París, Edit. Berger-Levrault, 1983, pp. 280-299 (Colect. Mondes en devenir).

Las disposiciones contenidas en la parte XIV de la Convención de 1982 se encuentran en realidad limitadas únicamente a las "técnicas marinas", y no a la "transferencia de tecnología", como había sido la intención primera en el año de 1973. Pero desde la sesión de Caracas se pusieron de manifiesto los graves problemas que dicho capítulo implicaba, ya que en muchos casos la tecnología, se adujo, es patrimonio privado, protegido por un contrato, además de los derechos de patente y de autor, y en tal virtud aparecía ilusoria una intervención gubernamental para conminar la transmisión de tecnología.[16]

En virtud de la parte XIV, que está redactada en forma de directrices generales, los Estados se comprometen a cooperar en la medida de sus posibilidades, a promover el desarrollo y transmisión de tecnología marina en términos equitativos y razonables (artículo 266, párrafo 1o.).

Los Estados deberán establecer programas de cooperación técnica, favorecer la conclusión de acuerdos y contratos, celebrar reuniones sobre temas científicos y tecnológicos, fomentar el intercambio de expertos y llevar a cabo operaciones conjuntas (artículo 269).

Es verdad que la lectura de esta parte de la Convención nos refleja más que nada un cuerpo de normas de carácter programático, con una terminología imprecisa, en donde el comportamiento esperado de los Estados industriales está basado en una fuerte dosis de buena voluntad por parte de los mismos; todo ello no es sino un reflejo real, querámoslo o no, de las contradicciones de la sociedad internacional de nuestros días.[17]

IX. Conclusiones

Para René Jean Dupuy el régimen sobre investigación científica instaurado por la Convención de 1982 rompe todo equilibrio que hubiera querido buscarse entre Estados ribereños y Estados industrializados comprometidos con la investigación marina.

De acuerdo con este autor, la Convención demuestra una desconfianza evidente con relación a la investigación científica, pero además revela un desconocimiento profundo de lo que es su verdadera naturaleza, ya que

16 Ver Intervención del representante Vandergert el 18 de julio de 1974, *Tercera Conferencia*, Caracas, 20 de junio a 29 de agosto de 1974, vol. II, Documentos Oficiales, pp. 375, párrs. 8 a 16.

17 Ver Dupuy, R.-J., *L'Ocean Partage...*, *cit.*, pp. 242-255, y Bahl, J. F., "Developpement et transfert des technologies", *Traité du Nouveau Droit de la Mer...*, *cit.*, pp. 975-979.

en los tiempos presentes el desarrollo de los conocimientos sobre el medio marino constituye un imperativo vital para el futuro de la humanidad.[18]

Nosotros no pensamos que la Convención de 1982 revele un "desconocimiento profundo" de lo que significa la investigación científica, sino, antes al contrario, con ella se reafirma una nueva etapa en materia de cooperación y en particular en lo referente a adquisición de conocimientos.

Sin el control de la investigación científica por parte de los Estados ribereños, como era la pretensión de las grandes potencias, la investigación marina no habría sino agravado y agudizado en forma por demás dramática (y esto no es retórica) el abismo entre países altamente industrializados y países en desarrollo.

A nuestro parecer, las disposiciones que reglamentan el régimen jurídico de la investigación científica marina, contempladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982, constituyen en líneas generales un compromiso bastante aceptable entre los intereses de los Estados defensores de un régimen de libertad para la investigación, y los intereses de los Estados ribereños que si bien otorgan un margen amplio de competencias en la materia, sin embargo sus facultades por discrecionales que sean no llegan a inscribirse dentro de un marco arbitrario de competencias.

18 Dupuy, René-Jean, *L'Océan Partagé...*, *cit.*, p. 240. Para la historia legislativa del precepto 246 de la Convención de 1982, consúltese el trabajo preparado por la División de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, *Marine Scientific Research: Legislative History of Article 246 of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Nueva York, 1994, p. 184.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

TRATADO SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DEL 9 DE JUNIO DE 2000*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Denominador común a la delimitación marítima*. III. *Definición de la Plataforma Continental*. IV. *La delimitación en la jurisprudencia internacional y práctica estatales*. V. *Delimitación de la Plataforma Continental entre México y Estados Unidos de América*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Se puede decir que los problemas concernientes a las delimitaciones de zonas marítimas, desde un punto de vista meramente técnico, eran problemas realmente sencillos de resolver en la mayor parte de los casos.

La anchura de las aguas territoriales no eran más que de unas cuantas millas; las líneas de base que servían a su medición seguían generalmente la configuración de las costas.

Por las delimitaciones en la actualidad conciernen grandes distancias que tienen ya no únicamente por objeto una frontera de 3 ó 12 millas náuticas, sino de grandes extensiones cubiertas por las zonas económicas exclusivas y por las plataformas continentales o insulares.

Todas y cada una de las negociaciones, ya sean bilaterales o multilaterales, presentan un conjunto único de problemas, entre los que se encuentran: las múltiples diferencias en la configuración de la línea de la costa, la presencia de islas, rocas o elevaciones que emergen en alta mar, la morfología del lecho marino, la distribución de recursos vivos y no vivos, etcétera.

Las reglas generales sobre delimitación entre dos o más Estados están todavía originándose a través de un proceso gradual de formación, debido principalmente a la obra de la jurisprudencia internacional. Aun cuando

* Trabajo publicado en el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. II, 2002

son cada día más numerosos los casos sometidos al arbitraje y a la judicatura internacional, sin embargo, como ha dicho Tullo Scovazzi, no parece que se haya formado ya un *corpus* tan consistente como para consentir a la individualización de reglas generales suficientemente precisas y consolidadas en la práctica internacional.

Por otro lado, es indiscutible que el derecho de la delimitación de la Plataforma Continental ha sido considerado como el prototipo del derecho de toda delimitación marítima, aunque no resulte evidente a primera vista que la delimitación del mar territorial, la plataforma y la zona económica exclusiva deban obedecer a los mismos principios y reglas de derecho, ya que por su mismo objeto se aplican a jurisdicciones de naturaleza jurídica diversa.

Desde 1969, la Corte ha considerado que la no aplicabilidad de las disposiciones convencionales de 1958 no equivalía a una ausencia de reglas jurídicas, y desde entonces tanto sentencias judiciales como fallos arbitrales no han dejado de insistir en la obligación impuesta al juez internacional para dirimir las controversias sobre la base del derecho, no confiriéndole así la facultad de decidir, en forma alguna, un litigio *ex aequo et bono*.

Poco a poco, y a través de la sucesión de casos sometidos a la jurisprudencia internacional, se puede sostener que el juez no puede ya cumplir con su misión, con sólo declarar sencillamente que un trazado de delimitación es el adecuado porque él, simple y llanamente, lo considera equitativo. Es necesario además que el juez internacional sea capaz de justificar la línea de delimitación a la luz de principios equitativos de contenido normativo.

Por lo anterior, uno de los graves problemas que presenta el derecho de la delimitación marítima es encontrar ese equilibrio necesario entre un cierto grado de generalidad que debe revestir toda norma jurídica, pero en conjunción estrecha con el criterio de equidad, teniendo muy en cuenta no llevar la equidad hasta posiciones ilógicas de una individualización extrema de la regla misma de derecho, la que obviamente, si esto último fuere el caso, perdería toda connotación de regla normativa.

II. Denominador común a la delimitación marítima

El denominador común aplicable a toda delimitación marítima —y sobre la cual no parece haber discusión mayor en la jurisprudencia inter-

nacional— es aquél según el cual la delimitación debe ser realizada mediante utilización de métodos prácticos y por aplicación de "principios equitativos" que sean aptos para asegurar un *resultado equitativo*, habida cuenta de la configuración geográfica de la región y de otras "circunstancias pertinentes" al caso concreto.[1]

Así, en el Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en la Región del Golfo de Maine, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que ninguna delimitación marítima entre Estados cuyas costas sean adyacentes o se sitúen frente a frente, no podía efectuarse de manera unilateral por uno u otro de los Estados. Esta delimitación debe realizarse mediante un acuerdo, resultado de una negociación llevada a cabo de buena fe y con la intención real (*genuine intention*) de poder llegar a un resultado positivo.

En caso de que un acuerdo no pueda llegar a celebrarse, la delimitación debe ser efectuada recurriendo a una tercera instancia dotada de la competencia necesaria a tal fin: "Dans le premier cas, comme dans le second, la délimitation doit être réalisée por l'application des critères équitables et par l'utilisation de méthodes pratiques aptes à assurer, compte tenu de la configuration geographique de la région et des autres circonstances pertinentes de l'espèce, un résultat équitable".[2]

Debemos dejar bien asentado que los "principios equitativos", también llamados en ocasiones criterios o factores equitativos (*Arbitraje; Guinea* vs. *Guinea Bissau 1982*) no son mera retórica, sino verdaderas máximas legales, que junto con las denominadas "circunstancias pertinentes" integran una dualidad indisociable.

1 Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Métodos de delimitación en derecho internacional del mar y problema de las islas", en varios autores, *Los espacios marítimos y su delimitación*, México, Secretaría de Energía, 1999, pp. 135-218.

2 Véase CIJ, "Arrêt du 12 octobre 1984 rendu por la Chambre constituée par Ordonnance de la Cour du 20 Janvier 1982", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordannances*, pp. 299 y 300, párrafo 112. Los casos de la Plataforma Continental en Mar del Norte, siguen siendo de un valor excepcional para la comprensión de la naturaleza jurídica de la Plataforma Continental y su delimitación. En su sentencia del 20 de febrero de 1969, la Corte sostuvo que la delimitación debía operarse vía de acuerdo, conforme a *principios equitativos* y habida cuenta de todas las *circunstancias pertinentes*, para atribuir, en toda la medida de lo posible, a cada parte la totalidad de las zonas de la Plataforma Continental que constituyen la prolongación natural de su territorio bajo el mar, y en forma tal que no vaya a existir un solapamiento sobre la prolongación natural del territorio de un tercero; véase "Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord" (RFA/Denemark; RFA/Pays-Bas), CIJ, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1969, p. 53, párrafo 101. Véase el ilustrativo análisis sobre el método de delimitación fundado sobre la "equidistancia" del juez mexicano Padilla Nervo, Luis, "Separate Opinion of Judge Padilla Nervo", *op. cit.*, pp. 86-99.

Es evidente que los "principios equitativos" —como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia—, susceptibles de ser tomados en consideración para una delimitación marítima internacional, no pueden ser objeto de una definición sistemática y *a priori*, en razón de su muy variable adaptabilidad a situaciones concretas mucho muy diversas.

En el Caso de la Delimitación de la Frontera Marítima en la Región del Golfo de Maine, entre Canadá y Estados Unidos de América, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que podrían recordarse como "criterios equitativos", el expresado en la fórmula clásica de que la tierra domina el mar; el principio de no solapamiento entre áreas de Plataforma Continental; el relativo a evitar, en lo posible, un efecto de amputación de la proyección marítima de la costa de uno de los Estados concernidos.[3]

En un esfuerzo de mayor esclarecimiento, la Corte Internacional de Justicia, en el Caso de la Plataforma Continental entre Libia y Malta de 1985, va a precisar que el carácter normativo de los "principios equitativos" aplicados en el marco del derecho internacional general, son importantes, en virtud de que dichos principios gobiernan no solamente la delimitación por vía judicial o por vía arbitral, sino también y primordialmente, porque imponen la obligación a las partes de buscar, en primer lugar, una delimitación por vía de acuerdo, lo que implica igualmente buscar un resultado equitativo.

Acto seguido, la Corte va a enunciar, a título ejemplificativo, varios principios, considerados como "principios equitativos" en la jurisprudencia y susceptibles además de una aplicación general:

a) El principio según el cual, no sería en ningún momento cuestión de rehacer completamente la geografía ni de rectificar las desigualdades de la naturaleza.
b) El principio vecino de no solapamiento de una parte sobre la prolongación natural de la otra; y que no es sino la expresión negativa de la regla positiva, según la cual, el Estado costero goza de derechos soberanos sobre la plataforma que bordea sus costas en toda la extensión que autoriza el derecho internacional, de conformidad con las circunstancias pertinentes.
c) El respeto debido a todas y cada una de dichas circunstancias pertinentes o relevantes.

3 Véase CIJ, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1984, pp. 312 y 313, párrafo 157.

d) El principio según el cual, aún y cuando todos los Estados son iguales entre sí conforme a derecho y puedan pretender un tratamiento igual, la equidad no implica necesariamente la igualdad (*equity does not necessarily imply equality*),[4] ni apunta tampoco, a convertir en igual, lo que la naturaleza ha hecho desigual.
e) El principio según el cual en ningún momento se estaría tratando de una especie de justicia distributiva.[5]

Teóricamente, "principios equitativos" y "circunstancias pertinentes" se sitúan en planos diferentes, como bien lo ha señalado el profesor Prosper Weil. El concepto de *circunstancias pertinentes*, hace referencia a hechos brutos, tales como la concavidad de una costa, la presencia de una isla, la diferencia entre la extensión de las fachadas costeras.

En cambio, el concepto de *principios equitativos* implica un juicio sobre dichos elementos de hecho, y una cierta visión en cuanto al objetivo que se persigue en una delimitación.

Sin embargo, en la realidad, como sostiene la doctrina más seria, circunstancias pertinentes y principios equitativos integran, como dijimos antes, una dualidad indisociable. Sin el auxilio de los principios equitativos, las circunstancias pertinentes estarían imposibilitadas para generar una apreciación de equidad.

En realidad pues, los principios equitativos, como señala P. Weil, no toman cuerpo que por referencia a las circunstancias pertinentes del caso, y las circunstancias pertinentes del caso concreto, no devienen operacionales más que con el auxilio y en el contexto de los principios equitativos.[6]

4 CIJ, *Reports*, 1969, p. 49, párrafo 91

5 Véase CIJ, "Affaire du Plateau Continental, Jamahiriya Árabe Lybyenne/Malte", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, Arrêt du 3 juin 1985, pp. 39 y 40, párrafo 46.

6 Véase (1) Weil, Prosper, "A propos du droit coutumier en matière de delimitation maritime", en varios autores, *Études en l'honneur de Roberto Ago: le droit international à l'leure de sa codification*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. II, pp. 535-552. (2) *Id.*, "L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice", en varios autores, *Essays in Honour of Sir Robert Jennings: Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996, pp. 121-144. El principio de "no solapamiento", por ejemplo, no reviste una significación precisa más que en relación con las circunstancias geográficas concretas que conducen a la línea de la equidistancia, a aproximarse, en mayor o menor grado, a las costas de cada una de las partes. Véase Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "The Conception of Equity on Maritime Delimitation", en varios autores, *Études en l'Honneur de Roberto Ago: le droit international à l' leure de sa codification, cit.*, en esta misma cita, vol. II, pp. 228-239.

III. Definición de la Plataforma Continental

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982, y en vigor a partir del 16 de noviembre de 1994, es decir 12 meses después de que se depositara el sexagésimo instrumento de ratificación (Guyana), consagra en su artículo 76, párrafo 1, lo siguiente:

> La Plataforma Continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

En la *cuasi* totalidad de las regiones del mundo, el fondo del mar va descendiendo en forma gradual a partir de la costa, prolongándose en una gran extensión, hasta antes de que se interrumpa por un muy brusco descenso, a través de una fuerte pendiente que conduce hacia las simas oceánicas, o fondos abisales (véase dibujo en la página siguiente).

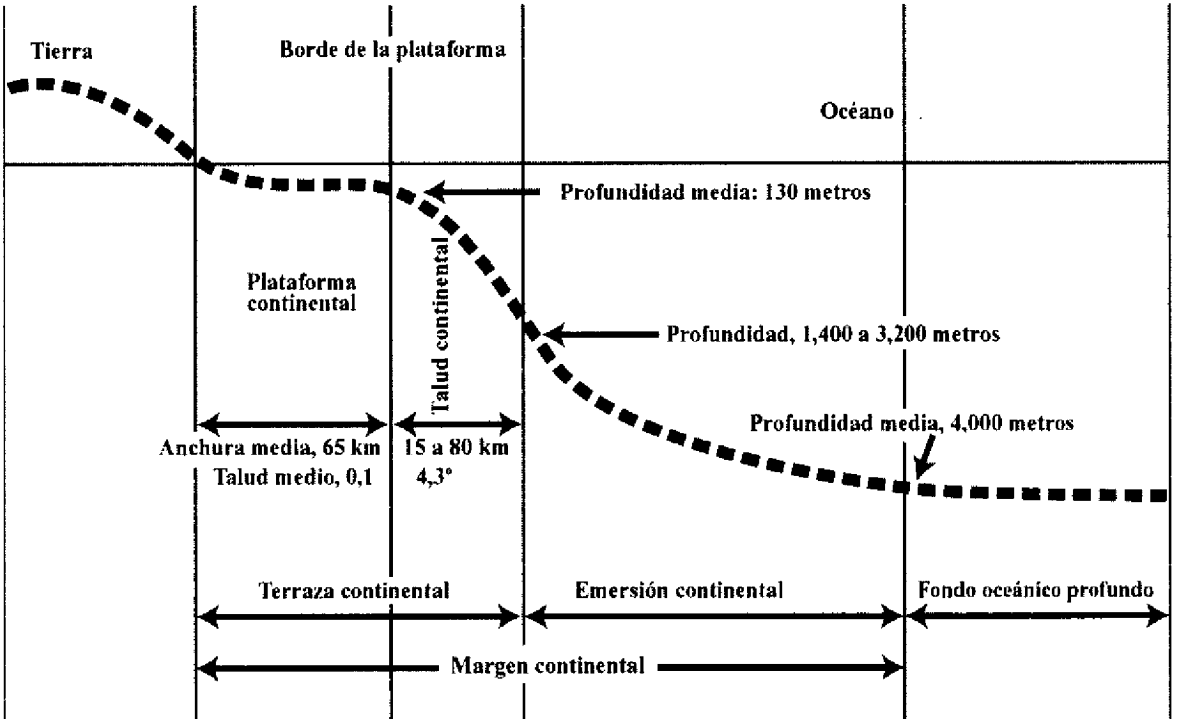
Esta zona del fondo marino que es una especie de cornisa que bordea en forma más o menos acentuada las islas y los continentes, ha sido denominada como Plataforma Continental o litoral, y planicie insular.

La extensión de la Plataforma Continental es muy variable, ya que en algunas regiones tiene una extensión relativamente insignificante (costa occidental de América del Sur), en tanto que en otras regiones alcanza una extensión de 800 o más millas (Mar de Bering).

Los derechos del Estado ribereño sobre su Plataforma Continental son derechos soberanos, exclusivos e incondicionales, en el sentido siguiente: si el Estado no ocupa o explota su plataforma, ningún otro Estado puede emprender dicha explotación, sin su expreso consentimiento.

La Corte Internacional de Justicia, en su famosa sentencia de 1969 en los casos del Mar del Norte, hablará de derechos del Estado ribereño, generados *ipso facto* y *ab initio*.[7]

7 Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *El nuevo derecho del mar: guía introductiva a la Convención de Montego Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 71-78.



Fuente: Definición de la Plataforma Continental
División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar
Naciones Unidas, Nueva York, 1994.

Uno de los grandes problemas en la práctica estatal es precisamente aquél en donde el Estado ribereño cuenta con una Plataforma Continental que rebasa las 200 millas marinas, ya que la Convención de Montego Bay consagra, en estos casos, disposiciones complejas y de un gran tecnicismo.

De acuerdo con la Convención de 1982, dondequiera que el margen se extienda más allá de las 200 millas marinas, el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental mediante una línea trazada en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de rocas sedimentarias sea por lo menos el 1% de la distancia más corta entre este punto y el pie del talud continental. O bien, una línea trazada, en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental.

Los puntos fijos que constituyen la línea del límite exterior de la Plataforma Continental en el lecho del mar "deberán estar situados a una distancia que no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, o de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, que es una línea que une profundidades de 2.500 metros" (artículo 76, párrafo 4, inciso *a*; párrafo 5 y párrafo 7 de la Convención Montego Bay).

Es cierto pues que las disposiciones de la Convención de 1982 llegan a la adopción de una fórmula híbrida y compleja, que bien puede ser percibida como una verdadera amalgama de todos los principales tipos de criterios que habían sido propuestos. Pero esto no es más que la consecuencia de las ásperas negociaciones a las cuales dieron lugar la técnica de la negociación en "paquete" y la necesidad de lograr a todo precio un consenso, so pena de poner en peligro la Convención en su totalidad.[8]

8 Véase Castañeda, Jorge, "La Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer et l'Avenir de la Diplomatie Multilaterale", en varios autores, *Etudes en l'honneur de Roberto Ago: le droit international à l'heure de sa codification*, *cit.*, nota 6, pp. 74-85. El presidente de la delegación de México a la III Confemar, el jurista don Jorge Castañeda y el embajador de Noruega H. Vindennes, reunieron un conjunto de delegaciones representativas de todos los puntos de vista a debatir sobre el difícil problema relativo a la naturaleza jurídica de la ZEE y del arreglo de diferendos aplicables a la pesca y a la investigación científica. Este grupo tuvo una influencia decisiva en los trabajos de la tercera comisión y de la plenaria oficiosa, así como sobre las de la segunda comisión.

IV. La delimitación en la jurisprudencia internacional y práctica estatales

1. *En el Arbitraje de 1975 sobre la delimitación de la Plataforma Continental en Mar d'Iroise*

Las partes (Inglaterra y Francia) solicitaban al tribunal decidir conforme al derecho internacional aplicable a la materia, la cuestión siguiente: ¿cuál debería ser el trazado de la línea o líneas, delimitando las zonas de la Plataforma Continental que correspondían respectivamente al Reino Unido, así como las islas anglo-normandas y de la República francesa, al oeste de la longitud 30 minutos oeste al Meridiano de Greenwich y hasta la isóbata de 1000 metros?

La trascendencia de este arbitraje era indiscutible, pues como sostuvo el profesor D. W. Bowett representaba *la primera operación de delimitación* de plataformas continentales realizada por un tribunal internacional. En los casos de la Plataforma Continental en Mar del Norte de 1969, a la Corte se le había solicitado únicamente, el determinar los principios y reglas aplicables a la delimitación.

En este Arbitraje, el tribunal se pronunció sin titubeos por la aplicación de la regla "equidistancia-circunstancias especiales", como parte del derecho internacional consuetudinario, y esto queda plasmado con claridad tanto en la delimitación efectuada en el área del Canal, como en la del Atlántico.[9]

2. *En el Caso de la delimitación de la Plataforma Continental entre Túnez y Libia (1982)*

Las partes solicitan a la Corte Internacional de Justicia que en la operación de delimitación tomara en cuenta los principios equitativos, las circunstancias propias a la región que fueron pertinentes, y las nuevas tendencias sobre derecho del mar, tal y como se desprendían de la III Confemar.

9 Véase "Affaire de la Délimitation du Plateau Continental entre Royaune-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord' et République Française", *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XVIII, Nations Unies, pp. 130, 270. El análisis crítico de este arbitraje puede consultarse en Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Jurisprudencia internacional en materia de delimitación marítima*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 65-93.

El pasaje siguiente del caso es, sin duda, de una gran importancia para la jurisprudencia de la Corte:

> La aplicación de principios equitativos debe lograr un resultado equitativo. Esta manera de expresarse, aún y cuando es generalmente utilizada, no puede ser completamente satisfactoria, ya que el adjetivo *equitativo*, está calificando a la vez el resultado que se tiende a lograr, y los medios por los cuales se pretende llegar a dicho fin. Sin embargo, es el resultado lo que es importante: los principios están subordinados al objetivo que se pretende lograr... Todos los principios no pueden ser en sí mismos equitativos; es la equidad de la solución, la que les va a conferir dicha calidad...[10]

En opinión de la Corte, el cambio radical de orientación de la costa tunecina parecería modificar hasta cierto grado, pero no completamente, la relación existente entre Libia y Túnez, que siendo Estados limítrofes en un principio, tienden a convertirse en Estados con costas situadas frente a frente.

Se llega así a una situación en la cual el trazado de una línea de equidistancia se convierte en un factor que pesa más de lo que normalmente lo haría, respecto a la apreciación global de las consideraciones de equidad.

En su fallo del 24 de febrero de 1982, adoptado por 10 votos a favor y cuatro en contra, la Corte Internacional de Justicia va a reiterar que la delimitación debería efectuarse de conformidad con principios equitativos y circunstancias pertinentes, y que la región que debería tomarse en consideración para fines de delimitación consistía en una sola Plataforma Continental, prolongación natural del territorio terrestre de las dos partes.[11]

3. *Caso de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*

El gobierno canadiense y el gobierno norteamericano acordaron por vía de compromiso someter su controversia de delimitación sobre Plataforma Continental y zona de pesca, conjuntamente y mediante el trazado de una sola línea, ante una sala de la Corte Internacional de Justicia, pun-

10 Véase "Affaire du Plateau Continental-Tunisie/Jamahiriya Árabe Libyenne", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, Arrêt du 24 février 1982, p. 59, párrafo 70. La sentencia de 1985 decidió sobre la demanda, presentada por Túnez, de revisión e interpretación de la primera sentencia. CIJ, *Recueil des Arrêts...*, 1985, p. 192.

11 Véase *ibidem*, p. 92, párrafo 133. Los siguientes jueces votaron en contra de la sentencia de la corte: André Gros, Shigeru Oda, Forester y el juez *ad hoc* Jens Evensen. Para un análisis crítico del caso, consúltese: Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, nota 9, pp. 95-128.

to intermedio entre la jurisdicción obligatoria y el arbitraje. Este mecanismo parece contribuir a una mayor confianza por parte de los Estados en el sometimiento de sus diferendos a la judicatura internacional.

La sala de la Corte va a proceder a dividir el área a limitar en tres sectores. En el primero de ellos, la sala utiliza un método geométrico, basado en el respeto a la situación geográfica de las costas, y que no es, en realidad, sino la utilización de una línea de equidistancia en forma simplificada, ya que cada punto de la bisectriz se halla a la misma distancia de ambas rectas del punto del ángulo elegido.

En lo concerniente al segundo segmento, la sala procedería por dos etapas. Provisionalmente fijaría una delimitación de base, y después tomaría en consideración los correctivos necesarios en vistas a las "circunstancias especiales" del caso concreto. Aquí, e incluso más que en el primer segmento, y aunque la sala de la Corte no lo diga, se hace uso del método de la equidistancia, exactamente en el sector en donde las costas canadiense y norteamericana llegan a situarse frente a frente.

En cuanto al tercer sector de la línea de delimitación, y habida cuenta que el trazado de la línea de delimitación debía efectuarse en pleno océano, la sala consideró, una vez más, que el único método práctico que podría ser tomado en consideración era un "método geométrico", y que en el caso concreto consistía en el trazado de una perpendicular con relación a la línea del cierre del Golfo de Maine.[12]

4. *Caso de la Plataforma Continental entre la República de Malta y la República Árabe de Libia de 1985*

La Corte Internacional de Justicia, tras analizar los principios y circunstancias pertinentes al caso, realiza un trazado previo, mediante una

12 Véase CIJ, "Affaire de la delimitation de la frontiére maritime dans le région du Golfe du Maine", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, Arrêt du 12 octobre 1984, Canada/Etats-Unis d'Amérique, 1984. En el tercer sector se vuelve a utilizar el método de la equidistancia. Basta y sobra el ver con atención los mapas anexos a la sentencia de la sala de la Corte de 1984, para comprobar cómo la línea trazada en este tercer segmento es la continuación de la línea establecida para el segundo segmento. Como se ha hecho notar por la doctrina, si la operación de la delimitación comienza necesariamente por la equidistancia, esto no implica el que necesariamente deba terminarse por el mismo método. Una vez trazada dicha línea como un primer paso para la delimitación, llega el momento en donde se deberá establecer si el método de la equidistancia es conveniente ya que es un medio para efectuar una delimitación, "justa" y "equitativa", *Sentencia de 1977 sobre el Mar d'Iroise*, párrafo 242. Para un análisis crítico del Caso del Golfo de Maine, consúltese: Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, nota 9, pp. 131-172.

línea media entre las costas de Malta y de Libia, para luego corregirla en función de las circunstancias que ha considerado como siendo relevantes, en especial la longitud de las costas, la distancia que las separa y la situación de Malta en el contexto del Mediterráneo.[13]

5. *Caso de la Delimitación Marítima en la Región situada entre Groenlandia y Jan Mayen entre Dinamarca y Noruega (1993)*

La Corte Internacional de Justicia concluiría que la línea de equidistancia trazada a título provisional, y empleada como punto de partida para la delimitación de la Plataforma Continental y de las zonas de pesca, debía de ser corregida o desplazada en virtud de la disparidad de la longitud de los litorales de los Estados en cuestión.[14]

6. *La práctica de los Estados en materia de delimitación marítima ratifica gran parte de la jurisprudencia internacional*

Así, en el Acuerdo celebrado en Roma el 8 de enero de 1968, entre Italia y Yugoslavia, el método de la equidistancia caracteriza gran parte de la línea de delimitación de la Plataforma Continental. Un efecto reducido se atribuyó a cuatro islas situadas en la parte central del Adriático.[15]

En el Acuerdo de Delimitación de la Plataforma Continental entre Grecia e Italia, celebrado en Atenas, el 24 de mayo de 1977, se escogió el método de la equidistancia, aunque con algunos ajustes. Estas correcciones se refieren principalmente a las islas griegas de Fanos (a las que se les atribuyó un efecto similar a 3/4) y Strofades, a la que se le atribuyó un semiefecto.[16]

En el Acuerdo de Delimitación de la Plataforma Continental celebrado entre Italia y España el 10 de febrero de 1974, en la ciudad de Madrid, y en vigor a partir del 16 de febrero de 1978, de igual forma que en los

13 Véase CIJ, *Recueil des Arrêts..., cit.*, nota 5, Arrêt du 3 juin 1985, pp. 1-187. Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *op. cit.*, nota 9, pp. 175-204.

14 Véase CIJ, "Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groeland et Jan Mayen", *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances* (Danemark *c.* Norvège), Arrêt du 14 juin, 1993. En particular, véanse pp. 77-82, párrafos 87-94.

15 Véase texto del Acuerdo entre Italia y Yugoslavia del 8 de enero de 1968, vigente desde el 21 de enero de 1970, en Conforti, Benedeto y Francalanci, Gianapiero, *Atlante dei Confini Sottomarini*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pp. 85-87.

16 Véase texto del Acuerdo entre Grecia e Italia del 24 de mayo de 1977, *ibidem*, pp. 89-91.

casos anteriores se estipuló expresamente que la línea de delimitación se fijaría aplicando el método de la equidistancia desde las líneas de base respectivas (artículo 1o.).

Aquí la línea de delimitación se detiene antes del tocar los puntos equidistantes entre Francia-Italia-España y Argelia-Italia-España.[17]

Después de interminables y laboriosas negociaciones en el seno de la III Confemar, se logró al final consagrar la fórmula de la delimitación de la Plataforma Continental en su artículo 83, con su equivalente para la delimitación en la zona económica exclusiva en su artículo 74: "La delimitación 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" (artículo 83, párrafo 1o.).

Si bien la anterior formulación no es muy feliz desde el punto de vista jurídico, sin embargo, sí tiene una ventaja política incontrovertible, ya que abrió las puertas para un acuerdo entre posturas radicales, y permitió así la adopción del conjunto del texto de la Convención de Montego Bay de 1982.

El acento está puesto sobre el resultado y en principio puede aplicarse cualquier método de delimitación. A diferencia pues de las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar, en el régimen actual no existen reglas específicas ni menos obligatorias para la delimitación entre los Estados.

Ahora bien, la jurisprudencia internacional y la práctica estatal nos demuestra —como ya veíamos—, que la mayoría de los acuerdos de delimitación toman como criterio-base, como punto de inicio, una línea trazada según el método de la equidistancia, para luego proceder a hacerle los ajustes necesarios y correcciones pertinentes, en función de circunstancias especiales, relevantes o particulares: configuración de las costas, anchura de la fachada, longitud entre las mismas, presencia de islas, etcétera.[18]

17 Véase texto del Acuerdo de Delimitación entre España e Italia, *ibidem*, pp. 75-77.

18 En varias ocasiones, los Estados utilizan la terminología de la "línea media" para delimitaciones entre Estados cuyas costas se sitúan frente a frente, y de la "línea de equidistancia" para Estados con costas adyacentes. Pero en los dos casos se trata de líneas trazadas según el método de la equidistancia, método que produce, como dice la Corte en su sentencia del 20 de febrero de 1969, una línea que atribuye a cada una de las partes interesadas, todas las porciones de la Plataforma Continental más próximas de un punto de su costa, que de cualquier otro punto situado sobre la costa de la otra

V. Delimitación de la Plataforma Continental entre México y Estados Unidos de América

El gobierno de Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de Estados Unidos de América celebraron el 9 de junio de 2000 un Tratado sobre la Delimitación de la Plataforma Continental en la Región Occidental del Golfo de México más allá de las 200 millas náuticas, habiendo sido firmado en la ciudad de Washington, D. C., el 9 de junio de 2000, y siendo vigente a partir del cambio de los instrumentos de ratificación el 17 de enero de 2001.[19]

Los límites marítimos entre las partes se determinaron sobre la base del método de la "equidistancia", para una distancia entre doce y doscientas millas náuticas mar adentro, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial en el Golfo de México y el Océano Pacífico, conforme al Tratado sobre Límites Marítimos entre México y Estados Unidos de América, suscrito el 4 de mayo de 1978.

De igual manera, los límites marítimos entre las partes se determinaron sobre la base de la línea de la "Equidistancia" para una distancia de 12 millas náuticas mar adentro, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del Mar Territorial, conforme al Tratado para Resolver las Diferencias Fronterizas Pendientes y para Mantener los Ríos Bravo y Colorado, como la Frontera Internacional entre México y Estados Unidos de América, suscrito el 23 de noviembre de 1970.

En este tratado del 9 de junio de 2000, las partes establecieron, conforme al derecho internacional, el límite de la Plataforma Continental entre México y Estados Unidos de América, en la región occidental del Golfo de México, más allá de las 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

Este Tratado era tanto más importante, si se tomaba en cuenta la posibilidad —por no decir la certeza— de que podrían existir sustanciales yacimientos de petróleo o de gas natural que se extendían a través del límite

parte, véase Caflisch, Lucius, "Les zones maritimes sous juridiction nationale, leurs limites et leur délimitation", en Bardonnet, D. y Virally, M., *Le nouveau droit international de la mer*, París, Editions A. Pédone, 1983, pp. 34-116.

19 Véase Decreto promulgatorio de tratado, *Diario Oficial de la Federación*, jueves 22 de marzo de 2001.

de la Plataforma Continental, y que en tales circunstancias, era necesaria la cooperación y las consultas periódicas con el fin de proteger los respectivos intereses entre las partes.

México y Estados Unidos de América son parte en la Convención de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental, y la misma entiende por tal el lecho del mar y subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera de la zona de mar territorial hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de la plataforma.

En la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, de la cual México es parte, y respecto a la cual Estados Unidos de América ha aceptado que en este apartado la Convención de 1982 refleja el *derecho internacional consuetudinario*, la definición consagrada prevé una mejor definición científica de la Plataforma Continental, como tuvimos oportunidad de examinarlo anteriormente.

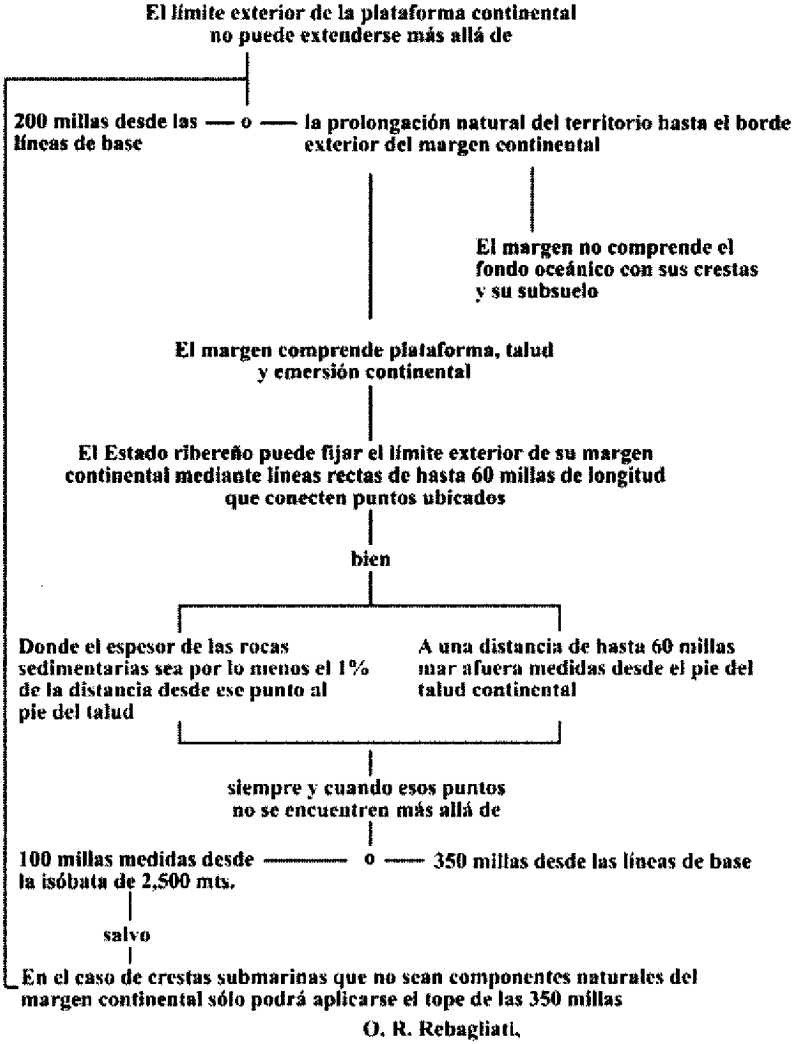
No hay que olvidar que con respecto a las áreas más allá de las 200 millas náuticas, contadas desde las líneas de base, tanto la Convención de Ginebra de 1958 como la Convención de Montego Bay de 1982 consagran una serie de criterios precisos para que la Plataforma Continental pueda ser calificada como tal (véase *supra*).

Durante las negociaciones del Tratado, México y Estados Unidos de América acordaron que tanto el suelo como el subsuelo de las áreas submarinas más allá del límite de las 200 millas náuticas de la Zona Económica Exclusiva en la región occidental del Golfo de México, reunían los requisitos exigidos por ambas Convenciones.

En el artículo I del Tratado se describe el "límite" de la Plataforma Continental entre México y Estados Unidos de América en la región occidental del Golfo de México más allá de las 200 millas náuticas, siendo determinado este límite (*boundary*) mediante líneas geodésicas, que conectan con un listado de 16 coordenadas como puntos terminales (véase diagrama en la siguiente página).

De acuerdo con la metodología utilizada en previos tratados de delimitación marítima entre los dos países, la línea actual representa una "línea equidistante" trazada desde las respectivas líneas de base de México y Estados Unidos de América, incluyendo las líneas de base de las islas.

DIAGRAMA DEL ARTÍCULO 76



O. R. Rebagliati,

FUENTE: Rebagliati, O. R., *La plataforma continental y su límite exterior*, Buenos Aires, 1985, pp. 137 y 138.

Para la determinación del límite establecido, se utilizaron las bases geodésicas y de cálculo del *Datum* de Norteamérica de 1983, y el Marco de Referencia Terrestre del Servicio Internacional de Rotación de la Tierra ("ITRF 92").

Esto último era necesario para asegurar que el tratado pudiera ser aplicado uniformemente y con acuciosidad por México y Estados Unidos de América, respectivamente.

En el artículo III se asienta —por acuerdo entre las partes—, que México, al norte del límite de la Plataforma Continental (establecido en el artículo I), y Estados Unidos de América, al sur de dicho límite, no reclamarán ni ejercerán para ningún propósito derechos de soberanía o jurisdicción sobre el fondo marino y el subsuelo.

Además de lo consagrado anteriormente, el Tratado contiene un nuevo conjunto de preceptos contenidos en los artículos IV y V, y que hacen referencia a la posible existencia de yacimientos de petróleo o gas natural a través del límite establecido para la Plataforma Continental.

Entre otras cosas, estos preceptos crean un marco jurídico (esperamos no "utópico") por el cual las partes deberán intercambiar información para ayudar a determinar la posible existencia de "yacimientos transfronterizos".

Las partes se han comprometido (artículo IV) que durante una moratoria de 10 años, no autorizarán ni permitirán la perforación o la exploración petrolera o de gas natural en la Plataforma Continental dentro de una milla náutica, cuatro décimas (1.4) en cada lado de la frontera o límite establecido.

Por sus mismos términos, dentro de esta "área" de dos millas náuticas, ocho décimas (2.8), la moratoria no se aplica a otras actividades de la Plataforma Continental.

Esto quiere decir que cada parte tiene el derecho de autorizar o permitir la exploración y/o explotación de petróleo fuera del *rea* dentro de la región occidental.

Se establece igualmente, el que las partes podrán modificar, si así lo acuerdan, la moratoria de 10 años, a través de un canje de "notas" diplomáticas. Esta disposición permite a las partes acortar o extender la duración de la moratoria, si así lo considerasen pertinente.

Otra disposición importante, en relación al *rea*, es la relativa al hecho de que si una parte tiene conocimiento de la existencia o de la posible

existencia de un yacimiento transfronterizo, lo deberá notificar a la otra parte (artículo IV 6).

A medida que se vaya generando la información geológica y geofísica que permita facilitar el conocimiento de las partes sobre la existencia de yacimientos transfronterizos, incluyendo las notificaciones de las partes sobre la posible existencia de los mismos (incluyendo el inciso 6 del artículo IV), las partes deberán reunirse periódicamente con el fin de identificar, localizar y determinar las características geológicas y geofísicas de dichos yacimientos.

Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación del tratado en cuestión, se debe resolver por negociación o por otros medios pacíficos que las partes acuerden.

El Tratado sobre Límites Marítimos entre Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América suscrito el 4 de mayo de 1978, y en vigor desde el 13 de noviembre de 1997, no había realizado la delimitación de los polígonos occidental y oriental (*Western and Eastern Doughnut Hole*), por lo que el presente tratado del 9 de junio de 2000 era necesario para dicho fin.

El área total del "polígono occidental" (*western gap*) es de aproximadamente 17,467 kilómetros cuadrados. El trazado de delimitación divide el polígono occidental de la Plataforma Continental, en forma tal, que Estados Unidos de América se adjudica 6,526 kilómetros cuadrados, es decir el 38% del total, en tanto que a México le es adjudicado un área de 10,905 kilómetros cuadrados, esto es el 62% del área total delimitada.

El Tratado sobre Límites Marítimos celebrado entre México y Estados Unidos de América el 4 de mayo de 1978, y aprobado por el Senado mexicano el 20 de diciembre del mismo año, durmió el sueño de los justos hasta que el Senado norteamericano tuvo a bien aprobarlo en octubre de 1997, e intercambiándose los instrumentos de ratificación el 13 de noviembre del mismo año.

El lapso increíble de casi 20 años que dejó pasar Estados Unidos de América, para finalmente aprobar y ratificar el tratado del 4 de mayo de 1978, se explica, simple y sencillamente, porque el extraordinariamente poderoso gremio petrolero norteamericano —encabezado por el geólogo Hollis Hedberg— se opuso rotundamente a que fuese aprobado, ya que se sostenía que tal Tratado era contrario a los intereses de los Estados Unidos de América, pues dejaba a México con un importante sector del

Centro del Golfo de México que contenía un enorme potencial para la extracción de hidrocarburos y otros minerales.[20]

Estados Unidos de América enmendó en forma significativa las leyes federales que gobiernan su sistema de pagos y patentes relativo a la producción "costa afuera" del gas e hidrocarburos, de forma tal que hicieron disminuir los obstáculos económicos, que habían dejado paralizados los extraordinarios avances tecnológicos.

Como resultado de la adopción de estas reformas, y en particular de la: "*Outer Continental Shelf Deep Water Royality Relief Act*" (43.U.S.C.1337 (a)), adoptada en 1995, las compañías petrolíferas norteamericanas emprendieron un gran programa de exploración, al ver ahora reducidos sustancialmente los costos de producción.

Todo ello hacía necesario que Estados Unidos de América, ahora sí, quisiera aprobar y ratificar el Tratado de Límites de 1978 que había sido aprobado y ratificado por México de tiempo atrás.

Las asociaciones petrolíferas más poderosas de Estados Unidos de América, como la American Petroleum Institute; The International Association of Drilling Contractors; The Domestic Petroleum Council y otras más, urgían y presionaban ahora al Congreso norteamericano, para la ratificación del Tratado de 1978, y para la celebración de un tratado para la Delimitación de la Plataforma Continental más allá de las 200 millas en el Golfo de México.

Ahora era imperativo poseer fronteras seguras, y delimitaciones marítimas precisas, para la instrumentación de los cuantiosos proyectos norteamericanos de exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, gas y otros minerales en el Golfo de México.[21]

VI. Conclusión

Es cierto que la precisión que formula la Convención de Montego Bay de 1982, en el sentido de que el acuerdo de delimitación debe lograrse sobre la base del derecho internacional a que hace referencia el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —convenios y trata-

20 Véase Dillard, Hammetl, "Deepwater Drilling-Foresight, Risk and Reward", *22. Exploration and Ecónomics of the Petroleum Industry*, Estados Unidos de América, 1984, pp. 227-231.

21 Véase "Hearings on Maritime Boundaries Treaty with Mexico Before the Senate Committee On Foreign Relations", *105th. Congress*, 1s. Session, 1997 (Testimony of Frank Murkowski: Chairman of the Senate Committee on Energy and Natural Ressources).

dos internacionales; normas consuetudinarias internacionales; principios generales de derecho; y *decisiones judiciales* y doctrina calificada, como medio auxiliar—, no parece realmente aportar una contribución particularmente significativa al tema en cuestión.

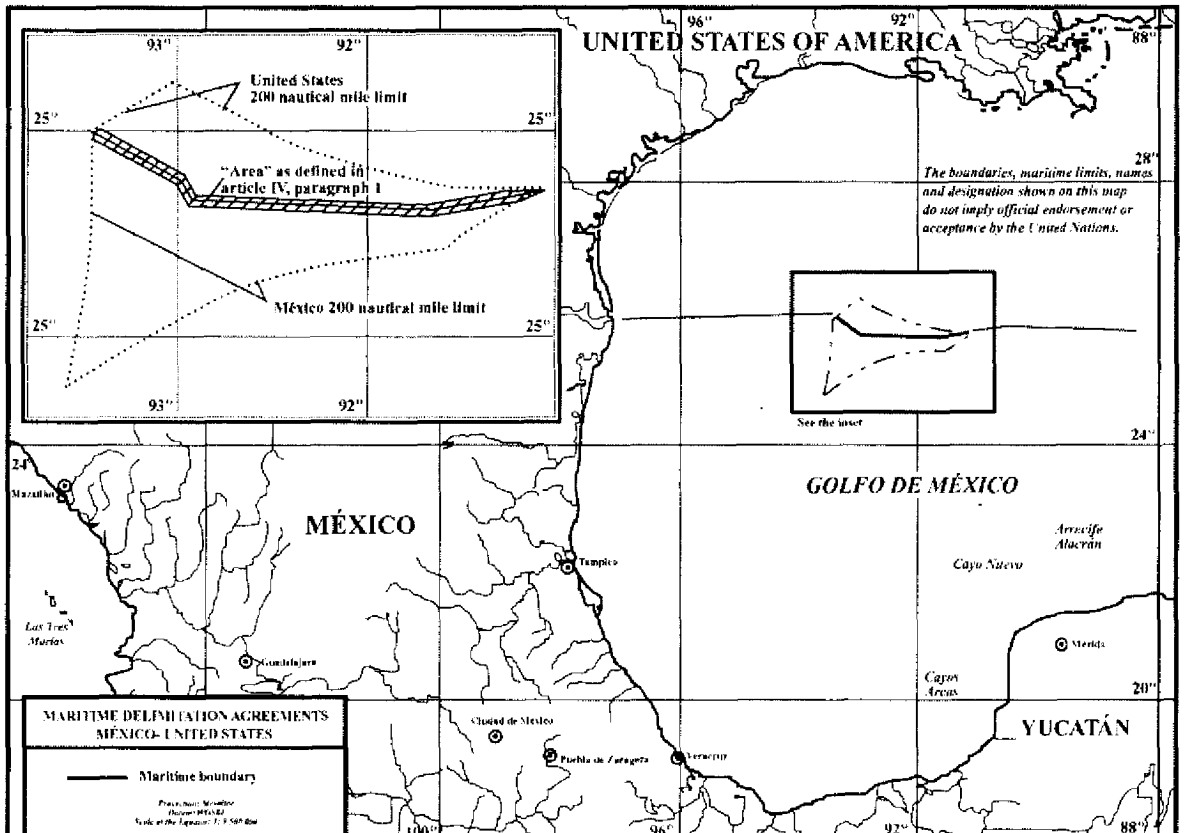
Incluso, hay que decirlo, para buena parte de la doctrina la indicación de la solución equitativa aparece como igualmente insatisfactoria, "no estando claro cómo un acuerdo, que se presupone libremente convenido por las partes, pueda contener una solución no equitativa... La teoría de la solución equitativa representó un expediente feliz, elaborado por los tribunales internacionales" (profesor Tullio Scovazzi).

No es exagerado afirmar que la jurisprudencia en materia de delimitación marítima ha tomado el papel de las convenciones y de la costumbre, en el sentido de que la jurisprudencia en este ámbito aparece como una fuente directa y primaria, y no subsidiaria o auxiliar.

Sin embargo, no hay que olvidar que gran parte de la jurisprudencia en estos ámbitos ha tratado de conciliar el respeto de la soberanía territorial de Estados, con ciertos imperativos elementales de justicia, y en este sentido la búsqueda de la equidad normativa aparecía ciertamente como el mejor correctivo a una o varias reglas con componentes mucho muy rígidos e inflexibles.

Y, por último, es verdad, como han señalado varios jueces (N. Valticos), que Estados que han celebrado tratados bilaterales de delimitación de plataformas continentales probablemente no tenían el sentimiento de seguir una regla de derecho obligatoria ni estaban claramente inspirados por una *opinio iuris*.

No obstante lo anterior, los Estados han concertado tales tratados o acuerdos, a la luz de todas las reglas y datos jurídicos pertinentes; y pensando siempre que el método de la línea media, o línea de la equidistancia, era el sistema de delimitación más conveniente por sus cualidades inherentes, como son la relativa facilidad con que puede ser aplicada, y la determinación matemática que permite, antes de toda negociación, la fijación unilateral de una línea provisional.



Map Index: MEX_USA

Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of Legal Affairs, United Nations, 2000

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General*. III. *Estructura de los principios generales autónomos del derecho internacional*. IV. *Significado jurídico del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el Estado actual de las relaciones internacionales, uno de los aspectos esenciales de la soberanía económica de los Estados es, sin duda, el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Es necesario determinar si su ejercicio es absolutamente discrecional por parte del Estado, o si está limitado por la obligación de respetar ciertas reglas del derecho internacional público.

Si la consecuencia, quizás la más importante, que resulta de dicho principio se debe al hecho de que por medio de su aplicación, el Estado estaría en grado de llevar a cabo modificaciones más o menos sustanciales al régimen jurídico de la explotación de sus recursos, resulta como corolario, que un cierto número de normas jurídicas podrían someterse a revisión; por ello, puede ser muchas veces difícil encontrar la síntesis que se busca actualmente entre la noción de soberanía y aquella de la cooperación interestatal, en la medida en que ambas nociones corren el riesgo de estar en franca oposición.

Dado que la noción de soberanía sobre los recursos naturales se ha formulado sobre todo por medio de una secuencia de resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en la medida en que dicha noción encuentra su fundamento en los "principios jurídicos internacionales", hemos creído necesario hacer ante todo un breve análisis preliminar sobre estos dos puntos para precisar el papel que juegan dentro del sistema del derecho internacional.

II. Alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General

En la medida en que la Carta de las Naciones Unidas no contiene una disposición general en lo que concierne a los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General, éstas carecen de fuerza obligatoria en lo que respecta a los miembros de las Naciones Unidas, ya que de no ser así, se acordaría una función legislativa a la Asamblea, función ésta que sería contraria al principio de la soberanía de los Estados.[1]

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que debe ser interpretado como la disposición que es enunciativa de las fuentes del derecho internacional, no prevé las resoluciones de las organizaciones internacionales como fuente autónoma de derecho, ni aun como medio auxiliar de determinación de las normas jurídicas. Esto no implica, sin embargo, que se deba considerar el listado del artículo 38 como limitativo,[2] pero en el estado actual de desarrollo del derecho internacional público no sería correcto hablar de un verdadero e indiscutible cambio de la teoría de las fuentes del derecho internacional en su sentido de métodos de creación de normas jurídicas.

Sin embargo, el problema del valor jurídico de las resoluciones debe también ser ubicado en el campo de la efectividad del derecho internacional desde el momento en que incluso una "recomendación" puede alcanzar una efectividad de mayor grado, es decir, un efecto jurídico más coercitivo que aquel creado por ciertas convenciones o tratados internacionales.[3]

Alf Ross en su obra sobre el análisis de la Carta de la ONU hace la siguiente observación: "*The Assembly can never legislate, never order, command, but only submit, recommend, propose*". Y añade que aunque la

1 Virally, M., "The Sources of International Law", en Srensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin's Press, 1968. pp. 160-162.

2 Cahlier, Ph., es de la opinión que si el derecho internacional adjudica consecuencias jurídicas a ciertos actos unilaterales de los Estados (notificación, protesta), éstos constituyen una fuente de derecho, y esto en virtud del carácter primitivo del derecho internacional, que es por consiguiente, no-formalista. "Le comportément des États comme source de droits et d'obligations", *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (IUHEI), 1968, pp. 237 y 238.

3 Virally hace notar que no es siempre correcto considerar la convención como un progreso jurídico en relación con las resoluciones, ya que desde el momento en que un tratado no tiene efectos jurídicos más que entre los Estados que lo han ratificado, si se rechaza la ratificación, se elude todo efecto jurídico. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, IUHEI, 1971, p. 18.

diferencia entre estas fases, legalmente, es absoluta y precisa, la diferencia práctica en las relaciones internacionales será con frecuencia relativa y elástica.[4]

El jurista Jorge Castañeda, aun y cuando reconoce que las resoluciones de los organismos internacionales no pueden constituir una fuente de derecho *in se*, admite sin embargo, que ciertas resoluciones constituyen una expresión de reglas jurídicas internacionales, ya que al lado de la categoría de las resoluciones en su sentido preciso de "Recomendaciones" (invitaciones) y que no implican la creación de una obligación jurídica, se encuentran resoluciones que no se agotan en esta sola categoría, es decir, resoluciones que van más allá de una simple invitación desprovista de valor jurídico. La ausencia en derecho internacional de un órgano de control de la legalidad sobre de los actos de las autoridades competentes para aplicar las normas en el marco de los órganos de las Naciones Unidas, tiene como consecuencia que la Asamblea General pueda en la práctica interpretar su propia norma de competencia y emitir resoluciones con una implicación y un alcance jurídico diferente de aquellas que tienen solamente un sentido exhortativo.[5]

La actividad desarrollada por la Asamblea General permitiría así demostrarnos la adopción por este órgano de ciertas resoluciones que han producido efectos jurídicos de carácter imperativo y de esta forma no pudiendo ser consideradas como resoluciones que impliquen únicamente un carácter exhortativo.

Dentro de esta perspectiva, podemos mencionar como ejemplo muy significativo la Resolución 377 (V) aprobada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 1950: "La Unión para el mantenimiento de la paz", y por la cual se le confiere a la Asamblea General una responsabilidad subsidiaria a aquella del Consejo de Seguridad, para restablecer o mantener la paz o la seguridad internacionales.[6]

Los argumentos en que se funda la constitucionalidad de esta Resolución 377 (V) son poco satisfactorios en la opinión de Castañeda; si el artículo 24 de la Carta habla de la responsabilidad "principal" del Consejo

4 Ross, A., *Constitution of the United Nations*, Denmark, Ejnar Munksgaard, 1950, p. 60.

5 Castañeda, J., "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", *Recueil des Cours*, Leyde, Sitjhoff, 1971, t. 129, pp. 214-222.

6 Ver reproducción del texto de la Resolución de la Asamblea General relativo a "La Unión por el mantenimiento de la paz", resolución 377 (V) del 3 de noviembre de 1950 en Reuter, P. y André Gros, *Traités et documents diplomatiques*, 3ème ed., París, Press Universitaires de France, 1970, pp. 122-127.

para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es porque hay que entender que es el único competente para emprender una acción coercitiva: "desde un punto de vista jurídico, el atribuir singular y específicamente una función a uno de los dos órganos significa negarla al otro".[7]

Será entonces la aplicación de la resolución por la práctica de los Estados y su aceptación por los miembros de la comunidad internacional que llegará a otorgar un fundamento de legalidad a dicha resolución.

Dado que esta resolución va a provocar una modificación de una situación jurídica preexistente dentro del régimen de seguridad colectiva prevista originalmente por la Carta, en este sentido se puede estimar y siempre según esta concepción, que la resolución comportó efectos estrictamente jurídicos, efectos de carácter obligatorio.[8]

Podemos todavía retener (fuera de las resoluciones de carácter "interno") otras tres categorías de resoluciones que siempre, según este autor, constituyen algo más que una recomendación o una simple invitación.

Resoluciones que determinan la existencia de hechos o situaciones legales concretas, y pudiendo ser calificadas como obligatorias en aquello que específicamente "determinan", ejemplo, la resolución 2145 (XXI) del 27 de octubre de 1966 por la cual la Asamblea General revocó el mandato de África del Sur sobre el sudoeste africano.

Resoluciones que tienen como fin principal expresar un acuerdo no formal entre los diferentes Estados miembros, y que en el fondo pueden considerarse similares a los acuerdos multilaterales en forma simplificada; ejemplo, la Resolución 1962 (XVIII) aprobada por unanimidad el 13 de diciembre de 1963, "Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extraatmosférico".

El carácter obligatorio de dicha resolución se debe sobre todo al hecho de que varios representantes han manifestado su voluntad de quedar obligados por el documento en cuestión.

Por último, podemos mencionar la categoría de las resoluciones que comprenden "declaraciones" de carácter "general", y aunque no sean creadoras de derecho, puedan probar o precisar la existencia de reglas jurídicas, o aún más, la inexistencia de una *opinio juris* en el seno de la comunidad internacional; ejemplo, la resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, por la cual la Asamblea General confirma los principios de

7 Castañeda, *op. cit.*, p. 261.
8 *Idem*, pp. 263-286.

derecho reconocidos por el Estado de la Corte de Nüremberg y por la sentencia de éste.[9]

Ahora bien, a nuestro modo de ver, es conveniente hacer notar que, en gran parte, la validez de los argumentos desarrollados por Jorge Castañeda y la coherencia de su análisis, pueden sostenerse en la medida en que se esté dispuesto a admitir su formulación sobre la noción de "*efecto jurídico obligatorio*" respecto de las resoluciones de los organismos internacionales. Así pues, según este autor, la noción denota todo cambio o alteración respecto de una situación legal preexistente que pueda significar la extensión de la competencia de un órgano, o aun la "suspensión" (Resolución 377) de una obligación.[10]

En términos generales, el alcance de una resolución o de una recomendación no puede ser entendida, como dice Virally, si no se toma en cuenta el proceso del cual emana, y que adquiere una significación jurídica solamente "... en la medida en la cual no sea simplemente la manifestación de los *desiderata* o de las pretensiones de una mayoría frente a una minoría, sino cuando exprese un mínimo de acuerdo en el cual participen todos aquellos que sean los destinatarios, de tal resolución o de dicha recomendación y que, por consiguiente, actuarán en tal sentido para asegurar su ejecución".[11]

De ahí que una resolución de la Asamblea que haya sido adoptada a través de la vía del consenso o por unanimidad, puede pretender ser la prueba o el reflejo de un acuerdo entre los participantes, y tener así un alcance no sólo moral y político, sino también jurídico. Por el contrario, la significación jurídica de una resolución será mucho más problemática desde el momento en que se adopte por mayoría, ya que es prueba de una falta de acuerdo manifiesto en relación con el conjunto de la comunidad internacional.

III. Estructura de los principios generales autónomos del derecho internacional

Independientemente de los "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (artículo 38, párrafo 1o., "c" del Esta-

9 *Idem*, pp. 294-310 y 328.

10 *Idem*, pp. 225 y 226.

11 Virally, M., *Les résolutions dans la formation...*, *cit.*, p. 30. El término de *recomendación* está considerado por Virally como una resolución que invita al Estado a observar un comportamiento definido, mientras que el concepto de *resolución*, más amplio, se refería a toda decisión tomada por un órgano deliberante, cualquiera fuese su contenido (declaración, recomendación, etcétera). Ver p. 49.

tuto de la Corte Internacional de Justicia), que son los que pueden ser desprendidos de la experiencia jurídica *in foro domestico*, y pudiendo ser aplicables a las relaciones internacionales, el derecho internacional conoce también otra clase de principios: los "principios generales autónomos", categoría esta última que no podrá ser interpretada como una fuente particular del derecho de gentes.[12]

Uno de los principales problemas que se plantea es aquel de determinar el lugar y *status* preciso que corresponde a dichos principios dentro del orden jurídico internacional.

En un importante estudio consagrado a este tema, el profesor Michael Villary ha hecho la distinción entre los principios de derecho ideológico y los principios inducidos del derecho existente; estos últimos no son más que sinónimos de reglas jurídicas abstractas, fórmulas que encierran un cierto número de normas jurídicas, pudiendo ser deducidos por medio de un proceso de concretación, y que pueden presentarse no solamente bajo la forma de una proposición normativa, sino también reducirse a la formulación de un simple concepto, como es el caso del principio de la soberanía y de la igualdad de los Estados, sin perder por ello su *status normativo*.[13]

En cuanto a los principios de origen ideológico, éstos se convierten en parte integrante del orden jurídico positivo, solamente "... en la medida en que hayan inspirado una práctica suficientemente general y prolongada para dar nacimiento a una costumbre o hayan sido plasmados en instrumentos convencionales".[14] De ahí que no puedan considerarse como una fuente particular del derecho de gentes, ya que será únicamente a través del proceso de formación del derecho consuetudinario, o por medio del derecho convencional, como lograrán adquirir un carácter *lege data*. Hay que subrayar que el valor de esta categoría de principios no es para nada despreciable, ya que su proclamación puede constituir un precedente consuetudinario y, por lo mismo, originar el proceso de creación de una norma consuetudinaria de derecho internacional general o regional, según el grado de adhesión de los Estados.

12 Guggenheim, P., *Traité de droit international public*, 2a. ed., Genève, Georg, 1967, vol. I, pp. 306 y 307.

13 Virally, M., "Le rôle des 'principes' dans le developpement du droit international", en *Recueil d'études en hommage a Paul Guggenheim*, pp. 531-533. Es cierto que el carácter normativo de una proposición no depende de la forma del lenguaje usado, y esto está muy bien ilustrado por el principio de la igualdad de los Estados, que se traduce por el deber que tienen todos los Estados de respetar la igualdad en derecho de todo miembro de la comunidad internacional.

14 *Idem*, p. 546.

Por otra parte, parece evidente que no basta proclamar un principio como tal para que se vea conferido *ipso facto* un *status* normativo. Principios que no tienen por efecto el crear, suprimir, modificar o confirmar derechos y obligaciones, deberán considerarse carentes de todo valor jurídico en derecho internacional; por el contrario, los principios de orden jurídico pueden presentar una gran importancia política para el Estado que los invoca, sin que ello comporte una pérdida de su carácter jurídico. "El hecho de que se proclamen principios con intención política o por motivos políticos, o que presenten una incidencia política aún considerable es absolutamente irrelevante desde el punto de vista de su calificación jurídica".[15]

Ha sido reconocido que a la base de lo que ha sido designado con la expresión de "derecho internacional económico", se encuentra la existencia de dos principios fundamentales: la igualdad soberana de los Estados y el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismo, principios reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 1o., párrafo 2o., relativo a los fines de la Organización, artículo 2o., párrafo 1o., relativo a los principios de la Organización, y artículo 55 relativo a la cooperación económica. Estos dos principios permitieron a la Asamblea General, formular la doctrina de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales.[16]

La aplicación con respecto a los Estados de un postulado como el de la "igualdad soberana" comporta como consecuencia en el plano jurídico, que todo Estado debe tener el mismo número de derechos que cualquier otro Estado, pero dado que el análisis del concepto mismo no nos da cuentas acerca de la desigualdad económica de los miembros de la comunidad internacional, será puesto en tela de juicio, y de hecho transformado, por la llegada de nuevos Estados a la sociedad internacional, ya que como lo subraya Maurice Flory:

> La igualdad jurídica artificial que les era aplicada culminaba en un régimen liberal que les era desfavorable... la igualdad soberana ya no se limita a la igualdad jurídica que sigue siendo sin duda un instrumento indispensable

15 *Idem*, p. 536.

16 Feuer, G., "Les principes fondamentaux dans le droit international du développement", *Pays en voie développement et transformation du droit international. Coloquio de Aix-en-Provence*. Paris. Pédone. 1974. pp. 194 y 195.

> de defensa: la igualdad soberana es también la igualdad de desarrollo y, en un primer tiempo, la reivindicación del derecho a tal desarrollo.[17]

En lo que se refiere al principio del derecho de los pueblos y las naciones a disponer de ellos mismos, la Asamblea General en su Resolución 1314 (XII) —Recomendaciones relativas al respecto, en el plano internacional, del derecho de los pueblos y de las naciones a disponer de ellos mismos—,[18] declaró que este derecho tal y como se ha proclamado en los dos proyectos de pactos elaborados por la Comisión de Derechos Humanos, comprende un derecho de soberanía permanente sobre sus riquezas y sus recursos naturales.

Ciertos autores, como Denis Touret, han considerado el principio del derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos como un principio de uso interno, mientras que el principio de la igualdad soberana se refería principalmente a las relaciones interestatales:

> Es en razón de que el gobierno legal de un Estado no respeta él mismo el principio de la igualdad soberana que el principio del derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos otorga al pueblo que no está representado por el gobierno legal y que padece su discriminación, el derecho a dar nacimiento a una nueva entidad estatal.[19]

Esta manera de considerar la estructura jurídica de estos dos principios fundamentales conduce a Denis Touret a inferir como conclusión

17 Flory, M., "Inegalité économique et évolution du droit international", *Pays en voie de développement et transformation du droit international, Coloquio de Aix-en-Provence*, Paris, Pédone, 1974, pp. 23-25. Este autor explica que del hecho de que la clase dirigente en América Latina se asimilaba en muchos aspectos a los Estados de Europa, el problema del desarrollo como problema internacional no podía surgir sino como consecuencia de la toma de conciencia originada por la reciente descolonización de África y Asia.

18 Asamblea General, doc. of. decimotercera sesión, suplemento 18 (A-4090), 788. Sesión plenaria, 12 de diciembre de 1958, p. 27. Parece imposible determinar por un criterio preciso, el grupo (o el pueblo en su sentido socioetnográfico), al cual podría pertenecer este derecho tomado en su sentido *territorial*; por el contrario, si se toma, como ha dicho Alf Ross, en su aspecto *constitucional*, es decir, como el derecho que tendría todo Estado para escoger libremente su forma de gobierno, debería concebirse como un derecho limitado por el artículo 21, párrafo 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, disposición que hace referencia a la libertad de voto ejercida de manera periódica y con carácter secreto, a través del cual se expresa la voluntad del pueblo. Ross, A., *Constitution of the United Nations*, pp. 135 y 136. Reuter, P. y A. Gros, *Traités et documents diplomatiques*, *cit.* Ver el texto que reproduce la "Declaración Universal de Derechos Humanos", pp. 128-132.

19 Touret, D., "L'égalité souveraine des États", *Revue Générale de Droit International Public*, t. 77, segunda parte, enero-marzo de 1973, p. 183.

que en el campo del derecho internacional el principio de la igualdad soberana de los Estados constituye, por una parte, una norma de *jus cogens*, es decir, una norma a la cual no se le permite derogación alguna y, por otra parte, que este principio al situarse al vértice de la jerarquía de los principios fundamentales, deberá considerarse como norma fundamental sobre la cual se fundamenta el derecho internacional.[20]

Cabría preguntarse, dentro del marco de esta concepción, por qué aun admitiendo que el principio del derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos sea un principio fundamentalmente de uso interno, no podría concebirse también como la norma fundamental del sistema. La respuesta habría que buscarla, parece ser, en una falta de universalidad de tal principio, ya que no podría considerarse que goza de un consenso total entre los Estados miembros de la comunidad internacional. Pero dado que este argumento difícilmente podría pretender un carácter incontestable,[21] no quedaría más que acordar el reconocimiento de norma fundamental al principio de la igualdad soberana en virtud de presentar éste una "primacía funcional" desde el punto de vista de las relaciones interestatales.

Si se admite que la soberanía del Estado, en el contexto del derecho del desarrollo, encuentra su fundamento en el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos, y como consecuencia se llega a sostener que tal derecho sería anterior a toda relación internacional, entonces el derecho internacional se limitaría a reconocer la soberanía de los Estados. Pero hay que poner de manifiesto, como lo hace con toda razón Virally, que la noción de soberanía,

> ... no reviste una significación en derecho internacional a menos de que esté reconocida y definida por este último, y no cumple su función protectora que en caso de concretizarse en un haz de derechos consagrados por el orden jurídico internacional. *Es el derecho internacional, y sólo él*, quien puede definir un campo reservado al derecho interno...[22]

20 *Idem*, pp. 180-184.

21 Se podría estimar que un ejemplo como el del Estado de Rodesia no podría ser apreciado como un caso de un Estado que jurídicamente pueda poner en duda la universalidad del principio del derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos, desde el momento en que se trataría de un gobierno no representativo del conjunto del pueblo perteneciente a dicho territorio.

22 Virally, M., "La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États", *Annuarie Français de Droit International (AFDI)*, XX, 1974, pp. 70 y 71 (nosotros lo enfatizamos). El principio de "la igualdad soberana" que combina dos ideas diferentes pero indisociables en el plano internacional (la idea de soberanía y la de la igualdad) constituye también, para Virally, un principio sobre el cual reposa en cierto modo, todo orden jurídico internacional, ver p. 65.

Ahora bien, un aspecto fundamental de la soberanía del Estado en el contexto de las relaciones económicas se traduce por formulación del principio de soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales. El significado de esta noción implica —y esto es muy importante, como se tendrá oportunidad de precisar en el siguiente capítulo— el reconocimiento de la facultad que podría ejercer el Estado en relación con toda modificación que quisiera emprender sobre el régimen jurídico de la explotación de los recursos.

IV. Significado jurídico del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales

Puede considerarse que la noción de la soberanía permanente sobre los recursos naturales se remonta en su primera formulación a la Resolución 523 (VI) del 12 de enero de 1952, sobre el "Desarrollo económico integrado y acuerdos comerciales". Tal resolución se refiere, en particular, al derecho que tienen los países insuficientemente desarrollados de disponer libremente de sus riquezas naturales con el fin de hacer progresar sus planes económicos.[23]

Esta noción de la soberanía sobre los recursos no recibe un desarrollo considerable al momento de aprobarse la Resolución 626 (VII) del 21 de diciembre de 1952; sin embargo, pone un mayor énfasis sobre el derecho de los Estados a explotar libremente los recursos y las riquezas naturales, como un derecho de los pueblos "inherentes a su soberanía y conforme a los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas".[24]

Pero aun más importante que estas dos resoluciones citadas anteriormente, es, sin duda, la Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962 adoptada por 87 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.[25] Ésta determina con más detalle el contorno y los elementos que pueden ser contenidos en el principio de la soberanía del Estado sobre los recursos naturales. Es cierto que bajo un punto de vista estrictamente jurídico, no se está en presencia de una clara definición de la noción de soberanía permanente sobre los recursos naturales, pero del hecho de que esta defini-

23 Resolución 523 (VI), 360a. sesión plenaria, 12 de enero de 1952. Doc. of., sexta sesión, suplemento núm. 20 (A/2119), pp. 22 y 23.

24 Resolución 626 (VII), 411a. sesión plenaria. Doc. of., séptima sesión, suplemento núm. 20 (A/2361), p. 18.

25 Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962, 1194a. sesión plenaria. Doc. of., 17a. sesión, segunda comisión, pp. 15 y 16.

ción no se encuentre en la Resolución 1803, no se puede deducir su falta de carácter jurídico,[26] ya que el grado de normatividad de un texto es independiente, como lo demostramos anteriormente, de su incidencia política, y su significado se entiende únicamente en relación con las condiciones de aprobación y el grado de aplicación por los Estados.

La cuestión de la nacionalización en la Resolución 1803, está tratada tomando en cuenta la concepción de los Estados idustrializados, así como la de los Estados en vías de desarrollo. Se establece que la legislación interna, como el derecho internacional, son los órdenes jurídicos que deberán regular el monto y las condiciones de una indemnización acordada por el Estado que nacionaliza o expropia los bienes en manos de extranjeros. Para que un Estado tenga derecho a la nacionalización, la expropiación o la requisición, tendrá que fundamentarse en razones o motivos de: *a*) utilidad pública; *b*) de seguridad; *c*) de interés nacional, y además, estas razones deberán ser reconocidas como motivos que están por encima de simples intereses privados o particulares, tanto nacionales como extranjeros (Resolución 1803, párrafo 4).

Siempre que se esté en presencia de un acto de nacionalización, de expropiación o de requisición, el propietario "recibirá una indemnización adecuada, conforme a las normas vigentes del Estado que toma tales medidas en el ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional" (Resolución 1803, párrafo 4). Este punto es uno de los que muestran los desacuerdos entre los países en vías de desarrollo y los países exportadores de capital. Mientras que para esta última categoría de países la obligación de acordar una indemnización adecuada deberá concebirse como una indemnización pronta, satisfactoria y efectiva, los países en vías de desarrollo son en su mayor parte partidarios, como se verá más adelante, de la concepción según la cual el derecho internacional no prevé ni el monto de la indemnización ni las modalidades del pago correspondiente.[27]

26 En nuestra opinión no es muy coherente poner en duda todo valor jurídico de la Resolución 1803, como lo hace G. Fisher, y reconocer, por el contrario, su "influencia sobre el derecho", como fue el caso en 1952 cuando el Tribunal de Roma citó la Resolución 626 (VII) para apoyar la legalidad de sus conclusiones en relación con la aplicabilidad en Italia de las leyes de nacionalización iranies. Ver Fisher, G., "La souveraineté sur les ressources naturelles", *AFDI*, VIII, 1962, pp. 517 y 518.

27 Fisher, *op. cit.*, p. 526. El profesor Ricardo Méndez Silva considera que la Resolución 1803 implica un "retroceso respecto de resoluciones anteriores, sobre todo por lo que se refiere al hecho de que las concesiones son equiparadas con acuerdos internacionales... y por consecuencia no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado receptor". "La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núms. 16 y 17, 1973, p. 170.

La importación de capitales extranjeros necesarios para el desarrollo nacional y los beneficios que se adquieren, estarán reglamentados, según la Resolución 1803, por los términos de la autorización que les habrá sido acordada por la ley nacional en vigor y por el derecho internacional (párrafos 2o. y 3o.).

La manera en que han sido redactados los párrafos que se refieren al régimen aplicable a las inversiones extranjeras no permite precisar si se quiere decir que los capitales estarán reglamentados por el derecho internacional solamente en el caso en que la autorización acordada por el Estado fuera incompatible, en parte o totalmente, con el orden internacional o bien si en realidad se pretende referir a este orden internacional para la hipótesis en que hubiera violación o modificación arbitraria de la autorización acordada.[28]

Antes de emprender el estudio sobre la Resolución 3281 (XXIX), creemos oportuno mencionar la Resolución 2158 (XXI) del 25 de noviembre de 1966, que precisa todavía más las condiciones del ejercicio de la soberanía permanente.[29] De la reafirmación del derecho inalienable del Estado de disponer de los recursos naturales, la resolución declara el derecho de los países en vías de desarrollo a la participación creciente en la gestión y beneficios de las empresas extranjeras, las cuales deberían encargarse de la formación del personal local, y de una manera general se establece que deberá existir una asistencia de los países desarrollados a los países en vías de desarrollo para fines de la explotación y de la comercialización de sus recursos (Resolución 2158.I, párrafos 5o., 6o. y 7o.).

La teoría de la soberanía permanente sobre los recursos naturales adquiere un alcance mayor y quizá aún una transformación sustancial, en la reciente Resolución 3281 (XXIX) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974, y por la cual se proclama la adopción de una "Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados".[30]

28 Fisher, *op. cit.*, p. 525.

29 Resolución 2158 (XXI), 25 de noviembre de 1966. 1478a. sesión plenaria, doc. of., suplemento núm. 16 (A/6316). pp. 29 y 30.

30 Resolución 2381 (XXIX), del 12 de diciembre de 1974, 2315a. sesión plenaria, doc. of. (A/0046). Países que votaron en contra: RFA, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, RU, EEUU. Abstenciones: Austria, Canadá, España, Francia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Noruega, Países Bajos. La iniciativa de la adopción de dicha Carta se debe al entonces presidente de México, Luis Echeverría, durante la 3a. sesión de la UNCTAD en Santiago de Chile, el 19 de abril de 1972.

La adopción de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados ha sido considerada por la doctrina como un código base que pretende enunciar, sintéticamente, los principios esenciales de las relaciones económicas de los Estados, y presentándose no solamente como un instrumento de codificación de las normas consuetudinarias internacionales sino también y principalmente, como un documento que apunta al desarrollo progresivo del derecho internacional en el marco de la creación de un nuevo orden económico internacional.[31]

Hay que señalar que, según otra parte de la doctrina, la Carta de Derechos y Deberes Económicos no podría considerarse como una primera medida de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, y esto se debe al hecho de que si bien es cierto, que tal mención fue aprobada en el proyecto sometido por el grupo de los 77 en la segunda comisión, también es cierto, que en el texto sometido a votación se retiró la idea mencionada de "codificación y desarrollo del derecho internacional", en virtud de las objeciones formuladas por diversos Estados. Sin embargo, e incluso dentro de esta perspectiva se reconoce que la Carta tiene una eminente significación jurídica y no solamente política; se presenta al poseer tanto una naturaleza *programatoria como declarativa* "...la Carta constituye un programa de acción jurídica en vistas a la instauración de un nuevo orden económico internacional".[32]

El principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales está previsto al interior de la Carta como un derecho inalienable del Estado, que no se limita solamente a la simple explotación de las riquezas y recursos naturales del territorio estatal; está concebido como un derecho que va también más allá del derecho a la gestión y a la participación de los beneficios de las empresas explotadoras, ya que ha sido consagrado para ser aplicado a toda la estructura e infraestructura del sistema económico del Estado.

De lo que acabamos de decir se desprende la importancia de esta reciente formulación del principio de la soberanía permanente sobre los recur-

31 Castañeda, J., "La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États", *AFDI*, XX, 1974, pp. 34-36. La sexta sesión extraordinaria de la Asamblea General que tuvo lugar del 19 de abril al 1o. de mayo de 1974, culminó con la adopción de dos importantes resoluciones: "La Declaración relativa a la instauración de un nuevo orden económico internacional" (Resolución 3201/S-VI) y el "Programa de acción relativo a la instalación de un nuevo orden económico internacional" (Resolución 3202/S-VI) y el "Programa de acción relativo a la instalación de un nuevo orden económico internacional" (Resolución 3202/S-VI). La Carta, aun y cuando posee un vínculo estrecho con esas dos resoluciones, se distingue sin embargo en la medida en que pretende reglamentar jurídicamente las relaciones interestatales.

32 Virally, M., "La Charte des Droits et Devoirs...", *op. cit.*, pp. 58 y 59.

sos naturales, y por consiguiente es oportuno, antes de emprender su análisis, tratar de apreciar la significación jurídica de dicha resolución.

En páginas anteriores vimos que las resoluciones de la Asamblea General no tienen todas el mismo grado de significación jurídica, ni el mismo grado de fuerza coercitiva, y que su eficacia jurídica depende sobre todo de las condiciones en las cuales ha sido adoptada la resolución y de la naturaleza de las prescripciones ahí contenidas, y menos del instrumento mismo del cual se sirve el organismo internacional.

Esta Resolución 3281 (XXIX) no obtuvo la unanimidad de votos, pero entre los 136 países que participaron, 120 países votaron a favor, seis en contra y diez se abstuvieron. Sin embargo, dado que cada uno de los artículos fue objeto de votación separada por vía nominal, el valor jurídico de la resolución no puede determinarse más que en relación con cada derecho y deber jurídico en cuestión. Por otra parte, y si se hace referencia a las disposiciones contenidas en la resolución, resulta que la validez jurídica tendrá que ser diferente en la medida en que el derecho o deber consagrado se considere como una disposición en conformidad con el derecho consuetudinario o convencional existente, o bien, que se le considere como una prescripción tendente al desarrollo de una regla jurídica, o, en fin, como una disposición que esté en flagrante oposición al derecho internacional existente:

> ... El acuerdo realizado representa una confirmación del derecho existente y una nueva afirmación de la *opinio juris* a este respecto, mientras que un desacuerdo manifiesta que una regla consuetudinaria ya no es aceptada por el conjunto de la comunidad internacional y ya no beneficia de la *opinio juris communis*... (por el contrario) una regla en oposición al derecho establecido precedentemente no puede evidentemente penetrar en el derecho positivo más que por la vía convencional, o gozando de un amplio consenso y suficientemente caracterizado para revelar la existencia de una práctica aceptada generalmente como siendo derecho.[33]

Es el artículo 2o. de la Carta de Derechos y Deberes, en donde se encuentra consagrado el desarrollo del principio de la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales. Esta disposición fue objeto de las opiniones más controvertidas, y es en este ámbito en donde se constata un

33 *Loc. cit.*

profundo desacuerdo entre el Grupo de los 77 y los países industrializados, por el otro.[34]

El párrafo 1o. del artículo 2o. de dicha Carta fue redactado de la siguiente manera: "Todo Estado detenta y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".

El carácter de "permanencia" aplicado a la soberanía, pretende postular la presencia del Estado en todas las fases de la producción, de la transformación y de la comercialización de todo producto que se haya extraído, y de esta manera la noción de soberanía permanente ha sido entendida por ciertos autores como un sinónimo de derecho de propiedad sobre todas las riquezas y recursos naturales, mientras que el carácter de "plena" pondría de manifiesto el rechaza a todo tipo de restricción o intervención extranjera; en este contexto, ya no se trata de considerar los recursos naturales como un llamado patrimonio común de la humanidad en los límites de las jurisdicciones nacionales y todavía menos, concebir al Estado como una especie de depositario de recursos frente a la comunidad internacional.[35]

De la idea enunciada en el artículo 2o., según la cual el Estado detenta una soberanía absoluta y permanente sobre todo sus recursos y actividades económicas, de esta misma Resolución 3281 se desprenden tres categorías de derechos en beneficio del Estado:

1. El derecho a reglamentar las inversiones extranjeras en los límites de su jurisdicción nacional.

2. El derecho a reglamentar y controlar las actividades de empresas transnacionales en los límites de su jurisdicción nacional.

3. El derecho a nacionalizar, expropiar, o transferir la propiedad de bienes extranjeros.

El problema de la reglamentación de las inversiones extranjeras hace aparecer las preocupaciones y temores que oponen a los países industrializados a los países en vías de desarrollo, ya que mientras que para el in-

34 Castañeda, J., "La Charte des Droits et Devoirs...", *op. cit.*, p. 47. Para Feuer, la Carta de Derechos y Deberes corre el riesgo de reposar por largo tiempo en los archivos de la ONU, en virtud de que entre los 16 Estados que no dieron su voto aprobatorio figuran todos los grandes países desarrollados con economía de mercado. Feuer, G., "Reflexions sur la Charte des Droits et Devoirs Économiques des États", *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, 1975, p. 305.

35 Salem, M., "Ver un nouveau ordre économique international. A propos, des travaux de la 6e. session extraordinaire des Nations Unies", *Journal de Droit International*, 1975, pp. 781 a 785.

versionista se trata sobre todo de buscar una seguridad y rentabilidad futuras para su inversión, los países en vías de desarrollo aspiran no solamente a obtener beneficios o provecho económico en la inversión extranjera, sino también a elevar el nivel técnico del país, y el deseo de integrar las nuevas inversiones en el proceso de desarrollo.[36]

Según la disposición sobre el derecho del Estado a reglamentar las inversiones extranjeras, resulta que la legislación que deberá ser aplicada a este respecto será únicamente la del Estado huésped, ya que no hay referencia al derecho internacional como era por el contrario el caso en la resolución 1803 (XVII).

En la Carta se establece además que ningún Estado estará obligado a acordar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera (artículo 2o., párrafo 2o., inciso *a*). En nuestra opinión, esto equivale a decir, aunque de manera un poco velada, que un inversionista extranjero no podría reclamar una mejor situación jurídica que la reconocida a los nacionales de su país de residencia; ahí se establece una igualdad de tratamiento entre el inversionista extranjero y el nacional del país de residencia ya que por el hecho de estar ambos sometidos a la misma legislación, el extranjero no podría pretender para él una más amplia protección legal.

Parece ser que a la base de esta idea estaría la concepción según la cual en la medida en que el Estado se viera obligado a observar con respecto a los extranjeros un tratamiento preferencial en comparación con el reservado a sus connacionales, dejaría de gozar del libre ejercicio de su soberanía.

Es cierto que esta concepción no pueda encontrar una acogida muy favorable entre los países industrializados con economía de mercado que sigue aferrándose a la doctrina del *international minimum standar*. (Existe por lo demás una parecida obstinación por parte de los Estados de América Latina en relación con la "Cláusula Calvo" que figura en los contratos suscritos por los residentes extranjeros con objeto de pretender excluir el ejercicio de la protección diplomática en caso de que se origine un diferendo; su validez en derecho internacional es igualmente discutible). Dicho *minimum standard* debería acordar una situación jurídica privilegiada cuando la situación reservada a los nacionales por el derecho interno permaneciese por debajo de ciertas reglas o principios que estarían consagrados por el derecho internacional.

36 Allain, S.. "Investissement privé et développement". *Pays en voie de développement et transformation du droit international*. p. 253.

En lo que se refiere a las sociedades multinacionales o "transnacionales", según la terminología de la Carta[37] existe la preocupación por parte de los países en vías de desarrollo de proteger, por medio de mecanismos provenientes de su legislación interna, su independencia económica, y es así como encontramos cada vez más entre los órdenes jurídicos de esta categoría de países, una legislación minuciosa y técnicamente muy precisa sobre las condiciones y requisitos referentes a la inversión extranjera (por ejemplo, la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Reglamentar la Inversión Extranjera del 25 de febrero de 1973).

Si la Resolución 3281 habla no solamente de reglamentar, sino también de controlar las actividades de las sociedades transnacionales, es porque se toma en cuenta el hecho de que una sociedad extranjera puede muy bien estar sometida a la legislación del país huésped, pero no quedar sometida a un control efectivo de sus actividades.[38] Se quiere impedir que el poder económico de la sociedad extranjera pueda llegar a perjudicar el desarrollo económico del país huésped, y por otra parte, apartar el peligro de toda injerencia en los asuntos políticos del Estado (artículo 2o., inciso *b*).

La validez de la nacionalización y de la expropiación dentro del marco del derecho internacional público ya no parece objetable en lo que respecta al principio mismo, pero siguen siendo las modalidades en que se llevan a cabo, lo que continúa causando las más graves dificultades, y constituyendo sin duda uno de los puntos más sensibles en la crisis del derecho internacional contemporáneo.[39]

La tendencia general entre los países exportadores del capital es la de declarar toda apropiación de la propiedad extranjera como no legítima desde el momento en que no esté acompañada por el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, mientras que para los países en vías

37 Actualmente, parece que con respecto a ciertos Estados, la oposición entre el concepto de "multinacionales" y el de "transnacionales" no se funda, en última instancia, sobre una precisa distinción conceptual, sino más bien sobre juicios de carácter axiológico. Así pues, en la mayor parte de los países de América Latina existe la tendencia a reservar el uso de la terminología de "multinacionales" para sociedades consideradas como una ayuda favorable al desarrollo nacional, mientras que la noción de "transnacional" implicaría *in se* una idea de imperialismo económico; el reflejo de esta tendencia se manifiesta en la idea del Sistema Económico Latino Americano. Ver *Empresas multinacionales, supranacionales, transnacionales. (Incidencia en el campo jurídico)*, Informe presentado por el Dr. Antonio Gómez-Robledo durante la sesión de la Comisión Jurídica Interamericana de julio-agosto de 1975, pp. 15 y ss.

38 Feuer, G., "Les principes fondamentaux dans le droit international du développement", *Pays en voie..., cit.*, p. 217.

39 Flory, M., "Souveraineté des États et cooperation pour le développement", *Recueil de Cours*, 1974, I, t. 141, Leyde, Sijthoff, p. 298.

de desarrollo las características de la indemnización deberían determinarse en cada caso en particular, y tomando como base el estado mismo de subdesarrollo de su país.

Es interesante hacer notar el hecho de que algunos países en vías de desarrollo han objetado también el fundamento "tradicional" de la indemnización, haciendo valer la llamada "Teoría de los beneficios excesivos", y que podría formularse de la siguiente manera: "el exceso de beneficios durante un tiempo suficientemente largo podría conducir al Estado que nacionaliza a demandar a la sociedad matriz de la empresa nacionalizada una reintegración de los beneficios si su monto sobrepasase el de una justa indemnización".[40]

La nacionalización de las sociedades petroleras francesas en Argelia en 1971 proporciona en muchos aspectos un ejemplo significativo del problema en cuestión y confirma con ello el derecho a nacionalizar como competencia estatal discrecional e inalienable.[41] De este caso resulta que aun y cuando los dos gobiernos no hayan puesto en duda el principio de la indemnización, sin embargo tampoco lo consideraron como una condición que limitaba el ejercicio del derecho a nacionalizar; el gobierno francés no exigió un arreglo previo respecto a la indemnización.[42]

Desde un punto de vista de oportunidad política es cierto que en la medida en que el Estado que nacionaliza se preocupa por no ahuyentar los capitales extranjeros necesarios para su desarrollo, está en este sentido obligado a reconocer el principio mismo del pago de una indemnización por todo acto de nacionalización o de expropiación.

El artículo 2o. de la Resolución 3281 enuncia el deber del Estado de pagar una compensación adecuada en caso de nacionalización, expropiación o transferimiento de la propiedad de bienes extranjeros, teniendo en cuenta sus leyes y reglamento aplicables y todas las circunstancias que juzgue pertinentes. Si se le compara con la Resolución 1803 (XVII) de 1962, se puede constatar, por una parte, que ya no se hace mención a los motivos de utilidad pública, seguridad o interés nacional, como condiciones de legalidad para llevar a cabos dichas medidas; por otra parte, pode-

40 Touscoz, J., "La nationalisation des societés pétrolières françaises en Algérie et le droit international", *Revue Belge de Droit International*, 1972-2, vol. VIII, p. 496.

41 Touscoz, J., "La nationalisation des sociétés...", *op. cit.*, p. 498. En general, los países exportadores de capital proponen calcular la indemnización con base en el valor de la empresa en la fecha en que la producción alcanzó el más alto nivel. Los acuerdos de indemnización en la nacionalización argelina se fundaron sobre el valor de la producción presumida en diez años.

42 Salem, M., "Vers un nouveau ordre économique international...", *op. cit.*, p. 789.

mos ver también que la indemnización "adecuada" tendrá que concebirse, según la Resolución 3281, basándose únicamente sobre el derecho interno haciendo desaparecer así la referencia al derecho internacional contenida en la Resolución 1803, párrafo 4o.

También debemos mencionar otro nuevo elemento y que nos parece muy importante. Se establece que se tomarán en consideración las circunstancias que el Estado juzgue pertinentes para la evaluación de la indemnización. Es muy difícil el contenido real de tal expresión, pero como se ha dicho, hay motivos para suponer que el hecho de tomar en consideración las "circunstancias juzgadas pertinentes" pueda esto referirse a la teoría de los beneficios excesivos".[43]

En lo que respecta al contencioso sobre la determinación de la indemnización, se puede señalar el establecimiento de un régimen jurídico algo diverso entre el que se fijó en la Resolución 1803 (XVII) y el que se propuso en esta Resolución 3281. La Resolución 1803 prevé el recurso al arreglo internacional, arbitraje o arreglo judicial, después de que hubiese existido un previo agotamiento de las vías de los recursos nacionales del Estado que toma las medidas de transferimiento de la propiedad, y bajo condición de que exista la conclusión de un acuerdo de los Estados y de las otras partes interesadas (Resolución 1803, párrafo 4o.). Para la Resolución 3281 el arreglo del contencioso de la indemnización es competencia de la jurisdicción interna del Estado, a menos que haya un acuerdo de todos los Estados interesados para buscar otros medios específicos basándose en la igualdad soberana de los Estados y en conformidad con el principio de la libre elección de medios (artículo 2o., "C").

En nuestra opinión, la diferencia más notable sobre este punto preciso entre las dos resoluciones estriba en que la Carta pone más énfasis sobre el recurso a la jurisdicción interna de lo que se hace en la Resolución 1803, y si ésta reconocía el recurso internacional en forma subsidiaria con relación al recurso interno, la Resolución 3281 lo reconoce más bien de manera "optativa".[44]

Del mismo modo hay que hacer notar la diferencia que resulta de la supresión por la Carta de la expresión: "otras partes interesadas", ya que esto se traduce en el hecho de que el acuerdo necesario para recurrir a

43 Salem, *op. cit.*, p. 740.

44 Viralty, M., "La Charte des Droits et Devoirs Économiques des États", *op. cit.*, pp. 70 y 71. Es evidente que no se lograrán "relaciones mutuamente ventajosas", ignorando los intereses de los demás.

otros medios diferentes de los de la legislación nacional se lleva a cabo únicamente a nivel interestatal sin la intervención de la voluntad del mismo inversionista.

Queda por preguntarnos, e incluso a riesgo de resultar paradójico, si esta nueva formulación y ampliación reciente del principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales no podría perjudicar los intereses de los países en vías de desarrollo; en la medida en que los Estados exportadores de capital resientan una inseguridad con respecto a sus inversiones, esto puede provocar muy probablemente una disminución del aporte de capitales extranjeros. Es precisamente a propósito de este problema y de la oposición que parece manifestarse entre soberanía y cooperación en el artículo 2o. de la Resolución 3281, que Virally se pregunta si se debe a una cierta insuficiencia conceptual el hecho de que no se haya logrado "... una solución de conciliación entre los intereses que se enfrentan, sin por ello ser verdaderamente antagónicos".[45]

Esta formulación del principio de la soberanía sobre los recursos naturales que excluye casi toda referencia explícita al derecho internacional, permite demostrarnos también las consecuencias de la actitud general asumida por los Estados en vías de desarrollo con relación con el derecho internacional. El llamado derecho internacional clásico, el que se modeló en el siglo XIX, la era de las nacionalidades, en una sociedad dominada de hecho por Europa, es concebido en cierto modo, como un "derecho extranjero". Así, a los ojos de los países del Tercer Mundo dicho derecho no solamente se inspiraría necesariamente en un cierto sistema de valores, sino que además, presentaría una absoluta identidad con intereses muy concretos de las potencias dominantes. A esta concepción se opone la idea de un derecho internacional del desarrollo, y no es nada sorprendente que se trate de un derecho que no ha recibido todavía una construcción lógica y homogénea, ya que el carácter mismo de este derecho y los problemas a los que se refiere comportan no solamente una renovación del método tradicional usado por el jurista, sino que además provoca un verdadero esfuerzo de profundización de los principios que están a la base del derecho internacional contemporáneo.

45 Ver Flory, M., "Inégalité économique et evolution du droit international", *Pays en voie de développement.... cit.*, pp. 37 y ss. Ver también el estudio del profesor M. Virally, "Vers un droit international du développement", *IADI*, 1965, donde ha mostrado que los problemas del desarrollo no son únicamente de competencia del campo económico "... es el derecho el que confiere su estructura determinante a las relaciones económicas y sociales relativas a la disposición de bienes", p. 4.

V. CONCLUSIÓN

1. La noción de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, basada principalmente en el principio de la igualdad soberana de los Estados, puede considerarse en última instancia como un "principio" que contiene los elementos característicos de los principios de derecho de origen ideológico en la medida en que se encuentran en su estructura, un cierto tipo de enunciados que no tienen cabida más que como postulados de *lege ferenda*. Sin embargo, dicho principio puede desempeñar un papel eminente en el marco del derecho internacional positivo dado que, por una parte, su aplicación puede provocar la modificación de ciertas reglas del orden jurídico internacional, pero además, y esto es quizás más importante, puede constituir un verdadero precedente consuetudinario si se admite que la adopción del principio por autoridades estatales deba interpretarse como *actos* de reconocimiento de una regla de derecho, y no solamente como la expresión de una *opinio juris* (como si se tratara de un simple asentimiento) que tendría necesidad de su aplicación concreta para verse conferir el *status* de "precedente consuetudinario". Además, es incontestable, por otra parte, que algunos de los puntos que se desprenden de la formulación general del principio, deben situarse en el terreno de *lege lata*, como es el caso de aquel que se refiere al acto mismo de nacionalización, el cual, con excepción de algunas opiniones disidentes, parece haber sido ya ampliamente aceptado.

2. Dado que la Asamblea General no podía ser considerada como un órgano dotado de un poder jurídico constituyente, de esto se deduce que dispone solamente de facultades que le son conferidas por el tratado que la constituye, la Carta de las Naciones Unidas. Resulta así que en principio, las resoluciones de la Asamblea General no pueden tener fuerza coercitiva frente a los Estados. Sin embargo, en la medida en que ciertas resoluciones se presentan poseyendo una significación jurídica precisa, parece ser entonces que no sería correcto aferrarse de manera dogmática al carácter *puramente* formal del instrumento mismo, sino tratar por el contrario de encontrar el valor de las resoluciones (recomendaciones, declaraciones) con relación sobre todo a las condiciones en las cuales el documento ha sido adoptado.

3. La aplicación efectiva de una resolución se vuelve tanto más probable desde el momento en que ha sido adoptada por vía de consenso, y posiblemente aún más si su voto se lleva a cabo en forma nominal y por

unanimidad. La Resolución 3281 (XXIX) del 12 de diciembre de 1974, obtuvo ciertamente una fuerte mayoría, pero en lo que se refiere al problema de prever su grado de aplicación, no podríamos ignorar el hecho de que entre los Estados que votaron en contra o que se abstuvieron, se encuentran Estados importantes de la organización con los cuales se lleva a cabo una gran parte de los intercambios económicos mundiales.

Sea como fuere, si nos referimos a la aplicación dada al principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales tal como ha sido formulada en el artículo 2o. de la Resolución 3281, podemos constatar que los Estados miembros de la organización internacional están de acuerdo en aceptar "la idea misma" del derecho de cada Estado a disponer libremente de sus recursos, así como de la serie de derechos que de ahí se desprenden, pero ahí donde el desacuerdo es persistente (sobre todo entre los países en vías de desarrollo y países exportadores de capital) es en relación con la determinación de los *límites* de tales derechos, *condiciones de ejercicio, y modalidades* de su aplicación. Nos parece claro que el problema de determinar en qué medida la aplicación del principio de la soberanía permanente deberá mantenerse sobre el plano únicamente del derecho interno, o mantenerse también en acuerdo con aquel del derecho internacional general, tendría probablemente como consecuencia que al momento de generarse una eventual responsabilidad internacional podría plantearse de manera y en condiciones *absolutamente* diversas.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL ESTADO ACTUAL DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EL FUTURO DE LA MISMA

Si por una parte es indiscutible el interés intelectual y la importancia teórica que pueden adquirir todas las cuestiones y problemas relativos a la justicia internacional, por otra parte no se sigue de esto que necesariamente los medios jurisdiccionales de solución de controversias pueden poseer una importancia en el terreno de la práctica, similar al interés preponderante que revisten en el plano de la ciencia del derecho.

En este trabajo, y una vez que se haya preliminariamente delimitado la significación del tema de estudio, subrayamos, ante todo, las implicaciones que se derivan del hecho esencial que consiste en constatar que el fundamento necesario de la jurisdicción internacional se encuentra, como consecuencia del ejercicio de su soberanía, en el "consentimiento" expresado por los Estados (ya sea arreglo judicial o arbitral, siendo su diferencia sólo orgánica y formal).

Pero que si bien en general los modos para establecer la competencia del tribunal internacional son hasta cierto punto específica y formalmente manifestados, sin embargo, hay que reconocer que en ocasiones este consentimiento puede ser deducido, pero sin jamás presumirse, de algún tipo de comportamiento por parte de los órganos del Estado.

La función consultiva y contenciosa de la CIJ son analizados con base en el papel efectivo que desempeñan dentro de la sociedad internacional, poniendo énfasis en la jurisprudencia y en su incidencia en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

Por otra parte, y para dar cuenta del estado actual que guarda la jurisdicción internacional, nos referimos al grave problema que se manifiesta no sólo en la insatisfacción generalizada respecto a la composición del Tribunal Internacional, sino a la desconfianza que parece existir en relación con el principio mismo de la jurisdicción internacional, a la resistencia de someter un litigio a un tercero para su solución definitiva.

Dentro del punto relativo al posible futuro que pueda preverse en el desarrollo de la jurisdicción internacional, hacemos mención del nuevo Reglamento (vigente desde 1978) sobre el funcionamiento de la CIJ y sus posibles consecuencias.

Por último, se sostiene que por las modalidades de confianza y flexibilidad que normalmente se atribuyen al arbitraje, pueda ser éste un recurso al que probablemente se recurra en mayor grado en los próximos años.

Igualmente, pensamos que existen ciertas probabilidades de que como consecuencia de los nuevos mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias que están en proceso de elaboración en la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, pueda esto repercutir en un fortalecimiento de la institución de la jurisdicción internacional.

Se puede entender por jurisdicción internacional todo órgano cuya función sea la de dirimir conforme a derecho, mediante decisión obligatoria y en nombre de los sujetos en litigio, todo diferendo que las partes le sometan a dicha instancia.[1]

Al hablar de jurisdicción internacional estaremos refiriéndonos a cualquier procedimiento jurisdiccional de arreglo de controversias internacionales por mediación de un órgano *arbitral* o *judicial*, y ya sea éste de naturaleza ocasional o permanente, pero siempre fallando de conformidad con las reglas del derecho internacional público.

Si hablamos de la técnica del arbitraje[2] en la función jurisdiccional de la sociedad internacional, es indiscutible la participación fundamental de este procedimiento; baste referirse al hecho de que no hace mucho tiempo una encuesta reveló que de 4,667 tratados registrados, 14.12% de ellos contenían cláusulas que proveían un recurso al arbitraje.[3] Pero a pesar de estos datos, no quiere decir esto que la jurisdicción arbitral típicamente clásica haya tenido un uso muy frecuente en los últimos años; sin embargo, es posible que en razón de lo que posteriormente examinemos referente a la llamada "crisis de confianza en el arreglo judicial" (CIJ),

1 Wittenberg, Joseph C., "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales", *Recueil des Cours del'l Académie de Droit Internationale (RCADI)*, t. 41, 1932, p. 8.

2 La técnica del arbitraje como la del arreglo judicial, confieren al órgano de competencia para dirimir un litigio con fuerza obligatoria, pero la diferencia es casi siempre que la jurisdicción arbitral surge por voluntad de las partes y es un órgano *ad hoc*, en tanto que la Corte Internacional es un órgano preconstituido independientemente de las partes. Ver Chappal, Ph., *L'arbitrabilité des différends internationaux*, París, Pédone, 1967, en particular pp. 12-50.

3 Bastid, S., "Enquête sur les traités", *Annuaire Française de Droit International (AFDI)*, 1967, p. 544.

vuelva un cierto renacimiento de la técnica clásica del arbitraje como recurso para dirimir una controversia entre Estados.

Como prueba de ello podemos hacer mención de dos recientes e importantes fallos arbitrales. Uno referente al caso de la plataforma continental en el Mar de Iroise entre Francia y Gran Bretaña, y el otro referente a la controversia a propósito del Canal de Beagle entre Chile y Argentina; en el primer caso el fallo fue dictado el 30 de junio de 1977, y en el segundo el tribunal falló el 18 de febrero de 1977.[4]

Independientemente de la jurisdicción arbitral en sus rasgos clásicos, hay que subrayar el hecho de que esta técnica ha tenido desarrollos nuevos en cuanto a su naturaleza misma, en el aspecto de las relaciones entre Estados y particulares.

En especial debe destacarse el interés por el arbitraje internacional de tipo comercial. La Convención de 1965 adoptada en Washington bajo los auspicios del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (BIRD), prevé en sus cláusulas la constitución de un centro internacional para la solución o arreglo de controversias contractuales, referentes a las inversiones extranjeras, pretendiendo acordar al arbitraje una función esencial en las relaciones entre países en vías de desarrollo y las empresas o compañías extranjeras que ejercen en dicho lugar sus actividades financieras y económicas.

Esta Convención debemos apreciarla como un intento de institucionalizar el sistema de cláusulas arbitrales que pueden ciertamente ser frecuentes en los contratos conocidos como transnacionales; no obstante, el número de fallos dictados en esta materia permanece todavía bastante reducido.[5]

No puede negarse que hasta ahora la justicia internacional, sea ésta de carácter arbitral o judicial, tiene su fundamento indiscutible en el libre consentimiento expresado por los Estados (u otros sujetos de derecho internacional). Esto es verdad tanto de la justicia facultativa en sentido estricto, como de la llamada obligatoria; esta última no lo es realmente sino

4 En el caso de la plataforma continental en el Mar de Iroise, el tribunal arbitral, a petición de la Gran Bretaña, dictó una sentencia interpretativa el 22 de marzo de 1978. En el caso relativo al diferendo del Canal de Beagle, Argentina no acató el fallo en el tiempo fijado para su ejecución. Ver "Chronique des faits internationaux", *Revue Générale de Droit International Public* (*RGDIP*), t. 82, 1978-4, pp. 1123-1124 y pp. 1084-1085; e *International Legal Materials*, 17 (3), mayo de 1978, pp. 632-679.

5 Rideau, J., *L'arbitrage international (public et commercial)*, París, Edit. A. Collin, Colect. Dossiers U 2, 1969. "Convención del BIRD del 18 de marzo de 1965", pp. 96-106.

en la medida en que los Estados en litigio lo han así deseado con antelación al surgimiento de la controversia.[6]

Si la sociedad internacional se estructurase sobre una jurisdicción internacional que poseyera una verdadera competencia "obligatoria" para conocer y juzgar las controversias entre los Estados de manera definitiva, con toda evidencia esto implicaría una modificación radical en la naturaleza de las relaciones internacionales, limitando sensiblemente el ámbito de poder discrecional de los Estados.

Si circunscribimos nuestro examen al análisis del arreglo judicial constataremos que la competencia de la Corte Internacional de Justicia puede resultar de varios modos. En virtud de una cláusula de jurisdicción inserta en un tratado, análoga a la cláusula compromisoria en materia de arbitraje; en virtud de un acuerdo específico por el que las partes convienen en someter un caso a la Corte (Caso del Estrecho de Corfú en su segunda etapa); tratados que tienen por objeto específico el arreglo pacífico de los diferendos, o bien como consecuencia de la célebre disposición conocida como "la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria" (artículo 36, párrafo 2o., Estatuto).[7]

En ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el consentimiento, sin dejar de ser base fundamental, puede, no obstante esto, ser, en cierta forma, *inferido* de ciertas declaraciones o comportamientos del Estado a través del principio llamado del *forum prorogatum*, en virtud del cual un cierto asentimiento de las partes permite prorrogar una competencia jurisdiccional que limitaban reglas objetivas en principio a cierto ámbito o campo de acción.

6 En su sentencia del 15 de junio de 1954 relativa al caso del *Oro monetario tomado en Roma*, la CIJ expresó: "Conocer de la responsabilidad internacional de Albania sin su consentimiento sería actuar en contra de un principio de derecho internacional bien establecido e incorporado en el Estatuto, a saber que la Corte no puede ejercer su jurisdicción frente a otro Estado si no es con el consentimiento de este último", CIJ *Recueil, des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ (RAAO-CIJ)*, 1954, p. 32. De la misma forma cuando se habla de arbitraje obligatorio, el término "obligatorio" no implica una jurisdicción impuesta a los Estados; éstos aceptaron en forma voluntaria y con anterioridad recurrir a este procedimiento.

7 Es cierto que la actual CIJ no es la sucesora legal de la antigua CPJI (ésta se declaró disuelta el 18 de abril de 1946 y la Corte actual tuvo su primera sesión el 3 de abril de ese mismo año), pero de hecho ha existido una gran continuidad entre los dos tribunales, ya que, entre otras cosas, su funcionamiento se basa fundamentalmente en las mismas reglas y principios. Hasta enero de 1978 la CIJ había sido requerida en 61 asuntos, dictado 38 fallos y 16 opiniones consultivas. Sólo 45 Estados habían depositado una declaración de aceptación obligatoria. Ver *Annuaire de la CIJ*, 1977-1978, La Haya, núm. 32.

Un ejemplo claro de la aplicación de este principio fue hecho por la CPJI en el caso *Mavrommatis*. Grecia presentó una demanda en contra de Inglaterra basándose en el Tratado de Lausanne (1923), pero la ratificación de dicho tratado no la realizó sino una vez iniciado el curso del proceso. Inglaterra, que no lo ignoraba y que podría haber sostenido que la jurisdicción de la Corte no había sido establecida en forma válida, al haber guardado silencio al respecto, la Corte pudo llegar a la conclusión de que su competencia estaba fundada sobre el acuerdo de las partes en ligitio.[8]

La Corte, como órgano jurisdiccional, no está abierta más que a los Estados, lo cual excluye no sólo a los individuos, sino también a las organizaciones internacionales, lo que puede parecer en la actualidad un poco anacrónico.

El hecho de que una organización internacional no pueda ser parte en un contencioso ante la CIJ, ha pretendido ser remediado a través de la competencia consultiva de la misma (artículos 65 a 68 del Estatuto y 96 de la Carta).

Esta función consultiva, reservada exclusivamente a las organizaciones internacionales, reviste un valor evidente. Aun cuando las opiniones consultivas emitidas por la Corte no generen decisiones obligatorias, sino solamente opiniones desprovistas de fuerza obligatoria, su autoridad es altamente persuasiva, y en la práctica no se diferencian en forma sensible de los fallos dictados por la Corte en el ámbito de su competencia contenciosa. (En estricto sentido sólo la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tienen un acceso automático al procedimiento consultivo).

La ausencia de autoridad de cosa juzgada que caracteriza toda opinión consultiva[9] podría conducir a una jurisprudencia divergente dentro de la Corte; sin embargo, la práctica demuestra que la Corte trata de construir una unidad de jurisprudencia, y menciona tanto a los fallos dictados en su fase contenciosa, como a las decisiones emitidas a propósito

8 CPJI. Setencia del 30 de agosto de 1924. (Responsabilidad del Estado mandatario), serie A, p. 16.

En el caso *Anglo-Iranian Oil Co*., la CIJ no pudo aplicar en contra de Irán dicho principio, pues no encontró en ningún acto o declaración de Irán un elemento de consentimiento que implicara el reconocimiento de la competencia de la Corte. CIJ. "Anglo-Iranian Oil Co.", *RAAOCIJ*, 1952, p. 114.

9 Esta naturaleza de las opiniones consultivas se desprende del artículo 96 de la Carta, y ha sido recordado expresamente por el mismo tribunal; "... la respuesta de la Corte no tiene más que un carácter consultivo; como tal, no podría tener efecto obligatorio", CIJ. "Interpretación de los tratados de paz", 1a. etapa, *RAAOCIJ*, 1950, p. 71.

de su fase consultiva como una fuente de derecho, a la cual se remite este Tribunal.

Es ciertamente lamentable que no se haga un uso más frecuente de la función consultiva de la Corte, ya que independientemente del gran número de cuestiones jurídicas que pueden suscitarse dentro de una organización o institución especializada, en ciertos casos la solicitud de una opinión sobre una cuestión cuya solución todavía no esté madura, puede permitir preparar una negociación posterior, o bien servir de pronóstico a la solución a que llegaría la Corte en su fase contenciosa.[10]

Si pasamos ahora al marco propiamente contencioso, podemos constatar, por lo dicho anteriormente, que en razón del hecho de que la jurisdicción obligatoria de la CIJ puede resultar, ya sea con base tanto en un tratado (que así la prevea), como con base en una adhesión a la cláusula facultativa (ésta no surte efecto más que en relación con un Estado que ha aceptado la misma obligación y dentro de los mismos límites), puede llegar a darse el caso en que un Estado se encuentre vinculado jurídicamente por esas dos clases de compromiso, es decir, por dos formas de obligación frente a uno o varios Estados que hubiesen suscrito igualmente tales instrumentos.

El problema en estos casos puede ser muy serio para la jurisdicción internacional, en virtud de que la obligación contraída por un tratado y aquella derivada de la adhesión al artículo 36, párrafo 2o., pueden no coincidir, y por lo tanto no poseer el mismo alcance; la Corte deberá decidir cuál de estas dos obligaciones deberá prevalecer.

En el reciente asunto relativo a los *Ensayos Nucleares* (1973-1974), la Corte, al conocer del caso, se vio en la necesidad de analizar varias facetas del problema.

El sometimiento por parte de Francia a la jurisdicción de la CIJ se fundamentaba en su declaración de aceptación de la "cláusula facultativa" del año de 1966, la cual excluía específicamente de la competencia del Tribunal cuestiones de la competencia nacional, esto es, precisamente los ensayos nucleares en el Pacífico.

10 Ver Allot, P. J., "The International Court of Justice", *International Disputes: the legal aspects*, Europa Publications, 1972, pp. 128-158. La CIJ fue requerida durante sus primeros ocho años de actividad por once solicitudes de opinión consultiva, y desde entonces solamente cinco solicitudes fueron presentadas. Durante nueve años, de 1962 a 1971, la Corte no conoció de ninguna opinión consultiva. Una de las últimas es la referente al caso del *Sahara* occidental, 16 de octubre de 1975, *RAAOCIJ*, p. 12, en la cual la CIJ, a petición de la AG, debía decidir si dicho territorio en el momento de la colonización por España era o no *terra nullius*.

Sin embargo, Australia y Nueva Zelanda basaron la competencia de la Corte en el "Acta General para el arreglo pacífico de diferencias internacionales" (1928), que Francia había descuidado o por lo menos creído no fuese necesaria su denuncia formal para no verse vinculada por ese tratado del cual era parte y que acordaba competencia amplia al antiguo y al actual Tribunal sin hacer la reserva del tipo de la formulada en 1966.

La Corte consideró como jurídicamente válida y vigente la adhesión de Francia al Acta de Ginebra, y el 22 de junio de 1973 adoptó dos ordenanzas fijando "medidas provisionales o cautelares" de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto.

Francia, que siempre rechazó categóricamente la competencia de la Corte para conocer del caso, y que por lo tanto no participó en el procedimiento, notificó a principios de 1974 (incluso antes de los fallos de diciembre de ese año) el retiro de su declaración de aceptación de la jurisdicción del Tribunal.[11]

Este caso, referente a los ensayos nucleares, contribuyó para que varios países, sobre todo industrializados, emitieran dudas sobre la independencia de los jueces, pero además tuvieran un recelo mayor ante las reglas de procedimiento aplicadas por la Corte.

Es interesante señalar que si la Corte no emitió un fallo de declaración de ilegalidad, que era lo deseado por los demandantes, fue porque se basó en ciertas declaraciones públicas de carácter unilateral del gobierno francés, en las que se expresaba su intención de no continuar con los experimentos nucleares en el Pacífico.

La Corte, por lo tanto, les adjudicó un carácter obligatorio, dejando sin objeto la reclamación presentada: esta forma de proceder puede ser ciertamente criticable desde un punto de vista jurídico, pues de hecho se abrogaba retroactivamente por una declaración gubernamental los hechos motivo de la demanda.

Es, sin embargo, un fallo anterior, el dictado en 1966 a propósito del caso de *Sud-Oeste Africano*, el que produjo probablemente más que cualquier otro, el que se hablara de una verdadera crisis de confianza al interior de la jurisdicción internacional.

Después de haberse declarado la CIJ en 1962 competente para conocer del fondo del asunto, la Corte dicta su fallo del 18 de julio de 1966,

11 Caso referente a los *Ensayos Nucleares* entre Francia y los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda. CIJ. *RAAOCIJ*. 1973. p. 100; 1974. *RAAOCIJ*. pp. 253-457. Ver Serge. Sur. "Les affairs des essais nucléaires". *RGDIP*. 1975. p. 1027.

por el cual rechaza la demanda de Etiopía y Liberia (antiguos miembros de la SDN) que había sido interpuesta en contra de la República Sudafricana por haber violado (aplicación del *Apartheid*) sus obligaciones en tanto que Estado mandatario del territorio del Sud-Oeste Africano (Namibia).

Para rechazar la demanda presentada por Etiopía y Liberia, la Corte basó su razonamiento en el hecho de que ninguno de ambos países ha demostrado la existencia en su favor de un derecho o interés jurídico en relación con el objeto de la demanda.[12]

Este rechazo por la Corte de toda especie de *actio popularis* en el derecho internacional (habría bastado en teoría que los demandantes hubieran probado un perjuicio en la persona de uno solo de sus nacionales para que el fallo fuera diferente) no es sin embargo compartido por todos los jueces; prueba palpable de esto son las opiniones disidentes emitidas por los jueces K. Tanaka, Ph. Jessup y en un sentido un poco diferente la del juez mexicano Padilla Nervo.[13]

Si partimos de la hipótesis de que en toda sociedad el recurso al juez es un recurso más bien excepcional en contraposición al arreglo del litigio por vía de negociación, no sería entonces sorprendente constatar que los procedimientos diplomáticos de arreglo de los diferendos puedan prevalecer sobre los medios típicamente jurisdiccionales.

Sin embargo, el papel que puede jugar el arbitraje o un órgano judicial como la CIJ en cuanto al desarrollo progresivo del derecho internacional se refiere, es de suma importancia y no puede encontrarse paralelo en ese sentido dentro de la función desempeñada por los procedimientos de solución por vía diplomática.

Por el hecho mismo de que en derecho internacional no existe nada que pueda compararse con un verdadero órgano legislativo como en derecho interno, los tribunales internacionales pueden desempeñar un papel más importante en lo que respecta a una creatividad típicamente judicial.[14]

12 Caso del *Sud-Oeste Africano* (Etiopía y Liberia c. Sudáfrica). Fallo del 21 de diciembre de 1962 (excepciones preliminares), CIJ, *RAAOCIJ*, pp. 319 y ss.

Fallo del 18 de julio de 1966 (segunda fase), CIJ, *RAAOCIJ*, pp. 44 y ss. (El fallo, 7 votos contra 7, fue adoptado gracias al voto preponderante de su presidente).

13 CIJ, *RAAOCIJ*, 1966, ver en particular pp. 253-387 y 441 y ss. Ver Fischer, G., "Les réactions devant l'arrêt de la CIJ concernant le Sud-Oest Africain", *AFDI*, vol. XII, 1966, pp. 144-154.

14 Ver el artículo del juez Fitzmaurice, G., "The Scholar as a Judge", *British Year Book of International Law*, 1961, pp. 1-71. Posiblemente esta acción legislativa de la Corte se aprecie mayormente en las repercusiones que han tenido sus fallos sobre opiniones consultivas.

A pesar de esto debemos reconocer que el estado actual de la jurisdicción internacional refleja más bien por otra parte un gran número de Estados, una tendencia en preferir el presentar sus demandas ante tribunales regionales o árbitros ocasionales, que recurrir a la CIJ.

Además, si nos atenemos a lo que se establece en un gran número de tratados contemporáneos, podemos percatarnos de que incluso muchos Estados prefieren someter el arreglo de sus litigios a vías no jurisdiccionales.

Si bien no es cierto pretender que la CIJ conoce sólo de asuntos muy secundarios (ejemplo: el litigo de 1969 sobre la plataforma continental era de primera importancia), por el contrario, sí es muy cierto que sobre el plan cuantitativo el papel de la Corte parecería como siendo cada día más y más restringido.

Por una parte, no podría decirse que en la actualidad la mayoría de los miembros de la comunidad internacional consideran como satisfactoria la composición actual de la CIJ. Así, y en general una gran mayoría (si no es que la totalidad) de los países industrializados y con economía capitalista, consideran que la Corte refleja en gran medida la composición política de la Asamblea General de Naciones Unidas (sobre todo a partir de 1970), lo que aseguraría una fuerte mayoría a los países del "Tercer Mundo", paradójicamente, estos últimos a su vez se sienten todavía representados en un mínimo nivel respecto de los otros países, desconfiando igualmente de la aplicabilidad de las reglas jurídicas a la solución de los litigios (sobre todo a raíz, como vimos, del fallo de 1966 sobre el Sud-Oeste Africano).

La falta de confianza de los Estados respecto de la composición de la CIJ y de la incertidumbre que resienten en cuanto a la aplicación del derecho vigente, podría explicar en gran parte el problema de la llamada crisis actual por la que atraviesa la jurisdicción internacional.

Pero, por otro lado, si nos atuviéramos a un informe reciente rendido por la Secretaría General de la ONU,[15] parecería que al final de cuentas el problema de la CIJ no es tanto en razón de una desconfianza hacia la Corte en cuanto tal, sino más que nada, la desconfianza o recelo de los Estados sería relativa ante todo al principio mismo del sometimiento a una jurisdicción internacional, y esto, a nuestro parecer, puede tener implicaciones mucho más graves.

15 Ver informe sobre el examen de la función de la CIJ, Doc. A. 8382. Secretaría General de la ONU, 1975.

De cualquier forma, el hecho es que el panorama actual de la jurisdicción internacional refleja, por así decirlo, una fuerte repulsión por parte de los Estados a someter sus litigios a la decisión de un tercero; por si fuera poco, este rasgo de la jurisdicción se agrava por el simple hecho, a todas luces evidente, de que el carácter de relativa homogeneidad que conocía la sociedad internacional en tiempos de la CPJI es absolutamente diverso del que se conoce en nuestros días, en donde los Estados no participan de un mismo sistema de civilización y nivel de desarrollo, y menos aún de una misma cosmovisión del hecho y de las relaciones internacionales.

Para tratar de remediar un poco el problema relativo a la crisis de la jurisdicción internacional, se ha pensado en varias ocasiones (en particular a partir de la XXV sesión de la AG de la ONU) en modificar la estructura misma de la CIJ.

Dentro de este esfuerzo se inscribe el nuevo Reglamento de la Corte adoptado el 14 de abril de 1978 (en vigor desde el 1o. de julio de ese año). El Reglamento actual tiene como característica general el tratar de simplificar y acelerar el procedimiento, tanto en materia contenciosa como en materia consultiva.[16]

No obstante estos esfuerzos, pensamos que si la raíz fundamental del problema radica en el hecho de una grave falta de confianza en la Corte Internacional y más aún en el principio mismo de la jurisdicción internacional, las modificaciones o cambios del tipo de las introducidas en el nuevo Reglamento de la Corte, no podrán transformar en forma sustancial el estado actual que hemos venido describiendo.

Probablemente en el futuro inmediato los medios jurisdiccionales de solución de controversias se vean centrados, en mayor medida, en los procedimientos de arbitraje como técnica viable para dirimir controversias internacionales.

La libertad de apreciación de que dispone un tribunal arbitral, aunado al hecho de que las partes en litigio no tienen por qué ser necesariamente Estados como sujetos internacionales, son ventajas considerables en contraposición con la estructura de un cuerpo estrictamente judicial como lo es el de la Corte Internacional de Justicia.

Por último, es de esperarse que si la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar llega a la concertación de un tratado, esto po-

16 Rousseau, Ch., "Chronique des faits internationaux", *RGDIP*. t. 82. 1978/4. p. 1104.

dría coadyuvar a un fortalecimiento global de la jurisdicción internacional por el impacto decisivo que esta materia puede tener en el derecho internacional general.

En los Textos de Negociación[17] se ha previsto la creación de un Tribunal del Derecho del Mar (sin descartar a la CIJ), al que tendrán acceso no sólo los Estados y la "Autoridad", sino también nacionales de los Estados partes, lo cual constituye una innovación de gran importancia.

17 Ver el anexo V (en especial artículo 37) del Texto Integrado Oficioso para fines de negociación, A/Conf. 62/Wf. 10/Rev. 1. 28 de abril de 1979.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ESPECIFICIDAD DE PRINCIPIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES EN UN ORDEN ECONÓMICO*

It is impossible to Study Modern International Law without Taking Account of Declaratory Resolutions and other Statements by States...

Michael AKEHURST[1]

SUMARIO: I. *Procedimientos paralelos de elaboración jurídica.* II. *Trascendencia de las resoluciones.* III. *Principios político-jurídicos del NOEI.* IV. *Igualdad soberana de los Estados.* V. *Soberanía permanente sobre los recursos naturales.* VI. *Inversiones extranjeras.* VII. Minimum standard *y Cláusula Calvo.* VIII. *Conclusiones.*

I. PROCEDIMIENTOS PARALELOS DE ELABORACIÓN JURÍDICA

El llamado Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), tal y como hasta hoy en día lo seguimos conociendo, y cuya primera manifestación general puede encontrarse en la Declaración y Programa de Acción sobre un Nuevo Orden Económico Internacional, adoptados en la VI Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución adoptada en mayo de 1974, continúa presentado una serie de ambigüedades muy lejos de ser resueltas del todo, tanto por lo que concierne a su *contenido específico*, como por el *alcance y fuerza jurídica* de sus principios y normas que ahí se postulan.[2]

1 A. M., "Custom as a Source of International Law", en *British year Book of International Law*, 1974-1975, vol. 47, p. 5.

2 En dicha sesión extraordinaria de la Asamblea General, de abril-mayo de 1974, sus miembros declararon oficialmente "...su determinación común de trabajar con urgencia en pro de la instauración de un nuevo orden económico internacional".

Por lo que respecta al *contenido* de NOEI, varios internacionalistas se han preguntado: ¿si el NOEI es una tentativa por construir un *nuevo* orden basado en una división internacional del trabajo que implica una efectiva redistribución de la riqueza y poder económico global, o si se trata de un nuevo *orden* diseñado para corregir los peores excesos y las más palpables inequidades resultantes del colapso del orden económico internacional existente, pero sin que de ninguna manera se modifiquen sus fundamentos esenciales?

Por lo que toca a la fuerza normativa de los principios contenidos en el NOEI, el primer problema consiste en que la mayoría de éstos han sido elaborados a través de *resoluciones* de diversos organismos internacionales del sistema de Naciones Unidas, las cuales, como sabemos, no poseen fuerza coercitiva en sí mismas, aunque pueden alcanzar bajo ciertas modalidades, un valor y peso normativo específicos.[3]

Lo anterior nos da una idea de la complejidad de la jerarquía de las normas en derecho internacional y nos muestra la necesidad de examinar, más de cerca, las diversas fuentes del derecho internacional, con objeto de determinar el valor legal de los diferentes documentos relacionados con el NOEI.

Pero al mismo tiempo, debe subrayarse que no únicamente textos jurídico-internacionales pueden contribuir hacia la instauración de un NOEI, sino también otro tipo de instrumentos como serían particularmente los llamados "contratos trasnacionales" celebrados entre un Estado, comúnmente un Estado en vías de desarrollo, y una gran empresa o compañía, casi siempre incorporada dentro de un Estado industrializado, cuya caracterización jurídica es por lo demás bastante controvertida.[4]

Uno de los problemas más importantes del derecho internacional en su fase actual es, sin duda, el problema relativo a la *elaboración* de las normas que integran este sistema jurídico.

Ver Resolución emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas (A./Res.) núm. 3201/S. VI. del 15 de mayo de 1974 y el "Programa de acción relativa a la instauración de un nuevo orden económico internacional", Res. 3201/S.VI. En su sesión ordinaria, la Asamblea habría de adoptar la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados a fines de 1974 (Res. 3281/XXIX).

3 Ver el estudio ya clásico e imprescindible del profesor Jorge Castañeda: "Valeur Juridique des Résolutions des Nations Unies", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1970, vol. I, pp. 211-332.

4 Ver Bollecker-Stern, Brigitte. "The Legal Character of Emerging Norms Relating to the NIEO: Some Comments", en el volumen colectivo editado por Kamal, Hassain, *Legal Aspects of the New International Economic Order*, Londres, Frances Pinter, 1980, pp. 69 y 70.

Es un hecho harto conocido que la llegada a la escena internacional de los llamados Estados del Tercer Mundo, provoca un rechazo, con mayor o menor virulencia, de las normas clásicas de este derecho, fruto de las voluntades de Estados ideológicamente homogéneos y expresándose por vía consuetudinaria o convencional.

Estos Estados en vía de desarrollo al poner en tela de juicio esa hegemonía jurídica, y decididos a no someterse más a muchas de las reglas que los perjudicaban y en las cuales no habían participado en su elaboración, va a generar una pérdida parcial de la unidad del orden jurídico anterior.

Los procedimientos técnicos de formación de las diferentes categorías de normas sufren modificaciones internas. Se asiste a una tentativa de moralización, de unificación y modulación del derecho internacional a través de una transformación del derecho de los tratados.[5]

En cuanto a la formación de normas consuetudinarias, el reconocido profesor René-Jean Dupuy, demostraba desde 1974 en el Coloquio de Toulouse[6] que frente a las —por él denomidas— "costumbres sabias", establecidas con base en la suntuosa lentitud del "eterno ayer", se alzaban las contra-costumbres, salvajes, cuyo repentino crecimiento estaba alimentado de voluntades alertas, denunciando la *desuetuduo* y la impostura de las primeras. Su ancestral pasado hacía olvidar que habían debido en realidad su desarrollo y florecimiento, no exactamente como consecuencia de la sabiduría de las naciones, sino a la acción de las potencias más poderosas del momento.

En fin, nunca como hasta entonces, se trató de imponer procedimientos paralelos de elaboración del derecho que aportaran modificaciones en el proceso concreto por el cual una norma llega a adquirir un valor jurídico.

Sin embargo, esto es muy importante, todo ello no quiere decir que la *jerarquía clásica* de las fuentes del derecho internacional, hubiese llegado a modificarse. Las vías emprendidas para crear nuevas normas podrían adoptar nuevos itinerarios, pero en definitiva se desembocaba en formas jurídicas tradicionales.[7]

5 El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 impone una nulidad *ab initio* a todo acuerdo contrario al *ius cogens*.

6 *L'elaboration du Droit International Public*, Societé Française de Droit International (SFDI). Paris, Pédone, 1975, pp. 132-148.

7 Ver Buirette-Maurau, Patricia, *La Participation du Tiers-Monde a l'Elaboration du Droit International*, Paris, LGDJ, 1983, pp. 87-169.

II. Trascendencia de las resoluciones

Pero para denunciar la injusticia de las soluciones establecidas en el orden político y económico, los países del Tercer Mundo echaron mano sobre todo, de un instrumento cuya eficacia se reveló mucho más allá de lo que nadie hubiera imaginado; estamos refiriéndonos a las *resoluciones* votadas o adoptadas por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas, o en el seno de sus órganos subsidiarios.

La insuficiencia de los medios de formación tradicionales del derecho internacional, que están lejos de responder de manera satisfactoria a las necesidades de reglamentación jurídica que conoce la sociedad internacional contemporánea, se hizo sentir con una mayor gravedad en el campo de las relaciones económicas y, más en particular todavía, en el ámbito de las relaciones entre países industrializados y países en desarrollo; en una palabra: dentro del denominado "derecho internacional del desarrollo".[8]

Es cierto que cuando hablamos en general de *medios jurídicos*, la tendencia de casi todos nosotros es la de referirnos a las nociones jurídicas que nos son más familiares, esto es, a la ley, al reglamento y a los tratados, acuerdos o convenciones. Y cuando comenzamos a hablar de las resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales, surge en nuestro interlocutor un rasgo de grave escepticismo, pues no desaparece la idea de que son instrumentos que poseen únicamente un valor moral, llamados a aplicarse en la sociedad internacional en donde precisamente la moral no encuentra una gran acogida; la conclusión a la que de inmediato se llegaba es que aquéllos sólo resultaban ser ejercicios innecesarios de ficción jurídica.

Pero los análisis más acuciosos han puesto de manifiesto que ello no es verdad; que el grado de obligatoriedad depende menos del instrumento que de su contenido y del ámbito institucional que enmarca su aplicación.

Es el efecto o significación jurídica lo que es transcendente y no el aspecto formal del instrumento. En el caso de las resoluciones, su significación jurídica va a depender de tres factores principales, con una interrelación estrecha entre ellos mismos: *a*) las circunstancias que acompañan

8 El "Derecho internacional del desarrollo ha podido ser definido como el conjunto de principios, reglas, instituciones y procedimientos que tienen por objetivo realizar el desarrollo económico y social de los pueblos y sus Estados". Ver Dupuy, Pierre Marie, "Sur specificité de la norme en droit international du développement", *La Formation des Normes en Droit International du Développement*, París, Editions du Centre Nacional de la Recherche Scientifique, 1984, pp. 131-145.

su adopción, *b*) el contenido mismo de la resolución y *c*) las modalidades previstas para el control de su aplicación.

Así, por ejemplo, una resolución que registra las opciones y deseos de una mayoría frente a una minoría recalcitrante, muy probablemente no genere efectos jurídicos inmediatos, pues su objetivo es eminentemente político; pero una resolución que revele un denominador común aceptado por todos los participantes, podrá ser adoptada por *consenso* y no por simple mayoría, y en la medida en que refleje un cierto grado de acuerdo entre los participantes, puede tener un efecto jurídico eminente y no solamente político.

Por último, la significación real de las resoluciones no puede ser bien entendida si se les considera en forma aislada, ya que generalmente cada serie de resoluciones sobre un mismo tema, representa un proceso continuo en el tiempo.

Esta perspectiva dinámica revela, como afirma Georges Abi-Saab, a través de las resoluciones sucesivas, un aumento del grado de obligatoriedad correspondiente, que como consecuencia de una erosión progresiva de las oposiciones, se desemboca en un consenso que va emergiendo poco a poco con seguridad y alcance jurídico.[9]

Así pues una resolución no es frecuentemente más que el punto de partida de una larga acción diplomática, que estará caracterizada por la adopción de toda una serie de otras resoluciones, y posibilitando incluso la celebración de una Convención.

Situada así dentro de esta perspectiva, la resolución reviste una significación que puede ser muy diferente de aquella que se le podía reconocer al atenernos a las simples apariencias.

De esta suerte, se puede entender que en ocasiones el objetivo que se persigue cuando se somete a votación una resolución, puede ser no tanto el de obtener su ejecución, sino más bien el de poder disponer de un medio de presión, o de una base sobre la cual poder apoyarse para la prosecución de una negociación difícil.

Por último, hay que recordar que el valor instrumental de una recomendación puede muy bien suplir su ausencia de obligatoriedad coactiva, y garantizar al mismo tiempo tan eficazmente, o más, su exacta aplicación. Esto obviamente sucede así respecto de aquellos Estados que le recono-

9 Ver Abi-Saab, Georges. "Compte rendu des débats", en el Coloquio *Les Résolutions dans la formation du droit international du développement*. Genève. Institut Universitaire des Hautes Études Internationales (IUHEI). 1971, pp. 7-46.

cen este valor instrumental, ya que la instrumentación de una recomendación depende únicamente de los Estados que precisamente atacan su fundamentación o son indiferentes a su finalidad, entonces este medio jurídico, como dice Michel Virally, tendrá evidentemente todas las oportunidades de permanecer como letra muerta, pero también la situación no sería sustancialmente muy diferente si se tratara de alguna decisión creadora de obligaciones jurídicas, como sería un tratado o convención.[10]

III. Principios político-jurídicos del NOEI

Los principios y normas de derecho internacional relativos al Nuevo Orden Económico Internacional, de conformidad con el organismo de enseñanza e investigación de Naciones Unidas-UNITAR, y endosados por la Asamblea General, serían los siguientes:

— Tratamiento preferencial de los países en desarrollo.
— Estabilización de las ganancias de exportación de los países en desarrollo.
— Soberanía permanente sobre los recursos naturales.
— Derecho de todo Estado a las ventajas de la ciencia y la técnica.
— Derecho de los países en desarrollo a la asistencia y ayuda a su propio desarrollo.
— Participación equitativa de los países en desarrollo en las relaciones económicas internacionales.
— Principio del Patrimonio Común de la Humanidad.[11]

No hay que desconocer que varios internacionalistas consideran estos "principios" como principios político-jurídicos, es decir, como la expresión de la voluntad política de un gran número de Estados y que pueden influenciar el contenido de reglas jurídicamente definidas.

Gran parte de la doctrina concuerda en reconocer que la llamada *soft law* (declaraciones comunes cuyo valor y efectos jurídicos permanecen

10 Ver Virally, Michel, "Rapport introductif", en el Coloquio de Ginebra, *op. cit.*, pp. 49-59. En este informe introductivo, el profesor M. Virally utiliza el término de *recomendación*, para designar las resoluciones que invitan a los Estados a observar un comportamiento definido o adoptar medidas determinadas, en tanto que el término de *resolución*, designaría, conforme a la práctica internacional, toda decisión tomada por un órgano de deliberación, y cualquiera que sea su contenido (exhortación, declaración, aprobación, recomendación, decisión obligatoria, etcétera).

11 Ver Asamblea General 38/366 del 29 de septiembre de 1983.

indecisos, y que es así designada por los juristas anglosajones), puede contribuir a la formación de normas consuetudinarias. Por las finalidades que persiguen, esos principios de derecho internacional económico proclamados por Naciones Unidas, pueden efectivamente hacer evolucionar la *opinio iuris*. Pero también, la exacta determinación de la línea límite de positividad o de "normatividad", más acá de la cual esos principios quedan desprovistos de todo valor propiamente jurídico, es ciertamente una tarea harto difícil de deslindar y sistematizar.[12]

Ahora bien, hay que proceder con mucha cautela cuando se habla de "politización o ideologilización del derecho" a propósito de lo que aquí tratamos.

Puede existir una politización del proceso de creación jurídica, pero sin que esto conlleve, como muchas veces se pretende, una connotación negativa. No se trata de una negación del derecho que vendría a ser reemplazado por la política, en el sentido de una relación de fuerzas, simple y llanamente.

Nosotros no lo entendemos así, y el problema no se plantea en esta alternativa. Se trata de una utilización particular del derecho que corresponde a una cierta manera de abordar y buscar soluciones a los problemas jurídicos existentes.

Nadie va a negar que en múltiples ocasiones los Estados en desarrollo han utilizado procesos y técnicas jurídicas, politizando a éstas en el transcurso de las negociaciones. Todo ello con el fin de hacer aceptar sus reivindicaciones y poder acelerar la imprescindible mutación de ciertas normas del derecho internacional clásico, que como todo derecho debe adaptarse a las necesidades más imperiosas de la sociedad que pretende gobernar.

No existe pues una politización del derecho en sentido negativo, esto es, no se trata de una "corrupción del derecho por la política ni de una subversión ideológica";[13] el nuevo orden no es sino un proyecto de sociedad para la comunidad internacional. No se puede transformar la sociedad por decreto, es cierto, pero la cuestión no está ahí, ya que en realidad un nuevo orden se está produciendo ante nosotros, y entonces —como dice Abi-Saab—, la verdadera cuestión está en saber si es preferible que se

12 Ver Seidl-Hohenveldern, Ignaz, "International economic. *soft law*". *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (RCADI)*, de La Haya, 1979, vol. II, pp. 169 y ss.

13 Ver Torelli, Maurice, "L'apport du nouvel ordre economique international ou droit international economique", Colloque de Nice.

elabore por generación espontánea, dejando en libre juego a las fuerzas económicas, o si lo mejor no está en tratar de planificar y canalizar ese proceso mediante un esquema social.

Por lo demás, no deberíamos olvidar que el acto de legislar es siempre un acto político, y es entonces un desconocimiento fundamental de la naturaleza de ese proceso el hablar de politización a su respecto.[14]

IV. IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

El principio de la igualdad soberana de los Estados aparece como un corolario del derecho de los pueblos a la autodeterminación, esto es, como una auténtica consecuencia lógica.

La noción de soberanía que implica la exclusividad, autonomía y plenitud de las competencias territoriales, son atributos que no se conciben de una manera absoluta más que en el seno del orden jurídico interno. Y esto es así porque ellos tendrían que ser necesariamente relativizados desde el momento en que la soberanía, por decirlo de alguna manera, se enfrente con una forma cualquiera de comercio internacional.

Ciertamente sigue siendo verdad que la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía (fórmula clásica del *Caso Wimbledon*); sin embargo, los imperativos del desarrollo y de la cooperación subrayan el carácter excesivamente voluntarista de la explicación clásica de la soberanía. Ésta, en las diversas manifestaciones en el seno del orden jurídico internacional, no puede seguir siendo considerada como "suprema".

La soberanía no se deja ya definir más que con base en una doble prerrogativa: la independencia, es decir la capacidad para el Estado de autodeterminarse, y segundo, por su poder de entrar en relaciones con los otros actores de la sociedad internacional.

La segunda prerrogativa no puede, sin embargo, seguir concibiéndose, y cualquiera que sea el nivel de desarrollo de los Estados en cuestión, según la tradicional significación de la soberanía, es decir en función de su sola y libre determinación.

La realidad económica ha impuesto irremediablemente una concepción diferente de la soberanía. La incursión de la economía y el desarrollo

14 Ver "Débats sous la présidence de M. le doyen Colliard", *Les Nations Unies et le Droit International Economique*, Colloque de Nice, SFDI, París, Pédone, 1986, pp. 90-98.

dentro del derecho internacional, ha hecho que se manifieste con toda virulencia los equívocos implícitos en la noción de la soberanía en su significado tradicional.

El emprender análisis más rigurosos sobre los procesos económicos, iba a comprobar fehacientemente la complejidad de las relaciones entre soberanía política y explotación de las riquezas del suelo y subsuelo, y más aún, del aparato económico en su totalidad.

Hay que tener muy claro que con ser "soberano", detentar la soberanía, no se garantiza que la explotación de las riquezas se hará en beneficio de la población que ocupa el territorio.

Luego entonces deberá precisarse claramente la significación económica de la soberanía, e inversamente ser conscientes de que el monopolio al acceso de las riquezas naturales tiene un paso previo y éste sería la afirmación de los "derechos soberanos" sobre los espacios que los encierran.[15]

V. Soberanía permanente sobre los recursos naturales

La idea de la "soberanía permanente sobre los recursos naturales" queda obviamente vinculada al fenómeno del subdesarrollo, es decir, a la coexistencia de países altamente industrializados, en busca de mercados que los aprovisionen en materias primas y de inversiones en el exterior, y por otro lado por países en desarrollo, que sólo disponen de un aparato arcaico o desequilibrado.

Esta situación ha permitido percibir a los países en desarrollo que su acceso a la independencia política —a la soberanía— les ha impedido adquirir el control sobre su propio aparato económico, cuyos elementos más productivos continuaban siendo explotados por el extranjero.

De ahí la reivindicación de un derecho sobre dicho aparato económico en manos extranjeras, considerada ésta como una "condición", una "parte integrante" de la soberanía, o más aún, como un derecho inherente a esta misma.[16]

15 Ver Benchikh, Madjid. *Droit international du sous-développement: nouvel ordre dans la dépendence*, París, Edit. Mondes en Dévenir, 1983, pp. 130-214.

16 El principio de la soberanía sobre los recursos naturales, se le encuentra expresado desde 1952. Resolución emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/Res.), núm. 626 (VII), 1952, para que después sea retomado en una declaración de principios ya célebre (A/Res. 1803 (XVII), 1962).

La soberanía permanente viene a constituir así el primer elemento real de un verdadero derecho al desarrollo, ya que está expresando el derecho para los pueblos, de utilizar los recursos existentes sobre el territorio en donde yacen para las necesidades de su propio desarrollo y de apartar todos los obstáculos jurídicos que pudieran oponerse a esta finalidad.

Ahora bien, si el concepto mismo de "soberanía permanente sobre los recursos naturales", se beneficia de una aceptación general y puede considerarse como un principio establecido en derecho internacional, sin embargo, por lo que respecta a sus modalidades de ejercicio, nos encontramos con que sigue siendo objeto de fuertes controversias.[17]

Si nosotros, por ejemplo, quisiéramos comparar lo que se postula en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, concretamente la 1803 del año 1962 (párrafos 2o., 3o. y 8o.), y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974 (artículo 2o., párrafo 2o. [a]), nos encontramos que ambas sostienen el derecho para el Estado de regular la inversión extranjera de acuerdo con sus propios objetivos de planeación económica.

Pero más allá de ello, la carta enfatiza, por ejemplo, la libertad de todo Estado a no verse obligado a otorgar un "tratamiento preferencial" al inversionista extranjero, en tanto que la Resolución 1803 especifica que una vez que el Estado autoriza el capital extranjero, la inversión deberá ser gobernada por los términos de la concesión, la legislación nacional vigente y el derecho internacional; todo acuerdo libremente concertado deberá cumplirse de buena fe.

La ausencia de referencia al derecho internacional en el artículo 2o., párrafo 2o. inciso *a*) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, a pesar de su impacto psicológico —como dice el informe del

El mismo "principio" queda consagrado por el artículo 1o. de los dos pactos internacionales de los derechos humanos (A/Res. 2200 (XXI), 1966 en vigor desde 1976), así como por el artículo 4o. de la declaración relativa a la instauración de un nuevo orden económico internacional, y finalmente en el capítulo II, artículo 2o. de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (A/Res. 3281 (XXIX) 12-XII-1974), en donde adquiere el principio en cuestión un alcance mayor y quizás, mejor aún, una transformación sustancial. Para todo esto ver el volumen colectivo *Justice économique internationale: contributions a l'étude de la Charte des Droits et des Devoirs Économiques des Estats*, pref. de Andre Fontaine, París, Edit. Gallimard, 1976. También Gómez-Robledo Verduzco, Alonso (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM, 1980.

17 Ver Gess N., Karol, "Permanent Sovereignty Over Natural Ressources: an analytical review of the United Nations declaration and its genesis", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 18, abril de 1964, pp. 398-499.

UNITAR— no precluye la aplicación del derecho internacional en aquellos casos en que tenga lugar su aplicación.

Igualmente, el hecho de que no se haga referencia a la norma *pacta sunt servanda*, no significa su inaplicabiliad; no existe legislación nacional alguna que refute dicho principio. Sin embargo, el principio *pacta sunt servanda* no significa, por otra parte y en ningún sistema legal, que los acuerdos, tratados o convenciones sean inmunes a los cambios que se llegan a suscitar.[18]

VI. Inversiones extranjeras

El problema de la reglamentación de las inversiones extranjeras, cada vez que se plantea, hace resurgir todas las preocupaciones, fantasmas y temores que oponen a los países industrializados y los países en desarrollo, ya que esquemáticamente mientras que para el inversionista sus tres preocupaciones esenciales se reducen a la *a*) rentabilidad, *b*) seguridad y *c*) financiamiento de su inversión, para los países en desarrollo, por el contrario, sus objetivos no son únicamente el obtener ciertos beneficios económicos sino que sus preocupaciones —reduciéndolas igualmente a número de tres— serían las de *a*) elevar el nivel técnico del país; *b*) la integración de la inversión extranjera en el proceso de desarrollo y *c*) la salvaguardia de la independencia nacional.

En otras palabras, lo que se pretende es evitar la creación de "oasis de desarrollos", cuya presencia queda sin efecto sobre la expansión de la economía circundante, generándose verdaderos *ghettos* sociales que funcionan en circuito cerrado y sin contacto alguno con la población local.[19]

Por otro lado, la validez de la nacionalización y de la expropiación dentro del marco del derecho internacional público no parece ya objetable

18 Ver *Progressive development of the principles and norms of international law relating to the New International Economic Order*, A/39/504/Add.1, 23 de octubre de 1984, pp. 49 y 50. Hasta donde se sabe, el Tribunal de Hamburgo, al examinar en 1973 el monto del embargo del cobre chileno, se basó al fallar en contra de Chile, fundamentalmente, en el hecho de que la "ley chilena sobre beneficios excesivos" era *retroactiva*, y no tanto en la invalidez de esta tesis. Ver Castañeda, Jorge, "La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del derecho internacional", en el volumen colectivo *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, p. 31, nota 10.

19 Ver Allain, S., "Investissements Privés et Développement", *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, pp. 252-271.

en lo que al principio mismo se refiere, pero siguen siendo las modalidades en que se lleva al cabo, lo que continúa causando grandes escozores y dificultades mayores.

La tendencia general entre los países exportadores de capital es la de declarar toda apropiación de la propiedad extranjera como no legítima, desde el momento en que no esté acompañada por el pago de una "indemnización pronta, adecuada y efectiva", mientras que para los países en desarrollo las características y modalidades de la indemnización deberían poder determinarse en cada caso en particular, y tomando como base el estado mismo del subdesarrollo de cada país.

Es interesante hacer notar que incluso algunos países en desarrollo han cuestionado el fundamento mismo de la indemnización en su sentido clásico, haciendo valer la llamada teoría de los "beneficios excesivos" o "beneficios exorbitantes". Los beneficios de una empresa serán juzgados excesivos, cuando la comparación de los resultados financieros de esa empresa frente a otra empresa con el mismo objeto, y operando en condiciones relativamente parecidas, aparece una diferencia tal que la sola explicación de esta última diferencia solamente puede encontrarse en la infraestructura económica y las condiciones sociales del país en donde opera la empresa.[20]

Obviamente que esta teoría, que surge con las famosas nacionalizaciones de las compañías cupríferas *Anaconda* y *Kennecott*, llevadas al cabo por el gobierno chileno en 1971, iba a ser terriblemente atacada no sólo por el Departamento de Estado norteamericano sino por varios juristas occidentales, que no verían en ella sino un puro pretexto para *confiscar* simple y llanamente los haberes de las sociedades cupríferas americanas.[21]

20 Ver Boye, M. A., citado en Patricia Buirette-Maurau, *op. cit.*, p. 109, nota 100. Otros autores fundamentan jurídicamente la tesis de los "beneficios excesivos" en el principio del enriquecimiento sin causa, o más bien, asimilándolo a dicho principio y como una aplicación de esa doctrina aceptada por todas las legislaciones nacionales. Ver Touscoz, J., "La nationalisation des societés petroliéres françaises en Algérie et le droit international", *Revue Belge de Droit International*, 1972, vol. VIII, núm. 2, p. 496.

21 "*The provision on 'excess profits' has no foundation in generally accepted principles of international law as recognized by the United States. There were no 'excess profits' under the laws of Chile in effect at the time profits were earned and dividends paid*", Lillich, R. B., "The valuation of the cooper companies in the chilean nationalisations", *American Journal of International Law*, 1972, p. 216.

VII. *MINIMUM STANDARD* Y CLÁUSULA CALVO

Dentro de este contexto, quisiéramos por último tocar un punto que actualmente cobra especial interés, pues de aquí o de allá se oyen declaraciones que ya no sólo propagan desconcierto y asombro, sino también a veces pavura e incredulidad.

En la carta se establece que ningún Estado estará obligado a acordar un "tratamiento preferencial" a la inversión extranjera (artículo 2o., párr. 2o., *a)*. Esto equivale a decir, en nuestra opinión, que un inversionista extranjero no podría reclamar una situación jurídica más favorable que aquélla reconocida a los nacionales de su país de residencia. Y ello por la simple razón de que en la medida que el Estado se viera obligado a observar con respecto a los extranjeros un tratamiento preferencial en comparación con el reservado a sus connacionales, dejaría de estar gozando del libre ejercicio de su soberanía.

Es cierto que esta concepción no es fácil que encuentre una acogida favorable entre los países industrializados con economía de mercado que siguen aferrándose, en una u otra forma, a la tesis del *international minimum standard*.

Dicho *minimum standard* debería acordar una situación jurídica privilegiada al extranjero, cuando la situación reservada a los nacionales por el derecho interno permaneciese por debajo de ciertas reglas o principios que estarían de alguna manera consagrados por el derecho internacional.

Sin embargo, y por más que se siga arguyendo la validez de dicha tesis —Estados Unidos la avanzó en repetidas ocasiones en el seno de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos de 1923—, los análisis más serios sobre esta doctrina, como lo es a mi juicio el de Andreas Roth, demuestra que existe una gran ambigüedad y múltiples contradicciones en esos llamados estándares internacionales, y que por lo demás han revelado una gran imprecisión en el contenido mismo de sus postulados.[22]

En el célebre Caso de la *Barcelona Traction*, el juez mexicano Luis Padilla Nervo, en su opinión individual, sostenía que las inversiones privadas serían alentadas en la medida en que los Estados que las reciben puedan tener la certeza que el Estado nacional del inversionista no hará un uso indebido del pretendido derecho de protección diplomática, como

22 Ver Roth, Andreas, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Genéve Leyde, Sijthof, Thèse, 1949.

un pretexto para ejercer presiones políticas o económicas peligrosas para la soberanía y la independencia de los Estados menos poderosos o menos desarrollados.

La historia de la responsabilidad de los Estados, en materia de tratamiento de extranjeros, seguía diciendo Padilla Nervo, es una historia de abusos, injerencias ilegales en los órdenes nacionales de los países débiles, de reclamaciones injustificadas, amenazas e incluso agresiones militares bajo la cobertura del ejercicio de derechos de protección, y de sanciones impuestas para obligar a un gobierno a otorgar las reparaciones demandadas.[23]

Los países latinoamericanos, como todos sabemos, no han cesado de hacer de la Cláusula Calvo uno de sus principales caballos de batalla y buen número de entre éstos, la han consignado como una obligación de derecho constitucional: así la encontramos inscrita en el artículo 27, fracción I, de nuestra Constitución; en el artículo 19 de la Constitución de Honduras; en el artículo 17 de la Constitución del Perú, etcétera.

No es el momento, ni me atrevería a ello, de hacer un análisis medianamente exhaustivo de la historia, vicisitudes y pormenores de la doctrina de la Cláusula Calvo, que por lo demás ha sido magistralmente examinada por el maestro César Sepúlveda desde su tesis del año de 1944, y a todo lo largo de las ediciones de su importante *Manual de derecho internacional*.[24]

Sin embargo, permítasenos decir, que parece que en casos límites como los varios sometidos a la Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos,[25] la Cláusula Calvo puede desempeñar un determinado papel no tanto en cuanto tal, sino accesoriamente, para constituir una excepción, o al menos un atenuante al ejercicio de la protección diplomática.

De esta suerte, no respetar una cláusula de tal naturaleza por la persona privada que se presume lesionada en los términos de su contrato de inversión, puede servir de elemento de prueba para demostrar que dicho inversionista no tenía, como dice la doctrina francesa, las manos limpias

23 Ver "Opinión Individualle de M. Padilla Nervo", *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Bélgica, España, Arrêt du 5 février 1970. *Recueil des arrêts, auis consultatifs et ordonnances*, pp. 245 y 246.

24 Ver Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 16a. ed. actualizada, México, Porrúa, 1991. En particular pp. 247-255.

25 Por ejemplo, North American Dredging Co. of Texas de 1926 e International Fisheries Co. de 1931, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1926, 2 vols.

(*les mains propres*), o bien como prueba de que no había cumplido con la "regla general del previo agotamiento de los recursos internos".[26]

VIII. CONCLUSIONES

¿Qué puede decir el jurista acerca del Nuevo Orden Económico Internacional? ¿No deberíamos unirnos a los corifeos de aquéllos que sostienen que la "aurora" anunciada por el juez Mohammed Bedjaoui, al final de su famoso libro, no cumplió sus promesas?

¿No sería cierto afirmar que la aportación esencial del NOEI al derecho internacional resultaría paradójicamente de su fracaso global, ya que implicaría un regreso al *realismo*, como sostuvo un ponente en el Coloquio de Niza (86) organizado por la Sociedad Francesa para el Derecho Internacional?[27]

Por nuestra parte, nosotros rechazamos este tipo de juicios, ya que un examen desapasionado de los principios y normas del NOEI, desde el punto de vista de su contenido normativo y su *status legal*, revela un amplio y complejo horizonte donde se yuxtaponen áreas de verdadera luz y sombra, en donde se proyecta una serie de claroscursos a semejanza de alguna pintura impresionista.

Es indiscutible que muchas de las proposiciones normativas expresadas a través de esos principios y normas son en un gran porcentaje aceptadas en su generalidad.

Pero es el grado y nivel de esa común aceptación que comienza a ser problemático apenas entramos a la discusión de sus condiciones específicas y modalidades de aplicación o derogación.

Por otro lado, nadie va a negar que las expectativas creadas a mediados de los años setenta sobre la instauración de un NOEI están muy lejos de haberse convertido en una, tan siquiera, mediana realidad.

26 Ver Chappez, Jean, *La Régle de l'Epuisement des Vois de Recours Internes*, París, A. Pédone, 1972, pp. 71-83. Como dice César Sepúlveda, una mejor redacción de la Cláusula Calvo, como renuncia a la protección diplomática, la encontramos en la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*, del 16 de febrero de 1973: "Los extranjeros que adquieren bienes de cualquier naturaleza en la República Mexicana aceptan, por ese mismo hecho, considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido", *op. cit.*, p. 251.

27 Ver Torrelli, Maurice, "L'apport du nouvel ordre economique international au droit international economique", Colloque de Nice, *op. cit.*, pp. 50-55.

Pero el balance, con todo, dista mucho de ser negativo, pues como bien dice el profesor Abi-Saab, en un orden jurídico como el derecho internacional, en donde por ausencia de un Poder Legislativo, no existe posibilidad de una creación instantánea de normas de derecho internacional general, el proceso de elaboración de tales principios es casi siempre lento, arduo y prolongado; en donde las fronteras entre lo que es derecho positivo y lo que es "pre-derecho" o *soft law*, no puede ser siempre claramente definido.[28]

Por lo demás, no hay que olvidar que uno de los principios clave del NOEI no es otro sino el del "patrimonio común de la humanidad", contenido en la Convención de Montego Bay de 1982, y que consiste en afirmar que la zona de los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional (es decir de la ZEE y la PC) y sus recursos, deben ser explotados únicamente en beneficio de la humanidad.

El órgano encargado de administrar el patrimonio común de la humanidad y regular su exploración y explotación será la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, organización internacional de la que podrán ser miembros todos los Estados (conforme al artículo 156, los Estados partes en la Convención son *ipso facto* miembros de la Autoridad).[29]

En definitiva, la progresión hacia un NOEI supone una negociación continua. Por el momento parece que existe una coexistencia de prácticas contradictorias: un sector de éstas se aplican a lo que podríamos llamar; del "sistema central", que rigen las relaciones comerciales entre países industrializados, mientras que otro sector de estas prácticas, de inspiración diferente, se aplican a sus relaciones con el "sistema periférico", formado por los países en desarrollo.

Como dice René-Jean Dupuy, en su última obra: "los países del Tercer Mundo conscientes de su mayoría en Naciones Unidas, experimentan una evidente nostalgia legislativa. Ante la imposibilidad de imponer su ley, ellos no pueden sino tratar de incursionar en las vías escarpadas de la negociación".[30]

28 Ver *Report of the Secretary General. Addendum*, A/39/504/Add.1 (1984), *op. cit.*, p. 102, párrafos 208, 209 y 210.

29 Ver Gómez-Robledo V., Alonso, *El nuevo derecho del mar. Guía introductiva a la Convención de Montego Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, pp. 93-115. No hay que olvidar que el "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna, y otros cuerpos celestes", del 27/I/1967, especifica que toda utilización de este espacio debe hacerse en provecho de toda "la humanidad". Ver Lachs, Manfred, *El derecho del espacio ultraterrestre*, México, FCE, 1977, anexo I, pp. 197-203.

30 Dupuy, René-Jean, *La Clôture du système international: La cité terrestre*, París, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 38 y 39.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

NOTAS SOBRE EL LLAMADO DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Características del derecho internacional del desarrollo.* III. *Valor jurídico de las resoluciones.* IV. *El principio del Nuevo Orden Económico Internacional.* V. *Alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General.* VI. *Formalismo y seguridad jurídica.* VII. *La* "coutume sauvage". VIII. *Costumbre revisionista y técnica del unilateralismo.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El llamado derecho internacional del desarrollo ha sido comúnmente, aunque no siempre, definido en función del fin que persigue, de su objetivo primordial.

De esta suerte, este derecho quedaría compuesto por el conjunto de instituciones, principios y reglas, cuyos fines están constituidos por la contribución al desarrollo de los países que no perciben sino una muy pequeña parte del ingreso mundial.

Aun y cuando puede considerársele como una rama del derecho internacional económico, sin embargo, el derecho internacional del desarrollo parece ir mucho más allá en virtud de que por sus alcances y ramificaciones llega a incidir prácticamente en la mayoría de los aspectos del derecho internacional público.[1]

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

Hay que dejar muy claro que el derecho internacional del desarrollo forma parte integrante del derecho internacional público, pero que su gran

1 Vallée, Charles, "Le droit international du développement", *Droit International Public*, Paris, Edit. Montchrestien, 1981, p. 601.

originalidad, como dice Charles A. Vallèe, reside en el hecho de que además de sus peculiaridades propias en cuanto a su formación y contenido, se perfila como un movimiento "contestatario", en permanente evolución, de todas las normas constitutivas de las ramas del derecho internacional en su conjunto.[2]

Pero es muy importante que la doctrina de los países en vías de desarrollo no introduzca en sus juicios sobre el derecho internacional del desarrollo, connotaciones de tipo moral, pues esto produce que haya un desplazamiento hacia otras disciplinas y, por lo tanto, empobrece el discurso, el análisis, o, en su caso, la defensa misma de los intereses de los países del Tercer Mundo.

Si es evidente que todo orden jurídico está en gran medida condicionado por la estructura de la sociedad de la cual emana, es necesario no caer en exaltaciones de euforia al analizar el derecho internacional del desarrollo.

Una vez teniendo claro las limitaciones de esta rama del derecho internacional público, el así denominado derecho del desarrollo puede jugar un papel preponderante en la dirección específica que vaya tomando la sociedad internacional y su perfil propio en su evolución.[3]

Durante mucho tiempo, el derecho internacional del desarrollo ha sido un derecho de "asistencia" internacional. Los países que están en vías de desarrollo no reivindicaban más que una asistencia técnica y financiera a los países industrializados. Esta noción de "ayuda" la encontramos palpable tanto en la CNUCED (I) realizada en Ginebra en 1967, en la CNUCED (II) organizada en 1968 en Nueva Delhi, como en la primera y segunda década de las Naciones Unidas para el desarrollo, así como en multitud de otras resoluciones adoptadas por las instituciones subsidiarias y especializadas de Naciones Unidas.

Frente a la insuficiencia de la ayuda otorgada por los países industrializados, el derecho internacional del desarrollo va a expandirse para convertirse en el derecho de la independencia económica. Es todo el problema del derecho del mar y de las nacionalizaciones.

El derecho del desarrollo va a asegurar el derecho de los países que están en camino al desarrollo sobre sus recursos naturales.[4]

2 *Idem*, p. 602.

3 *Ibidem*.

4 Ver Gómez-Robledo, Alonso (editor). *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, UNAM-IIJ, 1980. Ver el importante artículo de Becerra Ramírez, Manuel, "El derecho

III. VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES

Pero aquí surge uno de los grandes problemas del derecho internacional del desarrollo. La evolución de este derecho depende, sin duda, en una gran parte, de la fuerza jurídica de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y de otras instituciones subsidiarias y especializadas.

La no ejecución de una resolución portadora de "normas jurídicas nuevas" constituye el *arma absoluta* de que disponen los países industrializados. Esta inejecución conlleva el riesgo, como dice M. Bedjaoui, de esterilizar todo esfuerzo de creación normativa en vistas a la instauración de un Nuevo Orden Económico Internacional.[5]

En general, se puede decir que los Estados occidentales estiman que las resoluciones de la Asamblea General pueden a lo más ser tomadas en consideración como elementos posibles en la elaboración de una regla consuetudinaria, pero siempre bajo condición de que sean confirmadas por una práctica en el mismo sentido por parte de los Estados.

Por el contrario, para la gran mayoría de los Estados en vías de desarrollo dichas resoluciones constituyen *por lo menos* la expresión de la voluntad de la comunidad internacional, incluso si no puede sostenerse que éstas emanen en un "poder legislativo" internacional que en realidad no existe. Muchos de estos Estados quisieran ver a través de las resoluciones, una formación espontánea de la costumbre, y la declaración de principios generales de derecho.

Por ello, afirma Bedjaoui, que del alcance de la acción normativa, de la organización internacional dependen directamente las posibilidades de la instauración de un Nuevo Orden Económico; no es exagerado entonces afirmar que el valor jurídico de las resoluciones reviste una importancia en la actualidad nunca antes comparable.[6]

internacional del desarrollo, nueva arma del derecho internacional público". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, IIJ, año XIX, núm. 57, septiembre-diciembre de 1986, pp. 853-868.

5 Bedjaoui, Mohammed, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, PUF, UNESCO, 1979, p. 178. Bedjaoui no pierde de vista que el derecho se presenta como un fenómeno evolutivo por su propia naturaleza, ya que traduce una realidad social que está en movimiento y que está obligado a tratar de encuadrar, aunque sea con un cierto retraso; por otro lado, al traducir realidades sociales, estabiliza y consolida el medio social de donde el derecho mismo es su producto. *Idem*, p. 115.

6 *Idem*, p. 182.

IV. El principio del Nuevo Orden Económico Internacional

Aun cuando podría parecer evidente para muchos que el llamado Nuevo Orden es ante todo un orden de carácter y contenido económico, también es absolutamente cierto que la realización y la implantación del mismo no puede llevarse a término sino a través de la formación, transformación o modificación de un gran número de reglas jurídicas y será justamente el derecho el que va a proporcionar la estructura determinante a las relaciones económicas.

La realización de un nuevo orden jurídico tal y como está formulado en textos, declaraciones y resoluciones,[7] se enfrenta a obstáculos técnicos y a resistencias políticas, en razón de que fundamentalmente lo que se desea es ciertamente una estructura de interdependencia menos asimétrica dentro de lo posible en las relaciones internacionales.

Podríamos decir que, en términos generales, un nuevo orden jurídico internacional (NOJI) quedaría básicamente por ahora (el principio de su estudio) circunscrito a las reglas y lineamientos que se desprenden del derecho económico internacional en vigor y del llamado derecho internacional del desarrollo.

Es cierto que estrictamente hablando estas dos disciplinas no se confunden entre sí, ya que mientras que una de ellas haría referencia al conjunto de reglas aplicables a las relaciones económicas de todos y cada uno de los Estados, la otra disciplina (*i. e.*, el derecho internacional del desarrollo) tendría por objeto el conjunto de reglas aplicables especialmente a los países industrializados.

Sin embargo, pensamos con otros, que por la forma en que se aborda su estudio y por el método de análisis, el ámbito de estas disciplinas se entremezclan de tal suerte en la práctica, que su examen es, en ocasiones, o por no decir siempre, indivisible en lo esencial de su objeto de estudio.[8]

7 A partir de abril de 1974 y de la VI sesión extraordinaria de la Asamblea General (AG) de la ONU, los países en desarrollo declararon su voluntad de sustituir las relaciones económicas en vigor por un "Nuevo Orden Económico Internacional". A partir de la "Declaración concerniente a la instauración de un NOEI", 1974, AG, 1o. de marzo/A/AC 166 L.47 A/Res. 3201 (s-VI) y del "Programa de acción", Res. 3202 (s-VI), gran cantidad de declaraciones tanto multilaterales como bilaterales, se refieren al NOEI, muy en especial la Res. 3281 (XXIX) de 1974.

8 Ver Feuer, G., "Les principes fondamentaux dans le droit international du développement", *Colloque d'Aix-en provence*, Société Française de Droit International (SFDI), 1974, pp. 191-234. Ver Colloque des 14, 15, 16 avril, 1994: *Les Nouveaux Aspects du Droit International*, Paris, A. Pédone, 1994, en particular, pp. 195-219.

Por último, si nos referimos a los rasgos generales que sería posible detectar en el NOJI, debemos hacer énfasis en la constante ampliación del círculo de actores y foros de negociación, que provocará que las organizaciones e instituciones internacionales se conviertan más y más en los actores de mayor importancia en el campo internacional.[9] Pero además, dentro de este rasgo general hay que tomar en consideración como una característica específica del nuevo orden el procedimiento llamado del *consenso* que ha llegado a ser un método de trabajo cada vez más generalizado en el seno de las organizaciones internacionales. Ciertamente, la autoridad "formal" de la resolución será menos que la de un texto votado por unanimidad, no obstante se ha observado que adquiere una autoridad muy importante desde el punto de vista político, y por el consenso de los Estados se comprometen probablemente en mayor medida de lo que hubiera sido su intención real (al existir ausencia de votación resulta que en realidad todos los Estados están de acuerdo con el texto).[10]

Como conclusión, podríamos decir que el NOJI, aceptando, como se ha dicho, que pueda hablarse de orden en un sistema internacional en constante y asombrosa mutación, producirá sin lugar a dudas un cada vez mayor impacto sobre la evolución de reglas sustantivas del derecho internacional (nacionalización, derechos adquiridos, inversiones extranjeras, etcétera) al igual que en el proceso de las técnicas de elaboración de reglas y normas jurídicas internacionales.

V. Alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General

En la medida en que la Carta de las Naciones Unidas no contiene una disposición general en lo que concierne a los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General, éstas carecen de fuerza obligatoria en lo que respecta a los miembros de las Naciones Unidas, ya que de no ser así, se acordaría una función legislativa a la Asamblea, función ésta que sería contraria al principio de la soberanía de los Estados.[11]

9 Geiser, H., "A New International Economic Order: its impact on the evolution of international law", *Annales d'Études Internat*, Genève, vol. 9, 1978, pp. 89-106.

10 El consenso puede definirse como la práctica destinada a lograr la elaboración de un texto por vía de negociación y adoptado sin proceso de votación. Ver Bedjaoui, M., *op. cit.*, nota 5, pp. 171-176.

11 Virally, M., "The Source of International Law", en Srensen, Max (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin's Press, 1968, pp. 160-162.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que debe ser interpretado como la disposición que es enunciativa de las fuentes del derecho internacional, no prevé las resoluciones de las organizaciones internacionales como fuente autónoma de derecho, ni aun como medio auxiliar de determinación de las normas jurídicas. Esto no implica, sin embargo, que se deba considerar el listado del artículo 38 como limitativo,[12] pero en el estado actual de desarrollo del derecho internacional público, no sería correcto hablar de un verdadero e indiscutible cambio de la teoría de las fuentes del derecho internacional en su sentido de métodos de creación de normas jurídicas.

Sin embargo, el problema del valor jurídico de las resoluciones debe también ser ubicado en el campo de la efectividad del derecho internacional, desde el momento en que incluso una "recomendación", puede alcanzar una efectividad de mayor grado, es decir, un efecto jurídico más coercitivo que aquél creado por ciertas convenciones o tratados internacionales.[13]

Alf Ross, en su obra sobre el análisis de la Carta de la ONU hace la siguiente observación: "*The Assembly can never legislate, never order, or command, but only submit, recommend, propose.*" Y añade que aunque la diferencia entre estas fases legalmente es absoluta y precisa, la diferencia práctica en las relaciones internacionales será con frecuencia relativa y elástica.[14]

El jurista Jorge Castañeda, aun y cuando reconoce que las resoluciones de los organismos internacionales no pueden constituir una fuente de derecho *in se*, admite, sin embargo, que ciertas resoluciones constituyen una expresión de reglas jurídicas internacionales, ya que al lado de la categoría de las resoluciones en su sentido preciso de "Recomendaciones" (invitaciones) y que no implican la creación de una obligación jurídica, se

12 Cahier, Ph., es de la opinión que si el derecho internacional adjudica consecuencias jurídicas a ciertos actos unilaterales de los Estados (notificación, protesta), éstos constituyen una fuente de derecho y esto en virtud del carácter primitivo del derecho internacional que, es, por consiguiente, no-formalista. "Le comportement des États comme source de droits et d'obligations", *Recueil d'études en hommage a Paul Guggenheim*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (IUHEI), 1968, pp. 237 y 238.

13 Virally hece notar que no es siempre correcto considerar la convención como un progreso jurídico en relación a las resoluciones, ya que desde el momento que un tratado no tiene efectos jurídicos más que entre los Estados que lo han ratificado, si se rechaza la ratificación, se elude todo efecto jurídico. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, IUHEI, 1971, p. 18.

14 Ross, A., *Constitution of the United Nations*, Denmark, Eynar Munksgaard, 1960, p. 60.

encuentran resoluciones que van más allá de una simple invitación desprovista de valor jurídico. La ausencia en derecho internacional de un órgano de control de la legalidad sobre los actos de las autoridades competentes para aplicar las normas en el marco de los órganos de las Naciones Unidas, tiene como consecuencia que la Asamblea General pueda, en la práctica, interpretar su propia norma de competencia y emitir resoluciones con una implicación y un alcance jurídico diferente de aquellas que tienen solamente un sentido exhortativo.[15]

La actividad desarrollada por la Asamblea General permitiría, así, demostrarnos la adopción por este órgano de ciertas resoluciones que han producido efectos jurídicos de carácter imperativo, y de esta forma no pudiendo ser consideradas como resoluciones que impliquen únicamente un carácter exhortativo.

Dentro de esta perspectiva, podemos mencionar como ejemplo muy significativo, la resolución 377 (V) aprobada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 1950 "La Unión para el mantenimiento de la paz", y por la cual se le confiere a la Asamblea General una responsabilidad subsidiaria a aquélla del Consejo de Seguridad, para restablecer o mantener la paz o la seguridad internacionales.[16]

Los argumentos en que se funda la constitucionalidad de esta resolución 377 (V) son poco satisfactorios en la opinión de Castañeda; si el artículo 24 de la Carta habla de la responsabilidad "principal" del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es porque hay que entender que es el único competente para emprender una acción coercitiva: "desde un punto de vista jurídico, el atribuir singular y específicamente una función a uno de los dos órganos significa negarla al otro."[17]

Será entonces la aplicación de la resolución por la práctica de los Estados y su aceptación por los miembros de la comunidad internacional que llegará a otorgar un fundamento de legalidad a dicha resolución.

Dado que esta resolución va a provocar una modificación de una situación jurídica preexistente dentro del régimen de seguridad colectiva prevista originalmente por la Carta, en este sentido se puede estimar, y

15 Castañeda, J., "Valeur juridique des résolutions des Nations Unies", *Recueil des Cours*, Leyde, Sitjhoff, t. 129, 1971, pp. 213-222.

16 Ver reproducción del texto de la resolución de la Asamblea General relativo a "La Unión por el mantenimiento de la paz", resolución 377 (V) del 3 de noviembre de 1950 en Reuter, P. y André Gros, *Traités et documents diplomatiques*, 3a. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1970, pp. 122-127.

17 Castañeda, *op. cit.*, nota 15, p. 261.

siempre según esta concepción, que la resolución comportó efectos estrictamente jurídicos, efectos de carácter obligatorio.[18]

Podemos todavía retener (fuera de las resoluciones de carácter "interno") otras tres categorías de resoluciones que siempre, según este autor, constituyen algo más que una recomendación o una simple invitación.

Resoluciones que determinan la existencia de hechos o situaciones legales concretas, y pudiendo ser calificados como obligatorias en aquello que específicamente "determinan"; ejemplo: la resolución 215 (XXI) del 27 de octubre de 1966, por la cual la Asamblea General revocó el mandato de África del Sur sobre el del sudeste africano.

Resoluciones que tienen como fin primordial expresar un acuerdo no formal entre los diferentes Estados miembros, y que en el fondo pueden considerarse similares a los acuerdos multilaterales en forma simplificada; ejemplo: la resolución (XVIII) aprobada por unanimidad el 13 de diciembre de 1963, "Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en materia de exploración y utilización del espacio extraatmosférico".

El carácter obligatorio de dicha resolución se debe sobre todo al hecho de que varios representantes han manifestado su voluntad de quedar obligados por el documento en cuestión.

Por último, podemos mencionar la categoría de las resoluciones que comprenden "declaraciones" de carácter "general", y aunque no sean creadoras de derecho, pueden probar o precisar la existencia de reglas jurídicas o, aún más, la inexistencia de una *opinio juris* en el seno de la comunidad internacional, ejemplo: la resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, por la cual la Asamblea General confirma los principios de derechos reconocidos por el Estatuto de la Corte de Nüremberg y por la sentencia de éste.[19]

Ahora bien, a nuestro modo de ver es conveniente hacer notar que, en gran parte, la validez de los argumentos desarrollados por Jorge Castañeda y la coherencia de su análisis pueden sostenerse en la medida en que se está dispuesto a admitir su formulación sobre la noción de "efecto jurídico obligatorio" respecto de las resoluciones de los organismos internacionales. Así pues, según este autor, la noción denota todo cambio o alteración respecto de una situación legal preexistente que pueda significar la

18 *Idem*, pp. 263-286.
19 *Idem*, pp. 294, 310 y 328.

extensión de la competencia de un órgano, o aun la "suspensión" (resolución 377) de una obligación.[20]

En términos generales, al alcance de una resolución o de una recomendación no puede ser entendida, como dice Virally, si no se toma en cuenta el proceso del cual emana, y que adquiere una significación jurídica solamente

> ... en la medida en la cual no sea simplemente la manifestación de los desiderata o de las pretensiones de una mayoría frente a una minoría, sino cuando exprese un mínimo de acuerdo con el cual participen todos aquellos que sean los destinatarios de tal resolución o de dicha recomendación y que, por consiguiente actuarán en tal sentido para asegurar su ejecución.[21]

De ahí que una resolución de la Asamblea, que haya sido adoptada a través de la vía del consenso o por unanimidad, puede pretender ser la prueba o el reflejo de un acuerdo entre los participantes y tener así un alcance no sólo moral y político, sino también jurídico. Por el contrario, la significación jurídica de una resolución será mucho más problemática desde el momento en que se adopte por mayoría, ya que es prueba de una falta de acuerdo manifiesto en relación con el conjunto de la comunidad internacional.

VI. Formalismo y seguridad jurídica

Esto nos hace palpable que, particularmente por lo que se refiere al derecho internacional del desarrollo, los modos de elaboración del derecho internacional público están muy lejos de poder estar a la medida de dar respuesta en forma satisfactoria a las necesidades de reglamentación jurídica que conoce la sociedad internacional contemporánea.[22]

Nadie puede negar, por otra parte, que el formalismo jurídico reviste una función primordial de "seguridad jurídica", pero también es igualmente cierto que con sus procedimientos lentos y a veces complejos, este formalismo impide muchas veces la adopción de decisiones útiles y oportunas.

20 *Idem*, pp. 225 y 226.

21 Virally, M., *op. cit.*, nota 13, p. 30. El término de recomendación está considerado por Virally como una resolución que invita al Estado a observar un comportamiento definido, mientras que el concepto de resolución, más amplio, se referiría a toda decisión tomada por un órgano deliberante, cualquiera que fuese su contenido (declaración, recomendación, etcétera); ver p. 49.

22 Ver *L'elaboration du droit international público Colloque de Toulouse*, Société Française pour le Droit Internationale, París, Pédone, 1975.

De aquí que no es muy satisfactorio que el jurista actualmente quede atrapado en un "juricentrismo", ya que ello tiende a hacer olvidar la importancia de los fenómenos que no pueden ser aprehendidos por el derecho, que se sitúan ya sea más allá o más acá del discurso jurídico formal.

De esta suerte, ha podido ser demostrado que un examen cuidadoso de las resoluciones nos revela que el grado de obligatoriedad no depende tanto del instrumento como de su contenido y del marco institucional que enmarca su aplicación.

Una resolución adoptada por consenso y en la medida que refleja un cierto grado de acuerdo entre los participantes, puede llegar a obtener un efecto no solamente político, sino igualmente jurídico, y esto dependiendo obviamente del contenido mismo de la resolución, de la probabilidad de su aplicación y del examen no aislado sino en conjunto de toda una serie de resoluciones que versan sobre un mismo tópico, como formando parte de todo un proceso de decisión.[23]

VII. La "*COUTUME SAUVAGE*"

Las restricciones que pueden existir entre la norma consuetudinaria y las resoluciones de los organismos internacionales, pueden suscitar igualmente una fuerte polémica, ya que si bien puede llegar a existir consenso en el sentido que las resoluciones pueden incidir en el proceso de creación de la costumbre internacional, sin embargo, no existe acuerdo en la forma en que puede llevarse a cabo esta interrelación.

En términos generales, nosotros estaríamos de acuerdo en aceptar que, en todo caso, las resoluciones pueden traducir una *opinio iuris*, y que si ésta se llega a concretar en una *práctica*, sólo entonces podremos estar frente a una posible formación embrionaria de una regla consuetudinaria.

En este tipo de hipótesis, obviamente el elemento psicológico que caracteriza a la norma consuetudinaria parecería preceder al elemento material de la misma, y esta inversión parecería igualmente caracterizar lo que el profesor René-Jean Dupuy ha calificado como *coutume sauvage* frente a la *coutume sage*.[24]

23 Ver *Les résolutions dans la formation du droit international du développement (Colloque)*, Genève, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, núm. 13, 1971.

24 Ver su estudio ya clásico de "Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la 'coutume sauvage', a la 'soft law'", *L'elaboration du droit international public* (*Colloque Toulouse*), París, A. Pédone, 1975, pp. 132-148. En su curso de 1979 en La Haya, R.-J. Dupuy sostuvo: "*La* soft law *n'est*

VIII. COSTUMBRE REVISIONISTA Y TÉCNICA DEL UNILATERALISMO

Es cierto que la lentitud de la formación de la costumbre y la incertidumbre de su exacto contenido, se acomoda mal con una sociedad cuya composición se ha transformado radicalmente y que debe afrontar problemas en constante renovación.

Es posible que la costumbre no sea ya la fuente esencial del derecho internacional, sobre todo si se le analiza en su aspecto internacional, pero aun así debemos reconocer que la jurisprudencia internacional, incluso la más reciente, revela que esta fuente parecería seguir conservando una importancia fundamental. (Ejemplo: CIJ, fallo de 1960 sobre el derecho de paso en territorio indiano; fallo de 1969 sobre el Caso de la Plataforma Continental en Mar del Norte y los de 1974 sobre el caso de pescaderías.)

Nosotros pensamos que al poder ser considerada realmente como una técnica de elaboración "espontánea" de creación jurídica, la costumbre no puede dejar de seguir siendo aplicable a las nuevas estructuras internacionales, pero evidentemente y, por lo mismo, se verá a su vez afectada profundamente en su modo de elaboración.

Así, actualmente (CIJ, 1969, *Rec.*, p. 43) se admite una forma unánime que el transcurso de un extenso y amplio periodo de tiempo no es ya en sí una condición necesaria en la formación de la norma consuetudinaria (contrariamente a la antigua CPJI que exigía un "uso inmemorial", y de esta manera, como dice un autor, se libera a esta fuente de su *handicap mayor*, esto es, de la lentitud y tardanza de su elaboración.[25] Entendida así la costumbre, parecería que bien podríamos atribuirle una finalidad digamos "revisionista y dinámica", que no apunta únicamente hacia el pasado, sino que se dirige en contra de un sistema que pretendería establecer reglas cuasi universales en forma irreversible. Para no ir más lejos, el reciente derecho internacional del mar sería el campo por excelencia de este nuevo enfoque dinámico de la costumbre.[26]

pas encore une règle de droit; elle asume une fonction contestaire ou incitatoire; elle pointe avec l'aurore du droit nouveau dont midi le juste sonnera l'avenement." Dupuy, R.-J., "Communauté internationale et disparités de développement", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (RCADI)*, 1979, IV, núm. 165, p. 223.

25 Charpentier, J., *Tendances de l'élaboration du droit international public coutumier*, Paris, Pédone, 1974, pp. 105-131.

26 Dupuy, R.-J., "Coutume sage et coutume sauvage", *Melánges a Ch. Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, pp. 75-87; igualmente Hjertonsson, K., *The New Law of the Sea*, Sijthoff, 1973, en particular pp. 145-171.

No se puede dejar de reconocer que los Estados intervienen en las relaciones internacionales, para generar efectos jurídicos, por medio de actos unilaterales cuya forma es estatal, pero su objeto es internacional, sin que esto quiera decir por supuesto que el derecho positivo vigente reconozca actualmente al Estado algo así como una capacidad jurídica para actuar como una especie de legislador internacional.[27]

Pero lo que sucede es que, por ejemplo, dentro de la composición del actual derecho del mar, tal parece que lo que podría llamarse como la técnica del *unilateralismo* debería acordársele actualmente un lugar de "primerísima" importancia, no sólo desde un punto de vista cuantitativo por el gran número de actos unilaterales emitidos, sino también en forma cualitativa en razón de su transformación en reglas de derecho positivo.

La práctica que en un principio es sólo adoptada por un solo país, y que según el caso puede suscitar una mayor o menor oposición por parte de terceros, es luego ampliamente imitada, repetida y uniforme hasta que llega el momento en que la convergencia de la adopción de tales medidas, que pueden incluso tomar la forma de declaraciones conjuntas (son medidas unilaterales adoptadas por varios Estados, como la Declaración de Santiago, Lima, etcétera), desemboca en la formación de una costumbre internacional en la propia materia.[28]

Luego entonces, no puede negarse que de hecho asistimos a un advenimiento de nuevas formulaciones de reglas y principios cuyo alcance jurídico no posee por lo pronto el rigor de las fuentes del derecho internacional general (específicamente las enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ). Pero definitivamente la práctica ha demostrado que un exceso de formalismo legal no se justifica en derecho internacional público (sobre todo donde no existe un sistema judicial organizado como en el derecho nacional para la aplicación de sanciones),[29] y dentro del

27 Como dice Roger Pinto, debería ser reconocido un interés jurídico al Estado para intervenir unilateralmente por vía legislativa en materias importantes para la comunidad internacional, como por ejemplo la legislación de Canadá de 1970 para prevención de la contaminación de los mares (ver *Colloque de Toulouse*, 1974).

28 La institución de la plataforma continental es un ejemplo de adopción casi por unanimidad, en tanto que la ZEE sería un ejemplo de una práctica que engendra mayor oposición por parte de terceros.

Esta técnica del "unilateralismo" es cierto que en un principio deroga el principio del consensualismo que debe presidir las relaciones internacionales. (Ver la documentada tesis Suy, E., *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, París, 1962. Ver igualmente Statement of december 4, 1970, to the *First Committee of the General Assembly*, Mr. J. A. Beesly, Canadian Representative).

29 Incluso en el terreno de la seguridad internacional, el órgano encargado de sancionar las violaciones de derecho es un órgano político, como dice Virally, lo que trae como consecuencia que en muchos casos no sea sancionada la infracción.

cual lo que importa no es tanto el aspecto formal del instrumento mismo sino el de su efecto o significación jurídica.

Compromisos simplemente que podríamos llamar "político-morales", pueden tener un peso mucho más considerable que una obligación típicamente jurídica. Es necesario por lo tanto referirse al comportamiento de los Estados, pues como varias veces ha sido subrayado, poco importa que una reforma tome la forma de un "tratado" si éste no recibe ninguna aplicación. Por todo ello la flexibilidad de los nuevos instrumentos es sin duda necesaria y debe ser promovida en todo sentido. Hay que reconocer que actualmente, instrumentos tales como las resoluciones (declaraciones, recomendaciones, etcétera) de la Asamblea General de Naciones Unidas, en términos generales, "pueden contribuir a la formación de normas generales de derecho", y esto es así por el simple hecho de que si un órgano internacional como la Asamblea General no dispone de un poder constituyente, no puede entonces atribuirse él mismo mayores facultades y poderes jurídicos que aquellos que le fueron originalmente asignados.

De aquí que, como lo ha hecho notar una parte de la doctrina, no creemos que pueda asimilarse (y nos guste o no) el voto de un gobierno a favor de una resolución internacional, con la aplicación efectiva por ese gobierno de los principios enunciados en dicha resolución.[30]

Por el contrario, estamos convencidos de que el consenso que pueda desprenderse de una resolución internacional, logre en "ciertas ocasiones" (habría que analizar las circunstancias de votación, el contenido y las modalidades de su aplicación) constituir la *opinio juris* de una costumbre en vías de formación, de una regla en proceso de elaboración que favorezca, en una palabra, su advenimiento efectivo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, resulta innegable que una norma no puede reivindicar la característica de regla consuetudinaria sin un mínimo de *efectividad*, ya que sólo entonces habría rebasado el ca-

En estas condiciones no hay gran diferencia entre un compromiso formalmente jurídico y otro que no lo es, siendo que la cuestión de la sanción no se va a plantear en términos sustancialmente diferentes. Virally, M., en *Colloque* de Genève, IUHEI, 1970, p. 24.

30 Esto refuta la tesis de una posible "costumbre instantánea". No por ello queremos decir que compartimos un punto de vista similar al defendido por juristas como K. Mareck, quien se refiere a las resoluciones de la AG con expresiones como las siguientes: *"The Orwellian quality of the UN pseudo-legislative activities is as could be expected, accompanied by a supreme contempt of all intellectual rigour"*, p. 377, en su artículo "Reflections on Contemporary Law-Making in International Law", en *International relations in a changing world*, Genève, IUHEI, 1977. Ver también el artículo de Petersmann, Ernest, "International law and the new international economic order", *Law and State*, vol. 17, pp. 7-20.

rácter "prepositivo" de la *lex ferenda* al incidir concretamente sobre la práctica internacional.

El jurista Igmaz Seidl-Hohenveldern, en un acucioso estudio, ha precisado que sin desconocer la ductilidad y flexibilidad de las reglas calificadas como de *soft law*, gozan éstas de una cierta "importancia en el derecho internacional, aunque obviamente sin pretender que puedan resolver conflictos internacionales entre los Estados".

La conclusión a la que llega el mencionado jurista, es la de que podemos únicamente esperar que por lo menos algunas nuevas reglas dentro de las relaciones económico-internacionales puedan llegar a ser aceptables así sea como *soft law*, para que gradualmente se constituyan nuevas reglas de derecho internacional.[31]

IX. CONCLUSIONES

Cuando se pretende hacer una recapitulación de un análisis, por somero que éste sea, de lo que constituye el derecho internacional del desarrollo, y uno se percata de que el proceso de formación de este derecho no presenta ninguna *especificidad* que lo diferenciara de los procesos de elaboración de normas en otros campos, y aun y cuando el lugar que ocupan los *"principios"* (por ejemplo, el principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales) en este llamado derecho del desarrollo sea extremadamente importante, puede uno legítimamente preguntarse, como lo hace el profesor Michel Virally, si no deberíamos abandonar los esfuerzos de seguir impulsando esta rama incipiente del derecho internacional, en vista de los problemas y dificultades (y, hasta cierto punto, decepciones) que ha encontrado en su trayecto.

Sin embargo, el mismo profesor M. Virally, que es, sin lugar a dudas, uno de los juristas que con mayor seriedad ha estudiado este tipo de problemas, contesta a pesar de todo, en forma negativa, ya que ello, dice, equivaldría a renunciar a utilizar el derecho internacional como instrumento de cambio de la sociedad internacional.

Si por el momento no existe alternativa en el sentido de poder reemplazar el derecho internacional del desarrollo, por un derecho "revolucionario" (y no únicamente reformista), lo que en sí constituye una idea utópica sin consistencia ni contenido (Virally), hay que propugnar entonces por

31 Ver Seidl Hohenveldern, I., "International Economic Soft Law", *RCADI*, núm. 163, 1979-II, pp. 165-246.

afianzar, cada vez más, dentro del derecho positivo, los *"principios"* de este derecho del desarrollo, para que así se puedan, de alguna manera, redefinir las relaciones entre países en vías de desarrollo y países industrializados; para ello, esta nueva rama del derecho debe estar plenamente consciente de la necesidad de abandonar la era retórica de las proclamaciones y de los discursos de virtuosismo, para entrar de lleno en la edad de la razón.[32]

32 Virally, Michel, "Vers un droit international du développement", *Annuaire Français de Droit International (CNRS)*, París, 1965, pp. 2-12; *idem*, "A propos de la *lex ferenda*", *Mélanges offerts a Paul Reuter*, París, Pédone, 1981, pp. 519-535; *idem*, "Droit, politique et développement", *La formation des normes en droit international du Développement*, *cit.*, pp. 156-161 y 379-381.

MÉXICO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA DEL 6 DE MAYO DE 1998*

SUMARIO: I. *Comunicación con los nacionales del Estado que envía.* II. *Argumento de Estados Unidos encontra de la emisión de una opinión consultiva.* III. *Contrargumentación de los Estados Unidos de América en relación a la opinión consultiva del 6 de marzo de 1998, solicitada por México.* IV. *La efectiva protección de los derechos humanos en los Estados Unidos.* V. *Caso concerniente a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre Paraguay y los Estados Unidos de América, sometido a la Corte Internacional de Justicia (1998).* VI. *Apreciación crítica. Actuación contradictoria del Departamento de Estado.* VII. *Respuesta del gobernador de Virginia.* VIII. *Obligatoriedad de las providencias de la Corte.* IX. *Caso relativo a la Convención sobre Relaciones Consulares (1999) ante la Corte Internacional de Justicia (Alemania* vs. *Estados Unidos de América).* X. *Declaración del juez Shigeru Oda.* XI. *Opinión separada del presidente Schwebel.* XII. *Opinión crítica acerca de las "medidas provisionales".* XIII. *Sentencia del 1o. de octubre de 1999.*

El 17 de noviembre de 1997, el gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de *opinión consultiva* en relación a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

> La materia de la consulta guarda relación con las garantías mínimas y los requisitos de debido proceso, en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a personas de nacionalidad extranjera, a quienes el Estado

* Trabajo publicado en el libro *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

> receptor no ha informado de su derecho a comunicarse, y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.[1]

El gobierno de México consideraba que las disposiciones contempladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, contenían obligaciones a cargo del Estado receptor y no de los individuos afectados; y así un Estado incurre en responsabilidad si las personas detenidas, de nacionalidad extranjera, no son informadas, sin dilación, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, de conformidad al artículo 36 de la mencionada Convención de Viena de 1963.

Tratándose de individuos de nacionalidad extranjera —esgrime México— las garantías mínimas en materia penal plasmadas en diversos instrumentos de derecho internacional, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 4o.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 6o.) y diversas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y práctica jurisprudencial, deben ser aplicados e interpretados en armonía y dentro del marco de la misma Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cuando el Estado receptor, no ha informado oportunamente a los interesados de los derechos que les confiere la Convención de Viena, el gobierno de México ha protestado oficial y enérgicamente de esta irregularidad, en el ámbito bilateral, por considerar precisamente que las personas en cuestión se les ha privado del goce y ejercicio efectivo de sus derechos.[2]

De acuerdo con el artículo 62.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se transmitió la Consulta presentada por

1 Véase Oficio del 17 de noviembre de 1997 enviado por el secretario de Relaciones Exteriores, José Ángel Gurría, y recibido por la Secretaría de la Corte Interamericana, el 9 de diciembre de 1997.

2 Véase, "Solicitud de Opinión Consultiva, presentada por el gobierno de Estados Unidos Mexicanos", *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16*, XL Periodo Ordinario de Sesiones, 8 al 9 de junio de 1998. México en este escrito, menciona a 38 nacionales mexicanos que en ese tiempo, habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América, sin que fueran informados de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas. Dos de estos nacionales fueron ejecutados, después que se desecharon sus reclamos de falta de notificación oportuna. "No obstante que es un principio generalmente aceptado en el ámbito interamericano, que todo Estado federal constituye una sola persona en el derecho internacional, en el primer caso las autoridades del estado de Texas adujeron que esa entidad federativa no es signataria de la Convención de Viena. En el segundo caso, las autoridades federales de los Estados Unidos de América ofrecieron 'amplias disculpas' al gobierno de México, después de la ejecución de la pena por parte del estado de Virginia", *op. cit.*, pp. 1 y 2.

México a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al secretario general de la OEA, informándoles del plazo fijado por el presidente en turno de la Corte, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevante respecto de la solicitud.

Las preguntas hechas a la Corte son las siguientes:

1. En el marco del artículo de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

2. Desde el punto de vista del derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado artículo 36 a los extranjeros por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?

3. Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena ¿debe interpretarse las expresión "sin dilación" contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informe a todo extranjero detenido por delitos sancionados con la pena capital, de los derechos que le confiere el propio artículo 36.1 b) en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policiaca o judiciales?

4. Desde el punto de vista del derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

5. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

6. En el marco del artículo 14 del Pacto, ¿debe entenderse que el propio artículo 14 debe aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión, "todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo", contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguarda de las Naciones Unidas y que tratándose de extranjeros acusados o inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluye la inmediata notificación al detenido o procesado por parte del Estado receptor, de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

7. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación exigida por el artículo 36. 1 b) de la Convención de Viena, con respecto a los interesados con el derecho de éstos a disponer de "medios adecuados para la preparación de su defensa" de acuerdo con el artículo 14.3 b) del Pacto?

8. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿debe entenderse que las expresiones "garantías mínimas" contenidas en el artículo 14.3 del Pacto y "equiparables como mínimo", contenidas en el párrafo 5 de las respectivas salvaguarda de las Naciones Unidas, eximen al Estado receptor del inmediato cumplimiento con respecto al detenido o procesado de las disposiciones del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

9. Tratándose de países americanos construidos como Estados federales que son partes en el Pacto de Derechos Civiles y en el marco de los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto, ¿están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno, para hacer efectiva, en tales casos, la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todas sus partes componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagradas en el Pacto?

10. En el marco del Pacto y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

11. Tratándose de arrestos y detenciones de extranjeros por delitos sancionables con la pena capital y en el marco de los artículos 3.k) de la Carta y II de la Declaración, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación al detenido o inculpado "sin dilación" de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, con la proclamación por la Carta de los derechos humanos sin distinción por motivos de nacionalidad y con el reconocimiento por la declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin distinción alguna?

12. Tratándose de personas extranjeras y en el marco del artículo 3.k) de la Carta de la OEA y de los artículos I, II y XVI de la Declaración, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?[3]

Es importante señalar que el derecho individual de los nacionales extranjeros, al que hace referencia México, en el sentido de la facultad que tienen éstos de comunicarse con las autoridades consulares de su país, es una hipótesis diferente de la protección diplomática, en la que el Estado del nacional, "endosa" la reclamación de la persona física o moral, haciendo que el litigio cambie de naturaleza, convirtiéndose en una controversia de Estado a Estado, por haberse agotado, supuestamente los recursos internos.[4]

En la solicitud de *opinión consultiva* que plantea México a la Corte Interamericana, se encuentra como fondo, y punto crucial de la petición, la interpretación y alcance jurídico del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, adoptada ésta en la ciudad de Viena el 24 de abril de 1963, y vigente desde el 19 de marzo de 1967. Esta Convención modifica mayormente la práctica ancestral y el derecho consuetudinario en materia de usos y costumbres consulares.

I. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular compe-

3 Véase Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998, sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-16*, CIDH, pp. 6 y 7.

4 Véase *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional el 30 de agosto de 1924: "Es un principio elemental del derecho internacional el que consiste en autorizar a un Estado en proteger sus propios nacionales, violentados por actos contrarios al derecho internacional, cometidos por otro Estado, y del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias...", CPJI, Serie A, N. 2, p. 12.

tente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que le reconocen en ese apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho de visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conservar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que se tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.[5]

5 Véase Texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, en Palma, Hugo, *El sistema internacional en sus textos*, Lima, CEPEI, 1990, t. I, pp. 537-573. El texto francés puede consultarse en Dupuy, Pierre-Marie, *Grands textes de droit international public*, París, Dalloz, 1996, pp. 44-72.

"Artículo 36. Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi.

1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité:

a) Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux;

b) si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa;

c) Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pouvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenior en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détentionpréventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.

El antiguo profesor de la Facultad de Derecho de Aix, Georges Bay, sostenía que el *consul* como tal, es un mandatario público y oficial, que tenía por misión no sólo el vigilar y cuidar en el extranjero los intereses comerciales de su país, sino tambien, y en forma fundamental, estar al cuidado de la protección de sus nacionales.

El cónsul puede no desempeñar un papel directamente político como sería el caso de un embajador, pero —dice G. Bay—, el cónsul posee atribuciones múltiples, un cúmulo de funciones de las más diversas; es esto posiblemente lo que hacía decir a Talleyrand: "*Quand on a été ministre habile, que de choses il faut encore savoir pour être un bon consul!*".[6]

De igual forma, la autoridad del jurista René Foignet, sostenía que la función principal de los cónsules, era la de proteger los intereses de sus nacionales radicados en el extranjero. Para este autor el cónsul no debería ser concebido, como muchos pretenden, como simples agentes encargados de asuntos de comercio o relativos al mismo. Un *cónsul comerciante* no podría tener la autoridad suficiente para defender los derechos e intereses de sus nacionales que están habitando en el extranjero.[7]

En general se afirma que las funciones propiamente consulares son diversas a las funciones propiamente diplomáticas, en el sentido que las primeras no incluyen, *stricto sensu*, la representación del Estado.

Los Estados pueden mantener entre ellos relaciones consulares, y sin que esto implique el mantenimiento forzoso de relaciones diplomáticas. La admisión de los cónsules siempre se ha efectuado mediante la concesión del llamado *exequatur* ("permítale actuar"), por el jefe de Estado o de Gobierno que los acepte en la calidad de tales.[8]

2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettree la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article".

6 Véase Bry, Georges, *Précis élémentaire de droit international public*, 3a. ed., París, Lorose et Forcel, 1896, pp. 265-289.

7 Véase Foignet, René, *Manuel eléméntaire de droit international public à l'usage des candidats aux carrières diplomatique et consulaire*, 8a. ed., París, Arthur Rousseau, 1913, pp. 191-213.

Para Foignet el origen histórico del consulado no debe buscarse en el *pretor peregrino* de Roma, ya que éste no era un funcionario enviado por un Estado al territorio de otro Estado, sino que en realidad era un magistrado romano, como el *pretor urbano*, y sus funciones no eran como las de nuestros cónsules, consistentes en proteger los intereses y derechos de sus nacionales, sino simplemente administrar la justicia frente a los *peregrinos*, véase Foignet, R., *op. cit.*, p. 191.

8 Véase Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, trad. López Oliván y Castro-Rial, J. M., Barcelona, Editorial Bosch, 1961, t. I, vol. II, pp. 416-425.

Hoy en día el derecho internacional admite que tanto el personal consular como el personal diplomático debidamente acreditados, *representan* a su Estado en otro Estado, pero se sigue aceptando que los cónsules, a diferencia de los diplomáticos, no se ocupan de las "relaciones políticas" entre dos Estados.

El *iusinternacionalista* británico, Michael Akehurst, al comentar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, sostiene que no todo lo ahí expresado podía ser considerado como codificación del derecho consuetudinario, por lo menos en aquel momento. Sin embargo, alude a ciertos aspectos de la Convención que son muy representativos de la práctica internacional recogida en múltiples convenios bilaterales en materia consular. Esto es particularmente cierto, dice M. Akehurst, en relación precisamente con el artículo 36, que otorga el derecho a los cónsules para comunicarse con los nacionales del Estado acreditante en el territorio del Estado receptor, especialmente cuando dichos nacionales se encuentran en prisión antes de ser enjuiciados, o después que han sido condenados en un juicio de orden penal o criminal.[9]

Por otro lado, la Convención de Viena de 1963, deja en claro ciertos aspectos que en el pasado fueron motivo de discrepancia en la doctrina.

Así, deja bien asentado que el consentimiento que se otorga para el establecimiento de relaciones diplomáticas, implica a la par el establecimiento de relaciones consulares, salvo obviamente, disposición en contrario de las partes, y que llegado el caso de una ruptura de relaciones diplomáticas esto no entraña *ipso facto*, la ruptura de *relaciones consulares* (artículo 2o.).

En una disposición de doce incisos (artículo. 5o.), la Convención enumera una multiplicidad de funciones consulares siendo la primera de ellas, la de "proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales" (artículo 5o., inciso *a*), señalándose más adelante, que los cónsules deberán "prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas (artículo 5o., inciso *e*)", e igualmente, "representar a los nacionales del Estado que en-

Una perla en la diplomacia, fue la negativa de Austria de concederle el *exequatur* a Stendhal quien había sido nombrado cónsul de Francia en Trieste, a causa de las dificultades que en el pasado había tenido el escritor con la policía de Metternich. Véase, citado por Charles Rousseau, *Derecho internacional público,* Barcelona, Ariel, 1961, p. 341, nota 96.

9 Véase Akehurts, Michael, *A Modern Introduction to International Law,* 6a. ed.. Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, pp. 118 y 119.

vía a tomar medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor" (artículo 5o., inciso *i*).

El momento en que el jefe de una Oficina Consular es formalmente admitido al ejercicio de sus funciones, es aquél en que el Estado receptor le otorga el *exequatur*, pero en caso de negársele este documento a la persona propuesta como cónsul mediante "carta patente", el Estado receptor no queda obligado a comunicar los motivos de su negativa (artículo 12).

La Comisión de Derecho Internacional, que llevó a cabo los trabajos e informes preparatorios de las Convenciones de Viena de 1961 y de 1963, nos ayuda a esclarecer ciertos aspectos de la Solicitud de *opinión consultiva* presentada por México.

En la decimosegunda sesión de la Comisión de Derecho Internacional (25 de abril a 1o. de julio de 1960), el Relator Especial, señor Jaroslav Zourek (de nacionalidad checa), explicó que era de una importancia eminente el que se plasmara la confirmación, por una convención multilateral, del derecho que posee todo cónsul de representar *ex officio*, ante las autoridades judiciales y administrativas los nacionales de su propio Estado, que se encuentran en la imposibilidad de defender por sí mismos sus derechos e intereses.

En este mismo sentido, el señor Milan Bartos, declara que no cabe la menor duda que existe una regla de derecho consuetudinario que otorga a los cónsules el derecho de representar a sus connacionales; numerosas convenciones consulares, dice Bartos, y en particular aquellas celebradas por los Estados Unidos con otros países, contienen disposiciones expresas en este sentido. Es un derecho reconocido, incluso en ausencia de toda disposición convencional expresa.[10]

10 Véase *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. I, 1960, A/CN.4/SER.A/1960, 563e Séance, pp. 269 y 270. En un Proyecto presentado por el relator especial en el año de 1959, se planteaban dos variantes para consideración de la Comisión, y en tanto la una como la otra, la protección de los nacionales aparecía como primordial. En la primera variante y en referencia a las funciones concernientes a la protección se dice: "*To see that the sending State and its national enjoy all the rights accorded to them under the laws of the State of residence and under the existing international conventions and to take appropriate steps to obtain redress if these rights have been infringed*". Respecto a la segunda variante se afirma que la función del cónsul es: "*a) To give assistence and relief to nationals and bodies corporate of the sending State and to protect them vis-à-vis the local authorities*". Véase *Yearbook of tha International Law Commission*, vol. I, 11th Session, A/CN.4/SER.A/1959, 20 de abril-26 de junio de 1959, pp. 169 y 170.

II. Argumento de Estados Unidos encontra de la emisión de una opinión consultiva

De acuerdo al gobierno estadounidense la Corte Interamericana de Derechos Humanos no debería de conocer de la solicitud planteada por México, ya que ésta estaría, según Estados Unidos, dirigida específicamente en contra de su país y la Corte tendría que involucrarse en *factual and legal findings*, de una situación bilateral precisa, que claramente iba más allá de la jurisdicción y competencia del contexto de un procedimiento de tipo consultivo.

En realidad el gobierno mexicano, según esto, estaría presentando un caso contencioso bajo el subterfugio de una opinión consultiva.

La petición mexicana no podría ser desahogada por la Corte, sin que ésta hiciera un examen de hechos y situaciones particulares, lo que rebasaría su competencia consultiva. De acuerdo a los Estados Unidos, la Corte debería declararse como no competente para conocer el caso, ya que no se trata aquí únicamente, de una cuestión de derecho, o de una simple interpretación de tratados. Una opinión consultiva como la solicitada por México, prejuzgaría además necesariamente los derechos e intereses de los Estados Unidos en cualquier procedimiento contencioso en lo futuro, ante la Corte Interamericana eventualmente, y ante otros foros internacionales, así como dentro del sistema jurídico doméstico.[11]

La Convención Americana de 1969 prevé en su artículo 64 la función consultiva de la Corte Interamericana en términos muy amplios, ya que no sólo los Estados parte en la Convención pueden solicitar opiniones consultivas, sino también cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos.

11 Véase *The Government of the United Mexican States, concerning application of the death penalty in violation of the Viena Convention on Consular Relations and International Human Rights Guarantees (Written Observations)*, 1o. de junio de 1998, "Thus, the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, notwithstanding that the United States is not a party to the American Convention and has not accepted the contetious jurisdiction of the Court under Article 62". Este argumento fue reiterado en la audiencia pública por John Crook, consultor jurídico adjunto para Naciones Unidas del Departamento de Estado: "The application seeks, through the mechanism of an advisory opinion, a judgment in a contentious dispute with my government. This cannot be. Previous cases make clear that the Court cannot render an advisory opinion where the application in truth conceals, involves rather, a concealed contentious case", Véase *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998*, *cit.*, nota 3, p. 65, párrafo 4.

Esta jurisdicción consultiva, como vimos en su oportunidad, no se circunscribe únicamente a la interpretación de la Convención, sino que se extiende igualmente a cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Pero por si fuera poco, la Corte está investida con la facultad de emitir opiniones consultivas, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, sobre la compatibilidad o la incompatibilidad, entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales, o la Convención misma.

A propósito de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina más autorizada ha sostenido que en materia de opiniones consultivas, deben éstas dividirse en dos categorías:

Por una parte, tendríamos aquellas opiniones consultivas que pueden ser emitidas, sin que en forma alguna se atisbe ningún razgo de toma de posición frente a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados; y por otro lado, tendríamos aquella categoría de opiniones consultivas que en forma más o menos directa, y en grados muy variables, corren el riesgo de poner en juego ciertas cuestiones de naturaleza diversa a la mera decisión de tipo consultivo.

Hacer cierto tipo de generalizaciones para saber cuando nos encontramos frente a una categoría, y cuando nos encontramos frente a la otra categoría de opiniones consultivas, es, dice el conocido profesor de Lovaina, Charles De Visscher, un verdadero intento vano e insustancial, por la simple y sencilla razón que todo es cuestión de *espèce*, por ejemplo todo es cuestión del caso concreto.[12]

Así la Opinión Consultiva dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de la *Carélie Orientale* (1923), constituyó una decisión sobre un caso concreto y específico, al igual que lo fue el de la Corte Internacional de Justicia, dictado en el Caso sobre la *Interpretación de Tratados de Paz* (1950), cuando ésta declaró que la demanda de Opinión que le había sido dirigida concernía únicamente la aplicabilidad a ciertos diferendos de un procedimiento de arreglo instituido por los tratados, y que una demanda de tal naturaleza, no podía afectar el fondo de dichos diferendos, ni por consiguiente, comprometer la posición jurídica de los Estados que pudieran llegar a ser partes.[13]

12 Véase De Visscher, Charles, *Aspects récents du droit procédural de la Cour International de Justice*, París, Pedone, 1966, chapitre III, pp. 195-202.

13 Véase *ibidem*, p. 196.

Toda la evolución de las opiniones consultivas y, muy particularmente la asimilación gradual del "procedimiento de opiniones", con el "procedimiento contencioso", denota, dice Ch. de Visscher, la preocupación de excluir toda posibilidad de introducir, de manera un tanto subrepticia, la jurisdicción obligatoria por la vía simulada, o desviada, de la opinión consultiva. De evitar, que un diferendo entre Estados, sea, de hecho, dirimido por la respuesta dada a una cuestión que se relaciona, y que puede constituir una cuestión clave del diferendo en cuestión.[14]

Si regresamos ahora al artículo 64, párrafos 1 y 2 de la Convención Americana de 1969, y al título III del Reglamento de la Corte Interamericana (artículos 59 a 64) referente a las opiniones consultivas, está claro que cualquier Estado miembro de la OEA, puede solicitar la interpretación de cualesquiera de las disposiciones, no sólo de la Convención misma, sino de cualquier otro tratado que concierna a la protección específica de los derechos humanos, dentro del hemisferio occidental.

En la Opinión Consultiva relativa a la "Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta" (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana observó lo siguiente:

> El sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA, presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del artículo 64.1, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro, o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el artículo 64, la Corte carecería de competencia para emitir su opinión... La Corte debe subrayar que, en general, cuando una

En el Caso de la *Carélie Oriéntale*, la Corte Permanente declinó responder a la solicitud de Opinión, porque el asunto planteado se refería a una controversia pendiente entre dos Estados, uno de los cuales, Rusia, se negaba a participar en el procedimiento, y ello, aunado al hecho de que la solicitud implicaba claramente una cuestión de hecho que no podía ser elucidada sin haber escuchado, previamente, a ambas partes. En este caso concreto y específico, la CPJI, sostuvo que el mero hecho de intentar emitir una Opinión Consultiva "...would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties". Véase, Hudson, O. Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, Nueva York, The MacMillan Company, 1943, chapter 22, pp. 483-526.

14 Véase De Visscher, Charles, *op. cit.*, nota 12, p. 197. El mismo De Visscher acepta que esta preocupación siempre estará presente, y que ningún esclarecimiento doctrinal puede evitarle al juez, en forma absoluta, una posición *a priori*, esto es, una posición general, pues todo será una cuestión de cada caso concreto y específico. *Cfr.*, Lauterpacht, Sir Herscho, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens and Sons, 1957, pp. 352-358.

> solicitud de opinión consultiva contenga cuestiones cuyo análisis e interpretación sean de su competencia, ella está llamada a responderla, aun cuando la consulta contenga asuntos extraños a su jurisdicción (*contain issues outside the scope of its jurisdiction*), a menos que éstos sean enteramente inseparables de los primeros o que existan otras razones suficientes para fundamentar que se abstenga de emitir su opinión.[15]

En esta Consulta sometida a la Corte por Costa Rica, era de suma importancia el determinar si, la opinión solicitada hacía referencia a la interpretación de la Convención Americana de 1969, o si, por el contrario, hacía referencia a la interpretación del derecho interno de Costa Rica, en cuyo caso la pretendida consulta estaría yendo más allá de la competencia de la Corte.

A este respecto, la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, es bastante interesante:

> ... El gobierno manifestó su interés en clarificar una situación ambigua, en cierto modo de su propio orden interno, pero también directamente vinculada al cumplimiento de sus obligaciones como Estado parte de la Convención y, por ende, a la responsabilidad que podría resultarle de su incumplimiento en el orden internacional. En las hipótesis planteadas, parecía interesarle saber, por ejemplo, si el de "rectificación o respuesta", es un derecho de carácter autónomo, *exigible* "per se" *como derecho de la Convención, aunque su ejercicio no haya sido regulado en el orden interno,* de modo que su violación podría serle reclamada por el hecho de no amararlo, como incumplimiento de su deber inmediato de respetarlo y garantizar su goce, efectivo, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, independientemente de su falta de regulación...[16]

El gobierno de México al solicitar la Opinión Consultiva respecto a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los

15 Véase *Corte IDH*, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", *Opinión Consultiva, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986*, Serie A, N. 7.

16 Véase "Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante", *Opinión Consultiva OC-7/86, cit.*, nota 15, pp. 42-77 (pp. 45 y 46). El punto relativo a la admisibilidad de la consulta presentada por el gobierno de Costa Rica, fue decidida por cuatro votos a favor y tres en contra: desintieron los jueces Buergenthal, Nieto Navia y Nikken, *ibidem* pp. 31-41.

Cfr. Ruiz Miguel, Carlos, "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, CIDH/Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 1345-1363.

derechos humanos en los Estados Americanos, fundamentó la atingencia de su Consulta, en el artículo 64 del Pacto de San José haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

En particular el gobierno mexicano hizo referencia a las opiniones dictadas con motivo de las consultas sobre: "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, OC-9/87"; "Restricciones a la Pena de Muerte, OC-3/83"; "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89; y muy en especial a la Opinión Consultiva sobre *Otros Tratados*, Objeto de la Función Consultiva de la Corte, OC-1/82".

En sus "observaciones escritas" el gobierno de México sostuvo que en relación a la Consulta que estaba planteando, no se pretendía que la Corte determine el alcance de compromisos internacionales, asumidos por Estados que no son miembros de la OEA, ni la interpretación de normas sobre el funcionamiento de órganos u organismos ajenos al sistema interamericano. Por el contrario, en la presente Consulta está directamente involucrada la protección de los derechos humanos en las Américas y el principal propósito de la solicitud es asegurar el cumplimiento y determinar el alcance de las obligaciones contraídas por Estados miembros de la OEA conforme al derecho internacional.

Tampoco se pide a la Corte que interprete el derecho interno de ningún Estado, ni que ejerza su competencia consultiva, "mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva...". Sin embargo, no se pretende que la Corte se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado en ningún caso concreto.[17]

17 Véase "Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos", *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, cit.*, nota 2 (capítulo III, *Admisibilidad*), pp. 19 y 20. En la Audiencia Pública del 12 de junio 1998, el gobierno mexicano enfatizó que la Consulta no estaba enderezada en contra de algún Estado en particular, y que si bien se hacía referencia a casos concretos, éstos eran mencionados únicamente como casos ilustrativos, con objeto de fundamentar una determinada argumentación. Pero en cambio, lo que México sí pretende con esta Consulta, es buscar el cumplimiento "...de las condiciones mínimas en un proceso judicial, que se sigue contra un extranjero, en un Estado, parte de la Convención de Relaciones Consulares, donde se le acusa de haber cometido un delito", Véase "Sesión del 12 de junio de 1998", Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública, OC- 16, cit.*, nota 3, pp. 3-23 (p. 11).

Así pues, todo deja indicar, de acuerdo a la jurisprudencia más relevante y la doctrina más autorizada, que el gobierno mexicano está fundado plenamente en derecho, para exigir la *opinión consultiva* solicitada.

Cuando el artículo 64 de la Convención Americana nos dice que todo Estado miembro de la OEA puede consultar a la Corte, acerca de la interpretación de dicha Convención o de "...otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", debe entenderse que esta terminología no está siendo utilizada únicamente en relación a los puros tratados sobre derechos humanos, sino, antes al contrario, está cubriendo todo acuerdo, convenio, pacto o tratado, y ya sea de carácter bilateral o multilateral, que posea un contenido relativo a la materia de la protección de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, se puede pensar, dice T. Buergenthal, en los casos referentes a tratados de extradición, en donde además de ser instrumentos elaborados para facilitar la cooperación entre Estados sobre delitos graves, están también pensados para asegurar que los derechos humanos del sujeto extraditable, sean protegidos y respetados.

Así, por ejemplo, en estos tratados sobre extradición, se contempla casi en todos ellos, el principio según el cual, el Estado que demanda la extradición no debe —sin mediar consentimiento del Estado requerido—, enjuiciar al individuo más que por el solo delito por el cual se concedió la extradición (*principio de especialidad*).

Igualmente no se considera que deba llevarse a cabo la extradición, cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado tanto dentro del Estado requirente, como dentro del Estado requerido (*principio de doble tipicidad*).[18]

18 Véase Buergenthal, Thomas: "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *American Journal of International Law*, vol. 79, núm. 1, enero de 1985, pp. 1-28. Analizando este aspecto del artículo 64, el antiguo presidente de la Corte, Thomas Buergenthal, se pregunta que debería entenderse por el concepto de *human rights* dentro de este contexto y responde: "*In dealing with this problem, the Court might look to the catalog of rights fond in the principal international and regional human rights instruments and in the constitutions of the states constituting the inter-American system*", *cit.*, p. 7. Véase Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional: aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, capítulo II, pp. 15-21.

III. Contrargumentación de los Estados Unidos de América en relación a la opinión consultiva del 6 de marzo de 1998, solicitada por México

El gobierno de los Estados Unidos de América, en su *Memorial* (*Written observations*), adujo en primer término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tenía jurisdicción para conocer del Caso sometido por México, ya que el punto objeto de la controversia se refería a la interpretación de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, instrumento éste que no podía considerarse en forma alguna, un tratado sobre derechos humanos, ni concerniente o relativo a dichos derechos.

Del hecho, que la Convención de Viena estipule una protección, potencialmente importante, para ciertos individuos en detención, no se infiere por ello que la Convención concierna la protección de derechos humanos en tanto tales, en el sentido estricto que pudiera conferírsele una jurisdicción a la Corte,

Existen infinidad de tratados como aquellos que regulan ciertos aspectos del comercio, o de inversiones extranjeras, o incluso aspectos de herencia. o dominio sobre tierras, que confieren no sólo beneficios, sino también derechos específicos a los individuos, y no por ello se transformen en tratados o instrumentos sobre derechos humanos.

Pero además, sostienen los Estados Unidos, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no es en sentido alguno un tratado de tipo regional, ni pertenece al ámbito del *sistema jurídico interamericano*. En realidad se trata de una Convención adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas con objeto de establecer un régimen global y uniforme para la mejor conducción de las relaciones consulares entre Estados soberanos. El hecho de querer llevar la interpretación de obligaciones de los Estados, derivados de la Convención, a un marco y campo regionales, es algo totalmente inconsistente con su naturaleza.

Por otro lado, dice Estados Unidos, hay que tomar en cuenta que existe ya un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia, introducido por Paraguay en contra del gobierno norteamericano, en donde se tratan los mismos puntos alegados por México en su Opinión Consultiva. Ello exige que se tenga prudencia y la mayor cautela, hasta en tanto la Corte de La Haya, no haya dictado una sentencia definitiva interpretando las obligaciones de los Estados derivadas de su pertenencia a la Convención de Viena.

Por último, diría Estados Unidos, una razón adicional para eximirse la Corte Interamericana de conocer la *opinión consultiva* de México, es que ésta, no es tal, es decir, que el gobierno mexicano estaría presentando de hecho, un caso de naturaleza contenciosa, bajo la vestimenta o ropaje de una solicitud de opinión consultiva.

Que el objeto materia del procedimiento, encubre en realidad un caso contencioso, es más que evidente, si se piensa que los alegatos presentados por México, no pueden ser resueltos, sin que se haga una referencia expresa a una serie de hechos específicos. Los puntos sometidos a la Corte no son pura y simplemente cuestiones de derecho o de interpretación de tratados. Dichos puntos están necesariamente determinados por el análisis concreto de hechos específicos, aún y cuando éstos no hayan sido establecidos en forma categórica, y no pueden serlo, por la sencilla razón que están fuera de la jurisdicción de la Corte.

De esta suerte, sostiene Estados Unidos, el presente caso es un evidente intento de someter a dicho país a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, incluso a sabiendas, que los Estados Unidos, no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y menos aún han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. Así, una *opinión consultiva* como la que ha sometido México, causaría inexorablemente, un perjuicio a los derechos e intereses de los Estados Unidos para cualquier futuro procedimiento contencioso ante la Corte y en otros procedimientos legales de orden internacional, así como al interior de su propio sistema jurídico.[19]

Adentrándose a los puntos cruciales de la *opinión consultiva* sometida por México, los Estados Unidos, sostienen que, contrariamente a la te-

19 Véase *Re: Written Observations of the United States in OC-16. United States Departement of State Office of the Legal Adviser*, 1o. de junio de 1998, p. 53, CIDH/XL, Período Ordinario de Sesiones, 8 al 19 de junio de 1988. En cuanto al Caso sometido por Paraguay contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. Véase *International Court of Justice*, "Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations" (Paraguay *v.* United States of America). *Requestfor the Indication of Provisional Measures* (9 de abril de 1998: Order). En este Caso, la Corte emitió las medidas provisionales solicitadas por Paraguay, en el sentido de que las autoridades competentes de los Estados Unidos asegurasen el aplazamiento de la ejecución del ciudadano paraguayo, Ángel Roberto Breard Giubi, hasta en tanto la Corte Internacional de Justicia, no se hubiere abocado al fondo del Caso. Sin embargo, los Estados Unidos hicieron caso omiso de dicha petición de la Corte, ejecutando al señor Roberto Breard. A este respecto, véase: "Observaciones y puntos de vista del gobierno de la República del Paraguay con relación a la Opinión Consultiva OC-16, solicitada por México a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos" (286-98/MPP-OEA), *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, cit.*, nota 2, pp. 1-4.

sis del gobierno mexicano, en realidad la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *no crea un derecho para el auxilio o ayuda consular*, sino que más bien lo que consigna es la obligación para el Estado Receptor, de informar al detenido, *si éste lo solicita*, que las autoridades consulares del Estado del nacional, pueden ser *notificadas* (o avisadas) de la detención que se trate.

Si el detenido solicita, se informe a las autoridades consulares de su país (*consular notification*), la asistencia, ayuda o auxilio que se le llegue a prestar, bajo qué condiciones y hasta qué grado, es algo que sólo toca determinar, en forma discrecional, al aparato consular del Estado que envía.

Pero además de ello, la Convención de Viena no está contemplando en forma alguna, según los Estados Unidos, que la obligación de notificación consular, sea un prerequisito para la debida observancia de los derechos humanos en casos del orden penal.

Las protecciones procedimentales que están previstas en los sistemas jurídicos internos para garantizar un proceso justo (*fair trial*) a los extranjeros detenidos, sea cual fuere su particular nacionalidad, han sido reconocidas de tiempo atrás, por la comunidad internacional, como constituyendo las garantías principales para la protección de los derechos del individuo en todo proceso de orden penal. El derecho a gozar de dichas garantías, no están sujetas en derecho, a la presencia o ausencia de una posible notificación consular, e incluso, lo que es más, no están condicionadas ni siquiera a la existencia o inexistencia del establecimiento formal de relaciones consulares entre dos países.[20]

De conformidad con el *Memorial* sometido por los Estados Unidos, el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, contempla en realidad dos distintos tipos de obligaciones en cuanto a la "notificación" se refiere.

Por un lado, existiría la obligación de informar al nacional extranjero de la opción o facultad para que sean notificados los funcionarios consulares, y por el otro lado, existiría la obligación consistente en notificar a las autoridades consulares competentes, si así fue requerido o solicitado por la persona bajo detención.

De acuerdo con esto, los Estados Unidos, piensan que el punto sometido por México para elucidación de la Corte Interamericana, tiene refe-

20 Véase, *Re:Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 7-9. "This Court should not accept Mexico's invitation to obscure the important distinctions between the VCCR, on the one hand and human rights instruments, on the other", *idem.*

rencia únicamente con el primer tipo jurídico de obligación, esto es, con el relativo a informar al nacional extranjero de la opción que se le ofrece de notificar a las autoridades consulares de su respectiva detención.[21]

El artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, prevé que tanto una notificación como la otra, son obligaciones a cargo del Estado Receptor, que deben llevarse a cabo "sin retraso", y "sin dilación" (*without delay; sans retard*).

Sin embargo, no existe en el texto de la Convención de Viena de 1963, ninguna definición más específica del término *without delay*, y es por ello, dice Estados Unidos, que el gobierno de México no tiene base alguna para sugerir o suponer, que la famosa "notificación", deba producirse precisamente al momento del arresto de la persona en cuestión, y antes de que haga cualquier tipo de declaración.

Antes al contrario, según Estados Unidos, cualquier persona arrestado, detenida o en prisión preventiva debe ser informada acerca de su opción de notificación consular dentro de un periodo de *tiempo razonable,* que permita a las autoridades el poder determinar, si el sujeto detenido o arrestado, es en realidad, un nacional extranjero, y completar así las formalidades necesarias.

De hecho, dice Estados Unidos, cuando los Estados han deseado especificar un periodo de tiempo preciso dentro del cual se lleve a cabo el procedimiento de notificación consular, los Estados han celebrado acuerdos o tratados bilaterales a dicho efecto, independientemente del texto de la Convención de Viena.

Pero además, y según esta línea de razonamiento, la posición de México no sería defendible, ya que es evidente que el artículo 36 no especifica la forma (*the manner*) en la cual la notificación a los funcionarios consulares debe llevarse a cabo.

Así, algunos países realizan "la notificación consular", por medio de una *nota diplomática*, lo cual constituye, casi siempre un procedimiento de mayor formalidad y que supone un mayor tiempo para su ejecución. Frecuentemente se lleva a cabo por correo, por teléfono, por fax, etcétera. Dependiendo entonces del medio de comunicación que se elija, el retraso

21 Véase *Re:Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 10 y 11. "The United States makes the assumption both from Mexico's submission and because the specific cases cited by Mexico appear to have involved a failure to inform the detainee of the right to consular notification, rather than a failur to honor a detainee's request to notify the relevant consular post", *ibidem*, p. 11, nota 4.

o celeridad de la notificación recibida por las autoridades consulares, será de un periodo mayor o menor, como puede fácilmente constatarse en la práctica internacional.[22]

En su *Memorial*, Estados Unidos, enfatiza el hecho que la Convención de Viena de 1963 contempla la *notificación* a las autoridades consulares a petición de la persona en detención o bajo arresto, y que *permite* el acceso a los funcionarios del Consulado a la persona en cuestión; paro que de ninguna manera, se establece un verdadero derecho substantivo de una presunta *asistencia* consular que pudiera considerarse como un derecho detentado legalmente por la persona o el individuo bajo arresto o en detención.

En suma, el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares, no crea un *derecho* de ayuda o asistencia consular, en estricto sentido, como tampoco cambia los elementos esenciales de los sistemas jurídicos penales de los Estados receptores. En realidad, dice Estados Unidos, lo único que en verdad se encuentra en la Convención de 1963, es el intento de asegurar que los funcionarios consulares lleguen a estar enterados de las detenciones de sus nacionales, siempre y cuando las personas detenidas, así lo deseen; de suerte tal que los mencionados funcionarios puedan entonces actuar en la forma en que lo consideren más apropiada, pero siempre en consonancia con los sistema jurídicos internos de los Estados receptores.[23]

Los Estados Unidos, una y otra vez, insisten, en que sin restar la importancia debida a la "notificación consular", no existe en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ni en ningún otro instrumento relevante relativo a los derecho humanos, un sustento válido al alegato por parte de México en el sentido que la notificación consular del artículo 36, pudiera ser tomada como un requisito previo para la fiel observancia y protección de los derechos humanos, ni tampoco como una disposición que pudiera dar lugar a algún tipo de reparación judicial.[24]

22 Véase, *ibidem*, pp. 13-15.

23 Véase, *ibidem*, pp. 15-20. Para los Estados Unidos no cabe duda que ni el texto mismo de la Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963, ni la historia misma de su negociación, ni la práctica de los Estados en este ámbito, pueden aducirse como mínimo sustento de la existencia de un "*...right to consular assistence. On no basis, therefore, could this Court find that consular assistence is a human right, in any context*", *ibidem*, p. 18.

24 México y los Estados Unidos adoptaron en mayo de 1996, un *Memorandum de Entendimiento* sobre Protección Consular de nacionales de ambos países, en el cual se contempla más detalladamente la obligación de la "notificación consular". Este Memorandum de 1996, que *no es un instrumento jurídico vinculante*, es mencionado por el gobierno norteamericano, como una prueba más

De igual forma, el gobierno estadounidense reafirmará que los derechos y el acceso, derivados de la notificación consular, son primaria y fundamentalmente derechos y obligaciones de los Estados y no de los individuos en cuanto tales.

Es cierto, que estos derechos están entendidos como derechos que pueden beneficiar a los individuos al permitir o facultar, pero no obligar, a los Estados a ofrecer una asistencia de tipo consular, pero ellos no son, dice Estados Unidos, derechos humanos individuales, que pudieran considerarse como inherentes a los individuos, independientemente de las relaciones diplomáticas y consulares entre Estados soberanos. "*They cannot in any way appropriately be characterized as human rights*".[25]

IV. La efectiva protección de los derechos humanos en los Estados Unidos

De acuerdo al gobierno norteamericano el sistema de justicia penal que rige en dicho país, otorga un efecto pleno a las importantes protecciones para que se tenga un juicio imparcial, y demás garantías invocadas por México.

Estas garantías y procedimientos no están subordinados en forma alguna, a la eventual notificación consular, al acceso a la misma o al posible auxilio, socorro o protección de las misiones consulares.

de su determinación para instrumentar el artículo 36 de la CVRC, la mejor y más eficiente forma posible (*sic*). Véase "VCCR Remedies and Enforcement", *Procedimiento Consultivo OC-16*, pp. 20-25.

25 Véase, *Re: Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, p. 26. Pero además Estados Unidos no acepta que se hable —menos aún—, de la "notificación consular", como un derecho humano fundamental, esencial o básico, como lo caracteriza el gobierno mexicano. Para los Estados Unidos, no existiría una diferenciación o jerarquía entre los derechos humanos, por la cual unos privilegiarían de una mayor protección o *status* especial. En sentido contrario, véase la opinión disidente del juez mexicano Padilla Nervo, Luis, en "Affaires du Sud-Ouest Africain (Ethiopie *c.* Afrique du Sud/Liberoa *c.* Afrique du Sud". Deuxième phase. Arrêt du 18 Juillet 1966, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1966, pp. 441-471. Igualmente el ya célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la *Barcelona Traction*: "...Una distinción esencial debe en particular ser establecida entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, y aquéllas que nacen *vis-à-vis* otro Estado... Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego, todos los Estados pueden ser considerados como poseyendo un interés jurídico en que dichos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata, son obligaciones *erga omnes*", Véase *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Nouvelle Requête*: 1962 (Belgique *c.* Espagne). Deuxième Phase. *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1979, p. 32, párrafo 33.

Así, y entre las protecciones jurídicas más importantes estipuladas por la Constitución de los Estados Unidos, estarían las siguientes:

1) Toda persona demandada por supuestos delitos del orden penal, tiene garantizado su derecho al debido proceso legal, bajo la Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución Federal (*Delaware* v. *Van Arsdall 475 U.S. 673, 1986*).

2) La Quinta y Decimocuarta Enmiendas, garantizan también el que ninguna persona estará sujeta a discriminación alguna por autoridades federales o estatales, basados en su raza, género, etnia u origen nacional (*Craig* v. *Boren. 429. U.S. 190, 1976*).

3) De conformidad con la Quinta Enmienda, las autoridades, federales o estatales, deben informar a las personas detenidas de su derecho o no a declarar contra sí mismos en ninguna causa criminal (*The right to remain silent*). Este derecho, sostiene el *Memorial* estadounidense, impide a las autoridades de incriminar a una persona a través de sus propias declaraciones, a menos que el individuo mismo haya renunciado a este derecho constitucional *knowingly and intelligently*. Sin embargo, el renunciar a esta concesión o privilegio constitucional, no se considerará que ha sido con conocimiento de causa, si la persona detenida no comprende sus propios derechos, ya sea por dificultades del idioma, o por otra serie cualquiera de razones (*Miranda* v. *Arizona, 384, U.S. 436, 1966*).

4) De conformidad con la Sexta Enmienda, en todas las causas criminales el acusado goza del derecho de ser juzgado rápida y públicamente por un jurado imparcial; a ser informado de la naturaleza y motivo de la acusación; a que se confronte su declaración con el testimonio de los testigos que contra él declaren; a tener la asistencia de un abogado para su defensa, a costa del erario público, cuando el presunto responsable, carezca de los medios para ello (*County of Riverside* v. *Mc. Laughlin, 500 U.S., 44, 1991*).

5) De particular importancia para algunas personas con nacionalidad extranjera, resulta el hecho de que los tribunales de los Estados Unidos, han interpretado la Quinta y Sexta Enmiendas, como disposiciones que abarcan el derecho de ser asistidas por un intérprete, en aquellos casos en que el detenido, no comprenda el idioma inglés (*U.S.* v. *Martínez, 616 F. 2d. 185, 5th. Cir. 1980*).

6) La cláusula *ex post facto*, contemplada en el artículo 1o., sección 9 de la Constitución de los Estados Unidos, impide un incremento retroactivo en las sanciones penales en las causas criminales. La operación de esta

cláusula, prohibe al gobierno el imponer una penalidad (incluyendo la pena de muerte) a una persona por un delito cometido, que el tiempo de su comisión no tenía contemplado la sanción o castigo mencionado.

7) La pena de muerte está permitida en los Estados Unidos, pero sujeta a procesos muy rigurosos, y en donde existe una larga serie de apelaciones y recursos legales, de acuerdo al sistema judicial estadounidense.

En el ámbito federal, únicamente los crímenes excepcionales están sancionados con la pena capital (*aggravated murder*).

En el ámbito local, cada uno de los Estados miembros de la Federación, posee su propia legislación criminal, pero ésta no debe contravenir el pacto federal. Este control constitucional opera en forma *cuasi* automática, ya que la Suprema Corte tiene el deber de reexaminar las penas de muerte antes de su ejecución.

Este *automatic review* de la sentencia por el más alto tribunal del Estado, sirve como salvaguarda en contra de la posibilidad de que la pena capital pudiera ser impuesta en forma caprichosa, arbitraria o desproporcionada.[26]

México ha sostenido —dice el *Memorial* norteamericano—, la posibilidad de que el debido proceso legal y las garantías constitucionales afines, no lleguen a ser observadas en causas criminales en donde sean personas de nacionalidad mexicana las que se encuentren involucradas, en aquellas hipótesis en que no ha existido la "notificación consular" respectiva.

Según los Estados Unidos, sería innecesario e ilógico, el crear una presunción universal en el sentido que, de no mediar notificación consular, se debería entonces invalidar todo procedimiento penal consiguiente.

Una presunción de tal naturaleza, estaría diametralmente opuesta a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y a la práctica de los Estados, las cuales no vinculan la notificación consular al procedimiento de orden criminal que se esté siguiendo.

México está confundiendo y distorsionando la naturaleza real de las cosas —dice el gobierno estadounidense—, al estar pidiendo a la Corte Interamericana, el que considere la falta de "notificación consular", como, siendo equiparable, a una violación de los derechos que se desprenden del debido proceso legal y las garantías constitucionales *per se*.

En opinión del gobierno estadounidense, no existe base alguna para avanzar tal tipo de alegatos, ya que por lo demás, la cuestión de saber si

26 Véase *Re Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 33-36.

uno o varios derechos fundamentales fueron violados en el curso de un juicio o proceso criminal, no pueden ser examinados más que en forma casuística, esto es, examinando cada caso concreto con todas y cada una de sus complejidades y particularidades.

El hecho que, en uno o varios casos particulares, se llegare a demostrar que el auxilio consular hubiere sido un recurso eficaz o valioso, no transforma la notificación en cuestión, en un verdadero "derecho humano", cuya ausencia pudiera dar derecho a invalidar una sentencia condenatoria. Esta conclusión, según el *Memorial* de Estados Unidos, se desprende del texto mismo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de las negociaciones previas a ésta y de sus *travaux préparatoires*, así como de la práctica de los Estados.[27]

Si se siguiera el razonamiento aducido por el gobierno mexicano, en el sentido antes visto, tendría entonces que desprenderse —según Estados Unidos—, el hecho insólito de que la ausencia de "notificación consular", podría invocarse como una eventual causa de nulidad de todo proceso de orden penal, en el que potencialmente pudiera resultar una sentencia de prisión de cierta consideración y gravedad; no limitándose, por lo tanto, a los solos casos en que se contemplase la pena de muerte.

Una conclusión como la anterior no tiene base o cimiento alguno en derecho internacional, ni fundamento lógico o moral —afirman los Estados Unidos—, además de que ello provocaría una terrible confusión para muchos de los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.[28]

27 Véase *ibidem*, pp. 33-43. La pena capital sostienen los Estados Unidos, no está prohibida por el derecho consuetudinario internacional, ni por ningún acuerdo, tratado o convención de los que sean parte los Estados Unidos. Además de ello, el gobierno estadounidense se refiere a la Resolución del 3 de abril de 1998 de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, por la que se hace un llamado a los Estados que imponen la pena de muerte a declarar una moratoria en la ejecución de la misma. El hecho que haya sido aprobada por 26 votos a favor, 13 en contra y 12 abstenciones, refleja claramente la diversidad de opiniones que tiene la comunidad internacional acerca de la pena capital. A todo lo largo de su Memorial, los Estados Unidos rechazan todo intento de querer ver en la ausencia de "notificación consular" la infracción a un derecho humano que invalidaría un proceso "*...Simply put the fact that consular authorities may be able to provide useful assistence to defendants incertain cases, is neither sufficient nor persuasive reason to declare that consular notification is a universal prerequisite to the observance of human rights, or to a valid criminal conviction*", *ibidem*, p. 42.

28 *Ibidem*, p. 49. "An Opinion of the Court calling for invalidation of convictions not preceded by consular notification would have significant implications for OAS Member States", *ibidem*, nota 29.

Por otro lado, y respecto al alegato mexicano, que hace referencia a los "derechos de no-discriminación" y "de igualdad frente a la ley", el gobierno estadounidense sostiene que hay que dejar muy en claro que la "notificación consular", por su naturaleza misma, se produce únicamente en relación con las personas que no son ciudadanas del Estado receptor.

De acuerdo a lo anterior, la pretendida discriminación en relación a la notificación consular *per se*, única y exclusivamente podría tener algún sentido, en el supuesto caso de que, un gobierno en forma constante y deliberada, informara de la posibilidad del auxilio consular, a personas de cierta nacionalidad, y omitiera esta misma información respecto de personas de una distinta nacionalidad.

Sin embargo, y si se miran las cosas con más detenimiento, bien podría darse el caso de una cierta "discriminación", en aquellos casos en que no existan relaciones consulares entre dos Estados, ya que personas detenidas bajo esta hipótesis no tendrían por que ser informadas del derecho a un eventual auxilio consular, dado que el derecho internacional consuetudinario no impone tal tipo de obligación a los Estados. Esta obligación emanará únicamente de los acuerdos o tratados entre los países: "*...international law does not require consular notification where there are no consular relations*".[29]

En el capítulo de *Conclusiones*, el gobierno de los Estados Unidos, pedirá a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en Decisión acerca de la Opinión Consultiva sometida por México, concluya de la manera siguiente:

1. Que el requerimiento de la notificación consular del artículo 36, es una obligación jurídica importante, y que todos los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben realizar su mayor esfuerzo para mejorar su debido cumplimiento.

2. La notificación consular no es un "derecho humano" en cuanto tal, sino más bien un deber de los Estados que han establecido relaciones consulares con otros Estados soberanos; deber éste que está encaminado a beneficiar tanto a los individuos, como a los Estados mismos.

29 Véase *Re: Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, p. 50, párrafo 2. "While it is recognized that special measures in some cases may be appropriate to ensure the adequate and effective enjoyment of human rights, this is highly case —and fact— specific... Ultimately the suggestion that foreign nationals merit special rights is itself contrary to the principles of non discriminattory and equality", *ibidem*, pp. 51 y 52, párrafo 3.

3. La notificación consular no implica en sí misma, *un derecho a*, ni tampoco exige un determinado nivel de asistencia consular.

4. En aquellas hipótesis, en que existan relaciones consulares oficiales entre Estados, la notificación consular puede, sin embargo, resultar en una asistencia consular que puede ayudar a la persona extranjera que está sometida a un juicio penal del Estado receptor.

5. La esencia de los derechos y protecciones individuales aplicables a las causas criminales, es aquélla que queda expresada y plasmada en la Declaración Americana, en la Carta de la OEA y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. Todas las personas tienen el derecho a un justo proceso penal, independientemente de la penalidad que puede ser impuesta; a los extranjeros debe serles acordado un trato igual, no importando a este efecto, si recibieron o no recibieron, una notificación consular.

7. La omisión por parte del Estado receptor, de informar a una persona extranjera, del hecho de que las autoridades consulares pueden ser notificadas de su detención, puede sin duda, resultar en la adopción de medidas diplomáticas que busquen remediar dicha omisión y mejorar su cumplimiento.

De todas formas y en cualquier hipótesis, el remedio apropiado por una falta de notificación, puede solamente ser evaluado, con base en cada caso en particular, a la luz de la práctica actual de los Estados, y en el contexto de las relaciones consulares que se tengan entre los Estados concernientes.[30]

30 Véase *ibidem*, pp. 52 y 53. En la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana, el gobierno estadounidense enfatizaría una y otra vez, el establecimiento de relaciones consulares como fundamento y base *sine qua non* del derecho a la notificación consular. "...The right to consular notification set forth in the Convention is a right of an unusual character. It has two elements: the right of the individual to be advised of the possibility of consular notification, and the obligation to notify a consular official if requested. It comes into operation, only when the sending State has a right to perform consular functions. It depends entirely on the existence of a bilateral consular relationship. If tha relationship does not exist, there is no individual right to consular notofication". Véase Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la corte el 12 y 13 de junio de 1998*, nota 3 (Intervención del señor Ion Crook, Assistant Legal Adviser for United Nations Affairs in the Department of State, p. 70).

Por el contrario para el señor embajador Héctor Gross Espiell, actuando como *amicus curiae* ante la Corte, el artículo 36 de la Convención de Viena, opera por sí, sin que sea necesario el probar perjuicio, ni daño, debiendo caracterizarse como una norma relativa a la protección de los derechos humanos. "...La violación del artículo 36 y la consiguiente responsabilidad del Estado, según el derecho internacional consuetudinario..., se genera por haber conculcado una norma de derecho internacional, por una omisión de cumplimiento de una obligación resultante de un tratado en vigencia del que ese Estado es parte, violación que se produce ipso jure, per se; por la sola configuración de la omi-

V. Caso concerniente a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre Paraguay y los Estados Unidos de América, sometido a la Corte Internacional de Justicia (1998)

La República de Paraguay, acorde con lo dispuesto en el artículo 40 (1) del Estatuto de la Corte, y el artículo 38 de su Reglamento, sometió una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, en contra del gobierno de los Estados Unidos de América por supuesta violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (24 de abril de 1963).

En el año de 1992, las autoridades del Estado de Virginia, detuvieron y metieron a prisión al señor Ángel Francisco Breard, ciudadano de nacionalidad paraguaya.

Un Tribunal del Condado de Arlington, Estado de Virginia, procesó, condenó y sentenció a muerte al señor Ángel F. Breard, sin que nunca le hubiera sido comunicado al detenido su derecho al auxilio consular, y tampoco se le hubiere notificado a los funcionarios del Consulado de Paraguay de la detención y proceso del señor Breard, de conformidad a lo exigido por la Convención de Viena en su artículo 36, ordinal 1, inciso *b*.[31]

El gobierno del Paraguay sostuvo que la falta de una fiel observancia por parte del Estado receptor a la norma contenida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, específicamente el artículo 36, 1, b, hacía nugatorio el derecho del detenido extranjero a un debido proceso.

Este derecho se agrava —dice Paraguay—, cuando el extranjero se encuentra bajo una acusación por delitos sancionables con la pena capital, pues la aplicación de la misma, produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial, y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado.

El incumplimiento de dicha disposición, configura una clara violación de las garantías procesales que el derecho internacional de los derechos humanos, confiere a favor de todo extranjero, detenido, arrestado o puesto en prisión preventiva.

sión ...". Véase Texto oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la corte el 12 y 13 de junio de 1998, cit.*, nota 3, p. 135, párrafo 6.

31 Véase "Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States)", *Provisional Measures. Dispositif*, Order of April 9, 1998 (http://www.I.C.J.-C.I.J. ORG). La jurisdicción de la Corte se fundamentaría en el artículo 1o. del Protocolo Opcional relativo a la Solución de Controversias, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El Estado de Paraguay, habiéndose enterado por otros medios, a principios de 1996, del estado y situación del detenido, se abocó al agotamiento de todos y cada uno de los recursos procesales en la jurisdicción interna del Estado receptor, fundamentando su actuación como una defensa a los derechos y garantías judiciales, e igualdad ante la Ley del nacional condenado. Todos los esfuerzos del Paraguay para que se anulara el proceso, fueron infructuosos.

Por lo tanto la República de Paraguay, solicitaba a la Corte de La Haya, que fallara en consecuencia, declarando que los Estados Unidos debían de acordar una *restitutio in integrum*, y que dicho país estaba bajo la obligación jurídico-internacional, de abstenerse de aplicar la doctrina del *procedural default*, o cualquier otra doctrina de derecho interno, que precluyera, en un sentido u otro, el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 36 de la Convención de Viena.[32]

Por otro lado, el gobierno de Paraguay, paralelamente a la demanda principal incoada ante la Corte Internacional de Justicia, solicitó de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte, y los artículos 73, 74 y 75 de su Reglamento, la indicación urgente de "medidas provisionales" para resguardar los derechos del Estado de Paraguay, de tal suerte que el Estado de Virginia pospusiera la ejecución del señor Breard, en tanto no se dictara una sentencia definitiva por parte de la Corte de La Haya.[33]

Así las cosas, el 9 de abril de 1998, la Corte Internacional de Justicia omitiría en forma unánime, una *Providencia* ordenando la indicación de "medidas provisionales", en el sentido que los Estados Unidos deberían de tomar todas las medidas puestas a su alcance, para asegurarse que el señor Ángel Francisco Breard, no fuese ejecutado, en tanto no existiera una decisión final sobre el fondo del Caso, debiendo informar a la Corte de todos los pasos que se vayan tomando, para la debida instrumentación de la presente Providencia.

32 Véase *ibidem*, numeral 25, incisos 1, 2, 3 y 4. "Applying this doctrine ('procedural default'), the Court decided that, because Mr. Breard had not asserted his rights under the Vienna Convention in his previous legal proceedings, he could not assert them in the federal habeas proceeding. This municipal law doctrine was held to bar such relief even though Mr. Breard.... was unware of his rights precisely because the local authorities failed to comply with their obligations under the Convention promptly to inform him of those rights", *ibidem*, núm. 13.

33 Véase "Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Paraguay", abril de 1998, *cit.*

La Corte, siguiendo su propia jurisprudencia recordaría que la indicación de "medidas provisionales", no prejuzga en nada ninguna cuestión relativa al fondo del asunto.[34]

VI. Apreciación crítica. Actuación contradictoria del Departamento de Estado

Ante la Providencia de la Corte Internacional de Justicia, ordenando la indicación de "medidas provisionales", podemos decir que los Estados Unidos adoptaron una actitud deliberadamente ambigua y con directivas encontradas.

El único paso tomado realmente por el gobierno norteamericano fue el envío de una misiva (el 13 de abril de 1998) por parte de la Secretaría del Departamento de Estado dirigida al gobernador de Virginia, y en la cual se le comunicaba, que no obstante los esfuerzos del consejero estadounidense ante la Corte de La Haya, en el sentido que Estados Unidos insistía en que la *consular notification* no hubiera cambiado en nada el resultado del proceso contra el señor Breard, y que de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no se desprendía en absoluto la revocación o anulación del proceso criminal, por omisión de la notificación consular, no obstante ello, la Corte de La Haya había solicitado la suspensión de la sentencia de pena capital, a través —dice la misiva—, de la utilización de un lenguaje no vinculante (*Using non-binding language*).[35]

Es con la mayor renuencia (*great reluctance*) dice M. Albright, que estoy solicitando esta diferición de la ejecución, pero como secretaria del Departamento de Estado, tengo la responsabilidad de tener en mente la seguridad de nuestros connacionales en el extranjero.

En este sentido, continúa la misiva, estoy particularmente preocupada por las posible consecuencias negativas que pudiera conllevar la ejecu-

34 Véase "Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay *v.* United States)", *cit.*, nota 31. El estado de Virginia no hará caso alguno de la Providencia de la Corte Internacional de Justicia, y el señor Ángel Francisco Breard, fue ejecutado en la fecha prevista, esto es, el 14 de abril de 1998.

Si bien la Providencia de la Corte dictando medidas provisionales fue adoptada a la unanimidad, sin embargo, los jueces Stephen M. Schwebel, Shigeru Oda y el juez Koroma, anexaron "Declaraciones" a la Providencia de la Corte, puntualizando su particular punto de vista acerca de las medidas precautorias.

35 Véase *Letter from Madeleine K. Albright, U.S. Secretary of State, to James S. Gilmore III, Governor of Virginia (April 13,1998), International Legal Materials*, vol. XXXVII, mayo de 1998.

ción del señor Breard en estos momentos. Consecuencias negativas que podrían incidir en muchos de los ciudadanos estadounidenses que viajan o viven en el extranjero. De no tomar en cuenta la Providencia de la Corte, podría llevar a pensar por parte de algunos Estados, que los Estados Unidos no toman en serio las obligaciones derivadas de la Convención y del derecho internacional, lo cual podría a su vez limitar nuestras facultades para proteger debidamente a nuestros connacionales en el extranjero.[36]

Amicus brief

Por otro lado, los Departamentos de Estado y de Justicia de los Estados Unidos, introducirían un escrito ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, urgiendo a ésta la denegación de un "auto de avocación" (*writ of certiorari*) y de posposición de la ejecución de la sentencia en el Caso Breard.[37]

De este "escrito" ante la Suprema Corte, es importante destacar, primero, que en él se dice, que respecto a una *Providencia* de la Corte Internacional de Justicia, indicando "medidas provisionales", hay un desacuerdo substancial entre los juristas en el sentido de considerarlo como siendo o no siendo obligatorio, pero que con todo, la posición prevaleciente —siempre según este escrito—, es la de que dichas providencias no tienen carácter obligatorio.

De acuerdo a lo anterior y si se lee con cuidado el artículo 41, párrafos 1 y 2 del Estatuto de la Corte, se advierte un lenguaje más bien permisivo, que la utilización de un lenguaje más bien vinculativo. La Corte tendrá facultad para indicar las "medidas provisionales" que deban tomarse (*ought to be taken*), y añadiendo más adelante que: "Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas" (*...notice of the measures suggested...*).

Todo esto deja indicar, que la Corte, está *sugiriendo* una determinada acción, pero que en realidad, no la está *exigiendo*, desde un punto de vista estrictamente jurídico.[38]

36 Véase *idem*, "As Secretary of State, however, I have a responsibility to bear in mind the safety of Americans overseas".

37 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae. Breard* v. *Greene*, 118 S. Ct. 1352 (1998), N. 97-1390; 97-8214.

38 Véase *ibidem*, pp. 49-51. "The use of precatory language ('indicate'; 'ought to *be taken*'; 'suggested') instead of atronger language (*e. g.* the I.C.J. may 'order' provisional measures that 'shall' be taken) strongly supports a conclusion that ICJ provisional measures are not binding on the parties", *idem*.

Pero además de los anteriores argumentos, en este *amicus brief* sometido a la Suprema Corte, se sostiene que incluso si se examina con detalle la Providencia de la Corte de la Haya, ésta sólo está solicitando que se tomen todas las medidas necesarias que estén a la disposición del Estado en cuestión, para que el señor Breard no sea ejecutado, antes de mediar una sentencia definitiva por parte de la Corte Internacional de Justicia.

En cualquier hipótesis, las medidas que el gobierno de los Estados Unidos, pueden llegar a adoptar, es una cuestión de derecho interno, por ejemplo una cuestión del derecho doméstico norteamericano, y el sistema federal de éste, impone límites a las facultades gubernamentales de orden federal, para interferir con los sistemas penales de los Estados federales.

De conformidad al sistema constitucional estadounidense, en el presente caso, todo lo que puede hacer el Ejecutivo Federal, es tomar una medida de "persuasión", como la adoptada en la misiva de la Secretaría del Departamento de Estado, pero nunca una medida de carácter compulsivo.[39]

Con fecha 14 de abril de 1998, la Suprema Corte de los Estados Unidos, por una votación de 6 a favor y 3 en contra, denegó la petición de *habeas corpus*, y las peticiones de *certiorari*. La Suprema Corte, en forma harto extraña, sostuvo que las reglas procedimentales del Estado del foro, gobiernan la instrumentación de un tratado en cada Estado en particular, a menos que el mismo tratado prescriba algo distinto: *In the Court's reading of the Vienna Convention, no such contrary intention could be discerned.*[40]

VII. Respuesta del gobernador de Virginia

Así las cosas, no será nada sorprendente que el gobernador del Estado de Virginia, se sintiera no solamente libre de actuar como le fuere su real parecer, sino que incluso, pareciera verse alentado en llevar a cabo la ejecución de la pena de muerte contra el señor Breard, en la fecha previamente determinada por el Tribunal del Condado de Arlington.

39 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae, cit.*, nota 37, pp. 49-51.

40 Véase Breard *v.* Greene, 118, S. Ct., 1352, 1354 (1998): "Even were Breard's Vienna Convention claim properly raised and proven, it is extremely doubtful that the violation should result in the overturning of a final judgement of conviction without some showing that the violation had an affect on the trial", *ibidem*, ordinal 1355.

En una Declaración de fecha 14 de abril de 1998, el gobernador de Virginia sostuvo que como gobernador que era, su primera y más alta obligación residía en asegurar a los habitantes de su Estado, tanto como fuere posible, el que pudiesen llevar una vida libre del temor del crimen, y que le preocupaba que la Corte Internacional de Justicia estuviera llevando a cabo una "revisión" del Caso Breard, ya que esto tendría el efecto práctico, de transferir la responsabilidad que poseen los tribunales de la Confederación de los Estados Unidos, a una instancia internacional.[41]

VIII. Obligatoriedad de las providencias de la Corte

Hay que dejar bien claro que, contrariamente a lo manifestado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, toda Providencia (*order/Ordonnance*) emitida por la Corte Internacional de Justicia, posee carácter obligatorio, y esto de conformidad con la doctrina más autorizada y con la jurisprudencia internacional más relevante.

La obligatoriedad de una Providencia en indicación de "medidas provisionales", quedó definida desde la jurisprudencia de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional.

A este respecto cabe recordar el "Caso de la Compañía de Electricidad de Sofía o Bulgaria (1939)", en donde la Corte Permanente sostuvo que la disposición concerniente a la facultad de indicar medidas provisionales, derivaba de un principio universalmente admitido ante las jurisdicciones internacionales, y según el cual, las partes en una controversia deben de abstenerse de toda medida susceptible de tener una repercusión perjudicial en la ejecución de la decisión que vaya a ser dictada, y en general, de no permitir ningún acto, de la naturaleza que fuere, "y que sea susceptible de agravar o ampliar el diferendo".[42]

41 Véase *Commonwealth of Virginia; Office of the Governor. Press Office. Statement by Governor Jim Gilmore concerning the Execution of Angel Breard* (april 14,1998). *ILM, op. cit.*, pp. 670 y 671: "...Should the International Court of Justice, resolve this matter in Paraguay's favor, it would be difficult, having delayed the esecution so that the International Court could consider the case, to them carry out the jury's sentence despite the rulings of the International Court", *ibidem.*

42 Véase *CPJI Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie (Measures Conservatoires). Ordonnance du 5 Décembre 1939. Fascicule 79. Série A/B, Arrêts,Ordonnances et Avis Consultatifs*, pp. 191-200. En cuanto a la doctrina el estudio emprendido por el doctor M. H. Mendelson, es uno de los mejores y más detallados análisis sobre el problema: Mendelson, M. H., "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", *British Year Book of International Law, 1972-1973*, XLVL, 1975, pp. 259-323. En una de sus conclusiones, el doctor M. H. Mendelson, asienta: "There are

El eminente profesor estadounidense Louis Henkin, al comentar el caso específico entre "Paraguay y los Estados Unidos" y la Providencia dictada por la Corte Internacional de Justicia a este efecto, no tiene la menor duda en sostener, que el mandamiento de la Corte era jurídicamente vinculante para los Estados Unidos.

La Providencia dictada por la Corte de la Haya, el 9 de abril de 1998, exigía de los Estados Unidos, como un punto de derecho internacional, el adoptar las medidas provisionales indicadas por la Corte.

La obligación internacional para los Estados Unidos, se desprende del Estatuto de la Corte Internacional, el cual tiene la naturaleza de ser un tratado internacional, celebrado por el Ejecutivo Federal, en consulta y con consentimiento del Senado (artículo II, sección 2, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos, 1789).

De acuerdo al derecho internacional y de acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos, sostiene Louis Henkin, la Providencia de la Corte posee el mismo carácter y *status*, que cualquier otra obligación emanada de un tratado estadounidense, como en efecto lo es el Estatuto de la Corte, subyacente éste a la obligatoriedad de la Providencia mencionada.[43]

Pero si vamos a llamar las cosas por su nombre, el gobierno norteamericano no sólo no dio todos los pasos adecuados para lograr la suspensión de la ejecución, sino, antes al contrario, promovió medidas absolutamente contrarias a lo que la Corte le requería.

El abogado general (*solicitor general)* de los Estados Unidos, en conjunción con el consultor jurídico del Departamento de Estado, sometieron el "escrito", analizado anteriormente, ante la Suprema Corte de su país, con el increíble argumento, de que en su opinión la Suprema Corte no estaba de ninguna manera obligada por la Providencia del Tribunal Internacional en sentido de posponer la sentencia de pena de muerte.

En pocas palabras, no solo no adoptaron las medidas provisionales necesarias para dar cumplimiento a la Providencia del 9 de abril de 1998, sino que se aseguraron de tomar las medidas necesarias para ayudar a que la pena de muerte se llevara a cabo. Se infringe y se viola el derecho in-

'degrees' of urgency, of seriousness of anticipated harm, and so on... If the surrounding circumstances militate very strongly in favor of indicating interim measures, the Court would be justified in granting them even if the objections to jurisdiction seem very strong indeed (though not of course, if they are 'manifestly' well founded", *ibidem*, p. 321.

43 Véase Henkin, Louis, "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations, and the States", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4, octubre de 1998, pp. 679-683.

ternacional sin tapujo alguno, no una, ni dos, sino varias veces. ¡El desprecio absoluto por el derecho internacional vuelve a tener patente de corso![44]

Por otro lado, y como ya advertíamos, la Carta de las Naciones Unidas es simple y sencillamente un Tratado —para todo efecto—, ratificado por los Estados Unidos, y teniendo a la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de la Organización de Naciones Unidas (artículo 1o. del Estatuto).

Siendo la Carta de la ONU un Tratado, es entonces "Ley suprema del país" (artículo VI, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos de 1787), y sus disposiciones autoejecutivas son parte integrante del derecho interno estadounidense, al igual y al mismo nivel que las leyes emanadas del Congreso.

En los términos que convirtieron el Caso del *Paquete Habana* (1900) en el *leading case* concerniente a la incorporación del derecho internacional al derecho interno de los Estados Unidos, la Suprema Corte declaró:

> El derecho internacional es parte integrante de nuestro derecho, y debe ser determinado y dispensado por los tribunales de justicia de la jurisdicción apropiada, siempre y cuando existan cuestiones sobre derechos que dependan de él y que sean debidamente presentados para su calificación: para este propósito, cuando no exista un tratado, y no haya un decreto ejecutivo o legislativo de control, o una decisión judicial, debe entonces recurrirse a las costumbres y usos de las naciones civilizadas.[45]

En la importante causa *United States* v. *Belmont* (1937), los Estados Unidos presentaron una reclamación contra un banquero de Nueva York, de nombre August Belmont, con el propósito de recuperar una suma de

44 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae. Breard* v. *Greene*, *cit.*, nota 37, *cfr. Sanitary Dist* v. *United States*, 262 U.S. 405; 425-426 (1925). "U.S. may bring bill in equity to enjoin action by state agency in order, *inter alia*, to carry out U.S. treaty obligation", citado por Henkin, Louis, *cit.*, nota 43, p. 681, nota 8.

45 Véase, Glennon, J. Michael, Constitutional Diplomacy (foreword by J. William Fulbright). Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990. Chapter Seven, pp. 229-282. El problema nodal que se plantea el profesor M. Glennon en este capítulo es el siguiente: "...As a metter of domestic law, is the president prohibited from violating principles of customary international law?", *ibidem*, p. 230.

Véase, *The Paquete Habana, The Lola*, United States Supreme Court, 1900 (175 U.S. 677) en Briggs, W. Herbert, *The Law of Nations,Cases, Documents and Notes*, Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1938, pp. 31-34.

dinero que había sido depositada por una Compañía Rusa antes de la Revolución.

El gobierno soviético había expropiado todos los activos (*Petrograd Metal Works*), incluyendo la cuenta en depósito en el banco de Nueva York. Los Estados Unidos argumentaban que se estaban basando en el hecho de que, de acuerdo al decreto soviético, todos los activos de la Compañía pasaban a ser propiedad del gobierno norteamericano de acuerdo a la llamada Cesión Litvinov (*Litvinov Assignment*).

El demandado sostenía que el decreto soviético no podía ser aplicado en Nueva York, porque ello supondría un acto de confiscación contrario a las leyes neoyorkinas.

La Suprema Corte rechazaría esta línea argumentativa, y como lo expresaría el *justice* Sutherland, aunque la regla de supremacía sobre la ley estatal respecto de:

> ...los tratados es contemplada en forma precisa por la cláusula 2, artículo VI, de la Constitución, la misma regla resultaría aplicable en el caso de todos y cada uno de los pactos y convenios internacionales por el hecho mismo de que todo el poder sobre los asuntos internacionales corresponde ejercerlo al gobierno de la Nación, *y no está, ni puede estar sujeto a ninguna forma de disminución o injerencia alguna por parte de los distintos estados*.[46]

En la Causa *United States* v. *Pink* (1942), la Suprema Corte reiteró la regla impuesta en *Belmont*, y puede decirse, que incluso lo hizo con un mayor rigor.

Así, la Suprema Corte sostuvo que un tratado era una *ley de la nación* según la cláusula de la supremacía de la Constitución de 1787. La *Litvinov Assignment*, debía por lo tanto invalidar la política estatal que se abstiene de aplicar los decretos confiscatorios pronunciados por el tribunal de Nueva York.

El justicia Douglas asentó con toda precisión que: "La ley o derecho estatal, deben replegarse, cuando éstas no son compatibles, o son antagó-

46 Véase *United States* v. *Belmont*, 301 U.S. 324,57 S. Ct.758, 81 L. Ed., 1134 (1937) (cursivas nuestras), en Noyes E., John y Janis W., Mark. *Cases and Commentary on International Law*, (American Casebook Series) St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1997, pp. 162-165. "As a result of cases like *Belmont*, the term 'treaty' really has two meanings in the U.S. Constitution. First, there is the 'treaty' in Article II (2) that requires the 'advice and consent' of the Senate. Second, there is the 'treaty' in Article VI (2) that, along with the Constitution and U.S. law, is given supremacy". *Ibidem*, p. 165, nota 2.

nicas, con la política o disposición de... un pacto o convenio internacional".[47]

Con toda razón, el internacionalista Louis Henkin, considera que detrás del terrible drama del Caso *Breard*, se puede divisar una forma de incertidumbre, de terreno resbaladizo, e incluso una posible ignorancia acerca de las obligaciones del estado de Virginia, dentro del contexto de las obligaciones de los Estados Unidos como Estado soberano.

Tal parece que es necesario llamar la atención y recordarles, incluso después de doscientos años, que los tratados celebrados por los Estados Unidos, continúan siendo ley suprema del país, y que poseen fuerza jurídica, *vis-à-vis* los estados de la Unión, por disposición expresa de la Constitución de los Estados Unidos.

Por último, dice Louis Henkin, no deja de ser lamentable, la negativa a posponer la ejecución de la pena capital en el Caso *Breard*, va a interpretarse inexorablemente por muchos países, como una burla, como una mofa más de los Estados Unidos hacia los mandamientos, autos y providencias de la Corte Internacional de Justicia.[48]

47 Véase *United States v. Pink*, Supreme Court of the United States (1942) 315 U.S. 203, en Green, L. C., *International Law trough the Cases*, 13a. ed. (The London Institute of World Affairs), Londres, Stevens and Sons Limited, 1970, pp. 48-53. El siguiente pasaje no necesita de mayor glosa: "*...There are limitations on the sovereignity of the States. No Statee can rewrite our foreign policy to conform to its own domestic policies. Power over external affairs is not shared by the States; it is rested in the national Government exclusively. It need not be so exercised as to conform to state laws or state policies...*", *ibidem*, p. 53.

Véase Weston H., Burns, Falk, Richard, D'Amato, Anthony, *International Law and World Order, (A problem-Oriented Coursebook)*, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1980. Consúltese en especial el subtítulo: "The impact of International Law upon National Law", chapter 3, pp. 162-200.

48 Véase Henkin, Louis, *op. cit.*, nota 43, pp. 682 y 683. Por su parte, el profesor Jordan J. Paust, a propósito del Caso *Breard*, sostiene lo siguiente: "*In my opinion, application of both procedural 'default' doctrine and the subsequent statute to defeat treaty-based rights of the individual was inappropiate...As the Court has recognized at least since 1796, federal judges are bound to apply treaty law*", Véase Paust J., Jordan, "Breard and Treaty-Based Rights under the Consular Convention", *American Journal of International Law*, vol 92, núm. 4, octubre de 1998, pp. 691-697 (p. 692). En el mismo sentido y con iguales o parecidas críticas a la posición adoptada por los Estados Unidos en el Caso *Breard*, véanse los dos siguientes artículos: (1). Lori Fisler, Damrosch, "The Justiciability of Paraguay's Claim of treaty violation", *AGORA: Breard, American Journal of International Law*, pp. 697-704. (2), Kirgis, L., Frederic, "Zschering *v.* Miller and the Breard Matter", *AGORA: Breard. American Journal of International Law*, pp. 705-708. Este último jurista concluye en la forma siguiente: "As Professor Bilder pointed out almost a decade ago, state and local governments must therefore take responsibility for ensuring that they act within ppropiate constitutional bounds when foreign relations issues are at hand. The Governor of Virginia failed th shoulder that responsibility in the Breard matter", *cit.*, pp. 707 y 708.

Con fecha 9 de junio de 1998, la Corte Internacional de Justicia, siguiendo su procedimiento, va a disponer que la República de Paraguay someta la *Memoria* sobre el Caso ya incoado, para dictar sentencia sobre el fondo del mismo, y fijando asimismo la fecha del 9 de abril de 1999 para la Contramemoria de los Estados Unidos de América.

Sin embargo, el 2 de noviembre de 1998, la República de Paraguay, informó a la Corte Internacional de su deseo de no continuar con el procedimiento, y solicitó que la causa fuera removida del orden del día.

Al día siguiente los Estados Unidos informaron a la Corte no tener objeción alguna a la solicitud de remoción del Paraguay, por lo que el día 10 de noviembre de 1998, la Corte ordenó que la causa en cuestión fuese definitivamente eliminada de la lista oficial de casos pendientes.[49]

IX. Caso relativo a la Convención sobre Relaciones Consulares (1999) ante la Corte Internacional de Justicia (Alemania *vs.* Estados Unidos de América)

Con fecha 2 de marzo de 1999, la República Federal de Alemania introdujo una demanda en contra de los Estados Unidos de América, por

49 A raíz de este Caso *Breard*, los Estados Unidos emitieron un pequeño opúsculo, dirigido a las autoridades norteamericanas locales como federales, con el fin de instruirlas sobre las "obligaciones internacionales" que se adquieren respecto a la notificación consular y el acceso respectivo. Véase *U.S. Dept of State. Pub N. 10518, Consular Notification and Acces:Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist them (1998).*

En el Caso *Murphy* v. *Netherland* (1997), sin haber llegado éste a la Corte Internacional de Justicia, tiene, sin embargo, grandes analogías con el Caso *Breard*. Mario Murphy, de nacionalidad mexicana, fue arrestado y sentenciado a la pena capital en el estado de Virginia, en el mes de septiembre de 1992. En ningun momento Mario Murphy fue notificado de su legítimo derecho a comunicarse con nuestros funcionarios consulares. Todos sus recursos y apelaciones fueron rechazados. En el escrito del gobierno mexicano, como *Amicus Curiae*, ante el Cuarto Circuito, México, aparte de subrayar las violaciones al derecho internacional, hacía notar que Mario Murphy, un joven de 19 años, sin ningún tipo de educación escolar, había sido procesado junto con otros *norteamericanos*, por el mismo delito,y mientras que estos últimos recibieron distintos tipos de sentencia, única y sólamente a Mario Murphy le había sido impuesta la pena de muerte.

Después de una petición infructuosa ante la Supreman Corte de Justicia de los Estados Unidos, y posteriormente a la negativa de clemencia solicitada al impasible gobernador de Virginia, el mexicano Mario Murphy, sería ejecutado el 17 de septiembre de 1997. ¡La Justicia reposa serenamente en el espíritu de los justos!

Véase *(a) Murphy* v. *Netherland*. 116.F.3d. 97. U.S. Court of Appeals. 4th Cir., June 19, 1997. *(b). Amicus Brief of the United Mexican States, Murphy* v. *Netherland*, 116. F. 3d. 97 (4th. Cir. N 96-14) *(c)* Aceves, J. William, "Treaties-Vienna Convention on Consular Relations-Habeas Corpus", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 1, enero de 1998, pp. 87-91.

supuestas violaciones, cometidas por este último país, a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

Los hechos que dan lugar a la demanda, se basan en la detención en 1982, por parte de las autoridades de Arizona, de dos personas de nacionalidad alemana (Karl y Walter Le Grand), las cuales fueron procesadas y sentenciadas a la pena de muerte, sin que dichos sujetos hubieren sido notificados "sin dilación", de las prerrogativas y derechos que les concede el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.

Alemania argumenta que al no haberse cumplido con lo estipulado por el artículo 36 de la mencionada Convención, esto impidió a Alemania el proteger los intereses jurídicos de sus nacionales en los Estados Unidos, tanto en la fase misma del proceso penal, como en las instancias de apelación de los tribunales norteamericanos.

En la misma demanda, Alemania asienta, que cuando finalmente Karl y Walter Le Grand, por mediación de las autoridades consulares alemanas, alegaron que se habían cometido violaciones patentes a la Convención de Viena, ante la Corte Federal de Primera Instancia, ésta misma, hizo aplicación de la doctrina jurídica interna del *procedural default*, decidiendo que, dado que las personas en cuestión no habían hecho valer sus derechos derivados de la Convención de Viena de 1963, en los procedimientos jurídicos previos en el nivel estatal, estaban ya impedidos de hacerlo en los procedimientos federales de *habeas corpus*.[50]

Visto todo lo anterior la República Federal de Alemania va a solicitar a la Corte de decidir y declarar:

1. Que los Estados Unidos, al arrestar, detener, procesar, condenar y sentenciar a Karl y Walter Le Grand, violaron sus obligaciones jurídico-internacionales respecto de Alemania, en su propio derecho, y en el derecho de protección diplomática de sus nacionales, tal y como está previsto y contemplado por los artículos 5o. y 36 de la Convención de Viena de 1963.

50 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany* v. *United States)*, 3 de marzo de 1999, "Request for the Indication of Provisional Measures", Order: *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999 (ASIL), pp. 308-316. Alemania fundamentó la jurisdicción de la Corte, en el artículo 36, párrafo 1, del Estatuto de la Corte y en el artículo I del Protocolo Facultativo sobre Solución Obligatoria de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: "Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender de ellas, a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, que sea parte en el presente Protocolo" (artículo I "Protocolo Facultativo relativo a la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias").

2. Que Alemania tiene por lo tanto, derecho a que se le otorgue una reparación de acuerdo al derecho internacional.

3. Que los Estados Unidos están obligados conforme a derecho internacional, de no hacer aplicación de la doctrina *procedural default*, o de cualquier otra doctrina del foro interno, si esto conlleva inhibir o precluir, el ejercicio de los derechos estipulados en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.[51]

Por otro lado, el gobierno alemán sostiene que la culpabilidad de tipo penal que fue impuesta a Karl y Walter Le Grand, al haber sido dictada en violación a las obligaciones internacionales, debe ser declarada nula por la Corte y por las autoridades legales de los Estados Unidos.

En lo que respecta al caso de Karl Le Grand, ejecutado el 24 de febrero de 1999, el gobierno alemán exige le sea acordada una reparación jurídica, en su modalidad de "indemnización" por el daño material y de "satisfacción" por el daño moral sufridos conforme a derecho internacional. En lo que respecta al caso de Walter Le Grand, lo que se solicita al gobierno americano es el restablecimiento del *status quo ante*, esto es, la reposición de la situación que existía anteriormente a la detención, proceso y sentencia del ciudadano alemán (*restitutio in integrum*).[52]

Por último, el gobierno alemán, paralelamente a su demanda principal, solicitó al mismo tiempo, una petición formal para que la Corte Internacional de Justicia dictara auto de "medidas provisionales", de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la misma Corte.[53]

Esta petición de "medidas precautorias", la formula Alemania por la gravedad y urgencia de la situación, esto es, la inminente ejecución de la sentencia de muerte fijada para el 3 de marzo de 1999 en Arizona, en contra de Walter Le Grand, hermano de Karl, este último ya ejecutado el 24 de febrero de 1999.

51 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations* (*Germany* v. *United States*), *cit.*, nota 50, p. 309, numeral 5.

52 Véase *ibidem*, p. 310. "Si se piensa que el principio general de la reparación, tiende a hacer desaparecer las '*consecuencias*' producidas por el hecho ilícito imputable al Estado... es entonces evidente que la 'reparación en especie', se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación". Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Aspectos de la reparación internacional", *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p. 184.

53 Véase, Charte des Nations Unies, "Statut et Règlement de la Cour et autres textes", *Actes et Documents Relatifs à l'Organisation de la Cour*, núm. 4, 1978.

La Corte Internacional de Justicia va a recordar su propia jurisprudencia en materia de "medidas provisionales", en el sentido que su viabilidad, presupone el que un perjuicio irreparable pueda ser causado a los derechos en litigio en un procedimiento judicial (ejemplo *USA, Diplomatic and Consular Staff in Theran: Provisional Measures*, Order: 15-XII-1979) y que el emitir un mandamiento judicial en este sentido, no prejuzga en nada la competencia de la Corte para conocer del fondo del asunto, ni ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda, ni a la substancia de la misma.

La Corte deja muy en claro que los puntos relativos al presente diferendo, no conciernen en forma absoluta, la atribución que poseen los Estados federados dentro de los Estados Unidos, para recurrir a la pena capital.

La función de la Corte, enfatiza ésta, es la de resolver diferendos jurídico-internacionales entre los Estados, *inter alia*, cuando éstos se generen por la interpretación o aplicación de tratados, pactos o convenciones internacionales; pero su función no es nunca la de comportarse como una especie de tribunal criminal de apelación.[54]

Así, la Corte Internacional de Justicia, en su mandamiento judicial del 3 de marzo de 1999, en forma unánime, va a dar cabida a la demanda interpuesta por la República Federal de Alemania en el sentido de indicar las siguientes medidas provisionales:

I (a). Los Estados Unidos de América deben tomar todas las medidas que estén a su disposición a fin de asegurar que Walter Le Grand no sea ejecutado, en tanto no exista una decisión final en el presente Caso, y quedando obligado de informar a la Corte de todas las providencias que hayan sido adoptadas para la debida instrumentación del presente mandamiento.

(b). El gobierno de los Estados Unidos de América queda en la obligación de transmitir las anteriores disposiciones al gobernador del estado de Arizona.

II. La Corte decide que hasta el momento en que no exista un fallo definitivo por parte de la misma, ésta quedará abocada a los puntos que integran la materia substantiva del presente mandamiento.[55]

54 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany* v. *United States), cit.*, nota 50, pp. 312 y 313.

55 Véase *ibidem*, p. 313, numeral 29. Las "medidas provisionales" dictadas por la Corte fueron adoptadas de acuerdo al artículo 41 del Estatuto y 75, párrafo 1 de su Reglamento de 1978, como fue

X. Declaración del juez Shigeru Oda

El juez Shigeru Oda, acompañó al texto de la *Prividencia* del 3 de marzo de 1999, una "Declaración", sosteniendo que si bien había votado a favor, lo había hecho con gran vacilación y recelo, en virtud de que la Corte Internacional de Justicia, no podía convertirse en un Tribunal Criminal de Apelación, y tampoco llegar a ser una instancia para admitir recursos de *habeas corpus*.

De acuerdo al juez S. Oda, la Corte no posee jurisdicción para decidir asuntos relativos a la pena capital y su ejecución, y no debe de estar interviniendo en este tipo de diferendos. Decidir si, la pena de muerte es contraria al artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es un asunto que deba ser determinado o resuelto por la Corte de La Haya, o por lo menos, no el presente caso y bajo la actual hipótesis.

La indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas, cuando la Corte así lo considere conveniente para resguardar los derechos de las partes, son medidas para preservar —dice S. Oda—, derechos de los Estados soberanos, expuestos éstos a una inminente violación, la cual sería por sí misma irreparable, de no recaer tal Providencia.

Si la Corte interviene directamente en el destino de un individuo, esto ya está implicando una cierta desviación de la función encomendada al órgano judicial principal de Naciones Unidas, que no es otra, sino la de dirimir controversias inter-estatales, relativas a los derechos y deberes de los Estados soberanos.[56]

XI. Opinión separada del presidente Schwebel

Para el juez Stephen M. Schwebel, presidente en turno de la Corte Internacional de Justicia, la Providencia emitida el 3 de marzo de 1999 por la Corte, y conforme a la cual se dictaban las "Medidas Provisiona-

solicitado por Alemania. Dada la extremada urgencia (*greatest urgency*) del asunto en cuestión, la Corte puede en todo momento examinar de oficio (*provisional measures 'proprio motu'*) la indicación de medidas provisionales que las partes, o una sola de ellas, debería tomar o ejecutar.

56 Véase *Declaration of Judge ODA, ICJ, Germany* v. *United States, cit.*, nota 50, pp. 314 y 315.

"*...Given the fundamental nature of provisional measures, those measures should not have been indicated upon Germany's request. I reiterate and emphasize that I voted in favour of the Order, solely for humanitarian reasons*". *Ibidem*, p. 315, numeral 7.

les", solicitadas por Alemania, no tiene precedente en los anales de la jurisprudencia, y hace votos, para que esta decisión no siente precedente en lo futuro.

De acuerdo al juez S. Schwebwl, esta decisión relativa a la indicación de medidas provisionales, fue emitida por la Corte a petición de una de las partes, pero sin haber escuchado a la otra parte, y esto infringe una regla básica del procedimiento judicial.

De conformidad con el artículo 75, párrafo 1 del Reglamento de la Corte, ésta misma tiene la facultad, en todo momento de examinar de oficio (*d'office*; *proprio motu*), si las circunstancias del caso así lo exigen, la indicación de medidas provisionales (*mesures conservatoires*; *provisional measures*) que deban adoptar o cumplir las partes, o una de ellas.

Esta facultad que puede ser ejercida "de oficio", sin escuchar a las partes, es un poder extraordinario que debe ser ejercido por la Corte, bajo el cuidado más extremo y la mayor de las cautelas, y en el caso presente, dice Schwebel, no se tipifica la hipótesis del artículo 75 (1) ya que esta disposición no contempla el dictar tales medidas a petición de una de las partes, por ejemplo Alemania.[57]

XII. Opinión crítica acerca de las "medidas provisionales"

El incidente consistente en indicar medidas cautelares, es una facultad de la Corte que ésta ejerce cuando en un momento dado, considera que los derechos objeto de la demanda pueden estar siendo amenazados por un daño o perjuicio irreparable.

La práctica judicial de la Corte misma otorga la protección mencionada, antes de haber fallado definitivamente sobre la competencia y sobre el fondo, cuando la acción de una parte *pendante lite* es susceptible de causar a los derechos de un tercero, un daño de tal naturaleza, que no sería posible restablecer plenamente tales derechos, o llevar a cabo una re-

57 Véase "Separatee Opinion of President Schwebel", *International Legal Materials, cit.*, nota 50, pp. 315 y 316. El juez Stephen M. Schwebel se cuestiona además sobre la conveniencia misma de la facultad otorgada a la Corte de emitir de oficio, medidas precautorias. "*...There may be room to question whether sovereign States should be subjected to the Court's restraints 'pendente lite', without giving them the opportunity to be heard*", *ibidem*, p. 316, párrafo 2.

paración del *statu quo ante*, a través de un simple fallo favorable, dictado tiempo después, sobre el fondo de la controversia.

Así, por ejemplo en su Providencia del 15 de diciembre de 1979, relativo al "Caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Therán", la Corte consideró que:

> ...La persistencia de la situación que hace el objeto mismo de la demanda, expone a los seres humanos en cuestión, a una serie de privaciones, a una vida dolorosa y angustiante, e incluso a verse confrontados a peligros hacia su propia vida y su salud, y por consiguiente a una posibilidad muy seria de un perjuicio irreparable, por lo que la Corte concluye en la necesidad de indicar las medidas provisionales.[58]

Es cierto que la Corte no puede indicar medidas cautelares, cuando ésta es "manifiestamente incompetente". Pero la urgencia siempre asociada a las demandas de medidas cautelares, no permite el que se pueda establecer en forma definitiva, la competencia de la Corte, antes de indicar las medidas en cuestión.

Por ello, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en aceptar que la Corte ha establecido una jurisprudencia que le atribuye la facultad de indicar medidas provisionales, si los motivos de competencia invocados por el demandante parecen constituir *prima facie*, una base sobre la cual podría fundamentarse la propia competencia de la Corte.[59]

El juez Eduardo Jiménez de Aréchaga en su Opinión Individual relativa a la Demanda en Indicación de Medidas Provisionales del 11 de septiembre de 1976, sostuvo:

> Este artículo (41), constituye el fundamento de la facultad de la Corte para actuar con respecto a una solicitud de medidas provisionales. Es una disposición que ha sido aceptada por todas las partes del Estatuto, y en esa acep-

58 Véase "Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Théran", *Mesures Conservatoires. Ordonnance du 15-XII-1979. Recueil*, CIJ, 1979, p. 17.

59 Véase en este terreno uno de los estudios más lúcidos sigue siendo el de Sir Gerald Fitzmaurice: "The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure", *The British Year Book of International Law*, Londres, 1958, vol. XXXIV, pp. 1-162.

"...The power of the Court to indicate interin measures falls into the same category as its *compétence de la compétence*. Both are an exercise of incidental jurisdiction, necessary in the case of the *compétence de la compétence* to enable the Court to function at all, and, in the case of the power to indicate interim measures, to prevent its decisions from being stultified", *ibidem*, p. 116.

> tación radica el elemento de consentimiento de los Estados a esta forma especial de jurisdicción. Se le ha calificado como jurisdicción incidental, porque se trata de una competencia que la Corte está llamada a ejercer como un incidente en procedimientos ya incoados ante ella. Desde este punto de vista, puede compararse con la jurisdicción conferida por el artículo 36 (6) del Estatuto.[60]

XIII. SENTENCIA DEL 1o. DE OCTUBRE DE 1999

El 1o. de octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por México, respecto a: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de hacer una síntesis, en su parte conducente, de las observaciones escritas y argumentos orales de los Estados participantes en el Procedimiento (México, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Honduras, El Paraguay, Costa Rica, Estados Unidos) así como de la Comisión Interamericana respecto a la Consulta formulada por México, se abocaría primeramente al aspecto de la "competencia" de la propia Corte para conocer del asunto.[61]

La Corte va a determinar, en ejercicio de sus facultades inherentes para precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean (OC-7 de 1986),

> ...que la presente Opinión Consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto Inter-

60 Véase "Opinion Individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président", *Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée* (Grece *c.* Turquie), "Demande en Indication de Mesures Conservatoires". *Ordonnance du 11 séptembre 1976. Recueil des Arrêts...*, 1976, p. 16, párrafo 2. En este Caso, si la Corte denegó las medidas provisionales fue en razón, de que la Corte consideró ya necesario pronunciarse acerca de su jurisdicción sobre el fondo, ni siquiera en forma preliminar. *Ibidem*, p. 13, numerales 43 a 467.

61 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, pp. 1-43. En su escrito del 18 de mayo de 1999, los Estados Unidos de América, reiteraron que "...conforme a su punto de vista, la Corte no debe emitir una interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que es un tratado con vocación universal relativo a las relaciones consulares entre Estados y que no crea derechos humanos", *ibidem*, p. 41. Texto oficial mimeografiado.

> nacional de Derechos Civiles y Políticos, y son parte (s) en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, independientemente de haber o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[62]

Este punto era importante que lo esclareciese la Corte, puesto que el gobierno estadounidense siempre sostuvo, tanto en sus presentaciones orales como escritas, que en realidad el objeto de la Consulta solicitada por México era el cuestionar la conformidad de la legislación y práctica estadounidenses con normas de derechos humanos, y dado que dicho gobierno no era, hasta la fecha, Estado parte en la Convención Americana, la Corte Interamericana no podía gozar de competencia para conocer de la solicitud en cuestión.

Pero la Corte Interamericana, como veíamos, hizo a un lado este argumento, ya que para fundar su competencia, lo importante era la vinculación jurídica que se desprendía de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la cual era parte el gobierno estadounidense, así como Estado miembro de la OEA.[63]

Por otro lado, y de acuerdo a su propia jurisprudencia, la Corte debe examinar, si al emitir una eventual Opinión Consultiva, no estaría desvirtuando la naturaleza de este particular régimen.

Uno de los parámetros, dice la Corte que pueden ser utilizados por la misma al realizar el examen de este punto,

> ...se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, un Estado miembro obtenga prematuramente un pronunciamiento que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un contencioso. Sin embargo, esta Corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, "per se", un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.[64]

62 *Opinión Consultiva OC-16/99*, *cit.* nota 61, p. 46, párrafo 42.

63 Véase Written Observations of the United States of America. 1o. de junio de 1998: "...the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, not with standing that the United States is nor a party to the American Convention and has not accepted the contentious jurisdiction of the Court under article 62", Observaciones presentadas en el Procedimiento Consultivo, *cit.*, nota 61, pp. 6 y 7 (Jurisdiction II, pp. 3-7).

64 Véase CIDH. *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. octubre de 1999*, *cit.*, nota 61, p. 48, párrafo 45. En este sentido la Corte recuerda su jurisprudencia en casos tales como: "Restricciones a la pena de muerte" OC-3/83 del 8 sept. 1983. Serie A, N. 3, párrafo 38: "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", *OC-11/90*. Serie A, N. 11, párrafo 3: "Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8-2 b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *OC-12/91* del 6 de diciembre de 1991, Serie A, N. 12, párrafo 28.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, no va a pronunciarse sobre "presuntos cargos o pruebas contra un Estado", porque la función consultiva de los tribunales internacionales no es la determinación o esclarecimiento de hechos controvertidos, sino el esclarecimiento sobre el alcance y fin de normas específicas sobre derechos humanos.

En una importante Opinión Consultiva de 1997, la propia Corte Interamericana en el asunto relativo a: *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), precisó la diferencia entre lo que es su competencia contenciosa, en los siguientes términos:

> ...La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es *la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.* El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados miembros de la OEA y órganos principales de esta, establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte... Además, aún cuando la opinión consultiva no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio, efectos jurídicos innegables.[65]

Para los fines de la Opinión solicitada por México, la Corte Interamericana debía ahora determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, puede considerarse como un tratado, que aún y cuando su objeto principal no sea estrictamente la protección de los derechos humanos, su artículo 36 contiene disposiciones aplicables precisamente a la protección de los derechos humanos en los territorios de los Estados partes.

Del artículo 36-1, apartado *b*, de la Convención de Viena de 1963, se desprende el derecho del extranjero privado de libertad a ser informado "sin dilación" de que posee:

65 Véase "Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", *Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre 1997.* Serie A, N. 15, párrafos 25 y 26. Es cierto que México hizo mención de varios casos concretos, en que mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos, no habían sido informados en ningún momento de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, pero ésto lo hizo en forma ilustrativa, a manera de ejemplo, lo cual no desvirtúa en un ápice el carácter consultivo de su solicitud. Véase *Transcripción de la Audiencia Pública. Presentación inicial de México*, p. 15.

1) Derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor, informen a la Oficina Consular respectiva sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y

2) Derecho a dirigir a la Oficina Consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida "sin demora".

De lo anterior la Corte, va a razonar como sigue:

> ...el ejercicio de este derecho (comunicación consular) sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede exponerse "expresamente" (36.1 inciso *c)*, a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Esta última circunstancia reafirma la naturaleza individual de los referidos derechos reconocidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por lo tanto la Corte Interamericana concluye que el artículo 36 de la multicitada Convención de Viena,

> ...reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado... La comunicación consular a la que se refiere el artículo 36... efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél.[66]

En cuanto a la pregunta realizada por México en el sentido de si la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el artículo 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, estaría subordinada a las protestas del Estado de su nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asentó que el cumplimiento del deber del Estado en relación a la notificación consular, no estaba en forma alguna supeditado al requisito de "protesta previa" del Estado que envía.

La Corte en forma impecable razonó como sigue:

66 Véase *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999, cit.*, nota 61, pp. 60 y 61, párafos 83, 84 y 87. El gobierno norteamericano siempre adujo que no era posible que una disposición inserta en una Convención tan extensa, pudiera convertir a dicho Tratado, en "concerniente" a la protección de los derechos humanos en América. "Ultimately, each State decides for itself what it can will do in aid of its nationals.Thus neither the text nor the negotiating history nor state practice supports the existence of a 'right to consular assistance'. On no basis,therefore could this Court find that consular assistance is a human right, in any context, véase *Written Observations of the Unites States of America, cit.*, nota 19, 1o. de junio de 1998, p. 18.

> El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente a la voluntad del Estado interesado... El cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, *sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional.*[67]

En cuanto a la expresión "sin dilación", contenida en el artículo 36 1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y a propósito de la cual, México preguntó, si debería interpretarse en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido, por delitos sancionables o no con la pena de muerte, de los derechos que le confiere la Convención, en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión, la Corte sostendrá que la obligación de informar "sin dilación" había sido inserta, como una medida que permitía asegurar que el detenido estuviera consciente de sus derechos de asistencia consular.

La Corte Interamericana, en este punto, va a esclarecer el significado del concepto "sin dilación" de conformidad con un principio general de interpretación de los tratados; esto es, el principio del "efecto útil".

El principio del *effet utile* en materia de interpretación significa que una cláusula debe, en caso de duda, ser interpretada en un sentido que la haga plenamente operante, dándole el efecto compatible con su razón de ser.

El profesor Charles De Visscher, sostenía que si debíamos, en principio, interpretar un tratado de manera tal que le fuese permitido alcanzar el fin perseguido por las partes, la búsqueda de este fin no podría degenerar en un razonamiento abstracto alrededor de un objetivo que se supondría haber sido el buscado por los Estados parte.[68]

Así pues la Corte Interamericana con mucha precisión, sostendrá que para la determinación del concepto "sin dilación", se deberá de acuerdo al principio del efecto útil (conocido también en el coloquio *ut res magis valeat quam pereat*), apegarse a la finalidad a la que supuestamente sirve la notificación consular.

67 CIDH, *op. cit.*, nota 61, pp. 62 y 63, párrafos 90 y 92 (énfasis añadido).

68 De Visscher, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 2a. ed., París, A. Pédone, 1955, p. 313.

> Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél (el inculpado) disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.[69]

Otro de los puntos relevantes que debía desahogar la Corte Interamericana era el relacionado con el derecho a la información sobre la asistencia consular y su relación con las garantías mínimas del "debido proceso legal".

En este capítulo México había preguntado a la Corte, *inter alia*, si debía entenderse que el artículo 14 (derecho al debido proceso legal) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos debía aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión "todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo", contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, y que tratándose de extranjeros acusados e inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluía la inmediata notificación al detenido o procesado, por parte del Estado receptor, de los derechos que le confería el artículo 36 1.b) de la Convención de Viena sobre Derechos Consulares.

Después de advertir que el examen de esta cuestión debía iniciarse por la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados (Convención de Viena de 1969), y, "en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo", la Corte sostendrá sin sombra de ambigüedad alguna que:

> ...para que exista "debido proceso legal", es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables... El desarrollo histórico del proceso, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales... Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

69 CIDH, *op. cit.*, nota 61, p. 66, párrafo 106. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de las *Zonas Francas de la Alta Saboya* sostuvo con toda claridad: "En la duda, las cláusulas... deben... ser interpretadas de manera tal que les permita desarrollar sus efectos útiles". Serie A/B, N. 35, p. 13, *Arrêt du 7 juin 1932*.

> Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correctiva prohibición de discriminación... En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.[70]

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tendrá que analizar cuáles podrían ser las *consecuencias jurídicas* que deberían derivarse respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, *ante la falta de notificación* a que se refiere la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (artículo 36 1.b), y ello dentro del marco del derecho internacional general; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana.[71]

La Corte Interamericana, después de recordar varios casos del Comité de Derechos Humanos de la ONU, relativos a la aplicación de la pena de muerte, y en donde se sostuvo que en estos supuestos, se exigía rigurosamente que tanto las leyes sustantivas como procesales no fueran en nada contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civilis y Políticos implicando, además, al respeto irrestricto de las garantías procesales, razonó de la forma siguiente:

70 CIDH, *op. cit.*, nota 61, pp. 71, 72, 73, párrafos 115, 117, 119 y 122. El ilustre jurista y juez Sergio García Ramírez, en su *voto concurrente razonado* anexa a esta Opinión Consultiva, sostuvo con toda precisión lo siguiente: "...Lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia... y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero tambien en el orden internacional...Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento...", *ibidem*, pp. 1-4, párrafos 4 y 13. En contra de esta apreciación del *due process of law*, véase la Opinión parcialmente disidente del Juez Oliver Jackman: "*...It is difficult to see how a provision such as that of Article 36.1.b) of the Convention... can be elevated to the status of a fundamental guarantee, universally exigible as a 'conditio sine que non' for meeting the internationally accepted standars of due process*", *ibidem*, p. 3, párrafo 9.

71 CIDH, *op. cit.* nota 61, pp. 72 y 73. Es cierto que de las preguntas formuladas por México "no se desprendía con claridad", si nuestro gobierno solicitaba a la Corte interpretar los "efectos de la omisión", por parte del Estado receptor, de informar al detenido extranjero de los derechos que le confería la Convención, o si México se estaba refiriendo sólo a los casos en que el detenido habría expresado su deseo de que se informase al funcionario consular sobre su detención, y el Estado receptor se hubiere negado a ello.

Con toda atingencia, la Corte resolverá que por el contexto general de la Solicitud, ésta se circunscribía, "al primero de los supuestos citados", *ibidem*, p. 74, párrafos 126 y 127.

> ...la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero..., afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos... con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.[72]

La sentencia sobre esta importante Opinión Consultiva solicitada por México, fue dictada el 1o. de octubre de 1999 y leída en sesión pública en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el 2 de octubre del mismo año.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidirá antes que nada, y por unanimidad que es competente para emitir la Opinión Consultiva en cuestión, y que es de Opinión:

Por unanimidad,

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

Por unanimidad,

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

Por unanimidad,

3. Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Es-

72 CIDH, *op. cit.*, nota 61, p. 77, párrafo 137. En el voto concurrente emitido por el juez Antonio A. Cançado Trindade, a propósito de esta Opinión Consultiva, podemos leer lo siguiente: "estamos pués, ante un fenómeno más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación de tratados. El enlace entre el derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, da testimonio del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos... Se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular..., hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario". Véase: "Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade", *op. cit.*, nota 61, p. 13, párrafos 34 y 35.

tado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Por unanimidad,

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinadaa las protestas del Estado que envía.

Por unanimidad,

5. Que los artículo 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Por unanimidad,

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

Por seis votos contra uno,

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (*v.gr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4o.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6o.), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Disiente el juez Jackman.

Por unanimidad,

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

Esta importante Opinión Consultiva, que es sin duda de una gran trascendencia para la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, revela como pocas otras Opiniones, que la política jurisprudencial de una Corte Internacional, debe en muchas ocasiones no ser solamente la construcción pretoriana de una concepción rígida del derecho, sino también y paralelamente la adaptación de ciertas reglas formales al medio normativo existente, sobre todo, si estamos inmersos en el campo de los derechos humanos.

No cabe duda que el derecho internacional de los derechos humanos, deja atrás la contradicción inherente al derecho internacional clásico, según el cual la protección del individuo no podía ser garantizada, más que a través del sesgo de un derecho interestatal hecho por y para los Estados.

Este reconocimiento otorgado a todo ser humano —como dice Fréderic Sudre—, en toda época y todo lugar, dé un mínimo consistente de derechos fundamentales, coloca la base de un nuevo derecho común internacional, en donde se pretende expresar ciertos valores que constituyen un fondo común a todo tipo de civilización contemporánea.[73]

73 Véase Sudre, Fréderic, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 21-53. La unidad y la intemporalidad del Derecho internacional de los derechos humanos, puede sintetizarse en la fórmula siguiente: "*Parce que l'homme est partout le même, les mêmes règles doivent valoir pour tout homme, à toute époque et en tous lieux*", *ibidem*, p. 37.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

MÉXICO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA DEL 6 DE MAYO DE 1998*

SUMARIO: I. *Comunicación con los nacionales del Estado que envía.* II. *Argumento de Estados Unidos encontra de la emisión de una opinión consultiva.* III. *Contrargumentación de los Estados Unidos de América en relación a la opinión consultiva del 6 de marzo de 1998, solicitada por México.* IV. *La efectiva protección de los derechos humanos en los Estados Unidos.* V. *Caso concerniente a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre Paraguay y los Estados Unidos de América, sometido a la Corte Internacional de Justicia (1998).* VI. *Apreciación crítica. Actuación contradictoria del Departamento de Estado.* VII. *Respuesta del gobernador de Virginia.* VIII. *Obligatoriedad de las providencias de la Corte.* IX. *Caso relativo a la Convención sobre Relaciones Consulares (1999) ante la Corte Internacional de Justicia (Alemania* vs. *Estados Unidos de América).* X. *Declaración del juez Shigeru Oda.* XI. *Opinión separada del presidente Schwebel.* XII. *Opinión crítica acerca de las "medidas provisionales".* XIII. *Sentencia del 1o. de octubre de 1999.*

El 17 de noviembre de 1997, el gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una solicitud de *opinión consultiva* en relación a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

> La materia de la consulta guarda relación con las garantías mínimas y los requisitos de debido proceso, en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a personas de nacionalidad extranjera, a quienes el Estado

* Trabajo publicado en el libro *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

receptor no ha informado de su derecho a comunicarse, y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.[1]

El gobierno de México consideraba que las disposiciones contempladas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, contenían obligaciones a cargo del Estado receptor y no de los individuos afectados; y así un Estado incurre en responsabilidad si las personas detenidas, de nacionalidad extranjera, no son informadas, sin dilación, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, de conformidad al artículo 36 de la mencionada Convención de Viena de 1963.

Tratándose de individuos de nacionalidad extranjera —esgrime México— las garantías mínimas en materia penal plasmadas en diversos instrumentos de derecho internacional, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 4o.), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 6o.) y diversas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y práctica jurisprudencial, deben ser aplicados e interpretados en armonía y dentro del marco de la misma Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Cuando el Estado receptor, no ha informado oportunamente a los interesados de los derechos que les confiere la Convención de Viena, el gobierno de México ha protestado oficial y enérgicamente de esta irregularidad, en el ámbito bilateral, por considerar precisamente que las personas en cuestión se les ha privado del goce y ejercicio efectivo de sus derechos.[2]

De acuerdo con el artículo 62.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se transmitió la Consulta presentada por

1 Véase Oficio del 17 de noviembre de 1997 enviado por el secretario de Relaciones Exteriores, José Ángel Gurría, y recibido por la Secretaría de la Corte Interamericana, el 9 de diciembre de 1997.

2 Véase, "Solicitud de Opinión Consultiva, presentada por el gobierno de Estados Unidos Mexicanos", *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16*, XL Periodo Ordinario de Sesiones, 8 al 9 de junio de 1998. México en este escrito, menciona a 38 nacionales mexicanos que en ese tiempo, habían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América, sin que fueran informados de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas. Dos de estos nacionales fueron ejecutados, después que se desecharon sus reclamos de falta de notificación oportuna. "No obstante que es un principio generalmente aceptado en el ámbito interamericano, que todo Estado federal constituye una sola persona en el derecho internacional, en el primer caso las autoridades del estado de Texas adujeron que esa entidad federativa no es signataria de la Convención de Viena. En el segundo caso, las autoridades federales de los Estados Unidos de América ofrecieron 'amplias disculpas' al gobierno de México, después de la ejecución de la pena por parte del estado de Virginia", *op. cit.*, pp. 1 y 2.

México a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al secretario general de la OEA, informándoles del plazo fijado por el presidente en turno de la Corte, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevante respecto de la solicitud.

Las preguntas hechas a la Corte son las siguientes:

1. En el marco del artículo de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

2. Desde el punto de vista del derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado artículo 36 a los extranjeros por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?

3. Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena ¿debe interpretarse las expresión "sin dilación" contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informe a todo extranjero detenido por delitos sancionados con la pena capital, de los derechos que le confiere el propio artículo 36.1 b) en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policiaca o judiciales?

4. Desde el punto de vista del derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

5. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

6. En el marco del artículo 14 del Pacto, ¿debe entenderse que el propio artículo 14 debe aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión, "todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo", contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguarda de las Naciones Unidas y que tratándose de extranjeros acusados o inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluye la inmediata notificación al detenido o procesado por parte del Estado receptor, de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

7. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación exigida por el artículo 36. 1 b) de la Convención de Viena, con respecto a los interesados con el derecho de éstos a disponer de "medios adecuados para la preparación de su defensa" de acuerdo con el artículo 14.3 b) del Pacto?

8. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿debe entenderse que las expresiones "garantías mínimas" contenidas en el artículo 14.3 del Pacto y "equiparables como mínimo", contenidas en el párrafo 5 de las respectivas salvaguarda de las Naciones Unidas, eximen al Estado receptor del inmediato cumplimiento con respecto al detenido o procesado de las disposiciones del artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

9. Tratándose de países americanos construidos como Estados federales que son partes en el Pacto de Derechos Civiles y en el marco de los artículos 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto, ¿están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno, para hacer efectiva, en tales casos, la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todas sus partes componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagradas en el Pacto?

10. En el marco del Pacto y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?

11. Tratándose de arrestos y detenciones de extranjeros por delitos sancionables con la pena capital y en el marco de los artículos 3.k) de la Carta y II de la Declaración, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación al detenido o inculpado "sin dilación" de los derechos que le confiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena, con la proclamación por la Carta de los derechos humanos sin distinción por motivos de nacionalidad y con el reconocimiento por la declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin distinción alguna?

12. Tratándose de personas extranjeras y en el marco del artículo 3.k) de la Carta de la OEA y de los artículos I, II y XVI de la Declaración, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1 b) de la Convención de Viena?[3]

Es importante señalar que el derecho individual de los nacionales extranjeros, al que hace referencia México, en el sentido de la facultad que tienen éstos de comunicarse con las autoridades consulares de su país, es una hipótesis diferente de la protección diplomática, en la que el Estado del nacional, "endosa" la reclamación de la persona física o moral, haciendo que el litigio cambie de naturaleza, convirtiéndose en una controversia de Estado a Estado, por haberse agotado, supuestamente los recursos internos.[4]

En la solicitud de *opinión consultiva* que plantea México a la Corte Interamericana, se encuentra como fondo, y punto crucial de la petición, la interpretación y alcance jurídico del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, adoptada ésta en la ciudad de Viena el 24 de abril de 1963, y vigente desde el 19 de marzo de 1967. Esta Convención modifica mayormente la práctica ancestral y el derecho consuetudinario en materia de usos y costumbres consulares.

I. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular compe-

3 Véase Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998, sobre la solicitud de Opinión Consultiva OC-16*, CIDH, pp. 6 y 7.

4 Véase *Caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, fallado por la Corte Permanente de Justicia Internacional el 30 de agosto de 1924: "Es un principio elemental del derecho internacional el que consiste en autorizar a un Estado en proteger sus propios nacionales, violentados por actos contrarios al derecho internacional, cometidos por otro Estado, y del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias...", CPJI, Serie A, N. 2, p. 12.

tente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que le reconocen en ese apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho de visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conservar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que se tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.[5]

5 Véase Texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, en Palma, Hugo, *El sistema internacional en sus textos*, Lima, CEPEI, 1990, t. I, pp. 537-573. El texto francés puede consultarse en Dupuy, Pierre-Marie, *Grands textes de droit international public*, París, Dalloz, 1996, pp. 44-72.

"Artículo 36. Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi.

1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité:

a) Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux;

b) si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa;

c) Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pouvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenior en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détentionpréventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.

El antiguo profesor de la Facultad de Derecho de Aix, Georges Bay, sostenía que el *consul* como tal, es un mandatario público y oficial, que tenía por misión no sólo el vigilar y cuidar en el extranjero los intereses comerciales de su país, sino tambien, y en forma fundamental, estar al cuidado de la protección de sus nacionales.

El cónsul puede no desempeñar un papel directamente político como sería el caso de un embajador, pero —dice G. Bay—, el cónsul posee atribuciones múltiples, un cúmulo de funciones de las más diversas; es esto posiblemente lo que hacía decir a Talleyrand: "*Quand on a été ministre habile, que de choses il faut encore savoir pour être un bon consul!*".[6]

De igual forma, la autoridad del jurista René Foignet, sostenía que la función principal de los cónsules, era la de proteger los intereses de sus nacionales radicados en el extranjero. Para este autor el cónsul no debería ser concebido, como muchos pretenden, como simples agentes encargados de asuntos de comercio o relativos al mismo. Un *cónsul comerciante* no podría tener la autoridad suficiente para defender los derechos e intereses de sus nacionales que están habitando en el extranjero.[7]

En general se afirma que las funciones propiamente consulares son diversas a las funciones propiamente diplomáticas, en el sentido que las primeras no incluyen, *stricto sensu*, la representación del Estado.

Los Estados pueden mantener entre ellos relaciones consulares, y sin que esto implique el mantenimiento forzoso de relaciones diplomáticas. La admisión de los cónsules siempre se ha efectuado mediante la concesión del llamado *exequatur* ("permítale actuar"), por el jefe de Estado o de Gobierno que los acepte en la calidad de tales.[8]

2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettree la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article".

6 Véase Bry, Georges, *Précis élémentaire de droit international public*, 3a. ed., París, Lorose et Forcel, 1896, pp. 265-289.

7 Véase Foignet, René, *Manuel eléméntaire de droit international public à l'usage des candidats aux carrières diplomatique et consulaire*, 8a. ed., París, Arthur Rousseau, 1913, pp. 191-213.

Para Foignet el origen histórico del consulado no debe buscarse en el *pretor peregrino* de Roma, ya que éste no era un funcionario enviado por un Estado al territorio de otro Estado, sino que en realidad era un magistrado romano, como el *pretor urbano*, y sus funciones no eran como las de nuestros cónsules, consistentes en proteger los intereses y derechos de sus nacionales, sino simplemente administrar la justicia frente a los *peregrinos*, véase Foignet, R., *op. cit.*, p. 191.

8 Véase Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, trad. López Oliván y Castro-Rial, J. M., Barcelona, Editorial Bosch, 1961, t. I, vol. II, pp. 416-425.

Hoy en día el derecho internacional admite que tanto el personal consular como el personal diplomático debidamente acreditados, *representan* a su Estado en otro Estado, pero se sigue aceptando que los cónsules, a diferencia de los diplomáticos, no se ocupan de las "relaciones políticas" entre dos Estados.

El *iusinternacionalista* británico, Michael Akehurst, al comentar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, sostiene que no todo lo ahí expresado podía ser considerado como codificación del derecho consuetudinario, por lo menos en aquel momento. Sin embargo, alude a ciertos aspectos de la Convención que son muy representativos de la práctica internacional recogida en múltiples convenios bilaterales en materia consular. Esto es particularmente cierto, dice M. Akehurst, en relación precisamente con el artículo 36, que otorga el derecho a los cónsules para comunicarse con los nacionales del Estado acreditante en el territorio del Estado receptor, especialmente cuando dichos nacionales se encuentran en prisión antes de ser enjuiciados, o después que han sido condenados en un juicio de orden penal o criminal.[9]

Por otro lado, la Convención de Viena de 1963, deja en claro ciertos aspectos que en el pasado fueron motivo de discrepancia en la doctrina.

Así, deja bien asentado que el consentimiento que se otorga para el establecimiento de relaciones diplomáticas, implica a la par el establecimiento de relaciones consulares, salvo obviamente, disposición en contrario de las partes, y que llegado el caso de una ruptura de relaciones diplomáticas esto no entraña *ipso facto*, la ruptura de *relaciones consulares* (artículo 2o.).

En una disposición de doce incisos (artículo. 5o.), la Convención enumera una multiplicidad de funciones consulares siendo la primera de ellas, la de "proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales" (artículo 5o., inciso *a*), señalándose más adelante, que los cónsules deberán "prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas (artículo 5o., inciso *e*)", e igualmente, "representar a los nacionales del Estado que en-

Una perla en la diplomacia, fue la negativa de Austria de concederle el *exequatur* a Stendhal quien había sido nombrado cónsul de Francia en Trieste, a causa de las dificultades que en el pasado había tenido el escritor con la policía de Metternich. Véase, citado por Charles Rousseau, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1961, p. 341, nota 96.

9 Véase Akehurts, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, pp. 118 y 119.

vía a tomar medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor" (artículo 5o., inciso *i*).

El momento en que el jefe de una Oficina Consular es formalmente admitido al ejercicio de sus funciones, es aquél en que el Estado receptor le otorga el *exequatur*, pero en caso de negársele este documento a la persona propuesta como cónsul mediante "carta patente", el Estado receptor no queda obligado a comunicar los motivos de su negativa (artículo 12).

La Comisión de Derecho Internacional, que llevó a cabo los trabajos e informes preparatorios de las Convenciones de Viena de 1961 y de 1963, nos ayuda a esclarecer ciertos aspectos de la Solicitud de *opinión consultiva* presentada por México.

En la decimosegunda sesión de la Comisión de Derecho Internacional (25 de abril a 1o. de julio de 1960), el Relator Especial, señor Jaroslav Zourek (de nacionalidad checa), explicó que era de una importancia eminente el que se plasmara la confirmación, por una convención multilateral, del derecho que posee todo cónsul de representar *ex officio*, ante las autoridades judiciales y administrativas los nacionales de su propio Estado, que se encuentran en la imposibilidad de defender por sí mismos sus derechos e intereses.

En este mismo sentido, el señor Milan Bartos, declara que no cabe la menor duda que existe una regla de derecho consuetudinario que otorga a los cónsules el derecho de representar a sus connacionales; numerosas convenciones consulares, dice Bartos, y en particular aquellas celebradas por los Estados Unidos con otros países, contienen disposiciones expresas en este sentido. Es un derecho reconocido, incluso en ausencia de toda disposición convencional expresa.[10]

10 Véase *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. I, 1960, A/CN.4/SER.A/1960, 563e Séance, pp. 269 y 270. En un Proyecto presentado por el relator especial en el año de 1959, se planteaban dos variantes para consideración de la Comisión, y en tanto la una como la otra, la protección de los nacionales aparecía como primordial. En la primera variante y en referencia a las funciones concernientes a la protección se dice: "*To see that the sending State and its national enjoy all the rights accorded to them under the laws of the State of residence and under the existing international conventions and to take appropriate steps to obtain redress if these rights have been infringed*". Respecto a la segunda variante se afirma que la función del cónsul es: "*a) To give assistence and relief to nationals and bodies corporate of the sending State and to protect them vis-à-vis the local authorities*". Véase *Yearbook of tha International Law Commission*, vol. I, 11th Session. A/CN.4/SER.A/1959, 20 de abril-26 de junio de 1959, pp. 169 y 170.

II. Argumento de Estados Unidos encontra de la emisión de una opinión consultiva

De acuerdo al gobierno estadounidense la Corte Interamericana de Derechos Humanos no debería de conocer de la solicitud planteada por México, ya que ésta estaría, según Estados Unidos, dirigida específicamente en contra de su país y la Corte tendría que involucrarse en *factual and legal findings*, de una situación bilateral precisa, que claramente iba más allá de la jurisdicción y competencia del contexto de un procedimiento de tipo consultivo.

En realidad el gobierno mexicano, según esto, estaría presentando un caso contencioso bajo el subterfugio de una opinión consultiva.

La petición mexicana no podría ser desahogada por la Corte, sin que ésta hiciera un examen de hechos y situaciones particulares, lo que rebasaría su competencia consultiva. De acuerdo a los Estados Unidos, la Corte debería declararse como no competente para conocer el caso, ya que no se trata aquí únicamente, de una cuestión de derecho, o de una simple interpretación de tratados. Una opinión consultiva como la solicitada por México, prejuzgaría además necesariamente los derechos e intereses de los Estados Unidos en cualquier procedimiento contencioso en lo futuro, ante la Corte Interamericana eventualmente, y ante otros foros internacionales, así como dentro del sistema jurídico doméstico.[11]

La Convención Americana de 1969 prevé en su artículo 64 la función consultiva de la Corte Interamericana en términos muy amplios, ya que no sólo los Estados parte en la Convención pueden solicitar opiniones consultivas, sino también cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos.

11 Véase *The Government of the United Mexican States, concerning application of the death penalty in violation of the Viena Convention on Consular Relations and International Human Rights Guarantees (Written Observations)*, 1o. de junio de 1998, "Thus, the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, notwithstanding that the United States is not a party to the American Convention and has not accepted the contetious jurisdiction of the Court under Article 62". Este argumento fue reiterado en la audiencia pública por John Crook, consultor jurídico adjunto para Naciones Unidas del Departamento de Estado: "The application seeks, through the mechanism of an advisory opinion, a judgment in a contentious dispute with my government. This cannot be. Previous cases make clear that the Court cannot render an advisory opinion where the application in truth conceals, involves rather, a concealed contentious case". Véase *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte el 12 y 13 de junio de 1998*, *cit.*, nota 3, p. 65, párrafo 4.

Esta jurisdicción consultiva, como vimos en su oportunidad, no se circunscribe únicamente a la interpretación de la Convención, sino que se extiende igualmente a cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Pero por si fuera poco, la Corte está investida con la facultad de emitir opiniones consultivas, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, sobre la compatibilidad o la incompatibilidad, entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales, o la Convención misma.

A propósito de la Corte Internacional de Justicia, la doctrina más autorizada ha sostenido que en materia de opiniones consultivas, deben éstas dividirse en dos categorías:

Por una parte, tendríamos aquellas opiniones consultivas que pueden ser emitidas, sin que en forma alguna se atisbe ningún razgo de toma de posición frente a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados; y por otro lado, tendríamos aquella categoría de opiniones consultivas que en forma más o menos directa, y en grados muy variables, corren el riesgo de poner en juego ciertas cuestiones de naturaleza diversa a la mera decisión de tipo consultivo.

Hacer cierto tipo de generalizaciones para saber cuando nos encontramos frente a una categoría, y cuando nos encontramos frente a la otra categoría de opiniones consultivas, es, dice el conocido profesor de Lovaina, Charles De Visscher, un verdadero intento vano e insustancial, por la simple y sencilla razón que todo es cuestión de *espèce*, por ejemplo todo es cuestión del caso concreto.[12]

Así la Opinión Consultiva dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de la *Carélie Orientale* (1923), constituyó una decisión sobre un caso concreto y específico, al igual que lo fue el de la Corte Internacional de Justicia, dictado en el Caso sobre la *Interpretación de Tratados de Paz* (1950), cuando ésta declaró que la demanda de Opinión que le había sido dirigida concernía únicamente la aplicabilidad a ciertos diferendos de un procedimiento de arreglo instituido por los tratados, y que una demanda de tal naturaleza, no podía afectar el fondo de dichos diferendos, ni por consiguiente, comprometer la posición jurídica de los Estados que pudieran llegar a ser partes.[13]

12 Véase De Visscher, Charles, *Aspects récents du droit procédural de la Cour International de Justice*, París, Pedone, 1966, chapitre III, pp. 195-202.

13 Véase *ibidem*, p. 196.

Toda la evolución de las opiniones consultivas y, muy particularmente la asimilación gradual del "procedimiento de opiniones", con el "procedimiento contencioso", denota, dice Ch. de Visscher, la preocupación de excluir toda posibilidad de introducir, de manera un tanto subrepticia, la jurisdicción obligatoria por la vía simulada, o desviada, de la opinión consultiva. De evitar, que un diferendo entre Estados, sea, de hecho, dirimido por la respuesta dada a una cuestión que se relaciona, y que puede constituir una cuestión clave del diferendo en cuestión.[14]

Si regresamos ahora al artículo 64, párrafos 1 y 2 de la Convención Americana de 1969, y al título III del Reglamento de la Corte Interamericana (artículos 59 a 64) referente a las opiniones consultivas, está claro que cualquier Estado miembro de la OEA, puede solicitar la interpretación de cualesquiera de las disposiciones, no sólo de la Convención misma, sino de cualquier otro tratado que concierna a la protección específica de los derechos humanos, dentro del hemisferio occidental.

En la Opinión Consultiva relativa a la "Exigibilidad del derecho de Rectificación o Respuesta" (artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana observó lo siguiente:

> El sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA, presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del artículo 64.1, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro, o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el artículo 64, la Corte carecería de competencia para emitir su opinión... La Corte debe subrayar que, en general, cuando una

En el Caso de la *Carélie Orientale*, la Corte Permanente declinó responder a la solicitud de Opinión, porque el asunto planteado se refería a una controversia pendiente entre dos Estados, uno de los cuales, Rusia, se negaba a participar en el procedimiento, y ello, aunado al hecho de que la solicitud implicaba claramente una cuestión de hecho que no podía ser elucidada sin haber escuchado, previamente, a ambas partes. En este caso concreto y específico, la CPJI, sostuvo que el mero hecho de intentar emitir una Opinión Consultiva "...would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties". Véase, Hudson, O. Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, Nueva York, The MacMillan Company, 1943, chapter 22, pp. 483-526.

14 Véase De Visscher, Charles, *op. cit.*, nota 12, p. 197. El mismo De Visscher acepta que esta preocupación siempre estará presente, y que ningún esclarecimiento doctrinal puede evitarle al juez, en forma absoluta, una posición *a priori*, esto es, una posición general, pues todo será una cuestión de cada caso concreto y específico. *Cfr.*, Lauterpacht, Sir Herscho, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens and Sons, 1957, pp. 352-358.

> solicitud de opinión consultiva contenga cuestiones cuyo análisis e interpretación sean de su competencia, ella está llamada a responderla, aun cuando la consulta contenga asuntos extraños a su jurisdicción (*contain issues outside the scope of its jurisdiction*), a menos que éstos sean enteramente inseparables de los primeros o que existan otras razones suficientes para fundamentar que se abstenga de emitir su opinión.[15]

En esta Consulta sometida a la Corte por Costa Rica, era de suma importancia el determinar si, la opinión solicitada hacía referencia a la interpretación de la Convención Americana de 1969, o si, por el contrario, hacía referencia a la interpretación del derecho interno de Costa Rica, en cuyo caso la pretendida consulta estaría yendo más allá de la competencia de la Corte.

A este respecto, la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, es bastante interesante:

> ... El gobierno manifestó su interés en clarificar una situación ambigua, en cierto modo de su propio orden interno, pero también directamente vinculada al cumplimiento de sus obligaciones como Estado parte de la Convención y, por ende, a la responsabilidad que podría resultarle de su incumplimiento en el orden internacional. En las hipótesis planteadas, parecía interesarle saber, por ejemplo, si el de "rectificación o respuesta", es un derecho de carácter autónomo, *exigible* "per se" *como derecho de la Convención, aunque su ejercicio no haya sido regulado en el orden interno,* de modo que su violación podría serle reclamada por el hecho de no amararlo, como incumplimiento de su deber inmediato de respetarlo y garantizar su goce, efectivo, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, independientemente de su falta de regulación...[16]

El gobierno de México al solicitar la Opinión Consultiva respecto a la interpretación de diversos tratados concernientes a la protección de los

15 Véase *Corte IDH*, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", *Opinión Consultiva, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986*, Serie A, N. 7.

16 Véase "Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante", *Opinión Consultiva OC-7/86, cit.*, nota 15, pp. 42-77 (pp. 45 y 46). El punto relativo a la admisibilidad de la consulta presentada por el gobierno de Costa Rica, fue decidida por cuatro votos a favor y tres en contra: desintieron los jueces Buergenthal, Nieto Navia y Nikken, *ibidem* pp. 31-41.

Cfr. Ruiz Miguel, Carlos, "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, CIDH/Unión Europea, 1998, vol. II, pp. 1345-1363.

derechos humanos en los Estados Americanos, fundamentó la atingencia de su Consulta, en el artículo 64 del Pacto de San José haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

En particular el gobierno mexicano hizo referencia a las opiniones dictadas con motivo de las consultas sobre: "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, OC-9/87"; "Restricciones a la Pena de Muerte, OC-3/83"; "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89; y muy en especial a la Opinión Consultiva sobre *Otros Tratados*, Objeto de la Función Consultiva de la Corte, OC-1/82".

En sus "observaciones escritas" el gobierno de México sostuvo que en relación a la Consulta que estaba planteando, no se pretendía que la Corte determine el alcance de compromisos internacionales, asumidos por Estados que no son miembros de la OEA, ni la interpretación de normas sobre el funcionamiento de órganos u organismos ajenos al sistema interamericano. Por el contrario, en la presente Consulta está directamente involucrada la protección de los derechos humanos en las Américas y el principal propósito de la solicitud es asegurar el cumplimiento y determinar el alcance de las obligaciones contraídas por Estados miembros de la OEA conforme al derecho internacional.

Tampoco se pide a la Corte que interprete el derecho interno de ningún Estado, ni que ejerza su competencia consultiva, "mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva...". Sin embargo, no se pretende que la Corte se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado en ningún caso concreto.[17]

17 Véase "Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos", *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, cit.*, nota 2 (capítulo III, *Admisibilidad*), pp. 19 y 20. En la Audiencia Pública del 12 de junio 1998, el gobierno mexicano enfatizó que la Consulta no estaba enderezada en contra de algún Estado en particular, y que si bien se hacía referencia a casos concretos, éstos eran mencionados únicamente como casos ilustrativos, con objeto de fundamentar una determinada argumentación. Pero en cambio, lo que México sí pretende con esta Consulta, es buscar el cumplimiento "...de las condiciones mínimas en un proceso judicial, que se sigue contra un extranjero, en un Estado, parte de la Convención de Relaciones Consulares, donde se le acusa de haber cometido un delito", Véase "Sesión del 12 de junio de 1998", Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública, OC- 16, cit.*, nota 3, pp. 3-23 (p. 11).

Así pues, todo deja indicar, de acuerdo a la jurisprudencia más relevante y la doctrina más autorizada, que el gobierno mexicano está fundado plenamente en derecho, para exigir la *opinión consultiva* solicitada.

Cuando el artículo 64 de la Convención Americana nos dice que todo Estado miembro de la OEA puede consultar a la Corte, acerca de la interpretación de dicha Convención o de "...otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", debe entenderse que esta terminología no está siendo utilizada únicamente en relación a los puros tratados sobre derechos humanos, sino, antes al contrario, está cubriendo todo acuerdo, convenio, pacto o tratado, y ya sea de carácter bilateral o multilateral, que posea un contenido relativo a la materia de la protección de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, se puede pensar, dice T. Buergenthal, en los casos referentes a tratados de extradición, en donde además de ser instrumentos elaborados para facilitar la cooperación entre Estados sobre delitos graves, están también pensados para asegurar que los derechos humanos del sujeto extraditable, sean protegidos y respetados.

Así, por ejemplo, en estos tratados sobre extradición, se contempla casi en todos ellos, el principio según el cual, el Estado que demanda la extradición no debe —sin mediar consentimiento del Estado requerido—, enjuiciar al individuo más que por el solo delito por el cual se concedió la extradición (*principio de especialidad*).

Igualmente no se considera que deba llevarse a cabo la extradición, cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado tanto dentro del Estado requirente, como dentro del Estado requerido (*principio de doble tipicidad*).[18]

18 Véase Buergenthal, Thomas: "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *American Journal of International Law*, vol. 79, núm. 1, enero de 1985, pp. 1-28. Analizando este aspecto del artículo 64, el antiguo presidente de la Corte, Thomas Buergenthal, se pregunta que debería entenderse por el concepto de *human rights* dentro de este contexto y responde: "*In dealing with this problem, the Court might look to the catalog of rights fond in the principal international and regional human rights instruments and in the constitutions of the states constituting the inter-American system*", *cit.*, p. 7. Véase Gómez-Robledo, Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional: aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, capítulo II, pp. 15-21.

III. Contrargumentación de los Estados Unidos de América en relación a la opinión consultiva del 6 de marzo de 1998, solicitada por México

El gobierno de los Estados Unidos de América, en su *Memorial* (*Written observations*), adujo en primer término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tenía jurisdicción para conocer del Caso sometido por México, ya que el punto objeto de la controversia se refería a la interpretación de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, instrumento éste que no podía considerarse en forma alguna, un tratado sobre derechos humanos, ni concerniente o relativo a dichos derechos.

Del hecho, que la Convención de Viena estipule una protección, potencialmente importante, para ciertos individuos en detención, no se infiere por ello que la Convención concierna la protección de derechos humanos en tanto tales, en el sentido estricto que pudiera conferírsele una jurisdicción a la Corte,

Existen infinidad de tratados como aquellos que regulan ciertos aspectos del comercio, o de inversiones extranjeras, o incluso aspectos de herencia. o dominio sobre tierras, que confieren no sólo beneficios, sino también derechos específicos a los individuos, y no por ello se transformen en tratados o instrumentos sobre derechos humanos.

Pero además, sostienen los Estados Unidos, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no es en sentido alguno un tratado de tipo regional, ni pertenece al ámbito del *sistema jurídico interamericano*. En realidad se trata de una Convención adoptada bajo los auspicios de las Naciones Unidas con objeto de establecer un régimen global y uniforme para la mejor conducción de las relaciones consulares entre Estados soberanos. El hecho de querer llevar la interpretación de obligaciones de los Estados, derivados de la Convención, a un marco y campo regionales, es algo totalmente inconsistente con su naturaleza.

Por otro lado, dice Estados Unidos, hay que tomar en cuenta que existe ya un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia, introducido por Paraguay en contra del gobierno norteamericano, en donde se tratan los mismos puntos alegados por México en su Opinión Consultiva. Ello exige que se tenga prudencia y la mayor cautela, hasta en tanto la Corte de La Haya, no haya dictado una sentencia definitiva interpretando las obligaciones de los Estados derivadas de su pertenencia a la Convención de Viena.

Por último, diría Estados Unidos, una razón adicional para eximirse la Corte Interamericana de conocer la *opinión consultiva* de México, es que ésta, no es tal, es decir, que el gobierno mexicano estaría presentando de hecho, un caso de naturaleza contenciosa, bajo la vestimenta o ropaje de una solicitud de opinión consultiva.

Que el objeto materia del procedimiento, encubre en realidad un caso contencioso, es más que evidente, si se piensa que los alegatos presentados por México, no pueden ser resueltos, sin que se haga una referencia expresa a una serie de hechos específicos. Los puntos sometidos a la Corte no son pura y simplemente cuestiones de derecho o de interpretación de tratados. Dichos puntos están necesariamente determinados por el análisis concreto de hechos específicos, aún y cuando éstos no hayan sido establecidos en forma categórica, y no pueden serlo, por la sencilla razón que están fuera de la jurisdicción de la Corte.

De esta suerte, sostiene Estados Unidos, el presente caso es un evidente intento de someter a dicho país a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, incluso a sabiendas, que los Estados Unidos, no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y menos aún han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. Así, una *opinión consultiva* como la que ha sometido México, causaría inexorablemente, un perjuicio a los derechos e intereses de los Estados Unidos para cualquier futuro procedimiento contencioso ante la Corte y en otros procedimientos legales de orden internacional, así como al interior de su propio sistema jurídico.[19]

Adentrándose a los puntos cruciales de la *opinión consultiva* sometida por México, los Estados Unidos, sostienen que, contrariamente a la te-

19 Véase *Re: Written Observations of the United States in OC-16. United States Departement of State Office of the Legal Adviser*, 1o. de junio de 1998, p. 53, CIDH/XL, Periodo Ordinario de Sesiones, 8 al 19 de junio de 1988. En cuanto al Caso sometido por Paraguay contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, Véase *International Court of Justice*, "Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations" (Paraguay *v.* United States of America). *Requestfor the Indication of Provisional Measures* (9 de abril de 1998: Order). En este Caso, la Corte emitió las medidas provisionales solicitadas por Paraguay, en el sentido de que las autoridades competentes de los Estados Unidos asegurasen el aplazamiento de la ejecución del ciudadano paraguayo, Ángel Roberto Breard Giubi, hasta en tanto la Corte Internacional de Justicia, no se hubiere abocado al fondo del Caso. Sin embargo, los Estados Unidos hicieron caso omiso de dicha petición de la Corte, ejecutando al señor Roberto Breard. A este respecto, véase: "Observaciones y puntos de vista del gobierno de la República del Paraguay con relación a la Opinión Consultiva OC-16, solicitada por México a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos" (286-98/MPP-OEA), *Observaciones presentadas en el procedimiento consultivo OC-16, cit.*, nota 2, pp. 1-4.

sis del gobierno mexicano, en realidad la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares *no crea un derecho para el auxilio o ayuda consular*, sino que más bien lo que consigna es la obligación para el Estado Receptor, de informar al detenido, *si éste lo solicita*, que las autoridades consulares del Estado del nacional, pueden ser *notificadas* (o avisadas) de la detención que se trate.

Si el detenido solicita, se informe a las autoridades consulares de su país (*consular notification*), la asistencia, ayuda o auxilio que se le llegue a prestar, bajo qué condiciones y hasta qué grado, es algo que sólo toca determinar, en forma discrecional, al aparato consular del Estado que envía.

Pero además de ello, la Convención de Viena no está contemplando en forma alguna, según los Estados Unidos, que la obligación de notificación consular, sea un prerequisito para la debida observancia de los derechos humanos en casos del orden penal.

Las protecciones procedimentales que están previstas en los sistemas jurídicos internos para garantizar un proceso justo (*fair trial*) a los extranjeros detenidos, sea cual fuere su particular nacionalidad, han sido reconocidas de tiempo atrás, por la comunidad internacional, como constituyendo las garantías principales para la protección de los derechos del individuo en todo proceso de orden penal. El derecho a gozar de dichas garantías, no están sujetas en derecho, a la presencia o ausencia de una posible notificación consular, e incluso, lo que es más, no están condicionadas ni siquiera a la existencia o inexistencia del establecimiento formal de relaciones consulares entre dos países.[20]

De conformidad con el *Memorial* sometido por los Estados Unidos, el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, contempla en realidad dos distintos tipos de obligaciones en cuanto a la "notificación" se refiere.

Por un lado, existiría la obligación de informar al nacional extranjero de la opción o facultad para que sean notificados los funcionarios consulares, y por el otro lado, existiría la obligación consistente en notificar a las autoridades consulares competentes, si así fue requerido o solicitado por la persona bajo detención.

De acuerdo con esto, los Estados Unidos, piensan que el punto sometido por México para elucidación de la Corte Interamericana, tiene refe-

20 Véase, *Re:Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 7-9. "This Court should not accept Mexico's invitation to obscure the important distinctions between the VCCR, on the one hand and human rights instruments, on the other", *idem*.

rencia únicamente con el primer tipo jurídico de obligación, esto es, con el relativo a informar al nacional extranjero de la opción que se le ofrece de notificar a las autoridades consulares de su respectiva detención.[21]

El artículo 36 de la Convención de Viena de 1963, prevé que tanto una notificación como la otra, son obligaciones a cargo del Estado Receptor, que deben llevarse a cabo "sin retraso", y "sin dilación" (*without delay; sans retard*).

Sin embargo, no existe en el texto de la Convención de Viena de 1963, ninguna definición más específica del término *without delay*, y es por ello, dice Estados Unidos, que el gobierno de México no tiene base alguna para sugerir o suponer, que la famosa "notificación", deba producirse precisamente al momento del arresto de la persona en cuestión, y antes de que haga cualquier tipo de declaración.

Antes al contrario, según Estados Unidos, cualquier persona arrestado, detenida o en prisión preventiva debe ser informada acerca de su opción de notificación consular dentro de un periodo de *tiempo razonable*, que permita a las autoridades el poder determinar, si el sujeto detenido o arrestado, es en realidad, un nacional extranjero, y completar así las formalidades necesarias.

De hecho, dice Estados Unidos, cuando los Estados han deseado especificar un periodo de tiempo preciso dentro del cual se lleve a cabo el procedimiento de notificación consular, los Estados han celebrado acuerdos o tratados bilaterales a dicho efecto, independientemente del texto de la Convención de Viena.

Pero además, y según esta línea de razonamiento, la posición de México no sería defendible, ya que es evidente que el artículo 36 no especifica la forma (*the manner*) en la cual la notificación a los funcionarios consulares debe llevarse a cabo.

Así, algunos países realizan "la notificación consular", por medio de una *nota diplomática*, lo cual constituye, casi siempre un procedimiento de mayor formalidad y que supone un mayor tiempo para su ejecución. Frecuentemente se lleva a cabo por correo, por teléfono, por fax, etcétera. Dependiendo entonces del medio de comunicación que se elija, el retraso

21 Véase *Re:Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, pp. 10 y 11. "The United States makes the assumption both from Mexico's submission and because the specific cases cited by Mexico appear to have involved a failure to inform the detainee of the right to consular notification, rather than a failur to honor a detainee's request to notify the relevant consular post", *ibidem*, p. 11, nota 4.

o celeridad de la notificación recibida por las autoridades consulares, será de un periodo mayor o menor, como puede fácilmente constatarse en la práctica internacional.[22]

En su *Memorial*, Estados Unidos, enfatiza el hecho que la Convención de Viena de 1963 contempla la *notificación* a las autoridades consulares a petición de la persona en detención o bajo arresto, y que *permite* el acceso a los funcionarios del Consulado a la persona en cuestión; paro que de ninguna manera, se establece un verdadero derecho substantivo de una presunta *asistencia* consular que pudiera considerarse como un derecho detentado legalmente por la persona o el individuo bajo arresto o en detención.

En suma, el artículo 36 de la Convención sobre Relaciones Consulares, no crea un *derecho* de ayuda o asistencia consular, en estricto sentido, como tampoco cambia los elementos esenciales de los sistemas jurídicos penales de los Estados receptores. En realidad, dice Estados Unidos, lo único que en verdad se encuentra en la Convención de 1963, es el intento de asegurar que los funcionarios consulares lleguen a estar enterados de las detenciones de sus nacionales, siempre y cuando las personas detenidas, así lo deseen; de suerte tal que los mencionados funcionarios puedan entonces actuar en la forma en que lo consideren más apropiada, pero siempre en consonancia con los sistema jurídicos internos de los Estados receptores.[23]

Los Estados Unidos, una y otra vez, insisten, en que sin restar la importancia debida a la "notificación consular", no existe en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ni en ningún otro instrumento relevante relativo a los derecho humanos, un sustento válido al alegato por parte de México en el sentido que la notificación consular del artículo 36, pudiera ser tomada como un requisito previo para la fiel observancia y protección de los derechos humanos, ni tampoco como una disposición que pudiera dar lugar a algún tipo de reparación judicial.[24]

22 Véase, *ibidem*, pp. 13-15.

23 Véase, *ibidem*, pp. 15-20. Para los Estados Unidos no cabe duda que ni el texto mismo de la Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963, ni la historia misma de su negociación, ni la práctica de los Estados en este ámbito, pueden aducirse como mínimo sustento de la existencia de un "*...right to consular assistence. On no basis, therefore, could this Court find that consular assistence is a human right, in any context*", *ibidem*, p. 18.

24 México y los Estados Unidos adoptaron en mayo de 1996, un *Memorandum de Entendimiento* sobre Protección Consular de nacionales de ambos países, en el cual se contempla más detalladamente la obligación de la "notificación consular". Este Memorandum de 1996, que *no es un instrumento jurídico vinculante*, es mencionado por el gobierno norteamericano, como una prueba más

De igual forma, el gobierno estadounidense reafirmará que los derechos y el acceso, derivados de la notificación consular, son primaria y fundamentalmente derechos y obligaciones de los Estados y no de los individuos en cuanto tales.

Es cierto, que estos derechos están entendidos como derechos que pueden beneficiar a los individuos al permitir o facultar, pero no obligar, a los Estados a ofrecer una asistencia de tipo consular, pero ellos no son, dice Estados Unidos, derechos humanos individuales, que pudieran considerarse como inherentes a los individuos, independientemente de las relaciones diplomáticas y consulares entre Estados soberanos. "*They cannot in any way appropriately be characterized as human rights*".[25]

IV. La efectiva protección de los derechos humanos en los Estados Unidos

De acuerdo al gobierno norteamericano el sistema de justicia penal que rige en dicho país, otorga un efecto pleno a las importantes protecciones para que se tenga un juicio imparcial, y demás garantías invocadas por México.

Estas garantías y procedimientos no están subordinados en forma alguna, a la eventual notificación consular, al acceso a la misma o al posible auxilio, socorro o protección de las misiones consulares.

de su determinación para instrumentar el artículo 36 de la CVRC, la mejor y más eficiente forma posible (*sic*). Véase "VCCR Remedies and Enforcement", *Procedimiento Consultivo OC-16*, pp. 20-25.

25 Véase, *Re: Written Observations of the United States in OC-16*, *cit.*, nota 19, p. 26. Pero además Estados Unidos no acepta que se hable —menos aún—, de la "notificación consular", como un derecho humano fundamental, esencial o básico, como lo caracteriza el gobierno mexicano. Para los Estados Unidos, no existiría una diferenciación o jerarquía entre los derechos humanos, por la cual unos privilegiarían de una mayor protección o *status* especial. En sentido contrario, véase la opinión disidente del juez mexicano Padilla Nervo, Luis, en "Affaires du Sud-Ouest Africain (Ethiopie *c.* Afrique du Sud/Liberoa *c.* Afrique du Sud". Deuxième phase. Arrêt du 18 Juillet 1966, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1966, pp. 441-471. Igualmente el ya célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de la *Barcelona Traction*: "...Una distinción esencial debe en particular ser establecida entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, y aquéllas que nacen *vis-à-vis* otro Estado... Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego, todos los Estados pueden ser considerados como poseyendo un interés jurídico en que dichos derechos sean protegidos: las obligaciones de que se trata, son obligaciones *erga omnes*". Véase *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Nouvelle Requête*: 1962 (Belgique *c.* Espagne), Deuxième Phase, *Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances*, 1979, p. 32, párrafo 33.

Así, y entre las protecciones jurídicas más importantes estipuladas por la Constitución de los Estados Unidos, estarían las siguientes:

1) Toda persona demandada por supuestos delitos del orden penal, tiene garantizado su derecho al debido proceso legal, bajo la Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución Federal (*Delaware* v. *Van Arsdall 475 U.S. 673, 1986*).

2) La Quinta y Decimocuarta Enmiendas, garantizan también el que ninguna persona estará sujeta a discriminación alguna por autoridades federales o estatales, basados en su raza, género, etnia u origen nacional (*Craig* v. *Boren. 429. U.S. 190, 1976*).

3) De conformidad con la Quinta Enmienda, las autoridades, federales o estatales, deben informar a las personas detenidas de su derecho o no a declarar contra sí mismos en ninguna causa criminal (*The right to remain silent*). Este derecho, sostiene el *Memorial* estadounidense, impide a las autoridades de incriminar a una persona a través de sus propias declaraciones, a menos que el individuo mismo haya renunciado a este derecho constitucional *knowingly and intelligently*. Sin embargo, el renunciar a esta concesión o privilegio constitucional, no se considerará que ha sido con conocimiento de causa, si la persona detenida no comprende sus propios derechos, ya sea por dificultades del idioma, o por otra serie cualquiera de razones (*Miranda* v. *Arizona, 384, U.S. 436, 1966*).

4) De conformidad con la Sexta Enmienda, en todas las causas criminales el acusado goza del derecho de ser juzgado rápida y públicamente por un jurado imparcial; a ser informado de la naturaleza y motivo de la acusación; a que se confronte su declaración con el testimonio de los testigos que contra él declaren; a tener la asistencia de un abogado para su defensa, a costa del erario público, cuando el presunto responsable, carezca de los medios para ello (*County of Riverside* v. *Mc. Laughlin, 500 U.S., 44, 1991*).

5) De particular importancia para algunas personas con nacionalidad extranjera, resulta el hecho de que los tribunales de los Estados Unidos, han interpretado la Quinta y Sexta Enmiendas, como disposiciones que abarcan el derecho de ser asistidas por un intérprete, en aquellos casos en que el detenido, no comprenda el idioma inglés (*U.S.* v. *Martínez, 616 F. 2d. 185, 5th. Cir. 1980*).

6) La cláusula *ex post facto*, contemplada en el artículo 1o., sección 9 de la Constitución de los Estados Unidos, impide un incremento retroactivo en las sanciones penales en las causas criminales. La operación de esta

cláusula, prohibe al gobierno el imponer una penalidad (incluyendo la pena de muerte) a una persona por un delito cometido, que el tiempo de su comisión no tenía contemplado la sanción o castigo mencionado.

7) La pena de muerte está permitida en los Estados Unidos, pero sujeta a procesos muy rigurosos, y en donde existe una larga serie de apelaciones y recursos legales, de acuerdo al sistema judicial estadounidense.

En el ámbito federal, únicamente los crímenes excepcionales están sancionados con la pena capital (*aggravated murder*).

En el ámbito local, cada uno de los Estados miembros de la Federación, posee su propia legislación criminal, pero ésta no debe contravenir el pacto federal. Este control constitucional opera en forma *cuasi* automática, ya que la Suprema Corte tiene el deber de reexaminar las penas de muerte antes de su ejecución.

Este *automatic review* de la sentencia por el más alto tribunal del Estado, sirve como salvaguarda en contra de la posibilidad de que la pena capital pudiera ser impuesta en forma caprichosa, arbitraria o desproporcionada.[26]

México ha sostenido —dice el *Memorial* norteamericano—, la posibilidad de que el debido proceso legal y las garantías constitucionales afines, no lleguen a ser observadas en causas criminales en donde sean personas de nacionalidad mexicana las que se encuentren involucradas, en aquellas hipótesis en que no ha existido la "notificación consular" respectiva.

Según los Estados Unidos, sería innecesario e ilógico, el crear una presunción universal en el sentido que, de no mediar notificación consular, se debería entonces invalidar todo procedimiento penal consiguiente.

Una presunción de tal naturaleza, estaría diametralmente opuesta a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y a la práctica de los Estados, las cuales no vinculan la notificación consular al procedimiento de orden criminal que se esté siguiendo.

México está confundiendo y distorsionando la naturaleza real de las cosas —dice el gobierno estadounidense—, al estar pidiendo a la Corte Interamericana, el que considere la falta de "notificación consular", como, siendo equiparable, a una violación de los derechos que se desprenden del debido proceso legal y las garantías constitucionales *per se*.

En opinión del gobierno estadounidense, no existe base alguna para avanzar tal tipo de alegatos, ya que por lo demás, la cuestión de saber si

26 Véase *Re-Written Observations of the United States in OC-16*, *cit.*, nota 19, pp. 33-36.

uno o varios derechos fundamentales fueron violados en el curso de un juicio o proceso criminal, no pueden ser examinados más que en forma casuística, esto es, examinando cada caso concreto con todas y cada una de sus complejidades y particularidades.

El hecho que, en uno o varios casos particulares, se llegare a demostrar que el auxilio consular hubiere sido un recurso eficaz o valioso, no transforma la notificación en cuestión, en un verdadero "derecho humano", cuya ausencia pudiera dar derecho a invalidar una sentencia condenatoria. Esta conclusión, según el *Memorial* de Estados Unidos, se desprende del texto mismo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de las negociaciones previas a ésta y de sus *travaux préparatoires*, así como de la práctica de los Estados.[27]

Si se siguiera el razonamiento aducido por el gobierno mexicano, en el sentido antes visto, tendría entonces que desprenderse —según Estados Unidos—, el hecho insólito de que la ausencia de "notificación consular", podría invocarse como una eventual causa de nulidad de todo proceso de orden penal, en el que potencialmente pudiera resultar una sentencia de prisión de cierta consideración y gravedad; no limitándose, por lo tanto, a los solos casos en que se contemplase la pena de muerte.

Una conclusión como la anterior no tiene base o cimiento alguno en derecho internacional, ni fundamento lógico o moral —afirman los Estados Unidos—, además de que ello provocaría una terrible confusión para muchos de los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.[28]

27 Véase *ibidem*, pp. 33-43. La pena capital sostienen los Estados Unidos, no está prohibida por el derecho consuetudinario internacional, ni por ningún acuerdo, tratado o convención de los que sean parte los Estados Unidos. Además de ello, el gobierno estadounidense se refiere a la Resolución del 3 de abril de 1998 de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, por la que se hace un llamado a los Estados que imponen la pena de muerte a declarar una moratoria en la ejecución de la misma. El hecho que haya sido aprobada por 26 votos a favor, 13 en contra y 12 abstenciones, refleja claramente la diversidad de opiniones que tiene la comunidad internacional acerca de la pena capital. A todo lo largo de su Memorial, los Estados Unidos rechazan todo intento de querer ver en la ausencia de "notificación consular" la infracción a un derecho humano que invalidaría un proceso "*...Simply put the fact that consular authorities may be able to provide useful assistence to defendants incertain cases, is neither sufficient nor persuasive reason to declare that consular notification is a universal prerequisite to the observance of human rights, or to a valid criminal conviction*", *ibidem*, p. 42.

28 *Ibidem*, p. 49. "An Opinion of the Court calling for invalidation of convictions not preceded by consular notification would have significant implications for OAS Member States", *ibidem*, nota 29.

Por otro lado, y respecto al alegato mexicano, que hace referencia a los "derechos de no-discriminación" y "de igualdad frente a la ley", el gobierno estadounidense sostiene que hay que dejar muy en claro que la "notificación consular", por su naturaleza misma, se produce únicamente en relación con las personas que no son ciudadanas del Estado receptor.

De acuerdo a lo anterior, la pretendida discriminación en relación a la notificación consular *per se*, única y exclusivamente podría tener algún sentido, en el supuesto caso de que, un gobierno en forma constante y deliberada, informara de la posibilidad del auxilio consular, a personas de cierta nacionalidad, y omitiera esta misma información respecto de personas de una distinta nacionalidad.

Sin embargo, y si se miran las cosas con más detenimiento, bien podría darse el caso de una cierta "discriminación", en aquellos casos en que no existan relaciones consulares entre dos Estados, ya que personas detenidas bajo esta hipótesis no tendrían por que ser informadas del derecho a un eventual auxilio consular, dado que el derecho internacional consuetudinario no impone tal tipo de obligación a los Estados. Esta obligación emanará únicamente de los acuerdos o tratados entre los países: "*...international law does not require consular notification where there are no consular relations*".[29]

En el capítulo de *Conclusiones*, el gobierno de los Estados Unidos, pedirá a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en Decisión acerca de la Opinión Consultiva sometida por México, concluya de la manera siguiente:

1. Que el requerimiento de la notificación consular del artículo 36, es una obligación jurídica importante, y que todos los Estados parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben realizar su mayor esfuerzo para mejorar su debido cumplimiento.

2. La notificación consular no es un "derecho humano" en cuanto tal, sino más bien un deber de los Estados que han establecido relaciones consulares con otros Estados soberanos; deber éste que está encaminado a beneficiar tanto a los individuos, como a los Estados mismos.

29 Véase *Re: Written Observations of the United States in OC-16, cit.*, nota 19, p. 50, párrafo 2. "While it is recognized that special measures in some cases may be appropriate to ensure the adequate and effective enjoyment of human rights, this is highly case —and fact— specific... Ultimately the suggestion that foreign nationals merit special rights is itself contrary to the principles of non discrimination and equality", *ibidem*, pp. 51 y 52, párrafo 3.

3. La notificación consular no implica en sí misma, *un derecho a*, ni tampoco exige un determinado nivel de asistencia consular.

4. En aquellas hipótesis, en que existan relaciones consulares oficiales entre Estados, la notificación consular puede, sin embargo, resultar en una asistencia consular que puede ayudar a la persona extranjera que está sometida a un juicio penal del Estado receptor.

5. La esencia de los derechos y protecciones individuales aplicables a las causas criminales, es aquélla que queda expresada y plasmada en la Declaración Americana, en la Carta de la OEA y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6. Todas las personas tienen el derecho a un justo proceso penal, independientemente de la penalidad que puede ser impuesta; a los extranjeros debe serles acordado un trato igual, no importando a este efecto, si recibieron o no recibieron, una notificación consular.

7. La omisión por parte del Estado receptor, de informar a una persona extranjera, del hecho de que las autoridades consulares pueden ser notificadas de su detención, puede sin duda, resultar en la adopción de medidas diplomáticas que busquen remediar dicha omisión y mejorar su cumplimiento.

De todas formas y en cualquier hipótesis, el remedio apropiado por una falta de notificación, puede solamente ser evaluado, con base en cada caso en particular, a la luz de la práctica actual de los Estados, y en el contexto de las relaciones consulares que se tengan entre los Estados concernientes.[30]

30 Véase *ibidem*, pp. 52 y 53. En la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte Interamericana, el gobierno estadounidense enfatizaría una y otra vez, el establecimiento de relaciones consulares como fundamento y base *sine qua non* del derecho a la notificación consular. "...The right to consular notification set forth in the Convention is a right of an unusual character. It has two elements: the right of the individual to be advised of the possibility of consular notification, and the obligation to notify a consular official if requested. It comes into operation, only when the sending State has a right to perform consular functions. It depends entirely on the existence of a bilateral consular relationship. If tha relationship does not exist, there is no individual right to consular notoficación". Véase Texto Oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la corte el 12 y 13 de junio de 1998*, nota 3 (Intervención del señor Ion Crook, Assistant Legal Adviser for United Nations Affairs in the Department of State, p. 70).

Por el contrario para el señor embajador Héctor Gross Espiell, actuando como *amicus curiae* ante la Corte, el artículo 36 de la Convención de Viena, opera por sí, sin que sea necesario el probar perjuicio, ni daño, debiendo caracterizarse como una norma relativa a la protección de los derechos humanos. "...La violación del artículo 36 y la consiguiente responsabilidad del Estado, según el derecho internacional consuetudinario..., se genera por haber conculcado una norma de derecho internacional, por una omisión de cumplimiento de una obligación resultante de un tratado en vigencia del que ese Estado es parte, violación que se produce ipso jure, per se; por la sola configuración de la omi-

V. Caso concerniente a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre Paraguay y los Estados Unidos de América, sometido a la Corte Internacional de Justicia (1998)

La República de Paraguay, acorde con lo dispuesto en el artículo 40 (1) del Estatuto de la Corte, y el artículo 38 de su Reglamento, sometió una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, en contra del gobierno de los Estados Unidos de América por supuesta violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (24 de abril de 1963).

En el año de 1992, las autoridades del Estado de Virginia, detuvieron y metieron a prisión al señor Ángel Francisco Breard, ciudadano de nacionalidad paraguaya.

Un Tribunal del Condado de Arlington, Estado de Virginia, procesó, condenó y sentenció a muerte al señor Ángel F. Breard, sin que nunca le hubiera sido comunicado al detenido su derecho al auxilio consular, y tampoco se le hubiere notificado a los funcionarios del Consulado de Paraguay de la detención y proceso del señor Breard, de conformidad a lo exigido por la Convención de Viena en su artículo 36, ordinal 1, inciso *b*.[31]

El gobierno del Paraguay sostuvo que la falta de una fiel observancia por parte del Estado receptor a la norma contenida en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, específicamente el artículo 36, 1, b, hacía nugatorio el derecho del detenido extranjero a un debido proceso.

Este derecho se agrava —dice Paraguay—, cuando el extranjero se encuentra bajo una acusación por delitos sancionables con la pena capital, pues la aplicación de la misma, produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial, y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado.

El incumplimiento de dicha disposición, configura una clara violación de las garantías procesales que el derecho internacional de los derechos humanos, confiere a favor de todo extranjero, detenido, arrestado o puesto en prisión preventiva.

sión...", Véase Texto oficial de la *Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la corte el 12 y 13 de junio de 1998, cit.*, nota 3, p. 135, párrafo 6.

31 Véase "Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States)", *Provisional Measures, Dispositif*, Order of April 9, 1998 (http:/www.I.C.J.-C.I.J. ORG). La jurisdicción de la Corte se fundamentaría en el artículo 1o. del Protocolo Opcional relativo a la Solución de Controversias, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

El Estado de Paraguay, habiéndose enterado por otros medios, a principios de 1996, del estado y situación del detenido, se abocó al agotamiento de todos y cada uno de los recursos procesales en la jurisdicción interna del Estado receptor, fundamentando su actuación como una defensa a los derechos y garantías judiciales, e igualdad ante la Ley del nacional condenado. Todos los esfuerzos del Paraguay para que se anulara el proceso, fueron infructuosos.

Por lo tanto la República de Paraguay, solicitaba a la Corte de La Haya, que fallara en consecuencia, declarando que los Estados Unidos debían de acordar una *restitutio in integrum*, y que dicho país estaba bajo la obligación jurídico-internacional, de abstenerse de aplicar la doctrina del *procedural default*, o cualquier otra doctrina de derecho interno, que precluyera, en un sentido u otro, el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 36 de la Convención de Viena.[32]

Por otro lado, el gobierno de Paraguay, paralelamente a la demanda principal incoada ante la Corte Internacional de Justicia, solicitó de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte, y los artículos 73, 74 y 75 de su Reglamento, la indicación urgente de "medidas provisionales" para resguardar los derechos del Estado de Paraguay, de tal suerte que el Estado de Virginia pospusiera la ejecución del señor Breard, en tanto no se dictara una sentencia definitiva por parte de la Corte de La Haya.[33]

Así las cosas, el 9 de abril de 1998, la Corte Internacional de Justicia omitiría en forma unánime, una *Providencia* ordenando la indicación de "medidas provisionales", en el sentido que los Estados Unidos deberían de tomar todas las medidas puestas a su alcance, para asegurarse que el señor Ángel Francisco Breard, no fuese ejecutado, en tanto no existiera una decisión final sobre el fondo del Caso, debiendo informar a la Corte de todos los pasos que se vayan tomando, para la debida instrumentación de la presente Providencia.

32 Véase *ibidem*, numeral 25, incisos 1, 2, 3 y 4. "Applying this doctrine ('procedural default'), the Court decided that, because Mr. Breard had not asserted his rights under the Vienna Convention in his previous legal proceedings, he could not assert them in the federal habeas proceeding. This municipal law doctrine was held to bar such relief even though Mr. Breard..., was unware of his rights precisely because the local authorities failed to comply with their obligations under the Convention promptly to inform him of those rights", *ibidem*, núm. 13.

33 Véase "Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Paraguay", abril de 1998, *cit.*

La Corte, siguiendo su propia jurisprudencia recordaría que la indicación de "medidas provisionales", no prejuzga en nada ninguna cuestión relativa al fondo del asunto.[34]

VI. Apreciación crítica. Actuación contradictoria del Departamento de Estado

Ante la Providencia de la Corte Internacional de Justicia, ordenando la indicación de "medidas provisionales", podemos decir que los Estados Unidos adoptaron una actitud deliberadamente ambigua y con directivas encontradas.

El único paso tomado realmente por el gobierno norteamericano fue el envío de una misiva (el 13 de abril de 1998) por parte de la Secretaría del Departamento de Estado dirigida al gobernador de Virginia, y en la cual se le comunicaba, que no obstante los esfuerzos del consejero estadounidense ante la Corte de La Haya, en el sentido que Estados Unidos insistía en que la *consular notification* no hubiera cambiado en nada el resultado del proceso contra el señor Breard, y que de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, no se desprendía en absoluto la revocación o anulación del proceso criminal, por omisión de la notificación consular, no obstante ello, la Corte de La Haya había solicitado la suspensión de la sentencia de pena capital, a través —dice la misiva—, de la utilización de un lenguaje no vinculante (*Using non-binding language*).[35]

Es con la mayor renuencia (*great reluctance*) dice M. Albright, que estoy solicitando esta diferición de la ejecución, pero como secretaria del Departamento de Estado, tengo la responsabilidad de tener en mente la seguridad de nuestros connacionales en el extranjero.

En este sentido, continúa la misiva, estoy particularmente preocupada por las posible consecuencias negativas que pudiera conllevar la ejecu-

34 Véase "Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay *v.* United States)", *cit.*, nota 31. El estado de Virginia no hará caso alguno de la Providencia de la Corte Internacional de Justicia, y el señor Ángel Francisco Breard, fue ejecutado en la fecha prevista, esto es, el 14 de abril de 1998.

Si bien la Providencia de la Corte dictando medidas provisionales fue adoptada a la unanimidad, sin embargo, los jueces Stephen M. Schwebel, Shigeru Oda y el juez Koroma, anexaron "Declaraciones" a la Providencia de la Corte, puntualizando su particular punto de vista acerca de las medidas precautorias.

35 Véase *Letter from Madeleine K. Albright, U.S. Secretary of State, to James S. Gilmore III, Governor of Virginia (April 13,1998), International Legal Materials*, vol. XXXVII, mayo de 1998.

ción del señor Breard en estos momentos. Consecuencias negativas que podrían incidir en muchos de los ciudadanos estadounidenses que viajan o viven en el extranjero. De no tomar en cuenta la Providencia de la Corte, podría llevar a pensar por parte de algunos Estados, que los Estados Unidos no toman en serio las obligaciones derivadas de la Convención y del derecho internacional, lo cual podría a su vez limitar nuestras facultades para proteger debidamente a nuestros connacionales en el extranjero.[36]

Amicus brief

Por otro lado, los Departamentos de Estado y de Justicia de los Estados Unidos, introducirían un escrito ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, urgiendo a ésta la denegación de un "auto de avocación" (*writ of certiorari*) y de posposición de la ejecución de la sentencia en el Caso Breard.[37]

De este "escrito" ante la Suprema Corte, es importante destacar, primero, que en él se dice, que respecto a una *Providencia* de la Corte Internacional de Justicia, indicando "medidas provisionales", hay un desacuerdo substancial entre los juristas en el sentido de considerarlo como siendo o no siendo obligatorio, pero que con todo, la posición prevaleciente —siempre según este escrito—, es la de que dichas providencias no tienen carácter obligatorio.

De acuerdo a lo anterior y si se lee con cuidado el artículo 41, párrafos 1 y 2 del Estatuto de la Corte, se advierte un lenguaje más bien permisivo, que la utilización de un lenguaje más bien vinculativo. La Corte tendrá facultad para indicar las "medidas provisionales" que deban tomarse (*ought to be taken*), y añadiendo más adelante que: "Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas" (*...notice of the measures suggested...*).

Todo esto deja indicar, que la Corte, está *sugiriendo* una determinada acción, pero que en realidad, no la está *exigiendo*, desde un punto de vista estrictamente jurídico.[38]

36 Véase *idem*, "As Secretary of State, however, I have a responsibility to bear in mind the safety of Americans overseas".

37 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae. Breard* v. *Greene*, 118 S. Ct. 1352 (1998), N. 97-1390; 97-8214.

38 Véase *ibidem*, pp. 49-51. "The use of precatory language ('indicate': 'ought to *be taken*'; 'suggested') instead of stronger language (*e. g.* the I.C.J. may 'order' provisional measures that 'shall' be taken) strongly supports a conclusion that ICJ provisional measures are not binding on the parties", *idem*.

Pero además de los anteriores argumentos, en este *amicus brief* sometido a la Suprema Corte, se sostiene que incluso si se examina con detalle la Providencia de la Corte de la Haya, ésta sólo está solicitando que se tomen todas las medidas necesarias que estén a la disposición del Estado en cuestión, para que el señor Breard no sea ejecutado, antes de mediar una sentencia definitiva por parte de la Corte Internacional de Justicia.

En cualquier hipótesis, las medidas que el gobierno de los Estados Unidos, pueden llegar a adoptar, es una cuestión de derecho interno, por ejemplo una cuestión del derecho doméstico norteamericano, y el sistema federal de éste, impone límites a las facultades gubernamentales de orden federal, para interferir con los sistemas penales de los Estados federales.

De conformidad al sistema constitucional estadounidense, en el presente caso, todo lo que puede hacer el Ejecutivo Federal, es tomar una medida de "persuasión", como la adoptada en la misiva de la Secretaría del Departamento de Estado, pero nunca una medida de carácter compulsivo.[39]

Con fecha 14 de abril de 1998, la Suprema Corte de los Estados Unidos, por una votación de 6 a favor y 3 en contra, denegó la petición de *habeas corpus*, y las peticiones de *certiorari*. La Suprema Corte, en forma harto extraña, sostuvo que las reglas procedimentales del Estado del foro, gobiernan la instrumentación de un tratado en cada Estado en particular, a menos que el mismo tratado prescriba algo distinto: *In the Court's reading of the Vienna Convention, no such contrary intention could be discerned.*[40]

VII. Respuesta del gobernador de Virginia

Así las cosas, no será nada sorprendente que el gobernador del Estado de Virginia, se sintiera no solamente libre de actuar como le fuere su real parecer, sino que incluso, pareciera verse alentado en llevar a cabo la ejecución de la pena de muerte contra el señor Breard, en la fecha previamente determinada por el Tribunal del Condado de Arlington.

39 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae*, *cit.*, nota 37, pp. 49-51.

40 Véase Breard *v.* Greene, 118, S. Ct., 1352, 1354 (1998): "Even were Breard's Vienna Convention claim properly raised and proven, it is extremely doubtful that the violation should result in the overturning of a final judgement of conviction without some showing that the violation had an affect on the trial", *ibidem*, ordinal 1355.

En una Declaración de fecha 14 de abril de 1998, el gobernador de Virginia sostuvo que como gobernador que era, su primera y más alta obligación residía en asegurar a los habitantes de su Estado, tanto como fuere posible, el que pudiesen llevar una vida libre del temor del crimen, y que le preocupaba que la Corte Internacional de Justicia estuviera llevando a cabo una "revisión" del Caso Breard, ya que esto tendría el efecto práctico, de transferir la responsabilidad que poseen los tribunales de la Confederación de los Estados Unidos, a una instancia internacional.[41]

VIII. Obligatoriedad de las providencias de la Corte

Hay que dejar bien claro que, contrariamente a lo manifestado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, toda Providencia (*order/Ordonnance*) emitida por la Corte Internacional de Justicia, posee carácter obligatorio, y esto de conformidad con la doctrina más autorizada y con la jurisprudencia internacional más relevante.

La obligatoriedad de una Providencia en indicación de "medidas provisionales", quedó definida desde la jurisprudencia de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional.

A este respecto cabe recordar el "Caso de la Compañía de Electricidad de Sofía o Bulgaria (1939)", en donde la Corte Permanente sostuvo que la disposición concerniente a la facultad de indicar medidas provisionales, derivaba de un principio universalmente admitido ante las jurisdicciones internacionales, y según el cual, las partes en una controversia deben de abstenerse de toda medida susceptible de tener una repercusión perjudicial en la ejecución de la decisión que vaya a ser dictada, y en general, de no permitir ningún acto, de la naturaleza que fuere, "y que sea susceptible de agravar o ampliar el diferendo".[42]

41 Véase *Commonwealth of Virginia; Office of the Governor. Press Office. Statement by Governor Jim Gilmore concerning the Execution of Angel Breard* (april 14,1998). *ILM, op. cit.*, pp. 670 y 671: "...Should the International Court of Justice, resolve this matter in Paraguay's favor, it would be difficult, having delayed the esecution so that the International Court could consider the case, to them carry out the jury's sentence despite the rulings of the International Court", *ibidem.*

42 Véase *CPJI Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie (Measures Conservatoires). Ordonnance du 5 Décembre 1939. Fascicule 79. Série A/B, Arrêts,Ordonnances et Avis Consultatifs*, pp. 191-200. En cuanto a la doctrina el estudio emprendido por el doctor M. H. Mendelson, es uno de los mejores y más detallados análisis sobre el problema: Mendelson, M. H., "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", *British Year Book of International Law, 1972-1973*, XLVL, 1975, pp. 259-323. En una de sus conclusiones, el doctor M. H. Mendelson, asienta: "There are

El eminente profesor estadounidense Louis Henkin, al comentar el caso específico entre "Paraguay y los Estados Unidos" y la Providencia dictada por la Corte Internacional de Justicia a este efecto, no tiene la menor duda en sostener, que el mandamiento de la Corte era jurídicamente vinculante para los Estados Unidos.

La Providencia dictada por la Corte de la Haya, el 9 de abril de 1998, exigía de los Estados Unidos, como un punto de derecho internacional, el adoptar las medidas provisionales indicadas por la Corte.

La obligación internacional para los Estados Unidos, se desprende del Estatuto de la Corte Internacional, el cual tiene la naturaleza de ser un tratado internacional, celebrado por el Ejecutivo Federal, en consulta y con consentimiento del Senado (artículo II, sección 2, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos, 1789).

De acuerdo al derecho internacional y de acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos, sostiene Louis Henkin, la Providencia de la Corte posee el mismo carácter y *status*, que cualquier otra obligación emanada de un tratado estadounidense, como en efecto lo es el Estatuto de la Corte, subyacente éste a la obligatoriedad de la Providencia mencionada.[43]

Pero si vamos a llamar las cosas por su nombre, el gobierno norteamericano no sólo no dio todos los pasos adecuados para lograr la suspensión de la ejecución, sino, antes al contrario, promovió medidas absolutamente contrarias a lo que la Corte le requería.

El abogado general (*solicitor general)* de los Estados Unidos, en conjunción con el consultor jurídico del Departamento de Estado, sometieron el "escrito", analizado anteriormente, ante la Suprema Corte de su país, con el increíble argumento, de que en su opinión la Suprema Corte no estaba de ninguna manera obligada por la Providencia del Tribunal Internacional en sentido de posponer la sentencia de pena de muerte.

En pocas palabras, no solo no adoptaron las medidas provisionales necesarias para dar cumplimiento a la Providencia del 9 de abril de 1998, sino que se aseguraron de tomar las medidas necesarias para ayudar a que la pena de muerte se llevara a cabo. Se infringe y se viola el derecho in-

'degrees' of urgency, of seriousness of anticipated harm, and so on... If the surrounding circumstances militate very strongly in favor of indicating interim measures, the Court would be justified in granting them even if the objections to jurisdiction seem very strong indeed (though not of course, if they are 'manifestly' well founded", *ibidem*, p. 321.

43 Véase Henkin, Louis, "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations, and the States", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 4, octubre de 1998, pp. 679-683.

ternacional sin tapujo alguno, no una, ni dos, sino varias veces. ¡El desprecio absoluto por el derecho internacional vuelve a tener patente de corso![44]

Por otro lado, y como ya advertíamos, la Carta de las Naciones Unidas es simple y sencillamente un Tratado —para todo efecto—, ratificado por los Estados Unidos, y teniendo a la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de la Organización de Naciones Unidas (artículo 1o. del Estatuto).

Siendo la Carta de la ONU un Tratado, es entonces "Ley suprema del país" (artículo VI, párrafo 2 de la Constitución de los Estados Unidos de 1787), y sus disposiciones autoejecutivas son parte integrante del derecho interno estadounidense, al igual y al mismo nivel que las leyes emanadas del Congreso.

En los términos que convirtieron el Caso del *Paquete Habana* (1900) en el *leading case* concerniente a la incorporación del derecho internacional al derecho interno de los Estados Unidos, la Suprema Corte declaró:

> El derecho internacional es parte integrante de nuestro derecho, y debe ser determinado y dispensado por los tribunales de justicia de la jurisdicción apropiada, siempre y cuando existan cuestiones sobre derechos que dependan de él y que sean debidamente presentados para su calificación: para este propósito, cuando no exista un tratado, y no haya un decreto ejecutivo o legislativo de control, o una decisión judicial, debe entonces recurrirse a las costumbres y usos de las naciones civilizadas.[45]

En la importante causa *United States* v. *Belmont* (1937), los Estados Unidos presentaron una reclamación contra un banquero de Nueva York, de nombre August Belmont, con el propósito de recuperar una suma de

44 Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae. Breard* v. *Greene*, *cit.*, nota 37, *cfr. Sanitary Dist* v. *United States*, 262 U.S. 405; 425-426 (1925). "U.S. may bring bill in equity to enjoin action by state agency in order, *inter alia*, to carry out U.S. treaty obligation", citado por Henkin, Louis, *cit.*, nota 43, p. 681, nota 8.

45 Véase, Glennon, J. Michael, Constitutional Diplomacy (foreword by J. William Fulbright), Nueva Jersey, Princeton University Press, 1990. Chapter Seven, pp. 229-282. El problema nodal que se plantea el profesor M. Glennon en este capítulo es el siguiente: "...As a metter of domestic law, is the president prohibited from violating principles of customary international law?", *ibidem*, p. 230.

Véase, *The Paquete Habana, The Lola*, United States Supreme Court, 1900 (175 U.S. 677) en Briggs, W. Herbert, *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*. Nueva York, Appleton-Century-Crofts, 1938, pp. 31-34.

dinero que había sido depositada por una Compañía Rusa antes de la Revolución.

El gobierno soviético había expropiado todos los activos (*Petrograd Metal Works*), incluyendo la cuenta en depósito en el banco de Nueva York. Los Estados Unidos argumentaban que se estaban basando en el hecho de que, de acuerdo al decreto soviético, todos los activos de la Compañía pasaban a ser propiedad del gobierno norteamericano de acuerdo a la llamada Cesión Litvinov (*Litvinov Assignment*).

El demandado sostenía que el decreto soviético no podía ser aplicado en Nueva York, porque ello supondría un acto de confiscación contrario a las leyes neoyorkinas.

La Suprema Corte rechazaría esta línea argumentativa, y como lo expresaría el *justice* Sutherland, aunque la regla de supremacía sobre la ley estatal respecto de:

> ...los tratados es contemplada en forma precisa por la cláusula 2, artículo VI, de la Constitución, la misma regla resultaría aplicable en el caso de todos y cada uno de los pactos y convenios internacionales por el hecho mismo de que todo el poder sobre los asuntos internacionales corresponde ejercerlo al gobierno de la Nación, *y no está, ni puede estar sujeto a ninguna forma de disminución o injerencia alguna por parte de los distintos estados*.[46]

En la Causa *United States* v. *Pink* (1942), la Suprema Corte reiteró la regla impuesta en *Belmont*, y puede decirse, que incluso lo hizo con un mayor rigor.

Así, la Suprema Corte sostuvo que un tratado era una *ley de la nación* según la cláusula de la supremacía de la Constitución de 1787. La *Litvinov Assignment*, debía por lo tanto invalidar la política estatal que se abstiene de aplicar los decretos confiscatorios pronunciados por el tribunal de Nueva York.

El justicia Douglas asentó con toda precisión que: "La ley o derecho estatal, deben replegarse, cuando éstas no son compatibles, o son antagó-

46 Véase *United States* v. *Belmont*, 301 U.S. 324,57 S. Ct.758, 81 L. Ed., 1134 (1937) (cursivas nuestras), en Noyes E., John y Janis W., Mark, *Cases and Commentary on International Law*, (American Casebook Series) St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1997, pp. 162-165. "As a result of cases like *Belmont*, the term 'treaty' really has two meanings in the U.S. Constitution. First, there is the 'treaty' in Article II (2) that requires the 'advice and consent' of the Senate. Second, there is the 'treaty' in Article VI (2) that, along with the Constitution and U.S. law, is given supremacy". *Ibidem*, p. 165, nota 2.

nicas, con la política o disposición de... un pacto o convenio internacional".[47]

Con toda razón, el internacionalista Louis Henkin, considera que detrás del terrible drama del Caso *Breard*, se puede divisar una forma de incertidumbre, de terreno resbaladizo, e incluso una posible ignorancia acerca de las obligaciones del estado de Virginia, dentro del contexto de las obligaciones de los Estados Unidos como Estado soberano.

Tal parece que es necesario llamar la atención y recordarles, incluso después de doscientos años, que los tratados celebrados por los Estados Unidos, continúan siendo ley suprema del país, y que poseen fuerza jurídica, *vis-à-vis* los estados de la Unión, por disposición expresa de la Constitución de los Estados Unidos.

Por último, dice Louis Henkin, no deja de ser lamentable, la negativa a posponer la ejecución de la pena capital en el Caso *Breard*, va a interpretarse inexorablemente por muchos países, como una burla, como una mofa más de los Estados Unidos hacia los mandamientos, autos y providencias de la Corte Internacional de Justicia.[48]

47 Véase *United States v. Pink*, Supreme Court of the United States (1942) 315 U.S. 203, en Green, L. C., *International Law trough the Cases*, 13a. ed. (The London Institute of World Affairs), Londres, Stevens and Sons Limited, 1970, pp. 48-53. El siguiente pasaje no necesita de mayor glosa: "*...There are limitations on the sovereignity of the States. No Statee can rewrite our foreign policy to conform to its own domestic policies. Power over external affairs is not shared by the States; it is rested in the national Government exclusively. It need not be so exercised as to conform to state laws or state policies...*", *ibidem*, p. 53.

Véase Weston H., Burns, Falk, Richard, D'Amato, Anthony, *International Law and World Order, (A problem-Oriented Coursebook)*, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1980. Consúltese en especial el subtítulo: "The impact of International Law upon National Law", chapter 3, pp. 162-200.

48 Véase Henkin, Louis, *op. cit.*, nota 43, pp. 682 y 683. Por su parte, el profesor Jordan J. Paust, a propósito del Caso *Breard*, sostiene lo siguiente: "*In my opinion, application of both procedural 'default' doctrine and the subsequent statute to defeat treaty-based rights of the individual was inappropiate...As the Court has recognized at least since 1796, federal judges are bound to apply treaty law*", Véase Paust J., Jordan, "Breard and Treaty-Based Rights under the Consular Convention", *American Journal of International Law*, vol 92, núm. 4, octubre de 1998, pp. 691-697 (p. 692). En el mismo sentido y con iguales o parecidas críticas a la posición adoptada por los Estados Unidos en el Caso *Breard*, véanse los dos siguientes artículos: (1). Lori Fisler, Damrosch, "The Justiciability of Paraguay's Claim of treaty violation", *AGORA: Breard, American Journal of International Law*, pp. 697-704. (2), Kirgis, L., Frederic, "Zschering *v.* Miller and the Breard Matter", *AGORA: Breard. American Journal of International Law*, pp. 705-708. Este último jurista concluye en la forma siguiente: "As Professor Bilder pointed out almost a decade ago, state and local governments must therefore take responsibility for ensuring that they act within ppropiate constitutional bounds when foreign relations issues are at hand. The Governor of Virginia failed th shoulder that responsibility in the Breard matter", *cit.*, pp. 707 y 708.

Con fecha 9 de junio de 1998, la Corte Internacional de Justicia, siguiendo su procedimiento, va a disponer que la República de Paraguay someta la *Memoria* sobre el Caso ya incoado, para dictar sentencia sobre el fondo del mismo, y fijando asimismo la fecha del 9 de abril de 1999 para la Contramemoria de los Estados Unidos de América.

Sin embargo, el 2 de noviembre de 1998, la República de Paraguay, informó a la Corte Internacional de su deseo de no continuar con el procedimiento, y solicitó que la causa fuera removida del orden del día.

Al día siguiente los Estados Unidos informaron a la Corte no tener objeción alguna a la solicitud de remoción del Paraguay, por lo que el día 10 de noviembre de 1998, la Corte ordenó que la causa en cuestión fuese definitivamente eliminada de la lista oficial de casos pendientes.[49]

IX. Caso relativo a la Convención sobre Relaciones Consulares (1999) ante la Corte Internacional de Justicia (Alemania *vs.* Estados Unidos de América)

Con fecha 2 de marzo de 1999, la República Federal de Alemania introdujo una demanda en contra de los Estados Unidos de América, por

49 A raíz de este Caso *Breard*, los Estados Unidos emitieron un pequeño opúsculo, dirigido a las autoridades norteamericanas locales como federales, con el fin de instruirlas sobre las "obligaciones internacionales" que se adquieren respecto a la notificación consular y el acceso respectivo. Véase *U.S. Dept of State. Pub N. 10518, Consular Notification and Acces:Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist them (1998).*

En el Caso *Murphy* v. *Netherland* (1997), sin haber llegado éste a la Corte Internacional de Justicia, tiene, sin embargo, grandes analogías con el Caso *Breard*. Mario Murphy, de nacionalidad mexicana, fue arrestado y sentenciado a la pena capital en el estado de Virginia, en el mes de septiembre de 1992. En ningun momento Mario Murphy fue notificado de su legítimo derecho a comunicarse con nuestros funcionarios consulares. Todos sus recursos y apelaciones fueron rechazados. En el escrito del gobierno mexicano, como *Amicus Curiae*, ante el Cuarto Circuito, México, aparte de subrayar las violaciones al derecho internacional, hacía notar que Mario Murphy, un joven de 19 años, sin ningún tipo de educación escolar, había sido procesado junto con otros *norteamericanos*, por el mismo delito,y mientras que estos últimos recibieron distintos tipos de sentencia, única y sólamente a Mario Murphy le había sido impuesta la pena de muerte.

Después de una petición infructuosa ante la Supreman Corte de Justicia de los Estados Unidos, y posteriormente a la negativa de clemencia solicitada al impasible gobernador de Virginia, el mexicano Mario Murphy, sería ejecutado el 17 de septiembre de 1997. ¡La Justicia reposa serenamente en el espíritu de los justos!

Véase *(a) Murphy* v. *Netherland*. 116 F.3d. 97. U.S. Court of Appeals. 4th Cir., June 19, 1997. *(b). Amicus Brief of the United Mexican States, Murphy* v. *Netherland*, 116. F. 3d. 97 (4th. Cir. N.96-14) *(c)* Aceves. J. William, "Treaties-Vienna Convention on Consular Relations-Habeas Corpus", *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 1, enero de 1998, pp. 87-91.

supuestas violaciones, cometidas por este último país, a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

Los hechos que dan lugar a la demanda, se basan en la detención en 1982, por parte de las autoridades de Arizona, de dos personas de nacionalidad alemana (Karl y Walter Le Grand), las cuales fueron procesadas y sentenciadas a la pena de muerte, sin que dichos sujetos hubieren sido notificados "sin dilación", de las prerrogativas y derechos que les concede el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.

Alemania argumenta que al no haberse cumplido con lo estipulado por el artículo 36 de la mencionada Convención, esto impidió a Alemania el proteger los intereses jurídicos de sus nacionales en los Estados Unidos, tanto en la fase misma del proceso penal, como en las instancias de apelación de los tribunales norteamericanos.

En la misma demanda, Alemania asienta, que cuando finalmente Karl y Walter Le Grand, por mediación de las autoridades consulares alemanas, alegaron que se habían cometido violaciones patentes a la Convención de Viena, ante la Corte Federal de Primera Instancia, ésta misma, hizo aplicación de la doctrina jurídica interna del *procedural default*, decidiendo que, dado que las personas en cuestión no habían hecho valer sus derechos derivados de la Convención de Viena de 1963, en los procedimientos jurídicos previos en el nivel estatal, estaban ya impedidos de hacerlo en los procedimientos federales de *habeas corpus*.[50]

Visto todo lo anterior la República Federal de Alemania va a solicitar a la Corte de decidir y declarar:

1. Que los Estados Unidos, al arrestar, detener, procesar, condenar y sentenciar a Karl y Walter Le Grand, violaron sus obligaciones jurídico-internacionales respecto de Alemania, en su propio derecho, y en el derecho de protección diplomática de sus nacionales, tal y como está previsto y contemplado por los artículos 5o. y 36 de la Convención de Viena de 1963.

50 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany* v. *United States)*, 3 de marzo de 1999. "Request for the Indication of Provisional Measures", Order: *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999 (ASIL), pp. 308-316. Alemania fundamentó la jurisdicción de la Corte, en el artículo 36, párrafo 1, del Estatuto de la Corte y en el artículo I del Protocolo Facultativo sobre Solución Obligatoria de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: "Las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, se someterán obligatoriamente a la Corte Internacional de Justicia, que a este título podrá entender de ellas, a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, que sea parte en el presente Protocolo" (artículo I "Protocolo Facultativo relativo a la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias").

2. Que Alemania tiene por lo tanto, derecho a que se le otorgue una reparación de acuerdo al derecho internacional.

3. Que los Estados Unidos están obligados conforme a derecho internacional, de no hacer aplicación de la doctrina *procedural default*, o de cualquier otra doctrina del foro interno, si esto conlleva inhibir o precluir, el ejercicio de los derechos estipulados en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963.[51]

Por otro lado, el gobierno alemán sostiene que la culpabilidad de tipo penal que fue impuesta a Karl y Walter Le Grand, al haber sido dictada en violación a las obligaciones internacionales, debe ser declarada nula por la Corte y por las autoridades legales de los Estados Unidos.

En lo que respecta al caso de Karl Le Grand, ejecutado el 24 de febrero de 1999, el gobierno alemán exige le sea acordada una reparación jurídica, en su modalidad de "indemnización" por el daño material y de "satisfacción" por el daño moral sufridos conforme a derecho internacional. En lo que respecta al caso de Walter Le Grand, lo que se solicita al gobierno americano es el restablecimiento del *status quo ante*, esto es, la reposición de la situación que existía anteriormente a la detención, proceso y sentencia del ciudadano alemán (*restitutio in integrum*).[52]

Por último, el gobierno alemán, paralelamente a su demanda principal, solicitó al mismo tiempo, una petición formal para que la Corte Internacional de Justicia dictara auto de "medidas provisionales", de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la misma Corte.[53]

Esta petición de "medidas precautorias", la formula Alemania por la gravedad y urgencia de la situación, esto es, la inminente ejecución de la sentencia de muerte fijada para el 3 de marzo de 1999 en Arizona, en contra de Walter Le Grand, hermano de Karl, este último ya ejecutado el 24 de febrero de 1999.

51 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States)*, *cit.*, nota 50, p. 309, numeral 5.

52 Véase *ibidem*, p. 310. "Si se piensa que el principio general de la reparación, tiende a hacer desaparecer las *'consecuencias'* producidas por el hecho ilícito imputable al Estado... es entonces evidente que la 'reparación en especie', se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación". Véase Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Aspectos de la reparación internacional", *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p. 184.

53 Véase, Charte des Nations Unies, "Statut et Règlement de la Cour et autres textes", *Actes et Documents Relatifs à l'Organisation de la Cour*, núm. 4, 1978.

La Corte Internacional de Justicia va a recordar su propia jurisprudencia en materia de "medidas provisionales", en el sentido que su viabilidad, presupone el que un perjuicio irreparable pueda ser causado a los derechos en litigio en un procedimiento judicial (ejemplo *USA, Diplomatic and Consular Staff in Theran: Provisional Measures*, Order: 15-XII-1979) y que el emitir un mandamiento judicial en este sentido, no prejuzga en nada la competencia de la Corte para conocer del fondo del asunto, ni ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda, ni a la substancia de la misma.

La Corte deja muy en claro que los puntos relativos al presente diferendo, no conciernen en forma absoluta, la atribución que poseen los Estados federados dentro de los Estados Unidos, para recurrir a la pena capital.

La función de la Corte, enfatiza ésta, es la de resolver diferendos jurídico-internacionales entre los Estados, *inter alia*, cuando éstos se generen por la interpretación o aplicación de tratados, pactos o convenciones internacionales; pero su función no es nunca la de comportarse como una especie de tribunal criminal de apelación.[54]

Así, la Corte Internacional de Justicia, en su mandamiento judicial del 3 de marzo de 1999, en forma unánime, va a dar cabida a la demanda interpuesta por la República Federal de Alemania en el sentido de indicar las siguientes medidas provisionales:

I (a). Los Estados Unidos de América deben tomar todas las medidas que estén a su disposición a fin de asegurar que Walter Le Grand no sea ejecutado, en tanto no exista una decisión final en el presente Caso, y quedando obligado de informar a la Corte de todas las providencias que hayan sido adoptadas para la debida instrumentación del presente mandamiento.

(b). El gobierno de los Estados Unidos de América queda en la obligación de transmitir las anteriores disposiciones al gobernador del estado de Arizona.

II. La Corte decide que hasta el momento en que no exista un fallo definitivo por parte de la misma, ésta quedará abocada a los puntos que integran la materia substantiva del presente mandamiento.[55]

54 Véase *International Court of Justice: Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany* v. *United States), cit.*, nota 50, pp. 312 y 313.

55 Véase *ibidem*, p. 313, numeral 29. Las "medidas provisionales" dictadas por la Corte fueron adoptadas de acuerdo al artículo 41 del Estatuto y 75, párrafo 1 de su Reglamento de 1978, como fue

X. Declaración del juez Shigeru Oda

El juez Shigeru Oda, acompañó al texto de la *Prividencia* del 3 de marzo de 1999, una "Declaración", sosteniendo que si bien había votado a favor, lo había hecho con gran vacilación y recelo, en virtud de que la Corte Internacional de Justicia, no podía convertirse en un Tribunal Criminal de Apelación, y tampoco llegar a ser una instancia para admitir recursos de *habeas corpus*.

De acuerdo al juez S. Oda, la Corte no posee jurisdicción para decidir asuntos relativos a la pena capital y su ejecución, y no debe de estar interviniendo en este tipo de diferendos. Decidir si, la pena de muerte es contraria al artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es un asunto que deba ser determinado o resuelto por la Corte de La Haya, o por lo menos, no el presente caso y bajo la actual hipótesis.

La indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas, cuando la Corte así lo considere conveniente para resguardar los derechos de las partes, son medidas para preservar —dice S. Oda—, derechos de los Estados soberanos, expuestos éstos a una inminente violación, la cual sería por sí misma irreparable, de no recaer tal Providencia.

Si la Corte interviene directamente en el destino de un individuo, esto ya está implicando una cierta desviación de la función encomendada al órgano judicial principal de Naciones Unidas, que no es otra, sino la de dirimir controversias inter-estatales, relativas a los derechos y deberes de los Estados soberanos.[56]

XI. Opinión separada del presidente Schwebel

Para el juez Stephen M. Schwebel, presidente en turno de la Corte Internacional de Justicia, la Providencia emitida el 3 de marzo de 1999 por la Corte, y conforme a la cual se dictaban las "Medidas Provisiona-

solicitado por Alemania. Dada la extremada urgencia (*greatest urgency*) del asunto en cuestión, la Corte puede en todo momento examinar de oficio (*provisional measures 'proprio motu'*) la indicación de medidas provisionales que las partes, o una sola de ellas, debería tomar o ejecutar.

56 Véase *Declaration of Judge ODA, ICJ, Germany* v. *United States, cit.*, nota 50, pp. 314 y 315.

"...*Given the fundamental nature of provisional measures, those measures should not have been indicated upon Germany's request. I reiterate and emphasize that I voted in favour of the Order, solely for humanitarian reasons*". *Ibidem*, p. 315, numeral 7.

les", solicitadas por Alemania, no tiene precedente en los anales de la jurisprudencia, y hace votos, para que esta decisión no siente precedente en lo futuro.

De acuerdo al juez S. Schwebwl, esta decisión relativa a la indicación de medidas provisionales, fue emitida por la Corte a petición de una de las partes, pero sin haber escuchado a la otra parte, y esto infringe una regla básica del procedimiento judicial.

De conformidad con el artículo 75, párrafo 1 del Reglamento de la Corte, ésta misma tiene la facultad, en todo momento de examinar de oficio (*d'office*; *proprio motu*), si las circunstancias del caso así lo exigen, la indicación de medidas provisionales (*mesures conservatoires*; *provisional measures*) que deban adoptar o cumplir las partes, o una de ellas.

Esta facultad que puede ser ejercida "de oficio", sin escuchar a las partes, es un poder extraordinario que debe ser ejercido por la Corte, bajo el cuidado más extremo y la mayor de las cautelas, y en el caso presente, dice Schwebel, no se tipifica la hipótesis del artículo 75 (1) ya que esta disposición no contempla el dictar tales medidas a petición de una de las partes, por ejemplo Alemania.[57]

XII. Opinión crítica acerca de las "medidas provisionales"

El incidente consistente en indicar medidas cautelares, es una facultad de la Corte que ésta ejerce cuando en un momento dado, considera que los derechos objeto de la demanda pueden estar siendo amenazados por un daño o perjuicio irreparable.

La práctica judicial de la Corte misma otorga la protección mencionada, antes de haber fallado definitivamente sobre la competencia y sobre el fondo, cuando la acción de una parte *pendante lite* es susceptible de causar a los derechos de un tercero, un daño de tal naturaleza, que no sería posible restablecer plenamente tales derechos, o llevar a cabo una re-

57 Véase "Separatee Opinion of President Schwebel", *International Legal Materials*, *cit.*, nota 50, pp. 315 y 316. El juez Stephen M. Schwebel se cuestiona además sobre la conveniencia misma de la facultad otorgada a la Corte de emitir de oficio, medidas precautorias. "...*There may be room to question whether sovereign States should be subjected to the Court's restraints 'pendente lite', without giving them the opportunity to be heard*", *ibidem*, p. 316, párrafo 2.

paración del *statu quo ante*, a través de un simple fallo favorable, dictado tiempo después, sobre el fondo de la controversia.

Así, por ejemplo en su Providencia del 15 de diciembre de 1979, relativo al "Caso del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Therán", la Corte consideró que:

> ...La persistencia de la situación que hace el objeto mismo de la demanda, expone a los seres humanos en cuestión, a una serie de privaciones, a una vida dolorosa y angustiante, e incluso a verse confrontados a peligros hacia su propia vida y su salud, y por consiguiente a una posibilidad muy seria de un perjuicio irreparable, por lo que la Corte concluye en la necesidad de indicar las medidas provisionales.[58]

Es cierto que la Corte no puede indicar medidas cautelares, cuando ésta es "manifiestamente incompetente". Pero la urgencia siempre asociada a las demandas de medidas cautelares, no permite el que se pueda establecer en forma definitiva, la competencia de la Corte, antes de indicar las medidas en cuestión.

Por ello, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en aceptar que la Corte ha establecido una jurisprudencia que le atribuye la facultad de indicar medidas provisionales, si los motivos de competencia invocados por el demandante parecen constituir *prima facie*, una base sobre la cual podría fundamentarse la propia competencia de la Corte.[59]

El juez Eduardo Jiménez de Aréchaga en su Opinión Individual relativa a la Demanda en Indicación de Medidas Provisionales del 11 de septiembre de 1976, sostuvo:

> Este artículo (41), constituye el fundamento de la facultad de la Corte para actuar con respecto a una solicitud de medidas provisionales. Es una disposición que ha sido aceptada por todas las partes del Estatuto, y en esa acep-

58 Véase "Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Théran", *Mesures Conservatoires. Ordonnance du 15-XII-1979, Recueil*, CIJ, 1979, p. 17.

59 Véase en este terreno uno de los estudios más lúcidos sigue siendo el de Sir Gerald Fitzmaurice: "The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure", *The British Year Book of International Law*, Londres, 1958, vol. XXXIV, pp. 1-162.

"...The power of the Court to indicate interin measures falls into the same category as its *compétence de la compétence*. Both are an exercise of incidental jurisdiction, necessary in the case of the *compétence de la compétence* to enable the Court to function at all, and, in the case of the power to indicate interim measures, to prevent its decisions from being stultified", *ibidem*, p. 116.

tación radica el elemento de consentimiento de los Estados a esta forma especial de jurisdicción. Se le ha calificado como jurisdicción incidental, porque se trata de una competencia que la Corte está llamada a ejercer como un incidente en procedimientos ya incoados ante ella. Desde este punto de vista, puede compararse con la jurisdicción conferida por el artículo 36 (6) del Estatuto.[60]

XIII. SENTENCIA DEL 1o. DE OCTUBRE DE 1999

El 1o. de octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por México, respecto a: "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de hacer una síntesis, en su parte conducente, de las observaciones escritas y argumentos orales de los Estados participantes en el Procedimiento (México, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Honduras, El Paraguay, Costa Rica, Estados Unidos) así como de la Comisión Interamericana respecto a la Consulta formulada por México, se abocaría primeramente al aspecto de la "competencia" de la propia Corte para conocer del asunto.[61]

La Corte va a determinar, en ejercicio de sus facultades inherentes para precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean (OC-7 de 1986),

> ...que la presente Opinión Consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto Inter-

60 Véase "Opinion Individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président", *Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée* (Grece *c.* Turquie), "Demande en Indication de Mesures Conservatoires". *Ordonnance du 11 séptembre 1976. Recueil des Arrêts...*, 1976, p. 16, párrafo 2. En este Caso, si la Corte denegó las medidas provisionales fue en razón, de que la Corte consideró ya necesario pronunciarse acerca de su jurisdicción sobre el fondo, ni siquiera en forma preliminar. *Ibidem*, p. 13, numerales 43 a 467.

61 CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*, pp. 1-43. En su escrito del 18 de mayo de 1999, los Estados Unidos de América, reiteraron que "...conforme a su punto de vista, la Corte no debe emitir una interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que es un tratado con vocación universal relativo a las relaciones consulares entre Estados y que no crea derechos humanos", *ibidem*, p. 41. Texto oficial mimeografiado.

> nacional de Derechos Civiles y Políticos, y son parte (s) en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, independientemente de haber o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[62]

Este punto era importante que lo esclareciese la Corte, puesto que el gobierno estadounidense siempre sostuvo, tanto en sus presentaciones orales como escritas, que en realidad el objeto de la Consulta solicitada por México era el cuestionar la conformidad de la legislación y práctica estadounidenses con normas de derechos humanos, y dado que dicho gobierno no era, hasta la fecha, Estado parte en la Convención Americana, la Corte Interamericana no podía gozar de competencia para conocer de la solicitud en cuestión.

Pero la Corte Interamericana, como veíamos, hizo a un lado este argumento, ya que para fundar su competencia, lo importante era la vinculación jurídica que se desprendía de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de la cual era parte el gobierno estadounidense, así como Estado miembro de la OEA.[63]

Por otro lado, y de acuerdo a su propia jurisprudencia, la Corte debe examinar, si al emitir una eventual Opinión Consultiva, no estaría desvirtuando la naturaleza de este particular régimen.

Uno de los parámetros, dice la Corte que pueden ser utilizados por la misma al realizar el examen de este punto,

> ...se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, un Estado miembro obtenga prematuramente un pronunciamiento que podría eventualmente ser sometido a la Corte en el marco de un contencioso. Sin embargo, esta Corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, "per se", un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.[64]

62 *Opinión Consultiva OC-16/99, cit.* nota 61, p. 46, párrafo 42.

63 Véase Written Observations of the United States of America. 1o. de junio de 1998: "...the present case is patently an attempt to subject the United States to the contentious jurisdiction of this Court, not with standing that the United States is nor a party to the American Convention and has not accepted the contentious jurisdiction of the Court under article 62", Observaciones presentadas en el Procedimiento Consultivo, *cit.*, nota 61, pp. 6 y 7 (Jurisdiction II, pp. 3-7).

64 Véase CIDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. octubre de 1999, cit.*, nota 61, p. 48, párrafo 45. En este sentido la Corte recuerda su jurisprudencia en casos tales como: "Restricciones a la pena de muerte" OC-3/83 del 8 sept. 1983. Serie A, N. 3, párrafo 38; "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", *OC-11/90*. Serie A, N. 11, párrafo 3; "Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8-2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *OC-12/91* del 6 de diciembre de 1991, Serie A, N. 12, párrafo 28.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, no va a pronunciarse sobre "presuntos cargos o pruebas contra un Estado", porque la función consultiva de los tribunales internacionales no es la determinación o esclarecimiento de hechos controvertidos, sino el esclarecimiento sobre el alcance y fin de normas específicas sobre derechos humanos.

En una importante Opinión Consultiva de 1997, la propia Corte Interamericana en el asunto relativo a: *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), precisó la diferencia entre lo que es su competencia contenciosa, en los siguientes términos:

> ...La competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es *la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.* El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados miembros de la OEA y órganos principales de esta, establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte... Además, aún cuando la opinión consultiva no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio, efectos jurídicos innegables.[65]

Para los fines de la Opinión solicitada por México, la Corte Interamericana debía ahora determinar si la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, puede considerarse como un tratado, que aún y cuando su objeto principal no sea estrictamente la protección de los derechos humanos, su artículo 36 contiene disposiciones aplicables precisamente a la protección de los derechos humanos en los territorios de los Estados partes.

Del artículo 36-1, apartado *b*, de la Convención de Viena de 1963, se desprende el derecho del extranjero privado de libertad a ser informado "sin dilación" de que posee:

65 Véase "Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". *Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre 1997.* Serie A, N. 15, párrafos 25 y 26. Es cierto que México hizo mención de varios casos concretos, en que mexicanos condenados a muerte en Estados Unidos, no habían sido informados en ningún momento de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, pero ésto lo hizo en forma ilustrativa, a manera de ejemplo, lo cual no desvirtúa en un ápice el carácter consultivo de su solicitud. Véase *Transcripción de la Audiencia Pública. Presentación inicial de México*, p. 15.

1) Derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor, informen a la Oficina Consular respectiva sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y

2) Derecho a dirigir a la Oficina Consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida "sin demora".

De lo anterior la Corte, va a razonar como sigue:

> ...el ejercicio de este derecho (comunicación consular) sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede exponerse "expresamente" (36.1 inciso *c)*, a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Esta última circunstancia reafirma la naturaleza individual de los referidos derechos reconocidos en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por lo tanto la Corte Interamericana concluye que el artículo 36 de la multicitada Convención de Viena,

> ...reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado... La comunicación consular a la que se refiere el artículo 36... efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél.[66]

En cuanto a la pregunta realizada por México en el sentido de si la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el artículo 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, estaría subordinada a las protestas del Estado de su nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asentó que el cumplimiento del deber del Estado en relación a la notificación consular, no estaba en forma alguna supeditado al requisito de "protesta previa" del Estado que envía.

La Corte en forma impecable razonó como sigue:

66 Véase *Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999*, *cit.*, nota 61, pp. 60 y 61, párafos 83, 84 y 87. El gobierno norteamericano siempre adujo que no era posible que una disposición inserta en una Convención tan extensa, pudiera convertir a dicho Tratado, en "concerniente" a la protección de los derechos humanos en América. "Ultimately, each State decides for itself what it can will do in aid of its nationals.Thus neither the text nor the negotiating history nor state practice supports the existence of a 'right to consular assistance'. On no basis,therefore could this Court find that consular assistance is a human right, in any context, véase *Written Observations of the Unites States of America, cit.*, nota 19, 1o. de junio de 1998, p. 18.

> El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente a la voluntad del Estado interesado... El cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, *sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional.*[67]

En cuanto a la expresión "sin dilación", contenida en el artículo 36 1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y a propósito de la cual, México preguntó, si debería interpretarse en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido, por delitos sancionables o no con la pena de muerte, de los derechos que le confiere la Convención, en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión, la Corte sostendrá que la obligación de informar "sin dilación" había sido inserta, como una medida que permitía asegurar que el detenido estuviera consciente de sus derechos de asistencia consular.

La Corte Interamericana, en este punto, va a esclarecer el significado del concepto "sin dilación" de conformidad con un principio general de interpretación de los tratados; esto es, el principio del "efecto útil".

El principio del *effet utile* en materia de interpretación significa que una cláusula debe, en caso de duda, ser interpretada en un sentido que la haga plenamente operante, dándole el efecto compatible con su razón de ser.

El profesor Charles De Visscher, sostenía que si debíamos, en principio, interpretar un tratado de manera tal que le fuese permitido alcanzar el fin perseguido por las partes, la búsqueda de este fin no podría degenerar en un razonamiento abstracto alrededor de un objetivo que se supondría haber sido el buscado por los Estados parte.[68]

Así pues la Corte Interamericana con mucha precisión, sostendrá que para la determinación del concepto "sin dilación", se deberá de acuerdo al principio del efecto útil (conocido también en el coloquio *ut res magis valeat quam pereat*), apegarse a la finalidad a la que supuestamente sirve la notificación consular.

67 CIDH, *op. cit.*, nota 61, pp. 62 y 63, párrafos 90 y 92 (énfasis añadido).

68 De Visscher, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 2a. ed., París, A. Pédone, 1955, p. 313.

> Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél (el inculpado) disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.[69]

Otro de los puntos relevantes que debía desahogar la Corte Interamericana era el relacionado con el derecho a la información sobre la asistencia consular y su relación con las garantías mínimas del "debido proceso legal".

En este capítulo México había preguntado a la Corte, *inter alia*, si debía entenderse que el artículo 14 (derecho al debido proceso legal) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos debía aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión "todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo", contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, y que tratándose de extranjeros acusados e inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluía la inmediata notificación al detenido o procesado, por parte del Estado receptor, de los derechos que le confería el artículo 36 1.b) de la Convención de Viena sobre Derechos Consulares.

Después de advertir que el examen de esta cuestión debía iniciarse por la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados (Convención de Viena de 1969), y, "en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo", la Corte sostendrá sin sombra de ambigüedad alguna que:

> ...para que exista "debido proceso legal", es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables... El desarrollo histórico del proceso, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales... Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

69 CIDH, *op. cit.*, nota 61, p. 66, párrafo 106. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de las *Zonas Francas de la Alta Saboya* sostuvo con toda claridad: "En la duda, las cláusulas... deben... ser interpretadas de manera tal que les permita desarrollar sus efectos útiles". Serie A/B, N. 35, p. 13, *Arrêt du 7 juin 1932*.

> Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correctiva prohibición de discriminación... En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.[70]

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tendrá que analizar cuáles podrían ser las *consecuencias jurídicas* que deberían derivarse respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, *ante la falta de notificación* a que se refiere la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (artículo 36 1.b), y ello dentro del marco del derecho internacional general; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana.[71]

La Corte Interamericana, después de recordar varios casos del Comité de Derechos Humanos de la ONU, relativos a la aplicación de la pena de muerte, y en donde se sostuvo que en estos supuestos, se exigía rigurosamente que tanto las leyes sustantivas como procesales no fueran en nada contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civilis y Políticos implicando, además, al respeto irrestricto de las garantías procesales, razonó de la forma siguiente:

70 CIDH, *op. cit.*, nota 61, pp. 71, 72, 73, párrafos 115, 117, 119 y 122. El ilustre jurista y juez Sergio García Ramírez, en su *voto concurrente razonado* anexa a esta Opinión Consultiva, sostuvo con toda precisión lo siguiente: "...Lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia... y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional...Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento...", *ibidem*, pp. 1-4, párrafos 4 y 13. En contra de esta apreciación del *due process of law*, véase la Opinión parcialmente disidente del Juez Oliver Jackman: "*...It is difficult to see how a provision such as that of Article 36.1.b) of the Convention... can be elevated to the status of a fundamental guarantee,universally exigible as a 'conditio sine que non' for meeting the internationally accepted standars of due process*", *ibidem*, p. 3, párrafo 9.

71 CIDH, *op. cit.* nota 61, pp. 72 y 73. Es cierto que de las preguntas formuladas por México "no se desprendía con claridad", si nuestro gobierno solicitaba a la Corte interpretar los "efectos de la omisión", por parte del Estado receptor, de informar al detenido extranjero de los derechos que le confería la Convención, o si México se estaba refiriendo sólo a los casos en que el detenido habría expresado su deseo de que se informase al funcionario consular sobre su detención, y el Estado receptor se hubiere negado a ello.

Con toda atingencia, la Corte resolverá que por el contexto general de la Solicitud, ésta se circunscribía, "al primero de los supuestos citados", *ibidem*, p. 74, párrafos 126 y 127.

> ...la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero..., afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos... con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.[72]

La sentencia sobre esta importante Opinión Consultiva solicitada por México, fue dictada el 1o. de octubre de 1999 y leída en sesión pública en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el 2 de octubre del mismo año.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidirá antes que nada, y por unanimidad que es competente para emitir la Opinión Consultiva en cuestión, y que es de Opinión:

Por unanimidad,

1. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

Por unanimidad,

2. Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

Por unanimidad,

3. Que la expresión "sin dilación" utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Es-

72 CIDH, *op. cit.*, nota 61, p. 77, párrafo 137. En el voto concurrente emitido por el juez Antonio A. Cancado Trindade, a propósito de esta Opinión Consultiva, podemos leer lo siguiente: "estamos pués, ante un fenómeno más profundo que el recurso tan sólo y *per se* a reglas y métodos de interpretación de tratados. El enlace entre el derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, da testimonio del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos... Se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular..., hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario", Véase: "Voto concurrente del juez A. A. Cancado Trindade", *op. cit.*, nota 61, p. 13, párrafos 34 y 35.

tado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Por unanimidad,

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinadaa las protestas del Estado que envía.

Por unanimidad,

5. Que los artículo 2o., 6o., 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Por unanimidad,

6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

Por seis votos contra uno,

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (*v.gr.* Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4o.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6o.), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Disiente el juez Jackman.

Por unanimidad,

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

Esta importante Opinión Consultiva, que es sin duda de una gran trascendencia para la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, revela como pocas otras Opiniones, que la política jurisprudencial de una Corte Internacional, debe en muchas ocasiones no ser solamente la construcción pretoriana de una concepción rígida del derecho, sino también y paralelamente la adaptación de ciertas reglas formales al medio normativo existente, sobre todo, si estamos inmersos en el campo de los derechos humanos.

No cabe duda que el derecho internacional de los derechos humanos, deja atrás la contradicción inherente al derecho internacional clásico, según el cual la protección del individuo no podía ser garantizada, más que a través del sesgo de un derecho interestatal hecho por y para los Estados.

Este reconocimiento otorgado a todo ser humano —como dice Fréderic Sudre—, en toda época y todo lugar, dé un mínimo consistente de derechos fundamentales, coloca la base de un nuevo derecho común internacional, en donde se pretende expresar ciertos valores que constituyen un fondo común a todo tipo de civilización contemporánea.[73]

73 Véase Sudre, Fréderic, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 21-53. La unidad y la intemporalidad del Derecho internacional de los derechos humanos, puede sintetizarse en la fórmula siguiente: "*Parce que l'homme est partout le même, les mêmes règles doivent valoir pour tout homme, à toute époque et en tous lieux*", *ibidem*, p. 37.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL DERECHO DE ASILO EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional.* II. *Concepto de derecho de asilo.* III. *Relación entre extradición y asilo.* IV. *Convención sobre Asilo Territorial de Caracas.* V. *El problema del llamado "asilo diplomático" como norma consuetudinaria.* VI. *Convenciones sobre Asilo de La Habana, Montevideo y Caracas.* VII. *Responsabilidad internacional por violación del asilo.* VIII. *La no extradición por delito de orden político.* IX. *Delimitación del concepto: "delito político".* X. *Nociones de "sujeto asilado" y "sujeto refugiado".*

I. EL DERECHO DE ASILO EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

A falta de acuerdo o convención en contrario entre el Estado territorial y el Estado nacional del sujeto que lo solicita, nadie posee un derecho propio a la admisión dentro de un territorio determinado. El régimen de derecho común es el de una libertad total en materia de admisión, con la salvedad de los límites que impone el derecho consuetudinario que obliga al reconocimiento de una igualdad de tratamiento entre los Estados. De aquí que el Estado territorial pueda subordinar la admisión al cumplimiento de ciertas condiciones generales que juzgue necesarias (condiciones sanitarias), o rechazar individualmente la admisión a personas juzgadas como indeseables (agitadores políticos), o bien no otorgar más que un derecho de residencia temporal y únicamente para ciertos fines (admisión de personas en tránsito, pero no de inmigrantes).[1]

Por el hecho de ejercer el Estado su supremacía territorial sobre toda persona que se encuentre en su territorio, sean nacionales o extranjeros,

1 Ver Combacau, Jean, "Le statut international des personnes et des objets", *Droit International Public*, Paris, Précis Domat, Edit. Montechrestien, 1975, pp. 417-166.

esto excluye la posibilidad de que la jurisdicción de Estados extranjeros sobre sus nacionales pueda llevarse efectivamente a cabo en el territorio de otro país. Por consiguiente, nos dice Oppenheim-Lauterpacht, el Estado extranjero va a constituir un *asilo*, al menos provisionalmente, para toda persona que, siendo perseguida en el país de origen, cruce sus fronteras y se interne en su territorio.

"En defecto de tratados de extradición que estipulen lo contrario, el derecho internacional no obliga a los Estados a negar a los fugitivos la admisión en su territorio, o, en el supuesto de haber sido ya admitidos, a expulsarlos o entregarlos al Estado reclamante."[2]

En otras palabras, se puede decir que desde el momento que una persona se ha internado en suelo extranjero, de alguna forma dicho sujeto, así sea de manera tácita, ha encontrado "asilo" en tal territorio, dado que los órganos competentes de su Estado de origen carecen de facultades para realizar una aprehensión, jurídicamente lícita, del "sujeto asilado".

II. Concepto de derecho de asilo

En términos generales, y para efectos de este estudio, vamos a entender por el término de "asilo", la protección que encuentra una persona, objeto de persecuciones por parte de las autoridades de un Estado, en aquellas hipótesis en que dichas persecuciones se enfrentan ante la prohibición de su persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro Estado, sin que éste tenga la obligación de facilitar su continuación entregando al refugiado a las autoridades del Estado que pretende ejercer tal persecución.[3]

Por otra parte, la práctica internacional permite constatar cómo, en diversos casos, sedes de misiones diplomáticas, de oficinas consulares, buques de guerra y bases militares han sido utilizados para fines absolutamente extraños a las funciones propias y características de una misión diplomática, oficina consular, o en su caso, de una unidad militar. Es precisamente para otorgar *asilo* a individuos que requieren protección y refugio por huir de la justicia local.

2 Ver Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, trad. de López Oliván y Castro Rial, Barcelona, Bosch, 1961, p. 247, t. I, vol. II.

3 Ver *Dictionaire de la Terminologie du Droit International*, París, Sirey, 1960, p. 63, préface de J. Basdevant.

Se habla en estos casos, pero inapropiadamente como dice M. Giuliano, de *asilo extraterritorial*, para referirse a la particular condición jurídica reservada por el derecho internacional a los lugares en los cuales venía solicitado y concedido el asilo; o también conocido como *asilo interno* (o asilo diplomático, en caso de acordarse en locales de misiones diplomáticas), en contraposición al asilo externo o territorial, que es aquel concedido por el Estado dentro de su propio territorio.[4]

Por otra parte si el llamado "derecho de asilo", en general, se ha entendido tradicionalmente como una facultad jurídica soberana de conceder refugio a individuos perseguidos, condicionándose su ejercicio a una casi absoluta discrecionalidad por parte de los Estados, últimamente, sin embargo, se ha venido hablando de un "derecho de asilo" para el individuo, el cual ha sido de hecho consagrado en buen número de países a través de dispositivos e instrumentos constitucionales, pero sin poderse predicar hasta ahora un "principio general de derecho" en sentido internacional.[5]

Con todo no existe hasta hoy en día conforme a derecho internacional positivo, una obligación jurídica a cargo de los Estados, de otorgar el asilo "...es probable que el derecho de asilo no refleje más que la competencia del Estado para permitir al extranjero perseguido la entrada y permanencia bajo su protección en el territorio y, en consecuencia, concederle el asilo".[6]

Lo que sí está plenamente consagrado en derecho internacional es la facultad jurídica para todo Estado soberano de garantizar el asilo en su territorio a toda persona que fundadamente así lo solicite y siempre y cuando el Estado en cuestión no esté bajo ninguna obligación contractual

4 Ver Giuliano, Mario, *Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1974, t. II, pp. 348-350.

5 El artículo 10 de la Constitución italiana de 1947, al igual por ejemplo que el artículo 16 de la República Federal de Alemania de 1949, confieren el derecho de asilo a las personas perseguidas por razones políticas. En estos casos el derecho de asilo se concibe como un derecho subjetivo acordado al perseguido político bajo forma de un derecho fundamental que la administración está obligada a respetar.

6 Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.*, p. 249. Hay autores, sin embargo, como Cuerda Riezu y Cobos Gómez de Linares, para quienes el derecho de asilo es un derecho subjetivo, personalísimo e imprescriptible. Ver Riezu-Linares, "Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 55, invierno 1979, pp. 125-168. Hay que reconocer que aun y cuando el uso general, por parte del Estado de otorgar asilo pueda ser indudablemente establecido en derecho internacional, sin embargo, el elemento de la "*opinio juris*" esencial éste para la formación de la norma consuetudinaria no parece todavía existir para poder predicar un derecho personal e individual a la concesión del asilo. "*It could seem, therefore, that the realisation of an individual right to asylum is still to await some kind of formal recognition.*" Ver Krenz, E. Frank, "The refugee as a subject of international law", *International and Comparative Law Quarterly*, January, 1966, vol. 15, p. 115.

de realizar lo contrario, como puede ser el caso de las convensiones de extradición en que el Estado sea parte.[7]

También está claro que conforme a derecho internacional, el otorgamiento de asilo no constituye en sí mismo un acto inamistoso, y esto debe necesariamente aplicarse de igual forma a la aceptación por el Estado de asilo de las posibles declaraciones del sujeto en busca de refugio, relativas al hecho de que ha sufrido o teme llegar a sufrir persecuciones en su país de origen. De ninguna manera, la actitud del Estado de asilo puede llegar a interpretarse como interferencia o posible intervención en los asuntos domésticos del otro Estado en donde se presume la persecución.[8]

III. Relación entre extradición y asilo

Los conceptos de extradición y asilo están relacionados entre sí en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo, y por otra parte, la extradición significa un rechazo a la concesión del asilo.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la extradición y el asilo deban ser considerados meramente como dos aspectos del mismo problema, sino antes al contrario, como dos diversas instituciones las cuales existen una al lado de la otra, cada una de ellas con un legítimo propósito.[9]

De acuerdo a Atle Grahl-Madsen, el "derecho de asilo" en el sentido del derecho del Estado a conceder asilo se compone de diversas facetas:

a) Derecho a admitir una persona en su territorio.

b) Derecho a permitirle permanecer en dicho territorio.

c) Derecho a negarse a expulsarlo.

d) Derecho a negarse a extraditarlo hacia otro Estado.

e) Derecho a no perseguir a la persona, castigarla o de alguna otra forma restringir su libertad.[10]

7 Ver en este sentido la intervención de Perassi en la sesión de Bath del *Institut de Droit International*: "Un Etat peut accorder asile sur son territoire á toute personne sous la seule réserve des limites découlant des conventions auxquelles il est partie". *Annuaire de l'Institut de Droit International (AIDI)*, septiembre 11 de 1950, p. 142. En la Resolución adoptada (artículo 1o.), el término asilo designa la protección que un Estado otorga en su territorio, o *en otro lugar dependiente de alguno de sus órganos* a un individuo que la solicita.

8 Grahl-Madsen, Atle. *Territorial Asylum*, Londres-Roma-Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1980, pp. 12 y 13.

9 Ver Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, A. W. Sijthoff, vol. II, 1972, p. 23.

10 *Loc. cit.*

IV. Convención sobre Asilo Territorial de Caracas

La Convención sobre Asilo Territorial firmada en la ciudad de Caracas el 28 de marzo de 1954, durante la Décima Conferencia Interamericana, no fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de nuestro país sino hasta el 18 de diciembre de 1980, depositando México su instrumento de ratificación el 24 de mayo de 1981 ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

De conformidad con esta Convención de 1954, todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente (artículo 1o.), no siendo procedente la extradición cuando se trate de personas que, con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos (artículo 4o.).[11]

Al respecto de esta Convención sobre Asilo Territorial, y aun cuando es un instrumento bastante elaborado, el internacionalista César Sepúlveda ha sostenido no obstante que es un dispositivo que

> ...ofrece carencias, y no permite ni una protección efectiva a los asilados ni la resolución de problemas que éstos causan al Estado de asilo cuando su número es considerable [...], es un documento limitado, anticuado [...] y pensando más bien para casos aislados de persecución política, generalmente de líderes connotados.[12]

V. El problema del llamado "asilo diplomático" como norma consuetudinaria

Parece ser que antiguamente el "principio de la inviolabilidad" estaba bastante extendido y aceptado y las franquicias se extendían a todo el barrio vecino de las embajadas en donde existía un verdadero derecho de asilo.

11 Ver Decreto de Promulgación de la Convención sobre Asilo Territorial, en *Diario Oficial de la Federación* del 4 de mayo de 1981, pp. 4-6. México, al momento de la aprobación de la Convención formuló reserva expresa del artículo X referente a la condición de que no se dirija al país de su procedencia el internado político que resuelve salir del territorio, por considerarlo contrario a las garantías individuales consagradas por la Constitución Política.

12 Sepúlveda, César. "El asilo territorial en el sistema interamericano: problemas capitales", en el volumen *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*. México, UNAM, 1982, p. 83.

En este sentido es famoso el conflicto con Luis XIV, el cual atribuía gran importancia a este privilegio y tuvo por este motivo serias dificultades (1687) con el papa Inocencio XI, el cual pretendía poner fin a los abusos acarreados por esta práctica. Ante la obstrucción del rey de Francia, el papa llegó hasta excomulgar al representante de este último, el marqués de Lavardin, y decretar bajo interdicción a la iglesia de San Luis de los franceses.[13]

La cuestión de saber si existe en América Latina una "costumbre regional" en materia de asilo diplomático fue tratada por la Corte Internacional de Justicia en su famosa sentencia del 20 de noviembre de 1950 en el caso del *derecho de asilo entre Colombia y Perú* en donde declaró que: "La parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que ella se ha constituido de tal manera, que la misma ha llegado a ser obligatoria para la otra parte. El gobierno de Colombia debe probar que la regla que invoca es conforme a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión, y que este uso traduce un derecho perteneciente al Estado que otorga el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial".[14]

La Corte no admitió que el gobierno de Colombia hubiere probado la existencia de una costumbre de esa naturaleza y que fuese oponible a Perú, pues, entre otras cosas, la Corte no llegó al convencimiento de que Colombia hubiese establecido a través de los casos particulares citados, que la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva hubiere sido invocada, o que incluso habiéndolo sido, no se había demostrado que la regla hubiese sido aplicada fuera del marco de estipulaciones convencionales, por los Estados que otorgaban el asilo en tanto que derecho perteneciente a éstos, y respetado por los Estados territoriales en tanto que deber jurídico y no solamente por razones de oportunidad política.

> Los hechos sometidos a la Corte revelan tantas incertidumbres y contradicciones, tantas fluctuaciones y discordancias en el ejercicio del asilo diplomático y en los puntos de vista expresados oficialmente en diversas ocasiones; ha habido una falta tal de consistencia en la sucesión rápida de los textos convencionales relativos al asilo, ratificados por ciertos Estados y

13 Ver Fernández, Carlos, *El asilo diplomático*, México. Jus, 1970, pp. 37-39.

14 "Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, Arrêt du 20 novembre 1950, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ*, 1950", p. 276, párr. 4o. Posteriormente se dictaron otros dos fallos: "Demanda de Interpretación del Fallo de 20 de noviembre de 1950 en el Caso del derecho de asilo", del 27 de noviembre de 1950, *idem*, pp. 395-404 y el fallo del 13 de junio de 1951: "Caso Haya de la Torre", *idem*, pp. 71-84.

> rechazados por otros, y la práctica ha sido influenciada a tal punto por consideraciones de oportunidad política en los diversos casos, que no es posible desprender de todo ello una costumbre constante y uniforme aceptada como siendo derecho en lo que concierne a la pretendida regla de la calificación unilateral y definitiva del delito.[15]

Si bien la Corte, por catorce votos contra dos, negó la posible existencia de una norma consuetudinaria de carácter regional sobre el derecho específico de la calificación unilateral del delito por el Estado asilante, sin embargo, en el momento actual la práctica del asilo diplomático, en América Latina se ha configurado de tal suerte —en el sentido que dicha institución ha sido generalmente respetada—, que nos inclinamos a pensar que muy difícilmente podría negarse, fehaciente y categóricamente, que dicha práctica no constituya en sí una costumbre regional oponible a Estados terceros, aunque hay que aceptar que esto no deja de ser un punto muy controvertido.[16]

VI. Convenciones sobre Asilo de La Habana, Montevideo y Caracas

La Convención sobre Asilo firmada en La Habana, el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana, firmada por México y depositando éste su instrumento de ratificación el 6 de febrero de 1929, afirma que no es lícito a los Estados dar asilo en legaciones u otros, a personas acusadas por delitos comunes (artículo 1o.), y que cuando el asilo sea concedido, éste deber serlo sólo en casos de *urgencia*.[17]

15 *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 de novembre 1950, *idem*, p. 277, párr. 3o. Los jueces Álvarez, Badawi Pacha, Read y Azevedo emitieron opiniones disidentes, al igual que el juez *ad hoc* Caicedo Castillo, *idem*, pp. 290-381.

16 Ver en este sentido: Rousseau, Charles, *Droit International Public*, París, Sirey, 1980, t. IV, p. 187; D'Amato, Anthony, *The Concept of Custom in International Law*, USA, Edit. Cornell Univ. Press., 1971, pp. 234-236; Opinión disidente de Caicedo Castilla en *Recueil*, 1950, pp. 370-372, punto 18. El maestro César Sepúlveda le niega el carácter de norma consuetudinaria a la institución del asilo diplomático. "Lo único que se encuentra en la práctica de Latinoamérica es que el Estado del asilado no opone por lo general ninguna objeción a esa concesión del asilo, mas de esta especie de aquiescencia tácita, no se obtiene una norma amplia que permita establecer que la práctica del asilo diplomático está sancionada por una regla de derecho, que proviene de la costumbre". Sepúlveda, C., "México ante el asilo: Utopía y realidad", *Jurídica*, núm. 11, julio, 1979, pp. 21 y 22.

17 Ver *Tratados y convenciones interamericanos sobre asilo y extradición*, Doc. of. OEA, ser. X/7, Washington, D.C., pp. 27-30. Estados Unidos de América al firmar esta Convención hizo expresa reserva, haciendo constar que EUA no reconoce la llamada doctrina del asilo como parte del derecho internacional.

La Convención sobre Asilo Político firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana, firmada por México y depositando éste su instrumento de ratificación el 27 de enero de 1936, sostiene que la calificación del delito político corresponde al Estado que presta el asilo (artículo 2o.), pero no se sabe con dicha disposición si la calificación ¿se hará de conformidad con la legislación del Estado asilante o del Estado territorial, o en base a otros criterios?[18]

En cuanto al Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos firmado en Montevideo el 4 de agosto de 1939, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, hay que decir que por primera vez se hace una distinción categórica entre el asilo político (artículos 1o.-10) y el asilo territorial (artículos 11-15) (refugio), consagrándose la doctrina de que la concesión del asilo es optativa para la autoridad asilante, y nunca un deber jurídico (artículo 1o. "El asilo puede concederse..."), y afirmándose que no se concederá el asilo a los acusados de delitos políticos que, previamente estuvieron procesados o hubieren sido condenados por delitos comunes. Este Tratado de Montevideo de 1939, aun y cuando aparece como un instrumento más elaborado que los anteriores, sólo dos países, Uruguay y Paraguay, depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación, probablemente como consecuencia de considerarse que era demasiado liberal en cuanto al asilo y no muy preciso en cuanto a problemas tales como el de la calificación de las causas que motivan el asilo.[19]

Por último, digamos que en la Décima Conferencia Interamericana se firmaron en la ciudad de Caracas el 28 de marzo de 1954, dos convenciones: una sobre asilo diplomático y otra sobre asilo territorial —que ya veíamos anteriormente— considerándose ambas como los instrumentos más perfectos sobre la materia en América Latina.

La Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, de la cual México es parte por haber depositado su instrumento de ratificación el 6 de febrero de 1957, sostiene enfáticamente que si bien todo Estado tiene derecho a otorgar asilo diplomático, sin embargo no está obligado en forma alguna a concederlo (artículo 2o.), correspondiendo al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución (artículo 4o.).

18 Ver *Tratados y convenciones interamericanos..., cit.*, pp. 47-50. EUA emitió una Declaración sosteniendo que en virtud de que no reconocían la doctrina del asilo político, se abstenían de firmar la Convención de 1933.

19 *Idem*, pp. 65-69. Para un comentario al respecto, ver Fernández, Carlos, *op. cit.*, pp. 114-117.

Esta competencia del Estado en lo que concierne a la calificación unilateral del delito no es, contrariamente a lo que pudiera parecer, una facultad completamente discrecional por parte del Estado asilante, pues la misma Convención señala más adelante (artículo 9o.) que el funcionario asilante tendrá que tomar en cuenta las informaciones que el gobierno territorial le ofrezca para normar su criterio respecto a la naturaleza del delito, aunque en cualquier hipótesis será respetada su determinación de continuar el asilo o de exigir el salvoconducto para el perseguido.

En principio y en forma casi general, la concesión del asilo está condicionada principalmente a dos requisitos: al hecho de que se constate el carácter *político* del delito imputado al refugiado, y además al hecho de que se esté frente a una situación o circunstancia de *urgencia.*

Esta Convención de 1954, además de recordar el principio de que el asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia (artículo 5o.) correspondiendo al Estado asilante la apreciación de dicha circunstancia (artículo 7o.) —lo que refuerza por lo demás el punto de la calificación unilateral del delito—, añade asimismo una enumeración no limitativa de casos de urgencia (artículo 6o.), tales como la persecución por parte de las autoridades, peligro de privación de vida o libertad por razones de persecución política, etcétera.[20]

VII. Responsabilidad internacional por violación del asilo

Una vez que ha sido concedido el asilo, éste debe ser respetado por todos los demás Estados, incluyendo obviamente el Estado de cuyo territorio huyó la persona o personas asiladas.[21]

Cualquier acto de intimidación, violencia, secuestro, etcétera, llevado a cabo por personas actuando en calidad de oficiales, o con la connivencia, apoyo, o bajo el control del Estado en cuestión en contra del sujeto asilado, son actos claramente violatorios de la soberanía territorial y por lo tanto hechos ilícitos que generan la responsabilidad internacional. Si se

20 Ver *Tratados y convenciones interamericanos.... cit.*, pp. 81-87. Para un comentario de dicha Convención de 1954, ver: Díez de Velasco, Manuel. "El derecho de asilo diplomático en la Convención de Caracas de 1954", *Estudios de derecho internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, España, pp. 291-305.

21 Artículo 1o. (1) de la Declaración sobre Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. Doc. a/2312 (XXII).

trata de un individuo que amenaza o lesiona al asilado, pero actuando en su calidad de "particular" única y exclusivamente, en ese caso la responsabilidad del Estado no se compromete por no existir violación al derecho internacional, pero el Estado del cual es su nacional está en la obligación de extraditar al "particular" culpable.[22]

Así, la competencia para conceder asilo se infiere directamente del principio de la soberanía territorial de los Estados, y la práctica internacional en materia de extradición refuerza esta tesis, ya que es generalmente reconocido que en ausencia de un tratado de extradición con el Estado requirente, no existe una obligación jurídica de entregar al individuo acusado de acto delictivo.

Por regla general la extradición va a concederse por actos practicados fuera del Estado requerido y dentro de la jurisdicción territorial del Estado requirente, y esto como consecuencia del principio de territorialidad, aceptado éste, las más de las veces, como base de la competencia jurisdiccional de los Estados.[23]

Para cierta parte de la doctrina la práctica de los Estados consistente en rechazar la extradición de víctimas potenciales de persecución política (ej. artículo 15 de la Constitución de México) no permitiría llegar a la conclusión de que dicha práctica es evidencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional, en el sentido que los Estados estarían jurídicamente obligados a rechazar la extradición por infracciones de carácter político.[24]

VIII. LA NO EXTRADICIÓN POR DELITO DE ORDEN POLÍTICO

Pero si bien es discutible la existencia de una bien establecida norma consuetudinaria, sin embargo habría que preguntarse, con el profesor Hersch Lauterpacht, si la casi adopción unánime del principio de no extradición por ofensas de naturaleza política no ha provocado que se gene-

22 Ver Grahl-Madsen, Atle (1), *The Status of Refugees...*, *cit.*, pp. 187-194; (2) *Territorial Asylum*, pp. 18-23. En el Caso Eichmann (1960), Israel alegó que el secuestro había sido operado por "voluntarios judíos" (*sic*), quienes lo trasladaron de territorio argentino al Estado de Israel en donde fue entregado a los Servicios de Seguridad de Israel.

23 Ver Accioly, Hildebrando, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Madrid, Edit. Instituto de Estudios Políticos, 1958, vol. I, pp. 446-464, trad. de L. de Azcárraga. En ciertos casos el Estado requerido puede conceder la extradición por ilícito cometido dentro de su propio territorio: ej. infracción a las leyes fiscales del otro Estado.

24 Ver en este sentido Grahl-Madsen, A., *Territorial Asylum*, p. 39.

re un "principio general de derecho" en el sentido del artículo 38, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.[25]

Aparte del hecho de que nuestra Constitución prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos (artículo 15), nuestro país ha suscrito convenciones multilaterales como la Convención sobre Extradición, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, depositándose el instrumento de ratificación el 27 de enero de 1936, y en la cual se asienta que el Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición cuando se trate de delito político o de los que le son conexos (artículo 3o., inciso *e*).

Para que la extradición, de acuerdo a esta Convención de Montevideo pueda llevarse a cabo, se necesita como condición indispensable que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso y que el delito por el cual se reclama la extradición sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido, con la pena mínima de un año de privación de la libertad (artículo 1o., incisos *a*) y *b*).[26]

Entre los tratados bilaterales que México ha suscrito en este ámbito, puede mencionarse el reciente Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos de 4 de mayo de 1978, en vigor desde el 24 de enero de 1980, y por el que no se concederá la extradición si el delito por el cual fue solicitada, es político o de carácter político, correspondiendo decidir al Poder Ejecutivo de la parte requerida si llegare a surgir alguna controversia respecto a ese punto preciso.[27]

IX. Delimitación del concepto: "delito político"

Sin duda uno de los problemas de más difícil solución que presenta esta materia de derecho internacional, es la delimitación y significación del concepto de delito de carácter político.

25 Citado por Morganster, Felice, "The right of asylum", *British Year Book of International Law*, núm. 46, 1949, p. 343. Este último autor afirma: "*It may be that the principle of the non-extradition of political offenders has become an international rule of law*", *idem*, p. 344.

26 Ver *Tratados y convenciones interamericanos*, pp. 51-59. México al suscribir la Convención sobre Extradición formuló reserva respecto al artículo 3o., fracción *f*, en virtud de que la legislación interna de México no reconoce los delitos contra la religión. La reciente Convención Interamericana sobre Extradición del 25 de febrero de 1981 no contempla esta disposición.

27 Ver Decreto de Promulgación del Tratado de Extradición en *DOF* de 26 de febrero de 1980, pp. 4-8. Se incluye en este Tratado la llamada cláusula *attentat* conforme a la cual no se considera delito político los atentados en contra de un jefe de Estado o de gobierno.

En el estado actual de las relaciones internacionales, difícilmente podría pensarse en un eventual acuerdo general sobre lo que deba considerarse como delito de contenido político.

De ello se deriva la necesidad de que los Estados acepten, en la redacción de los tratados internacionales, una concepción del delito político lo más ampliamente posible, a fin de permitir la mayor discrecionalidad en la aplicación de las diversas concepciones nacionales tanto en el plano judicial como del ejecutivo.

Nuestra Ley General de Población (1947) y su Ley Reglamentaria, definen al asilado político como aquel extranjero que para proteger su libertad o su vida, de persecuciones políticas en su país de origen, es autorizado a residir en territorio nacional por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurran; si el asilado político se ausenta del país perderá todo derecho a regresar, cancelándose definitivamente su documentación migratoria, salvo que haya salido con permiso expreso de la Secretaría (artículo 50, fracción IV de la Ley y artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Población).

Respecto a los conceptos de persecución y delitos políticos, el maestro Carrillo Flores ha expresado que:

> Cuando una persona es perseguida por sus ideas o actividades políticas, sin que medie acusación ante la autoridad judicial competente por ningún hecho delictuoso, sin duda se trata de un perseguido político. Más difícil es definir, a falta de una disposición legal, qué se entiende por delito político. Inclusive es posible que la opinión doctrinal o teórica discrepe de lo que la legislación o la jurisprudencia de un país consideran como delito político.[28]

X. Nociones de "sujeto asilado" y "sujeto refugiado"

Digamos para terminar que el término de "asilado político" no debe ser confundido con el de "refugiado", pues aunque puedan ser análogos dentro del ámbito regional, desde un punto de vista del derecho internacional general, son términos conceptualmente diferentes.

28 Ver Carrillo Flores, Antonio, "El asilo político en México", *Jurídica*, México, núm. 11, julio de 1979. Este autor recuerda que en México se planteó el problema ante la Suprema Corte de Justicia a raíz del asesinato de Álvaro Obregón, negándose el amparo a León Toral en virtud de que la Primera Sala de la Corte consideró que "delito político" era aquel que se comete en contra del Estado. *ibidem*.

La Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 y en vigor desde el 22 de abril de 1954, establece que por el término de refugiado deberá entenderse aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país (artículo 1o., fracción 2o. del literal *A*).

El internacionalista Héctor Gros Espiell ha sostenido con toda razón que:

> La dicotomía entre asilado territorial y refugiado político [...], que no es pensable a corto o mediano plazo se supere en América Latina, crea en teoría problemas de difícil solución. Pero la verdad es que en la práctica, como consecuencia de la decadencia del asilo territorial, estos problemas no son tan graves, ya que en general, las grandes cuestiones de refugiados en América Latina se encaran y resuelven por aplicación del sistema de refugiados políticos de las Naciones Unidas y por acción del Alto Comisionado.[29]

Según la Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados, en 1981 se encontraban en territorio nacional aproximadamente unos cien mil refugiados; en 1982 la cifra ascendió a unos ciento cincuenta mil, y para el año de 1983 se calcula que pudo llegar a superar los doscientos mil refugiados; en tanto que respecto de personas que gozan estrictamente de la calidad migratoria de "asilados políticos" la cifra sería de cerca de dos mil quinientos, independientemente de aquellos cuya calidad migratoria se halla en trámite y que se les califica como "asilados temporales" (cerca de 28 mil).[30]

Mientras que México no se adhiera al Estatuto de los Refugiados de 1951, y a su Protocolo de 1967, el *estatus* de los "refugiados" en nuestro territorio no puede ser más que incierto en toda medida, ya que la legislación mexicana no reconoce hasta ahora dicho concepto, y esto trae como consecuencia, entre otras cosas, que la Secretaría de Gobernación consi-

29 Gros Espiell, Héctor, "El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados", en el volumen *Asilo y protección internacional*, p. 64.

30 La Comisión Mexicana de Ayuda a los Refugiados es un órgano permanente del gobierno mexicano, integrado por los representantes de las Secretarías de Gobernación, Relaciones Exteriores y Trabajo y Previsión Social. Ver *DOF* del 22 de julio de 1980.

dere a veces, como en el caso de los refugiados guatemaltecos, que éstos son "visitadores transitorios", figura jurídica ésta que no está considerada dentro del marco de nuestras leyes migratorias,[31] y no hay que olvidar que las consecuencias legales para el refugiado son de gran importancia ya que habiendo perdido contacto con las autoridades de su país de origen no gozan más del ejercicio de la protección diplomática que normalmente reservan los Estados para sus nacionales en el extranjero.

31 En el fondo hay que reconocer que bien pueden ser motivos de política demográfica, la razón principal por la que nuestro país se haya resistido a adherir a la Convención de 1951.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA NOCIÓN DE "TORTURA, PENAS, TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES", EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN HOMENAJE A VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO*

Les tentations de Dieu ont toujours été plus dangerenses pour l'humanité que celles de Satan. Tant que le chaos dominera le monde, Dieu sera un anachronisme; et tout compromis avec notre conscience sera une perfidie.

Le zero et l'infini (A. K.)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Caso Irlanda contra Reino Unido (1978) Corte Europea*. III. *Sentencia de la Corte de Estrasburgo, de 1978*. IV. *Elemento "intensidad" como factor determinante*. V. *Opinión del profesor Pierre Marie-Martin*. VI. *Insólita opinión individual del juez Fitzmaurice*. VII. *El caso griego de 1967*. VIII. *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, del 10 de diciembre de 1984*. IX. *Convención Europea para la Prevención de la Tortura, de 1987*. X. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985*. XI. *Concepto de "tortura"*. XII. *Caso Gangaram-Panday (1900). Planteamiento del caso*. XIII. *Concepto de "malos tratos" en el caso Ribitisch c. Austria ante la Corte Europea (1995)*. XIV. *Sentencia de la Corte de Estrasburgo*. XV. *Reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos cuarenta años la violencia en todas sus formas ha vuelto a tomar carta de naturalización, se ha expandido sobre nuestro planeta en

* Publicado en *Varia Iuris Gentium. Temas selectos de derecho internacional público*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2001.

una manera aterradora. Las técnicas modernas, derivadas de un mal uso de los progresos de la ciencia, han incrementado, como nunca, la crueldad y el horror de los métodos de tortura utilizados, incluso en países que se autoproclaman como abanderados del progreso legal y social.

Bajo supervisión médica, los procedimientos de tortura pueden continuarse, e incluso intensificarse; su crueldad y virulencia, incrementarse, sin que por ellos sea necesario que sobrevenga la muerte de la víctima. ¡Para impedirlo está el médico de cabecera!

En algunos Estados la tortura constituye, hoy por hoy, un método de gobierno, planeado y sistematizado; en otros, el uso de la tortura es algo que puede considerarse como común y ampliamente tolerado por las autoridades del Estado.

Si la "tortura" como tal está prohibida en derecho internacional, tanto en tiempos de paz como de guerra, lo que hace falta es un sistema efectivo de implementación para prevenir y suprimir la tortura.

Las prohibiciones incondicionales aceptadas por los Estados, en contra de la tortura en solemnes instrumentos internacionales, deben ser acompañadas por medidas que remitan la verificación de la realidad de sus compromisos contraídos, y para ello, el sistema de "monitoreo" ofrece un mecanismo excelente para erradicar uno de los más repulsivos males del mundo de nuestros días.

El antiguo rector de la Universidad de Ginebra, Eric Martin, recordaba que estaba fuera de toda duda que bajo ciertas circunstancias, individuos que aparentemente se han comportado en forma normal durante toda su vida, sin embargo, estos mismos individuos pueden ser transformados en los peores torturadores; la frontera y el umbral psicológico que separa la normalidad de la anormalidad es frágil y casi invisible.

II. Caso Irlanda contra Reino Unido (1978) Corte Europea

Por sentencia pronunciada el 18 de enero de 1978, en el caso introducido por Irlanda contra el Reino Unido, la Corte Europea de Derechos Humanos constató que el artículo 3o. de la Convención Europea de Derechos Humanos había sido violado, al haber existido en Irlanda del Norte en 1971 en relación con ciertas personas detenidas, una práctica de tratos inhumanos y degradantes.

En agosto y octubre de 1971, catorce personas detenidas en centros no identificados sufrieron un tipo de interrogatorio extremo (*poussé, interrogation in depth*).

Este tipo de interrogatorio "a profundidad" comprendía la aplicación acumulativa de cinco técnicas que consistían básicamente en: 1) encapuchar a los detenidos; 2) exponerlos a un ruidoso y continuo "chillido"; 3) privarlos de sueño; 4) limitar su alimentación a un mínimo; 5) obligarlos a permanecer de pie contra un muro, durante periodos de varias horas y en posiciones dolorosas.

Testimonios detallados revelaron que dichas técnicas les eran aplicadas durante cuatro o cinco días, con repeticiones intermitentes, cuya duración no había podido ser establecida.

La Corte Europea hizo notar que dichas técnicas habían sido empleadas en forma acumulativa, con premeditación y durante varias horas, y que habían ocasionado a sus víctimas, si no verdaderas lesiones corporales, por lo menos les habían ocasionado intensos sufrimientos físicos y morales, y que habían dejado en todos ellos, disturbios psíquicos agudos en el curso de los interrogatorios "a profundidad".

Pero además señaló la Corte, dichas técnicas de interrogatorio tenían la finalidad de crear en las víctimas, sentimientos de angustia, miedo e inferioridad capaces de humillarlos, rebajarlos y si posible, romper su resistencia física y moral.

III. Sentencia de la Corte de Estrasburgo, de 1978

La Corte Europea pronunció el 18 de enero de 1978, en Estrasburgo, su sentencia de la manera siguiente:

Por catorce votos contra uno, decidió que el empleo de las "cinco técnicas" de interrogatorio era constitutivo de una práctica de tratos inhumanos y degradantes.

Por trece votos contra cuatro, decidió que dicho empleo de técnicas no era constitutivo de una práctica de tortura, no habían causado sufrimientos de la intensidad y crueldad particulares que implica el vocablo 'tortura' (*...of the particular intensity and cruelty implied by the word torture*).

En cuanto al alegato de que varias personas detenidas en Palace Barracks habían sido brutalizadas por miembros de la Royal Ulster Consta-

bulary (*kicking and beating*), lo que produjo intensos sufrimientos y danos corporales, en ocasiones, de gran envergadura, la Corte Europea decidió: 1) por unanimidad, juzga que en el otoño de 1971 existió en Palace Barracks una práctica de tratos inhumanos; 2) por catorce votos contra tres, juzgó que la susodicha práctica no se trataba de una práctica de "tortura", ya que la intensidad de los sufrimientos que podían provocar los actos incriminados no alcanzaban el nivel particular que está inherente en la noción de "tortura" (..."did not attain the particular level inherent in the notion of torture"); 3) y por unanimidad, la Corte juzgó que no está probado que la practica en cuestión hubiera persistido más allá del otoño de 1971.[1]

Por último, y en relación con el alegato del maltrato dado a los detenidos en el campo militar de Ballykinler en agosto de 1971 y que comportaba la realización coactiva de una serie de ejercicios físicos dolorosos, la Corte lo calificó como "una práctica reprensible y deshonorable"; sin embargo, la Corte decidió, por quince votos contra dos, que esta práctica no infringió el artículo 3o. de la Convención.

Finalmente, y por unanimidad, la Corte Europea juzgóa que no instruirá al Reino Unido, como lo exigía el gobierno irlandés, a emprender persecuciones penales o disciplinarias en contra de aquellas personas que hubieran perpetrado, encubierto o tolerado las infracciones al artículo 3o., que habían sido constatadas por la Corte.[2]

IV. Elemento "intensidad" como factor determinante

Si examinamos este trascendental caso entre Irlanda y el Reino Unido, nos damos cuenta de que para la Corte Europea el elemento de "intensidad" es el factor determinante en su definición de tortura, y este factor

[1] En este caso, la Corte Europea enfatizó que a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, la Convención Europea desborda el marco de la simple reciprocidad entre Estados contratantes. La Convención, además de crear una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea también obligaciones objetivas que benefician de una "garantía colectiva". Los Estados parte pueden exigir el respeto de las obligaciones sin que tengan que justificar la lesión de un interés propio. Véase *Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, 1972, vol. 15, pp. 77-259.

[2] Véase Reg. 5310/71 y 5451/72, *Irlanda contra el Reino Unido (Drl/10/1972), Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme,* 1972, vol. 15, pp. 77-259.

Case of Ireland against United Kingdom. Judgment of 18 January 1978. Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1978, vol. 21, cap. I II, pp. 600-613.

estará ausente, ya que las cinco técnicas utilizadas acumulativamente, aun cuando fueron aplicadas de manera sistemática, no causaron sufrimientos de "intensidad" o de crueldad particular, inherente en la voz "tortura", de acuerdo con la Corte Europea.

El juez Matscher, en su opinión individual puso en evidencia lo inadecuado del razonamiento de la Corte. La Corte se apoyó sobre todo, en un criterio de intensidad de los sufrimientos infligidos. Ahora bien, el criterio distintivo de la noción de tortura es aquel de la aplicación sistemática, calculada, deliberada y prolongada de un trato causante de sufrimientos físicos y psicológicos de una cierta intensidad.

Evidentemente, se encuentra una cierta gravedad del sufrimiento, pero como bien añade el juez Matscher, hay que considerar:

El elemento de intensidad, como siendo complementario del de sistema: mas del método será estudiado y refinado, y menos los dolores (en primer lugar los dolores físicos) que deberá provocar para alcanzar su objetivo llegarán a ser particularmente agudos... Los métodos modernos de tortura... difieren enormemente de los métodos brutales y primitivos que se empleaban en épocas anteriores. En este sentido, la tortura no es, en forma alguna, un grado más elevado de un trato inhumano.[3]

V. Opinión del profesor Pierre Marie-Martin

Para el profesor Pierre Marie-Martin, las consecuencias de la sentencia de la Corte Europea son muy graves, ya que al clasificar las cinco técnicas de interrogatorio (llamadas a veces como técnicas de "desorientación" o "privación sensorial") entre los tratos solamente inhumanos y degradantes, los jueces de Estrasburgo no contribuyeron a la protección de los derechos humanos en el marco de aplicación de la Convención Europea.

Pero además, dice Pierre Marie-Martin, y posiblemente sea esto lo más grave, al adoptar una noción de la "tortura" completamente absoluta, y al no condenar la *torture propre*, que tiende cada vez más a desarrollarse insidiosamente en los Estados tecnológicamente más avanzados, la Corte creó un riesgo adicional.

De ahora en adelante nos encontramos más y más dentro del terreno de la tortura, en el desnivel ya existente, a títulos diversos, entre países en vías de desarrollo y países industrializados. Los primeros continuarán

[3] Véase Opinion Individuelle dujuge Malschem(Dr 1/10/1972), *op. cit.*, p. 229.

a suscitar, por las torturas que llevan a cabo, una reprobación universal en todo horizonte. Los segundos no podrán ser culpables más que de tratos inhumanos o degradantes, o incluso solamente culpables de malos tratos.

Por pusilánime, dice finalmente P. Marie-Martin, la Corte Europea de Derechos Humanos se quedó deliberadamente en regazo de varias décadas frente al desarrollo del problema de la "tortura"; esta moción y la interpretación de la misma ponen en juego toda la problemática de los derechos humanos.[4]

VI. Insólita opinión individual del juez Fitzmaurice

En este caso de "Irlanda contra Reino Unido" (1978), si bien es asombroso el razonamiento de la Corte Europea, en particular respecto a su interpretación del artículo 3o. de la Convención: "Nul en pent efre soummis a la torture ni a despeines ou traiatements inhumans ou degradants", posiblemente sea aún más asombrosa la opinión individual emitida por el eminente juez Fitzmaurice.

En su opinión individual, el juez Fitzmaurice, al dictaminar sobre el empleo de las llamadas cinco técnicas de interrogatorio: *a) Wall-Standing*; *b) Hooding*; *c) Hissing noise*; *d) Sleep*; *e) Food and drink*; sostuvo que dichas técnicas no constituían un trato inhumano o degradante, constatando por lo demás que el artículo 3o. de la Convención no definía ninguno de esos términos empleados.

La utilización de esas técnicas acumulativas de interrogatorio, si son aplicadas sistemáticamente constituyen, sin duda, dice Fitzmaurice, un trato un poco rudo, un poco brutal *(harst treatment, ill treatment, maltreatment),* pero éstas no pueden ser calificadas en forma alguna de tratos inhumanos o degradantes, y menos de "tortura" al menos que estemos empleando dichas expresiones en sentido figurado, como es el caso muy frecuente, dice Fitzmaurice, de decir por ejemplo: "Yo encuentro inhumano que no haya vagón restaurante en este tren" o bien: "It's absolute torture to me; and what the speaker means is having to sit through a bo-

[4] Véase Martin. Pierre-Marie, "A propos del'article 3 de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme: l'arret de la Cour Europeenne des Droit de l'Homme dans ('Affaire Irlande c. Royaume-Urni", *Revue Générale de Droit International Public*, t. LXXXIII, 1979, pp. 104-125.

ring lecture or sermon. There is a lesson here on the potential dangers of hyperbole".[5]

VII. El caso griego de 1967

Un caso de violación al artículo 3o. de la Convención Europea, pero en un contexto completa y totalmente diverso, sencillamente por recuadrarse en una feroz dictadura militar, lo encontramos en la demanda de 1967, introducida por el gobierno de Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos en contra del gobierno de Grecia, y de una segunda demanda del 10 de abril de 1970. El caso concernía fundamentalmente al proceso de los profesores Karageorgas y Mangakis y de otras treinta y dos personas, ante un tribunal militar de Atenas. Los gobiernos demandantes alegaban la violación al artículo 3o. y al artículo 6o. (derecho a un proceso equitativo por un tribunal independiente e imparcial). El gobierno de Grecia denunciaría la Convención Europea el 12 de diciembre de 1969, pero conforme al artículo 65, párrafo 1o., permanecía Estado parte hasta el 13 de junio de 1970.

Aquí, además, por vez primera se pondría en marcha el mecanismo de la Convención Europea, por Estados que no tenían un "interés nacional" a introducir una demanda, pero la cual estaba totalmente conforme con el espíritu de la "garantía colectiva", esto es, el derecho de todo Estado a presentar quejas y demandas ante la Comisión Europea, por toda violación imputable a otro Estado contratante; cláusula obligatoria e indivisible del resto de la Convención (artículo 24).[6]

[5] Vease *opinion individuelle dujuge* Fitzmaurice, *op. cit.*, pp. 101-108, nota 7, p. 105. *Arrêt du* 18 Janvier 1978. Bastaría con leer el informe, o mejor dicho, ciertos extractos del informe rendido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, para francamente quedar estupefacto ante las afirmaciones del juez Fitzmaurice. Vease Extraits du Rapport de la Commission *dans* ('Affaire Irlande contre Royaume'Uni. *Annuaire de la Convention Europeenne des Droit de l'Homme*, vol. 19, 1976, pp. 512-948.

Para el profesor de Belfast, Michael O'Boyle, el artículo 3o. de la Convención Europea de Derechos Humanos es sin discusión un ejemplo de *ius cogens*, en el sentido de tratarse de una norma perentoria de derecho internacional general que no admite derogación o acuerdo en contrario. Véase Boyle, O'Michael, "Torture and Emergency Powers under the European Convention on Human Rights: Ireland *vs.* The United Kingdom" *American Journal of International Law*, vol. 77, October, 1972, núm. 4, pp. 674-706, en particular 686-689.

[6] Véase Requetes Interetatiques: Deuxième Affaire Grecque *Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, vol. 13, 1970, pp. 108-139.

VIII. Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, del 10 de diciembre de 1984

a) El artículo 1o. de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura, del 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987, define a la tortura como

> ... todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimiento graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.[7]

El artículo 1o. de la Convención de Naciones Unidas, que define la tortura, es el resultado de un compromiso que toma en cuenta los tres parámetros siguientes:

En la decisión parcial de la Convención sobre la admisibilidad de la demanda, la Comisión Europea, presidida por el profesor Fawcett, declaró: "En ce qui concerne l'article 3, les accuses ont ete maintenus en isolement total dans des cellules sans lumière et douze au moins d'entre eux ont ete soummis a la torture pendant Venquet... Les accuses etaient violement tiattus et frappes du pied sur toutes les parties du corps, y compris la tête et les organs genitaux. On a egalement eu recours a la falanga...", *op. cit.*, pp. 127 y 128.

Para un acucioso estudio sobre el caso, ante el Consejo y la Comisión Europea, véase Charles Kiss, Alexandre y Vegleris, Phedon, "L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission Europeenne des Droits de l'Homme", *Annuaire Francais de Droit International*, París, CNRS, vol. XVII, 1971, pp. 889-931.

[7] Véase "Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes". Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/46, del 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987. Misma fecha de entrada en vigor para México. Véase *Recopilación de instrumentos internacionales, Naciones Unidas,* 1988 (ST/HR/1/Rev. 3), pp. 211-225. En los trabajos de la Conferencia, el Reino Unido sostuvo que la definición de tortura debía ser más restrictiva: "Systematic and intentional infliction of 'extreme' pain or suffering, rather ithan intentional infliction of severe pain or suffering", *Report of the Commission on Human [Mights* (9979), doc. E/C. num. 4/1347, pp. 35-44. Para enero de 1999, la Convención contra la Tortura había sido ratificada por 109 Estados, o bien se habrían adherido a ella.

1) La tortura incluye el sufrimiento no solamente físico, sino también el sufrimiento de tipo "mental".

2) La tortura no concierne más que la llamada "tortura oficial", es decir, aquella que es practicada u ordenada por una persona investida de una función oficial, a exclusión de las torturas practicadas entre personas privadas. El texto no nos dice nada en lo concerniente al problema de la "usurpación de funciones".

3) La Convención de 1984 excluye la "tortura gratuita"; la tortura debe de haber sido practicada con una cierta finalidad, es decir, buscando un determinado objetivo.[8]

A diferencia de la resolución 3,452 (XXX), del 8 de diciembre de 1975, en donde se declara que la tortura constituye una forma agravada de trato cruel, inhumano o degradante, la Convención de 1984 no retuvo esta concepción.

Sin duda, en términos del artículo 16, el Estado parte se compromete a prohibir otra serie de actos constitutivos de penas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero no queda vinculado frente a éstos, con excepción de las solas obligaciones de los artículos 10 a 13. La Convención dirige su objeto y fin a evitar, principalmente, los actos de tortura. De esta suerte, la Convención contiene varias disposiciones por las cuales los Estados se comprometen a prevenir, reprimir y reparar los actos de tortura, en su derecho interno o nacional, en particular por aplicación del principio de la competencia universal.

b) Sistema de control. La segunda parte de la Convención instituye un sistema de control internacional, articulado alrededor de un comité contra la tortura. Este comité debe recibir los informes de los Estados partes, y sobre los cuales solamente puede hacer "comentarios de orden general".

Es cierto que el comité puede proceder a una investigación confidencial (*enqueté confidentielle*; *confidential inquiry*), aparejada de una eventual visita sobre el territorio del Estado parte, pero a condición de que este últi-

[8] "In ratifyng the Torture Convention, the United States, in effect, reserved the right to indict inhuman degrading treatment (when it is not punishment for crime), and criminal punishment when it is inhuman and degrading (but notcruel and unussual')". Este tipo de reservas no pueden ser compatibles con el objeto y fin del tratado, y por lo tanto deben considerarse como nulas. Véase Henkin, Louis, "U.S. Ratifications on Human Rights Convention: the ghost of Senator Briker", *American Journal of International Law*, vol. 89.341/1995, p. 342.

mo haya dado su consentimiento a tal fin. Además, la Convención misma prevé la posibilidad de que cualquier Estado parte, a la hora de la firma, ratificación o adhesión, formule una reserva declarando que no reconoce la competencia del comité en lo relativo a la llamada "investigación confidencial" (artículo 28).

Pero, por otro lado, si los Estados han declarado reconocer la competencia del Comité a efecto de recibir y considerar las comunicaciones, el Comité puede avocarse al conocimiento de comunicaciones interestatales en las que se sostiene que un Estado parte no está cumpliendo con sus obligaciones (artículo 21), o bien puede llegar a conocer de comunicaciones provenientes de "particulares", sujetos a la jurisprudencia de un Estado parte, que aleguen la violación de sus derechos por dicho Estado, pero siempre y cuando el Estado parte le haya reconocido dicha competencia al comité, de conformidad con el artículo 22 de la Convención. Es cierto que una protección más eficaz podría ser asegurada por visitas periódicas de expertos en los lugares de detención.[9]

IX. Convención Europea para la Prevención de la Tortura, de 1987

Por recomendación 971 (1983), del 28 de septiembre de 1983, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comité de Ministros adoptó el 26 de junio de 1987, la "Convención Europea para la Prevención de la Tortura y Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes", abierta a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 26 de noviembre de 1987, y en vigor a partir del 1o. de febrero de 1989.[10]

A diferencia de otros textos, la Convención Europea tiende, antes que nada, a prevenir los actos de tortura, a través de las visitas regulares a todos los lugares de detención, en que estén privadas de su libertad cual-

[9] Véase Chanet, Ch., "La Convention des Nations-Unies conire la torture et autres peinesou traitements cruels, inhumans ou degradants", *Annuaire Français de Droit International*, París, 1984, CNRS, pp. 625-636. Según Christine Chanet, el texto de la resolución de 1975 en donde se declaraba que la tortura constituía una forma agravada de trato cruel, inhumano o degradante, no pudo ser retenido en el seno del grupo de trabajo de la Convención, porque además de fundarse en un criterio subjetivo y cualitativo, se refería a otro tipo de tratos, imposibles éstos de alcanzar una definición de consenso, *op. cit.*, p. 627.

[10] Véase "The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment": Brownlie, Ian, *Basic Documents On Human Rights*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 383-390.

quier persona o personas, por instrucciones emitidas por autoridades judiciales, administrativas, militares o de policía.

Así se constituye un Comité Europeo, sin facultades de órgano jurisdiccional, para la prevención de la tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes. Después de notificación al Estado concerniente, se visitará periódicamente, y cada vez que lo estime necesario el Comité, cualquier lugar de detención, y se entrevistará sin testigos con los prisioneros, y se comunicará en plena libertad con cualquier persona.

La actividad del Comité es absolutamente confidencial, y el informe que presenta cada año al Comité de Ministros del Consejo de Europa debe respetar dicho carácter.

Si un Estado rechaza cooperar o no mejora la situación de las personas privadas de libertad, el Comité puede decidir por un voto de dos tercios, hacer una declaración pública sobre el caso concreto (artículo 1o. al 14o.).[11]

X. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el XV periodo de sesiones de la Asamblea General de la OEA, estipula que para los efectos de la Convención, se entenderá por tortura

> ... todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como

[11] A party shall provide the Committee with the following facilities to carry out its task: a) access lo its territory and the right lo travel withowt restriction; b) full information on the places where persons deprived of their liberty are being held; c) unlimited access to any place where persons are deprived oftheri liberty, including the right to move inside such places without restriciton; d) other information available to the party which is necessary for the Committe to carry out its task In seeking such information, the Committee shall have regarded to applicable rules of national law and professional ethics. Artículo 80., (2), cap. III, of the European Convention for the Preention of Torture, *cit.*, p. 385.

tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica (artículo 2o. párrafo 1o.).[12]

XI. Concepto de "tortura"

La Convención Interamericana deja muy en claro que en el concepto de tortura no quedan comprendidas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la adopción o aplicación de medidas legales o inherentes a las mismas (artículo 2o., párrafo 2o.). Pero deja igualmente claro, como veíamos antes, que la tortura puede cometerse por aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o disminución de su capacidad física o mental, aunque con ello no se está causando, estrictamente, un dolor físico o una angustia psíquica.

Esto es particularmente importante, ya que deja atrás la noción estrecha de tortura, que inflige un dolor físico o mental, para ampliarlo a cualquier tipo de daño que puede serle causado a la víctima, a través de métodos de tortura más sofisticados, como las técnicas a base de psicotrópicos y estupefacientes, bajo cuyos efectos la persona misma no es consciente del dolor o angustia psíquica, pero que le causa una incapacidad física o mental.

Esta Convención Interamericana va más allá que la Convención de Naciones Unidas de 1984, puesto que de acuerdo con la primera, serán responsables del delito de tortura no sólo los funcionarios públicos que instiguen, induzcan, cometan o toleren los actos de tortura, sino también las personas que aun cuando no actúen con carácter de empleados públicos —pero siempre a instigación de un funcionario o empleado—, come-

[12] Véase texto de Convención Interamericana: *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano.* Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1987, pp. 136-144. Esta Convención contra la Tortura de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987 conforme al artículo 22 de la Convención. México firmó esta Convención el 10 de febrero de 1986 en la Secretaría General de la OEA, y depositó su instrumento de ratificación el 22 de junio de 1987. *Serie sobre Tratados, OEA, núm.* 67. Por lo que respecta a la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, el Senado en México la aprobó el 9 de diciembre de 1985 y el instrumento de ratificación se depositó ante el secretario de la ONU el 23 de enero de 1986. Véase *Diario Oficial de la Federación*, 17/1 /1986.

tan, induzcan, o sean cómplices del delito de tortura —artículo 3o., inciso *a)* y *b)*—.

Si bien en la Convención Interamericana no encontramos la instauración de un comité para la prevención de la tortura similar al de la Convención Europea de 1987, sin embargo, está prevista la obligación para todo Estado parte de asegurarse de que los actos de tortura y "los intentos de cometer tales actos" estén constituidos como delitos conforme a su propio derecho penal, con la consecuente sanción, tomando igualmente "medidas efectivas para prevenir y sancionar", otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 6o.)

Pero todavía más importante que este tipo de disposiciones nos parecen aquellas relativas a las obligaciones de un Estado parte en la Convención Interamericana, para garantizar a toda persona, que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción, "derecho a que el caso sea examinado imparcialmente" (artículo 8o., párrafo 1o.).

Asimismo, dice la Convención Interamericana de 1985:

> ... cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado (artículo 8o., párrafos 2o. y 3o.).[13]

Por otro lado, los Estados parte en la Convención Interamericana de 1984 se obligan a consagrar el delito de tortura, como caso que da lugar a extradición en cualquier tratado sobre extradición que celebren entre sí en el futuro.

De esta suerte, toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura (o ya condenado por dicho delito) podrá ser susceptible de ser ex-

[13] Hay que decir que en nuestro país existen tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte que van en contra del espíritu y fin —por decir lo menos— de los tratados contra la tortura, como es el caso, por ejemplo, de la carga de la prueba: "Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad necesaria a su validez legal", Tesis 81, *Semanario Judicial de la Federación, apéndice de Jurisprudencia Definida 1917-1971*, segunda parte, Primera Sala, p. 171.

traditada de conformidad con las obligaciones internacionales sobre la materia (artículos 11 y 13).

Por último, hay que destacar que la jurisdicción que otorga la Convención Interamericana a todo Estado parte para el delito descrito en la Convención abarca los tres casos siguientes:

1) Cuando la tortura haya sido cometida en el ámbito de su jurisdicción;
2) Cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad, o
3) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado (artículo 12o.).

En el caso de que la extradición no se conceda porque exista "presunción fundada" de que la persona requerida puede ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Estado parte someterá el caso ante sus autoridades competentes, como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, "...para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal de conformidad con su legislación nacional" (artículo 14o.).[14]

XII. Caso Gangaram-Panday (1900). Planteamiento del caso

El presente caso Gangaram Panday fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión Interamericana, el 27 de agosto de 1990, habiéndose generado a partir de una denuncia contra Suriname presentada ante la Comisión en diciembre de 1988.

La Comisión sometía el caso contra Suriname en perjuicio del señor Gangaram Panday, por presunta violación de la obligación de respetar

[14] Hay que recordar que al preparar el Proyecto de Convención Interamericana, el Comité Jurídico interamericano se basó en el "Anteproyecto de Convención para la Prevención y Represión de la Tortura" (OEA, Serie L/V/II.48, doc. 27 de diciembre de 1979) aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 48o., sesión. El antecedente legal se encuentra en las recomendaciones formuladas por la Convención en su informe anual de 1977 (OEA/Serie L/V/I1.43, doc. 21), adoptadas a su vez por la Asamblea General de la Organización mediante la resolución AG/RES.368 (VII-0/78), solicitando formalmente al Comité Jurídico Interamericano, preparar, en conjunción con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un proyecto de convención definiendo a la tortura como un crimen internacional. Véase *Proceedings*, OEA/Serie O/VHI-0.2, vol. Y, p. 86.

los derechos (artículo 1o.) violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2o.); violación al derecho a la vida (artículo 4.1); violación al derecho a la integridad penal (artículo 5.1. y 2); violación al derecho a la libertad personal (artículo 7.1., 2 y 3), y violación a la protección judicial (artículo 25.1 y 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La denuncia presentada ante la Comisión y posteriormente a la Corte Interamericana se refiere a la detención, tortura y muerte del señor Asok Gangaram Panday, en el Estado de Suriname.

En tanto que la Comisión solicita a la Corte que decidiera, de acuerdo con la memoria, declarar al Estado de Suriname como responsable de la muerte del señor Asok Gangaram Panday, mientras se encontraba detenido por la policía militar, y pedía la debida reparación de daños —tanto materiales como morales—, para los familiares, el gobierno de Suriname por su parte, y de acuerdo con la contramemoria, manifestaba a la Corte, que no se le podía tener como responsable de la muerte de A. Gangaram Panday, por no haberse demostrado "la gestión de la violación" imputada a Suriname, y en consecuencia no quedaba obligado a ningún tipo de indemnización por daño emergente y lucro cesante.[15]

Antes de avocarse al fondo del asunto, la Corte recordará que si bien la Comisión y la Corte pueden desempeñar funciones complementarias, sin embargo las atribuciones que ejercen son absolutamente distintas, y recordando su jurisprudencia señaló que no se trata nunca de un procedimiento de revisión o de apelación que la Corte lleve a cabo respecto a lo actuado por la Comisión; la Corte ejerce una jurisdicción plena (núm. 41), y nunca queda vinculada por lo que la Comisión hubiera decidido previamente.

15 Véase CIDH, caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, serie C. num. 16, *resoluciones y sentencias*, Unión Europea/Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1994. En este caso, el presidente de la Corte solicitó al gobierno de Suriname, designará un juez *ad hoc*, el cual nombró al iusinternacionalista Antonio Cançado Trindade, de Brasil. Por otro lado, por sentencia del 4 de diciembre de 1991, la Corte desestimó las excepciones preliminares opuestas por Suriname, reservando el pronunciamiento sobre costas, para decidirlo con la cuestión de fondo. Véase *Cast/ Gangaram Panday, Excepciones Preliminares;* sentencia del 4 de diciembre de 1991, serie C, núm. 12. Las excepciones preliminares alegadas por el gobierno eran: *a)* abuso de los derechos que le confiere la Convención a la Comisión; *b)* no agotamiento de los recursos internos, y *c)* incumplimiento de lo establecido en los artículos 47-51. El juez Cançado Trindade adjuntó un voto individual concordante, con relación a su enfoque del no agotamiento de recursos internos, pp. 17-23.

La Corte desprende de los elementos probatorios que el señor Gangaram Panday fue efectivamente detenido (a su llegada al aeropuerto) por miembros de la policía militar, y que permaneció recluido en una celda dentro de un albergue para deportados, sin haber sido puesto a disposición de ningún juez o magistrado, desde la noche del 5 de noviembre, hasta la madrugada del 8 del mismo mes, día en que se encontró su cuerpo sin vida.

La Corte, remitiéndose al artículo 7o. de la Convención Americana, que consagra el "Derecho a la libertad personal", observó lo siguiente:

> Esta disposición contiene como garantías específicas..., la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente... Nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificado en la ley (aspecto material), pero además con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). (Aquí), se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.[16]

La Corte, estando imposibilitada para determinar si la detención era compatible con las nociones de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad —que deben caracterizar a todo arresto no arbitrario—, por no constar en autos los elementos de convicción, tomará en cuenta pruebas circunstanciales, indicios y presunciones, para inferir de la actitud renuente del gobierno, que el señor Gangaram Panday fue "detenido ilegalmente" por miembros de la policía militar de Suriname (núm. 51), no siendo ya necesario el pronunciarse sobre el punto del traslado sin demora ante autoridad judicial competente.

16 Véase CIDH, caso Gangaram Panday, *cit.*, 21-22, numeral 47. En las excepciones preliminares, Suriname había alegado que la Comisión había hecho referencia a información del caso presente, contenida en el *Informe Anual 1990.91* de la OEA, lo cual implicaría una "doble sanción". La Corte desestimó dicha excepción, haciendo notar, con razón, que lo único que había hecho la Comisión era una simple referencia contenida en el informe, lo cual no infringía la Convención ni la reglamentación de la Comisión. Véase caso Gangaram Panday, excepciones preliminares, sentencia 4/XII/91, serie C, núm. 12, párrafos 32 y 33.

En cuanto a los presuntos "actos de tortura" a que habría sido expuesto Gangaram Panday, había tal cantidad de contradicciones y ambigüedades en los dictámenes médico-legales presentados ante la Corte, que ésta solicitó, mediante auto para mejor proveer, al Departamento de Medicina legal del Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica, y al Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Venezuela, una evaluación técnica de todos los elementos probatorios.

Pero incluso esta petición no arrojó mucha luz a la Corte, ya que por un lado el dictamen del Departamento de Medicina Legal de Costa Rica sostiene que "la constitución descrita en el área genital y púbica del señor Panday (*sic*) traduce una acción vital, lo que quiere decir que fue producida estando él con vida y es de origen traumático" (numeral 551).

En tanto que el informe de la División General de Medicina Legal del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Venezuela observaba que en el material fotográfico "no se observaban hematomas, equimosis (*sic*) u otra evidencia de traumatismo, sino el fenómeno conocido como lividece cadavérica...; en todo caso impresiona como una exoriación (*sic*) pequeña, probablemente producida por el peso del cuerpo al chocar contra la pared una vez que se lanzó para ahorcarse", y añade este informe que "...no hay evidencias físicas... de que haya sido torturado en el material fotográfico del cadáver".[17]

El forense presentado por la Comisión, pero no ratificado ante la Corte; los procesos verbales instruidos; el oficio del Ministerio de los Países Bajos, que sostenían que el examen post mortem había sido realizado por un médico con gran experiencia y honorabilidad, en donde se sostenía que el cuerpo no mostraba señales de violencia física, y los informes y dictámenes complementarios solicitados por la Corte a los organismos judiciales de Costa Rica y Venezuela, la Corte Interamericana consideró, que visto todo integralmente "...no surgían de su evaluación indicios concluyentes ni

[17] Véase CIDH, caso Gangaram Panday, 1994, *cit.*, pp. 23-26, numerales 52-55. En la denuncia, el hermano de la víctima sostuvo que en la morgue encontré que el cadáver de Asok G. Panday "tenía hematomas en el pecho y el estómago y un orificio en la espalda. Un ojo estaba amoratado y tenía cortado un labio. Los hematomas eran grandes, (y el cadáver) tenía un cinturón corto en torno al cuello". El denunciante, quien grabó una videocinta del cadáver, misma que por su mala calidad no permitió una apreciación fidedigna, afirmó que "...cuando le quitaron la ropa interior al cadáver (antes de la cremación) observaron que los testículos habían sido aplastados", *op. cit.* p. 5, numerales 3, incisos c, b y e.

convincentes que le permitan determinar la veracidad de la denuncia según la cual el señor Asok Gangaram Panday fue objeto de torturas durante su detención por la policía militar de Suriname".[18]

Por último, la Corte Interamericana apreció como habiendo quedado demostrado, que el señor Gangaram Panday falleció encontrándose recluido y bajo custodia de miembros de la policía militar de Suriname, y que la víctima no había fallecido por causas naturales, sino por "asfixia mecánica debido a suspensión".

Sin embrago, para la Corte, el suicidio es la hipótesis más probable dentro del expediente, avalado por el Departamento de Medicina Judicial de Costa Rica, y por la "experiencia" médico-legal del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Venezuela.

La Corte sostiene que no se encuentran en autos, elementos suficientes y convincentes acerca

> ...de la etiología de su muerte que permitan responsabilizar de la misma a Suriname...
>
> En las circunstancias de este caso no es posible fincar la responsabilidad del Estado en... virtud, entre otras razones, de que la Corte esta determinando una responsabilidad por detención ilegal por inferencia y no porque haya sido demostrado que la detención fue, en efecto, ilegal o arbitraria o que el detenido haya sido torturado.

Así, la Corte Interamericana, en su sentencia del 21 de enero de 1994, si bien declara, por unanimidad, que Suriname ha violado en perjuicio de A. Gangaram Panday los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal, y fija por consecuencia una indemnización de diez mil dólares, va a desestimar, no obstante, por cuatro votos contra tres, la solicitud de la Comisión para que se declare responsable al Estado de Suriname de haber violado en perjuicio del señor A. Gangaram Panday, el artículo 4.1 de la Convención, mismo que consagra el derecho que posee toda persona al respeto de su vida.[19]

A nuestro parecer, esta interesante "opinión razonada" es jurídicamente sostenible, siempre y cuando sigamos una lógica estricta de la institu-

18 Véase CIDH, caso Gangaram Panday, *cit.*, p. 27, numeral 56.

19 Véase CIDH, caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, *op. cit.*, p. 29, numeral 62 y pp. 32 y 33, aparado XI. Los jueces Picado Sotela; Aguilar-Aranguren.

ción de la responsabilidad internacional, y en particular del "deber de diligencia", pero, por otro lado, la Corte, en forma por demás escrupulosa, no pudo allegarse los elementos necesarios para inferir de una detención ilegal —ella misma "inferida"—, la responsabilidad imputable al Estado de Suriname por presunta violación del artículo 4.1 de la CIDH, cuando todo dejaba suponer "el suicidio", como la hipótesis más probable. Si la Corte hubiera tenido pruebas más o menos fehacientes de actos de tortura en contra de la víctima, o incluso que hubiera podido deducir de toda la serie de dictámenes y contradictámenes una convicción cierta de que la víctima había sido objeto de tortura, estamos seguros de que la sentencia habría sido absolutamente condenatoria en todos sus aspectos.

XIII. Concepto de "malos tratos" en el caso Ribitisch c. Austria ante la Corte Europea (1995)

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de avocarse al examen del artículo 3o. de la Convención Europea, en el caso Ronald Ribitisch *vs.* Austria, dictando sentencia el 4 de diciembre de 1995.

La Comisión Europea consideró que habían existido "malos tratos" a propósito de Ronald Ribitisch, estando éste bajo custodia policiaca (*garde á vue*), en el marco de una investigación criminal por tráfico de estupefacientes.

Antes que nada, es muy interesante destacar ciertos razonamientos, similares a los de la Corte Interamericana, en este, como en muchos otros casos.

Aquí la Corte sostuvo que ésta no sustituye, en principio, su propia visión de los hechos al de las jurisdicciones internas, y que tampoco estaba en forma alguna vinculada por la visión que tuviera la Comisión Europea.

El gobierno austriaco alegaba que a fin de poder concluir en una violación de la Convención, la prueba de malos tratos (hematomas y tratos injuriosos) debería ser establecida "más allá de toda duda razonable".[20]

Según la Comisión Europea, un Estado es moralmente responsable de toda persona en detención, ya que esta última está completamente en manos de los funcionarios de policía.

[20] Véase Condorelli, Luigi, "L'imputation a l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances", *Recueil des Cours de Academie de Droit International*, 1984, t. 189, pp. 13-121.

La Corte sostiene que como órgano jurisdiccional que es, debe prestar especial cuidado frente a los derechos fundamentales, tales como el contenido en el artículo 3o. de la CEDI-1, que prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que hayan sido los comportamientos de la víctima. Ésta es una disposición que no prevé restricción ni derogación alguna.

Del conjunto de elementos probatorios sometidos a la Corte para su apreciación, ésta concluye que el gobierno austriaco no estableció de manera satisfactoria que las heridas del peticionario hubieran sido causadas en alguna otra forma que —exclusivamente, principalmente o parcialmente—, a raíz de los tratos a los que fue sometido el señor Ribitisch durante el periodo de custodia por la policía vienesa.

De acuerdo con la deposición jurada del señor Ribitisch, los vejámenes que éste sufrió durante su detención constituyen, además, tratos inhumanos y degradantes. Los fuertes golpes recibidos por él, así como los insultos y amenazas proferidos en contra suya y de su esposa, le habrían causado fuertes sufrimientos físicos y morales. Varios testigos habrían confirmado la existencia de lesiones físicas, y estaba asentada en un dictamen médico, la existencia de un traumatismo psíquico importante.

El gobierno, por su parte, sostenía que así fuese lo anterior admitido por la Corte, sin embargo las supuestas lesiones infligidas no llegaban a ser tan graves, como para caer dentro del marco normativo del artículo 3o. de la Convención Europea.

La Corte sostuvo que frente a una persona privada de su libertad, todo uso de la fuerza física que no se haya visto estrictamente necesaria por el propio comportamiento de dicha persona lesiona la dignidad humana y constituye, en principio, una violación del derecho garantizado en el artículo 3o. de la Convención.

La Corte recuerda, una vez más, que las necesidades de la investigación y de las indiscutibles dificultades de la lucha en contra de la criminalidad no podrían conducir a limitar la protección debida a la integridad física de la persona.[21]

[21] Véase Affaire Ribitish c/Autriche, Arrêt du a 4 decembre 1995, *Annuaire de la Convention Europeene des Droits de l'Homme*, vol. 38, M. Nijhoff, pp. 364 y ss.

XIV. Sentencia de la Corte de Estrasburgo

En su sentencia del 4 de diciembre de 1995, la Corte de Estrasburgo dictaminó lo siguiente:

> 1) Por seis votos contra tres, que sí existió violación al artículo 3o. de la Convención.
>
> 2) Por seis votos contra tres, que el Estado demandado debe acordar al demandante, en un plazo de tres meses, la cantidad de cien mil schillings por concepto de daño moral.
>
> 3) A la unanimidad, decide que el Estado demandado debe otorgar a la víctima, en un plazo de tres meses, la cantidad de doscientos mil schillings por gastos y costos (*frais et depens*), habidos frente a las jurisdicciones austriacas, y frente a los órganos de la Convención Europea.[22]

En el caso Aksoy *vs.* Turquía, la Corte Europea, en su sentencia del 18 de diciembre de 1996, no tuvo reparo alguno en considerar que el detenido, señor Aksoy, fue sometido a tortura al haber comprobado que había sido objeto de una forma de tortura conocida como *palestinian hanging*, y consistente en desnudar a la víctima y dejarla colgada de los brazos, habiéndole además infligido descargas eléctricas en las partes genitales, injuriado y golpeado mientras se encontraba en dicha posición.[23]

Sin embargo, hay que hacer notar que del asesinato de la víctima, que se produjo dos años después de su detención y tortura, no se responsabilizó a Turquía de ello, ya que dijo la Corte "he Commission was unable to find any support of this allegation and the Court therefore concluded that no violation of article 25 para 1, had been established".[24]

[22] Véase texto de la sentencia del 4 de diciembre de 1995: *Revue Universelle des Droits del'Homme,* 29 Mars, 1996, vol. 8, núm. 1-3, pp. 67-71 (Arrêt núm. 42/1994/489/571). Los jueces Ryssdal y Matscheryjambrek formularon una opinión disidente, porque según éstos el gobierno austriaco había ordenado de oficio una investigación cuyo resultado había sido objeto de un examen cuidadoso por un tribunal penal de distrito, un tribunal de apelación y la Corte Constitucional. Por ello, no pertenecía a la Corte Europea sustituir su apreciación a la de las jurisdicciones nacionales, a menos que éstas hubieran procedido de una manera incorrecta, lo cual no era aquí el caso. Véase *Opinion Dissidente Commune, cit.,* pp. 70 y 71.

[23] Véase Arrêt dans Vaffire Aksoy *vs* Turquie, Arret du 98 decembre 1996, *Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, vol. 39, 1996, pp. 308 y ss.

[24] *Op. cit.*, p. 312, numeral VII. El doctor Lyal S. Sunga, al examinar la Convención de la Unión contra la Tortura (vigente desde 1987) y sostener que significa un gran paso

XV. Reflexión final

Abraham y Antígona seguirán siendo los dos mayores arquetipos de la respuesta posible a una "orden superior". Abraham representa el arquetipo de la persona que obedece ciegamente a la autoridad, en tanto que Antígona representa el arquetipo de la persona que ante una orden dada por la autoridad, cuestiona el contenido de la misma, y llega a elegir el respeto de valores superiores, a sabiendas de las terribles consecuencias (A-Cassese). La tortura, tormento y suplicio son conocidos y practicados desde la antigüedad hasta nuestros días. La famosa confesión del presunto culpable, la prueba de pruebas ("*probatio probatissima*"), había que obtenerla mediante flagelación, mutilación, decalvación, o a través del empleo de la fustigación y los azotes, como lo señalaba el derecho canónico hasta la bula papal de 1816, o la célebre decretal *Vergentis in senium*.

En los procesos de la Santa Inquisición, tanto la "pontificia" como la "real de España", la tortura, en todo su esplendor, era religiosamente aplicada respecto a todo inculpado sobre el cual el dominico juez tuviera sospecha grave de supuesta herejía, para obtener la confesión deseada (¡Juana de Arco!).

hacia el reconocimiento de la responsabilidad individual, sin embargo declara en forma realista lo siguiente: "Until States bring their actual practice into conformity with the obligations prohibiting torture they have formally recognized, it cannot be realistically stated that the norm against torture has become firmly established as a rule of general international law". Véase Sunga, S. Lyal, *Individual Responsability in International Law for serious Human Rights Violations*, Netherlands, Martinus Nijhoff, p. 86.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

¿ES EL TERRORISMO UN DELITO POLÍTICO?

La violence, qu'elle soit révolutionnaire, terroriste ou militaire, est dévenue un élément omniprésent de la culture et de la politique de nôtre époque.

Günter ROHRMOSER

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Delito o crimen político.* III. *El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional.* IV. *Relación entre extradición y asilo.* V. *Responsabilidad internacional por violación del asilo.* VI. *La no extradición por delito de orden político.* VII. *Delimitación del concepto "delito político".* VIII. *¿Es el terrorismo un delito político?* IX. *Dicotomías.* X. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En general, la práctica y la teoría internacionales están de acuerdo en sostener que el mantenimiento del orden, al interior de un país, no está, en principio, reglamentado por el derecho internacional; esto es, no cae dentro del ámbito de la ley internacional sino dentro del ámbito exclusivo del derecho nacional, del derecho doméstico.

Lo anterior es absolutamente cierto, sobre todo si hablamos del derecho internacional clásico, en donde el Estado gozaba de una innegable y casi total competencia discrecional para reglamentar, uniformar y condicionar la forma y requisitos que deberían imperar en el foro doméstico para poner en práctica el mantenimiento del orden público al interior del Estado.

Sin embargo, las tendencias más recientes en la sociedad internacional, parecen en vías a restringir un tanto la libre elección de los medios que posee un Estado para mantener su orden interno.

Esto se vislumbra fundamentalmente en dos direcciones: la protección en contra de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, y el de la protección de las víctimas de los conflictos armados de conformidad con las normas del derecho humanitario.

II. Delito o crimen político

Tradicionalmente los Estados se reservan el derecho de rehusar la extradición para aquellos sujetos autores de "delitos políticos", no importando en la práctica la dificultad que se tiene para definir esta noción.

De acuerdo con la práctica general de los Estados, éstos otorgan *el asilo* a las personas perseguidas por motivos de orden político.

En el caso en que el Estado está decidiendo otorgar el *asilo*, en esa misma medida está rechazando la extradición.

III. El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional

A falta de acuerdo o convención en contrario, entre el Estado territorial y el Estado nacional del sujeto que lo solicita, nadie posee un derecho propio a la admisión dentro de un territorio determinado. El régimen de derecho común es el de una libertad total en materia de admisión, con la salvedad de los límites que impone el derecho consuetudinario que obliga al reconocimiento de una igualdad de tratamiento entre los Estados. De aquí que el Estado territorial pueda subordinar la admisión, al cumplimiento de ciertas condiciones generales que juzgue necesarias (condiciones sanitarias) o rechazar individualmente la admisión a personas juzgadas como indeseables (agitadores políticos), o bien no otorgar más que un derecho de residencia temporal y únicamente para ciertos fines (admisión de personas en tránsito, pero no de inmigrantes).[1]

Por el hecho de ejercer el Estado su supremacía territorial sobre toda persona que se encuentre en su territorio, sea nacional o extranjero, esto excluye la posibilidad de que la jurisdicción de Estados extranjeros sobre sus nacionales pueda llevarse efectivamente a cabo en el territorio de otro

1 Combacau, Jean, "Le statut international des personnes et des objets", *Droit International Public*, Paris, Précis Domat, Edit. Montechrestien, 1975, pp. 417-466.

país. Por consiguiente, nos dice Oppenheim-Lauterpacht, el Estado extranjero va a constituir un *asilo*, al menos provisionalmente, para toda persona que siendo perseguida en el país de origen, cruce sus fronteras y se interne en su territorio.

"En defecto de tratados de extradición que estipulen lo contrario, el derecho internacional no obliga a los Estados a negar a los fugitivos la admisión en su territorio, o, en el supuesto de haber sido ya admitidos, a expulsarlos o entregarlos al Estado reclamante".[2]

En otras palabras, se puede decir que desde el momento en que una persona se ha internado en suelo extranjero, de alguna forma dicho sujeto, así sea de manera tácita, ha encontrado "asilo" en tal territorio, dado que los órganos competentes de su Estado de origen carecen de facultades para realizar una aprehensión, jurídicamente lícita, del "sujeto asilado".

También está claro que conforme a derecho internacional, el otorgamiento de asilo no constituye en sí mismo un acto inamistoso, y esto debe necesariamente aplicarse de igual forma a la aceptación por el Estado de asilo de las posibles declaraciones del sujeto en busca de refugio, relativas al hecho de que ha sufrido o teme llegar a sufrir persecuciones en su país de origen. De ninguna manera, la actitud del Estado de asilo puede llegar a interpretarse como interferencia o posible intervención, en los asuntos domésticos del otro Estado en donde se presume la persecución.[3]

IV. Relación entre extradición y asilo

Los conceptos de extradición y asilo están relacionados entre sí, en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo, y por otra parte, la extradición significa un rechazo a la concesión del asilo.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la extradición y el asilo deben ser considerados meramente como dos aspectos del mismo problema, sino antes al contrario, como dos diversas instituciones las cuales existen una al lado de la otra, cada una de ellas con un legítimo propósito.[4]

2 Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, trad. de López Oliván y Castro-Rial, Barcelona, Ed. Bosch, 1961, t. I, vol. II, p. 247.

3 Grahl-Madsen, Atle, *Territorial Asylum*, Londres-Roma-Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1980, pp. 12 y 13.

4 Ver Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, vol. II, p. 23.

De acuerdo con Atle Grahl-Madsen, el "derecho de asilo" en el sentido de derecho del Estado a conceder asilo, se compone de diversas facetas:

a) Derecho a admitir a una persona en su territorio;
b) Derecho a permitirle permanecer en dicho territorio;
c) Derecho a negarse a expulsarlo;
d) Derecho a negarse a extraditarlo hacia otro Estado;
e) Derecho a no perseguir a la persona, castigarla o de alguna otra forma restringir su libertad.[5]

V. Responsabilidad internacional por violación del asilo

Una vez que ha sido concedido el asilo, éste debe ser respetado por todos los demás Estados, incluyendo obviamente el Estado de cuyo territorio huyó la persona o personas asiladas.[6]

Cualquier acto de intimidación, violencia, secuestro, etcétera, llevado a cabo por personas que actúan en calidad de oficiales, o con la connivencia, apoyo o bajo el control del Estado en cuestión, en contra del sujeto asilado, son actos claramente violatorios de la soberanía territorial y por lo tanto, hechos ilícitos que generan la responsabilidad internacional. Si se trata de un individuo que amenaza o lesiona al asilado, pero actuando en su calidad de "particular" única y exclusivamente, en ese caso la responsabilidad del Estado no se compromete por no existir violación al derecho internacional, pero el Estado del cual es su nacional está en la obligación de extraditar al "particular" culpable.[7]

Así, la competencia para conceder asilo se infiere directamente del principio de la soberanía territorial de los Estados, y la práctica internacional en materia de extradición refuerza esta tesis, ya que es generalmente reconocido que en ausencia de un tratado de extradición con el Estado requirente, no existe una obligación jurídica de entregar al individuo acusado del acto delictivo.

5 Ver Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees..., cit.*, p. 23.

6 Artículo 1o. (1) de la Declaración sobre Asilo Territorial adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1967. Doc. a/2312 (XXII).

7 Ver Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugges*, pp. 187-194; *Territorial Asylum*, pp. 18-23. En el caso Eichmann (1960), Israel alegó que el secuestro había sido operado por "voluntarios judíos" *(sic)*, quienes lo trasladaron de territorio argentino al Estado de Israel, en donde fue entregado a los servicios de seguridad de Israel.

Por regla general, la extradición va a concederse por actos practicados fuera del Estado requerido y dentro de la jurisdicción territorial del Estado requirente, y esto como consecuencia del principio de territorialidad, aceptado éste, las más de las veces, como base de la competencia jurisdiccional de los Estados.[8]

Para cierta parte de la doctrina, la práctica de los Estados consistente en rechazar la extradición de víctimas potenciales de persecución política (ejemplo: artículo 15 de la Constitución de México) no permitiría llegar a la conclusión de que dicha práctica es evidencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional, en el sentido de que los Estados estarían jurídicamente obligados a rechazar la extradición por infracciones de carácter político.[9]

VI. La no extradición por delito de orden político

Pero si bien es discutible la existencia de una bien establecida norma consuetudinaria, sin embargo habría que preguntarse, con el profesor Hersch Lauterpacht, si la casi adopción unánime del principio de no extradición por ofensas de naturaleza política, no ha provocado que se genere un "principio general de derecho" en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.[10]

Aparte del hecho de que nuestra Constitución prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos (artículo 15), nuestro país ha suscrito convenciones multilaterales, como la Convención sobre Extradición, firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y depositado el instrumento de ratificación el 27 de enero de 1936, en la cual se asienta que el Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición cuando se trate de delito político o de los que le son conexos (artículo 3o., inciso e).

Para que la extradición, de acuerdo con esta Convención de Montevideo, pueda llevarse a cabo se necesita, como condición indispensable, que

8 Ver Accioly, Hildebrando. *Tratado de derecho internacional público*, trad. José L. de Azcárraga. Madrid, Edit. Instituto de Estudios Políticos, 1958, vol. I, pp. 446-464. En ciertos casos, el Estado requerido puede conceder la extradición por ilícito cometido dentro de su propio territorio. Ejemplo, infracción a las leyes fiscales del otro Estado.

9 Ver en este sentido, Grahl-Madsen, A., *Territorial Asylum*, p. 39.

10 Citado por Morganstern, Felice, "The Right of Asylum", *British Year Book of International Law*, núm. 46, 1949, p. 343. Este último autor afirma: "*It may be that the principle of the non-extradition of political offenders has become an international rule of law*", *idem*, p. 344.

el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso y que el delito por el cual se reclama la extradición sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad (artículo 1o., incisos *a*) y *b*).[11]

Entre los tratados bilaterales que México ha suscrito en este ámbito puede mencionarse el polémico Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos de 4 de mayo de 1978, en vigor desde el 24 de enero de 1980, y por el cual no se concederá la extradición si el delito por el cual fue solicitada, es político o de carácter político, correspondiendo decidir al Poder Ejecutivo de la parte requerida si llegare a surgir alguna controversia respecto a ese punto preciso.[12]

VII. Delimitación del concepto "delito político"

Sin duda uno de los problemas de más difícil solución que presenta esta materia en derecho internacional, es la delimitación y significación del concepto de delito de carácter político.

En el estado actual de las relaciones internacionales, difícilmente podría pensarse en un eventual acuerdo general sobre lo que deba considerarse como delito de contenido político.

De ello se deriva la necesidad de que los Estados acepten, en la redacción de los tratados internacionales, una concepción del delito político lo más ampliamente posible, a fin de permitir la mayor discrecionalidad en la aplicación de las diversas concepciones nacionales tanto en el plano judicial como del ejecutivo.

Nuestra Ley General de Población (1992) y su Ley Reglamentaria definen al asilado político como aquel extranjero que para proteger su libertad o su vida, de persecuciones políticas en su país de origen, es autorizado a residir en territorio nacional por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso ocurran; si el asilado político se ausenta del país perderá todo

11 Tratados y Convenciones Interamericanos, *op. cit.*, pp. 51-59. México, al suscribir la Convención sobre Extradición, formuló "reserva" respecto al artículo 3o., fracción f, en virtud de que la legislación interna de México no reconoce los delitos contra la religión. La reciente Convención Interamericana sobre Extradición del 25 de febrero de 1981 no contempla esta disposición.

12 Ver Decreto de Promulgación del Tratado de Extradición en *Diario Oficial* de 26 de febrero de 1980, pp. 4-8. Se incluye en este Tratado la llamada cláusula *attentat*, conforme a la cual no se considera delito político los atentados en contra de un jefe de Estado o de gobierno.

derecho a regresar, cancelándose definitivamente su documentación migratoria, salvo que haya salido con permiso expreso de la Secretaría (artículo 42, fracción V, de la Ley y artículo 88 del Reglamento de la Ley General de Población).

Respecto a los conceptos de persecución y delito políticos, el maestro Carrillo Flores ha expresado que:

> Cuando una persona es perseguida por sus ideas o actividades políticas sin que medie acusación ante la autoridad judicial competente por ningún hecho delictuoso, sin duda se trata de un perseguido político. Más difícil es definir, a falta de una disposición legal, qué se entiende por delito político. Inclusive es posible que la opinión doctrinal o teórica discrepe de lo que la legislación o la jurisprudencia de un país consideran como delito político.[13]

Hasta ahora no puede decirse que alguna definición de lo que debe entenderse como "delito político" haya sido objeto de consenso dentro de la comunidad internacional, y todo deja entrever que *el carácter político* del delito seguirá siendo, en la mayoría de los casos, un asunto del contexto propio en que se realizó, y de las circunstancias de la época.

La Ley mexicana de Extradición Internacional, del 22 de diciembre de 1975, consagra en su artículo 8o. lo siguiente:

"En ningún caso se concederá la extradición de personas que puedan ser objeto de persecución política del Estado solicitante, cuando el reclamado haya tenido la condición de esclavo en el país en donde se cometió el delito".

En muchos países, sin embargo, lo que se ha hecho es categorizar el concepto.

Así, una "ofensa política" podrá ser clasificada como pura o relativa, y una ofensa relativa podrá ser un *délit complexe* o un *délit connexe*.

Una ofensa o delito *puramente político* será aquel que se haya dirigido únicamente en contra del orden político, como pueden ser traición, sedición o el espionaje.

El *délit complexe* viene a ser una categoría de ofensas políticas relativas, cubriendo así aquellos actos que son dirigidos tanto en contra del orden político como de los derechos privados. Es esta categoría en donde se pre-

13 Ver Carrillo Flores, "El asilo político en México", *Jurídica*, México, núm. 11, julio de 1979. Este autor recuerda que en México se planteó el problema ante la Suprema Corte de Justicia a raíz del asesinato de Álvaro Obregón, negándose el amparo a León Toral en virtud de que la Primera Sala de la Corte consideró que "delito político" era aquel que se comete en contra del Estado, *ibidem*.

senta con mayor detalle la cuestión de saber cómo poder hacer el balance entre aquello que es lo *político*, y aquello que es mera actividad criminal.

En teoría, la extradición requerida en estos casos puede ser por un delito común, como por ejemplo un asesinato, cuando en verdad el delito puede ser político en función de su objetivo, y del motivo de la persona delincuente.

En el *délit connexe* se trata en realidad de un acto que en sí mismo no está dirigido en contra del orden político, pero el cual está estrechamente vinculado con otro acto del orden político.

El robo de armamento con objeto de preparar una rebelión armada, y el robo de bancos con objeto de proveer fondos para actividades políticas sorpresivas, son los ejemplos más comunes de lo que se tipifica como "delitos conexos".

En cualquiera de los casos anteriores los tribunales se encuentran ante el dilema de tratar de decidir si el caso objeto de la demanda es o no es de carácter "político".

En este sentido preciso, los tribunales se preguntarán cuál de los dos componentes del delito es más grave: el elemento político o el elemento de ilícito común.

¿Qué es aquello que constituye el mayor peligro para la sociedad, y consecuentemente el mayor interés para la represión: el elemento político o el elemento no político?

Muchos de estos tribunales se inclinarán, pero no siempre, en considerar que si el componente político es el más conspicuo, entonces el delito será declarado de orden político.[14]

VIII. ¿Es el terrorismo un delito político?

En principio parece sensato considerar que una actividad criminal no puede ser considerada como una "actividad terrorista" a menos que se conjuguen los tres elementos siguientes:

14 Por mucho tiempo, de alguna manera u otra, los Estados han apoyado la célebre jurisprudencia inglesa desde fines del siglo pasado, en donde se sostuvo que poseía carácter político "[...] el acto que se ha realizado en busca de, o con la intención de ayudar, como una especie de acto manifiesto, en el curso de una actuación en materia política, de un levantamiento político, o de una disputa entre dos partidos en el Estado" (*In re Castioni* 1891).

La cláusula *attentat* es obviamente una excepción, ya que dispone que el asesinato de un jefe de Estado extranjero o de miembros de su familia no debe considerarse como delito político, y que por lo tanto puede procederse a la extradición. Ver Defensor Santiago, Miriam, *Political Ofeences in International Law*, Gran Bretaña, 1977, pp. 1-272; Shearer, Ivan Anthony, *Extradition in International Law*, pp. 166-193.

1) La consumación de ciertos actos de *violencia* de naturaleza a provocar muertes indiscriminadamente, o causar daños corporales graves.

2) Un proyecto individual o colectivo *tendente* a perpretar dichos actos.

3) Crear el *terror* en el seno de personalidades determinadas, grupos de personas, o más ampliamente, dentro del público en general.

Así, tomando en cuenta los tres componentes anteriores, se puede decir que el acto terrorista es, en primer lugar, un *acto de violencia* que constituye el elemento material de la infracción.

En segundo lugar, el terrorismo implicaría una "provocación" ajena a toda improvisación, es decir, un plan concertado, esfuerzos concertados con vistas a obtener un determinado objetivo.

En tercer lugar, tendríamos el objetivo que se persigue, esto es, *crear el terror*, y éste es el componente que constituye la originalidad del fenómeno.

El terrorismo es un método de combate en el cual las víctimas no son elegidas en tanto que individualidades en sí, sino que son escogidas ya sea por "azar", o ya sea en tanto que "símbolos".

El fin perseguido al escogerlos como blanco no es en realidad y en el fondo, el hacerlos desaparecer, sino el de crear el terror dentro del grupo al que pertenecen.

Este método va a ser, de hecho, mucho más eficaz en tanto que la víctima representará una categoría de personas cuidadosamente seleccionadas, pero la elección individual de ella siempre será arbitraria. De ahí la generación de una atmósfera específica de terror.

El llamado "terrorismo político" puede, de manera general, buscar luchar contra el Estado en tanto tal, como sería el caso de los anarquistas de fines del siglo pasado, o bien contra ciertos tipos de Estado, como sería el Estado "burgués", condenado hace pocos años por grupos terroristas alemanes o italianos.

Pero también pueden encauzar su acción contra un Estado determinado en nombre de ciertos "irredentismos" locales, como es el caso de Irlanda del Norte, o del País Vasco. Al igual que encauzarse contra gobiernos que intentan derrocar, como sería el caso de Sendero Luminoso, en Perú.[15]

15 Ver Guillaume, Gilbert. "Terrorisme et droit international". *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, vol. III, 1989, pp. 291-407, t. 215.

Según la Ley de 1984 de Gran Bretaña sobre la prevención del terrorismo, éste se define como "el uso de la violencia con fines políticos, incluyendo todo uso de la violencia con el propósito de crear el miedo (*fear*) en el público, o en una parte de éste", *ibidem*.

Es cierto que las convenciones elaboradas contra la lucha al terrorismo en el marco de Naciones Unidas, han reconocido a los Estados la posibilidad de afirmar su competencia jurisdiccional en varios casos recientes.

En general, todas las convenciones imponen a los Estados-parte la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para establecer su competencia, a fin de poder conocer de las infracciones cometidas sobre su territorio.[16]

La multiplicación de las competencias nacionales concurrentes contra el terrorismo, esto es, competencia obligatoria y sin reservas del Estado del territorio, al igual que la competencia atribuible al Estado del autor, y al de las víctimas de las infracciones, es una fórmula que tiene la ventaja de hacer mucho más accesible la persecución en contra del terrorismo en numerosos Estados.

Esta fórmula, sin embargo, puede presentar ciertos inconvenientes, en la medida en que plantea el problema de las persecuciones y condenas múltiples, y en donde al mismo tiempo deja subsistir algunas lagunas en la represión.

En ese sistema, en efecto, como apunta G. Guillaume, el autor de una infracción puede ser perseguido y condenado en varios países por la misma y sola infracción, siendo ello contrario al principio *non bis in idem*, reconocido en el derecho interno de la mayoría de los países.[17]

Es casi axiomático advertir que una acción concertada en contra del terrorismo es indispensable para la mutua protección de todos los países.

Hoy por hoy, existe una muy amplia red de organizaciones terroristas auxiliándose y apoyándose las unas en las otras, contando con una sofisticada gama de armamentos, cuidadoso entrenamiento y con una infiltración en todo tipo y nivel de llamado tejido social.

Para la legislación estadounidense del 22 de diciembre de 1987 (*Public Law 100-204*), en su sección 901, se entiende por actividad terrorista: "*The term 'terrorist activity' means the organizing, abetting of participating in a wantom or indiscriminate act of violence with extreme indiference to the risk of causing death or serious bodily harm to individuals not taking part, in armed hostilties*". Ver *International Legal Materials*. 1988. p. 719.

16 Ver: Convención de Montreal de 1971, artículo 5o., párrafo 1o.; Convención de Nueva York de 1973, artículo 3o., párrafo 1o.; Convención de Roma de 1988, artículo 6o., párrafo 1o.

17 Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, p. 344. Este mismo autor sostiene que la regla *non bis in idem* no parece constituir por lo demás una regla consuetudinaria en el derecho internacional, y cita a tal efecto la Decisión del Comité de Derechos Humanos del 2 de noviembre de 1989 tomada en aplicación del protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos concerniente a la comunicación núm. 204/1986, *ibidem* y nota 48.

Con eso y todo, es penoso advertir que la comunidad internacional, por una razón u otra, hasta el día de hoy no ha podido concertar una convención o tratado internacional de aplicación general, que vinculara a todas las naciones, para la supresión del terrorismo en todas sus manifestaciones.[18]

IX. DICOTOMÍAS

De acuerdo con el profesor Yoram Dinstein, de la Universidad de Tel-Aviv, existen numerosas variaciones posibles de lo que puede conformarse como un *acto de terrorismo*; sin embargo, y para efectos de clasificación, pueden inferirse seis dicotomías diversas:

1) Actos de terrorismo que pueden ser perpetrados en época de paz, o en situaciones bélicas.

2) Actos de terrorismo que pueden ser perpetrados por un gobierno, o por individuos actuando en su calidad de particulares.

3) Actos de terrorismo que pueden ser perpetrados en contra de un gobierno, o en contra de personas privadas.

4) Actos de terrorismo que pueden ser perpetrados en su totalidad, dentro de las fronteras de un solo Estado ("para consumo local"), o bien cruzar las fronteras y adquirir un carácter trasnacional ("para exportación").

5) Actos de terrorismo que pueden ser perpetrados con el propósito de aterrorizar, ya sea a la víctima en sí, o a alguna otra persona.

6) Actos de terrorismo que pueden ser perpetrados en forma clandestina, o frente al público en general.

Cada una de estas seis dicotomías casi siempre estará vinculada o entrelazada con una o más de las otras categorías.

Así, un acto de terrorismo puede ser cometido por una persona privada en contra de otro individuo en épocas de paz, pero en forma clandestina y para consumo local, con vistas a sembrar ineluctablemente un clima de terror alrededor de la víctima.[19]

18 Es cierto que no hay todavía un tratado contra el terrorismo con vocación universal, pero no hay que olvidar que en varias ocasiones la Asamblea General de Naciones Unidas ha condenado inequívocamente como criminales todos los actos y prácticas de terrorismo en dondequiera, y por quien fueren cometidos. Ver Resolución núm. 40/61 de la Asamblea General de Naciones Unidas, en su 40 sesión. En *Resolutions and Decisions Adopted by the General Assembly*, Nueva York, 1985, parte I, pp. 607 y 608.

19 Ver Dinstein, Yoram, "The International Legal Response to Terrorism", *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore de Roberto Ago*, Milano, Edit. Dott. A. Giuffrè, vol. II, pp. 138-151, 1987: "*Fear is the key used by the terrorist to unlock the gate to an otherwise inaccesible objetive. The terrorism is a fearmonger*", *idem*, p. 140.

En general, la doctrina está de acuerdo en considerar que el terrorismo en sí no debe de ninguna manera ser confundido con la guerra de guerrillas.

La *guerrilla* que se conforma con las normas del conflicto bélico no tiene nada en común con los terroristas: la guerrilla en este contexto no sería sino una fuerza armada irregular.[20]

De esta suerte, el grupo guerrillero debe ser considerado, ante el derecho internacional, como un núcleo de combatientes que no caen, estrictamente, en la ilicitud, ya que debe serles acordado el estatus de prisioneros de guerra.

Inversamente, individuos que pueden o no ser guerrilleros, pero que atacan indiscriminadamente a personas civiles con objeto de generar el miedo, son terroristas actuando en violación de las leyes del conflicto armado, y por esta razón ellos estarán desprovistos del estatus privilegiado que les confiere el artículo 4o. de la Convención de Ginebra de 1949 relativa al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra.

Este precepto sólo reafirma una norma de derecho internacional consuetudinario, y establece claramente que un combatiente no puede gozar del estatus privilegiado de prisionero de guerra si no ha llenado los requisitos que incluyen la conducta de operaciones en concordancia con las leyes y costumbres de los conflictos bélicos.

Los individuos que no se benefician de este estatus privilegiado pueden ser juzgados y condenados por sus actos de conformidad con el derecho interno del Estado que ha procedido a la captura.[21]

En un primer nivel, la acción terrorista tiende a tratar de desorientar a la población misma, demostrando que el gobierno no es capaz de satisfacer las funciones más elementales *vis-à-vis* los habitantes en su territorio, esto es, las funciones mínimas de la seguridad y orden públicos.

En un segundo nivel, la finalidad del acto terrorista será la de tratar de "aislar" a los ciudadanos en cuestión, de su específico entorno y contexto sociales.

En un tercer y último nivel, el proceso de terrorismo trata de que los individuos se sientan tan aislados que se encuentran incapaces de extraer fuerzas de los cimientos usuales de la sociedad, y por lo tanto proyectando la impresión de que solamente cuentan con sus propios recursos para su seguridad.

20 Ver Guillaume, Gilbert. *op. cit.*, pp. 304-307.
21 Ver Dinstein, Yoram. *op. cit.*, p. 142.

Es entonces cuando se produce una desorientación total de la víctima, incapaz de obtener una comprensión global de la fuente de peligro, dentro de un marco accesible a sus propios parámetros.

Una mezcla de congoja, miedo e inquietud, generada por una bien orquestada campaña de acciones terroristas, va a provocar un alto grado de angustia.

El factor psicológico más dañino y problemático en este contexto, va a radicar en lo "impredecible" *del peligro*, lo que a su vez genera un sentimiento de frustración e impotencia.[22]

Una de las consecuencias más graves de este estado de cosas es que las poblaciones víctimas empiezan a culpar más y más a sus propios gobiernos —por la evidente falta de seguridad— que a los grupos terroristas causantes de la violencia producida.

Uno de los objetivos de la táctica terrorista, vinculada a la creación de la desorientación en la comunidad, es la de provocar medidas represivas de naturaleza inconstitucional por los altos funcionarios del Estado.

Si el gobierno utiliza métodos más allá del marco de la legalidad, o simplemente métodos que restrinjan de algún modo las garantías individuales de los ciudadanos, en el combate contra el terrorismo, el gobierno en esta hipótesis va a perder, tarde o temprano, su legitimidad y el apoyo de la confianza pública.[23]

Un tribunal penal internacional puede ser la respuesta ideal a las violaciones de carácter trasnacional, ocasionadas por actos de terrorismo. Desde el momento en que el "terrorismo" es considerado como un crimen de naturaleza internacional, es lógico pensar que lo que se requiere es de una acción judicial emanada de un organismo internacional.

En este sentido, el terrorista viene a ser el arquetipo del *hostes humanis generis*, que representa una amenaza para la paz y el orden internacionales, y que plantea, además, una grave amenaza en contra de la humanidad.

El consenso que existe en considerar al "terrorismo" como una limitante que queda fuera del marco del "delito político" no quiere decir, obviamente, que con ello se elimina en la práctica el terrorismo como un instrumento de orden político.[24]

22 Ver Thoronton, T. P., "Terror as a Wepon of Political Agitation", en Eckstein, H. (edit.), *Internal War*, Londres, Collier-Jacmillan, 1964.

23 *Idem*, p. 82.

24 Ver Defensor-Santiago, Miriam, *op. cit.*, pp. 237-272.

Una jurisdicción penal internacional juzgaría a todo individuo o individuos acusados de crímenes definidos en un "Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad", respecto de los que tenga atribuida competencia.

Así, por ejemplo, de acuerdo con uno de los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional, el "terrorismo internacional" quedaría consagrado de la manera siguiente:

> El que en calidad de agente o de representante de un Estado ejecute u ordene que sea ejecutado, cualquiera de los actos siguientes:
>
> —Realizar, organizar, facilitar, financiar, alentar, o tolerar actos contra otro Estado que atenten a las personas o los bienes, y que por su naturaleza puedan crear un estado de terror en el ánimo de los dirigentes, de grupo de personas o de la población en general [...], será condenado, después de ser reconocido culpable [a...].[25]

Por su parte, la "Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional" del 2 de febrero de 1971, enuncia en su artículo 2o. lo siguiente:

> Para efectos de esta Convención se consideran delitos comunes de trascendencia internacional cualquiera sea su móvil, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexa con esos delitos.[26]

Para el ilustre profesor Georg Schwarzenberger, los grupos guerrilleros, terroristas y mercenarios poseen tres características comunes:

a) Cada uno de dichos grupos ha existido desde tiempo inmemorial.

b) En derecho internacional, ninguna de estas denominaciones posee un significado técnico preciso.

c) Cada uno de estos grupos ha recibido una considerable atención en las discusiones sobre el futuro del derecho bélico, y en las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.

25 Ver "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. Nueva York, 43 periodo de sesiones, Naciones Unidas, 1991, pp. 213-298.

26 Ver Serie sobre *Tratados no. 37 OEA*, Documentos Oficiales OEA/Ser. A/17 (SEFP) Washington, D. C., 1971.

En la práctica, el terrorismo y la guerra de guerrillas pueden mezclarse o combinarse entre ellos mismos, pero esto sólo es una eventualidad, y no una necesaria fatalidad; por ello la distinción es justificada y es igualmente correcta.

Paralelamente, y así como pueden haber semejanzas, igualmente puede distinguirse el terrorismo y la guerrilla en tres aspectos:

a) El terrorismo tiende a utilizar la fuerza indiscriminadamente y en escala excesiva.

La guerrilla piensa, antes que nada, en términos militares. Esto es, tienden a concentrarse en las fuerzas policiacas y militares del sistema político en contra del cual están luchando.

b) El terrorismo puede encontrar conveniente, actuar en forma individual, y compensar su debilidad numérica con el calibre de su poder destructivo.

En contraste con lo anterior, las fuerzas guerrilleras, aun y cuando sean pequeñas, tienden a operar en grupo.

c) La existencia de terroristas individuales no crea necesariamente un "conflicto armado", ya sea interno o internacional. Es cierto que el terrorismo como tal puede darse en situaciones de "conflicto armado", pero también puede generarse en situaciones de paz y tranquilidad doméstica o internacional.

En contraste con ello, la existencia de fuerzas guerrilleras sustanciales presupone o genera una situación de "conflicto armado", ya sea a nivel interno o a nivel internacional.

Es por todo ello que Schwarzenberger sostiene que "el terrorista" es probablemente mejor definido si se hace referencia al objetivo inmediato que se persigue.

Este objetivo no es otro sino el de generar una atmósfera de terror; mediante este camino tratar de alcanzar cualquier finalidad ulterior que tenga en mente.[27]

Por último, no podemos dejar de advertir que las exigencias, impuestas en esencia a todo Estado, de mantener el llamado "orden político" (en una sociedad democrática la idea de "orden" está íntimamente vinculada

27 Ver Schwarzenberger, Georg. *International Law and Order*. Londres, Edit. Stevens and Sons, 1971, pp. 219-236.

Schwarzenberger, con razón, opina que cualquier tipo de definición acerca de lo que constituye el terrorismo, siempre tendrá, inevitablemente, un elemento de petición de principio. Por ejemplo, *Terrorismo*: "Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror", *op. cit.*, p. 220.

con la idea de libertad), y la protección de las libertades o garantías individuales, no son en absoluto dos nociones antinómicas.

Es cierto que la identificación del punto más allá del cual el mantenimiento del orden se transforma en una política represiva, es frecuentemente un problema harto delicado.

Un Estado democrático no puede, de ninguna forma, tratar de combatir los peligros que lo amenazan, pasando por alto los valores sobre los que se sustenta.

Un contraterrorismo por parte del Estado ofrecería al movimiento terrorista precisamente uno de sus principales objetivos: convencer a la sociedad de que se vive en realidad en una "seudodemocracia".

De ahí que el principio fundamental de toda lucha antiterrorista reside en la preservación del Estado de derecho, principio que es incluso superior a la necesidad misma de eliminar el terrorismo.

El orden que un Estado democrático está obligado a mantener es un orden de libertades. El mantenimiento del orden y la protección de las garantías individuales son, en consecuencia, dos valores que se complementan ineluctablemente.[28]

X. Conclusión

Ciertamente tenemos que convenir que el terrorismo no es un concepto jurídico que pueda ser examinado en forma tal que sea susceptible de definir aquellas circunstancias dentro de las cuales pueda ser considerado como un eventual delito político (en su más amplia definición), y aquellos en los cuales debe ser considerado como un delito del orden común, como atroz y aberrante acto criminal.

El hecho de que un asesinato político sea considerado como un delito de carácter político, o bien como un delito del orden común, depende en múltiples ocasiones, y por desgracia, única y solamente de las relaciones político-internacionales que se estén desarrollando en ese momento entre los países concernidos.

28 Ver Ergec, Rusen. "Les libertés dans une société démocratique: un équilibre délicat", en el volumen *Manintien de l'Ordre et Droits de l'Homme. Avant Propos de Francis Delpérée*, Bruylant, Bruxelles, Edit. Centre Universitaire de Droit Public, 1987, pp. 3-33. Un Estado democrático, dice Rusen, no puede limitar cualquier tipo de libertad, y las limitaciones no pueden revestir cualquier tipo de forma o de extensión. Existen, en este sentido, "derechos no-derogables", como la prohibición de la tortura, o como el principio de la legalidad de los delitos y las penas. *Idem*, pp. 23 y 55.

Aun y cuando pueda decirse que la comunidad internacional ha sido inconsistente al tratar los problemas vinculados con el terrorismo, sin embargo algunos informes de Naciones Unidas han dejado muy en claro que *existen límites* a las *actividades* de cualquier grupo o grupos, independientemente de cuán noble pueda ser su presunto fin último.

"Aun y cuando el uso de la fuerza pueda ser legal y moralmente justificado, existen determinados medios, como en cualquier forma de conflicto humano, que no deben en forma alguna ser utilizados".[29]

No hay que olvidar nunca que el verdadero peligro de la violencia no es tanto el daño que resulta de los actos de violencia aislados, sino más bien del hecho de que la violencia por sí misma genera, a su vez, otra serie de actos de violencia de proporciones impredecibles.

Se trata, pues, de la puesta en práctica de un encadenamiento, en donde las consecuencias de la violencia producen nuevos y posiblemente peores actos de violencia de todo género. El círculo infernal de la violencia parece que sólo puede llegar a desaparecer únicamente a partir del momento en que cada una de las partes deseche la violencia como presunta solución de los conflictos.

29 Ver *Report of the "ad hoc" Committee on International Terrorism*. United Nations. General Assembly (28th. Sessions. Supp. no. 28/A/2098), párrafos 22-26. Nueva York. 1973.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN DERECHO INTERNACIONAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes de la Convención de la ONU contra el Genocidio, de 1948. Resolución 96 (I) del 11-XII-1946*. III. *Comité Especial*. IV. *Tribunal competente: partidarios y opositores*. V. *Introducción del concepto*. VI. *Estatuto de Roma de 1998*. VII. *Genocidio físico y genocidio biológico*. VIII. *Intención y modalidades de participación*. IX. *Caso Jean-Paul Akayesu y crimen de genocidio. Tribunal Internacional para Ruanda*. X. *Juicio J. -P. Akayesu*. XI. Dolus specialis. XII. *Caso Augusto Pinochet y crimen de genocidio*. XIII. *¿Reinterpretación del crimen de genocidio?* XIV. *La CIJ y su opinión consultiva de 1951*. XV. *Verdaderas limitantes de la Convención de la ONU contra el Genocidio*. XVI. *El crimen de genocidio y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales*. XVII. *Jack Straw y el crimen de genocidio*. XVIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando Jean-Paul Sartre, en sus motivaciones sobre la sentencia de genocidio vietnamita en el marco del Tribunal B. Russell, hablaba de que si bien el término de "genocidio" existía desde hacía poco tiempo, sin embargo la "cosa" era vieja como la humanidad y no había existido hasta ahora ninguna sociedad cuya estructura la hubiera preservado de cometer dicho crimen, tenía absolutamente razón (30-XI-1967).

Pero posiblemente la serie de genocidios perpetrados durante el siglo XX sean más graves aún que los cometidos en épocas anteriores, en razón de su espeluznante y refinada crueldad, pero sobre todo en razón de

* Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002.

su gélida planificación sistemática, en donde la excelsa civilización genera una excelsa barbarie para dar cuenta de la naturaleza humana

La lista es larga, y recordar algunos de ellos sólo pone de manifiesto la crueldad humana: el genocidio contra los armenios, por parte del gobierno turco en 1915-1916; el genocidio en contra de los habitantes de Bangladesh por parte del ejército paquistaní, en 1971; el exterminio de miles y miles de ugandeses por parte del régimen de Idi-Amin, entre 1971 y 1978; la masacre en contra de palestinos por la complicidad israelita, en los campos de refugiados de Sabra y Shatila en 1982; el genocidio en contra de la minoría tamil en Sri Lanka, en 1986-1987; el genocidio nazi en contra de polacos, gitanos, rusos y judíos durante la Segunda Guerra Mundial; la devastación nuclear de Hiroshima y Nagasaki el 6 y 9 de agosto de 1945, por órdenes del presidente de Estados Unidos de América, Harry S. Truman (este último, en su sentido cartaginés).

Entre los más recientes y estremecedores ejemplos de la cultura del horror y de la cultura de la impunidad y la infamia permanece sin duda el régimen de Pol-Pot y su ejército de *Khmer Rouge*, quienes entre 1975 y 1978 exterminaron en Kampuchea, a más de dos millones de sus habitantes; pese al conocimiento mundial del genocidio, el presidente Pol-Pot moriría plácidamente en su lecho en 1998, sin haber respondido por el cúmulo de sus atrocidades.

Si bien no podemos estar a favor de una venganza ciega, tampoco podemos estar a favor de una amnesia ciega; el olvido raramente sustituye el recuerdo de la impunidad. La justicia internacional se basa en un imperativo ético y en un imperativo práctico.

En tanto que no se haya obligado a las personas responsables de "atrocidades que desafían la imaginación" —como dice el Preámbulo del Estatuto de Roma—, a dar cuenta de sus crímenes, el odio étnico y nacionalista —como dice el juez Antonio Cassese—, el deseo de venganza y los gérmenes de violencia armada, se seguirán perpetuando, y socavando todo orden social en lo interno y en lo internacional.

II. Antecedentes de la Convención de la ONU contra el Genocidio, de 1948. Resolución 96 (I) del 11-XII-1946

La Asamblea General de Naciones Unidas, en su primera sesión, examinó un proyecto de resolución sobre el "crimen de genocidio", presen-

tado conjuntamente por las delegaciones de Cuba, India y Panamá (A/Bur./50).

Este proyecto de resolución fue estudiado por la Sexta Comisión, y por recomendación de esta última, la Asamblea General, mediante su resolución 96 (I), del 11 de diciembre de 1946, encargó al Consejo Económico y Social "emprender los estudios necesarios a fin de redactar un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio que será sometido a la Asamblea General en el curso de su próxima sesión ordinaria".

De conformidad con la resolución 47 (IV), del 28 de marzo de 1947 del Consejo Económico y Social, el secretario general de la ONU preparó, con la ayuda de un grupo de especialistas, un proyecto de convención relativo a la prevención y represión del crimen de genocidio (A/AC.10/41), y lo haría del conocimiento de la Comisión para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación (A/AC. 10/55).

En el curso de la segunda sesión de la Asamblea General, la Sexta Comisión examinó de nuevo la cuestión, y por recomendación de la misma, la Asamblea General adoptó la resolución 180 (II), del 21 de noviembre de 1947, mediante la cual se invitaba al Consejo Económico y Social para que continuara los trabajos sobre la represión del crimen de genocidio, y a proceder al establecimiento de un texto definitivo de una convención.

III. Comité Especial

En ejecución de lo anterior, se creó un Comité Especial sobre el Genocidio (resolución 117 (VI) del 3 de marzo de 1948), para reunirse en Lake Success, Nueva York, del 4 de abril al 10 de mayo de 1948, en donde se prepararía el Proyecto de Convención para la Prevención y la Reparación del Genocidio.

En la primera parte de su tercera sesión, la Asamblea General, inspirándose en el Informe de la Sexta Comisión, y mediante la resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, aprobó el texto de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, sometiéndolo a la firma y ratificación, o a la adhesión, en su caso, de conformidad con el artículo XI de la Convención.[1]

[1] Véase *Histoire du problème de la juridiction criminelle international*, Nations Unies, Assemblée Générale, A/CN.4/7/Rev.1 27 mai 1949.

Es interesante mencionar aquí que en tanto que el Proyecto de Convención sobre el Crimen de Genocidio preparado por el Secretariado General consagraba el hecho de que las partes se comprometían a castigar a los autores de actos de genocidio que se encontraran en su territorio, fuera cual fuera su nacionalidad y el lugar en donde el crimen hubiera sido cometido, en virtud del principio de universalidad de jurisdicción (artículo VII), el Proyecto de Convención del Comité Especial sobre Genocidio creado por el ECOSOC no retomaba el principio de la represión universal admitido en el proyecto del Secretariado General.

La mayoría del comité consideraba que la "represión universal" era contraria a los principios tradicionales del derecho internacional, y que la misma acarrearía que los tribunales llegaran a juzgar los actos de gobiernos extranjeros, dado que el genocidio implicaba generalmente una responsabilidad del Estado sobre el territorio dentro del cual el crimen había sido cometido.

Por el contrario, los partidarios del principio de represión universal sostenían que desde el momento en que el crimen de genocidio estaba erigido en crimen de derecho de gentes, era absolutamente normal que el principio de la represión universal fuera el principio aplicable.[2]

IV. Tribunal competente: partidarios y opositores

En el curso de su 142a. sesión plenaria llevada a cabo el 24 de septiembre de 1948, la Asamblea General remitió a la Sexta Comisión el Proyecto de Convención preparado por el Comité Especial sobre Genocidio (A/AC.6/ 206).

En el cuerpo del proyecto se contemplaba que los individuos acusados de cometer crimen de genocidio deberían ser juzgados por los tribunales competentes del Estado o frente a un tribunal internacional.

Varias delegaciones se opusieron a la institución de un tribunal penal internacional. Así, el representante de Brasil (señor Amado) recordaba que la organización de la represión de los crímenes sobre el plano internacional se desarrollaba paralelamente a la organización de la cooperación internacional, pero que hasta ese momento no había todavía llegado a crearse una jurisdicción penal internacional, pues por lo demás, no existía todavía en estricto sentido un derecho penal internacional.

[2] Véase *ibidem*, pp. 35 y 36, annexe 13 y annexe 14, pp. 141-151.

El representante de la India (señor Sundaram) señalaba que la instauración de un tribunal penal conllevaba el riesgo de una intervención internacional en los asuntos internos de los Estados, y por lo mismo, una franca violación a la Carta de Naciones Unidas.[3]

Por el contrario, los partidarios de una jurisdicción penal internacional sostenían que esta jurisdicción era indispensable para reprimir efectivamente el crimen de genocidio, ya que los tribunales nacionales podrían encontrarse ante la imposibilidad de juzgar y sancionar, en particular cuando los actos objeto del crimen de genocidio habían sido el hecho de las autoridades del Estado mismo o habían sido perpetrados con su connivencia.

En este sentido, la delegación de Francia declaraba que son los gobernantes de un Estado quienes cometen, promueven o toleran el crimen de genocidio. Este crimen está caracterizado por la intervención de los poderes públicos, por lo que se hace necesario el recurso a una Corte Penal Internacional (CPI).

En concordancia con lo anterior, la delegación francesa presentó un Proyecto de Convención sobre el Genocidio ante la Sexta Comisión:

> El crimen contra la humanidad, denominado genocidio, es un ataque a la vida que apunta a un grupo humano o a un individuo en tanto que miembro de un grupo humano, principalmente por el hecho de su nacionalidad, raza, religión u opiniones.
>
> Que es cometido, favorecido o tolerado por los gobernantes de un Estado.
>
> Es perpetrado y se reprime en tiempos de guerra o de paz.
>
> Sus autores o cómplices, gobernantes o ejecutantes, deben de responder ante la justicia internacional.[4]

Por su parte, la delegación de Estados Unidos de América, aun cuando admitía el principio de que la convención debía prever una jurisdicción penal internacional para juzgar a los individuos culpables de genocidio, estimaba que una jurisdicción de ese género no debería conocer más que los casos en que los tribunales nacionales no hubieran tomado las medidas apropiadas.

[3] A/C.6/SR.97, p. 18 y A/C.6/SR.64, p. 6, respectivamente.

[4] Article premier, Projet de Convention sur le génocide présenté à la Sixième Comisión, A/C.6/211 en annexe 15, Memorandum du Secrétaire Général, A/CN.4/7/Rev. 1, pp. 151-153.

De esta suerte, proponía añadir una cláusula limitativa en donde se estipulara que la competencia del tribunal internacional estaría en todos los casos subordinada a la constatación por dicho tribunal de que el Estado en cuestión no había tomado las medidas necesarias para llevar ante la justicia a las personas que, en opinión del tribunal, deberían haber sido enjuiciadas o sancionadas.[5]

Así, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aprobada por unanimidad, sería adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General mediante la resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, y entraría en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con lo estipulado en el artículo XIII.[6]

V. Introducción del concepto

Desde 1933, el jurista polaco Raphäel Lemkin había propuesto una represión de las "...acciones de exterminio dirigidas contra las colectividades étnicas, confesionales o sociales", exhortando a los órganos de la antigua Sociedad de Naciones, la elaboración de una convención que prohibiera las ejecuciones en masa.

En 1944, el profesor Raphäel Lemkin introdujo el concepto de "genocidio" —a partir del vocablo griego *genos* (raza, tribu, nación) y de la raíz latina *cide* (matar)— en su obra *Axis Rule in Occupied Europe*, en donde realiza un estudio muy acucioso del problema.[7]

[5] A/C.6/235. Las delegaciones del Reino Unido y de Bélgica proponían la inserción en la convención de una cláusula, atribuyendo a la Corte Internacional de Justicia una competencia obligatoria para los casos de genocidio en donde se viera comprometida la responsabilidad de un Estado. Esta propuesta no recibiría mucho apoyo por parte de las demás delegaciones. A/C.6/236/Corr.1 y A/C.6/252.

[6] Véase *Recopilación de instrumentos internacionales*, ONU. ST/HR/1/Rev.5, Ginebra, vol. I, part 2, 1994, pp. 695-699.

[7] Lemkin, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Análisis of Government, Proposals for Redress*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1944. El profesor R. Lemkin se inclina a favor del principio de jurisdicción universal para la represión del crimen de genocidio, pudiendo cometerse éste tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. *Ibidem*, pp. 92 y 93. Por supuesto que el vocablo puede ser nuevo, pero no así el fenómeno: "La cosa es vieja como la humanidad y no ha habido, hasta ahora, ninguna sociedad cuya estructura las haya preservado de cometer ese crimen". Sartre, J. P., "El genocidio", *Situations VIII*, Buenos Aires, Losada, 1973, p. 47, y *Tribunal Russell II: le jugement final*, París, Gallimard, 1968, pp. 349-369.

La primera vez que los crímenes de barbarie y exterminio serán calificados como tales en un documento internacional será en el acta de acusación del 8 de octubre de 1945 contra los principales criminales de guerra del Tercer Reich en el proceso de Nüremberg.

Estos crímenes serían considerados como "genocidio deliberado y metódico, es decir el exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos terrenos ocupados, con el fin de aniquilar determinadas razas y partes de naciones y pueblos, grupos raciales y religiosos".[8]

Charles Dubost, en la "requisitoria" por parte del gobierno francés, sostenía ante el Tribunal de Nüremberg, en julio de 1946, que la médula del proceso se centraba en el exterminio metódico y científico de millones de seres humanos inocentes, exterminio concebido, querido y realizado por el Estado nacional-socialista, y hecho posible gracias a la pasividad moral del pueblo germano.

Nuestro único objetivo, decía Ch. Dubost, es el de recordar que los principales hechos por los que se enjuicia a los acusados pueden ser analizados en forma separada como violaciones a las leyes penales de cualquiera de los derechos positivos internos de todos los países, o incluso del *droit común international*, propuesto aquí como raíz de la costumbre internacional.

Los actos de los acusados forman parte integrante de un plan de política criminal y deben ser juzgados en función de esta política criminal.[9]

La sentencia final en el Juicio de Nüremberg, dada a conocer por el presidente del Tribunal, *Lord Justice* Lawrence, en el curso de las audiencias del 30 de septiembre y del 1o. de octubre de 1946, en la parte relativa a la toma de posición del tribunal sobre ciertos principios de derecho, se establece que las reglas *nullum crimen sine lege, nulla poena, sine lege*, y el principio de no retroactividad de la ley, no han sido retenidos por el tribunal, el cual considera que los actos cometidos "étaient prévus par des textes connus des accusés qui les ont violés 'en pleine connaissance de cause'" (*sic*).[10]

[8] Véase Descheemaker, Jacques, *Le Tribunal Militaire International des Grands Criminels de Guerre*, préface de Vespasien V. Pella, París, Editions A. Pédone, 1947, p. 122.

[9] Véase Dubost, Charles, "Requisitoire Francais", en *ibidem*, annexe IV, pp. 103-106.

[10] Véase Descheemaker, Jacques, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

VI. Estatuto de Roma de 1998

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998, contempla en su artículo 6o. el crimen de genocidio en los siguientes términos:

> A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:
>
> a) Matanza de miembros del grupo.
>
> b) Lesión grave a la integración física o mental de los miembros del grupo.
>
> c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
>
> d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
>
> e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.[11]

Esta definición de "genocidio" de la CPI es la que se encuentra en forma idéntica, palabra por palabra, en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948.

De igual suerte, y también en forma idéntica, es retomada dicha definición en el Estatuto de 1993 del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su artículo 4o., así como en el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda de 1995 en su artículo 2o.[12]

[11] Texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional en (A/CONF. 183/9) del 17 de agosto de 1998, y versión corregida por las actas del 10 de noviembre de 1998 y del 12 de julio de 1999 en (PCNICC/1999/INF/83) del 17 de agosto de 1999. Los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y prueba fueron adoptados en la 5a. sesión de la Comisión Preparatoria, el 30 de junio del 2000 (PCNICC/2000/INF/3/Add.1) y (PCNICC/2000/INF73/ add.2). Los mismos deberán ser aprobados por la Asamblea de Estados partes por una mayoría de dos tercios. Los Elementos de los crímenes ayudarán a la corte a interpretar y aplicar los artículos 6o., 7o. y 8o. del Estatuto, tal y como se consigna en el artículo 9o. del mismo. Los elementos... no suponen una enmienda del Estatuto, ni complementan la definición de los crímenes consagrados en los artículos 6o., 7o. y 8o. "Son meramente elementos de carácter indicativo para la Corte, relativos a aquello que será preciso probar respecto de los crímenes", Bassionni, Ch., *International Review of Penal Law*, vol. 71, 2000, p. 13.

[12] Véase texto de ambos estatutos en Bazelaire, Jean Paul y Thierry, Cretin, *La justice pénale internationale*, París, PUF, 2000, annexe 4, pp. 142-158; annexe 5, pp. 159-174.

Debe resaltarse además que la Convención contra el Genocidio de 1948, ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia, desde 1951, como un tratado que codifica el derecho consuetudinario.

La Corte Internacional de Justicia sostuvo que los principios que están en la base de la convención de 1948 eran principios reconocidos por todas las naciones, que obligaban a todos los Estados, independientemente de todo vínculo convencional, poseyendo un carácter universal.

Los Estados contratantes, dijo la Corte, en una convención de este tipo, no poseen intereses propios ("the contracting States do not have any interests of their own") en cuanto tales, sino únicamente poseen todos y cada uno de ellos, un solo interés común, que es el de preservar los fines superiores, que son la *raison d'être* de la Convención.

En consecuencia, no podría hablarse en estas circunstancias, de ventajas o desventajas individuales para los Estados, como tampoco de un exacto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.[13]

Por otro lado, es de sumo interés resaltar la opinión individual emitida por el eminente juez Eliu Lauterpacht, a propósito del "Caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio", fallado por la Corte Internacional de Justicia el 13 de septiembre de 1993. En este caso, entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia (Serbia y Montenegro), el profesor Lauterpacht sostiene, en relación con la Convención contra el Genocidio de 1948, que ésta crea dos obligaciones distintas, que consisten en la "obligación de prevenir" y la "obligación de sancionar". Luego, una violación de sus obligaciones puede derivar, ya sea únicamente del hecho de que el crimen no fue "prevenido", o ya sea del simple hecho de que el mismo no fue castigado. No hay necesidad de que exista a la vez carencia de prevención y carencia de sanción. Los Estados quedan investidos de una "competencia universal".[14]

VII. Genocidio físico y genocidio biológico

En lo relativo a los actos materiales —o atentados concretos— que deben constituir genocidio, la CPI, al igual que la Convención de 1948 y

[13] Véase CIJ, "Reserves à la Convention pour la Prévention et la Represión du Crime de Génocide", Avis Consultatif du 28 Mai 1951, *Recueil des Arrêts*, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1951, pp. 14-69.

[14] Véase Order, 13 de septiembre de 1993, ICJ, Reports, numerales 108-115, pp. 121-124.

que los Estatutos de ex Yugoslavia y Ruanda, adopta un sistema de enumeración limitativa, con objeto de impedir interpretaciones extensivas.

Dentro de esta definición del crimen internacional se han distinguido dos categorías o formas del mismo, consistentes, respectivamente, en el llamado "genocidio físico", referido en los incisos (a), (b), (c), y el genocidio biológico, referido en los incisos (d) y (e) del citado artículo 6o.

La "matanza de miembros del grupo" (inciso (a)), como un medio por el cual se comete el delito de genocidio, parece excluir —según algunos— la muerte de uno solo de los integrantes del grupo, pues "asesinato" (*killing; meurtre*) no puede ser equivalente a "matanza".[15]

Otra cosa es, cuando el asesinato, por ejemplo, de un palestino es parte de un plan tendente a destruir parcial o totalmente el grupo humano racial o religioso al que pertenece, pues aquí sí se tipificaría el genocidio.[16]

En cuanto a las lesiones físicas (artículo II, inciso B), se acordó no admitir más que las *lesiones graves*, en el sentido de que no era pertinente incluir actos de importancia menor en sí mismos, y que no entrañaban la destrucción física del grupo. La lesión grave a la integridad física de los miembros de un grupo comprende también la integridad mental, pero se quiso que quedara explícito para evitar todo tipo de ambigüedad, o de interpretaciones incorrectas.

Por lo que toca al "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de aparejar su destrucción física, total o parcial" (artículo II, c), constituye éste, como dice Blanc Altemir, un "corolario de los apartados precedentes, ya que puede exterminarse a un grupo no solamente mediante hornos crematorios, sino también transportándolos de un lugar a otro en condiciones infrahumanas, o exponiéndolos a temperaturas extremas o privándolas de los recursos indispensables para la supervivencia".[17]

En cuanto a las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, y el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro

[15] En este sentido, véase Gregorini, Eduardo, *Genocidio: su prevención y represión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 40-51.

[16] *Ibidem*, pp. 26-28. En el mismo sentido: "the elements confirm that the killing of only one person could amount to genocide". Colin y Goldrick, "Genocide", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, April 2001, p. 422.

[17] Véase Blanc Altemir, Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Casa Bosch, 1999, pp. 178-184. Elementos de los crímenes, artículo 6o., c (4).

grupo (artículo II, incisos d y e), formas éstas del llamado "genocidio biológico", son medios indirectos, pero cuyo objetivo es la destrucción total o parcial del grupo como tal. En el fondo hay una cierta similitud entre los nacimientos por esterilización o prácticas abortivas sistemáticas, y el traslado forzoso de los niños a otros lugares inmediatamente después de su nacimiento.[18]

VIII. Intención y modalidades de participación

Debe subrayarse que la posibilidad de que la intención criminal abarque la destrucción de todo el grupo o sólo una parte del mismo debe ser interpretada en el "sentido de que basta que se limite a la destrucción de un subgrupo dentro de una raza, etnia, nacionalidad o religión", como por ejemplo los musulmanes de Bosnia-Herzegovina. Es cierto que el "subgrupo" deberá tener una determinada entidad numérica, pero esta determinación precisa "de qué subgrupo se considera suficientemente amplio para que el ataque contra el mismo constituya genocidio", es algo cuya solución última solamente puede estar a cargo de los jueces penales competentes en la materia.[19]

De igual suerte, no hay duda en la doctrina más seria, que el crimen de genocidio no se identifica con la idea de una *matanza colectiva*. "Lo protegido en la figura del genocidio es la existencia del grupo", y la lesión de dicho bien consiste en el *exterminio* del mismo.

Sólo esta concepción puede ser compatible con la exigencia de la convención y los Estatutos de los diversos tribunales, de una clara intención de destruir al grupo "como tal".[20]

Por último, mencionaremos brevemente que las modalidades de participación en el crimen de genocidio que se circunscriben al "complot"; la "incitación directa y pública", la "complicidad" y por último la "tentativa". Modalidad esta última, la tentativa, que ciertamente presenta dificul-

[18] *Ibidem*, pp. 181-183. "La expresión 'por la fuerza' no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder...", Elementos de los crímenes, artículo 6o., inciso e), párrafo 1o.

[19] Véase Gil Gil, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, Alzira, UNED, Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 142.

[20] *Ibidem*, p. 159; y Verhoeven, J., "Le crime de génocide, originalité et ambigüité", *Revue Belge de Droit International*, 1991, p. 5.

tades de interpretación al querer delimitar la línea de demarcación entre el acto de simple preparación (W. A. Schabas), que no se encuentra criminalizado, y una verdadera "tentativa".

Con todo, el Estatuto de Roma precisa que el intento en cometer el crimen se produce "mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desiste de la Comisión del Crimen, o impide de otra forma que se consuma, no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa, si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. Artículo 25, párrafo 3o., inciso f").

IX. Caso Jean-Paul Akayesu y crimen de genocidio. Tribunal Internacional para Ruanda

En 1994, entre abril y mayo, Ruanda "país de África del Este e independiente desde 1962", sufrió un genocidio terrible, cuyo número de muertos oscilaba entre medio y un millón, de acuerdo con los informes de Naciones Unidas.

El odio tribal y milenario entre las etnias de los hutus y de los tutsis alcanzó proporciones dantescas, en donde mujeres niños y ancianos fueron masacrados y calcinados, encontrándose donde se encontraran, ya fuera en iglesias, hospitales o centros internacionales y de refugio.

Tomando como base diversos informes y testimonios, pero en particular el Informe de Expertos de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 955, del 8 de noviembre de 1994, mediante la cual se conformó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en aplicación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

El Tribunal Internacional para Ruanda quedó habilitado para conocer y juzgar los casos de personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario, violaciones éstas que hubieran sido cometidas dentro del territorio de Ruanda, y de ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de tales violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos, entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1994 (artículo primero del Estatuto).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, conformado por once jueces, y con sede en la ciudad de Arsha en Tanzania, circunscribía su

competencia *rationae materiae*, al crimen de genocidio (artículo 2o.) —adoptando la definición del artículo II de la Convención contra el Genocidio de 1948—; a crímenes de lesa humanidad (artículo 3o.); y a las violaciones al artículo tercero común a las convenciones de Ginebra de 1949 y al protocolo adicional de las mismas, del 8 de junio de 1977.

Estas últimas se refieren, entre otras, al asesinato; tortura; mutilaciones; puniciones colectivas; toma de rehenes; actos de terrorismo; tratos humillantes y degradantes; violaciones; saqueo; ejecuciones sin juicio previo dictadas por tribunales, actuando al margen de las garantías del debido proceso legal (artículo 4o.).[21]

X. Juicio J.-P. Akayesu

Jean-Paul Akayezu, alcalde de la ciudad de Taba, de abril de 1993 a junio de 1994, fue encontrado culpable por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda, el 2 de septiembre de 1998, por actos de violencia sexual, torturas, actos inhumanos y una serie de asesinatos, calificados como genocidio y crimen contra la humanidad. De igual forma, se estableció su responsabilidad por incitación directa y pública para cometer el crimen de genocidio. El 2 de octubre del mismo año se le dictaba sentencia de cadena perpetua.[22]

Para proceder a la calificación de los actos imputables a Jean-Paul Akayezu, la Sala de Primera Instancia del TPIR analizó el contexto más general en el cual dichos actos habían sido perpetrados, confirmando con esto que el crimen de genocidio es un crimen de masas tanto frente al número de víctimas como al de individuos participantes en su comisión.

[21] Hay que hacer notar que el Tribunal Penal de Ruanda posee primacía sobre las jurisdicciones nacionales de cualquier Estado, tal y como se consagra en el artículo 8o. de su Estatuto. Se inserta expresamente el principio *non bis in idem*, pero se aclara que en caso de que la jurisdicción nacional haya juzgado a una persona por violaciones graves al derecho internacional humanitario, como un crimen de derecho común, entonces el TPIR podrá ejercer su jurisdicción, al igual que si el tribunal de un Estado no ejerció su jurisdicción de manera imparcial o independiente (artículo 8o., párrafo primero y segundo del Estatuto). Para los datos, circunstancias del conflicto y operaciones de paz en Ruanda, véase United Nations peace-keeping Information Notes Update: December 1994, U. N. Sales No. E. 95 VII.I, pp. 213 y ss.

[22] TPIR, Sala de Primera Instancia I: "Le Procureur c/Jean-Paul Akayezu", Affaire, No. ICTR-96-4-T.

> Concretamente, para que cualquiera de los actos incriminados en el párrafo (2) del artículo 2o. del Estatuto, sea constitutivo de genocidio, debe de haber sido cometido en contra de uno o varios individuos (y únicamente) porque éste o esos individuos eran miembros de un grupo específico y por razón misma de su pertenencia a dicho grupo... La realización del acto incriminado rebasa entonces su simple realización material, por ejemplo asesinato de un individuo particular, para inscribirse en la realización de un plan ulterior, que es la destrucción parcial o total del grupo del cual el individuo no es mas que un simple componente.[23]

XI. *DOLUS SPECIALIS*

El crimen de genocidio, según la Sala del TPIR, se distingue de los otros crímenes por un "dolo especial", entendido como "elemento constitutivo del crimen que exige que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado" (párrafo 495).

Para precisar el criterio de intencionalidad, el tribunal busca definiciones "objetivas" de "grupos estables", y así el *grupo religioso* quedará definido como un "grupo cuyos miembros comparten la misma religión, confesión o práctica de culto", en tanto que el *grupo étnico* "califica generalmente un grupo cuyos miembros comparten una lengua o una cultura común".[24]

Entrando de lleno a la forma de poder demostrar la intención criminal —el *dolus specialis*—, el tribunal lo analiza de la manera siguiente:

> Tratándose de la cuestión de saber cómo se puede determinar la intención específica del agente, la Sala considera que la intención es un factor de orden psicológico difícil, o incluso imposible, de poder aprehender. Esta es la razón por la cual, a falta de una confesión por parte del acusado, su intención puede ser deducida de un cierto número de hechos. Por ejemplo, la Sala estima que es posible deducir la intención genocida prevaleciente en la comisión de un acto particular incriminado, del conjunto de actos y proclamas del acusado, o también del contexto general en que se perpetraron

[23] *Ibidem*, No. ICTR 96-4-9, párrafos 518 y 519.

[24] *Ibidem*, párrafos 495, 512 y 510. En forma muy desafortunada, el tribunal se basa en el caso Nottebohm, fallado por la Corte Internacional de Justicia en 1955 para definir el "grupo nacional". El criterio de efectividad no parece tener aquí aplicación alguna, pero además, es cierto que hay confusión entre el concepto de nacionalidad y el concepto de ciudadanía. *Ibidem*, párrafo 509.

> otros actos del acusado, o incluso del contexto general de realización de otros actos reprensibles, sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, y ya sea que estos otros actos fuesen cometidos por la misma u otras personas o agentes. Otros factores, tales como la escala de las atrocidades cometidas, su carácter general en una región o en un país, o incluso el hecho de escoger de manera deliberada y sistemática a las víctimas, en razón de su pertenencia a un grupo en particular, al mismo tiempo que excluyendo los miembros de otros grupos, pueden igualmente permitir a la Sala el deducir una intención genocida.[25]

Así pues, la sala del tribunal adoptó un enfoque dual para tratar de establecer la intención genocida dentro de la política llevada a cabo en Ruanda, así como para demostrar la intención individual y genocida de Jean-Paul Akayesu.

El número tan elevado de las atrocidades cometidas en contra del grupo de los tutsis, su carácter generalizado en el territorio de Ruanda, y el hecho de que las víctimas hayan sido sistemática y deliberadamente seleccionadas en razón de su pertenencia única al grupo en cuestión, permiten igualmente a la Sala del Tribunal Penal, deducir más allá de toda duda razonable, la intención genocida del acusado.[26]

XII. Caso Augusto Pinochet y crimen de genocidio

Para efectos de extradición, el genocidio, o su asociación, instigación, tentativa o complicidad, no serán considerados como delitos políticos, y las partes se comprometen a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes (artículo VII).[27]

[25] *Ibidem*, párrafo núm. 520.

[26] *Ibidem*, párrafos 723 y 726. Para un autorizado análisis crítico de este caso consúltese Ascencio, Hervé y Maison, Rafaëlle, "L'Activité des Tribunaux Pénaux Internationaux (1998)", *Annuaire Français de Droit International*, París, CNRS, t. XLIV, 1998, pp. 370-411. Lo anterior refuerza la concepción más autorizada, en el sentido de que la intención requerida en el delito de genocidio no tiene por qué extenderse al grupo en su totalidad. El genocidio se tipifica desde el momento en que "un sujeto ha realizado cualquiera de las acciones individuales descritas en la figura, contra uno de los miembros del grupo que se quiere destruir". Gil Gil, Alicia, *op. cit.*, nota 19, p. 169. En el mismo sentido, Ronzitti, "Genocidio", *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, t. XVIII, 1969, p. 576.

[27] CONV. 9-X-1948.

De conformidad con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968 (y en vigor a partir del 11 de noviembre de 1970), se consagra textualmente en el artículo 1o., inciso b), al delito de genocidio definido en la Convención de 1948, como "crimen imprescriptible", al igual que los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido (resolución 3074 [XXVIII] de 1973).[28]

Ahora bien, en el caso Augusto Pinochet y entre los motivos del recurso interpuesto a fines de octubre de 1998 por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantenía la competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario, se rechazaba que los hechos, objeto del sumario, constituyeran "delito de genocidio".

Esta impugnación se basaba en el hecho de que la represión en Chile, durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973, no se había efectuado, según esto, contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso, tal y como se establece en la Convención de Naciones Unidas de 1948.

XIII. ¿Reinterpretación del crimen de genocidio?

Ante esto, el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España argumentó que en los hechos imputados en el sumario estaba presente, de modo ineludible, la idea del exterminio de grupos de la población chilena.

> Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión, como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciu-

[28] Esta Convención, del 26 de noviembre de 1968, fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante resolución 2, 391 (XXII). Véase texto de la Convención en *op. cit.*, nota 6, pp. 147-151.

> dadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud de grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes... No fue una actuación al azar.[29]

Más adelante en este mismo auto, se afirma que los anteriores hecho relatados constituyen "delito de genocidio", advirtiendo que si bien en la Convención de 1948 no se contiene el término "político" o las voces "u otros", este silencio no equivale a "exclusión indefectible".

Y en forma explícita razona sobre este punto como sigue:

> El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos 'grupo nacional' no signifiquen, 'grupo formado por personas que pertenecen a una misma Nación', sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo e integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio... impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder, o por una banda, de los enfermos de sida, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado... Esta concepción social de genocidio... no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto (*sic*), no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos de diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros... y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio... En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabrían en el proyecto de reorganización nacional, a quienes practicaban la persecución, estimaban que no cabrían... Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integran un grupo diferenciado en la Nación, que se pretendió exterminar.[30]

[29] Véase Rollo de Apelación 173/98. Sección primera. Sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción número seis, Madrid, 5 de noviembre de 1998, pp. 8 y 9.

[30] Véase *ibidem*, pp. 9 y 10. En cuanto al artículo 23 (4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tipifica o penaliza ninguna acción u omisión; se limita a proclamar la jurisdicción de España. "El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito... cuando su ocurrencia; que la pena que puede ser im-

Así pues, el 5 de noviembre de 1998, el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó desestimar el recurso y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

La jurisdicción española se deriva, de conformidad con el auto mencionado, del *principio de persecución universal* de determinados delitos internacionales, acogidos por su propia legislación interna, poseyendo además un *interés legítimo* en el ejercicio de dicha jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en autos.

En cuanto al punto del artículo 6o. de la Convención de 1948, motivo entre otros del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el sentido de que debía inhibirse la jurisdicción española para conocer del delito de genocidio, por no haberse cometido el mismo en territorio nacional, fue un punto igualmente desestimado por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

> Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno... es que el artículo 6o. del convenio... impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un *Estado* debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.[31]

Nosotros podríamos estar también de acuerdo en que la definición de "delito de genocidio" debería ser revisada y actualizada, pero el problema específico es que hasta el día de hoy la definición dada por la Convención contra el Genocidio de 1948 no ha sufrido modificación alguna, y en derecho no podemos introducir nuestro *desideratum* sin más, y dar por sentada otra normatividad que la actualmente aceptada por la comunidad internacional.

Lo que tipifica al delito como "crimen de genocidio" es la "intención", que ya veíamos, de destruir un grupo, en forma total o parcial, pe-

puesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito". *Idem.*

31 *Idem.*

ro no cualquier grupo, sino, de acuerdo con la Convención de 1948, solamente a un tipo de grupo: *nacional, étnico, racial o religioso.*

Sostener que la intención de los redactores de la Convención era no limitativa es simplemente una falacia, pues basta acercarse a los trabajos preparatorios —que es éste uno de los elementos de interpretación de los tratados— para darnos cuenta de que las escasas propuestas para incluir en la Convención la mención de otros grupos, en particular "grupos políticos" o "grupos económicos", no fueron recogidas por la Sexta Comisión, la cual se basó en que dichos grupos no eran grupos permanentes, y que su eventual inclusión en una convención, ya de por sí compleja, tendría el efecto de inhibir a varios *Estados* de llegar a ser partes de la misma.[32]

De igual manera, la Convención no recogió el delito de "genocidio cultural", el llamado "etnocidio", pues se adujo que no había precisión jurídica en el concepto referido, y que por lo demás habría que convenir en la evidente y gran diferencia entre una "exterminación masiva" y la privación a un grupo de sus supuestos derechos culturales.[33]

XIV. La CIJ y su opinión consultiva de 1951

Por otro lado, habría que recordar que la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva del 28 de mayo de 1951, precisó que si bien era cierto que la Convención contra el Genocidio había sido finalmente aprobada por unanimidad, también era cierto que la misma fue el resultado de una serie de votos adoptados por mayoría.

Los principios que sustenta la Convención son reconocidos por las naciones y pueblos soberanos, como principios que obligan a los *Estados*, independientemente de todo vínculo convencional. De la misma suerte, dijo la Corte, esta Convención pretende un alcance universal, condenando al genocidio como un "flagelo odioso" del cual debe librarse la humanidad.[34]

[32] Véase Lemkin, Raphael, "Genocide as a crime in International Law", *American Journal of International Law*, Washington D. C., vol. 41, 1947, pp. 145 y ss. Además, no debe olvidarse que una matanza masiva contra "grupos políticos" actualmente se tipifica como un crimen de lesa humanidad. Véase artículo 7o. del Estatuto de la CPI.

[33] Véase *idem*. Tampoco prosperaron, en aquel entonces, los pocos intentos por introducir dentro de la definición de genocidio, el delito contra el medio ambiente, *i. e.* "el ecocidio" como destrucción ambiental.

[34] Véase Corte Internacional de Justicia, "Reserves à la Convention pour la Prévention et la Represión du crime de Genocide", Avis Consultatif du 28 mai 1951, *Recueil des Arrêts*, 1951, pp. 22 y 23.

Más adelante, la Corte en esta sentencia de 1951 añade:

> La convención fue manifiestamente adoptada con una finalidad puramente humanitaria y civilizadora. Difícilmente se puede concebir una convención que en mayor grado posea ese doble carácter, ya que apunta, por un lado, a salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos, y por otro lado, a confirmar y sancionar los principios de moral más elemental. En una convención de esta naturaleza, los *Estados contratantes no poseen intereses propios*; éstos poseen, todos y cada uno de ellos, un interés común, aquél de preservar los intereses superiores que son *la raison d'être* de la convención. De ello resulta que en convenciones de este tipo, no se podría hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni tampoco de un exacto equilibrio contractual que deba mantenerse entre los derechos y los deberes.[35]

Esta opinión consultiva, sin lugar a dudas, es actualmente concebida como declaratoria de derecho internacional consuetudinario. La prohibición del crimen de genocidio posee además carácter de norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, esto es, que tiene carácter de norma de *ius cogens*. En este mismo sentido, estaríamos frente a obligaciones *erga omnes*: cualquier Estado podría invocar la violación, y consecuentemente la responsabilidad y nulidad; existiría aquí una especie de *actio popularis*.[36]

Probablemente podría pensarse en una reelaboración de la definición de genocidio como crimen internacional, tomando en cuenta la noción del artículo II de la Convención, del 9 de diciembre de 1948, y añadiéndole a ésta la destrucción total o parcial de un grupo determinado, a partir de cualquier otro criterio arbitrario, como el ideológico o el de "costumbre", y en ejecución de un plan previamente concertado. Véase en un sentido semejante la definición de "genocidio" en el nuevo Código Penal de Francia de 1992 (artículos 211-1). Por su parte, el Código Penal espa-

35 Véase Corte Internacional de Justicia, *op. cit.*, nota anterior, p. 23, párrafo 2o. (énfasis añadido).

36 Véase Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 180-201. "Erga omnes rights are not necessarily identical with jus cogens rights, however, despite a degree of overlap, the alter set of rights is narrower than the former... Erga omnes obligations concern significant and gross violations, rather than individual or sporadic breaches", *id.*, Human..., *cit.*, en esta misma nota, p. 194.

ñol vigente reproduce en su artículo 607 la definición de la Convención de 1948. No aparece ya el término "social" del antiguo artículo 137 bis; se sustituye por el término "racial". En México, el Código Penal, en su artículo 149 bis, reproduce la definición de la Convención de 1948 contra el Genocidio, imponiendo una sanción de hasta 40 años de prisión. En caso de que los responsables fueran gobernantes, funcionarios o empleados públicos, la pena será mayor, de conformidad con la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios.

XV. Verdaderas limitantes de la Convención de la ONU contra el Genocidio

Para el profesor de Florencia, Antonio Cassese, las verdaderas limitantes graves a la Convención contra el Genocidio de 1948 no están en las lagunas referentes al exterminio de grupos políticos, ni del genocidio cultural, sino que se encuentran en el requisito de la existencia del "dolo", y en la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía.[37]

Los actos de genocidio deben ser *perpetrados con la intención* de aniquilar un grupo, como requisito esencial que debe exigirse siempre para que se tipifique el delito. Este elemento es el que ha ofrecido una cómoda escapatoria para los Estados, que niegan haber cometido actos de genocidio, sosteniendo precisamente que no existía el "elemento de intencionalidad". Como ejemplo, por citar sólo algunos, Antonio Cassese recuerda las repetidas masacres de "armenios" de parte de Turquía; la acción de la armada de Pakistán en 1971, la cual masacró a los habitantes de Bangladesch actual, antes Pakistán oriental; entre 1975 y 1978, en Cambodia, el ejército de Khmer Rouge de Pol-Pot exterminó alrededor de dos millones de personas, entre las cuales había grupos étnicos o religiosos, como los chams (minoría islámica) y los monjes budistas; en 1988, la armada de Irak ejecutó terribles actos de genocidio en contra de los kurdos; en una sola noche (del 16 al 17 de septiembre de 1982), tropas "falangistas cristianas" realizaron una matanza de aproximadamente 2,800 palestinos, en los campos de Sabra y Chatila (Líbano), gracias a la complicidad criminal de la armada israelita; los falangistas penetraron en los dos campamentos bajo la autorización del comando militar israelita.

[37] Véase Cassese, Antonio, "La communauté internationale et le génocide", *Mélanges Michel Virally*, París, Pédone, 1991, pp. 183-195.

Esto último quedó plenamente corroborado por la Comisión Internacional de Investigación presidida por M. S. MacBride.[38]

La otra limitante verdaderamente grave e imperdonable que ve A. Cassese en la Convención de 1948 se refiere a la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía, es decir, de esos mismos mecanismos que deberían asegurar el respeto de las prohibiciones planteadas en la Convención. Esto es la consecuencia de que la mayoría de los Estados que elaboraron la Convención prefirieron privilegiar el momento de la "soberanía nacional", en detrimento de la exigencia de castigar a los autores de crímenes atroces.

Por ello, concluye Antonio Cassese, y a pesar de los méritos de la Convención de 1948, ésta permanece en numerosos aspectos como un "ejercicio diplomático" viciado por una profunda hipocresía.[39]

Afirmar que las personas acusadas de genocidio deberán ser "juzgadas por un tribunal competente del *Estado* en cuyo territorio el acto fue cometido" (artículo VI); se trata claramente de un garantía puramente platónica, por la sencilla razón de que normalmente el genocidio es perpetrado por las autoridades en el poder, directamente o con su asentimiento, y esos funcionarios logran —como dice Cassese— "neutralizar" fácilmente a los tribunales, y en general a todo el aparato gubernamental.

XVI. El crimen de genocidio y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales

La Comisión de Derecho Internacional, en su 34o. periodo de sesiones, en 1982, nombró al señor Doudou Thiam como relator especial para el tema relativo a la preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales.

En su 48o. periodo de sesiones en 1996, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el texto del Proyecto de Código antes mencionado, y en su artículo 17, al tipificar el "crimen de genocidio", reproduce la misma disposición contenida en el artículo II de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, por ser ésta ampliamente aceptada y reconocida generalmente como la definición autori-

38 Véase *ibidem*, pp. 184-187, e *id.*, *Violence et droit dans un monde divisé*, París, PUF, 1990, pp. 117-132.

39 Véase Cassese, A., "La communauté internationale...", *cit.*, nota 37, pp. 184-193.

zada de ese crimen. Esta definición consta de dos elementos importantes: el requisito de la intención (*mens rea*) y el acto prohibido (*actus rea*). El acto prohibido debe cometerse contra una persona por razón de su pertenencia a un grupo determinado. Es la pertenencia de la persona a un grupo determinado y no la identidad de esa persona, el criterio decisivo para definir a las víctimas inmediatas del crimen de genocidio. La intención debe ser la de destruir al grupo "como tal", lo que significa como entidad separada y distinta. El crimen de genocidio, por su propia naturaleza, requiere la intención de destruir al menos una parte considerable de un grupo determinado.

Como puede verse, la Comisión de Derecho Internacional, órgano codificador por excelencia del derecho internacional dentro del sistema de Naciones Unidas, lejos de ampliar o enmendar la noción de genocidio previsto en la Convención de 1948, recoge la propia definición del artículo II en forma textual, sin añadir ni quitar un ápice a la misma. En forma idéntica, como ya vimos, se reproduce la disposición de la Convención en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.[40]

La comisión misma reconoce que se decidió utilizar los términos del artículo II de la Convención, para que no hubiera duda de que la lista de actos prohibidos por el artículo 17 del proyecto era una lista de carácter exhaustivo, y que de ninguna manera pudiera interpretarse como meramente enunciativa.

De esta suerte, no se incluyen tampoco aquí, en la definición de genocidio, a los "grupos políticos", pues de igual manera no se consideró a este tipo de grupos como "suficientemente estable" respecto del crimen de genocidio.

Sin embargo, la persecución dirigida contra miembros de un grupo político podría constituir un crimen contra la humanidad en el sentido del artículo 18 de este mismo proyecto:

[40] Véase "Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad", Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 48o. periodo de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, 51o. periodo de sesiones, suplemento número 10 (A/51/10) ONU, Nueva York, 1996, pp. 94-96. Por otro lado, véase el excelente estudio de la profesora de Essex: Hampson, Francoise J., "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Reluctant Witness", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, enero de 1998, pp. 50-74.

> Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:
>
> a) Asesinato,
> b) Exterminio,
> c) Tortura,
> d) Sujeción o esclavitud,
> e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos.

De acuerdo con esto:

> El acto inhumano de persecución puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de Naciones Unidas (artículos 1o. y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2o.). La presente disposición se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17.[41]

XVII. Jack Straw y el crimen de genocidio

En el caso Pinochet, el ministro del Interior consideró que de acuerdo con el Convenio Europeo de Extradición (parte III de la Ley de Extradición de 1989) existían bases suficientes para autorizar el inicio del procedimiento de extradición, ya que Pinochet era acusado en España por delitos equivalentes a los que en el Reino Unido son los de intento de asesinato, conspiración para asesinar, torturar, conspiración para torturar, secuestro de rehenes y conspiración para secuestro de rehenes.

En lo relativo al supuesto "delito de genocidio", la resolución del ministro Straw hacía observar que la petición española no reunía los requisitos de la definición. Sostenía además que de acuerdo con la Ley británica (*Genocide Act*), el delito de genocidio solamente se tipificaba si era cometido en el territorio del Reino Unido, no pudiendo por lo tanto, en esta hipótesis, ser perseguido bajo el concepto de extraterritoriedad.[42]

41 Véase Informe de la Comisión de Derecho..., *cit.*, nota anterior, pp. 100-106; y "Symposium. War Crimes: Bosnia and Beyond", *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, 1994, *passim*.

42 Véase Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Londres, Herper Collins Academic, 1991 (en especial capítulo 8, "Jurisdiction", pp.

En realidad, la resolución del ministro Jack Straw era, por decirlo de alguna manera, la primera eliminatoria del torneo. Straw únicamente se limitó a dar la autorización con el fin de que se examinara el fondo del caso de extradición.

Lo que ahora procedía, de acuerdo con el derecho inglés, era la consideración por parte de un tribunal, de decidir, en el sentido de si la petición española sería jurídicamente correcta, y si existía materia delictiva que pudiera ser objeto de extradición.

En todo caso, lo que nunca aceptó Gran Bretaña fue la concepción "social" del crimen de genocidio esgrimida por España, por ser una interpretación extensiva del tipo, y que no era avalada por el derecho internacional positivo.

XVIII. Conclusiones

1. Debemos estar de acuerdo en que la jurisdicción penal internacional debe ser aplicable en todas y cada una de aquellas hipótesis en donde las jurisdicciones internas o nacionales no han podido ser ejercidas, por motivos de hecho o de derecho.

2. Al especificar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (en vigor, desde el 12-I-1957), que los responsables de genocidio deberían ser juzgados por los tribunales competentes del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, los redactores de la Convención excluían, por lo mismo, la posibilidad de que un Estado pudiera intervenir judicialmente basándose sobre la "competencia personal", por una parte, y sobre la "competencia universal", por la otra parte.

104-110). De conformidad con el derecho inglés, la extradición requiere necesariamente una autorización previa que debe emanar del Parlamento (Act of Parliament), pues de lo contrario se estaría cometiendo un delito grave (*serious offence*), de acuerdo con la "Ley de Enmienda del Habeas Hábeas" de 1679. La ley más importante a este respecto es la "Extradition Act" de 1870, que faculta a la Corona para adoptar "Órdenes en Consejo", para dar efecto a los tratados de extradición. *Ibidem*, p. 109. Jack Straw (Home Secretary) sostuvo: "The Secretary of State has also proceded on the basis that Senator Pinochet does not enjoy any inmunity in relation to the offences in question... Nor does it appear to him that Senator Pinochet is entitled to diplomatic inmunity or protection as the head of a special misión", United Kingdom Home Secretary; response of the Majesty's Government Regarding the Spanish Extradition Request, 9 de diciembre de 1998, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999, pp. 489-492.

3. Los debates sobre esta cuestión en el seno de la Conferencia de Roma de 1998, y a pesar del precedente Eichmann, demostraron que el "principio de jurisdicción universal", según el cual la competencia penal de una jurisdicción nacional se extiende, en principio, a hechos delictivos cometidos fuera de la competencia interna y con independencia de la nacionalidad de la persona, no había adquirido todavía carta de naturalización, en tanto que norma consuetudinaria de derecho internacional general.

4. El crimen de genocidio se distingue de los otros crímenes por un "dolo especial", entendido, como lo dijo el TPIR, como elemento constitutivo del crimen que exige que el que el criminal haya claramente buscado provocar el resultado incriminado.

Este *dolus specialis* reside así en la intención específica de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

5. Sin lugar a dudas, un solo asesinato puede llegar a ser constitutivo de "crimen de genocidio", pero única y exclusivamente si se prueba que existía la intención específica de querer destruir "el grupo", ya sea parcial o totalmente. Ahora bien, esta deducción se revela harto difícil, si no se acompaña el hecho mismo de otra serie de circunstancias o "indicadores" que posibiliten precisamente la operación lógica susodicha.

6. En el importante caso de Jean-Paul Akayesu, el Tribunal Penal para Ruanda no tuvo duda en reconocer que era tal la gravedad del crimen de genocidio, que la "incitación directa y pública" a cometerlo debía ser penalizada como una infracción formal en tanto tal, incluso en los casos en que la incitación no hubiera alcanzado el resultado que se buscaba.

7. A pesar de una fuerte corriente doctrinaria, el concepto de crimen de genocidio sigue siendo el mismo que consagró la Convención de Naciones Unidas de 1948 en su artículo II, ya que el derecho internacional positivo así lo establece, ya sea en los Estatutos de los Tribunales Internacionales de la ex Yugoslavia (1993) o de Ruanda (1994) —y en su jurisprudencia— o en la más reciente e importante codificación del mismo, que no es otro sino el Estatuto de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998.

LOS PROCESOS DE NUREMBERG Y TOKIO: PRECEDENTES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

> *Il est surabondamment prouve que la violation du droit international fait naitre des responsabilites individuelles. Ce sont des homes et non des entiles abstraites qui commettent les crimes dont la repression s'impose, comme sanction du droit international* (Declaration d'Ouverture du Proces de Nuremberg, p. 12).

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *Declaración de Moscú de 1943.* III. *Acuerdo de Londres de 1945.* IV. *Atribuciones del Tribunal.* V. *Naturaleza jurídica del Tribunal.* VI. *Responsabilidad individual.* VII. *Régimen de las penas.* VIII. Cross-examination. IX. *El veredicto.* X. *Tribunal Militar Internacional de Tokio.* XI. *Conclusión.*

I. PRÓLOGO

En la actualidad se puede estar de acuerdo en definir el derecho internacional penal (E. David), en el sentido más amplio del término, como aquella disciplina que engloba el conjunto de reglas que prevén un castigo a aquellas *personas* que hayan infringido ciertas normas de derecho internacional.

En tanto que según la doctrina y práctica internacionales solamente los Estados estaban habilitados a emitir reglas penales, los tribunales militares internacionales de Nüremberg y de Tokio romperían con este punto de vista restrictivo que ignoraba la existencia de una comunidad internacional.

* Publicado en *Ars Iuris*, núm. 29, Universidad Panamericana, 2003.

Desde la redacción de los estatutos de ambos tribunales se precisaba que aquellos dirigentes, que las potencias aliadas tenían la intención de hacer comparecer ante la justicia, eran simple y sencillamente *responsables directos de los crímenes que ahí mismo quedaban definidos.*

Esto significaba que los acusados no tenían el derecho de invocar en su defensa las disposiciones de su orden jurídico nacional respectivo.

En otros términos, como dice el profesor Christian Tomuschat, de Berlín, se postulaba que la responsabilidad criminal de dichas personas no quedaba reglamentada por ningún tipo de derecho nacional, sino antes al contrario, y en forma directa, por normas de derecho internacional.

Antes de esto, el derecho internacional general conoció esfuerzos varios y de muy diversa índole, pero que por una razón u otra nunca llegaban a concretarse o a pasar de la etapa de *lege ferenda.*

Los famosos artículos 227-230 del Tratado de Versalles, por los que se pedía el enjuiciamiento del káiser Guillermo II de Alemania, nunca pudieron implementarse, ya que Holanda no concedió la extradición del káiser, aduciendo no sólo que la demanda de extradición era contraria a la Constitución de los Países Bajos, sino que, por lo demás, Holanda nunca había ratificado el Tratado de Versalles de 1919.

Por lo que toca al muy importante Pacto de la Sociedad de Naciones, y sin que haya plasmado el principio de una *prohibición absoluta* del recurso a la guerra, de conformidad con los términos del preámbulo, los Estados signatarios del Pacto aceptaban "... ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra", pero más exactamente se obligaban a recurrir a ciertos modos de arreglo pacífico de los diferendos internacionales.

Sin embargo, en el espíritu del Pacto, dos tipos de guerra permanecerán necesariamente consentidos. Por una parte, "la guerra defensiva", que era imposible de prohibir, pero que bien podrían haberse fijado los criterios y parámetros de acción de la misma.

Por otra parte, "la guerra de sanción", prevista en el artículo 26, obligando a todos los Estados miembros a adoptar contra el Estado culpable, medidas de sanción, que podían ir hasta la coerción armada.

Pero fuera de esos dos casos, la facultad de recurrir a la guerra se mantiene por las disposiciones mismas del Pacto en dos hipótesis extremadamente importantes:

1a. Por el artículo 15, párrafo 2, que otorga a los Estados su libertad de acción en los casos en donde la unanimidad no se haya logrado en el Consejo de la Sociedad de Naciones.

2a. Por el artículo 25, párrafo 8, que abandona a los Estados el arreglo de las materias de "competencia exclusiva".

Estas dos "fisuras" (M. Merle) hacían correr el riesgo evidente de volver impotente —sobre todo en las circunstancias de mayor gravedad—, la incipiente reglamentación del derecho de guerra previsto por el Pacto de la Sociedad de Naciones (Valenziani, *Petite histoire de la SDN).*

Vendrían después esfuerzos en el mismo sentido, como el Acta General de Arbitraje, del 26 de septiembre de 1928; los Acuerdos de Socarno, del 16 de octubre de 1925; el Pacto de no agresión y de conciliación, firmado en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933; el famoso Pacto Briand-Kellog, del 27 de agosto de 1928 de prohibiciones al uso de la guerra, pero sin que en ninguno de estos casos se hubiera estipulado ninguna medida de aplicación, ni de sanción colectiva, y mucho menos de carácter individual.

Por otro lado, no se puede olvidar que el Pacto de la Sociedad de Naciones había sido ya objeto de terribles violaciones sin mayor sanción jurídica en el periodo que precedió a la II Guerra Mundial: invasión de Manchuria por parte de Japón, invasión de Etiopía por parte de Italia; invasión de Austria y Checoslovaquia por parte de Alemania; anexión después de los Estados bálticos, etcétera (J. B. Duroselle).

Un paso mucho más importante lo constituyó la Convención de Ginebra, del 10 de noviembre de 1937, a fin de crear una Corte Penal Internacional, limitada a los actos de terrorismo (atentado en Marsella contra el rey Alejandro de Yugoslavia, en 1934), pero desgraciadamente al no haber sido ratificada la Convención, la jurisdicción penal internacional nunca llegaría a entrar en vigor.

II. Declaración de Moscú de 1943

El propósito de los aliados en perseguir y castigar a los grandes criminales de guerra del III Reich fue expresado por vez primera en el curso de la Conferencia de Moscú de 1943.

En una "declaración sobre las atrocidades alemanas", del 30 de octubre de 1943, los gobiernos de Gran Bretaña, ex Unión Soviética y Estados Unidos de América (W. Churchill; J. Stalin; F. D. Roosevelt), declaraban en forma conjunta que los "... oficiales y soldados alemanes y los miembros del partido nazi que han sido responsables de atrocidades, ma-

sacres y ejecuciones o que habrían consentido en tomar parte en las mismas, serán enviados a los países en donde sus crímenes abominables hubieran sido perpetrados, a fin de ser juzgados y sancionados conforme a las leyes de dichos países ya liberados". Más adelante Roosevelt, Churchill y Stalin añadían que la Declaración de Moscú estaba hecha "sin perjuicio del caso de los criminales alemanes cuyos crímenes no podían ser situados en un lugar preciso y que serían castigados por una decisión común de los gobiernos aliados".[1]

III. Acuerdo de Londres de 1945

Después de la Declaración de Moscú de 1943, los gobiernos de Estados Unidos de América, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de Gran Bretaña y el gobierno provisional de la República de Francia, firmaron el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, mediante el cual se creaba un Tribunal Militar Internacional.

Este Tribunal se establecía de acuerdo con su artículo 1o., para juzgar a los criminales de guerra "cuyos crímenes carecen de localización geográfica precisa, ya sea que fueren acusados individualmente, o en su capacidad de miembros de organizaciones o de grupos, o bajo esta doble capacidad".

En este famoso Acuerdo de Londres queda establecido que ninguna disposición del mismo afecta los principios fijados por la Declaración de Moscú en lo que concierne al reenvío de los criminales de guerra a los países donde cometieron dichos crímenes, como tampoco afecta a la jurisdicción o competencia de los tribunales nacionales en los territorios aliados —o en la misma Alemania—, para juzgar a los criminales de guerra (artículos 4o. y 6o.).

Por último y en virtud del artículo 5o. del Acuerdo de Londres, que preveía que todos los gobiernos de las Naciones Unidas podían llegar a adherirse al mismo, los siguientes Estados notificaron ulteriormente su adhesión al Acuerdo de Londres: Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Países Bajos, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Australia, Honduras,

[1] Véase "The Moscow Conference of Foreign Ministers, octubre 19-30, 1943", en Langsam Walter, Consuelo, *Historic Documents of World War II*. Edit. D. Van Nostrand, Estados Unidos, 1958, pp. 88-96. Igualmente, véase de Alfonso García Robles, *El mundo de la posguerra*, México, Polis, pp. 263 y 264.

Noruega, Panamá, Luxemburgo, Haití, Nueva Zelanda, India, Venezuela, Uruguay y Paraguay.[2]

Después de la firma del Acuerdo del 8 de agosto de 1945, el Tribunal Militar Internacional quedó constituido, según las disposiciones del estatuto anexo al Tratado, por los representantes de las cuatro grandes potencias (artículos 1o. y 2o.) y su sede permanente quedó fijada en Berlín (artículo 22). La ciudad de Nüremberg, antiguo lugar de las grandes manifestaciones del Partido Nacional Socialista, había sido simbólicamente escogida como la ciudad para llevar a cabo el primer proceso —y que por lo demás fue el único—.

Redactado el texto del acta de acusación oficial, el 21 de noviembre de 1945, se abriría en el Palacio de Justicia de Nüremberg, la primera audiencia de un proceso que no debía de terminarse sino hasta el 1o. de octubre de 1946.

La base de todo estudio jurídico del proceso reside sin duda en el texto mismo del Estatuto anexo al Acuerdo del 8 de agosto, que fija "imperativamente", según el artículo 2o. del Acuerdo de 1945, "la constitución, la jurisdicción y las funciones del Tribunal Militar Internacional".

En efecto, el Estatuto no se constriñe a regular la organización interna del Tribunal y el desarrollo del procedimiento; determina sobre todo el derecho aplicable y la implementación del mecanismo de responsabilidades.

IV. Atribuciones del Tribunal

Es evidente que las disposiciones más importantes del Estatuto son aquellas que definen la competencia del Tribunal. Esta competencia, puede decirse, se define de una doble manera: por una parte *vis à vis* las personas, y por la otra, *vis à vis* los actos mismos.

Así, el artículo 6o. del Estatuto enumera *las tres categorías* de crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal.

Los actos siguientes, o cualquiera de ellos, son crímenes que caen dentro de la jurisdicción del Tribunal y por los que hay responsabilidad individual:

[2] Véase "Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945", en Langsam, Walter Consuelo, *Historic Documents of World War II*, *cit.*, pp. 187-189. Hay que recordar que el 19 de enero de 1946 se constituyó, en las mismas condiciones que para la zona europea, un Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, *ibidem*.

a) *Crímenes contra la paz.* Esto es, planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión, o una guerra en violación de convenios, acuerdos o garantías internacionales, o la participación en un plan o conspiración común para la ejecución de cualquiera de los anteriores.
b) *Crímenes de guerra.* Esto es, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra. Tales violaciones incluyen, pero no están limitadas al asesinato, los malos tratos o deportación para trabajo de esclavos o para cualquier otra finalidad de la población civil de un territorio ocupado, el asesinato o malos tratos de los prisioneros de guerra o personas en el mar, la matanza de rehenes, la expoliación de la propiedad pública o privada, la destrucción masiva de ciudades, aldeas o pueblos, o la devastación no justificada por necesidad militar.
c) *Crímenes contra la humanidad.* Esto es, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución o en conexión con cualquier crimen que caiga dentro de la jurisdicción del Tribunal sea o no en violación del derecho interno del país donde se perpetraron (artículo 6o.).[3]

1. *Legitimidad de las sanciones penales*

Uno de los grandes puntos polémicos desde entonces, consistía en saber en qué medida los aliados poseían una base jurídica legítima para sancionar ante una jurisdicción internacional creada por ellos mismos, las infracciones definidas por el artículo 6o. del Estatuto.

Todo el mundo estaba de acuerdo en que existían algunos textos de convenciones en vigor relativos al derecho de la guerra, que contenían elementos suficientes para la calificación de ciertos hechos; por ejemplo, el Pacto Briand-Kellog de 1928 condenando el recurso a la guerra como instrumento de política nacional.[4]

[3] Véase "Le Statut et le Jugement du Tribunal de Nuremberg", *Memorandum du Secretaire General*, United Nations, Lake Success, 1949 (A/CN.4/5).

[4] Véase Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional público*, 7a. ed., Barcelona, Bosch, 1966, t. II, vol. I, pp. 183-201.

Es cierto que la cuestión parecía aún más delicada por lo que concernía a los crímenes contra la humanidad, ya que parecían constituir una categoría totalmente nueva.

Pero de cualquier manera, incluso si se admitía que la calificación de los hechos incriminados había sido adquirida anteriormente a la promulgación del Estatuto, seguía subsistiendo un grave problema: ninguno de los textos sobre los cuales se podría válidamente apoyarse preveía "sanciones penales individuales" ni jurisdicción internacional encargada de aplicar dichas sanciones.

La instauración de estas sanciones por el Estatuto del Tribunal posee entonces y necesariamente un efecto retroactivo, y viola así la máxima admitida tradicionalmente en derecho penal interno *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

En el curso del proceso, la cuestión se encontró estrechamente vinculada al argumento de la defensa, según el cual el artículo 6o. constituía una regla de derecho *ex post facto*, incompatible con el principio de la "legalidad de los delitos y de las penas".

Sin embargo, en Nüremberg no se admitió que se estuviera violando el principio de la *ex post facto rule*, ya que se aducía que el principio de la no retroactividad era un principio dictado para la debida protección del inocente, y querer invocarlo para proteger a un culpable sería tanto como estar cometiendo una denegación de justicia.[5]

Este punto de vista es defendido hasta el día de hoy por autoridades tales como el profesor de Ginebra, Liuigi Condorelli, quien sostiene que el principio *nullum crimen, nulle poena sine lege*, no se viola en forma alguna, si se organiza a nivel internacional un sistema represivo debiendo funcionar frente a acciones u omisiones ante las cuales el autor no podía ignorar en forma alguna su carácter delictivo, en virtud de que estaban clara y analíticamente definidos en tanto crímenes por el derecho interno al cual estaba sometido en el momento de ser perpetrados.

Para que el principio *nullum crimen* sea escrupulosamente observado no es absolutamente necesario que la norma internacional, previendo y organizando la represión del crimen, defina hasta su último detalle la "figura *criminis*" y la pena aplicable. Es suficiente constatar que el autor del cri-

[5] Descheemaker, Jacques, *Le Tribunal Militare International des grands Criminals de Guerre*, prefacio de Vespasien V. Pella, Paris, Pedone, 1947, pp. 26 y 27.

men en cuestión está sometido en el momento del *tempus commissi delicti,* "a normas jurídicas claras y accesibles —y ya sean internas y/o internacionales— estableciendo *ante factum* una definición de tal naturaleza".[6]

Sin embargo, si hemos de ver las cosas desde un punto de vista estrictamente jurídico de derecho positivo, y no ético o iusinternacionalista, tenemos que estar de acuerdo con la corriente que sostiene que el principio de no retroactividad de la ley penal fue simple y sencillamente violado en Nüremberg y Tokio.

Ciertamente, el derecho internacional anterior al Estatuto de Nüremberg prohibía ya las guerras de agresión y los crímenes de guerra, así como también es cierto que se emitieron múltiples declaraciones por parte de los aliados durante la Segunda Guerra Mundial en donde se habían denunciado las atrocidades alemanas y proclamado su intención de procesar y juzgar a los criminales de guerra (en particular la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943).

Sin embargo, ni el derecho internacional convencional o consuetudinario ni esas "declaraciones" habían contemplado la más mínima sanción penal en contra de los individuos en tanto tales.

Así, la incriminación propiamente dicha data del 8 de agosto de 1945, y la Carta del Tribunal de Nüremberg de donde ella emana o se desprende, fue luego entonces, aplicada de manera retroactiva.[7]

Por último, mencionemos que el principio de no retroactividad de las convenciones fue analizado en el Caso relativo a los fosfatos de Marruecos (1938) entre Francia e Italia, conocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, y en donde el Tribunal se declaró incompetente, ya que el origen del conflicto se situaba en una época en la cual los elementos generadores del diferendo se habían consolidado, y eran por lo tanto anteriores al reconocimiento por parte de Francia de la jurisdicción obligatoria de la Corte.[8]

[6] Véase Condorelli, Luigi, "La definition des infractions internationales", en Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A., *Droit international penal*, A. Pedone, p. 244, párrafo 17.

[7] Véase Lombois, Claude, *Droit penal international*, 2a. ed., París, Precis Dalloz, prefacio de Ph. Malaurie, 1979, pp. 157-160.

[8] Véase C.P.J.I., Phosphates in Morocco Case (1938), serie A/B, núm. 74, p. 24, en Manley O. Hudson, *The Permanent Court of Justice, 1920-1942*, pp. 468 y 469. Confróntese la tesis de Han Kelser, quien afirma que la opinión de que el Acuerdo de Londres estableciendo la responsabilidad individual de carácter penal por crímenes contra la paz "... does not have retroactive force because such individual criminal responsibility

V. Naturaleza jurídica del Tribunal

El Tribunal Internacional Militar, establecido en aplicación del Acuerdo del 8 de agosto de 1945, posee, querámoslo o no, todos los aspectos de una jurisdicción de excepción.

El Tribunal de Nüremberg no estaba solamente limitado *ratione loci*, extendiéndose sólo a los países europeos, sino más grave aún era su limitante *ratione materiae*. El Tribunal sólo era competente para conocer de infracciones durante la Segunda Guerra Mundial, y circunscritas éstas en forma arbitraria a lo estipulado por el artículo 6o. del Estatuto.

Pero además, la competencia del Tribunal fue definida de manera unilateral, ya que sólo los criminales de guerra de los países derrotados podían ser objeto de juicio: una justicia con sentido único, esto es, una jurisdicción de circunstancias instituida por el vencedor.

Al descartar la presencia en el curso del proceso de representantes de países neutrales —o incluso representantes de Alemania—, los signatarios del Acuerdo de Londres de 1945 se encontraban, frente a los acusados, como juez y parte de su propia causa.[9]

VI. Responsabilidad individual

Es sabido que el "derecho de la guerra" en su connotación clásica como el *ius in bello* ("derecho internacional humanitario") o las leyes y costumbres de la guerra, no imputaba la responsabilidad por la violación de sus propias normas más que al Estado beligerante, y nunca al individuo que cometía la infracción.

Se suele citar como único precedente —como ya veíamos— el artículo 227 del Tratado de Versalles, por el cual las potencias aliadas acusa-

had already been established by the Kellog-Briand Pact, has no basis either in the wording of this pact or in the intention of the contracting parties". Kellen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed., revisada y editada por Robert W. Tucker, p. 216.

[9] Las garantías acordadas a la defensa y a la imparcialidad de los debates por el artículo 16 del Estatuto no desvanecen en nada la constatación de que se trataba en realidad de una simple jurisdicción inter-aliada. *Vid.* Graven, Jean, "Les crimes contre l'humanite", *Recuildes Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, t. LXXVI, 1950,1, p. 433. Una de las soluciones que podrían haberse adoptado en aquel tiempo y salvar así las objeciones hechas al Proceso de Nüremberg podría haber consistido en constituir una Sala Penal anexa a la nueva Corte Internacional de Justicia de manera permanente, *idem*.

ban formalmente al káiser Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador de Alemania, "por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados". Un tribunal especial debía ser constituido para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa.

En el artículo 228 del mismo Tratado, el gobierno alemán reconocía a los aliados la libertad de hacer comparecer ante los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres del derecho bélico.

Sin embargo, todo quedó en letra muerta, ya que Holanda rechazó la extradición del ex emperador Guillermo II, aduciendo, con razón, que la "ofensa suprema contra la moral internacional" no estaba prevista por los tratados de extradición.

En cuanto al proceso que debía seguirse a los criminales de guerra, los aliados confirieron a Alemania el cuidado de proceder a entablar dichos juicios, ante la Sala Penal del Tribunal Supremo de Leipzig, el cual, en forma irrisoria, juzgó solamente a doce personas, y condenó únicamente a seis de ellas, con penas por demás ridículas.[10]

En contra de los argumentos de la defensa, en el sentido de que sólo los Estados y no los individuos podían ser culpables de un "crimen internacional", el procurador general de Gran Bretaña, sir Hartley Shawcross, recordó los casos de piratería, espionaje, bloqueo y crímenes de guerra, como ejemplos de obligaciones que el derecho internacional impone directamente a los individuos.

Del hecho que el derecho internacional reglamente mayormente las relaciones entre los Estados no puede inferirse la tesis según la cual los individuos que constituyen los órganos del Estado, aquellos que controlan los mecanismos de mando, estén investidos del derecho de apoyarse sobre la entidad metafísica que ellos mismos crean y que ellos mismos controlan, cuando dicho Estado se apresta, siguiendo sus instrucciones, a

[10] Véase Valenziani, C., *Petite histoire de la Société des Nations*, París, Ed. de la Norvelle Révue Critique, 1936, *passim*. Es un tanto difícil ver en el artículo 227 del Tratado de Versalles un estricto antecedente, pues no sólo no hay que olvidar que en 1914 aún no existía un pacto internacional prohibiendo la guerra como tal, sino que igualmente antes de 1919, nadie había pretendido que el no respeto de los compromisos internacionales constituyera en sí mismo un crimen internacional susceptible de sanción penal. Véase Lambois, Claude, *op. cit.*, pp. 58-61.

destruir los fundamentos básicos de los principios del derecho internacional.[11]

La decisión del Tribunal de Nüremberg fue enfática en este aspecto, argumentando que el principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, "... no puede aplicarse a los actos condenados como criminales por el derecho internacional. Los autores de esos actos no pueden invocar su calidad oficial para sustraerse al procedimiento normal, o ponerse al abrigo del castigo...".

El Tribunal afirmó, como principio general, que las obligaciones internacionales priman sobre los derechos y obligaciones que emanen del derecho interno. Un individuo que comete una infracción de derecho internacional no puede desembarazarse de su responsabilidad alegando que su acto estaba autorizado por el Estado. De aquí el famoso *dictum* del Tribunal: "Son los hombres y no entidades abstractas, los que cometen los crímenes cuya represión se impone como sanción de derecho internacional".[12]

VII. Régimen de las penas

Es más cierto que el régimen de las penas está determinado por los artículos 27 a 29 del Estatuto de Nüremberg de una manera muy general y sin ninguna precisión.

Pertenece al Tribunal, no solamente establecer en el curso del proceso, el grado de culpabilidad, sino igualmente fijar la pena, los cuales constituyen sin duda una situación exorbitante. El Tribunal puede imponer la pena de muerte, o toda otra sanción que el mismo considere como justa (artículo 27).

[11] Véase *The Trial of German Major War Criminals*, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1946, p. 57. Especialmente los abogados de Seyss Inquart y de Ribbentrop defendían la tesis según la cual los hombres de Estado no podían ser responsables más que frente a los ciudadanos de su propio país, *idem*.

[12] Véase *Nazi Conspiracy and Agression. Opinion and Judgment*, Washington, 1947, pp. 52 y 53. Si bien el artículo 8o. del Estatuto de Nüremberg estipula que el hecho de que el acusado haya actuado conforme a las instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de su responsabilidad, sin embargo admite que pudiera llegar a ser considerado como un motivo de la disminución de la pena. Aquí el Tribunal con toda lucidez expresa que el verdadero criterio para la aplicación de dicho artículo "... no reside en la existencia de una orden sino que reside en la libertad moral, en la facultad de elección que posee el autor del acto incriminado", *ibidem*.

Por otra parte, el Tribunal Militar Internacional es "competente para juzgar en ausencia a todo acusado debiendo responder a crímenes previstos por el artículo 6o. del Estatuto, ya sea que dicho acusado no haya podido ser descubierto, o ya sea que el Tribunal lo estime necesario por cualquier razón en interés de la justicia" (artículo 12).

El acusado *in absentia* es defendido por su abogado, quien debe presentar los testigos en descargo, a la par que el Ministerio Público hace comparecer los testigos de cargo, y el proceso se desarrolla en las mismas condiciones.[13]

Ninguna vía de recurso de ninguna suerte fue admitida contra las decisiones del Tribunal. Toda decisión relativa a la culpabilidad o inocencia de todo acusado debería ser motivada, definitiva y no susceptible de revisión (artículo 26).

En cuanto al sistema procesal, se adoptó el llamado "procedimiento acusatorio", prevaleciente en los países anglosajones, en detrimento del llamado "procedimiento inquisitorial", o también llamado procedimiento continental, o *civil law*.

El procedimiento inquisitorio, eminentemente de carácter secreto (la instrucción) y no contradictorio, no parecía el más apto para un proceso a los grandes criminales de guerra, por lo que se prefirió "el procedimiento acusatorio" del sistema anglosajón (artículo 13).

Los derechos de la acusación y de la defensa son particularmente importantes en el "sistema acusatorio" adoptado por el Tribunal, en donde las partes hacen valer sus pretensiones libre, oral y públicamente frente al juez.

Los acusados tienen el derecho de aportar en el curso del proceso, sea personalmente o sea por intermediación de su abogado, todas las pruebas en apoyo de su defensa y de cuestionar todo testigo presentado.[14]

VIII. *Cross-examination*

La pieza clave en el proceso acusatorio reside sin duda en el llamado "contrainterrogatorio".

[13] Éste fue precisamente el caso de Martín Borman, sucesor de Rudolf Hess como jefe de la Cancillería del Partido (1941), quien fue juzgado *in absentia*. Véase Descheemaeker, Jacques, *op. cit.*, pp. 37-39.

[14] En la elección de los abogados hubo una completa libertad. Así, por ejemplo, el acusado Von Papen (vicecanciller, ministro y embajador) fue representado en su defensa por su propio hijo, en tanto que el almirante Doenitz sería defendido por un oficial de la "Kriesgmarine". Véase Descheemaeker, J., *op. cit.*, nota 54, p. 44.

Todo testigo es interrogado primeramente por la parte que lo ha hecho venir a la barra, después por todo defensor y por cualquier miembro del Ministerio Público.

Este procedimiento es igualmente utilizado, y es este el hecho esencial, cuando el acusado se presenta como "testigo de su propia causa". Este es primeramente interrogado por su abogado, luego por los abogados de los otros acusados que lo interrogan en el interés de sus clientes, y por último los magistrados del Ministerio Público proceden a su propio *cross-examination* o contrainterrogatorio.[15]

El Estatuto de Nüremberg contenía diversas disposiciones para el proceso equitativo de los acusados y para la expedita conducción de los debates.

El Tribunal no debía estar vinculado por reglas técnicas relativas a la administración de las pruebas, y tenía plena libertad para admitir todo medio que considerase poseer un valor probatorio.

El Tribunal, además de su facultad de juzgar y castigar a los individuos, estaba autorizado a declarar que grupos u organizaciones a las cuales pertenecía un acusado constituían "organizaciones criminales", lo que tenía por efecto permitir después a las autoridades nacionales competentes de cada Estado signatario, hacer comparecer a todo individuo frente a los tribunales nacionales, militares o de ocupación, en razón precisamente de su afiliación a tal o cual grupo u organización.[16]

IX. El veredicto

La culpabilidad de cada acusado fue plenamente probada durante el proceso, el veredicto estipulando la pena fue leído a todos y cada uno de los acusados por el presidente del Tribunal, lord *Justice* Lawrence, en la

[15] Véase Descheemaeker, Jacques, *op. cit.*, pp. 44 y 45. Véase *Histoire du probleme de la juridiction criminelle internationale*, Nueva York, Memorandum du Secretaire General, Nations Unies, Lake Success, 1949, pp. 22-24.

[16] Entre las organizaciones declaradas criminales en razón de la culpabilidad de los acusados, los objetivos perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos, se encontraban: el gabinete del Reich; los cuerpos de los jefes políticos del Partido Nazi; la policía secreta de Estado, denominada como la "Gestapo"; el Estado Mayor Alemán; el Alto Comando de las Fuerzas Armadas; la *Sicherkeitdienst*; las S. S. Véase "International Military Tribunal (Nüremberg), Judgment and Sentences (octubre 1, 1946)", *American Journal of International Law*, Washington, vol. 41, núm. 1, enero de 1947, pp. 172-333.

última audiencia del 1o. de octubre de 1946, por crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o por el delito de plan concertado o complot. Este último directamente vinculado a los tres tipos de crimen. Las tres categorías de crímenes, sometidos a las etapas de la ejecución del "complot".

Hermann Wilhelm Goering	Sentenciado a la pena de muerte
Joachim von Ribbentrop	Sentenciado a la pena de muerte
Wilhem Keitel	Sentenciado a la pena de muerte
Ernest Kaltenbrunner	Sentenciado a la pena de muerte
Alfred Rosenber	Sentenciado a la pena de muerte
Hans Frank	Sentenciado a la pena de muerte
Wilhelm Frick	Sentenciado a la pena de muerte
Fritz Sanckel	Sentenciado a la pena de muerte
Alfred Jodl	Sentenciado a la pena de muerte
Arthur Seyss-Inquart	Sentenciado a la pena de muerte
Martin Bormann	Sentenciado a la pena de muerte (*in absentia*)
Rudolf Hess	Cadena perpetua
Walter Funk	Cadena perpetua
Erich Raeder	Cadena perpetua
Baldur von Schirach	Veinte años de prisión
Albert Speer	Veinte años de prisión
Constantin von Neurath	Quince años de prisión
Karl Doenitz	Diez años de prisión
Hjalmar Schacht	No culpable
Franz von Papen	No culpable
Hans Fritzsche	No culpable[17]

[17] Véase "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences", *cit.*, pp. 331-333. El acusado, Herman Goering, ministro de la Luftwaffe, pudo suicidarse unas horas antes de la ejecución mediante la toma de una ampolleta de cianuro de potasio que había logrado esconder entre los pliegues de su abultado vientre. Robert Ley pudo suicidarse igualmente el 25 de octubre de 1945; Gustav Krupp von Bohlen no pudo ser juzgado en razón de su estado físico y mental. Durante el proceso todos los acusados se declararon no culpables. El Estado Mayor General y el Alto Mando de la Wermacht no fueron considerados como organizaciones criminales, haciendo constar que el solo hecho de haber pertenecido a dichas organizaciones no implicaba necesariamente una participación consciente en la preparación o perpetración de crímenes de guerra, inversamente con lo que acontecía por la sola pertenencia a cuerpos como las "S. S.", la "S. D." o la "Gestapo".

En la sentencia pronunciada en las audiencias del 30 de septiembre y del 1o. de octubre de 1946 se realiza un examen de la historia del régimen nazi en Alemania, los crímenes contra la paz por el plan concertado (*conspiracy*) o complot y los actos de agresión en contra de Austria, Checoslovaquia, Polonia, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Yugoslavia, Grecia, URSS, y finalmente la declaración de guerra de Alemania en contra de los Estados Unidos de América.

El Tribunal consideró que dichas agresiones contra doce naciones constituían crímenes, en violación de los tratados de no agresión emanados principalmente de las convenciones de La Haya, del Tratado de Versalles, del Tratado de Locarno y del Pacto Briand Kellog.[18]

En el veredicto final se dice que el Estatuto del Tribunal "...expresa el derecho internacional en vigor en el momento de su creación y que la redacción del Estatuto depende del poder legislativo soberano ejercido por los Estados a los cuales el Reich alemán se ha rendido sin condiciones; el mundo civilizado ha reconocido a estos Estados el derecho de crear la ley en los territorios ocupados.

En segundo lugar, se sostiene que la protección que el derecho internacional asegura a los representantes del Estado no podría aplicarse a actos criminales. El Tribunal considera que el Estado o sus agentes no tienen facultad para ir más allá del derecho internacional. Esta afirmación del Tribunal desecha como medio de defensa el *acto de Estado* y la tesis de la *orden recibida* por un superior jerárquico.

El Tribunal de Nüremberg, considerando que el crimen esencial, capital, es el desencadenamiento de la guerra de agresión y el complot, llevado a tal efecto, va a condenar enérgicamente los "crímenes contra la humanidad en tanto que crímenes conexos al crimen de agresión".[19]

[18] Durante el proceso de Nüremberg se hizo mucho énfasis en el Pacto Briand- Kellog del 27 de agosto de 1928 (63 Estados), el cual "...condenaba el recurso a la guerra para el arreglo internacional de diferendos, y se renunciaba a la misma en tanto que instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas" (artículo 1o.). Aquí se ha advertido que el empleo de la palabra "guerra" podría ser interpretado como no cubriendo todos los recursos al uso de la fuerza. Los términos "instrumento de política nacional" permitirían sostener que la guerra en vistas a la preservación de un derecho no estaría comprendida en la mencionada renuncia. "Whatever interpretation of the phrase instrument of national policy is accepted, the Kellog-Briand Pact is in complete conformity with the *bellumjustum* principle since it permits war only as a reaction against a violation of international law". Véase Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2a. ed., *op. cit.*, p. 38 y nota 31.

[19] Véase "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences", *cit.*, pp. 172-333. Es cierto que el Estatuto no define el término de la "guerra de agre-

Esta posición del Tribunal ha podido ser calificada por algunos autores, como lamentable, ya que la guerra de agresión no es en realidad más que el resultado de una larga preparación militar, económica e ideológica.

Si lo que se pretende es el castigo de todos los responsables, dice Marcel Merle, entonces es justo que todos aquellos que han tomado parte en una forma u otra en la preparación de dicho crimen sean condenados, de igual suerte que aquellos que han tomado la decisión, a un cierto momento de realizar la apertura de hostilidades.

Una de las grandes lecciones de los debates de Nüremberg habrá sido justamente el mostrar la coordinación indispensable de todos los órganos del Estado en la concepción y realización de una actividad criminal.

Es por ello lamentable, continúa diciendo el profesor Marcel Merle, que el Tribunal no haya inferido de esta constatación las conclusiones necesarias.[20]

Por último, digamos que en su veredicto el Tribunal reafirmó que las reglas *nullum crimen sine lege, nulla poema, sine lege* de la no retroactividad de la ley, no habían sido retenidas por el Tribunal, en virtud de que estimaba que los actos cometidos habían sido previstos por textos conocidos por los acusados y violados por ellos "con pleno conocimiento de causa".

De acuerdo con el brillante profesor de la Universidad de Nápoles, Rolando Quadri, no tiene ningún sentido la polémica sobre las reglas anteriores, ya que si queremos ser honestos, "la pena era impuesta con la absoluta discreción del Tribunal, y por otra parte hay que reconocer que las normas que incriminaban gran parte de los hechos imputados a los acusados eran inexistentes anteriormente al proceso". De aquí que la violación a los principios *nulla poena, sine lege, nullum crimen sine lege,*

sión", y que el Tribunal tampoco juzgó pertinente dar una definición, estimando que "ciertas personas de entre los acusados, habían preparado y llevado a cabo guerras de agresión en contra de diez naciones y que eran por lo tanto culpables de tales crímenes, sin que tuviera objeto tratar en detalle la cuestión". Así, el Tribunal siguió la distinción establecida en el Acta de Acusación entre "operaciones agresivas" en contra de Austria y Checoslovaquia, y la serie de "guerras de agresión" que tuvieron su inicio con el ataque en contra de Polonia. Véase "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences", *cit.*, pp. 214-310.

[20] Véase Merle, Marcel, *Le Proces de Nüremberg et le chatiment des criminels de guerre*, París, Pédome, 1949, pp. 107-112. *Cfr.* Oppenheim, L. y Lauterpacht, H., *Tratado de derecho internacional público*, *cit.*, t. II, vol. II, pp. 128-139.

conocidos por la mayoría de los derechos internos, haya sido palpable, concluye Rolando Quadri.[21]

De atenernos a esta interpretación, la idea directriz que prevé que un acto permitido, luego, jurídicamente legítimo al momento de su realización, no pueda ser reprimido *ex post facto*, habría sido infringido tanto por el Estatuto de Nüremberg como por el proceso y sentencia de dicha jurisdicción.

X. Tribunal Militar Internacional de Tokio

1. *Formación y atribuciones*

El general Mac Arthur, comandante supremo de las fuerzas aliadas, crearía mediante una proclama especial del 19 de enero de 1946, el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (International Military Tribunal for the Far East).

El Tribunal de Tokio debía "... juzgar a las personas acusadas individualmente o a este doble título, de crímenes, y principalmente de crímenes contra la paz"; es decir, se instauraba para juzgar a los grandes criminales de guerra del Extremo Oriente.

Existen pocas diferencias *de fondo* entre los Estatutos de Nüremberg y de Tokio. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente contempla las mismas categorías de crímenes que el Estatuto del Tribunal de Nüremberg; esto es, crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (artículo 5o.). Por lo que se refiere a los crímenes contra la paz, difiere un poco la definición, ya que aquí están comprendidos la organización, la preparación, la iniciación o la prosecución de una guerra de agresión "que haya sido o no declarada como tal". Esto último se añadió por el nada desdeñable hecho de que las hostilidades habían estallado y continuado durante mucho tiempo en

[21] Véase Quadri, Rolando, *Diritto internazionale pubblico*, Nápoles, Lignori Editore V., 1968, pp. 422 y 423. Los llamados "Doce procesos de Nüremberg" contra criminales de guerra, se instruyeron después de que terminó funciones el Tribunal de Nüremberg, con la diferencia de que se celebraron exclusivamente ante tribunales militares norteamericanos, constituidos por orden del comandante en jefe de la zona de ocupación estadounidense en Alemania, del 18 de octubre de 1946 al 17 de febrero de 1947, *ibidem*.

Extremo Oriente, sin que hubiera existido nunca declaración de guerra formal en ningún sentido, ni de una parte ni de otra.[22]

2. *La noción de "complot"*

El Tribunal de Tokio, de manera expresa, aprobó e hizo suya la Declaración del Tribunal de Nüremberg, según la cual el Pacto de París de 1928 había hecho ilegítimo el recurso a la guerra como instrumento de política nacional, habiendo establecido, además, la responsabilidad penal de las personas que preparan y llevan a cabo una guerra de tal naturaleza; y avalado que el alegato de la emisión de una orden superior —o acto de gobierno— no podría en ningún caso ser invocado por los acusados como posible eximente de responsabilidad.

Por otra parte, el Tribunal de Tokio examinó más en detalle que el de Nüremberg, la noción de "complot", declarando principalmente que

> existe complot en vistas a librar una guerra de agresión o una guerra ilegítima, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer dicho crimen. Sigue luego, en el marco de este complot, la organización y la preparación de dicha guerra. Aquellos que participan en el complot en esta etapa pueden ser, ya sea los conspiradores originales, o ya sea las personas que tiempo después han adherido al complot mismo. Si estos últimos se unen a los fines del complot, adoptando los planes y preparando la ejecución, devienen conspiradores.[23]

3. *Inmunidad del emperador*

De los veintiocho acusados ante el Tribunal de Tokio, catorce de ellos tenían el rango de generales, habiendo ejercido la mitad de éstos las funciones propias de un ministro de guerra.

22 Véase Minear, H. Richard, Victor's Justice, *The Tokio War Crimes Trial*, Londres, Princeton University Press, 1971, *passim*. El plan "concertado", "complot" o "conspiracy", si bien no constituía un delito autónomo como en Nüremberg, no por ello se desvanecía del todo, como veremos más adelante.

23 Véase *Record of Procedings of The Tribunal for the Far East*, vol. 146, pp. 448 y 449. Citado por Richard H. Minear, Victor's Justice, *op. cit.*, pp. 136 y 137. Al igual que Nüremberg, el Tribunal de Tokio no retendría la noción de "complot", en relación con los crímenes de guerra, ni en relación con los crímenes contra la humanidad, sino única y exclusivamente en contra de los crímenes contra la paz. *Ibidem*.

Sin embargo, su jefe supremo, en nombre del cual combatían y estaban dispuestos a sacrificar sus vidas, el emperador Hiro-Hito, no sería hecho comparecer ante el Tribunal; nunca sería enfrentado a la justicia.

Nosotros conocemos ahora, gracias a los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en los últimos años —sostiene el profesor japonés Kentaro Awaya— el contexto histórico y las razones que explican la inmunidad de la que se benefició el emperador.

Por razones puramente políticas, el gobierno norteamericano decidió abandonar toda diligencia de persecución. El general Mac Arthur fue la figura principal para que se le acordara la inmunidad a Hiro-Hito, a la par que el mantenimiento del sistema imperial, necesario al buen funcionamiento de la ocupación del Japón.

Una vez tomada esta decisión, la fiscalía eligió a los acusados, esto es, a los jefes de las facciones militares que conspiraron, con fines de invasión, contra países extranjeros. La acusación se apegó a la tesis del complot-conspiración, al quedar los jueces, en la imposibilidad de condenar al sistema imperial en tanto tal por la guerra que había llevado a cabo.[24]

4. *Acta de acusación*

El Tribunal Militar de Tokio, compuesto de once jueces provenientes de once naciones aliadas, dictaría su veredicto final el 12 de noviembre de 1948. Ninguno de los 28 grandes criminales de guerra pudo obtener una sentencia absolutoria. Los condenados a pena de muerte fueron conducidos a la horca el 23 de diciembre de 1948.

El acta de acusación cubre un periodo que principia el 1o. de enero de 1928, esto es, que va mucho más allá del famoso ataque a Pearl Harbor, para inscribirse en la fecha de la firma del Pacto Briand-Kellog, que había declarado, como vimos, la guerra como violatoria del dere-

[24] Véase Awaya, Kentaro, "Le proces de Tokyo contre les crimes de guerre: mise en accusations et inmunite", en Wieviorka, Annette, *Les Proces de Nuremberg et de Tokyo*, Bruselas, Éditions Complexe, 1996, pp. 185-191. Con todo y todo, en la fundamentación de la sentencia, sir William Webb, presidente del Tribunal, declaró: "Tal vez el emperador Hiro-Hito no quería la guerra, pero expresó su acuerdo y de ello dependia todo... El monarca debe arriesgar incluso su vida, si en verdad quiere proteger a su nación y su país de la guerra... Hay que considerar pues al Emperador como principal culpable del crimen". Véase Minear, *cit.*, *Victor's Justice: The Tokio War Crimes Trial*, Londres, 1971, pp. 229 y 230.

cho internacional, y que había sido ratificado por Japón y más de sesenta países.[25]

El acta de acusación describe una banda militar criminal, culpable de complot, o conspiración contra la paz. En este sentido, es cierto que el punto clave en todo el proceso es el término "complot". De esta suerte, se estipula que "... todos los acusados han participado en la elaboración o en la ejecución de un plan concertado o complot, y son responsables de todos los actos cometidos por toda persona con miras a la ejecución de dicho plan".

Toda esta preparación no era imputable a la ambición de un solo hombre, sino de varios, pero siempre actuando en virtud de un plan común con un objetivo común. Este objetivo (asegurar la dominación de Japón mediante guerras de agresión) era criminal, y no se podía, se decía en el Proceso de Tokio, concebir crimen más grave que una conspiración de tal naturaleza que amenazaba la seguridad mundial.[26]

5. *El error y la supuesta réplica de los procesos*

Para estudiosos, como Charles Minear, un punto que debe dejarse bien claro en la historiografía de los procesos internacionales es que si bien ha sido demostrado que había existido entre ciertos dirigentes el deseo de

[25] A propósito del ataque japonés a Pearl Harbor, base naval de los Estados Unidos en Hawaii, el 7 de diciembre de 1941, varios historiadores han acusado, de una forma u otra, al presidente Franklin D. Roosevelt de "haber voluntariamente descuidado la defensa de Pearl Harbor, a fin de provocar un shock psicológico, único capaz de vencer las reticencias aislacionistas", Mourre, Michel, *Dictionnaire de l'histoire*, París, Bordas, 1990, p. 675. La llamada "escuela revisionista" es todavía más drástica: "As Professor Harry Elmer Barnes has put the case, in rather plain English: The net result of revisionist scholarship applied to Pearl Harbor boils down to this: in order to promote Roosevelt's political ambitions and his mendacious foreign policy some three thousand americans boys were quite needlessly butchered...". Citado por Ferrell, Robert H., *Pearl Harbor and the world war*, Gran Bretaña, Esmonde M. Robertson, MacMillan Press, 1973, p. 272.

[26] Véase "Charte du Tribunal Militaire International pour l'Extreme-Orient approube des Forces Allies en Extreme-Orient", en Bazelaire y Cretin, *La justice penale internationale*, París, PUF, 2000, anexo 3, pp. 133-142. Es cierto que a diferencia de Nüremberg, el Tribunal de Tokio no hacía de la acusación de la *conspiracy*, un cuarto tipo de infracción, sin embargo no lo descartaba del todo, puesto que el Tribunal era competente para juzgar a los criminales de guerra, "ya sea como individuos, o ya sea como miembros de una organización". La pertenencia dejaba de ser una infracción autónoma para devenir una forma de participación criminal. Véase artículo 5o. de la Carta de Tokio, *cit.*

asegurar la dominación de Japón sobre otras naciones asiáticas, ninguna prueba ha establecido la realidad de un "complot" en estricto sentido.

El examen de diversos hechos y eventos relevantes no es suficiente para establecer la existencia de un "complot", y antes, al contrario, para Charles Minear, ese mismo examen nos debe llevar a la conclusión de que no existía ningún plan concreto, ninguna decisión antes de 1941, que hubiera llevado inevitable e inexorablemente al ataque de la base naval estadounidense de Pearl Harbor.[27]

Dentro de este mismo punto, la eminente historiadora, Isabelle Flandrois, sostiene que el error se genera por el hecho de que el proceso de Tokio quiso ser copia fiel del Proceso de Nüremberg, y esto provocó que se fabricara una imagen artificial de Japón, como una réplica de la Alemania del III Reich, y este error proviene a su vez de una visión de la Segunda Guerra Mundial, concebida como un gran y vasto "complot" contra la civilización entera.

Pero la guerra del Pacífico no se puede extrapolar a la guerra europea. El general Tojo (principal acusado) no era Adolfo Hitler, y no existía —continúa diciendo la profesora Flandrois— en Japón nada que se le asemejara al partido único sobre el cual habría podido apoyarse un füihrer nipón. El acercamiento con los países del Eje no fue el resultado de una concordancia ideológica, sino de intereses estratégicos de política internacional.[28]

6. *Unidad 731*

Pero probablemente un aspecto todavía más grave y que deliberadamente dejó de lado la Corte Militar de Tokio, fue el relativo a los experimentos biológicos y químicos conducidos por las tropas japonesas, principalmente a través de la famosa "Unidad 731", antes y durante la Segunda Guerra Mundial.

El gobierno norteamericano, y el general Mac Arthur, verdadero procónsul con autoridad ilimitada, evitaron revelar las atrocidades de esta "Unidad 731" ante el Tribunal,

[27] Véase Minear, Charles, Victor's Justice, *op. cit.*, Princeton University Press, 1971.

[28] Véase Flandrois, Isabelle, "Le Proces de Tokyo", en Wieviorka, Annette, *Le Proces de Nüremberg et de Tokyo*, Bruselas, Éditions Complexe, 1996, p. 171.

> ... de manera de poder monopolizar las informaciones sobre las diferentes experiencias realizadas sobre seres humanos... Se puede suponer que si estos hechos hubieren sido sometidos al Tribunal, los abogados de la defensa habrían contraatacado, acusando a los Estados Unidos de haber lanzado las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki... además de que cuando en un momento dado del proceso, alguien de la Defensa intentó acusar a los Estados Unidos por dicho lanzamiento de bombas atómicas,... la cuestión fue desechada aduciendo que la misma no caía dentro de la jurisdicción del Tribunal de Tokio.[29]

7. *Opiniones disidentes en Tokio*

Por último, parece importante resaltar que los jueces del Tribunal de Nüremberg no emitieron ninguna opinión divergente en cuanto a la competencia del mismo Tribunal, ni tampoco acerca de los principios de derecho que fueron aplicados durante el proceso. Apenas el juez ruso emitió una opinión diversa a la mayoría, en lo relativo a la absolución de ciertos acusados y en particular por la pena que había sido dictada en contra de Rudolf Hess.

[29] Véase Awaya, Kentaro, *op. cit.*, pp. 188 y 189. "Cefait montre a l'evidence que le proems de Tokyo fut le 'proces des vainguers'." *Ibidem*, p. 189. A propósito del lanzamiento de las bombas atómicas sobre Hiroshima (6/VII1/1945) y Nagasaki (9/VIII/1945), el connotado historiador británico A. J. P. Taylor describe la reacción del presidente Trumann, de los Estados Unidos: "When Trumann learned that an atomic bomb had been dropped on Hiroshima, he exclaimed: "This is the biggest thing in History". The Americans used the atomic bomb against Japan with peculiar satisfaction", A. J. P. Taylor, *The Second World War*, Londres, Penguin Books, 1976, p. 228. Pero posiblemente más aterrador que la declaración del adocenado presidente Trumann resulta la actitud de la comunidad científica norteamericana, presionando para arrojar las bombas atómicas, con tal de justificar ante el Congreso las inversiones económicas de los proyectos y obtener mayor ayuda en el futuro. "The bomb simply, had to be used-so much money had been expended on it... The scientists insisted they must use it in order to justify to Congress all the money that had been spent on this... Both of them caused terrible destruction and ghastly sufferings to the Japanese people". Véase Taylor, A. J. P., *How Wars End*, Londres, Hamish Hamilton, 1985, pp. 97-99. La capacidad de comprensión parece además desintegrarse, pues aparte de la muerte y el dolor intenso, uno de los efectos más inhumanos del arma atómica fue precisamente sus efectos cuasi-permanentes, causados por la terrible radiactividad que de acuerdo con varios científicos, hasta la fecha repercuten en el plano genérico. *Cfr.* Cassese, Antonio, *Violence et droit dans un monde divisé*, París, Presses Universitaires de France, 1990, "Ce qui apparait different dans les cas de Hiroshima et de Nagasaki, e'esf la *qualite* de la souffrance infligee", *op. cit.*, p. 20.

Sin embargo, esto no sucedió con el Tribunal Militar de Tokio, en donde las opiniones de los jueces francés, holandés e hindú difirieron considerablemente del juicio del Tribunal en puntos de mucha importancia.

Así, por ejemplo, el juez francés, Henri Bernard, emitió una opinión disidente, sosteniendo: "El Estatuto del Tribunal no estaba fundado en ninguna regla de derecho existente al momento en que las infracciones fueron cometidas y por lo demás tantos principios de justicia habían sido violados en el curso del proceso que la sentencia del Tribunal sería sin duda anulada por razones de derecho en la mayoría de los países civilizados". En idéntica manera se pronunciaron los jueces de Países Bajos y de la India.

El juez Henri Rolling (Países Bajos) declaró, además: "... la preparación militar en vista de un conflicto probable no implica necesariamente un complot con miras a llevar a cabo una agresión". En el mismo sentido se pronunció el juez Binod Pal, de la India, considerando que en ausencia de una definición internacionalmente admitida de la noción de agresión, "... todo proceso como el que venía de llevarse a cabo ante el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente no era más que el proceso del vencido por el vencedor".[30]

XI. Conclusión

Por primera vez en la historia, los tribunales de Nüremberg y Tokio llevaron a cabo una obra de justicia internacional, creando un gran precedente al constituir la primera etapa de la justicia penal internacional del futuro.

Los procesos de ambos tribunales sostuvieron sin ambigüedad la responsabilidad de los individuos *vis à vis* la comunidad internacional.

[30] Véase *New York Herald Tribune*, 14/XI/1948, p. 27, y *New York Herald Tribune*, 13/XI/1948, p. 3. Citado por *Memorandum du Secretaire Générale*, Nueva York, Nations Unies, Assemble Générale, C.D.I., Lake Success, 1949, pp. 93 y 94. *Cfr.* Glaser, Stefan, *Introduction a l'étude du droit international pénal*, prefacio del prof. A. L. Goodhart, Bruselas, París, Bruylant/Sirey, 1954, pp. 76-131. Para el profesor Stefan Glaser, de la Universidad de Liege, no hay duda de que todos los actos incriminados por los tribunales militares internacionales, tanto de Nüremberg como de Tokio, "...étaient affectes du caractere criminal longtemps avant leur accomplissement. Il est certain que quand ils ont été commis, ils efaient consideres comme illégaux et punisables, non seulement pour la conscience universelle du monde civilisé mais aussi par le droit commun des Etats civilisés", cap. III, pp. 83 y 84.

A través de su jurisprudencia, reafirmaron —Jacques Desheemaeker— el principio capital que está en la base misma de la comunidad internacional: "el derecho por encima del Estado y nunca al arbitrio del mismo".

Nüremberg y Tokio demostraron, como nunca antes, que la existencia de una orden superior, como causa de exoneración de la responsabilidad del acusado, no era en absoluto admisible, ya que las obligaciones internacionales que se imponen a los individuos tienen primacía respecto a su deber de obediencia hacia el Estado del cual son ciudadanos.

Aquellas personas que violan las leyes de la guerra —derecho humanitario— no pueden alegar como justificación el mandato recibido por el Estado, desde el momento en que el Estado, al dictar tales órdenes, está trastocando los atributos legales que le reconoce el derecho internacional consuetudinario.

Los procesos de Nüremberg y Tokio, con todas sus bondades y virtudes, no por ello dejaron de ser criticados. Por una parte, la mayoría de los veredictos no habrían sido posibles sin el recurso a la teoría del "complot" y a la acusación de la guerra de agresión.

Es cierto también que la culpabilidad de los acusados exigía la creación de un tribunal internacional, pues cualquier otra solución no habría tenido el efecto político espectacular que se buscaba. Sin embargo, como ha señalado Manhed Messerschimidt (1870-1958), las potencias victoriosas probablemente hubieran podido brindar un mayor y mejor servicio al derecho internacional si éstas no hubieran convocado únicamente a sus propios procuradores y jueces. En este sentido, un foro especial de Naciones Unidas podría haber sido una mejor solución, aunque obviamente sin la espectacularidad social y el poderoso impacto político que se perseguía.

Sea de ello lo que fuere, después de estos procesos internacionales la justicia penal internacional invernaría por largo tiempo y por razones diversas ("guerra fría"), hasta la decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante la resolución 808 del 22 de febrero de 1993 de crear un Tribunal Internacional *(ad hoc)* para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991.

Poco después, en forma similar y como consecuencia de infinidad de informes, provenientes sobre todo de la Comisión de Derechos Humanos

de la ONU, demostrando el aberrante genocidio cometido en Ruanda y otros Estados vecinos, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptaría la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994, estableciendo una jurisdicción penal internacional, con sede en Arusha, Tanzania, para enjuiciar a las personas responsables de los crímenes ahí cometidos entre el 1o. de enero de 1994 y el 31 de diciembre del mismo año.

En el entretiempo, en este largo *intermezzo*, de Nüremberg/Tokio a ex Yugoslavia/Ruanda, no existe sino el muy honroso *Tribunal Russell*, constituido en Londres en noviembre de 1966, y apoyándose precisamente en los principios de Nüremberg, para pronunciarse sobre las responsabilidades, no de personas privadas, sino de aquellas generadas por el gobierno norteamericano en su guerra en contra del pueblo vietnamita.

El no representar a gobierno alguno, ni estar vinculados por razones de Estado, ni por obligación alguna de cualquier género, brindaba, ante la moral y la opinión públicas, una respetabilidad imponente al Tribunal.

Nadie lo pudo expresar mejor que Jean Paul Sartre, presidente ejecutivo del mismo, la mañana del 2 de mayo de 1967 en su discurso inaugural, en Estocolmo:

> Le Tribunal Russell est né de cette double constation contradictoire: la sentence de Nuremberg a rendu néccessaire l'existence d'une institution destinée à enquêter sûr les crimes de guerre et, s'il y a lieu, à en juger; ni les gouvermements ni les peuples ne sont aujourd'hui en mesure de la créer... Certes notre Tribunal n'est pas une institution. Mais, il ne se substitue a aucun pouvoir institue: il est issu, au contraire, d'un vide et d'un appel (Tribunal Russell, Gallimard, París, 1967, vol. I, pp. 28 y 29).

Finalmente, como es de todos conocido, el 18 de julio de 1998 en la Conferencia Internacional de Roma, Italia, se adoptaría un Tratado relativo al Estatuto de la primera jurisdicción penal internacional de carácter permanente, y con vocación universal.

La Corte Penal Internacional, en vigor desde el 1o. de julio de 2002, una vez que se depositó el sexagésimo instrumento de ratificación (artículo 126) ha sido sistemáticamente criticada y boicoteada abiertamente por el gobierno estadounidense bajo la presión del ala dura de la derecha parlamentaria.

El gobierno norteamericano no tiene la menor intención de que el día de mañana, por una razón u otra, uno de sus soldados de cualquier jerar-

quía, pueda ser susceptible de tener que enfrentar la Corte Penal Internacional por crímenes de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad. Cualquier miembro de sus fuerzas armadas debe, por ley, gozar de inmunidad.

El gobierno norteamericano, en una parte de su estrategia, está solicitando a otros Estados, que firmen acuerdos de no extradición a fin de que el día de mañana se comprometan a la no entrega de ciudadanos estadounidenses, presuntos responsables de crímenes penales ante la Corte Penal Internacional. De hecho ya se han firmado estos acuerdos bilaterales con una docena de países, tales como Israel, Rumania, Tayiskistán, Timor Oriental y otros.

Si el Tribunal de Roma se ha constituido teniendo como propósito fundamental el poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, ¿sería posible concebir que no existe incompatibilidad entre este propósito fundamental y la suscripción de acuerdos bilaterales con el gobierno norteamericano, que en el fondo podrían además dejar impunes a los autores de los crímenes competencia de la jurisdicción penal internacional?

¡De ahí que no parezca exagerado calificar, como lo han hecho varios diplomáticos, de verdadera "*jihad* ideológica" la guerra emprendida por los Estados Unidos en contra de la Corte Penal Internacional!

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALIDEZ EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO*

No es suficiente la consagración de los derechos humanos en los textos de las Constituciones para que su eficacia quede asegurada en la práctica, sino que se requiere del establecimiento de instrumentos procesales para prevenir o reparar la violación de los propios derechos.

Héctor FIX-ZAMUDIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Existe una "naturaleza" de los derechos humanos?* III. *La fundamentación de un concepto.* IV. *Los derechos humanos y la ilusión de su fundamento absoluto.* V. *El individuo y el "ejercicio efectivo" de sus derechos.* VI. *El derecho consuetudinario y los derechos humanos.* VII. *Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria.* VIII. *Jurisdicción doméstica y derechos humanos.* IX. *Norma consuetudinaria y pena capital.* X. *Infracciones "aisladas" e infracciones "significativas".* XI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Se puede convenir en la idea de que el conjunto de miembros que conforman la comunidad internacional está jurídicamente vinculada por una norma consuetudinaria que obliga al principio general del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y que se encuentran por lo demás, codificados en los principales pactos, convenciones y tratados sobre la materia.

* Separata del libro *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Los derechos humanos que han adquirido el rango de derecho internacional consuetudinario son de esta suerte, derechos fundamentales e inderogables. Dentro de esta línea de pensamiento la Corte Internacional de Justicia sostuvo en relación al *Caso del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Therán* (1980), lo siguiente: "El hecho de privar abusivamente de su libertad a seres humanos, y de someterlos, en condiciones angustiantes, a una coacción física, es a todas luces incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" (p. 42).

Por el contrario, y atendiendo a la política internacional, si nos referimos a una serie de derechos humanos, que no han sido reconocidos internacionalmente, más que por un número más o menos significativo de Estados, no parece que puedan ser calificados como tales fuera del ámbito propio de la jurisdicción doméstica de los Estados, y por lo tanto no poseyendo un carácter consuetudinario de alcance y vinculación universal.

Por otro lado, la relación entre las dos fuentes primordiales del derecho internacional, esto es, entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es sin duda cada día más compleja y más delicada.

Una regla inserta en un tratado, puede, llegado el caso, constituir un precedente que a su vez propicie que se genere una regla consuetudinaria, por la unión de una práctica uniforme reiterada y constante, aparejada a una *opinio iuris* concordante y simultánea. Esta ecuación juega, obviamente, también en sentido inverso, con las complejidades y problemas propios de la interrelación de estos procesos generadores de normas jurídicas, por ejemplo derecho convencional y derecho consuetudinario.

II. ¿EXISTE UNA "NATURALEZA" DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Todo nos deja indicar que los derechos humanos no son susceptibles de analizarse más que mediante la descripción de su naturaleza y su contenido, fuera de toda interpretación teórica e incluso filosófica.

Se puede sostener, ya que ninguna demostración efectuada ha mostrado lo contrario, que la persona está por naturaleza dotada de prerrogativas, es decir, de facultades para actuar o abstenerse de actuar en forma

consciente, rechazar, reclamar u obtener ciertos satisfactores, y sobre todo, la protección aledaña correspondiente. Pero lo que hay que dejar en claro, es que en sí por ellas mismas, estas prerrogativas no son derechos *stricto sensu*.

Para que puedan acceder a este plano legal, deben ser el objeto de un *status* particular; el *status* jurídico. Es necesario y suficiente, que la regla tenga su incidencia de alguna y otra manera, ya sea por la aceptación, la limitación, la organización, la regulación, la obligación o la prohibición. Ninguna facultad jurídica sin derecho, y ninguna facultad jurídica que no sea una prerrogativa; la inversa, sin embargo, no se da en forma necesaria.

Pero si bien las prerrogativas "abrigadas y encubiertas" por el derecho son constitutivas de derechos, esto no quiere decir, que todos ellos puedan ser calificados como "derechos humanos".

Las relaciones sociales comportan intrínsecamente el ejercicio de derechos que concretizan la sociabilidad. Muchos de ellos no son directamente relativos a la persona, sino a un acto jurídico como puede serlo un contrato de cualquier naturaleza u otros semejantes, como pueden ser los derechos del acreedor en contra de su deudor, o del derecho del propietario frente a su inquilino o inversamente.

Es por ello, como dice el profesor de Toulouse, Jacques Mourgeon, que se puede "excluir" el derecho de propiedad del ámbito de los derechos humanos, ya que, a pesar de afirmaciones contrarias, no está probado, ni demostrado, que la propiedad privada sea consubstancial a la persona, o esencial a su existencia.

De esta suerte, los derechos humanos pueden definirse como aquellas prerrogativas, gobernadas por un conjunto de reglas, que la persona detenta para sí misma, en sus relaciones con los gobernantes y con el poder.[1]

1 Véanse los ensayos de: Mourgeon, Jacques, *Les droits del l'homme*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 3-22. Obviamente que esta aparente "unicidad" en la definición no excluye la extrema diversidad en cuanto a su propio "contenido", ya que ninguna determinación precisa y unánimemente aceptable, sobre el concepto de derechos humanos es posible formularla hoy en día. Sin embargo, el poder, y en esto no hay discusión, dice J. Mourgeon, es simultáneamente "el proveedor y el sepulturero" de los derechos humanos, y más lo último que lo primero, *op. cit.*, pp. 9 y 12. Wyzanski, Charles E. *et al.*, "Estudios relativos a los orígenes de los derechos humanos", *Human Dignity; the Internationalization of Human Rights*, Nueva York, Ocean Publication, 1979, en particular pp. 1-23.

Es indiscutible que toda búsqueda de un fundamento, supone la necesidad lógica de "fundamentar", y si fuera necesario realizar esta operación a propósito de todo concepto, el problema entonces del "fundamento" en sí mismo, no recibiría jamás una solución satisfactoria ya que ello mismo conduciría incontestablemente a una auténtica regresión sin fin.

Para que la búsqueda de un fundamento sea una operación con sentido lógico, es absolutamente necesario, como afirma Charles Perelman, que se admita la existencia de realidades o principios que sirvan de cimiento a algo más, y que sean ellos mismos "incontestables", o por lo menos no sujetos a discusión.

Por el contrario, aquello que analíticamente se propone fundamentar, debería ser susceptible de ser puesto en duda ya sea en el terreno del derecho, o bien, susceptible de ser cuestionado en el terreno de los hechos.[2]

La expresión "derechos humanos" tiene una connotación doble. Por una parte, designa en primer lugar, un aspecto de "posesividad", esto es, derechos poseídos por el hombre, que le son "inherentes", "naturales", y que recubren por lo menos los derechos relativos a los dos elementos fundamentales del hombre, que serían tanto su cuerpo mismo, como su intelecto.

Sin embargo, también designa, en un segundo término, un aspecto de "relatividad", esto es, aquellos derechos que se relacionan con el hombre, derechos exteriores a los elementos constitutivos del ser humano, pero *relativos* a todas sus condiciones de existencia, considerados así como vitales, o por lo menos, como siendo imprescindibles a su condición de ser humano.

De esta suerte los derechos humanos se vuelven no sólo indeterminables en lo abstracto y por lo tanto "infinitos", sino también de una tal

2 Véase Perelman, Ch., "Peut-on fonder les droits de l'homme?", *Les fondement des droits de l'homme. Actes des entretiens de l'Aquila, Institut International de Philosophie*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 10. Para la gran autoridad del profesor Sir Hersch Lauterpacht y sin que éste deje de reconocer los métodos del derecho natural respecto a los derechos humanos, sin embargo, su autor, asienta con claridad, que el derecho natural no puede ser un substituto del derecho positivo: "*The law of nature is in no sense a substitute for positive law; it cannot by itself supply the solution of the problem of the rights of man. Whenever that happens the doctrine of natural rights degenerates into a doctrine of vested rights*", Lauterpacht, H., *International Law and Human Rights*, Archon Books, 1968 (reprinted United States of America). En particular véanse los capítulos 6 y 7 en donde se expone la función del derecho natural como expresión de los derechos humanos inalienables. pp. 94-126.

ampliación que permite, en el campo real, las más grandes y múltiples variaciones.

Ahora bien, sin duda y yendo más allá de categorías y subcategorías, los derechos humanos son la resultante mayor, y el signo más revelador, de la relación entre el poder y la persona, es decir, ni más ni menos, la relación política por antonomasia.[3]

IV. Los derechos humanos y la ilusión de su fundamento absoluto

Uno de los pensadores más lúcidos de nuestra época, el profesor de la Universidad de Torino, Norberto Bobbio, encuentra cuatro dificultades mayores en contra de esa ilusión de pretender encontrar un posible fundamento absoluto de los derechos humanos.

La expresión "derechos humanos" es una expresión de tal vaguedad que toda definición propuesta no es satisfactoria. Unas, son del tipo meramente tautológico, como aquellas que sostienen que los derechos humanos son aquellos derechos que pertenecen al hombre en tanto que tal. Otras son del tipo más bien *formal*, en el sentido que no nos dicen nada acerca de su contenido, como por ejemplo aquellos que postulan que los derechos humanos son derechos que pertenecen a todos los hombres y de los cuales ningún hombre puede llegar a ser privado de ellos. Y por último tendríamos el tipo de definiciones puramente teleológicas, que apelan a valores últimos, susceptibles de las más variadas interpretaciones, como por ejemplo aquellas que sostienen que los derechos humanos son derechos cuyo reconocimiento es la condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana, o bien, para el progreso civil o político, etcétera.

Si estos tres tipos de definiciones, no nos permiten elaborar una categoría de derechos humanos con características bien definidas, uno debe preguntarse entonces, dice Bobbio, cómo sería posible querer plantear el problema del fundamento de dichos derechos, cuando no somos siquiera capaces de otorgar una noción precisa sobre su significado.[4]

3 Véase Mourgeon, Jacques, *op. cit.*, nota 1, p. 12. Villey, M., *Le droit et les droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1983, capítulos I y II.

4 Bobbio, Norberto: "L'illussion du fondement absolu", *Actes des Entretiens de l'Aquila*, *cit.*, nota 2, pp. 3-10; véase igualmente en el mismo volumen sobre el *Fundamento de los derechos humanos*, el interesante intercambio de puntos de vista entre N. Bobbio, Perelman, Foriers, Calógero, Hypolyte, Buck Mc Keon, Mercier, Polin y Lombardi, fundiendo como moderador y presidente el profesor Alfred J. Ayer: "Premier Entretien", *op. cit.*, pp. 167-191.

Una segunda dificultad estaría constituida por el hecho de que los derechos humanos se presentan como una categoría extremadamente variable en el tiempo. Baste pensar que los derechos que habían sido proclamados como absolutos a fines del siglo XVIII, como por ejemplo el derecho a la propiedad "sagrada e inviolable", posteriormente fueron limitados o incluso en ocasiones abrogados.

Por el contrario, otros derechos, que las Constituciones políticas de los siglos XVIII y XIX ni siquiera mencionaban, como serían por ejemplo los derechos sociales, han llegado a ser un tema común de todas las Constituciones contemporáneas. A un derecho diferente, corresponderá por lo tanto, un fundamento también diferente.

La categoría de los derechos humanos, además de su gran vaguedad y variabilidad en el tiempo, es también extremadamente heterogénea (tercera dificultad) en relación, dice Bobbio, a la eficacidad de los derechos en el espacio en donde habitualmente se presentan. Así, entre los derechos humanos están comprendidos, tanto los derechos que valen hoy en día en toda situación y para todo ser humano, como el derecho a no se torturado o a no ser reducido a esclavitud, como aquellos derechos susceptibles de poder ser suprimidos bajo ciertas circunstancias, o para cierta categoría de personas. En varios países el reconocimiento de la libertad de expresión difiere mucho en su alcance y contenido de una nación a otra.

Por último, la cuarta dificultad que encontraría Bobbio contra esta ilusión del fundamento absoluto, consistiría en que parecería que existen derechos, considerados como fundamentales que, entre ellos, son muchas veces antitéticos, esto es, que no se puede reconocer la validez de uno de ellos, sin atentar en contra del otro, y viceversa. Los derechos individuales y los derechos sociales (libertades y poderes), son generalmente antinómicos en el sentido que su desarrollo no puede llevarse a cabo en forma paralela. La experiencia histórica demuestra que en la medida que los derechos sociales aumentan, las libertades individuales disminuyen, hasta límites extremos de regímenes como el de la ex Unión Soviética, en donde el ensayo de realizar los derechos sociales, coincidió con la más grande suspensión de los derechos individuales.

Por lo anterior, la conclusión del profesor Norberto Bobbio, es que el problema de fondo en el campo de los derechos humanos, es, hoy por hoy, no tanto el problema de su *justificación*, sino más bien el de su *pro-*

tección, hay, en otras palabras, un desplazamiento de un problema filosófico a un problema pragmático.[5]

V. El individuo y el "ejercicio efectivo" de sus derechos

Por otro lado, muchos autores al analizar los caracteres substanciales de la norma de los derechos humanos, deducen como consecuencia lógica, que el "individuo", siendo titular de estos derechos y pudiendo prevalerse de los mismos, esto equivale al surgimiento de la persona física en su calidad de *sujeto de derecho internacional*.

Pero posiblemente haya que atenuar estas aseveraciones tan categóricas, ya que, si ciertamente para ser considerado un *sujeto activo* de un orden jurídico, una entidad debe, antes que nada, estar investida por cierto orden jurídico, de derechos y obligaciones claramente definidos, sin embargo, ello no sería suficiente en forma alguna.

Para ello, es igualmente necesario tener la posibilidad de actuar directamente por medio de procedimientos apropiados, a fin de poder hacer respetar el *ejercicio efectivo* de los derechos, de los que presuntamente se debe beneficiar. La capacidad de actuar procesalmente sería, entonces, el criterio determinante de la personalidad jurídica.

Ahora bien, desde este punto de vista, como sostiene Pierre-Marie Dupuy, el derecho internacional general no ofrece al individuo más que ciertas perspectivas, pero todavía no se encuentran posibilidades reales de conjunto.

Los casos en los cuales una vía de derecho está directamente abierta a los individuos permanece todavía como la excepción a pesar de la multiplicación de situaciones en las cuales, principalmente por vía de petición,

5 Véase Bobbio, Norberto, "Premier Entretien", *op. cit.*, nota 4, pp. 167-191. El profesor Charles Perelman, defendía en este Coloquio dos ideas principales: *1.* Es inútil tratar de buscar un fundamento absoluto y ahistórico, y por lo tanto necesario e invariable, a los derechos humanos, sin embargo, sí parece posible encontrar un fundamento suficiente e histórico variable y contingente. 2. No se trataría, al presentar tal fundamento, el deducir un deber-ser del ser, sino de desprender las consecuencias axiológicas de una concepción de lo real que presupone juicios de valor implícitos, ya que según Perelman, en toda visión del mundo, realidad y valor se encuentran íntimamente vinculados. Véase Perelman, Ch., *op. cit.*, nota 2, pp. 10-18 y "Premier Entretien", *op. cit.*, nota 4, pp. 191-197. Para una comprensión más exacta tanto del pensamiento de N. Bobbio como de Ch. Perelman, veánse respectivamente: "Quelques arguments contre le Droit naturel" y "L'idée de Justice dans ses rapports avec la Moral, le Droit et la Philosophie", en el volumen *Le Droit Naturel, Institut International de Philosophie Politique*, París, Presses Universitaires de France, 1953, pp. 175-191 y pp. 125-147.

la posibilidad les es ofrecida de poner en marcha ciertos procedimientos, o recursos, ya sea que se trate en forma aislada o colectivamente.

Los procedimientos de garantía para hacer eficaces los derechos humanos tienen la peculiaridad de presentar generalmente un carácter más diplomático, administrativo o político, que propiamente jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, disposiciones tales como el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y al artículo 44 de la Convención Americana correspondiente, constituirán excepciones claras a la regla general de garantizar la eficacia de los derechos humanos por vía administrativa o política.[6]

VI. El derecho consuetudinario y los derechos humanos

Si analizamos la jurisprudencia internacional, tanto de la Corte Internacional de Justicia, como la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, se puede constatar que éstas han empleado siempre, a lo largo de décadas, un lenguaje muy cambiante a propósito de la costumbre, la que ha sido definida con calificativos diversos, y cuyo fundamento ha sido apreciado frecuentemente de manera equívoca, o por lo menos no-unívoca.

Pero por otro lado, podemos observar una continuidad notable por lo que respecta a la indicación de los elementos o condiciones que permiten afirmar su existencia: se trata de la "práctica de los Estados" (*repetitio facti*, o, *diuturnitas*), y de la convicción de que la adopción de actitudes conformes a dicha práctica es jurídicamente obligatoria (*opinio iuris sive necessitatis*).

El juez o árbitro, encargados de la determinación o no de una regla consuetudinaria, van a considerar los actos o comportamientos relevantes, cuyo conjunto compone la práctica de los Estados (que deben testimoniar por la naturaleza o la manera en que son llevados a cabo) de la existencia o inexistencia de una *opinio iuris*.

6 Véase Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, 2a. ed., París, Dalloz, 1993, capítulo 3, pp. 146 y 147. Partsch, K. J., "La mise en oeuvre de droits de l'homme par l'Unesco", *Annuaire Francais de Dorit International*, París, CNRS, 1990, pp. 482 y ss. En forma similar se expresaba el profesor Michael Akehurst: "The international law concerning the protection of human rights are a good example of the difficulty of deciding whether individuals dereve rights from international law, or whether they merely derive benefits", Akehurst, *A Modern Introduction of International Law*, 6a. ed., Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, p. 76.

Este último elemento, la *opinio iuris,* no podría ser, evidentemente, indagado de manera autónoma por medio de un imposible análisis de carácter psicológico, relativo a los móviles que hubieren llevado a cada Estado a adoptar ciertas conductas precisas y no otras muy diferentes y diversas.

La convicción de estar ejerciendo un derecho o cumpliendo con una obligación, se infiere precisamente de esa práctica generalmente seguida, constante y uniforme.[7] La impresión dominante es que la costumbre, como la más antigua de las fuentes, evoluciona hasta un punto tal en el cual puede llegar a codificarse, pero que probablemente existen también situaciones en que, idénticos sobre una misma materia, llegan a generar una regla de derecho internacional consuetudinario.

Existen otros casos, en los cuales el tratado y la costumbre interactúan simultáneamente, o bien, ocasiones en que dentro de una larga cadena causal, el tratado y la costumbre, van asumiendo alternativamente los papeles principales.

La Proclama Truman y sus secuelas (proceso consuetudinario), por ejemplo, llevó a la elaboración de un Tratado (Convención de Ginebra de 1958), el cual en su momento, produjo a su vez, respuestas de derecho consuetudinario.[8]

Se reconoce que no existen pruebas empíricas rigurosas para medir la relativa importancia de la costumbre o del tratado, pero es posible com-

7 Véase el excelente análisis realizado por el profesor del Instituto de Altos Estudios de Ginebra, Peter Haggenmacher, sobre el derecho consuetudinario a través de la práctica de la Corte Internacional de Justicia en: "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique internationale", *Révue Générale de Droit International Public*, París, 1986, t. 90/a, pp. 5-126. A propósito del elemento de la *opinio iuris* Haggenmacher observa lo siguiente: "De una pluralidad de *opiniones iuris* va a generarse una *communis opinio juris, una concordia omnium,* que se presentará ciertamente como un acuerdo, pero no de voluntades: se trata de un acuerdo de opiniones, de una armonía de concepciones, que no puede reducirse a un consentimiento de orden convencional", *op. cit.*, pp. 11 y 12. Por su parte Anthony A. D'Amato, en su conocida obra sobre la costumbre, sostiene que en el peor de los casos la *opinio iuris* sería una inofensiva tautología. "For if we can say that a state is acting in accordance with its conviction that it is acting in conformity with prevailing international law, then by implication we already know what that international law is. And if we know the law, then there is no further need to cite the 'evidence' of de states actual practice in conformity with that law". Sin embargo, concluye en la forzosa necesidad del elemento de la *opinio iuris* en la formación de la norma consuetudinaria, y que su importancia se revela evidente, cuando hay controversia sobre la existencia de la regla consuetudinaria. Véase D'Amato, Anthony A., *The Concept of Costum in International Law*, Estados Unidos, Cornell University press, 1971, pp. 73 y 74.

8 King Gamble, John, "The Treaty Customm Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, vol. 16, núm. 3, 1981, pp. 305-321.

probar cómo, sobre todo en ciertas épocas, el papel de los tratados como "fuente" disminuye, lo cual provoca un resurgimiento de la costumbre.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 (México ratificó este Instrumento el 25 de septiembre de 1974), codifica el principio clásico (artículo 34) referente a que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*); ello, sin embargo, no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (artículo 38).

En los comentarios al Proyecto de artículos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (18 periodo de sesiones), se reconoció que un tratado celebrado entre ciertos Estados, puede establecer un régimen territorial o marítimo que posteriormente llegue a ser obligatorio mediante costumbre para terceros Estados, como por ejemplo, los acuerdos para la posición de neutralidad de Suiza.

Pero la Comisión tuvo buen cuidado de precisar más adelante que:

> ...no puede decirse con propiedad en ninguno de estos que el Tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin restablecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado; como obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el Tratado.[9]

No hay pues, ninguna regla de derecho internacional que se oponga al hecho de que las disposiciones de un tratado lleguen a ser obligatorias para Estados que no sean partes en el tratado siempre y cuando tales disposiciones sean transformadas en reglas consuetudinarias.

Cuando una regla consuetudinaria llega a ser objeto de codificación, la regla en cuestión adquiere evidentemente un doble valor en cuanto que se convierte en regla convencional para los Estados que serán partes en el tratado; pero subsistirá como regla consuetudinaria, tanto en relación con

9 *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados*, Documentos oficiales, A/CONF 39/11 Add, 2, Nueva York, 1971, p. 54, inciso 2.

estos últimos, como en relación con aquellos Estados que no llegarán a ser partes en el tratado.[10]

VII. Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria

Es, sin embargo, muy delicado, como dice Paul Reuter establecer bajo qué condiciones un tratado puede llegar a generar una regla consuetudinaria, ya que implica el cuestionamiento mismo de la naturaleza y caracteres del proceso consuetudinario, que son de suyo, bastante controvertidos.[11]

Cuando se refiere a tratados multilaterales universales concluidos recientemente, como por ejemplo, los textos relativos al régimen del espacio ultraterrestre, se ha sostenido en ocasiones, que se estaba en presencia del nacimiento de una costumbre universal particularmente dinámica, que confería un valor consuetudinario a las reglas allí enunciadas.

Dichos tratados obtuvieron desde un principio un asentamiento sin reservas; pero la formación de una costumbre *cuasi-instantánea* no es aceptable más que para aquellos que sitúan el fundamento de la costumbre en un acuerdo tácito; e incluso el acuerdo unánime dejaría de registrarse, desde el momento en que se fue más allá de los principios generales, y que se examinaron las cuestiones técnicas.[12]

En el "Caso relativo a la Plataforma Continental en Mar del Norte", la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar en un momento dado, si una nueva regla consuetudinaria, poseyendo un contenido idéntico al del artículo 6o. de la Convención de Ginebra, se habría formado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio, según el cual una disposición convencional puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario:

10 Véase Perry Clive, *The Sources and Evidences of International Law*, Londres, University Press, 1965, pp. 28-83.

11 Reuter, Paul, *Introduction au droit des Traités*, París, Armand Colin, Collection U., 1972, p. 116.

12 *Ibidem*, p. 117. Por ello, dice Paul Reuter, parece más razonable admitir que son en realidad los acuerdos tácitos los que convierten ciertas reglas generales en obligatorias.

> Al atribuir al artículo 6o. de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, habiendo servido de base o de punto de partida a una regla que, puramente convencional o contractual al origen, se habría desde entonces integrado al *corpus* del derecho internacional general y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio iuris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido partes en la Convención. Ciertamente, esta situación se encuentra dentro del terreno de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es, incluso, uno de los métodos reconocidos por las nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.[13]

De acuerdo con este fallo de la Corte, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el *status* de norma consuetudinaria se requerirá antes que nada que la disposición en cuestión posea "un carácter fundamentalmente normativo, y puede así constituir la base de una regla general de derecho", "una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados"; y por último que, por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica, "ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado de manera a establecer un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego".[14]

Hay que aceptar, como lo reconoce Michael Akehurst, que es un tanto inútil querer hacer distinciones *a priori* entre reglas convencionales que son susceptibles de devenir normas consuetudinarias y reglas que carecen de dicha aptitud, ya que siempre será una cuestión del contexto y caso específico.

Sin embargo, puede sostenerse que la probabilidad de que tal transformación ocurra, va a variar en proporción inversa al alcance con que las

13 *Plateau Continental de la Mer du Nord. Arret,* CIJ, *Recueil des Arrests,* 1969, párrafo 41, párrafo 71 (traducción nuestra).

14 *Ibidem,* pp. 41-43, párrafos 72, 73 y 74. Véase Marek, Krystyna, "Le problème des sources du droit international dans lárret sur le Plateau Continental de la Mer du Nord", *Révue Belge de Droit International,* Editions de l'Institut de Sociologie, Bruselas, 1/1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión *fondamentalement normatif* —ciertamente desafortunada por su imprecisión— K. Marek afirma que probablemente lo que la Corte quiso decir fue una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario, *ibidem,* p. 58.

reglas del Tratado, difieran de las reglas previamente aceptadas por el derecho consuetudinario.

En particular, reglas convencionales que añaden una mera precisión al derecho consuetudinario son bastante probables que sean aceptadas como reglas consuetudinarias en el futuro; o bien, lo mismo puede ocurrir en aquellas hipótesis en que hay incertidumbre sobre el contenido del derecho consuetudinario preexistente.[15]

No obstante, es posible que la "aplicación" subsiguiente, que es esencial para que esas reglas se conviertan en consuetudinarias, no llegue a ocurrir. Es probable que la incertidumbre del derecho consuetudinario puede ser causada por un conflicto de intereses entre diferentes grupos de Estados, y entonces, es ciertamente posible, que cada grupo continúe adhiriéndose a la antigua costumbre, que sea acorde a sus intereses, en vez de adoptar su práctica no-contractual, dentro de la visión de los tratados que representa un compromiso entre los dos grupos de Estados.

VIII. Jurisdicción doméstica y derechos humanos

Dentro de este contexto y refiriéndonos al punto específico de los derechos humanos, la aceptación del carácter consuetudinario de ciertas normas, significa que el tema objeto de la norma, está al menos gobernado en principio, por el derecho internacional, y de esta manera, quedando fuera de la jurisdicción doméstica de los Estados.

Esto es de considerable importancia, ya que la efectividad real de los instrumentos de derechos humanos, depende para su observancia e instrumentación de los órganos y mecanismos judiciales y administrativos.

Aseveraciones en el sentido de que un particular tema, entra forzosamente en la esfera de la llamada "jurisdicción doméstica" de los Estados, obstaculiza e incluso impide, la aceptación de los principios de los derechos humanos internacionales, como pautas generales de comportamiento.

Luego entonces, los estudios empíricos de la práctica de los Estados, son de la mayor importancia, para establecer si un derecho en particular ha llegado a madurar en el sentido preciso de una norma de derecho consuetudinario.

15 Michael, Akehurst, "Custom as a Source of International Law", *British Year Book of International Law*, Oxford, XXV, 1974-1975, pp. 49-52.

Obviamente es de presumirse, que aquellos derechos que son más cruciales para la protección de la dignidad humana, como aquellos valores universalmente aceptados y cuya violación implica una amplia condena por parte de la comunidad internacional, llegarán a requerir un menor grado de evidencia confirmativa.

Así, por ejemplo, el *Restatement* de los Estados Unidos (sección 702), enlista un limitado número de derechos humanos, sobre todo de carácter civil, y de gran importancia, como normas que han cristalizado como reglas de derecho internacional consuetudinario.

Un estado viola el derecho internacional, dice el *Restatement*, si como parte de su política estatal, practica, promueve o avala:

1) El genocidio.
2) La esclavitud o el tráfico de esclavos.
3) El crimen o desaparición de individuos.
4) La tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.
5) La detención prolongada y arbitraria.
6) La discriminación racial sistemática.
7) Una permanente práctica de graves violaciones de derechos humanos reconocidos internacionalmente.[16]

El profesor Theodor Meron, menciona además como derechos humanos con carácter consuetudinario, a la discriminación religiosa y el derecho a la autodeterminación tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Pero además, según el profesor Meron, habría que incluir, ya sea como derechos humanos consuetudinarios, o como principios generales de derecho internacional —en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte—, el derecho a un trato respetuoso y digno de las personas privadas de su libertad, tal y como queda consagrado en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la prohibición de medidas retroactivas de carácter penal, estipulado en el artículo 15 del mismo Pacto.

De la misma suerte, la médula de las garantías requeridas en el debido proceso pueden ser consideradas dentro del ámbito "del derecho consuetudinario". En este particular sentido quedarían encuadrados fundamentalmente aquellos derechos consagrados en el artículo 14 del mismo Pacto:

16 Citado por Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 94 y 95.

1) Toda persona tiene el derecho de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.
2) La presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.
3) No ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable.
4) El derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas.
5) Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, o ser asistido por un defensor de su elección.
6) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y obtener la comparecencia de los testigos de cargo.
7) El derecho a que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
8) El principio *non bis in idem*, según el cual, nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme.[17]

IX. Norma consuetudinaria y pena capital

En una interesante Decisión relativa a la ejecución de dos jóvenes delincuentes en los Estados Unidos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró que no podía sostenerse la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que estableciera la edad de 18 años como el mínimo para la aplicación de la pena capital. Pero que, sin embargo, y a la luz del creciente número de Estados que han venido ratificando la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se podía demostrar cómo iba siendo modificada la legislación doméstica de conformidad con dichos instrumentos y de lo cual se desprendía una norma emergente, esto es, una nueva norma consuetudinaria *in statu nascendi,* en el sentido de que no podrá imponerse la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad (artículo 6o., párrafo 5).[18]

17 *Ibidem*, pp. 96 y 97. Respecto al principio *non bis in idem*, T. Meron, lo considera como derecho consuetudinario emergente. Otros derechos humanos de carácter consuetudinario serían sin duda: el derecho a la igualdad ante la Ley y no-discriminación; el derecho del individuo a dejar a su país y retornar a él; el derecho a la libertad de movimiento dentro del territorio del Estado.

18 Véase *Annual Report of the Inter.-American Commision on Human Rights 1986-1987*, O:A:S:/Ser L/VII. 71, Doc. 9, rev. 1.

En este caso en particular, la única forma en que los Estados Unidos podrían haber sido responsables internacionalmente (los Estados Unidos hicieron reserva de los artículos 4o. y 5o. de la Convención Americana), habría sido a través del reconocimiento de que la norma en cuestión (18 años mínimo), poseía entre los miembros de la OEA un *status* de *ius congens,* esto es, de una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional como norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, o derogación alguna (artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados).

X. Infracciones "aisladas" e infracciones "significativas"

Por último hay que decir que, contrariamente a lo que sostiene el profesor Schachter, en el sentido de que una infracción menor o aislada de un derecho humano no cae dentro del ámbito internacional, sino dentro del ámbito de la jurisdicción doméstica del Estado, nosotros nos inclinaríamos a pensar que por lo menos desde un punto de vista de *lege ferenda,* la posición del profesor Theodor Meron parece ser más consistente.

Este último sostiene que ahí donde un derecho, que ha sido violado, es un derecho claramente reconocido como norma de derecho consuetudinario, incluso respecto a violaciones individuales, el problema *no puede ser tratado en términos de jurisdicción doméstica.*

En la práctica de los Estados puede verse, dice T. Meron, que frecuentemente un Estado "A" se reprime o se inhibe de formular alegatos, en contra de un caso aislado de violación por parte de un Estado "B" de los derechos humanos de un ciudadano de ese mismo Estado "B".

Sin embargo —y es ésta una crítica a Schachter—, no está para nada claro, si esta práctica refleja una visión (*approach*) restrictiva del objetivo de los derechos humanos a nivel consuetudinario, aunado a una visión "expansiva" de la jurisdicción doméstica, o si por el contrario, lo único que sucede, es que por consideraciones de orden político, el Estado "A" limita su intercesión a aquellas violaciones sistemáticas y significativas realizadas por el Estado "B" sobre los derechos humanos de sus propios ciudadanos.[19]

19 Véase Meron, Theodor, *op. cit.,* nota 16, pp. 99-105. En un sentido similar se pronuncia el profesor A. D'Amato: "Although we may be entitled to complain about what nation 'x' does to its own citizens in 'x', we may, for other overriding political reasons, not want to show our interest in the

XI. Conclusión

A manera de conclusión quisiéramos recordar el "Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua", conocido por la Corte Internacional de Justicia, y en donde este Tribunal volvió a dejar muy en claro que el principio de no-intervención pone en juego el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia externa y que aún y cuando las infracciones al principio en cuestión puedan ser múltiples, sin embargo, sostuvo la Corte, que dicha regla forma parte integrante, a cabalidad, del derecho internacional consuetudinario.[20]

La existencia del principio de no-intervención en la *opinio iuris* de los Estados está respaldada por una práctica importante, sustantiva y bien demostrada.

Así las cosas, y al tomar nota la Corte de que los Estados Unidos acusaban a Nicaragua de haber estado violando los derechos humanos, ésta sostuvo que de cualquier manera, y aún y cuando los Estados Unidos pudieran formarse su propia versión sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, sin embargo, lo que estaba fuera de toda duda, es que el empleo de la fuerza no puede, de ninguna manera, pretender ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos.[21]

Más adelante la Corte concluiría, respecto a este punto, en la forma siguiente: "*The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States, and cannot in any event be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which is based on the right of collective self-defense*".[22]

En otras palabras, el derecho internacional positivo, no parece proveer hasta hoy en día, ningún fundamento jurídico serio a la llamada doctrina del derecho de injerencia por razones humanitarias, en tanto que derecho de un Estado para recurrir unilateralmente a la fuerza para hacer respaldar los derechos de la persona en un país tercero.

matter. The most difficult issues in the enforcement of human rights are not issues of law, but of politics and morality", D'Amato, Anthont, *International Law: Process and Prospect* Dobbs Ferry, Nueva York, 1987, chapter six, pp. 146 y 147.

20 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)*, Merits, Judgement, ICJ Reports, 1986, p. 206, párrafo 202.

21 *Ibidem*, 1986, p. 124, párrafos 267 y 268.

22 *Ibidem*, 1986, p. 125, párrafo 268.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

SEGURIDAD INTERNACIONAL COLECTIVA Y CRISIS DEL GOLFO PÉRSICO

International law, like any other branch of law, is an instrument of social control. It is not, and cannot be, a self-executing system which operates in a social vacuum. Wheter it serves civilising processes, or tends in the opposite direction depends on its subject in the double meaning of the term.

Georg SCHWARZENBERGER

SUMARIO: I. *El papel jurídico-político de la Organización de las Naciones Unidas*. II. *Reformas a la carta*. III. *Guerra del Pérsico*. IV. *Nacimiento y evolución de la crisis*. V. *Las medidas de embargo*. VI. *La resolución 678*. VII. *Anomalías jurídicas*. VIII. *El uso de la fuerza y el artículo 43 de la Carta*. IX. *Mutilación del sistema*. X. *Legítima defensa*. XI. *Conclusiones*.

I. EL PAPEL JURÍDICO-POLÍTICO DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), a pesar de su carácter político, es de igual modo una institución eminentemente jurídica; nació a raíz de un tratado que por su contenido es, a la vez, una verdadera Constitución, la cual le confiere su estructura, competencia y atribuciones a sus órganos.

Las actividades de la ONU conciernen directamente al orden jurídico internacional, en donde desempeña un papel de primera línea en el ejercicio de las dos funciones inherentes a todo orden jurídico: la creación y la aplicación del derecho.

La ONU, como toda institución jurídica, al entrar en contacto con las realidades cotidianas y bajo el impulso de las personalidades que la van conduciendo, va a experimentar una serie de transformaciones que no siempre fueron previstas por aquellos que establecieron sus estructuras, y muy lejos de la idea que podían hacerse de una evolución y un devenir que muchas veces se tornó en algo completamente diverso.[1]

La reforma de la ONU es objeto de discusiones y debates desde hace mucho tiempo; la cuestión de la revisión de la Carta de San Francisco se encuentra en el orden del día de la Asamblea General desde 1969, y el Comité Especial de la Carta prosigue imperturbablemente su trabajo desde el año 1974.

Se puede decir que las revisiones que ha sufrido la Carta desde su creación no han sido hasta ahora más que sobre cuestiones relativamente menores: la ampliación del Consejo de Seguridad de once a quince miembros en 1963; el Consejo Económico y Social, de 18 a 27 en 1965, y luego a 54 en 1973; así como una enmienda al artículo 109, adoptada en 1965 (Conferencia de revisión).

Por el contrario, y a pesar de todas las viejas críticas y los proyectos intentados para la supresión o modificación del famoso "derecho de veto" en provecho de los cinco miembros permanentes, ninguna reforma ha podido ser adoptada a este respecto, pues implicaría, ni más ni menos, *la revisión de la Carta.*

Lo que frecuentemente se olvida es la función principal que desempeña el "derecho de veto", que no es otra sino la de asegurar (M. Virally) el equilibrio entre sus detentadores, es decir, entre las grandes potencias. El veto otorga la garantía de que ningún miembro del Grupo de los Cinco podrá jurídicamente —apoyándose sobre una mayoría de otros Estados—, imponer su voluntad a otro miembro del grupo y hacer funcionar la maquinaria de la Organización en contra suya. Sin embargo, en la práctica se introdujo una flexibilización muy importante en este punto, desde que se decidió (1946) que la abstención voluntaria de un miembro permanente no era equiparable al veto del mismo. Este caso constituye un ejemplo notable, como lo ha señalado Michel Virally, de una costumbre modificativa de un tratado.[2]

1 Ver Virally, Michel, "L'ONU, devant le droit", *Journal du Droit International: Clunet*, París, vol. 99, 1972, pp. 501-533.

2 Ver Virally, Michel, *L'organisation mondiale*, París, Armand Collin, 1972, pp. 96-107.

II. Reformas a la Carta

Sin duda el sistema constitucional de la ONU se inscribe dentro de la distinción clásica de las "Constituciones rígidas", ya que toda reforma debe adoptarse por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Organización, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. De esta suerte, el "derecho al veto" interviene aquí también, con todas las consecuencias que se desprenden en caso de desacuerdo entre sus titulares (capítulo XVIII).

Así pues, si bien es cierto que estamos en presencia de una Constitución de una gran rigidez, también es cierto que la experiencia tomada de los derechos nacionales nos demuestra que con frecuencia las Constituciones más inmutables en su texto, son también aquellas cuyo espíritu es el menos respetado, encargándose la práctica ya sea de desvirtuar sus disposiciones, o bien de hacerlas caer en franco desuso.

Una de las razones por las cuales la Carta de las Naciones Unidas fue redactada en términos tan generales, fue el deseo de sus autores de que hubiera un margen de flexibilidad para la práctica posterior. Pero es evidente que ello ha conllevado el riesgo de que la práctica, al adquirir fuerza propia, ha motivado que en ocasiones se haya desarrollado en un sentido opuesto a la intención original de las partes.

Cuando la práctica se desarrolla en sentido contrario a los términos del tratado, esto plantea el problema de si debemos considerar como ilegal dicha práctica, o si constituye en realidad un medio de modificación del tratado.

En el caso de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que las reformas a la misma deberán adoptarse por voto mayoritario de las dos terceras partes (artículo 108), puede decirse, con M. Akehurst, que si esta disposición se extiende por analogía a las *reformas implícitas llevadas al cabo por la práctica*, parecería entonces que la misma práctica podría reformar la Carta siempre y cuando sea *aceptada* por las dos terceras partes de los miembros, incluidos todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.[3]

Las medidas coercitivas en sentido estricto, es decir, aquellas que se ocupan de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, pueden adoptar dos formas: el artículo 41 se refiere a las medidas coercitivas no militares, y el artículo 42 a las medidas de carácter militar.

3 Ver Akehurst, Michael, *Introducción al derecho internacional* (versión española y notas de Manuel Medina Ortega). Madrid, Alianza Editorial, 1972, pp. 293-346.

Un Estado no queda obligado a participar en las operaciones militares previstas por el artículo 42 si no ha celebrado el "convenio especial" bajo el artículo 43, mismo que ha quedado como letra muerta hasta la fecha. Esto no ha impedido a las Naciones Unidas el establecimiento de fuerzas por otros medios, como por ejemplo las fuerzas enviadas al Medio Oriente en 1956 (FENU), o al Congo Belga en 1960 (ONUC).

III. Guerra del Pérsico

En la crisis del Golfo Pérsico, el Consejo de Seguridad, después de imponer diversas medidas de carácter comercial en contra de Irak exigiéndole el retiro inmediato e incondicional de todas las fuerzas iraquíes de Kuwait y del restablecimiento de la soberanía, independencia e integridad territorial de Estado invadido (resolución 674), autorizó a todos los Estados miembros, de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, "a utilizar todos los medios necesarios para hacer respetar y aplicar la resolución 660 (1990)... así como para restablecer la paz y la seguridad internacional en la región". Todos los Estados eran solicitados a proveer el apoyo necesario para tales acciones.

Esta acción, con referencia específica al capítulo VII de la Carta, constituyó una nueva aproximación a la instauración del concepto de seguridad colectiva. A semejanza de la anterior acción coercitiva dentro de Corea (1950), no llegó tampoco a existir aquí una base para el Consejo con el fin de poder movilizar una fuerza de Naciones Unidas para una acción militar coactiva. De aquí que el Consejo, de nueva cuenta, se dirigiera a los Estados miembros para actuar en su nombre a través de las medidas que pudieran ser necesarias. Pero esta vez, no se estableció un comando unificado, y el uso de la bandera de las Naciones Unidas no fue autorizado.

IV. Nacimiento y evolución de la crisis

Irak comparte una "zona neutral" rica en petróleo con Kuwait y Arabia Saudita. El problema fronterizo nunca fue realmente solucionado, desde que Kuwait logró su independencia hace ya cerca de treinta años. Irak, que reivindicaba el Emirato como parte de su territorio, terminó por reconocer su independencia en 1963.

Después de terminado el conflicto irano-irakí, que duró de 1980 a 1988, Irak comenzó de nuevo con su política de reivindicaciones frente a Kuwait, alegando la soberanía sobre dos islas (Bubigan y Warba), las cuales, según el Emirato, formaban parte integrante de su territorio.

Las negociaciones que se habían entablado para solucionar el diferendo fueron rotas abruptamente con la invasión, el 1o. de agosto de 1990, del territorio de Kuwait por la armada irakí (la mayor del mundo árabe).

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptaría desde un principio una serie de resoluciones de orden esencialmente económico.

Todo el mundo pudo sorprenderse de que dichas resoluciones fueran adoptadas en esta fase, por unanimidad de los quince miembros del Consejo, incluyendo los cinco miembros permanentes, y en algunos casos por 13 votos a favor y 2 abstenciones (las de Cuba y la República de Yemen), pero sin ningún voto en contra.

Baste recordar las épocas en que todas las decisiones importantes se topaban con el voto de uno u otro de los miembros permanentes, paralizando así la acción del Consejo de Seguridad.[4]

V. Las medidas de embargo

La principal medida en este periodo del conflicto fue *el embargo sobre las relaciones comerciales de Irak*, decidida el 6 de agosto de 1990, a través de la resolución 661. De conformidad con ésta, se prohibía la importación de todos los productos y materias primas provenientes de Irak o de Kuwait, así como la exportación o transbordo de productos provenientes de esos dos países, con excepción de productos con fines médicos o humanitarios.

Era la tercera vez, en 45 años, que el Consejo de Seguridad decretaba un embargo contra un Estado. Las anteriores ocasiones habían sido contra Sudáfrica, contra Rodesia y en el conflicto de Corea (1950-1953), aunque en este último incidente el problema tenía más aristas.

El control y aplicación de las medidas del "embargo" estaba asegurado principalmente por las embarcaciones de guerra presentes en el Golfo Pérsico, mediante una serie de controles, por vía de inspección, funda-

4 Hasta principios de 1991, la lista de vetos era la siguiente: 268 vetos en total, en los cuales 127 habían sido interpuestos por la Unión Soviética; 75 por Estados Unidos; 29 por Gran Bretaña; 20 por parte de China y 17 por parte de Francia. *United Nations Handbook 1990*, Nueva Zelanda, 1990.

mentalmente; también de manera eventual por detención de los buques, pero nunca confiscación o captura de los mismos, lo cual hubiera implicado un "bloqueo".

El 9 de agosto el Consejo de Seguridad adoptó una nueva resolución (662), condenando la anexión de Kuwait por parte de Irak y declarando ésta como "nula de pleno derecho".

El 16 de septiembre el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 667, que condenó la intromisión de soldados irakíes en las misiones diplomáticas extranjeras en Kuwait y que anunció consultas urgentes en vista de la adopción de nuevas medidas concretas, bajo el capítulo VII de la Carta, "en razón de la violación persistente por Irak de la Carta, de las resoluciones del Consejo, y del derecho internacional".[5]

VI. La resolución 678

La nueva fase del conflicto se registró a partir del 29 de noviembre en virtud de la adopción de la Resolución 678, aprobada por 12 votos a favor, 2 en contra (Cuba y Yemen) y 1 abstención (China), esto es, sin que interviniera ningún "veto" de algún miembro permanente. Así, se autorizaba ahora a cualquier miembro de Naciones Unidas que cooperara con Kuwait a "utilizar todos los medios necesarios" para hacer respetar y aplicar las resoluciones adoptadas anteriormente en la materia, si para el 15 de enero de 1991 Irak no se hubiera conformado en su totalidad con las mencionadas resoluciones.

La adopción de la resolución 678 ha sido vista como *creadora de un precedente histórico*, por ser la primera vez desde la creación de la ONU que un texto autoriza a los Estados miembros a recurrir a todos los medios necesarios para neutralizar la acción bélica de Irak.

El caso que presenta mayores similitudes con el anterior, es el ocurrido en junio de 1950, cuando Corea del Norte cruzó el paralelo 38 e invadió Corea del Sur, y el Consejo de Seguridad se aprovechó de la ausencia del representante soviético (Malik) para adoptar una resolución por la que re-

5 De aquí que el 25 de septiembre de 1990, por 14 votos contra uno (Cuba), el Consejo adoptara la resolución 670, ampliando el embargo al tráfico aéreo de mercancías a destinación o en proveniencia de Irak. Por otra parte, es importante mencionar que la *Liga Árabe* condenó la invasión por 14 votos a favor y 5 en contra: Jordania, Sudán, Yemen, OLP, Libia (ausente) (3 de agosto de 1990). La OEA condenó en forma unánime la invasión (22 de agosto de 1990).

comendaba a los Estados miembros prestar la "ayuda necesaria" para repeler el ataque armado.[6]

Aun y cuando las fuerzas de Corea siempre se hayan ostentado como Fuerzas de Naciones Unidas, es dudoso que auténticamente lo fueran, pues todas las decisiones relacionadas con el funcionamiento de las fuerzas fueron adoptadas por Estados Unidos, y esto desde el nombramiento mismo del general McArthur como comandante al frente de dichas fuerzas. De aquí que bien puede estimarse que los Estados involucrados enviaban contingentes nacionales ejerciendo su derecho de legítima defensa colectiva conforme al artículo 51 de la Carta.[7]

VII. ANOMALÍAS JURÍDICAS

En la crisis del Golfo Pérsico no existió ninguna declaración formal de guerra entre Irak y los 28 Estados integrantes de la Fuerza Aliada. El voto aprobatorio de las resoluciones parlamentarias aprobando el recurso de la fuerza, fue en realidad interpretado como una autorización implícita del recurso de guerra. Este fue evidentemente el caso en Estados Unidos, en donde la decisión del recurso de la fuerza fue aprobado (13 de enero de 1991) por 52 votos contra 47 en el senado, y por 250 contra 183 en la Cámara de Representantes.[8]

6 En 1950 la Unión Soviética adoptó la política de *boicotear* al Consejo de Seguridad en protesta contra la negativa de éste a conceder el asiento que le correspondía a la China comunista. Si bien es discutible la extensión de la práctica desarrollada en relación con las abstenciones por ausencia de un miembro permanente, sin embargo, como bien apunta Michael Akehurst, el *boicot* soviético pudo haber constituido una infracción primera de las obligaciones de la Unión Soviética en virtud del artículo 28 de la Carta, que sostiene que el Consejo de Seguridad será organizado de modo tal que éste pueda funcionar en todo momento. Ver Akehurst, Michael, *op. cit.*, p. 306, nota 3.

7 Ver Vallat, F. A., "The Competence of the United Nations General Assembly", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, vol. 97, t. II, 1959, pp. 258-260. Al comienzo de las hostilidades, el Consejo de Seguridad recomendó que "los miembros de las Naciones Unidas proporcionaran a la República de Corea la asistencia necesaria para repeler el ataque armado y restaurar la paz y la seguridad internacionales en la zona", y que todo tipo de asistencia y fuerza militar se pusiese al mando de los Estados Unidos (*United Nations*, Doc. s/1511). Ver los textos de las resoluciones del Consejo de Seguridad del 27 de junio de 1950 y del 7 de julio del mismo año, en Sohn B., Louis, *The United Nations in Action*, Brooklyn, The Foundation Press, 1968, pp. 64 y 65.

8 Es el Ejecutivo, en Estados Unidos, quien ha adoptado unilateralmente las grandes decisiones militares, como fueron la serie de bombardeos a Vietnam, la incursión a Corea en 1950, la cuarentena cubana de 1962, la intervención en Granada en 1983, y la operación en Panamá en diciembre de 1989. En estos diversos casos el Congreso estadounidense se limitó a confirmar *a posteriori* las decisiones adoptadas por el Ejecutivo. Con todo, no hay que olvidar que en los términos de la War Powers Act del 7 de noviembre de 1973, el presidente está obligado a rendir cuentas al Congreso en las

Es claro que en la crisis del Golfo Pérsico no existió realmente una fuerza internacional de Naciones Unidas, sino más bien una yuxtaposición de contingentes nacionales colocados bajo el comando táctico del general americano Schwarzkpof, el cual había sido nombrado directamente por el presidente de Estados Unidos y no por el Consejo de Seguridad.

Es aquí, como dice Charles Rousseau, donde se constata una de las grandes anomalías dentro de la estructura de la fuerza multinacional: la misión de reconquistar Kuwait por las fuerzas antiirakíes era competencia de Naciones Unidas, puesto que sus atribuciones y límites habrían sido definidos por medio de la resolución 678, que autorizó el recurso de la fuerza, esto es, a través de un texto votado por una instancia internacional. Por consiguiente, la ejecución y la responsabilidad de esta misión debieron, en toda lógica, haber sido confiadas al Comité de Estado Mayor de la ONU que, a su vez, depende del Consejo de Seguridad (artículo 47 de la Carta).[9]

VIII. El uso de la fuerza y el artículo 43 de la Carta

Del conjunto de disposiciones de la Carta de Naciones Unidas se desprende que el recurso de utilizar la fuerza se encuentra prohibido, salvo que se lleve a cabo en las dos siguientes hipótesis: 1) en caso de legítima defensa individual y colectiva (artículo 51); 2) en caso de una acción que se efectúe en el marco de una operación autorizada por la misma Organización de las Naciones Unidas.

Aunque en un futuro el derecho internacional pueda desarrollarse en el sentido de considerar el no uso del recurso de la fuerza, cubriendo tam-

48 horas siguientes a toda incursión exterior de las tropas americanas, debiendo ser retiradas si el Congreso no otorga su acuerdo entre los 60 y 90 días posteriores a la notificación. La aplicabilidad de esta legislación resulta a nuestro modo de ver, igualmente pertinente para el caso en que se alegara que se trata de una operación de policía internacional decidida conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en el marco de la política de seguridad colectiva. Ver Glennon, J. Michael, "The Constitution and Chapter VII of the United Nations Charter", *American Journal of International Law (AJIL)*, Washington, D.C., vol. 85, núm. 1, enero de 1991, pp. 74-88.

9 Entre las diversas reseñas aparecidas sobre el nacimiento y el desarrollo de la crisis del Golfo Pérsico, es de destacarse las excelentes crónicas realizadas por el profesor Charles Rousseau, aparecidas en varios números de la *Revista General de Derecho Internacional Público*. Ver Rousseau, Charles, "Chronique des faits internationaux", *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, París, t. 94, núm. 4, 1990, pp. 1091-1100; t. 95, núm. 1, 1991, pp. 149-153; t. 95, núm. 2, 1991, pp. 468-474.

bién nociones tales como la coacción política, ideológica y sobre todo económica, sin embargo, hasta la actualidad la regla consuetudinaria en la materia se limita a la noción de fuerza armada (resoluciones 2625 y 3314 de la Asamblea General).

Quien primero utiliza la fuerza armada, se presume (Resolución 3314) su carácter de *agresor*, pero podría en un momento dado destruirse esta presunción (ejemplo: piénsese en la noción de *defensa preventiva* tantas veces esgrimida por Israel), y en esta hipótesis dentro del Sistema de Naciones Unidas, sería el Consejo de Seguridad a quien normalmente incumbiría el papel de juzgar si dicha acción era legalmente justificada.[10]

Los artículos 42 y siguientes que conforman el corazón del capítulo VIII de la Carta, prevén que el Consejo de Seguridad, si estima que las medidas del artículo 41 (sanciones sin el empleo de la fuerza) se revelan inadecuadas, puede recurrir al uso de operaciones militares emprendidas por medio de fuerzas puestas a su disposición por los Estados miembros y conducidas por un Comité de Estado Mayor, integrado por los jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Es precisamente este elemento esencial del sistema de mantenimiento de la paz de la Carta —por el cual el Consejo de Seguridad estaba provisto de un poder de policía—, el que no pudo jamás concretarse por ausencia de los famosos "convenios especiales" del artículo 43, por el que todos los miembros de las Naciones Unidas se comprometían a poner a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas para el propósito de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.[11]

IX. Mutilación del sistema

Esta mutilación del sistema de mantenimiento de la paz de la Carta suscitó una serie de desarrollos posteriores para permitir a la ONU hacer frente, al menos parcialmente, a sus responsabilidades en periodos de crisis. Por una parte, la extensión de las competencias de la Asamblea Gene-

10 Ver Gutteridge, J. A. C., *The United Nations in a Changing World*. Manchester. University Press. Oceana Publications London. 1969.

11 Ver Nicholas, H. G., *The United Nations as a Political Institution*. 55a. ed., Oxford. Oxford University Press. 1975. pp. 41-102; Colloque International de Nice. *L'adaptation de l'ONU au Monde d'Aujourd'hui*, Paris, A. Pédone. 1989. De este Coloquio véanse, en particular, las ponencias presentadas por los profesores Charles Chaumont y Francis Gérard, sobre el papel del Consejo de Seguridad y la necesidad de una fuerza permanente de Naciones Unidas; pp. 83-98 y 155-168, respectivamente.

ral, sobre todo a partir de la famosa resolución 377 (v) "Unión Pro Paz" de 1950, y por la otra, la instauración de una técnica mejor adaptada que la de la acción coercitiva a la coyuntura internacional del momento: las conocidas "operaciones para el mantenimiento de la paz". Operaciones estas últimas no coercitivas, pero destinadas a ejercer una influencia moderadora por su presencia y por la ejecución de tareas de observación, vigilancia e interposición entre elementos antagonistas, pero sin recibir la autorización de emplear el uso de la fuerza, a no ser que fuera destinada a la propia y legítima defensa. Estas operaciones comportan igualmente las características de poseer el consentimiento de los Estados en cuyos territorios las fuerzas desarrollarían sus actividades bajo la autoridad del secretario general de la Organización.[12]

X. Legítima defensa

El concepto legal de legítima defensa colectiva (artículo 51) fue invocado en la crisis del Golfo casi inmediatamente después de la invasión de Irak. Como se recordará, Kuwait solicitó la ayuda de otros países, por lo que tanto Estados Unidos, como Gran Bretaña y Arabia Saudita adoptaron prontas medidas para prestar la asistencia requerida.

El Consejo de Seguridad, en su resolución 661, por la que se adoptaron sanciones conforme al artículo 41 (medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada), también incluía en su preámbulo un párrafo en donde se afirmaba el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en respuesta al ataque armado de Irak contra Kuwait.

Es cierto que al sostener la aplicabilidad de la legítima defensa colectiva en la situación del Golfo, el Consejo de Seguridad estaba reconociendo implícitamente que terceros Estados tenían el derecho de hacer uso del

12 Ejemplos: la crisis de 1956 en Medio Oriente provocada por la nacionalización de la compañía internacional del Canal de Suez. La crisis del Congo de 1960 (ONUC). La crisis derivada de los enfrentamientos entre las comunidades griega y turca en Chipre en 1964. La crisis resultante de las hostilidades entre los países árabes e Israel en 1973 (UNFIC y FUNU, respectivamente). Igualmente, la fuerza establecida por la resolución 425, del año de 1978, a consecuencia de la penetración de las fuerzas israelíes en el Líbano (FINUL). Ver Moskos, Charles, *Peace Soldiers: The Sociology of a United Nations Military Force*, University of Chicago Press, 1976. De acuerdo con Hans Kelsen, la acción en Corea y la resolución "Unión Pro Paz" podrían posiblemente estudiarse como ejemplos en los que nuevas normas se generan violentando el derecho anterior, esto es, el principio conocido como *ex injuria jus non oritur*, sufriría muy importantes excepciones. Kelsen, Hans, *Recent Trends in the Law of the United Nations*, Nueva York, Frederick A. Praeger, 1951, pp. 927-949 y 953-986.

recurso de la fuerza para ayudar a Kuwait, aun cuando dichos Estados no hubieran ellos mismos sufrido ningún ataque y no hubiera de por medio tratado, acuerdo o vínculos especiales con Kuwait.[13]

Hasta antes de la crisis del Pérsico, la legítima defensa colectiva había sido invocada solamente en contadas ocasiones. Ese fue, por ejemplo, el caso con los Estados Unidos para justificar su acción militar en favor de Vietnam del Sur, o de la Unión Soviética en su intervención en Checoslovaquia (1968) y en Afganistán (1979). En estos dos últimos casos la Unión Soviética fue muy criticada en el seno del Consejo de Seguridad, ya que se adujo que el artículo 51 de la Carta no era aplicable porque no hubo ninguna agresión armada. Sin embargo, la Unión Soviética se limitó a argumentar que la legítima defensa es un derecho natural e inalienable de los Estados, y que la Carta lo único que hace es limitarse a confirmar este derecho consuetudinario.[14]

De acuerdo con la resolución 678, de 29 de noviembre de 1991, el Consejo de Seguridad *autoriza* a todos los Estados miembros a que si para el 15 de enero de 1991 Irak no se ha conformado con las anteriores resoluciones, podrían usar de todos los medios necesarios para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región.[15]

Con excepción del término "autorizar", como apunta E. V. Rostow, la resolución 678 cae dentro de aquel género de resoluciones que claramente alientan y apoyan una campaña de legítima defensa colectiva; por lo tanto, no puede caracterizarse como una acción coercitiva internacional emprendida por el Consejo de Seguridad.

La resolución mencionada, aun cuando sostiene que se actúe en aplicación del capítulo VII de la Carta, sin embargo no trata siquiera de asumir el control de la operación a través del Consejo de Seguridad, sino que éste, por el contrario, solicita a los Estados involucrados le tengan regu-

13 Ver, en este sentido Schachter, Oscar, "United Nations Law in the Gulf Conflict", *AJIL*, Washington, D.C., vol. 85, núm. 3, julio de 1991, pp. 457-461. El punto, como dice O. Schachter, tiene su importancia, ya que juristas como Hans Kelsen y D. W. Bowett habían sostenido posturas contrarias, *idem*, p. 457.

14 Esta es una posición bastante antigua que, en muchas ocasiones, ha sido defendida por Estados Unidos y varias potencias occidentales. Ver el comentario de Antonio Cassese al artículo 51 de la Carta en Cot, J. P. y Pellet, A., *La Charte des Nations Unies*, Edit. Económica-Bruylant, 1985, pp. 768-794.

15 Ver los textos de las resoluciones 666, del 13 de septiembre de 1990; 667, del 16 de septiembre de 1990; 669, del 24 de septiembre de 1990; 670, del 25 de septiembre de 1990; 674, del 29 de octubre de 1990, y 678, del 29 de noviembre de 1990, en "Documents des Organizations Internationales", *RGDIP*, París, t. 94, núm. 4, 1990, pp. 1177-1188.

larmente al corriente de las disposiciones que se adopten (punto 4 de la resolución 678).

El Consejo de Seguridad no realizó sesiones sobre la crisis del Golfo entre el 29 de noviembre, fecha de la resolución 678, y el 14 de febrero de 1991, cuando sesionó en secreto para discutir los aspectos políticos del fin de las hostilidades. Pero, además, el cese al fuego inicial en la guerra del Golfo se llevó al cabo en realidad no por medio de ninguna resolución acordada por el Consejo de Seguridad, sino por un *ultimatum* del presidente Bush, del 28 de febrero de 1991.[16]

De igual modo fue evidente para todos que durante el periodo de hostilidades, ni el secretario general ni ningún otro funcionario del Secretariado de Naciones Unidas, hizo el menor intento de ejercer el control sobre las operaciones militares, a pesar de que un Comité del Consejo supervisó activamente el programa de sanciones económicas.

Así pues, el término "autoriza" no podía implicar —dentro de la Resolución 678—, una transformación de campaña militar de legítima defensa colectiva, en algo semejante a una acción internacional coercitiva llevada al cabo por el Consejo de Seguridad.[17]

Es cierto que todo puede llegar a imaginarse cuando se hacen reflexiones *a posteriori*, y queremos en cierta forma reconstruir la historia; pero con todo, no podemos dejar de pensar que de manera muy semejante a la guerra de Corea de 1950-1953 —en donde la ficción de la Fuerza de Naciones Unidas permitió a Estados Unidos combatir en forma directa pero bajo ropajes solapados—, en el caso de la Guerra del Pérsico, la ficción de la Coalición Aliada permitió también a esta misma potencia llevar al cabo las directrices de su política exterior bajo el amparo y bendición del Consejo de Seguridad.

XI. Conclusiones

En el seno de una sociedad desigual, en la que los sujetos de derecho aseguran ellos mismos la formación de las normas, no es difícil entender

16 Ver Rostow, V. Eugene, "Until What? Enforcement Action Collective Self-Defense?", *AJIL*. Washington, D.C., vol. 85, núm. 3, julio de 1991, pp. 506-516. El *ultimatum* de Bush fue seguido por un acuerdo entre Irak y los comandantes de la Coalición Militar el 3 de mayo y después por la Resolución 687 del 3 de abril, por la cual el Consejo de Seguridad planteaba los términos de un cese al fuego permanente.

17 *Idem*, p. 509. También ver el artículo de Thomas, Frank M. y Faiza Patel, "U.N. Police Action in Lieu of War: The Old Order Change", *AJIL*. Washington, D.C., vol. 85, núm. 1, enero de 1991, pp. 63-74.

que los más poderosos de entre ellos contribuyan de manera prioritaria a la estabilización de las relaciones de poder, pues por lo demás no olvidemos que todo derecho, por definición, tiende a definir y consolidar un determinado orden social.

El derecho internacional vendrá a ser en gran medida un producto de las relaciones de poder entre los actores de la sociedad internacional, y las funciones de este derecho serán en gran medida igualmente funciones de carácter político, en el sentido que la aplicación y formación de sus normas, van a constituir uno de los medios ideales que los Estados podrán utilizar con objeto de hacer prevalecer sus muy particulares y bien concretos intereses.

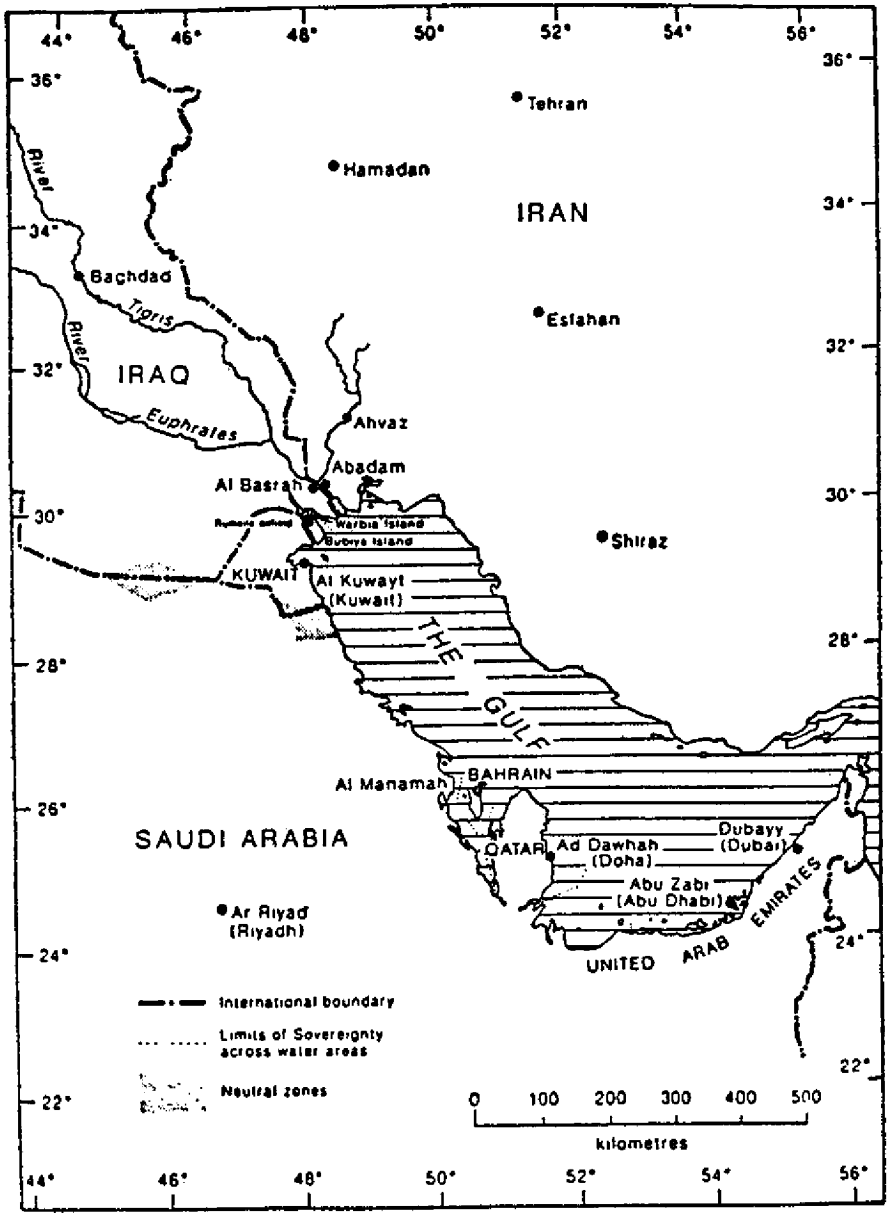
Pero no hay que perder de vista que éste pueda ser el momento ideal para que la falta de legitimidad que pesa sobre la ONU, pueda ser parcialmente subsanada por medio de reformas que antes se evidenciaban como imposibles.[18]

De esta suerte, sería conveniente analizar si debiera ampliarse la membresía permanente en el Consejo de Seguridad, con la inclusión de países como Japón, Alemania, India, Egipto, México o Brasil, y sin que necesariamente les fuere por ellos conferido un derecho de veto.

La Asamblea General podría ser reformada mediante la introducción de una especie de sistema bicamaral, el que se tomara en cuenta la elección de los miembros en relación directa con la población de los mismos.

La autoridad de la Corte Internacional de Justicia podría ser reforzada sobre todo en su fase propiamente "consultiva", permitiendo al secretario general de la Organización una más pronta y frecuente recurrencia ante la Corte para la elucidación de los aspectos legales de una controversia.

18 Ver, en relación con estos aspectos, el artículo de Thomas, Frank M., "United Nations Based Prospects for a New Global Order", *Journal of International Law and Politics*, Nueva York, vol. 22, núm. 4, verano de 1990, pp. 601-640.



Mapa tomado de *The Kuwait Crisis: Basic Documents*, Cambridge, Groting Pub., 1991.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

DERECHO INTERNACIONAL Y NUEVA LEY DE NACIONALIDAD MEXICANA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Criterio de efectividad.* III. *Criterios de atribución.* IV. *Adquisición directa e indirecta.* V. *Conflicto de nacionalidades.* VI. *La legislación mexicana.* VII. *El problema de la expedición de certificados de nacionalidad mexicana.* VIII. *Pérdida de la nacionalidad.* IX. *México consagra la doble nacionalidad.* X. *Conclusión.* XI. *Bibliografía.* XII. *Anexo: Derecho constitucional comparado.*

I. INTRODUCCIÓN

El Estado posee un poder exclusivo de atribución de su nacionalidad, tal y como fue reconocido desde tiempos de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso de los *Decretos de Nacionalidad entre Túnez y Marruecos*, en su Opinión Consultiva del 7 de febrero de 1923.[1]

De esta suerte, todo Estado soberano posee, *prima facie*, una competencia propia para atribuir su nacionalidad a los individuos que hayan nacido en su territorio o bien que residan en el mismo.

Sin embargo, la jurisprudencia en general es uniforme, en el sentido de señalar que el ejercicio de esta competencia no es discrecional, esto es, que la atribución de la misma va a estar condicionada por ciertos requisitos de fondo para poder ser válida u oponible ante terceros Estados.

1 Ver Hudson, Manley O., *The World Court 1921-1934*, Boston, Edit. World Peace Foundation, 1934, pp. 86-90. El diferendo franco-británico sobre los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos, fue considerado por la Corte como no siendo exclusivamente un punto de jurisdicción doméstica, de acuerdo con el primer párrafo 8 del artículo 15 de la Convención, aun y cuando reconoció que las cuestiones de nacionalidad caen generalmente dentro del ámbito de la jurisdicción doméstica. *Ibidem*.

II. Criterio de efectividad

Es un principio reconocido de derecho internacional consuetudinario, según el cual el Estado posee plena competencia para determinar las condiciones de adquisición o pérdida de la nacionalidad.

Este principio fue reafirmado con nitidez en el famoso caso *Notteböhm*, entre Guatemala y Liechtenstein, en su fallo de 1955.

Pertenece a todo Estado soberano el derecho a reglamentar por su propia legislación la adquisición de su nacionalidad, así como la de conferir ésta por la naturalización otorgada por sus propios órganos, conforme a su misma legislación.[2]

Obviamente, lo anterior no va en detrimento del hecho que, a través de *convenciones internacionales*, se pueda limitar o reglamentar esta competencia del Estado en materia de otorgamiento de la nacionalidad, esencialmente para poder evitar los casos de doble nacionalidad o los casos de apatridia.

Así, puede considerarse que si bien la nacionalidad otorgada por el Estado es, *prima facie*, válida completamente en el plano interno, no lo es, por el contrario, y en todos los casos, en el plano del derecho internacional.

Este es el gran aporte del caso *Notteböhm*, en donde la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la nacionalidad otorgada por un Estado, para poder ser oponible a un Estado tercero no debía ser "ficticia". La nacionalidad debía ser *efectiva*, y sustentarse en una vinculación real entre el individuo y el Estado que le otorga su nacionalidad.

Este tribunal sostuvo que:

> La Corte debe examinar si la nacionalidad conferida a *Notteböhm* por vía de naturalización presenta el carácter de vinculación efectiva, esto es, si el vínculo de hecho entre *Notteböhm* y Liechtenstein en la época precedente a su naturalización aparece como suficientemente estrecho, como suficientemente preponderante en relación con la vinculación que pudiese existir entre él y tal o cual otro Estado, que permita considerar la nacionalidad que le ha sido conferida como efectiva, como la expresión jurídica exacta de un hecho social de vinculación preexistente, o que se hubiese constituido tiempo después.[3]

2 Ver Cour Internationale de Justice, *Notteböhm*, deuxième phase. Arrêt du 6 abril, 1955, *CIJ Recueil*, p. 20.

3 Ver CIJ, *Notteböhm*, *op. cit.*, p. 24. La Corte, aplicando los anteriores criterios, concluyó que el vínculo de unión entre *Notteböhm* y Liechtenstein, no era un vínculo efectivo.

Sin embargo, una sentencia dictada poco tiempo después parece haber reducido un tanto el alcance de la jurisprudencia *Notteböhm*, y su *ratio decidendi*, esto es, la subordinación a la efectividad para ser válida internacionalmente.

El caso es el referente al arbitraje *Flegenheimer*, sometido a una Comisión italo-americana, la cual estimó que no era pertinente en éste el precedente *Notteböhm* que era invocado por el defensor.

En este arbitraje se sostuvo que en realidad la Corte Internacional de Justicia había entendido hacer de la efectividad una condición de la protección diplomática únicamente en los casos de doble nacionalidad, para determinar cuál de ellas expresaba la más fuerte vinculación. Sin embargo, dijo la Comisión, cuando un individuo no posee más que una nacionalidad la doctrina de la efectividad no propone un criterio seguro, y expone a las personas a las que la ley de un Estado atribuye su nacionalidad a verse denegada de ella por cualquier otro Estado.[4]

Si la nacionalidad tradicionalmente se ha definido como la pertenencia propia de un individuo a la población constitutiva de un Estado, no hay que olvidar que la Corte Internacional de Justicia y la Comisión de Derecho Internacional, con más claridad, la han considerado como un *vínculo jurídico que posee en su base un hecho social de cohesión*, de adhesión, una unión efectiva de existencia, intereses y sentimientos, en donde los factores tales como la historia, la lengua, la religión, la cultura, juegan un rol preponderante, pero siempre variable, según las circunstancias dentro de ese conjunto de tradiciones y de ideales comunes.[5]

Lo más deseable será siempre, en la medida de lo posible, que la noción jurídica de nacionalidad coincida lo más estrechamente posible con la noción sociológica, tanto sobre el plano colectivo como sobre el plano individual.

En el plano del derecho internacional, el efecto del vínculo de la nacionalidad se desprende de la definición clásica de lo que es el Estado mismo, con la población como uno de sus elementos constitutivos.

En primer lugar, el Estado ejerce frente a sus nacionales (o sus ciudadanos en el contexto interno) una competencia llamada *personal*, recono-

Hay que resaltar que la Corte no dijo que *Notteböhm*, no poseía la nacionalidad de Liechtenstein en el plano interno, sino que dicha nacionalidad tal como fue otorgada, no poseía efecto internacional, que no podía ser *oponible* a un Estado tercero, en el caso preciso, frente a Guatemala.

4 Ver "Affaire Flegenheimer". *Recueil des Sentences Arbitrales*, t. XIV, pp. 376 y 377.

5 Ver *Commission du Droit International des Nations Unies, Rapport sur la Nationalité*, 4 session. Genève, 1952, p. 7.

cida por el derecho internacional. Esta competencia le permite la adopción de ciertas medidas ante sus nacionales donde quiera que se encuentren, esto es, los nacionales, personas físicas o morales, no dejan de estar sometidos al poder normativo del Estado respectivo por el solo hecho de cruzar la frontera.

En segundo lugar, el vínculo de nacionalidad justifica la *protección diplomática* por el Estado *vis-à-vis* de terceros Estados: esta protección puede ir hasta el ejercicio de una acción internacional, por la cual el Estado endosa la reclamación de sus nacionales contra el Estado en cuestión: siendo el único, en el estado actual del derecho internacional, con competencia exclusiva para llevar al cabo tal acción.[6]

Hay que recordar que, en relación con las personas morales, no siendo éstas más que entidades abstractas, los hechos sociológicos de vinculación que están a la base de la adhesión del ligamen de nacionalidad de las personas físicas no puede serles aplicable. En particular, en virtud de que no poseen una historia colectiva ni cultural, y no forman parte de la población constitutiva de un Estado.

Sin embargo, por el hecho de que se les reconoce una personalidad jurídica, esto conlleva, de manera un tanto natural, a una transposición del concepto de nacionalidad.

De igual suerte, casi todos los Estados recurren al concepto de nacionalidad en relación con buques y aeronaves, y aunque aquí jurídicamente es absolutamente abusiva la transposición del concepto (una "cosa" no puede ser titular de derechos y obligaciones), no obstante se hace necesario para expresar esa vinculación administrativa y evitar toda la serie de problemas que —de no mediar esa inmatriculación— se derivarían de la sumisión del estatus de aeronaves o buques a la *lex rei sitae*.[7]

III. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

Los criterios de atribución de la nacionalidad de origen son prácticamente universales: esto es, por filiación, *ius sanguinis*, por la vinculación con el territorio, *ius soli*, y por la voluntad expresa que permite a una persona adquirir, con base en su petición, una nueva nacionalidad, o sea, la nacionalidad por naturalización.

6 Ver De Burlet, "De l'importance d'un droit international coutumier de la nacionalitié", *Revue Critique de Droit International Privé*, París, 1978, pp. 305 y ss.

7 Ver Mayer, Pierre, *Droit International Privé*, 3a. ed., París, Montchrestien, 1987, pp. 600 y ss.

La filiación o *ius sanguinis* constituye un criterio por excelencia de atribución de la nacionalidad. Aquí, parece prudente prever un límite a la transmisión indefinida de la nacionalidad por la sola vía *ius sanguinis*, para tener en cuenta el fenómeno de la emigración.

Por una parte, el emigrado y sus descendientes podrán haber perdido todo vínculo con el país de origen al haber adquirido la nacionalidad del país que lo acogió.

En cuanto a la atribución por nacimiento o residencia en el territorio, *ius soli*, es un criterio que hoy más que nunca, debe ser aplicable con ciertos matices, ya que, similarmente a lo que aconteció con el de filiación, puede llegar a adquirir un carácter demasiado fortuito.

Si la residencia de los padres sobre el territorio no fue sino meramente pasajera, el medio social no habrá tenido tiempo de ejercer una sensible huella sobre la persona, y además, muy probablemente, recibirá la nacionalidad de otro Estado.

Esta consideración sería suficiente para justificar una regla tradicional, en virtud de la cual se exceptúa de la atribución de la nacionalidad *ius soli* a los hijos del personal diplomático acreditado en dicho país.

Así, al igual que el criterio del *ius sanguinis*, que no debe ser atribuible en forma perpetua, el criterio del *ius soli* no debe aplicarse en forma instantánea.[8]

IV. ADQUISICIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Normalmente, los Estados prevén la adquisición de su nacionalidad por otros medios que aquellos a título de nacionalidad de origen.

Generalmente esta forma interviene ya sea de manera independiente, como consecuencia de una demanda de *naturalización*, o bien como consecuencia del establecimiento de un vínculo de familia, primordialmente a través del vínculo del *matrimonio*.

La naturalización es comúnmente subordinada a diferentes condiciones, como puede ser una cierta edad, residencia, asimilación, etcétera, pero en cualquier hipótesis la naturalización sigue siendo un acto que cae, dentro de la esfera de la más absoluta discrecionalidad del Estado al cual se le somete la demanda.

8 Ver Loussonarn, Yvon y Bourel, Pierre, *Droit International Privé*, París, Editions Dalloz, 1978, Collection: Petits Codes Dalloz, pp. 650 y ss.

Uno de los problemas que surgen con el acto de naturalización es que, por regla general, el mismo no está subordinado al consentimiento del Estado de origen, ni tampoco a la pérdida de la nacionalidad anterior, lo cual genera casos de doble nacionalidad.

Por lo que respecta al matrimonio con extranjero, la corriente moderna está en general de acuerdo en que el matrimonio no debe generar un efecto automático sobre la nacionalidad, tal y como lo prevé la Convención de Naciones Unidas del 2 de febrero de 1957 (en vigor desde el 11 de noviembre de 1958) sobre la nacionalidad de la mujer casada.

Sin embargo, el matrimonio en esta hipótesis puede abrir la posibilidad de adquirir la nacionalidad del cónyuge por vía de naturalización simplificada. Aquí, igualmente sería deseable, desde un punto de vista de *lege ferenda*, que hubiera pérdida automática de la nacionalidad del Estado de origen, pero la cuasitotalidad de los Estados son renuentes a admitir esta regla, lo que obviamente genera, otra vez, casos de doble nacionalidad.[9]

V. Conflicto de nacionalidades

La naturaleza y la diversidad de los vínculos de atribución posibles en esta materia genera, inevitablemente como consecuencia, que ciertos individuos respondan a las condiciones de atribución de más de una nacionalidad; en esta hipótesis, la persona responde simultáneamente ante dos o más Estados.

Actualmente esta situación resulta, principalmente, de la aplicación simultánea de los criterios de *ius sanguinis* y de *ius soli* (en la hipótesis de que estos dos elementos no coinciden en relación con un determinado sujeto), en la adquisición por un cónyuge de la nacionalidad del otro, pero conservando la nacionalidad de origen, y de la transmisión de la nacionalidad *jure sanguinis* a través de la madre o del padre.

Es evidente que, desde el punto de vista de la comunidad internacional, es un gran inconveniente el hecho que un individuo pueda prevalerse de una nacionalidad u otra como mejor convenga a sus intereses.

En conflictos en los que, por ejemplo, se trata de saber qué ley será aplicable por las autoridades mexicanas respecto de un individuo al cual las leyes mexicanas y las leyes guatemaltecas le atribuyen respectivamente su nacionalidad, la práctica de los Estados resuelve el problema por

9 *Idem*, pp. 669 y ss.

medio del *principio de la primacía de la ley del foro*, esto es —en nuestro ejemplo—, el individuo en cuestión será considerado como mexicano en México, y como guatemalteco en Guatemala.[10]

VI. La legislación mexicana

En muchos países de América Latina, entre ellos México, el instrumento legislativo que regula primordialmente la atribución de la nacionalidad es la Constitución Política.

El artículo 30 de nuestra Constitución reza de la manera siguiente:

> La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.
>
> A) Son mexicanos por nacimiento:
>
> I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuera la nacionalidad de los padres;
>
> II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana;
>
> III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.
>
> B) Son mexicanos por naturalización:
>
> I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
>
> II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional.[11]

10 Esta es la solución consagrada por la Convención de La Haya de 1930, según la cual un individuo que posea dos o más nacionalidades puede ser considerado como su nacional, por cada uno de los Estados que le han conferido su nacionalidad. Esta Convención es aceptada como la que consagra la mayoría de los principios consuetudinarios en materia de nacionalidad. Ver Pinto, Roger, "Le droit international de la nationalité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1986-III, t. 198, pp. 333 y ss. Cuando el conflicto de dos nacionalidades surge dentro de un tercer Estado, el principio que domina este conflicto de dos nacionalidades extranjeras se resuelve conforme al *principio de efectividad*, esto es, deberá investigarse respecto de cuál de los dos Estados, A o B, posee vínculos más estrechos (centro de sus actividades, residencia habitual, ejercicio del derecho de voto, servicio militar, etcétera). *Ibidem*.

11 El artículo 30 constitucional ha sufrido tres reformas: a) *Diario Oficial de la Federación* de fecha 18 de enero de 1934; b) *Diario Oficial de la Federación* de fecha 26 de diciembre de 1969; c) *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de diciembre de 1974, esta última referente a la naturalización aplicable tanto al varón como a la mujer extranjeros que contraigan matrimonio con mexicanos. Ver *Los derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones*, México, LII Legislatura, Porrúa, 1985, t. V, pp. 30-80.

Así, en México, se da el llamado sistema mixto, en el cual participan tanto el *ius sanguinis* como el *ius soli*. Pero, como dice Laura Trigueros:

"Los términos de la norma son muy amplios. Se reconoce cualquier tipo de vínculo para atribuir nacionalidad. No se establece limitación de ninguna clase. El objetivo es claro: contar con un pueblo del Estado numeroso, sin tener en cuenta su cohesión; se logra evitar la apatridia, pero los problemas de múltiple nacionalidad son frecuentes".[12]

La reglamentación de estos preceptos constitucionales quedó en manos de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, aparecida en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 1934, y que derogaba la antigua *Ley de Extranjería y Naturalización* del 28 de mayo de 1886.

Ahora bien, recientemente el Congreso de la Unión, mediante decreto aparecido en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de junio de 1993 (tomo CDLXXVII, núm. 15), expidió una nueva Ley de Nacionalidad, abrogando con ella la antes mencionada Ley de Nacionalidad y Naturalización, que nos había regido desde el año de 1934.

Uno de los muy escasos méritos que podemos encontrar en esta nueva Ley de Nacionalidad, es el de que intenta combatir los llamados "matrimonios simulados" entre mexicanos y extranjeros, realizados con el sólo propósito de adquirir la nacionalidad mexicana para efecto de los más diversos intereses.

Como preciosa anécdota, cabe aquí recordar que las dos hijas de don Benito Juárez, al pretender casarse con dos ciudadanos españoles, Juárez les puso como condición el que se naturalizaran mexicanos, de acuerdo con la legislación de aquel tiempo. El constituyente Macías lo explica de la siguiente manera:

> Lo que querían no era la nacionalidad, sino sacar las ventajas que les daba el parentesco con el señor presidente; lo que deseaban era llegar al poder y hacer negocio. En su país vivían en la miseria y aquí llegaron en el estado más lastimosos de penuria; después fueron hombres potentados. Luego, cuando se murió don Benito Juárez, fueron a España a arreglar que siguieran siendo españoles.[13]

12 Ver Trigueros, Laura, "Nacionalidad", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VI, pp. 224-228.

13 Ver *Los derechos del pueblo mexicano*, t. V, pp. 29 y 30.

Pues bien, en esta novísima Ley de Nacionalidad se establece tipificando una infracción administrativa:

> Contraer matrimonio el extranjero con el solo objeto de obtener la nacionalidad mexicana, en cuyo caso se impondrá multa de quinientos a dos mil salarios. Igual sanción se impondrá al cónyuge mexicano que, a sabiendas de dicho propósito, celebre el contrato matrimonial. Las multas previstas en el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de que la Secretaría, previa audiencia al interesado, deje sin efectos el documento que se hubiere expedido, así como de las sanciones penales que en su caso procedan (artículo 30, fracción IV, del capítulo VI).

¿Pero qué hay respecto a los difíciles casos de doble o múltiple nacionalidad?

En la ahora ya derogada Ley de Nacionalidad y Naturalización de 1934, se establecía que:

> Al individuo a quien legislaciones extranjeras atribuyan dos o más nacionalidades distintas de la mexicana, se le considerará, para todos los efectos que deben tener lugar dentro de la República, como de una sola nacionalidad, que será la del país en donde tengan "su principal residencia habitual", y si no reside en ninguno de los países cuya nacionalidad ostenta, se estimará como de la nacionalidad de aquel al que según las circunstancias aparezca más íntimamente vinculado (artículo 52).

Ahora, en nuestra vigente Ley de Nacionalidad de 1993, se sostiene, por una parte y en forma categórica, que: "La nacionalidad mexicana deberá ser única" (artículo 6o.), y por otra parte, se dice que: "Los mexicanos por nacimiento a quienes otro Estado atribuya su nacionalidad, podrán optar por la nacionalidad mexicana o extranjera, a partir de su mayoría de edad" (artículo 12, párrafo 1o.).

En primer lugar, nos parece que el prescribir que "la nacionalidad mexicana debe ser única", es una redacción no sólo desafortunada sino además tautológica, pues la nacionalidad que otorga un Estado es *única*, respecto a ese Estado y su legislación interna, y nunca doble o múltiple. La nacionalidad atribuida por Suiza es *única*, al igual que la nacionalidad de Turquía y que la nacionalidad de Grecia, o la de Francia, de Japón o de China. Por definición, un Estado soberano sólo puede atribuir una sola y única nacionalidad, y no dos, tres o más nacionalidades, y esto conforme a todo el derecho consuetudinario internacional.

Por otro lado, si un mexicano por nacimiento al que otro Estado atribuya su nacionalidad *no opta* (optar, no es sinónimo de obligación jurídica) por la nacionalidad mexicana o extranjera, ¿qué solución va a dar el juez que se encuentre ante dicha hipótesis, ya que el criterio de la "residencia habitual" ha desaparecido, lo mismo que el *criterio de efectividad* que consistía en la Ley de 1934, en determinarlo, conforme a las circunstancias en donde apareciera más íntimamente vinculado?

Es evidente, y esto siempre ha sido reconocido, que la posibilidad de la coexistencia en un solo individuo de dos o más nacionalidades constituye un verdadero absurdo, tanto jurídico como político, que genera situaciones opuestas e incompatibles.

Una persona no puede ejercer derechos en varios Estados simultáneamente sin que esta situación provoque toda una serie de dificultades de índole personal, y que podría constituir una fuente inagotable de conflictos internacionales, sobre todo en lo que atañe al cumplimiento de los deberes militares y a la posible recurrencia al ejercicio de la protección diplomática.

Una de las soluciones que a nosotros nos parece más factible, dentro del contexto internacional actual, para evitar el espinoso problema de la múltiple nacionalidad sería la organización de un *régimen seguro de pruebas sobre la nacionalidad*, como uno de los caminos que mejor podrían conducir a los resultados anhelados.[14]

Con justa razón, el maestro José Luis Siqueiros ha sostenido que cualquier innovación constructiva en la legislación mexicana para hacerla más acorde a la realidad actual, debería de recoger las siguientes aspiraciones:

> 1) Abandonar el uso irrestricto del *jus soli* y del *jus sanguinis*.
>
> 2) Adoptar un sistema mixto que atempere las asperezas a ultranza de ambos, complementándolos tal vez con el *jus domicilii*, evitando así en lo posible que se propicien los conflictos de doble y múltiple nacionalidad.[15]

14 Otros de los caminos que suelen enunciarse para solucionar el problema de la doble nacionalidad radican en lo que se llama la progresiva aproximación de los sistemas legislativos, o en la administración de una jurisdicción internacional, llamada a conocer no sólo de los conflictos de nacionalidad sino también de las dificultades que surjan de la correcta aplicación de las reglas uniformes de nacionalidad. También se suele hablar de la concertación de tratados y convenios internacionales, pero esta solución no parece ser muy operativa, en virtud de que más que solucionar realmente el problema, lo paraliza o petrifica, por así decirlo. Ver "Principio de nacionalidad" y "Conflictos de nacionalidad", *Enciclopedia OMEBA*, t. VI, pp. 34-40 y 40-44.

15 Siqueiros, José Luis, "La nacionalidad mexicana de origen. Su atribución en la legislación vigente", ponencia presentada en el Congreso sobre nacionalidad en la ciudad de Tijuana, septiembre de 1993. Mimeografiado. Mediante el criterio del *jus domicilii* como elemento complementario a los

VII. El problema de la expedición de certificados de nacionalidad mexicana

La competencia para la expedición de certificados de nacionalidad mexicana corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores, y la adquisición de dicho certificado tiene por función acreditar la calidad de mexicano por nacimiento (*Diario Oficial*, 18/X/1972).

Este certificado es concedido a aquellas personas a quienes el orden jurídico mexicano reconozca como sus nacionales, al mismo tiempo que un orden jurídico diverso le imputa su correspondiente nacionalidad. La presentación de tal certificado es exigible en el momento en que dichas personas (encuadradas dentro del supuesto de doble atribución de nacionalidad) pretenden ejercer derechos que el orden jurídico mexicano reserva únicamente a los nacionales.

El reglamento, fundamentalmente, refiere para la expedición de certificados los siguientes casos: los nacidos dentro del ámbito territorial de validez de nuestro orden jurídico, de padre o madre extranjera; los nacidos fuera del territorio nacional, con padre o madre mexicanos; para mujer extranjera que haya contraído matrimonio con mexicano.

El certificado de nacionalidad mexicana es igualmente el medio por el cual puede llegarse a considerar la *recuperación de nacionalidad* de mexicano de origen, siempre y cuando su anterior pérdida esté enfocada dentro de alguna de las hipótesis que sobre la pérdida de la nacionalidad contemple nuestra Ley de Nacionalidad y Naturalización. En todos estos casos, se deberá hacer la renuncia a toda sumisión y obediencia a cualquier gobierno extranjero, especialmente a aquellos que le han reconocido como su nacional.

dos sistemas tradicionales de atribución de la nacionalidad —*ius soli; ius sanguinis*— se logra, dice el maestro J. L. Siqueiros, "... una compatibilidad en el concepto efectivo de la nacionalidad, se evitan en lo posible las atribuciones virtuales de ella, así como los conflictos positivos y negativos en esta materia", *ibidem*.

El criterio del "domicilio" en donde interviene el ánimo de permanecer (*animus manendi*) somete al individuo a la ley del medio en que habita; favorece la inserción del extranjero; se evita el problema de la diversidad de la ley personal en las relaciones familiares; y además, por el hecho de que el domicilio es un criterio frecuente para la competencia de los tribunales, éstos se encontrarán más raramente confrontados a las dificultades de aplicación de una ley personal extranjera.

Ahora bien, como inconvenientes más manifiestos del criterio del domicilio como vínculo del estatus personal, se suelen mencionar: la imprecisión misma del concepto y la inestabilidad eventual de sus elementos. Ver Audit, Bernard. *Droit International Privé*, París, Edit. Económica, Collection Droit Civil, 1991, numerales 136 a 145 bis.

De este Reglamento de Certificados de Nacionalidad Mexicana —que tiene su base en el artículo 57 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, ahora derogada— podemos inferir dos razones para su expedición: en forma directa, se pretende con él la obtención de un *criterio de certeza* que tenga relación con el orden jurídico a que estará sometida una persona a la cual dos legislaciones diferentes le atribuyen su nacionalidad, es decir, es un recurso que ayuda a disminuir el fenómeno de la polipatridia; se define la situación que guarda el individuo en relación con un Estado determinado. También, el certificado pretende ser un instrumento que tenga como fin hacer prueba plena de la nacionalidad, quedando con esto resuelto el problema de prueba de la nacionalidad para tales personas.

Este certificado podrá exigirse siempre que se pretenda ejercer algún derecho o derechos que sean reservados exclusivamente a los mexicanos, por ejemplo: adquisición de inmuebles dentro de la zona prohibida a los extranjeros (*i.e.*, una faja de 100 km a lo largo de la frontera y 50 en las playas). De aquí, que si el ejercicio de tales derechos se condiciona a la obtención y presentación del certificado, su solicitud no viene a ser, de manera alguna, potestativa, sino evidentemente *obligatoria.*

Ahora bien, de acuerdo con nuestra Constitución, un individuo nacido en el extranjero, hijo de padre o madre mexicana, es mexicano por nacimiento, vía *jus sanguinis*, aun para el caso en que el país extranjero le impute su propia nacionalidad. Así, en consonancia con nuestra norma fundamental, éste individuo podrá gozar y ejercitar todo derecho que nuestras leyes reserven con exclusividad a sus nacionales. Por ello, al hacer el Reglamento de Certificados de Nacionalidad, "necesaria" la presentación del certificado para el posible ejercicio de derechos inherentes a los mexicanos, está previendo requisitos que nuestra Constitución no establece; sin embargo, no por esto podemos considerar el certificado en cuestión como viciado de inconstitucionalidad, ya que sólo se pretende la comprobación de la nacionalidad y esto puede señalarlo un Reglamento como requisito supletorio. Otra situación muy diferente sería, si el certificado pretendiera atribuir la nacionalidad por medio de su obtención; en realidad su función es la de ser un documento probatorio. Lo mismo acontece para el caso del individuo nacido en territorio nacional, hijo de padres extranjeros, ya que no se le niega su calidad de mexicano por nacimiento, vía *jus soli*, sino que únicamente se le está exigiendo prueba fehaciente de su calidad de mexicano.

La hipótesis de la mujer extranjera casada con mexicano, a la cual también se le exige la presentación del certificado, no viola el precepto

constitucional que sólo le exige el establecimiento de su domicilio en nuestro territorio; el certificado de nacionalidad únicamente pretende, como en los casos anteriores, la certeza de su situación. Este último supuesto está contemplado en el reglamento dentro del apartado denominado "De los Certificados de Nacionalidad Mexicana por Naturalización"; tal parecería como si el reglamento estuviera contemplando dos clases de certificado: el de nacionalidad mexicana por nacimiento y el de naturalización. En verdad, existe una sola clase de certificado de nacionalidad que expide la Secretaría de Relaciones Exteriores. La aplicación de esta división está en razón de la redacción de la ley, base del Reglamento, la cual menciona a mexicanos por nacimiento y a mexicanos por naturalización, pensando evitar con esto situaciones que puedan inducir a confusión, de no haber respetado, en caso contrario, los títulos de la ley respectiva. Pero es evidente que la terminología correcta es la de la Carta de Naturalización, en consonancia con nuestra Constitución Política.

Debemos dejar aclarado que, de apegarnos estrictamente a los términos de la Ley, la posible exigencia del certificado tendría lugar *únicamente*, si otro Estado está imputando su nacionalidad, y no por el simple hecho de quedar encuadrado dentro de los supuestos de los diversos casos que señala el reglamento, pues no siempre el tercer Estado está realizando la atribución de su nacionalidad.

Por último, creemos conveniente indicar que dado que la obtención del certificado funge como prueba plena de la nacionalidad, este requisito podría extenderse, con sus consecuentes modalidades (*mutatis mutandi*) a todo nacional, y con ello habríamos logrado relativizar considerablemente el penoso problema de prueba de la nacionalidad.[16]

VIII. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD

La nacionalidad, de conformidad con la mayoría de las legislaciones internas, puede perderse por alguna disposición contemplada expresa-

16 Ver Gómez-Robledo V., Alonso. "Reglamento para la Expedición de Certificados de Nacionalidad Mexicana", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, vol. 2, enero-junio de 1973, pp. 79-81. En la Ley de Nacionalidad de 1993, el Certificado de Nacionalidad está previsto expresamente como un documento probatorio de la nacionalidad mexicana, de la misma manera que el acta de nacimiento, el pasaporte, etcétera (artículo 10). Ver Gómez-Robledo V., Alonso. "Règlement portant sur la délivrance des certificats de nationalité mexicane". *Annuaire de Législation Française et Etrangère*, París, Editions de Centre National de la Recherche Scientifique, Nouvelle Série, Année 1972, t. XXI, pp. 566 y 567.

mente en alguna ley del Estado de origen, y generalmente con base en ciertas causas que determinan *la desvinculación* de la persona con respecto al Estado en cuestión.

En la época contemporánea, una gran mayoría de Estados ha establecido que la obtención de la ciudadanía, o naturalización, en un nuevo Estado es condicionante de la pérdida de la nacionalidad de origen.

De la misma suerte que un individuo puede adquirir una nacionalidad que le fue conferida, no por nacimiento sino por una manifestación de voluntad, se puede igualmente prever que una persona pueda repudiar la nacionalidad que le es atribuida, por razones múltiples.

En algunas situaciones, es deseable que la pérdida de la nacionalidad esté subordinada a la ruptura efectiva de los vínculos de origen, con objeto de oponerse a un posible fraude, consistente en escapar a las obligaciones vinculadas a la atribución de nacionalidad, al mismo tiempo que continúa beneficiándose de ciertas prerrogativas derivadas de la misma atribución.

Así, por ejemplo, a una persona no le debería estar permitido repudiar su nacionalidad al mismo tiempo que conserva su domicilio principal en su país de origen.

La pérdida de nacionalidad puede, obviamente en cierta hipótesis, llevar al caso de apatridia (*heimatlos*), esto es, cuando se produzca una situación en la cual el individuo no posee *ninguna otra nacionalidad*; esto es muchas veces consecuencia de regímenes dictatoriales, como fue el caso de la Alemania del III Reich o de la antigua Unión Soviética (ejemplo: Caso del escritor Solzhenitsin).

La comunidad internacional ha tratado de limitar el derecho de un Estado a proceder a la adopción de *medidas de desnacionalización*. Primordialmente está aceptado que un Estado no podrá privar de su nacionalidad a individuos por motivos políticos, raciales o religiosos.[17]

De conformidad con la Ley de Nacionalidad Mexicana del 21 de junio 1993, la nacionalidad mexicana se pierde en los siguientes supuestos:

17 La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prevé expresamente, en su artículo 15, que: "Nadie podrá ser arbitrariamente privado de su nacionalidad". "La Convención de Naciones Unidas para reducir los casos de apatridia", adoptada en 1961 y en vigor desde el 13 de diciembre de 1975, prevé: "Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida" (artículo 1o.). En cuanto a la "Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se estipula que: 1o. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2o. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra; 3o. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla" (artículo 20).

— Por adquirir voluntariamente una nacionalidad extranjera, entendiéndose por tal la obtención de un documento oficial expedido por un Estado que lo acredite como su nacional. No se considerará adquisición voluntaria la naturalización que hubiere operado por virtud de ley, simple residencia, o ser condición indispensable para adquirir trabajo o conservar el adquirido;
— Aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero;
— Residir, siendo mexicano por naturalización, durante cinco años continuos en el país de origen;
— Hacerse pasar en cualquier instrumento público, siendo mexicano por naturalización, como extranjero, o por obtener y usar un pasaporte extranjero (artículo 22 de la Ley de Nacionalidad).[18]

IX. MÉXICO CONSAGRA LA DOBLE NACIONALIDAD

1. *Reforma a la Constitución federal*

La Cámara de Senadores de los Estados Unidos Mexicanos aprobó por consenso, el 5 de diciembre de 1996, el Decreto de Reformas a los artículos 30, 32 y 37 de nuestra Constitución Política, con objeto de plasmar, a nivel constitucional, el reconocimiento de la "doble nacionalidad".

Este decreto aprobado, y que entrará en vigor a fines de 1997, va a obligar a adecuar alrededor de unas 80 legislaciones federales, que hacen referencia a la nacionalidad mexicana, y enmendar la Ley de Nacionalidad Mexicana de 1993, para reglamentar el ejercicio de los derechos que la Constitución brindará a los mexicanos que posean otra nacionalidad.

18 En Francia, el artículo 95 del Código sobre la Nacionalidad tiene por objeto evitar que la nacionalidad francesa no se transmita indefinidamente, *jure sanguinis*, cuando la familia se ha establecido y permanece en el extranjero. Tres condiciones deben ser satisfechas para que la pérdida de la nacionalidad francesa pueda ser "constatada":

1. El interesado debe ser francés de origen por filiación: si fuera francés *jure soli*, el artículo 95 no sería aplicable.

2. No debe haber jamás residido habitualmente en Francia.

3. Los ascendientes de los cuales el individuo poseía la nacionalidad francesa, no deben ellos mismos tener posesión de estado francés ni residencia en Francia desde hace medio siglo.

La pérdida de nacionalidad debe ser constatada por el tribunal de gran instancia. Éste posee no solamente de un poder de apreciación de los hechos, sino también la facultad de no declarar la pérdida de la nacionalidad, en caso que así lo considere oportuno. Ver *Ordonnance*, núm. 45-2441 de 19 de octubre de 1945, portant Code de la Nationalité Francaise. *Laws Concerning Nationality*, United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER.B/4. Nueva York, 1954, pp. 152-173.

Entre otras cosas, esta nueva legislación podría permitir que cerca de más de dos millones de mexicanos naturalizados estadounidenses pudieran ejercer su derecho a voto, si así se llega a acordar.

Para ver el alcance de estas reformas constitucionales, tenemos que hacer una breve mención de algunos puntos importantes de derecho internacional, en relación justamente con el problema de atribución de la nacionalidad.

2. *Criterios de atribución*

Como punto previo, hay que decir que las reglas de derecho internacional establecen un compromiso entre la competencia exclusiva del Estado y la regla del "vínculo efectivo" de la persona que se trate, con el Estado.

La jurisprudencia internacional de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ), es categórica en el sentido que el Estado posee un poder exclusivo de atribución de su nacionalidad, mediante la legislación correspondiente.

Los criterios de atribución de la nacionalidad de origen son prácticamente universales, esto es, la atribución por filiación —*ius sanguinis*—, y la atribución derivada de la vinculación con el territorio —*ius soli*.

Concomitante con estos dos criterios, usualmente puede de igual forma atribuirse la nacionalidad, mediante la voluntad expresa del sujeto que le permite adquirir ésta con base en su petición de una nueva nacionalidad, es decir, la llamada "nacionalidad por naturalización".

Sin embargo y de conformidad con la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia, fundamentalmente en el *leading case*, el caso *Notteböhm* (6 de abril de 1955), se ha añadido una limitación importantísima a la competencia discrecional del Estado en materia de atribución de la nacionalidad.

De esta suerte, para que sea posible que surtan sus efectos jurídicos en lo que concierne a la protección diplomática, la atribución de la nacionalidad —especial y particularmente por efectos de naturalización—, es forzosamente necesario que dicha nacionalidad haya sido reconocida por los Estados a los cuales es oponible, o bien que hayan presentado los caracteres objetivos que la hacen de pleno derecho oponible a terceros Estados.

Esto último se produce, cuando presenta un "vínculo sociológico efectivo", entre el Estado y el particular.

En derecho internacional positivo, no hay ninguna duda de que un tribunal arbitral, una jurisdicción internacional, o una comisión mixta de reclamaciones (ej. las diversas Comisiones Mixtas México-Estados Unidos; México-Alemania; México-Gran Bretaña) tienen absoluta competencia para apreciar si un individuo lesionado en sus derechos, posee efectiva y fehacientemente, la nacionalidad que ostenta, con objeto de poderse beneficiar de la protección diplomática.

3. *Nacionalidad efectiva*

Ahora bien, el caso de la "doble nacionalidad" viene, casi siempre, a circunscribirse al hecho de poseer en forma concurrente, por un mismo individuo, una "nacionalidad aparente", reivindicada por la persona interesada, sobre la base de disposiciones legales emitidas por un orden jurídico determinado y, por la otra parte, la posesión de una "nacionalidad efectiva", fundamentada en factores y elementos de hecho, de naturaleza diversa, y por tanto de alcance desigual.

Si surge una controversia ante los órganos jurisdiccionales de uno de los dos Estados-parte en el conflicto en relación a la doble nacionalidad, esta situación no presentará, en lo general, una dificultad mayor, dado que el juez interno deberá hacer prevalecer la ley del Estado del cual depende.

El problema es más complejo cuando se plantea un diferendo de doble nacionalidad, frente al tribunal de un Estado tercero, o frente a un órgano internacional, ya sea arbitral o jurisdiccional.

La orientación que ha tomado la jurisprudencia internacional considera, que el juez o árbitro debe indagar cuál es la "nacionalidad activa o efectiva" del interesado, es decir, tomar en consideración el conjunto de circunstancias de hecho que permitan la determinación de su real y auténtica nacionalidad, como son, entre otros, el lugar de domicilio, su residencia habitual, lugar de trabajo, idioma, etcétera.

4. *Protección diplomática*

Hay que decir que existe en esta materia un principio importante, y que es predominante hoy en día en toda la práctica internacional más relevante.

Este principio consiste en sostener que un Estado no puede legítimamente pretender ejercer la protección diplomática de uno de sus naciona-

les en contra de un Estado que también considera a éste último como siendo uno de sus propios nacionales.

Esta directiva ha sido consagrada en la jurisprudencia internacional desde el siglo pasado, pero baste aquí recordar la "opinión consultiva", dictada por la Corte Internacional de Justicia respecto al Caso de la Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, en donde se asentó que este principio, por el cual no se puede proteger a un reclamante frente a su propio Estado, era una norma de carácter consuetudinario.[19]

5. *El cambio en la política mexicana*

Hasta hace poco tiempo, México siempre se había opuesto al otorgamiento de una doble nacionalidad, y en la hipótesis en que a un individuo se le atribuyeran dos o más nacionalidades distintas de la mexicana, se le consideraba para todo efecto, como de una sola nacionalidad, que sería aquella del país en donde tuviera su principal residencia habitual, o bien en donde ostentara la nacionalidad de aquel país al que, según las circunstancias del caso, apareciera como más íntimamente vinculado.

Ahora, con estas reformas constitucionales, el gobierno mexicano da un giro de 180 grados en su política normativa en cuestión de nacionalidad.

Aquí es muy importante destacar lo siguiente: no debe olvidarse que de conformidad con la Ley de Nacionalidad Mexicana del 21 de junio de 1993, la nacionalidad mexicana no se pierde, en aquellas hipótesis en que la naturalización se hubiere operado:

a) Por virtud de la ley;

b) Por simple residencia;

c) Por ser condición indispensable para adquirir trabajo, o

d) Por ser condición para conservar el trabajo ya adquirido (artículo 22, fracción I).

Una vez dicho esto, y de acuerdo con todo lo anterior, debemos preguntarnos: ¿no habría sido mucho más conveniente ampliar, aumentar, o detallar, más minuciosamente, si se quiere, la "Ley de Nacionalidad Mexicana", de modo que nuestros connacionales en el extranjero tengan la debida garantía de la no pérdida de su nacionalidad originaria, en vez de haber emprendido el delicadísimo camino de reformar la Constitución

19 *Reparation for Injuries Suffered in the Services of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*. p. 174.

Política, con todos los problemas que esto conlleva, además de que, como hemos visto, el ejercicio de la protección diplomática quedaría prácticamente nulificado en dichas circunstancias?

X. Conclusión

Podemos convenir con la doctrina más seria, en que la nacionalidad no es para nada una institución que vaya declinando o mermando su importancia. Efectivamente, la nacionalidad significa la vinculación del individuo al Estado soberano, y éste frecuentemente aparece como plurinacional o incluso, en ocasiones, no reúne más que una parte de una *nación* propiamente dicha.

Base jurídica y social de la más importante de las dimensiones del Estado (su dimensión personal), la nacionalidad nos aparece como una institución tan sólida como el concepto mismo de soberanía.

La cuestión de saber cuáles serán sus perspectivas (Rezek) en el futuro de la sociedad internacional, se confunde en este punto con la cuestión más grave, consistente en evaluar las perspectivas de la soberanía del Estado.[20]

XI. Bibliografía

RODE, Z. R., "Dual nationals and the doctrine of dominant naturality", *American Journal of International Law*, 1959.

BOGGIANO, A., *La doble nacionalidad en derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1973.

SIQUEIROS, José Luis, "La nacionalidad mexicana de origen. Su atribución en la legislación vigente", ponencia presentada en el Congreso sobre Nacionalidad, Tijuana, septiembre de 1993 (mimeografiado).

RAZEK, J. F., "Le droit international de la nationalité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. III, t. 198.

XII. Anexo
Derecho constitucional comparado

ARGENTINA. *Artículo 20.* Los extranjeros obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la nación; pero la autoridad puede acor-

20 Ver El curso del profesor brasileño J. F. Rezek dictado en La Haya: "Le droit international de la nationalité", *Recueil des Cours*, vol. III, 1986, pp. 333-400.

tar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

BOLIVIA. *Artículo 39.* Son bolivianos:

1. Los nacidos en el territorio de la República, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentran en Bolivia al servicio de sus gobiernos y de los hijos de extranjeros transeúntes, los cuales podrán optar entre la nacionalidad boliviana o la de sus padres, al cumplir dieciocho años.

2. Los nacidos en el extranjero de padre o madre bolivianos por el solo hecho de avecindarse en el territorio nacional o de inscribirse en los consulados.

3. Los extranjeros que, habiendo residido dos años en la República, declaren ante el Consejo Municipal del departamento respectivo su voluntad de adquirir la nacionalidad boliviana, renunciando a su nacionalidad anterior.

El tiempo de permanencia se reducirá a un año, tratándose de extranjeros que se encuentran en los siguientes casos:

a) Que tenga cónyuge e hijos bolivianos;

b) Que sean propietarios de inmuebles o introduzcan alguna industria o invento útil para la colectividad;

c) Que sean empresarios de ferrocarriles y transportes;

d) Que ejerzan el magisterio;

e) Que sean inmigrantes contratados por el gobierno.

4. Los extranjeros que a la edad legal presten el servicio militar, podrán obtener su naturalización sin otro requisito.

5. Los extranjeros que por sus servicios obtengan su naturalización de la Cámara de Senadores.

Artículo 40. La mujer boliviana casada con extranjero no pierde su nacionalidad. La mujer extranjera casada con boliviano adquiere la nacionalidad de su marido, siempre que resida en el país, y manifieste su conformidad; y no la pierde aun en el caso de viudez o divorcio.

BRASIL. *Artículo 129.* Son brasileños:

I. Los nacidos en Brasil, aunque de padres extranjeros, no residiendo éstos al servicio de su país;

II. Los hijos de brasileño o brasileña, nacidos en el extranjero, si sus padres estuvieren al servicio de Brasil, o, no estándolo, si vinieren a residir al país. En este caso, alcanzada la mayoría de edad, deberán para conservar la nacionalidad brasileña, optar por ella, en término de cuatro años.

III. Los que adquirieron la nacionalidad brasileña en los términos del artículo 69, número IV y V, de la Constitución de 24 de febrero de 1891;

IV. Los naturalizados en la forma que la ley establece, exigidas a los portugueses residencia apenas por un año ininterrumpido en el país, idoneidad moral y salud física.

COLOMBIA. *Artículo 8o.* Son nacionales colombianos:

I. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República;

b) Los hispanoamericanos y brasileños por nacimiento que, con autorización del gobierno, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad del lugar donde se establecieren.

COSTA RICA. *Artículo 13.* Son costarricenses por nacimiento:

1) El hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República;

2) El hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años;

3) El hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, por voluntad de cualquiera de sus progenitores mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veintiocho años;

4) El infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica.

Artículo 14. Son costarricenses por naturalización:

1) Los que han adquirido esta calidad en virtud de leyes anteriores;

2) Los nacionales de los otros países de Centroamérica, de buena conducta y con un año de residencia en la República por lo menos, que manifiesten ante el Registro Civil su decisión de ser costarricenses;

3) Los españoles o iberoamericanos por nacimiento que obtengan la carta respectiva ante el Registro Civil, siempre que hayan tenido su domicilio en el país durante los dos años anteriores a su solicitud;

4) Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento, y los demás extranjeros que hayan estado domiciliados en Costa Rica por el término de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, de acuerdo con los requisitos que indique la ley;

5) La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense;

6) Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.

CUBA. *Artículo 11.* La ciudadanía cubana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

Artículo 12o. Son cubanos por nacimiento:

a) Todos los nacidos en el territorio de la República, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentran al servicio de su gobierno.

b) Los nacidos en territorio extranjero, de padre o madre cubanos, por el solo hecho de avecindarse aquéllos en Cuba.

c) Los que, habiendo nacido fuera del territorio de la República de padre o madre natural de Cuba que hubiesen perdido esta nacionalidad, reclamen la ciudadanía cubana, en la forma y con sujeción a las condiciones que señale la ley.

d) Los extranjeros que por un año o más hubiesen prestado servicios en el Ejército Libertador permaneciendo en ésta hasta la terminación de la Guerra de Independencia, siempre que acrediten esta condición con documento fehaciente expedido por el Archivo Nacional.

e) Los extranjeros que hubiesen servido a la lucha contra la tiranía derrocada el día 31 de diciembre de 1958 en las filas del Ejército Rebelde durante dos años o más, y hubiesen ostentado el grado de comandante durante un año por lo menos, siempre que acrediten esas condiciones en la forma que la ley disponga.

Artículo 13. Son cubanos por naturalización:

a) Los extranjeros que después de cinco años de residencia continua en el territorio de la República y no menos de uno después de haber declarado su intención de adquirir la nacionalidad cubana, obtengan la carta de ciudadanía con arreglo a la ley, siempre que conozcan el idioma español.

b) El extranjero que contraiga matrimonio con cubana, y la extranjera que lo contraiga con cubano, cuando tuvieren prole de esa unión o llevaren dos años de residencia continua en el país después de la celebración del matrimonio, y siempre que hicieren previa renuncia de su nacionalidad de origen.

c) Los extranjeros que hubieren servido a la lucha armada contra la tiranía derrocada el 31 de diciembre de 1958, y que al finalizar la misma hubieren estado ostentando grado de oficiales del Ejército Rebelde, siempre que acrediten esas condiciones en la forma que la ley disponga.

Artículo 16. Ni el matrimonio ni su disolución afecta a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos.

La cubana casada con extranjero conservará la nacionalidad cubana.

La extranjera que se case con cubano y el extranjero que se case con cubana conservarán su nacionalidad de origen, o adquirirán la cubana, previa opción regulada por la ley fundamental, la ley o los tratados internacionales.

CHILE. *Artículo 5o.* Son chilenos:

1o. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos lo que podrán optar entre la nacionalidad de sus padres y la chilena;

2o. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse en Chile. Los hijos de chilenos nacidos en el extranjero, hallándose el padre o la madre en actual servicio de la República, son chilenos aun para los efectos en que las leyes fundamentales, o cualesquiera otras, requieran nacimiento en el territorio chileno;

3o. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente su nacionalidad anterior. No se exigirá la renuncia de la nacionalidad española respecto de los nacidos en España, con más de diez años de residencia en Chile, siempre que en ese país se conceda este mismo beneficio a los chilenos; y

4o. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

Los nacionalizados tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización.

La ley reglamentará los procedimientos para la opción entre la nacionalidad chilena y una extranjera; para el otorgamiento, la negativa y la cancelación de las cartas de nacionalización, y para la formación de un registro de todos estos actos.

ECUADOR. *Artículo 9o.* Los ecuatorianos lo son por nacimiento o por naturalización.

Artículo 10. Son ecuatorianos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República.

Artículo 11. Se consideran también ecuatorianos por nacimiento los nacidos en territorio extranjero que estén comprendidos en cualquiera de los casos siguientes:

a) El de aquél que hubiere nacido en otro país, de padres ecuatorianos, o de padre o madre ecuatoriano, cuando ambos o alguno de ellos estuvieren al servicio del Ecuador;

b) El de aquél cuyos padres, o cuyo padre o madre, siendo ecuatorianos por nacimiento se hallaren exilados o estuvieren transitoriamente ausentes del país;

c) El de aquél que, siendo hijo de padre y madre ecuatorianos domiciliados en el extranjero, naciere allí y, al hallarse entre los dieciocho y los veintiún años, manifestare su voluntad de ser ecuatoriano.

Los derechos del ecuatoriano a quien se refiere este artículo, serán iguales a los del ecuatoriano nacido en el territorio de la República.

Artículo 12. Son ecuatorianos por naturalización:

a) Los que hubieren obtenido del Congreso la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país;

b) Los que hubieren obtenido carta de naturalización de conformidad con la ley; y,

c) Los nacidos en el exterior, de padres extranjeros que después se naturalizaren en el Ecuador, mientras sean menores de dieciocho años. En este caso, conservarán la nacionalidad si no la renuncian de manera expresa.

Artículo 13. Ni el matrimonio, ni su disolución altera la nacionalidad de los cónyuges.

Artículo 14. Quienes, de conformidad con anteriores constituciones, hubieren tenido o adquirido la nacionalidad ecuatoriana, y no la hubieren perdido, continuarán en el goce de ella.

Artículo 15. Son ecuatorianas las personas jurídicas autorizadas por la ley ecuatoriana.

EL SALVADOR. *Artículo 90.* Son salvadoreños por nacimiento:

1o. Los nacidos en el territorio de El Salvador;

2o. Los hijos de padre o madre salvadoreños, nacidos en el extranjero;

3o. Los originarios de los demás estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiesten ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreños, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad de origen.

Artículo 91. Los salvadoreños por nacimiento tienen derecho a gozar de la doble o múltiple nacionalidad.

La calidad de salvadoreño por nacimiento sólo se pierde por renuncia expresa ante autoridad competente y se recupera por solicitud ante la misma.

Artículo 92. Pueden adquirir la calidad de salvadoreños por naturalización:

1o. Los españoles e hispanoamericanos de origen que tuvieren un año de residencia en el país;

2o. Los extranjeros de cualquier origen que tuviesen cinco años de residencia en el país;

3o. Los que por servicios notables prestados a la República obtengan esa calidad del Órgano Legislativo;

4o. El extranjero casado con salvadoreña o la extranjera casada con salvadoreño que acreditaren dos años de residencia en el país, anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio.

La nacionalidad por naturalización se otorgará por autoridades competentes de conformidad con la ley.

Artículo 93. Los tratados internacionales regularán la forma y condiciones en que los nacionales de países que no formaron parte de la República Federal de Centro América conserven su nacionalidad, no obstante haber adquirido la salvadoreña por naturalización siempre que se respete el principio de reciprocidad.

GUATEMALA. *Artículo 6o.* Son guatemaltecos naturales:

1o. Los nacidos en el territorio, naves y aeronaves de Guatemala, hijos de padre o madre guatemaltecos, padres no identificados o de padres cuya nacionalidad sea desconocida.

2o. Los que nazcan en Guatemala, hijos de padres extranjeros si alguno de ellos tuviere su domicilio en la República.

Los que nazcan en Guatemala, hijos de extranjeros transeúntes, si durante la minoría de edad, cualquiera de sus padres o el propio menor adquieren domicilio en la República.

Los que nazcan en Guatemala, hijos de extranjeros transeúntes, si llegados a la mayoría de edad, establecen su domicilio en la República y manifiestan su deseo de ser guatemaltecos. Se exceptúan los hijos de representantes diplomáticos y de quienes ejerzan cargos igualmente equiparados.

3o. Los nacidos fuera del territorio de la República, hijos de padre y madre guatemaltecos naturales, en los casos siguientes:

a) Si establecen domicilio en el país.

b) Si conforme a las leyes del lugar de su nacimiento no les corresponde la nacionalidad extranjera.

c) Si tuvieren derecho a elegir y optaren por la nacionalidad guatemalteca.

4o. Los nacidos fuera del territorio de la República, hijos de padre o madre guatemaltecos naturales, en los casos siguientes:

a) Si establecen domicilio en el país y optan por la nacionalidad guatemalteca.

b) Si conforme a las leyes del lugar de su nacimiento no les corresponde la nacionalidad extranjera.

c) Si tuvieren derecho a elegir y optaren por la nacionalidad guatemalteca.

Optar a la nacionalidad guatemalteca implica renuncia a cualquiera otra nacionalidad, condición que debe hacerse constar expresamente.

Artículo 7o. Se considera también guatemaltecos naturales, a los nacionales por nacimiento de las demás Repúblicas que constituyeren la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifiestan ante autoridad competente su deseo de ser guatemaltecos. En este caso podrán conservar su nacionalidad de origen.

Artículo 8o. Son guatemaltecos naturalizados:

1o. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza conforme a la ley.

2o. Los extranjeros que habiéndose domiciliado y residido en el país el tiempo que la ley establece, obtengan carta de naturaleza.

3o. La extranjera casada con guatemalteco que optare por la nacionalidad guatemalteca, o si conforme a la ley de su país le correspondiere, por el hecho del matrimonio, la nacionalidad del cónyuge.

4o. El varón extranjero casado con guatemalteca, con dos o seis años de residencia, cuando optare por la nacionalidad guatemalteca, y siempre que el domicilio conyugal se halle establecido en Guatemala.

5o. Los españoles y latinoamericanos por nacimiento, que se domicilien en el país y manifiesten ante autoridad competente su deseo de ser guatemaltecos.

Artículo 9o. La ley podrá facilitar la naturalización de inmigrantes que vinieren al país en virtud de planes de colonización del Estado o de tratados o convenciones ratificados por Guatemala.

Artículo 10o. Las personas a quienes se otorgue la naturalización guatemalteca deben renunciar expresamente a cualquier otra nacionalidad y prestar juramento de fidelidad a Guatemala y de acatamiento a las instituciones creadas por la Constitución.

HAITÍ. *Artículo 3o.* Las reglas relativas a la nacionalidad serán determinadas por la ley.

Artículo 4o. Es haitiano de origen todo individuo nacido de padre nacido también haitiano. Es igualmente haitiano de origen todo individuo nacido en Haití de padre desconocido pero de madre haitiana por nacimiento.

Artículo 9o. Toda extranjera casada con haitiano sigue la nacionalidad de su marido. Toda haitiana casada con extranjero conserva su nacionalidad haitiana.

La extranjera que se encuentre en esta condición debe previamente expresar esta fórmula para que sea insertada en el acta de matrimonio: "Renuncio a cualquier otra patria que no sea Haití".

Artículo 10o. Los extranjeros, después de diez años de residencia en el territorio de la República, pueden adquirir la nacionalidad haitiana conforme a las reglas establecidas por la ley.

Los extranjeros naturalizados no son admitidos en el ejercicio de los derechos políticos sino cinco años después de la fecha de su naturalización.

HONDURAS. *Artículo 14.* La nacionalidad hondureña se adquiere por nacimiento y naturalización.

Artículo 15. Son hondureños por nacimiento:

1o. Los nacidos en el territorio nacional, con excepción de los hijos de los agentes diplomáticos.

2o. Los hijos de padre o madre hondureños nacidos en el extranjero.

3o. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves de guerra hondureñas, y los nacidos en naves mercantes, cuando éstas se encuentre en aguas territoriales de Honduras; y,

4o. El infante de padres ignorados encontrado en el territorio de Honduras.

Artículo 16. Se consideran como hondureños naturales, los originarios de los otros Estados que formaron parte de la República Federal de Centroamérica, que después de un año de residencia en el país, manifiesten por escrito ante la autoridad competente, el deseo de ser hondureños y que llenen los requisitos legales, siempre que exista reciprocidad en el país de origen y hasta donde ésta se extienda.

Artículo 17. Son hondureños por naturalización:

1o. Los españoles por nacimiento y los originarios de países americanos que tengan un año de residencia en la República.

2o. Los demás extranjeros que hayan residido en el país más de dos años consecutivos. En ambos casos el solicitante debe renunciar previamente a su nacionalidad y manifestar su deseo de adoptar la nacionalidad hondureña ante la autoridad competente. Las condiciones señaladas podrán modificarse a base de convenio o reciprocidad.

3o. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturalización.

La persona extranjera, casada con hondureño, que optare por la nacionalidad hondureña, o si conforme a la ley de su país, le correspondiere la nacionalidad del cónyuge.

5o. Los inmigrantes que, formando parte de grupos seleccionados traídos por el gobierno para fines agrícolas o industriales, después de un año de residencia en el país, llenen los requisitos de ley.

Artículo 18. Ningún hondureño por nacimiento tendrá nacionalidad distinta de la hondureña, mientras resida en el territorio de la República.

Artículo 19. Ningún hondureño naturalizado podrá desempeñar en su país de origen, funciones oficiales en representación de Honduras.

Artículo 20. Ni el matrimonio ni su disolución, afectan la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos.

NICARAGUA. *Artículo 17.* Los nicaragüenses son naturales o nacionalizados.

Artículo 18. Son naturales:

1) Los nacidos en el territorio de Nicaragua. Exceptuándose los hijos de extranjeros al servicio de su gobierno;

2) Los hijos de padre o madre nicaragüense, nacidos en el extranjero, cuando por la ley del lugar de nacimiento tuvieren la nacionalidad nicaragüense, o derecho a elegir, y optaren por la nicaragüense; o desde que residan en Nicaragua. Tales personas son nicaragüenses aun para los efectos en que la Constitución o las leyes requieran nacimiento en territorio nacional;

3) Los infantes de padres ignorados, encontrados en Nicaragua;

4) Los naturales de las demás Repúblicas de la América Central residentes en Nicaragua, que manifestaren personalmente ante la autoridad competente el deseo de ser nicaragüenses, siempre que exista la reciprocidad en el país de origen y hasta donde ésta se extienda.

Artículo 19. Son nacionalizados:

1) Los naturales de España o de los países de América que residan más de dos años en Nicaragua, previa renuncia de su nacionalidad. Estas condiciones podrán modificarse a base de reciprocidad;

2) Los demás extranjeros casados con nicaragüenses, que con residencia de cinco años en el país, obtuvieren carta de nacionalización previa renuncia a su nacionalidad; y los que después de residir diez años, hagan igual renuncia;

3) La mujer extranjera que contrajera matrimonio con un nicaragüense si reside en Nicaragua y manifestare su deseo de adquirir la nacionalidad nicaragüense;

4) Los inmigrantes que formaren parte de grupos seleccionados traídos por el gobierno para fines agrícolas o industriales, después de un año de residencia. La ley reglamentará esta disposición.

Artículo 20. Ni el matrimonio, ni su disolución afectarán la nacionalidad de los cónyuges, ni la de sus hijos.

PANAMÁ. *Artículo 8o.* La calidad de panameño se tiene por nacimiento, en las condiciones que establece esta Constitución, y se adquiere, por naturalización.

Artículo 9o. Son panameños por nacimiento:

a) Los hijos de padre o madre panameños nacidos en territorio de la República;

b) Los hijos de padre y madre extranjeros, nacidos en territorio de la República;

c) Los nacidos de padres desconocidos en territorio nacional no sometido a limitaciones jurisdiccionales;

d) Los hijos de padre o madre panameños nacidos fuera del territorio de la República, siempre que aquéllos estén domiciliados en Panamá y que al tiempo de ejercer cualquiera de los derechos que esta Constitución o la ley reconocen exclusivamente a los panameños por nacimiento, hayan estado domiciliados en la República en los dos años anteriores, y

e) Los que adquirieron ese derecho de acuerdo con la Constitución de 1904 y el acto reformatorio de 1928.

Artículo 10. Son panameños por naturalización:

a) Los extranjeros con cinco años consecutivos en el territorio de la República si, después de haber cumplido veintiún años de edad, declaran su voluntad de naturalizarse panameños, renuncian expresamente a su nacionalidad de origen o a cualquier otra y comprueban que poseen el idioma español y nociones elementales de geografía, historia y organización política panameñas;

b) Los extranjeros con tres años consecutivos de residencia en el territorio de la República que tengan hijos nacidos en ésta de padre o madre panameños o cónyuge de nacionalidad panameña, siempre que hagan la declaración y presenten la comprobación de que trata el apartado anterior, y

c) Los nacionales por nacimiento, de España o de cualquier nación americana independiente siempre que llenen los mismos requisitos que en su estado de origen se exija a los panameños para ser naturalizados.

Artículo 11. Los que estuvieren naturalizados al entrar a regir esta Constitución conservarán su calidad de tales hasta por los cinco años siguientes, pero la perderán si al expirar este término no hubiesen comprobado que poseen el idioma español y nociones elementales de geografía, historia y organización política panameñas.

Quedarán exentos de esta obligación los panameños naturalizados que antes de entrar en vigencia esta Constitución hubieran desempeñado en la República algún cargo oficial o hubieran sido, de acuerdo con la ley, candidatos a puestos de elección popular. Igual exención se establece para aquellos nacidos en España o en cualquier nación americana independiente.

Artículo 12. Es obligación del Estado realizar por todos los medios adecuados una labor metódica y constante para incorporar intelectual, moral y políticamente a nuestra nacionalidad a todos los grupos o individuos que nacidos en territorio de la República, no se encuentren, sin embargo, vinculados a la misma. Será también obligación del Estado proporcionar facilidades de asimilación espiritual a quienes se propongan obtener la nacionalidad panameña por naturalización.

Artículo 13. Los colombianos que tomaron parte en el movimiento de independencia son panameños por ministerio de la Constitución sin necesidad de carta de naturaleza.

Artículo 14. El extranjero que desee obtener la nacionalidad panameña hará la solicitud del caso al Ejecutivo, el cual le extenderá carta provisional válida por un año. Si vencido ese término ratifica su solicitud y no ha llegado a conocimiento del Ejecutivo hecho alguno que dé motivo para negarla, se le otorgará la carta definitiva.

Por razones de moralidad, seguridad, salubridad o de incapacidad física o moral podrá siempre negarse una solicitud de carta de naturaleza.

La ley determinará los derechos de que gocen aquellos que obtengan la carta provisional.

Se negará la solicitud de nacionalidad a aquellas personas pertenecientes a Estados o regiones cuyos elementos no puedan entrar a la República de acuerdo con la ley, por razones económicas o de necesidad social.

PARAGUAY. *Artículo 38.* Son paraguayos: 1) Los nacidos en territorio paraguayo; 2) Los hijos de paraguayos nacidos en territorio extranjero hallándose el padre o la madre en servicio de la República; y 3) Los hijos de padre o madre paraguayos, nacidos en el extranjero, por el hecho de avecindarse en el Paraguay y residir en él durante diez años seguidos.

Artículo 42. Los extranjeros podrán obtener carta de naturalización ante los tribunales de la República si probaren haber residido cinco años consecutivos en el Paraguay, poseer alguna propiedad raíz y capital en giro o profesar alguna ciencia, arte o industria.

PERÚ. *Artículo 4o.* Son peruanos los nacidos en el territorio de la República. Lo son también los hijos de padre o madre peruanos, cualquiera que haya sido el lugar de su nacimiento, siempre que se domicilien en la República, o se inscriban en el Registro Cívico o en el Consulado respectivo. Se presume que los menores de edad residente en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos, han nacido en el Perú.

Artículo 5o. Los extranjeros mayores de edad, domiciliados en la República por más de dos años consecutivos y que renuncien a su nacionalidad, pueden nacionalizarse. La nacionalización se otorga con arreglo a la ley, y sólo produce efectos individuales.

No pierden su nacionalidad de origen los nacidos en territorio español que se nacionalicen peruanos, previos los trámites y requisitos que fije la ley, y de conformidad con lo que se establezca en el tratado que, sobre la base de reciprocidad, se celebre con la República Española.

Artículo 6o. La extranjera casada con peruano adquiere la nacionalidad de su marido. La peruana que se case con extranjero conserva la nacionalidad peruana, salvo renuncia expresa.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Artículo 12.* Son dominicanos:

1. Las personas que al presente gozaren de esta calidad en virtud de constituciones y leyes anteriores.

2. Todas las personas que nacieron en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en la República en representación diplomática o que estén de tránsito en ella.

3. Todas las personas nacidas en el extranjero de padre o madre dominicanos, siempre que, de acuerdo con las leyes del país de su nacimiento, no hubieren adquirido una nacionalidad extraña, o que, en caso de haberla adquirido, manifestaren por acto ante un oficial público remitido al Poder Ejecutivo, después de alcanzar la mayor edad política y más tardar dentro del año de haber llegado a la mayor edad civil, fijadas en la legislación dominicana, su propósito de tener la nacionalidad dominicana.

4. Los naturalizados. La ley dispondrá las condiciones y formalidades requeridas para la naturalización.

Párrafo I. A ningún dominicano se le reconocerá otra nacionalidad sino la dominicana mientras resida en el territorio de la República.

Párrafo II. La dominicana casada con extranjero podrá adquirir la nacionalidad de su marido.

URUGUAY. *Artículo 73.* Los ciudadanos de la República Oriental de Uruguay son naturales o legales.

Artículo 74. Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera que haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecindarse en el país o registrarse en el Registro Cívico.

Artículo 75. Tienen derecho a la ciudadanía legal:

a) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, con familia constituida en la República que, poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan tres años de residencia habitual en la República;

b) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, sin familia constituida en la República, que tengan algunas de las cualidades del inciso anterior y cinco años de residencia habitual en el país;

c) Los hombres y las mujeres extranjeros que obtengan gracia especial de la Asamblea General por servicios notables o méritos relevantes.

La prueba de la residencia deberá fundarse indispensablemente en instrumento público o privado de fecha comprobada.

Los derechos inherentes a la ciudadanía legal no podrán ser ejercidos por los extranjeros comprendidos en los incisos a) y b) hasta tres años después del otorgamiento de la respectiva carta.

La existencia de cualquiera de las causales de suspensión a que se refiere el artículo 80, obstarán el otorgamiento de la carta de ciudadanía.

VENEZUELA. *Artículo 35.* Son venezolanos por nacimiento:

1o. Los nacidos en el territorio de la República;

2o. Los nacidos en territorio extranjero de padre y madre venezolanos por nacimiento;

3o. Los nacidos en territorio extranjero de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República y declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana; y,

4o. Los nacidos en territorio extranjero de padre venezolano por naturalización o madre venezolana por naturalización, siempre que antes de cumplir dieciocho años de edad establezcan su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana.

Artículo 36. Son venezolanos por naturalización los extranjeros que obtengan carta de naturaleza.

Los extranjeros que tengan por nacimiento la nacionalidad de España o de un Estado latinoamericano, gozarán de facilidades especiales para la obtención de carta de naturaleza.

Artículo 37. Son venezolanos por naturalización desde que declaren su voluntad de serlo:

1o. La extranjera casada con venezolano;

2o. Los extranjeros menores de edad en la fecha de naturalización de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, si residen en el territorio de la República y hacen la declaración antes de cumplir veinticinco años de edad; y

3o. Los extranjeros menores de edad adoptados por venezolanos, si residen en el territorio de la República y hacen la declaración antes de cumplir veinticinco años de edad.

Artículo 38. La venezolana que casare con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que declare su voluntad contraria y adquiera, según la ley nacional del marido, la nacionalidad de éste.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Artículo 1o. Sección 8.1.* El Congreso tendrá facultad:

4o. Para establecer un procedimiento uniforme de naturalización.

Artículo 14. Enmiendas de 1866. Sección I. Todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción serán ciudadanos de Estados Unidos y del Estado donde residieren.

FINLANDIA. *Artículo 4o.* La nacionalidad finlandesa pertenece por derecho a toda persona que haya nacido de padres finlandeses; y a la esposa de nacionalidad extranjera casada con un finlandés.

La naturalización finlandesa puede ser otorgada a los extranjeros en las condiciones y formas especialmente prescritas por la ley.

FRANCIA. *Artículo 34.* La ley fija las normas que conciernen a: La nacionalidad.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ALEMANA. *Artículo 1.* No existe más que una sola nacionalidad de Estado Alemán.

REPÚBLICA ESPAÑOLA. *Artículo 23.* Son españoles:

1o. Los nacidos, dentro o fuera de España, de padre o madre españoles.

2o. Los nacidos en territorio español de padres extranjeros, siempre que opten por la nacionalidad española en la forma que las leyes determinen.

3o. Los nacidos en España de padres desconocidos.

4o. Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza y los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la República, en los términos y condiciones que prescriben las leyes.

La extranjera que case con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción regulada por las leyes de acuerdo con los tratados internacionales.

REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA. *Artículo 73.* Corresponde a la Federación la legislación en las materias siguientes:

2. La nacionalidad en el orden federal.

Artículo 74. La legislación concurrente abarca las materias siguientes:

8. La nacionalidad en los estados federales.

Artículo 116. 1. A los efectos de la presente ley fundamental y salvo otra disposición legal, es alemán el que posea la nacionalidad alemana o haya sido acogido en el territorio del *Reich* alemán del 31 de diciembre de 1937 con carácter de refugiado expulsado perteneciente al pueblo alemán, o de cónyuge o descendiente de aquél.

2. Las personas que anteriormente poseían la nacionalidad alemana y fueron privadas de la misma entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945 por causas políticas, raciales o religiosas, así como sus descendientes, recobrarán a su pedido la nacionalidad alemana. Se considerará que no existe pérdida de la nacionalidad en cuanto estas personas hayan

establecido su domicilio en Alemania con posterioridad al 8 de mayo de 1945 y no hayan expresado una voluntad contraria.

REPÚBLICA POPULAR DE CHINA. *Artículo 3o.* La República popular de China es un Estado plurinacional unido.

Todas las nacionalidades son iguales ante la ley. Toda discriminación y opresión de una nacionalidad está prohibida. Todo acto tendente a minar la unión de las nacionalidades está prohibido.

Todas las nacionalidades gozan de la libertad de utilizar y desarrollar su lengua y su escritura, de conservar o reformar sus usos y costumbres.

UNIÓN DE REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS. *Artículo 21.* Se establece una ciudadanía única para los ciudadanos de la URSS. Todo ciudadano de una República federal es ciudadano de la URSS.

YUGOSLAVIA. *Artículo 118.* La nacionalidad yugoslava es una y única para todo ciudadano de Yugoslavia.

Todo ciudadano de una de las Repúblicas es al propio tiempo ciudadano yugoslavo.

El ciudadano de una república tiene en el territorio de otra república iguales derechos y deberes que sus propios ciudadanos.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. *Artículo 15.* 1. Todo individuo tiene derecho a una nacionalidad.

2. Ninguno puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

> En el Estado moderno, la vida privada se encuentra inserta en el corazón mismo de la libertad.
>
> A. F. WESTIN. *Privacy and Freedom*. 1967

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sociedad democrática: libertad de expresión-respeto a la esfera privada*. III. *Derechos no derogables*. IV. *Previsibilidad y limitante*. V. *La noción del respeto a la vida privada*. VI. *Imposibilidad de una rígida definición*. VII. *Libertad a la esfera de la intimidad*. VIII. *Las cuatro categorías*. IX. *Ductilidad del derecho*. X. *Ataques al honor y la reputación*. XI. *La protección contra la utilización de la imagen del individuo*. XII. *El conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información: los límites de la libertad de opinión*. XIII. To be let alone. XVI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La afirmación de la libertad de expresión como principio de derecho constitucional aparece en las constituciones de fines del siglo XVIII, en Estados Unidos y en Francia. La existencia de una prensa política no sometida a censura previa se remonta a los últimos años del siglo XVII en Gran Bretaña. Pero si la libertad de prensa estaba considerada como parte de la Constitución no escrita del reino, su instrumentación estaba estrictamente limitada. No será sino hasta principios del siglo XIX cuando, poco a poco, empezarán a desaparecer los obstáculos jurídicos a la libertad de prensa.

Así, la libertad de prensa nace y se desarrolla paralelamente con las instituciones democráticas; de ahí que sufra las vicisitudes inherentes a dichas instituciones.

Pero por otro lado, y si es verdad que cada existencia personal está basada en el *secreto*, violar el secreto de la vida privada equivale a atentar contra el fundamento mismo de la personalidad humana, es decir, la personalidad psicológica del individuo.

Si la necesidad de la intimidad es inherente a la persona humana, si una vida privada al abrigo de injerencias no deseables y de indiscreciones abusivas permite a la personalidad de cada uno explayarse libremente, la protección de la vida privada será entonces igualmente un criterio determinante del carácter democrático de toda sociedad.

De esta suerte, la protección de la esfera de la vida privada del individuo será, a la vez, condición y garantía de todo régimen democrático.

II. Sociedad democrática: libertad de expresión-respeto a la esfera privada

En un considerable número de pactos, convenciones, declaraciones y otros instrumentos, encontramos consagrado el derecho de toda persona a la *libertad de expresión*, que comprende la libertad de investigar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, a través de cualquier procedimiento, ya sea en forma oral o escrita.[1]

Concomitante con el anterior derecho, está igualmente reconocido en los principales instrumentos internacionales que el ejercicio de este *derecho a la libertad de expresión* entraña deberes y responsabilidades especiales. Por ello es que vemos que en varias convenciones este derecho puede quedar sujeto a ciertas restricciones, pero siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley. Así, por ejemplo, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 nos advierte que estas restricciones pueden ser necesarias para asegurar el *respeto a los derechos o a la reputación de los demás*; o igualmente para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud, o la moral públicas (artículo 19, párrafo 3o.).

La libertad de información está ciertamente vinculada en forma estrecha con el ejercicio de los derechos políticos, pues únicamente el ciuda-

1 Ver *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III) del 10/XII/48, artículo 19. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Res. 2200 A (XXI) del 16/XII/66. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22/XII/79.

dano que tenga adecuado acceso a la información está realmente en condiciones de hacer una verdadera elección, esto es, de gobernarse a través de los mecanismos que cada democracia proporciona.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva sobre la *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, expresó lo siguiente:

> La libertad de expresión es la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre.[2]

A veces tendemos a olvidar que cuando se habla de *derechos humanos*, paralelamente a su salvaguarda, la vida social postula de igual manera derechos y obligaciones muy precisos.

Si casi todo mundo reconoce que la libertad de una colectividad no puede explayarse más que dentro de un medio en donde exista un determinado orden legal, entonces ineluctablemente esta libertad genera por sí misma determinadas limitantes.

Si el Estado tiene la obligación de *garantizar* el ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones que son reconocidos a sus ciudadanos, debe por ende, adoptar todas las medidas apropiadas a efecto de prevenir y reprimir las violaciones a dichas libertades.

El derecho a la vida privada constituye un aspecto fundamental de la libertad individual. El *vínculo* entre la protección de la vida privada y el libre ejercicio de las otras libertades públicas es de sobra evidente por sí mismo.

Sin embargo, enfrentado a una criminalidad cada vez más poderosa y sofisticada, el Estado se ve cada vez más constreñido a utilizar todo mecanismo técnico ofrecido por los progresos de la ciencia, para preservar el Estado de derecho.

Nadie puede negar la necesidad que tiene el Estado de recurrir en estos casos a facultades estrictas de vigilancia, pero *únicamente y bajo condición* de que nuevas medidas estén siempre aparejadas de *garantías* ade-

2 Ver *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por Costa Rica. Serie A, núm. 5, p. 41, párr. 70.

cuadas y reales en forma y fondo, y en proporción directa a la adopción de dichas medidas.[3]

Si en un Estado de derecho, el mantenimiento del orden puede en ocasiones justificar ciertas restricciones a algunas libertades, dichas restricciones deben siempre estar sometidas a reglas destinadas a impedir que las consideraciones de *orden*, no vayan a degenerar en un poder arbitrario que por sí mismo estaría negando los valores democráticos.

Entre los instrumentos internacionales, tales como el "Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos" o "la Convención europea de derechos humanos", se pueden desprender dos principios fundamentales en cuanto a los límites o restricciones:

1. El Estado no puede limitar cualquier tipo de libertades.
2. Las limitaciones no pueden revestir la extensión y forma que se antojen.[4]

III. DERECHOS NO DEROGABLES

Existe una categoría de derechos para los cuales ninguna consideración de orden público podría justificar limitantes.

Dentro de esta tipología de derechos *no derogables* suelen mencionarse el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, prohibición de la esclavitud e incluso el principio de la legalidad de los delitos y las penas.

Ahora bien, el carácter *no derogable* de un derecho significa simplemente que ninguna circunstancia, por grave que sea, podría justificar limitantes a tales derechos, con excepción de alguna o algunas circunstancias que estuviesen *previstas expresamente* en las convenciones o pactos de que se trate.

Por ejemplo, si hacemos alusión a la "Convención europea sobre derechos humanos" (artículo 15, párrafo 2o.), ésta prohíbe la derogación de los derechos arriba mencionados, incluso en caso de guerra, lo que a *fortiori* implica que las limitantes a estos derechos están prohibidas en circunstancias menos graves, como podrían ser los atentados terroristas.[5]

3 Ver Roux, A., *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, París, Económica, 1984, pp. 22 y ss.

4 Ver Ergec, Rusen, "Les libertés fondamentales et le maintien de l'ordre dans une societé démocratique: un équilibre délicat", *Maintien de l'Ordre et Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, Centre Interuniversitaire de Droit Public, 1987, pp. 3-33.

5 Ver Ergec, Rusen, *op. cit.*, p. 23.

IV. Previsibilidad y limitante

No puede dejar de enfatizarse la importancia que tiene el hecho de que toda limitante a una libertad o derecho humano, debe estar *prevista con precisión* por la legislación.

Esta exigencia implica que una ley que confiere a las autoridades un poder de apreciación para restringir ciertas libertades debe absolutamente fijar el alcance de dicho poder. Esto es *inmanente* a todo régimen de preeminencia del derecho, en donde debe estar garantizada la vida privada en contra de las intervenciones arbitrarias de la autoridad.

Al igual que cualquier otra forma de gobierno, la democracia no podría subsistir sin el monopolio de los medios de coacción. Solamente que, dentro de un régimen democrático, la coacción responde a un fin determinado, el cual no es otro que buscar el mayor desarrollo posible para garantizar el goce de las libertades fundamentales.

En este sentido, como señala Rusen Ergec, el orden que el Estado democrático está obligado a mantener es un orden de libertades. El mantenimiento del orden y la protección de los derechos humanos son, por consecuencia, dos valores que se complementan absolutamente.

Para nadie pasa desapercibido que los principios que tienden a conciliar las exigencias del mantenimiento del orden público con la protección de las libertades fundamentales son de una aplicación difícil. En forma constante están tratando de postular un justo equilibrio entre el interés general y las libertades individuales.[6]

V. La noción del respeto a la vida privada

Es innegable que la dificultad que existe para definir la noción del respeto a la vida privada viene, sobre todo, del hecho de que varios factores antagónicos se encuentran en juego, entre los cuales se tiene que destacar en forma principal el derecho del individuo al secreto de su vida, por un lado, y, por otro, el derecho de la colectividad a la información.

Pero así como hay que evitar que el ejercicio del mantenimiento del orden por parte del Estado ponga en peligro el derecho del individuo al

6 *Idem*, pp. 32 y 33. Por ello este profesor de la Universidad de Bruselas comenta que el jurista puede facilitar este balance de intereses ofreciendo puntos de referencia. Pero sopesar los intereses en juego en el caso concreto es una obra de tacto, serenidad y sabiduría políticas que incumbe obviamente a los gobernantes. *Ibidem*.

respeto de su vida privada, es igualmente necesario acompañar ese *derecho* de algunas excepciones de naturaleza tal que posibiliten al Estado el mantenimiento del orden, en el sentido más lato de la expresión.

En materia de mantenimiento del orden, las autoridades adoptan todas las medidas que puedan atentar contra los derechos concernientes a la vida privada en general, por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, o el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

Sin embargo, existen otros atentados al derecho al respeto de la vida privada que se desprenden de los progresos recientes realizados por una tecnología cada vez más compleja, frente a la cual muchas legislaciones no se encuentran todavía plenamente adaptadas.

Se trata principalmente de las intercepciones telefónicas al margen de la ley, del rastreo de comunicaciones a distancia, de la fotografía clandestina, así como de los tratamientos automatizados de datos de carácter personal o ficheros de seguridad.[7] Los progresos de la electrónica permiten, hoy en día, no solamente interceptar las comunicaciones telefónicas, sino más que eso, permiten absolutamente "captar" fácilmente toda conversación o imagen ya sea dentro de un lugar público o privado.

De esta suerte el individuo puede quedar sometido a una inquisición intolerable, ya sea por parte de algunos servicios públicos, como también por parte de personas privadas, y para los fines más diversos que se puedan ocurrir.[8]

VI. Imposibilidad de una rígida definición

Nadie será objeto de intrusiones arbitrarias o ilegales en su intimidad, ni sufrirá ataques ilegales a su honor o buena fama.[9] Es cierto que el concepto de *vida privada* es harto difícil de poder definirse con precisión, pues tiene connotaciones diversas según la sociedad que se trate, el medio ambiente de cada uno, y la época que se analice o el periodo de tiempo al que se aplique. Por ello es que la Comisión sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas en varias ocasiones reconocía que, dada la virtual imposibilidad de establecer reglas rígidas de alcance universal, debía ser el

7 Ver Spreutels, Jean P., "Maintien de l'Ordre et Vie Privée", *Maintien de l'Ordre et Droits de l'Homme*, pp. 107-192.

8 Ver *idem*, pp. 152 y ss.

9 Ver: artículo 12 de la Declaración Universal; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8 de la Convención Europea; artículo 11 de la Convención Americana.

tema de la *vida privada* y su significación, obra y tarea de una vigilancia constante por parte de los miembros de la Comisión.[10]

> La libertad de expresión, derecho humano preeminente... recoge el concepto clásico de 'libertad de opinión', esto es, el derecho a decir lo que uno piensa y a no ser perseguido por ello. A esto sigue la 'libertad de expresión', en el sentido limitado del término, que incluye el derecho a buscar, recibir e impartir informaciones e ideas, sin limitaciones de fronteras, bien oralmente, por escrito o mediante imágenes, en forma de arte, o por cualquier otro medio de comunicación que uno elija. Cuando la libertad de expresión es puesta en acción por los medios de comunicación social, adquiere una nueva dimensión y se convierte en 'libertad de información'... La carga política y social de estas libertades es inmensa y por esta razón todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos... hacen hincapié expresamente en que el ejercicio de estas libertades conlleva *deberes y responsabilidades especiales*, y justifican ciertas restricciones..., necesarias para el respeto de los derechos y de la buena fama de las personas o para la protección de la seguridad nacional y del orden público o de la salud y moral públicas.[11]

VII. Libertad a la esfera de la intimidad

A partir del momento en que se ha visto la virtual imposibilidad de encontrar una fórmula satisfactoria para fijar con precisión el ámbito de lo que constituye la *vida privada*, tanto en sí misma, como con respecto a su contraparte, esto es, el concepto de *vida pública*, el esfuerzo doctrinal se ha orientado progresivamente, y cada vez más, hacia una dirección bastante pragmática, consistente en establecer una nomenclatura de los diferentes derechos que reviste esta noción dentro de los órdenes jurídicos de los Estados.

En un estudio muy serio del profesor T. L. Yang, en el cual realiza un estudio comparativo de la noción de '*privacy*' en el derecho inglés y en el derecho estadounidense, este autor llega a la conclusión de que la noción

10 Ver Humphrey, P., "El derecho internacional sobre derechos humanos en la mitad del siglo XX". *The present state of International Law and other essays*. International Law Association, 1973, pp. 75 y ss.

11 Ver Newman, C. Frank y Vasak, Karel. "Problemas en la aplicación e interpretación de los derechos civiles y políticos". *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, España, Ed. Serbal/UNESCO, 1984, vol. I, pp. 233 y 234. Karel Vassak editor.

de ataque o violación a la vida privada, no es más que una especie de baldaquín o toldo ('*canopy*') que llega a cubrir situaciones muy distintas, y en muchas ocasiones sin poseer ni siquiera puntos en común entre una y otra.[12]

VIII. Las cuatro categorías

En el derecho interno de Estados Unidos se hace la distinción mayormente entre cuatro diversas categorías de posibles violaciones al *derecho a la vida privada*:

1. La injerencia en la intimidad del individuo o *intrusion on plaintiff's privacy*. Ejemplo: espionaje de su domicilio.

2. La divulgación al público de hechos concretos de la vida privada o *public disclosure of private facts*. Ejemplo: revelar el no-pago de una deuda contraída.

3. Presentar a un individuo ante los demás para desacreditarlo, o *putting the plaintiff in a false light in the public eye*. En esta categoría caería por ejemplo, el hecho de utilizar el nombre de una persona sin la autorización de ésta, para apoyar una petición pública.

4. La apropiación de ciertos elementos de la personalidad del individuo con fines de lucro, o *appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage*. Estos elementos pueden ser el nombre, la imagen, la voz, la conducta, etcétera, utilizados, por ejemplo, en anuncios publicitarios.[13]

IX. Ductilidad del derecho

Mientras más ejemplos se dan, y más nomenclaturas se realizan, más nos percatamos de que el contenido del derecho al respeto de la vida privada, es tributario de la evolución de las costumbres, y que varía en el tiempo y de un lugar a otro.

12 Ver Yang, T. L., "Privacy: a comparative study of English and American Law", *Internantional and Comparative Law Quarterly*, 1966, vol. 15, pp. 175 y ss.

13 Esta distinción de cuatro grandes categorías es la utilizada por Prosser en *Law of torts*, de 1955. Citado por T. L. Yang, *op. cit.*, p. 187.

Pero, además, aquí nos encontramos con una dificultad mayor, el muro de la vida privada varía también en función de cada individuo, o por lo menos de cada grupo de individuos.

La vida privada de una personalidad política, no posee la misma extensión que aquélla de un simple particular.

Incluso la vida íntima de un simple particular tiene límites diferentes, dependiendo del hecho de que se haga un llamado o no a la confianza del público en el plano profesional o financiero, según busque o no el apoyo del público en el ámbito artístico o literario, etcétera.

Así pues, desde el momento que nos damos cuenta de que el derecho al respeto de la vida privada muestra ser un concepto con un espectro de múltiples derechos y matices, cuyo número y contenido varían en función del tiempo, lugar e individuo, no tiene por qué asombrarnos que dicho derecho no pueda quedar sujeto a un régimen jurídico homogéneo.[14]

Por otro lado, si bien se reconoce que el individuo tiene derecho a la protección contra los ataques a su *libertad moral*, también se reconoce que este derecho no es absoluto, pues para comenzar este derecho no puede hacerse extensivo a los lugares accesibles al público en general.

Igualmente, la *libertad moral*, a la cual tiene derecho el individuo, no implica que el Estado se inhiba de su derecho de exigir a sus funcionarios que eviten, en su servicio o en su vida privada, toda conducta susceptible de comprometer el honor o la dignidad de sus funciones.

X. Ataques al honor y la reputación

Los ataques al honor o a la reputación de una persona, pueden referirse a la vida privada o a la vida pública de una persona.

Para ciertos autores, el derecho al respeto de la vida privada debe ser distinguido nítidamente del derecho de ser protegido contra los ataques al honor y a la reputación, y esto debido principalmente a las siguientes razones:

14 Ver "Rapport sur, le droit a la vie privée et les moyens techniques modernes" *Sixième Conférence des Ministres européens de la Justice*. La Haya, 26-28. mai 1970. Document. C. M. J. (70) 40. En esta misma sesión de La Haya se pudo constatar la diversidad de opiniones respecto al concepto de "vida privada". Mientras que para algunos la vida privada de un simple particular se reduciría en principio a su vida en el hogar. su vida en el trabajo, sus pasatiempos. su imagen. su salario e incluso sus declaraciones de impuestos: para otros, en cambio. este derecho cubriría elementos tales como la vida afectiva. matrimonial. divorcio, amistad, enfermedad, religión y toda interpretación dolosa dada a sus palabras o a sus actos. *Ibidem*.

1. La primera razón se derivaría del hecho de que los ultrajes al honor o a la reputación pueden perfectamente relacionarse con hechos provenientes de la vida pública del individuo.

2. La segunda razón estribaría en el hecho de que los ultrajes al honor son generalmente reglamentados por las leyes penales, las cuales exigen para la tipificación de la calumnia, difamación o injuria, que exista de por medio la *intención* de causar un daño. En cambio, cuando se trata de ataques o violaciones al *derecho al respeto de la vida privada*, importa poco que el autor haya estado o no animado de la intención de provocar un daño.[15]

XI. La protección contra la utilización de la imagen del individuo

La *imagen* de una persona puede concebirse como la representación de ella por medio de un arte o técnica.

El derecho de una persona sobre su imagen puede ser distinto del derecho de la persona al respeto de su vida privada.

Una violación contra el primero de estos derechos se acompaña casi siempre de una violación al segundo. Generalmente, cuando los tribunales tienen que dirimir este tipo de asuntos, es porque una persona ha interpuesto una demanda en el sentido de que el material fotográfico tomado en el marco de su vida privada ha sido publicado sin su debida autorización.

Sin embargo, se ha aducido que un ultraje puede perfectamente ser dirigido en contra del derecho de una persona sobre su imagen, sin que al mismo tiempo sea violado el derecho de dicha persona al respeto de su vida privada.

Este sería el caso, por ejemplo, en lo que concierne a la imagen que representa a una persona en el ejercicio de una actividad pública.

Según esta línea de razonamiento, si la difusión de material fotográfico relativo a la vida pública de una persona es posible, es únicamente porque hay una presunción de autorización de reproducción. Pero esta presunción puede ser revertida.

El derecho del individuo a su propia imagen puede considerarse como un derecho de propiedad: así como el hombre es propietario de su cuerpo, así igualmente sería propietario de la imagen de éste.

15 Ver Badinter, "Le droit au respect de la vie privée", *Jurisclasseur périodique*, 1968, I, núm. 2136, párrafo 26.

Dentro de otra concepción, que es defendida sobre todo en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, el derecho a su propia imagen, sería asimilable al derecho de autor: el individuo tendría una especie de *copyright* natural sobre su apariencia y figura.

La aplicación de reglas relativas a la protección del individuo contra el uso abusivo de su imagen, genera problemas particularmente delicados cuando se trata de la imagen de una personalidad pública.

¿Debería considerarse que la publicación de la imagen de una personalidad pública es libre, dado que la naturaleza de la actividad ejercida implicaría, en cierta medida, una renuncia al derecho al respeto a la vida privada?

La jurisprudencia francesa, por ejemplo, considera que el funcionario público puede, en estos casos, invocar la protección que está garantizada para todas las otras personas, aun cuando pueda suponerse que ha renunciado voluntariamente a poseer una esfera de intimidad tan amplia como los demás.

En esta óptica, el derecho a oponerse a la utilización abusiva de una imagen se aplica a la imagen de un personaje público que representa a éste en el ejercicio de una actividad privada.

Una personalidad pública tiene, como cualquier otra persona, un estricto derecho al respeto de su vida privada, aun cuando deba aceptarse que la esfera de su intimidad no sea tan vasta como la de las demás personas.[16]

XII. El conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información: los límites de la libertad de opinión

La libre expresión de las opiniones es, sin duda, un mandamiento que se impone a la conciencia moderna.

Si la libertad de expresión es un fundamento esencial de todo orden democrático, es igualmente cierto que la protección de la vida privada es *garantía y condición* de la vida democrática.

En principio, la publicación de informaciones, no debería ser obstaculizada en forma alguna; sin embargo, debe hacerse la distinción entre información verídica y falsa noticia. La prohibición de informaciones fal-

16 Ver Kayser, P., *Le secret de la vie privée e la jurisprudence civile*, Paris, Melanges Savaier, 1965, pp. 410 y ss.

sas no es contraria a la exigencia de libertad. La posibilidad de limitar la libertad de publicar informaciones, incluso fidedignas, está vinculada a la existencia de otras libertades, y la libertad de información ejercida en forma dolosa pone en riesgo grave las otras libertades.

La libertad de la persona y el respeto debido a la vida privada son protegidos por la ley penal contra los abusos de la información. Esa protección queda generalmente asegurada por el régimen jurídico de la difamación.

Las necesidades de una buena administración de justicia y la salvaguarda de los derechos de la defensa conducen igualmente a prohibir la publicación de ciertas informaciones.

XIII. *TO BE LET ALONE*

No puede desconocerse que los medios de difusión se ocupan de manera predominante de las personas que, por diversos motivos y razones, han llegado a adquirir un relieve público.

Pero la sola notoriedad de la persona no le priva en forma alguna de su particular *esfera de intimidad*. Los actos vinculados a su quehacer público se encontrarán librados a información y fiscalización por la comunidad, pero estará protegido por la *reserva* todo comportamiento de su vida privada que no tenga incidencia en su quehacer público.[17]

El periodista puede recoger noticias de carácter privado con un contenido de interés social, pero no puede dejársele que impunemente ofrezca al público, noticias que dañen la esfera de la reserva íntima de las personas.

Por ello es obvio que la cuestión fundamental, es la difícil armonización entre ambos tipos de intereses: el interés público a la información y el interés privado a la intimidad (*to be let alone*, o *diritto di essere lasciati soli*).

El derecho a la información deja de existir en el momento que se viola la esfera de la intimidad de las personas. La prensa debe ser expresión de la libertad, y una prensa libre es una de las manifestaciones más características de la democracia moderna.

Pero, es igualmente cierto que la libertad de información, la libertad de prensa, no son derechos absolutos, ya que como hemos visto, tienen

17 Ver Pinto. Roger, *La liberté d'Opinion et d'Information: Contrôle juridictionnel et Contrôle administratif*, Paris, Editions Dómat Montchrestien, 1955. En particular cap. II, pp. 96-163.

que coexistir forzosamente con otros derechos, y uno de ellos, *fundamental*, es el derecho a la intimidad.[18]

XIV. Conclusión

De manera muy general —y con las reservas que se apuntan— bien podríamos estar de acuerdo en sostener que la *vida privada* es aquella parte de la vida que no está consagrada a una actividad pública y a donde los terceros no tienen, en principio, acceso alguno; ello con objeto de asegurar a la persona el secreto y la tranquilidad a la cual tiene *absoluto derecho*.

Por su parte, la vida pública concerniría todo aquello que, de una u otra forma, puede ser vinculado a una actividad o un problema de orden general; es decir, todo aquello que puede poseer una resonancia o implicación política, económica o social. En esta hipótesis, *y en principio*, el derecho a la información tendría preeminencia sobre el derecho al respeto de la vida privada.

Si el derecho al respeto a la vida privada es un derecho subjetivo y cae dentro de la categoría de los derechos de la personalidad, aparecerán entonces en forma concomitante ciertos caracteres jurídicos propios de dichos derechos.

De esta suerte, el derecho a la vida privada aparece como un derecho general, absoluto y extrapatrimonial.

Se concibe como un derecho general, en el sentido en que toda persona estaría dotada *a priori* de este derecho. Es de carácter absoluto, porque se impone su respeto en relación de toda persona y porque sólo el titular del derecho es dueño y señor de la divulgación de los secretos de su vida privada.

Es de naturaleza extrapatrimonial, porque no tiene en sí mismo un valor pecuniario, ya que su objetivo principal es asegurar la protección de intereses de orden moral.

El derecho a la vida privada puede calificarse igualmente de inalienable e imprescriptible. Su titular no puede renunciar a tal derecho en forma total y definitiva, ya que una renuncia de esta naturaleza sería absolutamente nula.

18 Ver Fariñas Matoni, Luis Ma., *El derecho a la intimidad*, Madrid, Ed. Trivium, 1983, en particular pp. 67 a 93. También ver Strömholm, Stig, *Right of Privacy and Rights of the Personality: a comparative survey*, Stockholm, Edit. Norstedt and Söners Förlag, 1967, en particular pp. 23 a 134.

Abandonar para siempre su vida privada en beneficio de los profesionales de la información, sería tan contrario a la libertad del individuo, como el ceder de por vida su fuerza de trabajo o, para un autor, enajenar todos sus derechos sobre todas sus creaciones futuras. Tiene, por lo tanto, un carácter *erga omnes*.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LOS TRATADOS INTERNACIONALES, EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL RESPETO A LA VIDA PRIVADA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El artículo 133 constitucional*. III. *El tratado internacional y la jurisprudencia*. IV. *Los tratados internacionales de derechos humanos*. V. *Los tratados internacionales y el respeto a la vida privada*. VI. *Los tratados internacionales y el derecho a la información*. VII. *El sistema interamericano de protección a los derechos humanos*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. En este ensayo partimos de varias conclusiones a las cuales hemos llegado en diversos artículos:

a) En virtud de que los derechos humanos son la dignidad misma de la persona humana, entre ellos no puede haber ningún conflicto ni enfrentamiento, sino armonía y compatibilidad; si no fuera así se vulnerarían, infringirían o anularían los derechos y libertades de los otros, porque aquéllos son para todos y de todos, para y de cada ser humano.[1]

b) Los medios de comunicación masiva son un verdadero poder, y los instrumentos que utilizan los caracterizan como una clase de poder ideológico, ya que a través de la coacción psíquica, del conocimiento o de

* En coautoría con Jorge Carpizo, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000.

[1] Carpizo, Jorge, "Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico", en varios autores, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, 1998, p. 504. Gómez-Robledo, Alonso, "Protección de la privacía frente al Estado", *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Diagnóstico genético y derechos humanos*, México, UNAM, 1998, pp. 92 y 93.

ambos, condicionan la conducta de otro poder, grupo o persona con independencia de su voluntad y de su resistencia.[2]

c) El establecimiento de reglas del juego —normas y actos jurídicos, principalmente— en el amplio tema de la información, responde al interés de todos: la sociedad, la empresa informativa, los comunicadores, las organizaciones y los individuos.[3]

d) En México, el marco jurídico —para la defensa de los particulares en el campo del derecho a la información y de otros derechos humanos con los cuales hay que hacer compatible al primero, como es el caso del derecho a la vida privada y al honor— es anacrónico, deficiente e insuficiente; sin embargo, existen aspectos que se han descuidado, que son importantes y que forman parte de nuestro marco jurídico respectivo: la autoaplicabilidad del artículo 6o. constitucional y la existencia de los tratados y convenciones internacionales que nuestro país ha ratificado.[4]

e) Resulta indispensable ir creando la costumbre de que las personas cuyos derechos y libertades son violados en estos aspectos del orden jurídico acudan a la vía jurisdiccional a defenderse, que los abogados hagan valer ante los tribunales los alcances del artículo 6o. constitucional,[5] así como los tratados internacionales ratificados por nuestro país; que los jueces vayan estableciendo los precedentes judiciales, y los casos más importantes puedan llegar al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; que como ha acontecido en otros países, la legislación respectiva vaya creándose sobre un "colchón jurídico" que lo constituyan las sentencias y la jurisprudencia de los tribunales.[6]

[2] Carpizo, Jorge, "El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXII, núm. 95, 1999, p. 351.

[3] Carpizo, Jorge, en varios autores, *op. cit.*, nota 1, pp. 510 y 511.

[4] *Ibidem*, pp. 512-515; así como Carpizo, Jorge, "Constitución e información", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LVII Legislatura, 2000, pp. 26 y 27.

[5] En 1977 el artículo 6o. constitucional que garantiza las libertades de pensamiento y de expresión fue adicionado con una oración final que dice: "el derecho a la información será garantizado por el Estado". Esta es la oración que deseamos resaltar en este ensayo.

[6] Carpizo, Jorge, art. cit., en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 4, pp. 27 y 28.

2. Ahora bien, en este ensayo el énfasis lo marcamos en el aspecto internacional. Nos interesa destacar los tratados, convenciones y pactos internacionales que México ha ratificado en estas materias y, en consecuencia, son normas internas de nuestro orden jurídico, y como tales deben aplicarse. Tanto los abogados como los jueces deben conocerlos muy bien, unos para hacerlos valer y los otros para aplicarlos. En esta forma, el marco jurídico del derecho a la información y el respeto a la vida privada mucho se enriquecería en beneficio de la protección y defensa de los derechos humanos de los mexicanos y de nuestro sistema democrático.

II. El artículo 133 constitucional

1. El artículo 133 de la Constitución mexicana de 1917 establece que:

> Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Este es un artículo muy importante que establece varias disposiciones de la mayor trascendencia:

a) La supremacía de la Constitución.

b) La jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano.

c) Los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados por el presidente de la República y aprobados por el Senado, son normas internas del orden jurídico mexicano.

d) Entre las normas federales y locales no existe jerarquía alguna, sino que en caso de una aparente contradicción, el problema se resuelve examinando qué autoridad es constitucionalmente competente para expedir esa norma.

e) Los jueces locales respetarán y aplicarán la Constitución general de la República a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera contener el orden jurídico local.

f) Todas las autoridades, incluso las administrativas, deben respetar la supremacía constitucional; en consecuencia, no han de aplicar una ley si ésta es inconstitucional.

De todos estos aspectos vamos a examinar los incisos b) y c) señalados en los párrafos anteriores.

2. El *quid* para conocer la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano se encuentra:

a) En la expresión "las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella" (de la Constitución).

b) En una interpretación hermenéutica de la propia ley fundamental; es decir, el artículo 133 hay que interpretarlo en conexión con otros preceptos constitucionales.[7]

Mario de la Cueva, inspirándose en una expresión de Mariano Coronado, afirma que el Congreso de la Unión expide leyes que son elaboradas, interpretadas, modificadas y aprobadas de acuerdo con un mismo procedimiento, pero que esas leyes son de dos tipos: *las que emanan material y formalmente de la Constitución y las que sólo emanan formalmente de ella*. Las primeras son las que desarrollan los preceptos constitucionales, "son el cuerpo y el alma de la Constitución que se expanden, determinando, precisando y diciendo con la mayor claridad y en todos sus detalles, lo que son y lo que significan el cuerpo y el alma de la ley fundamental...".[8] En cambio, las leyes que emanan formalmente bien podrían haber emanado de los congresos locales, si así lo hubiera dispuesto la propia Constitución.

Mario de la Cueva, para apoyar su pensamiento, recuerda que el artículo 16 transitorio de la ley fundamental se refiere a las *leyes orgánicas de la Constitución* como una categoría diversa de las leyes que debe construir el Congreso de la Unión conforme con las facultades que le señala el artículo 73 de esa ley fundamental.

Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia, en un reciente y magnífico tratado de derecho constitucional exponen que:

> El orden jerárquico de las normas en su parte principal se compone de los siguientes niveles: a) normas constitucionales; b) leyes del Congreso de la Unión que emanan de la Constitución y tratados internacionales; c) leyes federales y leyes locales. Dentro del orden jurídico mexicano, por supuesto, existen muchas normas jurídicas aparte de las señaladas, como los re-

[7] Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 16-19.

[8] Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 113-115.

> glamentos que expide el Ejecutivo, los ordenamientos municipales en los estados y una multitud enorme de normas jurídicas individualizadas.[9]

Dichos autores indican que las leyes que emanan de la Constitución pueden ser orgánicas y reglamentarias.

Ciertamente, las exposiciones de Mario de la Cueva, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia son correctas, porque en México existen leyes que emanan de la Constitución, y que son las leyes constitucionales, las cuales son materialmente diferentes de las federales; en consecuencia, entre la legislación federal y la local no existe un principio de jerarquía, sino de competencia, por las siguientes razones:

a) El artículo 41 constitucional, en su primer párrafo, establece que es la propia Constitución la que precisa la competencia de los poderes federales y la de los estados, poderes que tienen que ajustarse a dicha competencia.

b) El principio de autoridad competente es —de acuerdo con el artículo 16 constitucional— una garantía individual; es decir, los mexicanos tenemos como derecho humano el conocer con precisión cuál es la autoridad que está facultada constitucionalmente para actuar.

c) En México no se conocen las facultades concurrentes[10] en virtud de las disposiciones de los artículos 16, 40, 41 y 103 constitucionales, que persiguen, entre otros aspectos, que no exista ninguna indefinición o incertidumbre respecto a cuál es la autoridad competente para actuar.

El artículo 40 indica que la acción de las entidades federativas está limitada a su régimen interior.

d) El artículo 124 constitucional es muy claro al manifestar que las facultades que no están *expresamente* concedidas a la Federación se entienden reservadas a los estados. Es decir, la delimitación de competencias en el Estado federal mexicano es de carácter rígido y preciso, y no admite ambigüedad alguna.

[9] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 70 y 71. Sin embargo, dicho pensamiento pareciera que es contradicho por ellos mismos en la exposición que realizan en la p. 73.

[10] Las facultades concurrentes son aquellas que no están exclusivamente atribuidas a la Federación, ni prohibidas a las entidades federativas, y cuando aquélla no actúa, éstas pueden realizarlas, pero cuando la Federación actúa deroga la legislación local. El argumento con el cual se ha querido justificar las facultades concurrentes consiste en argüir que las entidades federativas no pueden estar esperando a que la Federación intervenga para satisfacer sus necesidades.

e) El artículo 103 constitucional dispone que procede el juicio de amparo contra leyes o actos que vulneren o restrinjan las facultades que la Constitución concede a las autoridades federales o locales.

f) El artículo 105 constitucional establece la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, y una de las causas de procedencia es precisamente la violación de la división de competencias en el Estado federal mexicano que establece la Constitución.

g) Si las leyes que emanan de la Constitución, a las que se refiere el artículo 133 constitucional, fueran las federales, en México existiría supremacía de éstas sobre las locales; entonces todos los artículos constitucionales mencionados serían contradictorios con el artículo 133. En una Constitución no pueden existir contradicciones. Además, esos artículos son actualizados todos los días (únicamente piénsese en los juicios de amparo que se presentan por violación de la garantía de autoridad competente —artículo 16— y del principio de la división de competencia entre el orden federal y el local —artículo 124—).

3. La exposición anterior nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) En México, sin duda alguna, los tratados internacionales que hemos ratificado constituyen normas internas de nuestro orden jurídico y existen para ser aplicadas. Si no lo son, nuestro orden jurídico se empobrece al no actualizarse una parte del mismo. La anterior afirmación es especialmente valedera tratándose de los derechos humanos.

b) En México no existe supremacía de la ley federal sobre la local; en consecuencia, el artículo 133 se está refiriendo a las leyes constitucionales con la expresión *las leyes que emanen de ella*.

Entonces, las leyes constitucionales y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía en el orden jurídico mexicano, y si entre ellas llega a existir alguna contradicción se aplican principios generales del derecho, como la primacía de la ley posterior sobre la anterior y de la ley particular sobre la general.

c) El tratado internacional tiene una jerarquía superior a la ley federal, y en caso de contradicción entre ellas prevalece el primero.

4. No ignoramos que diversos autores niegan la existencia de las leyes constitucionales. Para ellos, la ley federal tiene en México una jerarquía superior a la local, lo cual es contrario a toda la ingeniería constitucional de 1917 y a la concepción de nuestro Estado federal contenida en la ley

fundamental. Entre estos autores podemos mencionar a Gabino Fraga,[11] Eduardo García Máynez[12] y Elisur Arteaga Nava.[13]

III. El tratado internacional y la jurisprudencia

1. México es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980, y ratificada por nuestro país el 25 de septiembre de 1974. Esta Convención se apega al criterio contemporáneo más generalizado en cuanto a la utilización del término "tratado", como el más adecuado para abarcar todos los instrumentos en los cuales de cualquier modo se consigna un compromiso internacional y sobre los que existe una gran variedad de denominaciones, tales como convención, protocolo, pacto, carta, acuerdo o canje de notas.

Este "Tratado de tratados" fue aprobado por 79 votos a favor, 19 abstenciones y el muy lamentable voto en contra por parte de Francia, en razón de las disposiciones relativas al *jus cogens*.[14]

Todo Estado queda obligado a respetar de buena fe, no sólo la letra sino también el espíritu mismo del tratado internacional del cual es parte contratante. El incumplimiento o inejecución de cualquiera de las obligaciones insertas en el tratado son susceptibles de ser sancionados por el derecho internacional a través del mecanismo de la responsabilidad internacional.

No importa pues la denominación particular que se le otorgue al instrumento internacional, para que sólo con ello pudiera pensarse que se modifica su naturaleza. Sin embargo, en nuestro país —al igual que en Estados Unidos— ha prosperado la práctica viciosa de celebrar un sinnú-

[11] Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1962, p. 38.

[12] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1961, pp. 87 y 88.

[13] Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Harla, 1998, p. 28.

[14] Véase *Traités multilatéraux pour lesquels le Secrétaire Général exerce les fonctions de dépositaire*, st/LEG/SERD.D/11, Nueva York, 1980, pp. 555-562. Cabe recordar que todo lo relativo a los acuerdos internacionales entre Estados y organizaciones internacionales sería codificado posteriormente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, adoptada el 20 de marzo de 1986 por los Estados participantes en la conferencia de Naciones Unidas convocada por la resolución 39/86 del 13 de diciembre de 1984 de la Asamblea General. Véase el texto de la Convención de 1986 en *Documents juridiques internationaux*, París, Themis, vol. 5, núm. 2, 1986, pp. 314-346.

mero de acuerdos internacionales, que son verdaderos tratados, que producen efectos jurídicos regidos por el derecho internacional y que, no obstante esto, no se someten a la aprobación del Senado, en donde, por lo demás, ni siquiera se exige la práctica estadounidense de la votación afirmativa de las dos terceras partes del mismo, sino que es suficiente con que el tratado se apruebe por simple mayoría de votos.

En términos generales, se puede decir que el derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, nunca ha aceptado categóricamente que un Estado pueda invocar como causal de nulidad que su consentimiento, al obligarse a través de un tratado, viola una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados.

Sin embargo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aceptó una posición intermedia al asentar que en caso de que la violación sea *manifiesta* —que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado de buena fe— *y afecte a una norma de importancia fundamental* de su derecho interno, en esa hipótesis el Estado podrá alegar tal circunstancia como vicio de su consentimiento.[15]

2. Miguel Carbonell, siguiendo a Antonio Cassese, observa que las relaciones entre la Constitución y el tratado internacional se presentan de cuatro formas:

[15] En una ponencia presentada por Jorge Carpizo en las Jornadas de Homenaje a la Constitución Mexicana de 1917 en su 60o. Aniversario, sostiene que está de acuerdo con Tena Ramírez en el sentido de que el tipo de "acuerdos ejecutivos" no debería ser utilizado en México, porque nuestra Constitución habla de convenciones y tratados, mientras que la estadounidense habla solamente de tratados. Además, en la Constitución estadounidense se señala para la aprobación de tratados un quórum de las dos terceras partes de los senadores presentes, mientras que en nuestra Constitución no se indica quórum especial, lo que significa que para aprobación de un tratado sólo se requiere de una mayoría de los senadores presentes. Esta práctica en México representa una falta de respeto a la Constitución Política y al Senado mismo. Véase Carpizo, Jorge, "El Poder Ejecutivo y las relaciones exteriores de México", en *La Constitución y las relaciones exteriores de México*, México, Instituto Matías Romero, 1977, pp. 60-63. En la Ley Mexicana sobre Celebración de Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992, se retoma la definición de "Tratado" de la Convención de Viena de 1969, pero en forma desafortunada se trata de paliar el problema de los acuerdos ejecutivos, denominándolos "acuerdos interinstitucionales", pudiéndose celebrar éstos por cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal (*sic*); artículo 2o., II de la Ley Mexicana sobre Celebración de Tratados de 1992. *Cfr.* Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "El régimen jurídico de los tratados en México", en varios autores, *Estudios en homenaje a Jorge Carpizo: problemas actuales del derecho constitucional*, México, UNAM, 1994, pp. 157-168.

a) Las Constituciones no contienen ninguna norma al respecto.

b) Las Constituciones disponen que los tratados deben ser cumplidos, pero no les otorgan ninguna jerarquía superior a la ley del país.

c) Las Constituciones norman que los tratados se encuentran en un nivel inferior a la propia Constitución, pero prevalecen sobre la ley ordinaria, y el legislador no puede modificar o alterar al tratado mediante la expedición de una nueva ley. Ésta es la situación que prevalece en Alemania, Francia y Grecia.

d) Las Constituciones admiten la posibilidad de que el tratado pueda incluso modificar o revisar a aquéllas. Ésta fue la situación en la Constitución peruana de 1978, que ya se encuentra derogada.[16]

La Constitución mexicana acepta la existencia de los tratados, pero por reforma del 18 de enero de 1934, deben estar de acuerdo con ella.[17] Es decir, en México la única norma suprema es la Constitución.

Los tratados internacionales, para tener vigencia en nuestro país, deben:

a) Estar de acuerdo con la Constitución.

b) Haberse celebrado por el presidente de la República y aprobados por el Senado con la regla —como ya asentamos— de la mayoría de los votos de los senadores presentes.

Entonces, los tratados internacionales se encuentran en un nivel inferior al de la Constitución, al mismo nivel que las leyes constitucionales y en un nivel superior al de las leyes federales y locales.

El tratado internacional como norma interna de nuestro orden jurídico debe desempeñar un papel muy importante en el mismo: el abogado lo debe hacer valer y el juez lo debe aplicar en sus resoluciones.

3. Las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *siempre han reconocido a los tratados internacionales que cumplen con los requisitos del artículo 133 constitucional, como normas internas de nuestro orden jurídico*; las discrepancias se encuentran en si los tratados internacionales tienen una jerarquía superior o no a las leyes federales. Así, nuestro máximo tribunal había sostenido que "no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso" y que

[16] Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Porrúa, 1999, pp. 191 y 192.

[17] Véase Gómez-Robledo, Alonso, "Comentario al artículo 133", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, 1997, t. II, pp. 1389-1392.

> puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esta Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.[18]

En noviembre de 1992, el pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió, por unanimidad, la tesis P. C/92, misma que siguió la corriente que había prevalecido en ese alto tribunal, y que a la letra dice:

> LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.[19]

Estas tesis de la Suprema Corte fueron erradas y simplistas. La conclusión que también se deriva de ellas es que la ley federal tiene una jerarquía superior a la local, lo cual contradice varios artículos constitucionales y rompe la estructura del Estado federal que construye nuestra Constitución. Podemos afirmar que dichas tesis de jurisprudencia no eran aplicadas con todas sus consecuencias e implicaciones, debido a que en la realidad jurídica y social la ley federal no priva sobre la local, y en caso de una aparente contradicción entre ellas, la cuestión que los jueces federales se plantean es qué autoridad es competente para expedir esa ley de acuerdo con la Constitución.

[18] *Semanario Judicial de la Federación*, México, 7a. época, vols. 151-156, parte sexta, p. 196; y vol. 78, parte sexta, p. 111. Véase Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 16, p. 193.

[19] *Semanario Judicial de la Federación*, México, 8a. época, t. 60, tesis P. C/92, registro núm. 205,596, 1992, p. 27. "El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso (1992) por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros...: aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia".

Sobre esta importante materia, la última tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que se aleja de los criterios tradicionales y erróneos sostenidos, se estableció al resolver el pleno el amparo en revisión 1475/98 —Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo— el 11 de mayo de 1999, y que a la letra dice:

> TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas de nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la carta magna es la suprema, la objeción es superada con el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de las dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y por medio de su ratificación obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo

> 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta* del *Semanario Judicial de la Federación*, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Consideramos que esta tesis jurisprudencial, que deroga a las otras, es correcta y muy importante, por las siguientes razones:

a) Sostiene que los tratados se encuentran situados inmediatamente debajo de la Constitución y por encima de la ley federal y de la ley local.

b) Menciona a las leyes constitucionales, y aunque expresamente no admite su existencia, realmente sí la acepta, porque si no fuera así, no podría llegar a la conclusión de que en México no existe jerarquía entre la ley federal y la ley local.

c) Al realizar la mencionada interpretación respeta el recto sentido de varios y muy importantes artículos de nuestra Constitución que ya hemos enunciado, aunque la nueva tesis sólo resalta el artículo 124, que establece la regla general de la división de competencias entre la Federación y las entidades federativas.

d) Los argumentos que sostienen esta tesis al final de cuentas se podrían resumir en una idea: el tratado internacional como la ley constitucional son normas de la unidad del Estado federal y no de ninguno de los dos órdenes que integran a ese Estado federal: la Federación y las entidades federativas.

e) Se aceptan las tesis que en su momento expusieron Mario de la Cueva y Jorge Carpizo sobre la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, interpretación que respeta el buen sentido de varios y diversos artículos constitucionales.

La resolución que aquí se comenta ha sido criticada,[20] fundamentalmente porque se ha considerado que su argumentación no es lo profunda que de-

[20] Cossío D., José Ramón, "La nueva jerarquía de los tratados internacionales", *Este País*, México, núm. 107, febrero de 2000, pp. 34-38.

biera ser, y porque se extraen conclusiones que no se derivan de los argumentos. Sin embargo, sus virtudes son mayores que sus posibles defectos, sus conclusiones son correctas y toma en cuenta, para interpretar el artículo 133 constitucional, a otros artículos de la propia ley fundamental, sin lo cual siempre se llegará a conclusiones erradas. Probablemente en el futuro se puedan precisar los argumentos y razonamientos lógicos de esta importante tesis, pero las conclusiones serán las mismas, porque si no lo son, entonces se destroza la comprensión hermenéutica de nuestra Constitución.

4. Así, regresamos al punto inicial: en México los tratados y convenciones internacionales que hemos ratificado son normas internas de nuestro orden jurídico que se deben conocer más y mejor para que sean alegadas por los abogados y aplicadas por los jueces, especialmente para fortalecer la defensa y la protección de los derechos humanos.

Los tratados internacionales tienen en nuestro país la misma jerarquía que las leyes constitucionales y, en consecuencia, se encuentran en un nivel superior a la legislación federal y a la local.

IV. Los tratados internacionales de derechos humanos

1. El derecho a la información y el respeto a la vida privada son derechos humanos de especial trascendencia que todo orden jurídico tiene que respetar si realmente constituye un régimen democrático.

Existe actualmente en el mundo una corriente constitucional que sostiene que los tratados internacionales de derechos humanos poseen una especial importancia por la materia misma de su contenido, y que, por tanto, esos tratados deben tener una jerarquía jurídica muy especial.

Veamos algunos ejemplos en América Latina, región que nos es tan próxima por diversas y múltiples razones.

El artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985 dispone: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno".

El artículo 105 de la Constitución del Perú de 1979 dispuso: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

La Constitución del Perú de 1993, en dos artículos, ordena:

> Disposiciones finales y transitorias.
>
> Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El artículo 56 dispone que:

> Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:
>
> 1. Derechos humanos.
> 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
> 3. Defensa nacional
> 4. Obligaciones financieras del Estado.
>
> ...

En este aspecto queda claro que la Constitución del Perú de 1993 dio pasos atrás respecto a la de 1979, y así lo ha entendido parte de la doctrina.[21]

El artículo 50 de la Constitución de Chile de 1980, reformado en el plebiscito de 1989, al respecto dispone:

> ...El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Esta misma tendencia se encuentra en la Constitución de Costa Rica de 1949, reformada en 1989, en su artículo 48.[22]

El artículo 142 de la Constitución del Paraguay de 1992 dispone: "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución".[23]

[21] *Análisis del Proyecto de Constitución. Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, pp. 220 y 221.

[22] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 9, p. 487.

[23] Para las Constituciones de América Latina que se han citado, se han utilizado las ediciones que conjuntamente realizaron el Fondo de Cultura Económica y la UNAM en

2. Los artículos constitucionales señalados se encuentran dentro de una gran corriente internacional de protección de los derechos humanos. Las Constituciones parten del supuesto de que el orden jurídico se crea y tiene como finalidad última reconocer y defender la dignidad humana, y que el propio orden internacional se basa en este principio: la existencia de un conjunto de países cuya base es precisamente la dignidad humana; en consecuencia, una violación de derechos humanos no es únicamente una cuestión que concierne al Estado donde aquélla aconteció, sino a la comunidad internacional.

Varios de los países de América Latina aceptan esta concepción, y su consecuencia es la declaración de que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados privan sobre la propia Constitución; es la primacía del derecho internacional en un aspecto específico, pero que es importantísimo.

En otras leyes supremas se encuentra el principio de que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados tienen jerarquía constitucional, o sea, son normas constitucionales y, en consecuencia, sólo pueden reformarse siguiendo los procedimientos que la propia Constitución sigue para su modificación.

México se encuentra muy lejos de estas concepciones modernas, que se pueden sintetizar en la certera oración de Peter Häberle: "La democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos".[24]

En el caso de México, por ahora, cuando menos es indispensable que se conozcan en los medios jurídicos —en la sociedad, ¡claro!, también— los tratados de derechos humanos que se han ratificado para que como normas internas que son, sean alegadas por los abogados y aplicadas por los jueces. Si ello aconteciera, daríamos muchos pasos hacia adelante en la defensa y protección de los derechos humanos en nuestro país.

Precisamente ésta es la finalidad que perseguimos con este ensayo respecto a dos derechos humanos muy importantes, y que en México no se

1994. Además se consultaron García Belaunde, Domingo y Gutiérrez Camacho, Walter, *Las Constituciones del Perú*, Lima, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1993; así como García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 1994.

[24] Häberle, Peter, "El Estado constitucional europeo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, enero-junio de 2000, p. 93.

encuentran bien protegidos en la realidad, en parte por ignorancia, en parte por deficiencias y anacronismos jurídicos, pero en mayor parte, porque los mismos no se hacen valer ante los tribunales por las más diversas razones, mismas que ya hemos expuesto en otra ocasión.[25]

En México la protección y defensa del derecho a la información y el respeto a la vida privada —por los cuales existe un gran desprecio—, se verían fortalecidos en mucho si se aplicaran los tratados internacionales ratificados, los cuales, de acuerdo con nuestro artículo 133 constitucional, como hemos ya dicho en varias ocasiones, son normas internas del orden jurídico del país.

V. Los tratados internacionales y el respeto a la vida privada

1. Si la necesidad a la intimidad es inherente a la persona humana, si una vida privada al abrigo de injerencias no deseables y de indiscreciones abusivas permite a la personalidad de cada uno explayarse libremente, la protección de la vida privada será entonces, igualmente, un criterio determinante del carácter democrático de toda sociedad.

De esta suerte, la protección de la esfera de la vida privada del individuo es a la vez condición y garantía de todo régimen democrático.

Es innegable que la dificultad que existe para definir la noción de respeto a la vida privada proviene sobre todo del hecho de que varios factores aparentemente antagónicos se encuentran en juego, y entre los cuales se tiene que destacar en forma principal el derecho del individuo al secreto de su vida, por un lado, y el derecho de la colectividad a la información, por el otro.

No puede desconocerse que los medios de difusión se ocupan de manera predominante de las personas que por diversos motivos y razones han llegado a adquirir un relieve público.

Pero la sola notoriedad de la persona no le priva en forma alguna de su particular "esfera de intimidad". Los actos vinculados a su quehacer público se encuentran sujetos a la información y a la fiscalización por parte de la comunidad, pero estarán protegidos por la "reserva"; es decir,

[25] Carpizo, Jorge, en Valadés, Diego y Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 4, pp. 10 y 27.

que del anterior principio queda excluido todo comportamiento de su vida privada que no tenga incidencia en el quehacer público.[26]

El comunicador puede recoger noticias de carácter privado con un contenido de interés social, pero no puede dejársele que impunemente ofrezca al público noticias que dañen la esfera de la reserva íntima de las personas.

Por ello es obvio que la cuestión fundamental estriba en la armonización entre ambos tipos de intereses: el interés público a la información y el interés privado a la intimidad (*to be let alone o diritto di essere lasciati soli*).

El derecho a la información deja de existir en el momento en que se viola la esfera de la intimidad de las personas.

Los medios de comunicación no pueden pretender convertirse en verdaderos "poderes públicos autónomos" no regulados por algún orden jurídico, ético, o algún otro que se infiera de los dos anteriores. Nunca será suficiente reiterar que la libertad de información, la libertad de prensa y telecomunicaciones en general no pueden ser concebidos como "derechos absolutos", y que están irremediablemente —por así decirlo— condenados a coexistir con otra serie de derechos, entre los que destaca, fundamental y primordialmente, el *derecho a la intimidad y privacía*.

La protección de la vida privada frente al Estado consiste, por una parte, en el derecho de cada uno a guardar *en secrecía* los hechos de su vida privada frente a la autoridad pública; y por otro lado, en el derecho a que las informaciones sobre la vida privada que posee el Estado no sean divulgados en forma alguna, salvo previo consentimiento de la persona interesada o por mandamiento judicial. La fórmula podría ser: el respeto a la vida privada impone al Estado una doble obligación: *no injerencia y no divulgación*, para garantizar la privacía, la autonomía y la tranquilidad a las que tiene derecho la persona, fuera de la vida pública.[27]

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, con la

[26] Véase Pinto, Roger, *La liberté d'opinion et d'information: contrôle juridictionnel et contrôle administratif*, París, Éditions Dômat Montchrestien, 1995, pp. 96-163 (en particular, capítulo II); y Carpizo, Jorge, en varios autores, *op. cit.*, nota 1.

[27] Véase Kayser, P., *Le sécret de la vie privée e la jurisprudence civile*, París, Mélanges René Savatier, Edit. Dalloz, 1965, pp. 405-422; Stoufflet, "Le droit de la personne sur son image", *Jurisclasseur Périodique*, t. I. 1374, núm. 13, 1957.

presidencia de don Luis Padilla Nervo —e inspirada en gran medida por la declaración francesa de 1789— introduce los grandes principios en la materia de los derechos humanos, que a partir de ese momento serán la fuente de inspiración de numerosas Constituciones, ejerciendo una muy poderosa influencia en la evolución consuetudinaria del derecho internacional general.

El artículo 12 de la Declaración Universal dispone: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

No está por demás decir aquí que la antigua querella doctrinal relativa al alcance jurídico de la Declaración está ya ampliamente superada. Incluso si la misma Declaración no poseía en su momento un estricto valor jurídico vinculante por el hecho de la naturaleza formal del acto, esto es, una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, ya nadie puede poner seriamente en duda que los principios contenidos en la Declaración han pasado a ser parte definitiva del derecho internacional positivo.[28]

3. Por su parte, nuestra Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá en 1948, dispone en el capítulo I, artículo V, lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar".[29]

Al comentar la Declaración Americana, uno de nuestros delegados a la IX Conferencia de Bogotá sostuvo que la misma

> ...por su carácter internacional, ocupa un campo jurídico distinto al de las declaraciones contenidas en las constituciones políticas de los Estados del

[28] Véase *La Conquête des Droits de l'Homme. Textes Fondamentaux*, París, Le Cherche-Mii Editeur, 1988, pp. 139-147. *Cfr.* Sohn B., Louis, "La Declaración Universal de Derechos Humanos", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. III, núm. 2, diciembre de 1967, p. 28. Madiot, Yves, "L'influence de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 sur le droit international des droits de l'Homme", *Révue Québecoise de Droit International*, Quebec, vol. 6, núm. 1, 1989-1990, pp. 1-11.

[29] Véase *Conferencias Internacionales Americanas: primero y segundo suplemento. 1945-1954*, Washington, D. C., Unión Panamericana, 1956.

> Continente. La semejanza entre ambas está en que llevan la misma finalidad mediata, que es la de proteger a la persona humana, pero la finalidad inmediata y los medios de aplicación son distintos.[30]

4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, adoptada en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigor el 18 de julio de 1978.

México ratificó esta Convención Americana el 24 de marzo de 1981, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de ese año:

> Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad
>
> 1o. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> 2o. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
>
> 3o. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley, contra esas injerencias o esos ataques.

El artículo 13, que consagra la libertad de pensamiento y de expresión, establece en el párrafo 2o. lo siguiente:

> El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (libertad de expresión y pensamiento), no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Pero será más adelante en esta misma Convención o Pacto de San José donde encontraremos con toda precisión la redacción de uno de los más importantes derechos en la materia: el derecho de rectificación o respuesta:

> 1o. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamen-

30 Véase Fernández del Castillo, Germán, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", *México en la IX Conferencia Internacional Americana (en Bogotá, Colombia)*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 30 de marzo-2 de mayo de 1948, pp. 133-167.

tados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2o. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido.

3o. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial (artículo 14 de la Convención Americana).[31]

5. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU, mediante la resolución 2,220 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

Este Pacto entró en vigor el 23 de marzo de 1976, esto es, una vez transcurridos tres meses a partir de la fecha en que se depositó el trigésimo quinto instrumento de ratificación (o adhesión) ante el secretario general de Naciones Unidas (artículo 49).

México, al depositar su instrumento de adhesión al Pacto, el 23 de marzo de 1981, formuló dos declaraciones interpretativas (artículos 9o., párrafo 5o., y 18), y dos reservas que no están relacionadas con la materia que venimos examinando.

31 La Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") entró en vigor el 18 de julio de 1978 conforme con el artículo 74.2 de la Convención y siendo depositario la Secretaría General de la OEA. Los textos del instrumento original y ratificaciones se pueden consultar en Serie sobre tratados, Washington, D. C., Secretaría General de la OEA, núm. 36 (registro ONU: 27-VIII-1979, núm. 17955). El instrumento de adhesión de México se recibió en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, anexándose las declaraciones interpretativas y una reserva. La reserva relativa al artículo 130 de nuestra Constitución Política se notificó conforme con las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor a partir del 27 de enero de 1980. El plazo de 12 meses desde la notificación de la susodicha reserva se cumplió el 2 de abril de 1982, sin haberse recibido objeción alguna por parte de los demás Estados contratantes (artículo 20, párrafo 5o., Convención de Viena, 1969). Por otro lado, el llamado "Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, fue ratificado por el gobierno de México el 16 de abril de 1996, depositando el instrumento relativo en la Secretaría General de la OEA. Véase Serie..., *op. cit.*, nota 31. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "El sistema americano de protección de los derechos humanos" y "Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos", *Protección jurídica de los derechos humanos*, 2a. ed. aumentada, México, CNDH, 1999, pp. 271-308 y 455-532, respectivamente.

La promulgación de este Pacto en nuestro país se realizó el 30 de marzo de 1981, y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de ese mismo año.

En la exposición de motivos de la adhesión a dicho Pacto se asentó que no se había juzgado procedente recomendar la adhesión de México al protocolo facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (16-XII-66 y en vigor a partir del 23-III-76), que atribuye al Comité de Derechos Humanos (establecido en la parte IV del Pacto), competencia para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado, ni tampoco formular la declaración prevista en el artículo 41 del Pacto, para reconocer la competencia del Comité en cuanto a las acusaciones de un Estado contra otro, por estimarse que "...la estructura jurídica y política de nuestro país —a diferencia de las de otros— permite corregir las fallas que existan en el régimen interno de protección de los derechos humanos".[32]

Por otro lado, hay que reconocer que la dualidad de los pactos, esto es, el relativo a los derechos civiles y políticos, y el Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (1966), se justifica ampliamente por la muy diferente naturaleza de las obligaciones que las integran.

Las disposiciones del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que define libertades de primer orden son disposiciones *inmediatamente aplicables*, mientras que en los derechos económicos, sociales y culturales del segundo Pacto, los Estados se comprometen a actuar con miras a asegurar "progresivamente" el pleno ejercicio de los derechos ahí plasmados.[33]

Para nuestros propósitos, es la disposición contenida en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que plasma el derecho a la privacía, la protección a la reputación, y el respeto a la vida familiar, domicilio, correspondencia y al honor de la persona.

> Artículo 17.
>
> 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

[32] Véase "Exposición del Poder Ejecutivo de la Unión sobre los pactos y convenciones internacionales que promueven la protección de los derechos humanos", *Archivo histórico diplomático mexicano: Convenciones sobre derechos humanos*, México, SRE, 1981, pp. 9-24.

[33] Véase Vasak, Karel, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, París, UNESCO, 1978.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.[34]

6. Ahora bien, si es importante conocer el contenido de los tratados ratificados, igualmente lo es examinar la interpretación que de los mismos realizan los órganos competentes para ello, de acuerdo con los propios instrumentos internacionales, ya que dicha interpretación se podrá hacer valer ante los tribunales nacionales.

Vamos a examinar en este ensayo varias tesis de dichos órganos, las cuales nos ayudan a comprender lo trascendente que resulta tenerlas presentes en la defensa de los derechos humanos en general, y específicamente en la defensa de los derechos que son objeto del presente estudio.

En el caso N.9178 (Costa Rica) del 3 de octubre de 1984 (resolución N.17/84), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible la petición formulada por el señor Stephen Schmidt al tenor del artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Costa Rica.

La Comisión Interamericana constató que el señor Stephen Schmidt había agotado los recursos de la jurisdicción interna de Costa Rica, al existir sentencia ejecutoriada y definitiva por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de esa República, y al ya no ser procedente el recurso de amparo contra las actuaciones de la Suprema Corte.

Asimismo, la Comisión expuso que tampoco era viable tratar de agotar el recurso a un juicio contencioso administrativo, por cuanto precisamente el peticionario no solicitaba su incorporación al Colegio de Periodistas.

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, se demostró que tampoco éste era viable, debido a que la Corte Suprema de Costa Rica en jurisprudencia reiterada ha sostenido que la colegiatura obligatoria se ajusta a los cánones de la Constitución, y era razonable esperar que se repitiera la misma decisión, en cuyo caso se aplica la norma consuetudinaria internacional; esto es, que no se requiere el agotamiento de aquellas instancias o

[34] Lo que se conoce en el derecho internacional como la "Carta Internacional de Derechos Humanos" está compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véanse los textos relativos a los instrumentos anteriormente mencionados en *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, Ginebra, Naciones Unidas, 1994, ST/HR/1/Rev. 5 (vol. I, part. 1), pp. 1-49.

recursos que sean manifiestamente ineficaces dentro de un orden jurídico determinado.

Más adelante, la Comisión Interamericana sostuvo que las disposiciones de las convenciones y pactos de derechos humanos que regulan

> ...lo que actualmente se denomina el derecho de la información, que consiste en esencia en buscar, recibir y difundir información e ideas. Este derecho comprende la libertad de acceso a las fuentes de la información, igualdad para todos en el libre uso de los instrumentos de transmisión, libertad de transmisión y envío de noticias sin ningún tipo de censura previa, *derecho a transmitir a otros la verdad*, derecho de estar informado y a buscar como cada uno entienda toda la información deseada.
>
> Hay que observar que *este derecho no es absoluto*, como en el artículo 32 de la Convención estatuye que " *los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás*, por la seguridad de todos, y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Además, el mismo artículo 13 de la Convención Americana establece la responsabilidad con arreglo a las leyes internas en orden a garantizar: "a) *El respeto a los derechos o a la reputación de los demás*, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas". *Esto implica que la prensa es libre, pero responsable* con arreglo a las leyes en los casos antes mencionados.[35]

7. El gobierno de Costa Rica, mediante comunicación del 1o. de octubre de 1985, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del

[35] Véase caso núm. 9178 (Costa Rica), resolución núm. 17/84, 3 de octubre de 1984, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1984-1985, Washington, D. C., Organización de Estados Americanos, 1985. La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos data de 1959, fecha en que se llevó a cabo la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores (resolución VIII). Si bien era cierto que el Estatuto limitaba la competencia de la Comisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, la Comisión misma a través de los años y mediante una práctica audaz pero consistente, iría caso por caso ampliando esa "competencia restrictiva" que le había sido asignada en su origen. Véase Gros Espiell, Héctor, "Le système interamericain comme regime régional de protection international des droits de l'homme", *RCADI*, vol. II, 1975. El actual Estatuto de la Comisión Interamericana fue aprobado mediante resolución núm. 447, adoptada por la Asamblea General de la OEA en el noveno período de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979. Véase *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, pp. 7-84.

artículo 14.1 (derecho de rectificación o respuesta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2o. de la misma (deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

El artículo 14 de la Convención Americana de 1969 estipula que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes ("inaccurate or offensive statements or ideas": " données inexactes ou des imputations diffamatoires"), tiene derecho a efectuar su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

La Corte sostuvo, *inter alia*, que la tesis de que la frase "en las condiciones que establezca la ley" solamente facultaría a los Estados partes a crear por ley el "derecho de rectificación o respuesta", sin obligarlos a garantizarlo; en tanto su ordenamiento jurídico interno no lo regule, es una tesis que no puede ser consistente ni con el "sentido corriente" de los términos empleados ni con el "contexto" de la Convención.

> ...La rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a), sobre libertad de pensamiento o expresión *que sujeta esta libertad al "respeto a los derechos o a la reputación de los demás..."*
>
> El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagrados en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención *está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.*[36]

[36] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC 7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A: Fallos y Opiniones N. 7, San José, Costa Rica, 1986, pp. 12 y 13, párrafos 23 y 24. La Corte recuerda la norma inserta en el artículo 32.2, de acuerdo con la cual: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (párrafo 23). La noción del bien común (*general welfare*) fue analizada anteriormente por la Corte, postulando ésta que dentro de la Convención Americana era posible entender el bien común, "...como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permite a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos... y se preserve y se promueva la plena realización de los derechos de la persona humana", véase Advisory Opinion OC 5/85 of November 13, 1985, *International Legal Materials*, Washington, D. C., *American Society of International Law*, vol. XXV, núm. 1, 1986, pp. 123-145, párrafo 66.

Respecto a los anteriores puntos del litigio, el 29 de agosto de 1986, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, por unanimidad se falló de la siguiente manera:

> a) Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.
>
> b) Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2o. de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.[37]

H. Nos referimos a la Convención Europea, en la materia y a sus resoluciones, en virtud de la gran importancia que tienen, pero especialmente porque estas últimas influyen en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la profundidad y seriedad de sus conceptos.

Así, dichas resoluciones deben ser conocidas por los juristas de este continente, porque son un marco que puede ser de gran utilidad para la defensa y protección de los derechos que estamos examinando.

La Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 por los países miembros del Consejo de Europa, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Su primer protocolo adicional firmado en París, el 20 de marzo de 1952, entró en vigor el 18 de mayo de 1954.[38]

El artículo 8o. de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reza como sigue:

[37] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 36, p. 19, párrafo 35. La Corte estuvo integrada por los jueces Th. Buergenthal, R. Nieto, R. Piza, P. Nikken, H. Fix-Zamudio, Gros-Espiell y J. Alcerro.

[38] Véase Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, Rome, 4 de noviembre de 1950. Los derechos y libertades consagrados inicialmente en la Convención se fueron ampliando profusamente a través de una sucesión de protocolos adicionales. *Yearbook of the European Convention on Human Rights, Recueil des Textes*, Dordrecht/Boston/London, A. Martinus Nijhoff Publishers, vol. 33, 1994, pp. 1-30.

> 1o. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
>
> 2o. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.[39]

Así, el párrafo 1o. del artículo 8o. de la Convención Europea sobre Derechos Humanos establece el principio capital del derecho que tiene toda persona al respeto a su vida privada, familiar, su domicilio y correspondencia:

a) La Corte Europea ha dado una interpretación extensiva del derecho al respeto de la vida privada.

Independientemente del "círculo íntimo", en donde cada quien puede llevar su vida personal como mejor le plazca, suprimiendo en forma absoluta el mundo exterior de dicho círculo, el respeto de la vida privada debe también englobar el derecho para el individuo de trabajar y desarrollar relaciones con sus semejantes.

De esta suerte, no hay ninguna razón de principio para excluir de la vida privada las actividades profesionales o comerciales. Este tipo de actividades permiten estrechar los vínculos de las personas con el mundo exterior, y ellas están tan fuertemente ligadas a la vida de las personas que la protección jurídica para ser eficaz, no puede operar distinción alguna.[40]

Además, para que la injerencia de las autoridades públicas pueda ser lícita debe estar prevista por la ley, persiguiendo un fin legítimo consagrado en la misma disposición (artículo 8, párrafo 2o.), y constituyendo además una medida que en una sociedad democrática se presente como necesaria para la realización de fines legítimos.

39 Texto francés del artículo 8o., párrafo 1o.: "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance", *Annuaire de la Convention Européenne des Droits del'Homme, Recueil des Textes*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, vol. 33 A., p. 1.

40 Véase en este sentido el caso Niemietz c/Allemagne: Cour Européenne des Droits de l'Homme, 16-12-1992, N. 30, p. 729.

b) La jurisprudencia europea ha dejado muy en claro que en este aspecto se está tratando de la enumeración de excepciones a un principio —el de la libertad—, y por tanto, en buena técnica jurídica, no pueden ser interpretados más que en forma restrictiva.

En la hipótesis de que la finalidad de la injerencia caiga dentro de los anteriores supuestos, ésta debe ser juzgada por referencia a aquello que es "necesario" en una sociedad democrática, en la cual las exigencias del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de criterio son absolutamente esenciales.

La Corte Europea de Derechos Humanos verifica en consecuencia "la necesidad social imperiosa", o incluso las razones particularmente graves para considerar legítimas, a los fines del artículo 8o., las injerencias de los poderes públicos, en aplicación de un principio general según el cual "una restricción a un derecho que consagra la Convención debe ser proporcional al objetivo legítimo que se persigue".[41]

En el caso Jersild c/Danemark (serie A, núm. 298), fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos el 23 de septiembre de 1994, ésta recordó que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que las garantías acordadas a la prensa revisten una particular importancia.

Sin embargo, la Corte va a puntualizar que dicha libertad de expresión "...no debe traspasar los linderos que han sido fijados con vistas, principalmente, a la protección de la reputación y de los derechos de terceros".

Más adelante la Corte sostendrá que tratándose de los "deberes y responsabilidades" de un periodista, el impacto potencial de "un medio en particular" reviste una importancia en sí mismo, y que en general se está de acuerdo en sostener que los "media-audiovisuales" tienen, muchas veces, un efecto más inmediato y poderoso que la misma prensa escrita.

La Corte consideró poder determinar en este caso y en cualquier otro si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificar "el reportaje" en cuestión se presentaban como *pertinentes y suficientes*,

[41] *Cfr.* Cour Européenne des Droits de l'Homme: (1) Golder, 21-II-1975, N. 44; (2) Handyside, 7-XII-1976, N. 48; (3) Dudgeon, 22-X-1981, N. 52; (4) Young, James et Webster, 13-VIII-1981, N. 63; Série A; Arrêts et décisions de la Cour, Köls, Alle-magne, Karl Heymanns Verlag. Para la hermenéutica del artículo 8o. de la Convención Europea, véase Fawcett, J. E. S., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 210-235.

además de saber si los medios empleados eran proporcionados al fin legítimo que presuntamente se perseguía.

En su sentencia del 23 de septiembre de 1994, la Corte Europea sostuvo que los motivos esgrimidos en apoyo a la condena del señor Jersild no eran suficientes para convencer a la Corte de que la injerencia en el ejercicio del derecho del interesado a la libertad de expresión era "...necesario en una sociedad democrática; en particular, los medios empleados estaban desproporcionados *vis-à-vis*, el objetivo perseguido: la protección de la reputación o los derechos de terceros".[42]

VI. Los tratados internacionales y el derecho a la información

1. Si bien es cierto que respecto de los límites entre la libertad de expresión y el derecho a la información pueden hacerse distinciones más o menos válidas en el plano teórico, también es cierto que los problemas de su aparente distinción académica comienzan a presentarse cuando pasamos al terreno de la práctica jurídica, en donde en múltiples ocasiones es poco clara su formulación.

En términos generales, y siguiendo a la corriente mayoritaria, se puede decir que "la libertad de expresión" que se refiere a ideas, opiniones o pensamientos es una libertad que puede implicar una manifestación no absolutamente verídica, y no por ello se vulnera la normatividad internacional, siempre y cuando esta misma libertad no caiga en la calumnia, la mentira o algún tipo de injuria específica.

Por el contrario, "el derecho a la información" conlleva necesariamente la veracidad como su fundamento esencial. Uno de los graves problemas que aquí se presentan es el relativo al hecho de que en múltiples ocasiones se emiten ciertas opiniones muy delicadas, pero con un sustrato carente de veracidad.[43]

[42] Cour Européenne des Droits de l'Homme: Jersild c/Danemark, 23 septembre 1994, serie A (N. 298). Arrêts et décisions de la Cour, Köln, Allemagne, Karl Heymanns Verlag. Por lo que respecta al texto oficial del Protocolo 11, que instaura una Corte única que funcionará en forma permanente, sustituyendo así a los mecanismos de control actuales, *i. e.* la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, adoptado el 11 de mayo de 1994 en Estrasburgo, puede consultarse en *Annuaire...*, *op. cit.*, nota 39, pp. 273-283.

[43] Véase Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 105-127. Por su parte, el magistrado José Augusto Vega Ruiz apunta que en ocasiones la cuestión estriba en saber si se trata de un "juicio de valor" o simplemente

2. No cabe duda de que el antecedente internacional de mucho de lo que se legislaría posteriormente en el marco del derecho a la información se encuentra primeramente en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, cuando señala en su artículo 19 que todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión, que incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el poder investigar y recibir informaciones y opiniones, y difundirlas por cualquier medio de expresión, sin limitación de fronteras.[44]

Por lo que toca al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, éste asienta:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (artículo 19, inciso 2o.).

Sin embargo, este mismo Pacto Internacional se encarga de ponerle límites al derecho a la libertad de expresión, sosteniendo que el ejercicio de dicho derecho entraña "deberes y responsabilidades especiales".

Las restricciones a las que puede quedar constreñido el derecho a la información no pueden ser arbitrarias, sino que deben estar expresamente fijadas por la ley con objeto de:

"a) Asegurar el respeto a los derechos o a la *reputación de los demás*.

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (artículo 19, inciso 3o.)".[45]

de "la información de un hecho", puro y simple. "En Estados Unidos este escollo se ha intentado salvar con la doctrina de la diferenciación entre *pure opinions* y *mixed opinions*. Las primeras se basan sobre hechos ciertos y notorios conocidos por todos, mientras que las segundas no establecen los hechos en que se basan, sino que implican y sugieren claramente hechos ofensivos que se mantienen ocultos". Véase Vega Ruiz, José Augusto de, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid, Universitas, 1998, p. 46. *Cfr.* Carpizo, Jorge, en varios autores, *op. cit.*, nota 1, pp. 503-519.

[44] Véase *La Conquête...*, *cit.*, nota 28, pp. 139-147. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 señala en su artículo IV: "Toda persona tiene el derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio". Véase *Documentos básicos...*, *cit.*, nota 35, pp. 19-24.

[45] Véase *Derechos humanos...*, *cit.*, nota 34, pp. 20-40.

3. Por su parte, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) en su artículo 13, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en su artículo 10, consagran en forma por demás clara y precisa el derecho a la información.

En la Convención Americana se postula que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión a la que toda persona tiene derecho comprende asimismo "...la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro método de su elección" (artículo 13, inciso 1o.).

Más adelante, y de manera casi idéntica a la forma en que queda contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esta Convención Americana prevé que el ejercicio de la libertad de expresión "no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores", contempladas por la ley con el fin de asegurar el respeto a los derechos, a la reputación de los demás, a la protección de la seguridad nacional, al orden público, a la salud o a la moral públicas (artículo 13, inciso 2o., subincisos a y b).[46]

De igual forma, el artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos estipula que el derecho que tiene toda persona a la libertad de expresión comprende también la libertad de comunicar o recibir informaciones o ideas, "...sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras" (artículo 10, inciso 1o.).

De la misma manera que se establece en otras convenciones y pactos sobre derechos humanos, aquí también la Convención Europea precisa que dado que el ejercicio de tales libertades entraña deberes y responsabilidades, aquéllas podrán ser sometidas a ciertas "...condiciones, restric-

[46] Véase el texto de la Convención de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978, en *Serie..., cit.*, nota 31. De conformidad con esta misma disposición, queda prohibido no sólo la propaganda a favor de la guerra, sino todo tipo de apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia (artículo 13, inciso 5o.). Acerca de este derecho, el profesor Scott Davidson ha dicho: "Of all the rights protected by the American Declaration and the American Convention it is perhaps the right to freedom of thought and expression which has received the most detailed attention by the Commission and the Court". Véase Scott, Davidson, *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth, Great Britain, 1997, p. 310.

ciones o sanciones, previstas por la ley", por fines tales como la protección de la reputación, de la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar "la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial" (artículo 10, 2)).[47]

Al respecto, resulta interesante conocer el caso del *Sunday Times* vs. Reino Unido ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

El origen de este célebre caso se encuentra en la publicación de un artículo en el periódico *Sunday Times* en contra de una compañía farmacéutica británica acusándola de negligencia criminal al distribuir un medicamento que posteriormente había resultado altamente perjudicial.

Al haber introducido la empresa farmacéutica una demanda en contra de dicho periódico, y una vez que la Cámara de los Lores había dictaminado en forma definitiva en contra del diario, el *Sunday Times* emprendió una demanda en contra del Reino Unido, ante la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando en forma primordial que se había cometido una violación al artículo 10 de la Convención Europea, con relación a la libertad de expresión e información.

La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la libertad de expresión constituía uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y que si los "*media*" no debían ir más allá de los límites fijados a los fines de una buena administración de justicia, sin embargo estaban en su derecho de comunicar informaciones sobre cuestiones que podrían estarse ventilando ante los tribunales, al igual que sobre aquellas que conciernen a otros sectores de interés público. A su función consistente en comunicar se añade el derecho del público a recibir una información objetiva.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia del 26 de abril de 1979, apuntó que, en su opinión, la prohibición dictada en contra del informe sobre la Thalidomida no era una medida necesaria para prevenir una intromisión de los medios de comunicación en las decisiones judiciales.

La Corte Europea estimó como insuficientes, bajo el ángulo del artículo 10, párrafo 2o. de la Convención, los motivos de la restricción impuesta a los demandantes. Dicha restricción se revelaba como no propor-

[47] Véase texto oficial de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 y sus protocolos adicionales en *Convention...*, *cit.*, nota 38, pp. 1-30. Para un comentario riguroso de esta disposición consúltese Fawcett, J. E. S., *op. cit.*, nota 41, pp. 250-273.

cional al fin legítimo que se perseguía; no era necesaria en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del Poder Judicial.

Finalmente, la Corte, en defensa de la libertad de prensa, autorizó la publicación del Informe, acordando una indemnización a favor del *Sunday Times* al haber existido una violación al artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.[48]

En el ámbito de nuestro continente, un caso muy importante fue el relativo a la "Colegiación obligatoria de periodistas" resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por medio de la nota del 8 de julio de 1985, el gobierno de Costa Rica sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva, relativa a la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco del problema de la colegiación obligatoria prescrita por leyes internas para poder llevar a cabo el periodismo como profesión en dicho país.[49]

En esta opinión consultiva, la Corte sostuvo que la libertad de expresión es la piedra de toque sobre la cual reposa la existencia misma de una sociedad democrática, y la cual es indispensable para la formación de una verdadera opinión pública.

La libertad de expresión es al mismo tiempo *conditio sine qua non* para el desarrollo de partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas y culturales, y en general para todos aquellos que desean tener una influencia sobre el público.

En consecuencia, dijo la Corte, puede afirmarse que una sociedad que no está verazmente informada, es una sociedad que no posee una libertad real y verdadera.

Dentro de este contexto, el periodismo es primera y fundamentalmente la manifestación por antonomasia de la libertad de expresión.

Por otro lado —afirmó—, no escapa a la Corte la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común",

[48] "Sunday Times *vs.* United Kingdom", European Court of Human Rights. Judgment of 26 April 1979, serie A, vol. 30. "...The Court concludes that the interference complained of did not correspond to a social need sufficiently pressing to outweigh the public interest in freedom of expression within the meaning of the Convention...", *ibidem*, párrafo 67.

[49] Véase Inter-American Court of Human Rights: Advisory Opinion OC 5/85 of November 13, 1985. "Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism". Articles 13 and 29 of the American Convention on Human Rights, *International Legal Materials*, vol. XXV, núm. 1, enero de 1986, pp. 123-145.

ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos.[50]

Más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que reconocía la necesidad imperiosa para la expedición de un código que pudiera asegurar la responsabilidad profesional y la ética de los periodistas, al mismo tiempo que la imposición de sanciones y penalidades a las infracciones a dicho Código.[51]

VII. El sistema interamericano de protección a los derechos humanos

1. Un buen número de estudiosos del tema están de acuerdo para efectos didácticos, con identificar la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en cinco etapas fundamentales.

La primera etapa está constituida por los *antecedentes* del sistema, en donde encontramos una amalgama de instrumentos internacionales de diverso alcance jurídico, como ciertas convenciones, declaraciones y resoluciones de diverso género; por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, acompañada por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, de 1948.

La segunda etapa se encuentra constituida por la formación del sistema interamericano de *protección*, destacándose aquí el papel fundamental de la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", creada por la resolución VIII de la V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959).

La tercera etapa va a evolucionar a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde se da ya una verdadera institucionalización convencional del sistema. Esto sucede en el año de 1978, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual establece la "Comisión" y la

[50] *Ibidem*, párrafos 70, 71 y 72 de la opinión consultiva.

[51] *Ibidem*, párrafo 80 de la opinión consultiva. La Corte, para este caso, estuvo integrada por los jueces Thomas Buergenthal, Rafael Nieto Navia, Huntley Eugène Munroe, Máximo Cisneros, Rodolfo Piza Escalante y Pedro Nikken. Los jueces R. Nieto y R. Piza anexaron una opinión separada concurrente; en tanto que los jueces M. Cisneros y P. Nikken emitieron sendas declaraciones, *idem*.

"Corte Interamericana de Derechos Humanos" como sus órganos de supervisión.

La cuarta etapa de esta evolución es la consolidación del sistema, desarrollada a partir de la década de los ochenta; en estas fechas se genera una sustancial jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se adoptan los dos protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, por una parte, y el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990, por la otra.

La quinta etapa de esta evolución está marcada por el perfeccionamiento interamericano de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunado a los otros sistemas de protección a nivel global (por ejemplo, los dos pactos de Naciones Unidas sobre derechos humanos), en donde hay una complementariedad y una coordinación y coexistencia.[52]

No cabe la menor duda de que con la instauración en 1979 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre todo con la posterior ratificación y adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica, vigente desde 1978) por parte de la mayoría de los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte se han constituido en los principales órganos encargados de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano.

En 1960, el Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la Comisión, y eligió a sus primeros siete miembros. Más tarde en 1965, la II Conferen-

[52] Véanse los acuciosos estudios del profesor brasileño Antônio Augusto Cançado Trinidade: "El sistema internacional de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas", *Derecho internacional y derechos humanos*, San José, Costa Rica, Editores Bardonnet, D. y Cançado, 1996, pp. 47-97; "La question de la protection international des droits economiques, sociaux et culturels: evolution et tendences actuelles", *Révue Générale de Droit International Public*, París, núm. 94, 1990, pp. 913-946; "Co-existence and Co-ordination of Mechanism of International Protection of Human Rights", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, núm. 202, 1987, pp. 13-435; Gros Espiell, Héctor, *Derechos humanos y vida internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, pp. 9-69 y 217-259, y Grossman, Claudio, "Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos", *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Ed. Rafael Nieto Navia, 1994, pp. 245-263.

cia Extraordinaria amplía los poderes de la Comisión para que ella pueda recibir denuncias individuales por presuntas violaciones a los derechos humanos. En 1967, con la reforma de la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires, la Comisión pasó a convertirse en uno de los órganos principales de la OEA, con lo cual además adquiere competencia respecto a todos los Estados miembros de la Organización.[53]

En otras palabras, a partir de 1959 y durante veinticinco años la Comisión se convirtió en el único órgano tutelador de tales derechos; en los últimos diecisiete años, la función de proteger los derechos humanos en este continente ha sido compartida por ambos órganos.[54]

2. Si analizamos el esquema general de la Convención Americana o Pacto de San José de 1969, es evidente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta de siete miembros, a título personal, posee una competencia mucho más amplia que aquella conferida a la propia Corte Interamericana.

La Comisión (artículo VII) posee la función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos; puede formular recomendaciones cuando lo estime pertinente a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los dere-

[53] Véase Rodríguez Márquez, Edith, "Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte...*, *cit.*, nota 52, pp. 297-320.

[54] Véase *Tratados y convenciones interamericanas; firmas, ratificación y depósitos*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1993. Por lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", México depositó su instrumento de adhesión en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, acompañado de dos declaraciones interpretativas y una reserva. De conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (vigente desde 1980) se dio notificación de la reserva; y después de doce meses, el 2 de abril de 1982 no se había recibido ninguna "objeción". La reserva de México reza como sigue: "El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2o. del artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 130, dispone que los Ministros de los Cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos". Véase sección B. 32, p. 4, letra K. Esta reserva deberá ser enmendada, dado que el 28 de enero de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto que reforma los artículos 3o., 5o., 24, 27 y 130 de la Constitución Política en materia religiosa. Así, los ministros de culto, si bien no pueden ser votados, sí pueden votar en las elecciones. Podrán ser votados sólo en caso de que se separen de su ministerio con cinco años de antelación. Véase Soberanes Fernández, José Luis, "Comentario al artículo 130", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, t. II, pp. 1325-1335.

chos humanos dentro del marco de sus preceptos constitucionales; puede solicitar, de oficio, de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre medidas que adopten en materia de derechos humanos; atiende consultas de los Estados miembros y les presta asesoramiento; admite de cualquier persona, grupo o entidad no gubernamental —legalmente reconocida— las peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte, etcétera.

Por lo que respecta a la Corte, como bien señala Edith Márquez R.:

> fuera de su competencia administrativa y presupuestaria..., el ejercicio de las competencias judiciales, tanto consultiva como contenciosa, que la Convención le confió, depende de decisiones que previamente deben adoptar principalmente los Estados o la Comisión, sin que la Corte esté capacitada para emprender iniciativas tendientes a proteger los derechos humanos sin haber sido expresamente requerida para ello.[55]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a semejanza de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, posee una fase consultiva y una contenciosa.

[55] Márquez Rodríguez, Edith, en varios autores, *op. cit.*, nota 52, p. 302. Hay que recordar que el Senado en México aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, el 18 de diciembre de 1980 (*Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981), conjuntamente con otros seis pactos o convenios relativos a la protección de derechos humanos, y que son: 1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; 2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; 3. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952; 4. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; 5. La Convención sobre Asilo Territorial de 1954; y 6. La Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer de 1948. Es importante resaltar que en la Exposición del Poder Ejecutivo de la Unión sobre los Pactos y Convenciones Internacionales que Promueven las Protecciones de los Derechos Humanos se asentó, respecto al reconocimiento de la competencia de la Corte, lo siguiente: "Por otra parte, no procedería que el gobierno mexicano hiciese, al menos por ahora, la declaración prevista en el artículo 62 de la Convención, reconociendo como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se prevé en el capítulo VIII, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención... La aceptación de la jurisdicción obligatoria y automática de la Corte Interamericana estaría fuera de lugar por ahora, toda vez que la legislación nacional prevé los recursos necesarios para corregir cualquier falla en la estructura de preservación de las garantías individuales y sociales en el país". Véase art. cit., *op. cit.*, nota 32, pp. 22 y 23.

Así, la Corte Interamericana puede emitir opiniones consultivas, a petición de los Estados miembros de la OEA, de los órganos principales de la Carta (capítulo X), y de la Comisión Interamericana sobre cuestiones referentes fundamentalmente a la interpretación del Pacto de San José, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como de la compatibilidad de las legislaciones internas de los Estados —a solicitud expresa de ellos mismos (artículo 64, párrafo 2o.)— y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los dictámenes o fallos emitidos por la Corte Interamericana en su fase consultiva carecen de fuerza jurídica vinculante, pero igual que sucede con la Corte de Justicia de La Haya, sus opiniones poseen una gran autoridad no sólo moral, sino doctrinaria y, por lo general, serán punto de referencia imprescindible y constante en la jurisprudencia misma.

En la fase consultiva, no se trata de solucionar propiamente una controversia, sino, fundamentalmente, de realizar una "interpretación" del derecho en cuestión.[56]

De esta manera, lo ha precisado con claridad la misma Corte:

> En materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia, sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa.[57]

3. De acuerdo con el Pacto de San José de 1969, solamente los Estados parte y la Comisión Interamericana poseen el derecho de someter un caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Queda claro que las personas privadas o particulares no poseen un derecho de acceso a la jurisdicción contenciosa, esto es, carecen de *locus standi*.

A semejanza de la Corte Internacional de La Haya, se puede decir que la Corte Interamericana tiene una jurisdicción eminentemente facultativa, distinta por completo a la de los órganos judiciales nacionales.

[56] Véase Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 31, pp. 167-186; Fix-Zamudio, Héctor, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte..., cit.*, nota 52, pp. 147-189.

[57] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte, artículo 64, Convención Americana de Derechos Humanos", opinión consultiva, OC-1/82, 24/sep./1982, serie A, núm. 1, párrafo 51.

En el campo interno, basta con que una parte emplace a otra ante un tribunal, para que el adversario esté obligado a concurrir y defenderse, ya que si no lo hace es juzgado en rebeldía.

En cambio, en materia internacional, para que la Corte de San José, al igual que la Corte de La Haya, posean jurisdicción, se requiere la conformidad de las dos *partes* adversarias: si no están ambas de acuerdo en aceptar su jurisdicción, la Corte debe negarse a conocer el asunto que se plantea.

El solo hecho de que un Estado sea parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —al igual que lo que sucede respecto del Estatuto de la Corte de La Haya— no es suficiente para conferirle jurisdicción automática a la Corte, sino que necesariamente se requiere de un acto adicional de sometimiento expreso a su jurisdicción, el cual puede presentarse ya sea mediante el consentimiento otorgado antes de que surja la controversia (*jurisdicción compulsoria*), o bien mediante el consentimiento otorgado después de que ha surgido el diferendo (*jurisdicción voluntaria*).

El capítulo VIII, sección 2, de la Convención de 1969, es muy claro a este respecto:

> 1o. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
>
> 2o. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, para un plazo determinado o para casos específicos...
>
> 3o. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso, hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, sea por declaración especial... sea por convención especial (artículo 62).[58]

El examen del diferendo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se inicia con la etapa del procedimiento, que comprende una fase escrita y una oral.

[58] Parecería que hasta ahora ningún Estado ha sometido un diferendo ante la Corte, con excepción del caso Viviane Gallardo, en el cual Costa Rica solicitó una investigación *fact-finding*, pero la Corte se declaró incompetente. Sin embargo, hasta 1996, por lo menos once casos habían sido sometidos a la Corte por interposición de la Comisión Interamericana. Véase Márquez R., Edith, en varios autores, *op. cit.*, nota 53, pp. 306 y 307.

La parte escrita incluye la presentación de una memoria y una contramemoria, mismas que pueden llegar a ser ampliadas, si la Corte lo juzga conveniente, mediante una réplica y una dúplica (artículo 30 del Reglamento de la Corte).

Una vez terminadas estas etapas, la Corte dicta sentencia, debiendo ésta ser debidamente motivada, y pudiendo cualquiera de los siete jueces acompañar el fallo con una opinión individual, o con una opinión disidente, según sea el caso, y sin olvidar que si entre los jueces llamados a conocer de aquél ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados parte, cada uno de ellos podrá designar un juez *ad hoc* (artículos 55 y 66 de la Convención).

El fallo que dicta la Corte tiene carácter definitivo y es inapelable. La Corte admite únicamente el "recurso de interpretación", que procede sólo en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, siempre y cuando se solicite en el plazo de noventa días a partir de la fecha de notificación del mismo.[59]

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Interamericana indica que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparecerá y se tendrá como parte en todos los casos relativos a la función jurisdiccional de ésta. Debe quedar claro que no existe una presunta "automaticidad" en el envío de los casos a la Corte, una vez que ha sido concluido el procedimiento ante la Comisión, es decir, cuando ya se ha rendido el informe

[59] No debe extrañarnos que muchas de las disposiciones que encontramos para la organización y procedimiento de la CIDH las encontramos, *mutatis mutandis*, ya en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Así, por ejemplo, el Estatuto de esta última también contempla la figura del juez *ad hoc* (artículo 31, párrafos 2o. y 3o.); el procedimiento consta igualmente de una fase escrita y otra oral; esta última consistente en una audiencia que la Corte otorga a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados (artículo 43, párrafos 1o. al 5o.); las sentencias conllevan, de la misma forma, un análisis de los hechos, síntesis de argumentos de una y otra parte, exposición de motivos y argumentación jurídica, y las conclusiones, que vienen a ser la parte dispositiva propiamente dicha. Los jueces pueden anexar sus opiniones disidentes cuando el desacuerdo se refiere a la parte dispositiva, o bien anexar sus opiniones individuales cuando su desacuerdo hace referencia al razonamiento de la Corte, pero coinciden con sus conclusiones (artículo 57 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). El fallo es igualmente definitivo e inapelable, y se acepta el "recurso de interpretación", en caso de desacuerdo sobre el alcance de la sentencia (artículo 60 del Estatuto), etcétera. Los jueces de la Corte Interamericana son electos por un periodo de seis años, con posibilidad de reelección por una sola vez, en tanto que los jueces de la Corte de La Haya son electos por un periodo de nueve años, con posibilidad de reelección (artículos 54 y 13, respectivamente).

respectivo, y que no se pudo encontrar una solución amistosa (sección 4: procedimiento, artículos 48, 49, 50 y 51 del Pacto de San José).

Si bien es cierto que no existe reglamentación —lo que es de lamentarse— de los requisitos que deben cumplirse para que la Comisión esté en posibilidades de someter un caso ante la Corte, de la práctica interamericana bien pueden desprenderse ciertas condiciones o requisitos que podríamos llamar "condiciones mínimas" para que un *affaire* sea sometido a la Corte.

Podemos afirmar que el primer requisito sería obviamente que el Estado afectado debe haber aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte, de la manera que fuese, esto es, antes de que nazca la controversia, o después de ella para el caso específico. En segundo término parece indispensable que haya existido por parte del Estado en contra del cual se somete el caso, una violación a un derecho humano garantizado por la Convención; esto es, si se ha agotado el procedimiento ante la Comisión y ésta decidió que no había violación a los derechos humanos, carecería de todo sentido someter el caso a la Corte.

Pero además, una tercera condición consistiría en que el criterio para la remisión de un caso a la Corte parece haberse inspirado en el hecho de que con la elección de esta vía se puedan tutelar de manera más efectiva los derechos humanos protegidos por la Convención de San José de Costa Rica.[60]

[60] Véase en este sentido la opinión consultiva sobre "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva núm. 13793, párrafo 50. Es interesante señalar que en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en 1969, el relator de la II Comisión consideró que la Comisión podría desempeñar ante la Corte una función similar a la que correspondería al Ministerio Público, en el sentido de que estaría representado no sólo el interés general del sistema de la Convención, sino también los intereses de las víctimas que por definición no tienen, como tales, acceso directo a la jurisdicción de la Corte. Véase Actas y Documentos, Doc. OEA/SER.K/XVI 1.2, Washington, D. C., 1973. En la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1953, expresamente se indica que la Corte Europea de Derechos Humanos podrá conocer de un caso, solamente después de que la Comisión Europea (compuesta de un número de miembros igual al de las partes contratantes) "...haya reconocido que sus esfuerzos para una solución pacífica han fracasado...", pudiendo someter un caso ante la Corte Europea: 1. La Comisión; 2. Una de las partes contratantes cuyo nacional alega ser víctima; 3. La parte contratante que haya sometido el caso ante la Comisión, y 4. La parte contratante contra quien la demanda haya sido incoada (artículos 47 y 48 de la Convención Europea. Véase "Convention de Sauve-

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si la Corte Interamericana llega a la decisión de que existió una violación de un "derecho o libertad protegidos" por la Convención, la Corte va a disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

De igual suerte, y si fuera procedente, la Corte está facultada para disponer que se repare el daño ocasionado, esto es, puede ordenar que se realice una *restitutio in integrum*, o si no fuera posible, entonces ordenar la reparación del daño, ya sea a través de una medida de indemnización a la parte lesionada, u otras que se consideren procedentes (artículo 63): "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado" (artículo 68, párrafo 2o.).

Si bien es claro que las competencias de la Comisión y de la Corte son diversas, ellas mismas pueden considerarse *complementarias*, y esto ha quedado evidenciado por la misma jurisprudencia de la Corte en sentencias, como la dictada el 26 de junio de 1987, en la que sostuvo lo siguiente:

> Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Ella es competente, por consiguiente, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención y para adoptar las disposiciones apropiadas derivadas de semejante situación, pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer el caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en lo que está envuelta la "interpretación o aplicación de (la) Convención". *En el ejercicio de esas atribuciones la Corte no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación. Obviamente la Corte no actúa, con respecto a la Comisión, mediante un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar in toto lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional en la materia.*[61]

garde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales" y los protocolos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o., en Thierry, Hubert, *Droit et relations internationales: traités, résolutions, jurisprudence*, París, Montchrestien, 1984, pp. 337-369.

[61] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez. excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, párrafo 29.

Por otra parte, hay que recordar que si bien los individuos como tales no tienen acceso a la jurisdicción de la Corte, sin embargo, la Comisión Interamericana, en la tramitación de algunos casos que ha sometido al tribunal, ha designado como asesores a los abogados que han representado a los interesados ante la Comisión.

De este modo, como bien dice la que fuera titular de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la doctora Edith Márquez:

> ...y a través de una conveniente interpretación extensiva realizada por los reglamentos tanto de la Comisión como de la Corte, se ha intentado resolver la falta de acceso de las víctimas ante el órgano judicial, lo que sin duda constituía una limitación del sistema interamericano de protección de derechos humanos, y que en Europa... ya se han adoptado, también por la vía reglamentaria, los correctivos necesarios para que ante la Corte Europea, las víctimas puedan estar representadas por abogados de su escogencia.[62]

4. El gobierno mexicano, para ser congruente con su discurso de un esfuerzo continuado por acrecentar internamente los principios democráticos y de su lucha por la reivindicación de los derechos humanos en el orden internacional, debía proceder al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

El Senado de la República emitió el 1o. de diciembre de 1998 el decreto de aprobación de la Declaración de Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte (*DOF*, 8/XII/98), haciéndose el depósito del instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, el 16 de diciembre del mismo año.

En su declaración, nuestro país reconoció como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todo caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de 1969, con la única excepción de todos aquellos casos que pudieran derivarse de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de México.

[62] Véase Márquez Rodríguez, Edith, en varios autores, *op. cit.*, nota 53, p. 315.

La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte se hace efectiva a partir de la fecha del depósito de la Declaración, por lo que no puede tener efectos retroactivos.[63]

Debe quedar claro que el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no quiere decir, en forma alguna, que ésta se pueda convertir en algo semejante a un tribunal de apelación, que estuviera investido con facultades de revocación o anulación de sentencias definitivas de los tribunales de nuestro orden jurídico interno.

VIII. Conclusiones

a) El *quid* para conocer la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano se encuentra: 1) en la expresión del artículo 133 constitucional, al referirse a "las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella", es decir, de la propia Constitución, y 2) en una interpretación armónica con otros preceptos de la propia ley fundamental.

b) En México no existe jerarquía alguna entre la ley federal y la local porque no lo permiten los artículos 16, 40, 41, 103, 105 y 124 constitucionales, y porque nuestro orden jurídico desconoce la existencia de facultades concurrentes.

c) Si las leyes que emanan de la Constitución, a las cuales se refiere el artículo 133 constitucional, fueran las federales, en México indiscutiblemente existiría supremacía de éstas sobre las locales, y todos los artículos constitucionales mencionados en la conclusión anterior serían antagónicos al 133, lo cual sería absurdo, porque en una Constitución no existen contradicciones.

d) En México, la jerarquía del orden jurídico es la siguiente: 1) la Constitución, 2) las leyes constitucionales y los tratados internacionales, 3) las leyes federales y las leyes locales.

Las aparentes contradicciones entre la ley federal y la local se resuelven examinando cuál es la autoridad competente, de acuerdo con la Constitución, para expedir dicha ley.

e) El tratado internacional, aprobado por nuestro país y que esté de acuerdo con la Constitución, *constituye norma interna de nuestro orden*

[63] Véase Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999.

jurídico, y como tal debe ser alegado por los abogados y aplicado por los jueces. Si no fuera así, se estarían dejando de utilizar normas e instrumentos valiosos para la defensa y protección de los derechos humanos. En este caso específico, en relación con el derecho a la información y al respeto a la vida privada.

f) Nadie discute en México que el tratado internacional ratificado es *norma interna* nuestra. La jurisprudencia de nuestro país siempre así lo ha reconocido; lo que se ha controvertido es su jerarquía en nuestro orden jurídico. La última tesis de la Suprema Corte acepta ya que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano, o sea, en un nivel inferior respecto de la Constitución.

Dicha tesis es correcta porque interpreta armónicamente el artículo 133 constitucional con otros preceptos también constitucionales de especial importancia, como son los ya mencionados: 16, 40, 41, 103, 105 y 124, aunque la tesis jurisprudencial en cuestión sólo se refiere expresamente a este último.

g) Actualmente existe una corriente constitucional que otorga una jerarquía especial a los tratados internacionales de derechos humanos. Varias leyes fundamentales de América Latina han incorporado en su articulado ese pensamiento que se expresa en preceptos que reconocen que los tratados de derechos humanos que han ratificado privan sobre la propia Constitución, o que tienen jerarquía constitucional, y como tales sólo pueden reformarse de acuerdo con los procedimientos que la propia Constitución señala para su modificación.

Por desgracia, México se encuentra lejano de esta corriente constitucional. De este tema poco se habla o se escribe y no constituye, por ahora, materia de la agenda constitucional del país. Sin embargo, habrá que insistir hasta lograr que se convierta en un tema que se discuta en los foros jurídicos, constitucionales y políticos.

h) En el México de nuestros días una prioridad consiste en el conocimiento de los tratados internacionales de los que nuestro país es Estado parte, especialmente los referentes a los derechos humanos, y en este caso específico de los que contienen disposiciones sobre el derecho a la información y el respeto a la vida privada. *Reiteramos una y otra vez, y nunca será demasiado, que esos preceptos que son normas internas deben ser alegados por los abogados y aplicados por los jueces.*

i) Hay que armonizar el interés público a la información con el interés privado a la intimidad. El derecho a la información deja de existir en el momento en que se viola la esfera de la intimidad de las personas.

j) Las disposiciones que contienen los tratados internacionales ratificados por México respecto al derecho a la información y al respeto a la vida privada y al honor amplían el marco de protección que contiene nuestro órden jurídico al respecto.

k) Igualmente importante que conocer los tratados, resulta estar al tanto de la interpretación que de los mismos realizan los órganos competentes, de acuerdo con los propios instrumentos internacionales, en virtud de que dichas interpretaciones se pueden y han de hacerse valer ante los tribunales nacionales.

l) Asimismo, interesante y aleccionador resulta enterarse de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos por su profundidad y seriedad, pero especialmente porque influye en las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

m) Todos los tratados internacionales que se citan en este ensayo persiguen la finalidad de proteger la libertad de expresión y el derecho a la información, pero ninguno los considera derechos ilimitados o absolutos. Al contrario, los mismos señalan algunas restricciones que no pueden ser arbitrarias, sino que tienen que estar expresamente fijadas por la ley para asegurar el respeto a los derechos de los demás, así como la protección de la seguridad nacional y el orden público.

n) El sistema interamericano de protección de los derechos humanos cada día funciona mejor. La jurisprudencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha tenido un desarrollo notable, con audacia y decisión. Respecto a los temas de este ensayo, encontramos decisiones de ambos órganos que refuerzan y precisan la protección de esos derechos.

o) Un paso muy importante para la defensa y protección de los derechos humanos en nuestro país es que México a partir de diciembre de 1998 ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es de esperarse que conozca casos de violaciones de esos derechos cometidos en nuestro territorio, y que en el mismo no encontraron eco para la realización de la justicia.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

PALESTINA: INDEPENDENCIA DE UN ESTADO

> La Declaración Balfour constituye uno de los documentos políticos más increíbles de todos los tiempos. Es un documento por el cual una primera nación, promete solemnemente, a una segunda nación, el país de una tercera nación.
>
> *Promise and Fulfilment*
> Arthur KOESTLER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *El Estado palestino*. IV. *Palestina y su solicitud de admisión ante las organizaciones internacionales*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

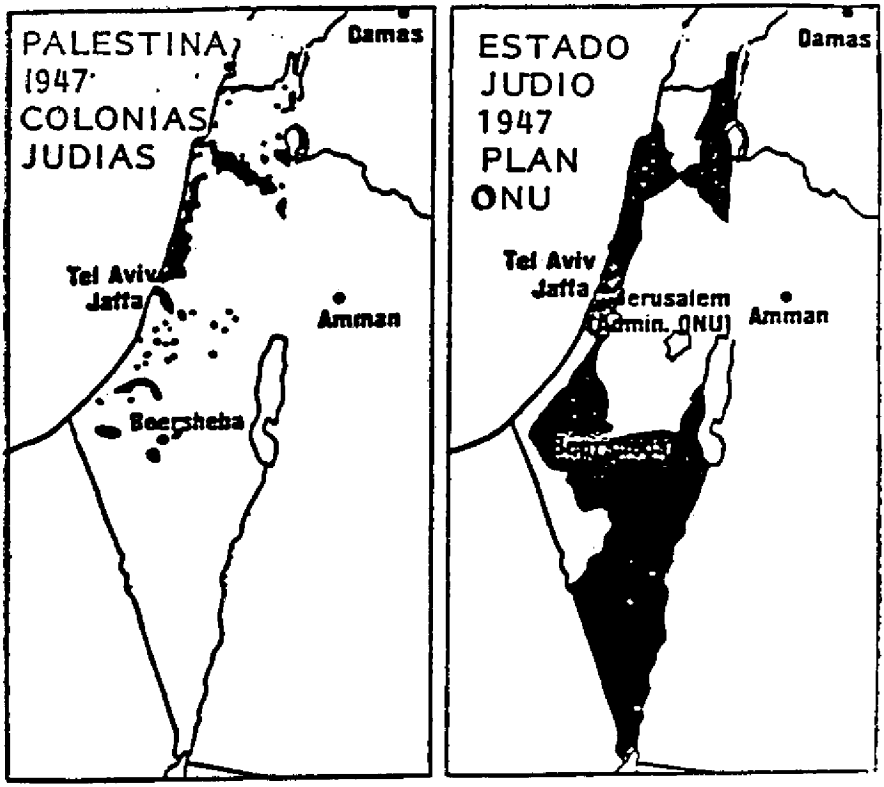
La Declaración de Independencia del Estado de Palestina, aprobada unánimemente el 15 de noviembre de 1988 por el Consejo Nacional de Palestina, reunido en Argel, puede considerarse como el último requisito previo que quedaba por satisfacer para la consagración del establecimiento del Estado de Palestina.

Varios de los Estados que no han otorgado su "reconocimiento" al Estado de Palestina han argumentado que éste no podría otorgarse, pues sería prematuro desde un punto de vista jurídico, y también político.

Lo que debemos preguntarnos es entonces, y fundamentalmente, si el reconocimiento que han otorgado ya cerca de un centenar de Estados, podría haber sido otorgado "equivocadamente" a una entidad que no está satisfaciendo las condiciones de existencia de un Estado como sujeto de derecho internacional.

II. ANTECEDENTES

Al término de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones decidió que los países integrantes del Imperio Otomano fueran puestos bajo mandato confiado a algunas potencias, pero sujeto siempre al control de la Organización.


PALESTINA
1947
COLONIAS
JUDIAS
Damas
Tel Aviv
Jaffa
Amman
Beersheba
ESTADO
JUDIO
1947
PLAN
ONU
Damas
Tel Aviv
Jaffa
Jerusalem
Admin. ONU
Amman

Palestina de esta forma, fue puesta bajo el *Mandato A*, previsto en el párrafo 4o. del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones.

Charles Rousseau estima que:

> El Mandato A, se aplicó a algunas comunidades separadas del Imperio Otomano, dotadas de existencia política propia, con vocación de independencia total y provisionalmente sometidas a la administración mandataria, considerándose que esta última debía cumplir el papel de guía y consejero. En este régimen se incluyeron Siria y Líbano (bajo mandato francés), *Palestina*, Irán y Transjordania (bajo mandato británico). En verdad se trataba de Estados en el sentido pleno de la palabra... cuyo acceso a la independencia quedaba momentáneamente diferido.[1]

En 1947, el Reino Unido solicitó al secretario general de las Naciones Unidas que convocara a una reunión extraordinaria de la Asamblea General con objeto de constituir una Comisión para Palestina.

Así, la Asamblea General (sesión de *Flushing Meadow*, del 26 de abril al 15 de mayo de 1947), designó una Comisión Especial de 11 miembros, encargada de estudiar *in situ* las condiciones prevalecientes en Palestina.

En septiembre de 1947, siete de los miembros —Canadá, Checoslovaquia, Guatemala, Holanda, Perú, Suecia y Uruguay— se declararon a favor de la partición de Palestina en un Estado árabe, un Estado judío, y la ciudad de Jerusalén con *status* internacional.

El 29 de noviembre de 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta la Resolución 181/11, por la cual se decide la partición de Palestina en dos Estados independientes: uno árabe, de 11 mil 800 km^2, y otro judío, de 14 mil 500 km^2; y de un régimen internacional autónomo para la ciudad de Jerusalén, bajo la autoridad de las Naciones Unidas.[2]

Desde un principio, Israel no respetó las fronteras fijadas por la Resolución de partición que consagraban el establecimiento de un Estado judío y uno árabe. Israel no sólo ocupó el territorio propuesto para el Estado judío, sino que se apoderó además de una porción sustancial del territorio reservado al propuesto Estado árabe.

1 Rousseau, Charles, *Droit International Public*, París, Edit. Sirey, 1974, t. II, p. 382.

2 La Resolución 181/11 fue aprobada por 33 votos a favor, 13 en contra y 10 abstenciones. En contra votaron: Afganistán, Arabia Saudita, Cuba, Egipto, Grecia, India, Irán, Irak, Líbano, Paquistán, Siam, Siria, Turquía y Yemen. Para los principales textos concernientes al conflicto árabe-judío, ver: I. Errera-Hoeschsteller, *Le conflict israelo-arabe, 1948-1974*, París, PUF, 1975.

El total del número de áreas territoriales ocupado por Israel ascendió a 20 mil 850 km^2, del total de los 26 mil 300 km^2 que representaba la totalidad del área territorial de Palestina. Esto quiere decir que Israel acrecentó el territorio del Estado judío —tal y como había sido propuesto por Naciones Unidas—, de una área de 14 mil 500 km^2, a una área territorial de 20 mil 850 km^2, y por mismo menguó el territorio árabe de 11 mil 800 km^2, a cerca de 5 mil 400 km^2.

Durante la guerra de los Seis Días de 1967, en que Israel lanzó un ataque sorpresivo en contra de Egipto, Siria y Jordania, el Estado judío ocupó la ciudad antigua de Jerusalén, lo que quedaba de Palestina (la franja del Gaza y Cisjordania), la península del Sinaí y los altos del Golán.

De esta forma, bien puede decirse que a partir de 1967 Palestina llegó a ser un territorio "ocupado" en su totalidad.

Sin embargo, los refugiados, repartidos entre los diferentes países árabes, así como las poblaciones de Gaza y Cisjordania, se han considerado siempre como "palestinos" no asimilados a ninguna población árabe de los alrededores.[3]

III. El Estado palestino

1. *Descolonización diferida*

Si, como dice Maurice Flory, el nacimiento de un nuevo Estado es un acontecimiento poco frecuente que puede producirse por secesión o por descolonización, entonces es igualmente cierto que en el caso de Palestina, estamos frente a una hipótesis peculiar de "descolonización diferida", cuyo origen se remontaría al fin del mandato internacional en 1947. En otras palabras, existiría una falta de concordancia en el tiempo, un *décalage*, entre el acontecimiento previsto por la Resolución 181/11 de la Asamblea General, y su realización concreta.[4]

Israel está imposibilitado de acuerdo con el derecho internacional para invocar la conquista o la ocupación como títulos válidos para legitimar su apoderamiento de los territorios del Estado palestino.

3 Ver Cattan, Henry, *Palestine and International Law, The Legal Aspects of the Arab-Israel Conflict*, 2a. ed., Londres-Nueva York, Edit. Longmar, 1976, pp. 23-43.

4 Flory, Maurice, "Naissance d'un État palestinien", *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, París, Pédone, 1989, núm. 2, p. 394.

En la actualidad no hay duda que la comunidad internacional no acepta, como tampoco la jurisprudencia, que la conquista militar otorgue el mínimo título como fundamento de reivindicación territorial.

Igualmente y de acuerdo con los principios de derecho internacional, la ocupación como medio de adquisición territorial solamente puede concebirse en el caso de *res nullius*, y Palestina bajo ningún concepto ha sido nunca a lo largo de toda su historia *terrae nullius*.[5]

Ahora bien, reconocer la existencia de un nuevo Estado, es admitir al mismo tiempo, la existencia de ciertos elementos constitutivos que lo definen: un territorio, una población, un gobierno.

2. *Espacio territorial*

No existe Estado sin un espacio territorial, definido al menos relativamente, es decir, así sea *grosso modo*, y aun cuando puedan existir ciertos diferendos sobre las delimitaciones precisas de su territorio.

De ahí que no pueda existir, en sentido estricto, un "Estado nómada", que se definiera por su exclusiva población.

Riguroso en cuanto a la exigencia de un ámbito espacial de validez, el derecho internacional es por el contrario indiferente a ciertas peculiaridades de la configuración del Estado en cuanto tal.

Así, por ejemplo, no hay espacio por pequeño que sea que no sea susceptible de obtener la calificación de Estado soberano, así como también puede ello suceder con la posible "fragmentación" del territorio. Sin duda, esto último, es un obstáculo para la homogeneidad nacional, pero ello es en realidad una cuestión política, mas no jurídica.

El texto palestino de la proclamación de independencia del 15 de noviembre de 1988, no se aventura demasiado en la definición precisa del territorio. Habla solamente de tratar de poner fin a la ocupación israelí de los territorios palestinos, lo que parecería hacer un reenvío a la partición consagrada en la Resolución 181.

Pero sería ciertamente inequitativo, a todas luces, tratar de exigir que Palestina Tenga Un Respeto Ciego Por La Delimitación Prevista en dicha Resolución, cuando es de todos sabido que Israel ha actuado unilateralmente, proclamando, además, que el *status* de la ciudad de Jerusalén no puede ser objeto de discusión.

5 Jennings, R. Y., *The acquisition of territory in international law*, Manchester-Nueva York, 1963.

En este sentido cabe recordar que en la susodicha Resolución 181 (11) de 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió que se creara un Estado árabe y un Estado judío en Palestina, y que en la Resolución 242 de 1967, el Consejo de Seguridad ordenó que se retiraran las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados, y que se reconociera la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados de la región.

Ahora bien, si no hay hasta el momento una delimitación precisa del territorio palestino, ésto no impide su reconocimiento como Estado. La delimitación del territorio de un Estado es algo útil y benéfico a todas luces, en tanto que evita conflictos entre países limítrofes, pero en derecho positivo no es una condición *sine qua non* para su reconocimiento como Estado, e incluso muy a menudo, la precisión de las fronteras de los países se ha realizado muy tardíamente.[6]

Pero además no hay que perder de vista de que si hasta el momento no ha podido darse una precisión de los confines territoriales palestinos, ello tiene como causa fundamental la agresión israelí en los territorios ocupados.

El principio del no recurso a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, consagrado tanto en derecho convencional (artículo 2o., párrafo 4o., Carta de la ONU), como en derecho consuetudinario, es una norma internacional que invalida automáticamente cualquier anhelo de soberanía por parte de Israel, sobre los territorios árabes ocupados.

Además, la ocupación de un territorio por fuerzas armadas no puede llevar a la desaparición de un Estado, en todo caso lo que se llega a producir es una suspensión del ejercicio de su soberanía.

Así, por ejemplo, los Estados anexados por la fuerza entre 1935 y 1940, como Etiopía, Austria, Checoslovaquia y Albania, no volvieron a "crearse" en 1945, sino que se consideró que nunca habían dejado de existir; no obstante, esta es una situación absolutamente excepcional vinculada a las características eminentemente peculiares de los acuerdos territoriales consecutivos a las guerras.[7]

Por otra parte, y si hacemos mención a la importante jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, ésta es contundente respecto al esta-

6 Ver Nguyen Quoc, P. Daillier, A. Pellet, *Droit International Public*, 2a. ed., París, 1989, p. 358.

7 Ver Thierry, Sue, Combacau, Ch. Vallé, *Droit International Public. L. État*. Chapitre IV, p. 225.

blecimiento definitivo de las fronteras de un Estado, y su posible validez o invalidez frente al derecho internacional.

En 1969, la Corte Internacional de Justicia declaró:

> la incertidumbre de las fronteras no puede afectar los derechos territoriales. Ninguna regla dispone por ejemplo que las fronteras terrestres de un Estado deban ser completamente delimitadas y definidas, y es frecuente que éstas no lo sean en determinados lugares y durante largos periodos, como lo demuestra la cuestión de la admisión de Albania en el seno de la Sociedad de Naciones.[8]

Igualmente, son muchos los casos que registra la práctica diplomática en este sentido. Así, por ejemplo, puede recordarse la determinación durante numerosos años de la frontera entre Argentina y Chile, o también aquella entre Venezuela y Colombia.[9]

Como lo ha dicho Jean Salmon, políticamente no es en realidad la seguridad de las fronteras que conduce a la paz, sino antes al contrario, es la paz la que genera la seguridad de las fronteras.[10]

3. *Población*

El Estado es una colectividad y no existe sin una población, esto es, sin personas ocupando el área territorial en cuestión.

De acuerdo con el derecho internacional positivo, ninguna calificación ulterior es requerida, es decir, que no es necesario que la población sea más o menos numerosa, ni tampoco que ésta sea estable.

Es cierto, como ya vimos, que no puede haber un "Estado nómada", pero pueden existir Estados cuya población se modifica constantemente porque su modo de vida nómada se desplaza en grupos que lo constituyen parcialmente, de un territorio a otro.

Respecto a la población de Palestina, hay que decir antes que nada que en tiempos de la Sociedad de Naciones, Gran Bretaña, como manda-

8 Monasterio de Saint Maoum. Opinión consultiva. 1924. CPJI Serie V, núm. 9, p. 18. *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord, CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ*. 1969. p. 32.

9 Ver Salmon, Jean. "La Proclamation de l'État palestinien". *Annuaire Français de Droit International*. Paris, Edit. CNRS, 1988. XXXIV en particular, pp. 1-47.

10 *Idem*, p. 47.

taria, estaba obligada a no modificar en ningún caso el *status* jurídico de los habitantes del territorio considerados como sus "administrados".

Jurídicamente los habitantes no eran nacionales de la potencia-mandataria. El objetivo final del mandato era la libre determinación y la independencia, al igual que para los demás pueblos con el mismo *status*, pero en el caso de Palestina no se respetaron las disposiciones del Pacto de la Sociedad de Naciones, y no se condujo a la independencia del pueblo palestino, único titular de la soberanía.

A propósito de la Resolución 181 (11), la Declaración de Independencia del Estado de Palestina manifiesta que:

> A pesar de la injusticia histórica impuesta al pueblo árabe palestino que ha provocado su dispersión y lo ha privado de su derecho a la libre determinación una vez adoptada la Resolución 181 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947, donde se recomendó la partición de Palestina en dos Estados, uno árabe y otro judío; no cabe duda de que esta recomendación todavía garantiza hoy las condiciones de legitimidad internacional que fundamentan también el derecho del pueblo árabe palestino a la soberanía y a la independencia.[11]

La Asamblea General de las Naciones Unidas no ha cesado nunca de proclamar y reafirmar los derechos inalienables del pueblo palestino, incluido el derecho de retorno, el derecho a la independencia y soberanía nacionales en Palestina, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones.[12]

Obviamente aquí se puede argüir, que la Asamblea General no puede ser considerada como un órgano dotado de un poder jurídico constituyente, y de esto se sigue que va a disponer solamente de facultades que le son conferidas por el tratado que la constituye, la Carta de las Naciones Unidas.

Así, si en *principio* las resoluciones de la Asamblea General no poseen fuerza coercitiva frente a los Estados, es cierto, sin embargo, que en los últimos años ha quedado perfectamente establecido que existen resoluciones que poseen una significación jurídica precisa, como son justa-

11 Es increíble que la Resolución 181 (11) por la que se decidió la partición de Palestina en dos Estados, sea cuestionada por Israel cuando se trata de su aplicación al Estado palestino, siendo que desde 1948, Israel extrae de tal Resolución su "legitimidad" como Estado.

12 Ver particularmente las resoluciones 3236 y 3237 (XXXIX) de 1974, y la Resolución 3376 (XXX) que estableció un "Comité" para el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino.

mente las resoluciones donde se consagraron los principios ya contenidos en la Carta de Naciones Unidas, como es el caso de la autodeterminación de los pueblos. En estas hipótesis la resolución vincula a un Estado, en la medida que ese mismo Estado es parte de la Carta, la cual en esencia no es sino un tratado multilateral.[13]

Por último, es verdad que el testimonio más impresionante de la cohesión del pueblo palestino en cuanto tal, está en la misma perennidad de los campos de refugiados. Si los palestinos fueran árabes susceptibles de confundirse con sus hermanos, después de 40 años, es decir, después de dos generaciones, los refugiados palestinos habrían sido absorbidos por el resto del pueblo árabe, lo cual no se ha dado en lo absoluto.

Otra prueba más, está dada por la *intifada*, es decir, la manifestación de una resistencia colectiva que viene a aportar la prueba de que los palestinos que han permanecido en los territorios ocupados, no llegaron a ser egipcios en Gaza, ni jordanos en Cisjordania, sino que ellos constituyen una población que reivindica la liberación de su territorio.[14]

4. *Autoridad política*

De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, la conformación de un Estado supone un tercer elemento: una autoridad política, un gobierno.

El Consejo Nacional de Palestina (parlamento en exilio) es la más alta autoridad dentro de la Organización de Liberación Palestina (OLP), y representa al conjunto del pueblo palestino, teniendo en cuenta consideraciones de orden geográfico y político.

El Comité Ejecutivo es el órgano de ejecución y los miembros que lo componen son designados por el Consejo Nacional de Palestina, ante quien son responsables.

El Comité que consta de varios departamentos, ejerce una función de control de los distintos organismos, promulga directrices, establece programas y toma decisiones sobre las actividades de la OLP.

En la declaración política —adoptada el mismo día que la declaración de independencia—, el Consejo Nacional de Palestina, en espera de la completa formación de un gobierno permanente, encomendó al Comité

13 Ver el excelente curso pionero de Jorge Castañeda impartido en La Haya: "Valeur juridique des résolutiones des Nations Unies", *Recueil des Cours*, Leyde, Sitjhoff, 1971, t. 129, pp. 214-222.

14 Ver Flory, Maurice, *op. cit., supra*, nota 4, pp. 398 y 399.

Ejecutivo que asumiera las funciones de dicho gobierno y ejerciera todas las prerrogativas necesarias para dicho fin.[15]

En la historia de las relaciones internacionales podemos encontrar ciertos precedentes similares de lo que está ocurriendo con el "gobierno palestino". Así, para no ir más lejos, baste recordar que durante la Segunda Guerra Mundial se consideró que el Comité Nacional Checoslovaco y el Comité Nacional Polaco gozaban de la condición de gobierno provisional de sus respectivos países, habiendo sido reconocidos como tales por los Aliados, aun y cuando ambos países habían caído bajo la dominación y anexión del III Reich.

Ahora bien, la exigencia de un pleno control del territorio por parte de las autoridades del Estado en cuestión, no debe considerarse como un requisito en sentido absoluto; es suficiente, para que sea establecido inicialmente y mantenido en el tiempo, que el gobierno sea obedecido por el medio que sea, en una forma más o menos regular y constante.

Esta característica sería la que, a nuestro parecer, podría suscitar más polémica al respecto, ya que difícilmente podría argumentarse que la OLP posea el *control exclusivo* sobre la colectividad, con exclusión de toda otra autoridad.

En realidad, por lo que respecta a este punto, el gobierno palestino posee una *efectividad limitada*, como consecuencia de las fuerzas israelíes de ocupación.

Debemos preguntarnos si, ¿se debería considerar que Palestina y la OLP, que es su órgano de gobierno, estarían sometidos al control real de alguna autoridad exterior? La respuesta no puede ser sino negativa, ya que Israel no pretende poseer una autoridad sobre la OLP, sino lo que aduce es poseer un cierto control sobre los territorios que ha sometido a una anexión ilegítima, impidiendo así al Estado palestino ejercer su soberanía.

El derecho internacional contemporáneo rechaza tomar en consideración una situación proveniente de una efectividad ilegal. El principio según el cual *ex injuria jus non oritur* encuentra numerosas aplicaciones en la práctica.

Así, como memoria baste citar diversas entidades creadas por armadas de ocupación que fueron consideradas como poseyendo un carácter

15 Ver *Solicitud de admisión del Estado de Palestina como Estado Miembro de la UNESCO*, 131/EX/43 Corr. París, 17 de mayo de 1989, Consejo Ejecutivo, 131a. Reunión.

ficticio, como por ejemplo, Mandchoukouo (1931-1945), Eslovaquia (1939-1944) y el Estado de Croacia (1941-1944).

En una época más reciente, diversas entidades, con todo y que contaban con un control bastante efectivo, no fueron reconocidas por la comunidad internacional, ya que se sustentaban en una ilegitimidad de hecho y de derecho. En este sentido puede mencionarse el caso de Rodesia del Sur, como quedó bien claro en varias resoluciones del Consejo de Seguridad.[16]

Igualmente y en este sentido puede mencionarse el caso de la presencia de Sudáfrica en Namibia. En su opinión consultiva del 21 de junio de 1971, la Corte Internacional de Justicia declaró que "...los Estados miembros de las Naciones Unidas tenían la obligación de reconocer la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia...".[17]

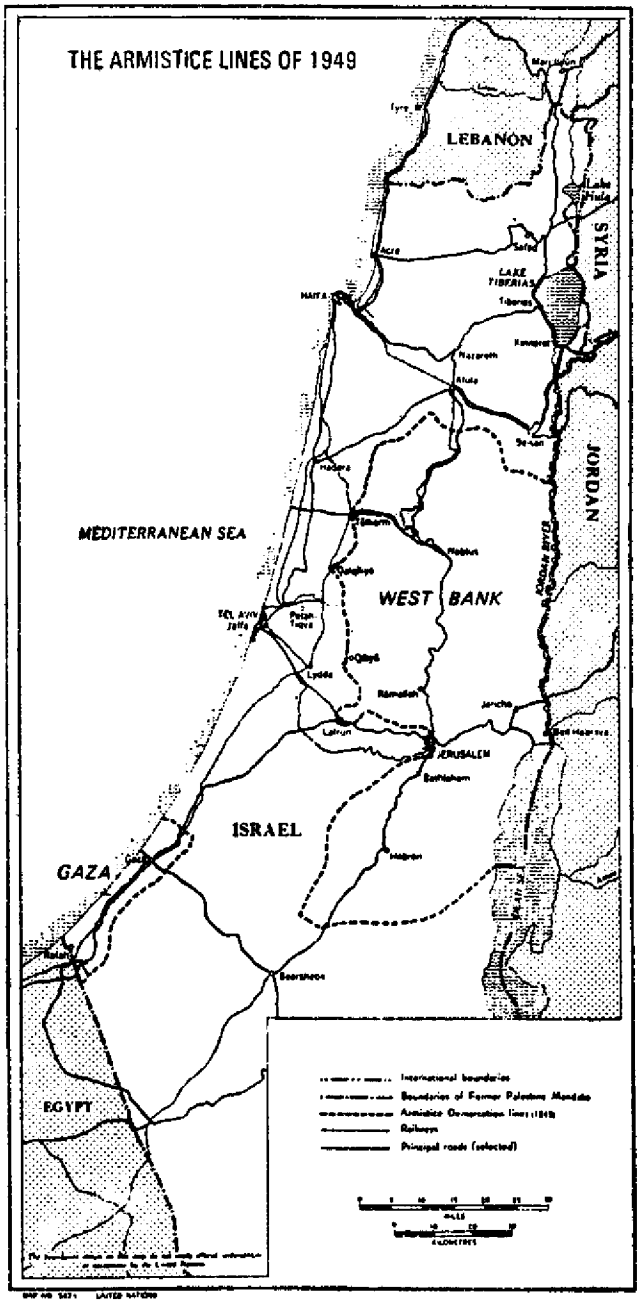
La situación no viene a ser diferente en lo que concierne a las conquistas israelíes, por lo menos aquellas consecutivas a la guerra de 1967. La Resolución 242 (1967) del Consejo de Seguridad proclama expresamente la inadmisibilidad de la adquisición de territorios como consecuencia de la guerra y exige el "retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados durante el reciente conflicto".

5. *Reconocimiento*

Conforme a derecho internacional no se requiere, *stricto sensu*, de ninguna especie de intervención o voluntad exterior para la "fundación" del Estado; existe en derecho, desde que existe de hecho, porque una regla jurídica anterior vincula esta consecuencia legal a la realización de condiciones de hecho.

En otras palabras, la regla se contenta con tomar nota de una efectividad, y siguiendo un mecanismo corriente en derecho internacional, consagra legalmente lo que los hechos han materializado, y que no podría negar, so pena de viciarse de una serie de ficciones ridículas.

16 Resoluciones 216 y 217 de 1965.
17 *RAAOCIJ*, 1971, p. 58.


THE ARMISTICE LINES OF 1949
LEBANON
SYRIA
LAKE TIBERIAS
JORDAN
MEDITERRANEAN SEA
WEST BANK
ISRAEL
GAZA
EGYPT
JERUSALEM
International boundaries
Principal roads (selected)
Railways

Sin embargo, el "reconocimiento" es un mecanismo fundamental en un orden jurídico que obedece por completo al principio según el cual, los Estados no se comprometen jurídicamente más que por su propia voluntad. El reconocimiento va a determinar su ingreso en el sistema de la comunidad internacional; por lo cual se declara, se constata, la existencia del nuevo Estado.

No hay que perder de vista, por otro lado, que las condiciones de existencia de un Estado y su consiguiente reconocimiento permanecen, a pesar de lo que se consigna en los manuales, como un problema bastante impreciso, pues como dice el profesor Salmon, cada caso es siempre una cuestión de especie, única, particular, y las calificaciones en uno u otro sentido están impregnadas aquí, más que en cualquier otro campo, por un relativismo en donde las condiciones de mera oportunidad política son predominantes.[18]

Pero debe quedar claro que una "situación-Estado" no reconocida, es algo similar a la existencia de un tratado internacional del cual no fuera parte un cierto Estado; si un Estado no es parte, el tratado no lo vincula jurídicamente, pero éste *existe* independientemente de su vinculación.

El reconocimiento, acto discrecional y por consiguiente totalmente aleatorio, no puede ser la condición legal de la existencia de una situación, de ahí su eminente carácter declarativo y no constitutivo.[19]

Hasta la fecha, 98 Estados han reconocido al Estado de Palestina, hecho éste de gran alcance que refuerza la posición del Estado en el plano jurídico.

La posición de Francia respecto al reconocimiento de Palestina no dejó de sorprender. El ministro de Relaciones Exteriores, seguido algunos días después por el presidente de la República, declaró que era contrario a la jurisprudencia francesa reconocer un Estado sin territorio definido, lo cual es increíble, pues Israel es el primer Estado que no cuenta con un territorio claramente definido.[20]

18 Salmon, Jean, *op. cit., supra*, nota 9, p. 39.

19 Conviene precisar que cuando Palestina solicitó su ingreso en 1989 a la OMS, y luego a la UNESCO, nos encontramos aquí en presencia de un problema de admisión a una organización internacional, y no ante un problema de reconocimiento. En lo que toca concretamente a la UNESCO, la solicitud de admisión presentada por Palestina debe examinarse en función de las condiciones precisadas en la Constitución de la UNESCO, y en el artículo 92 del reglamento de la Conferencia General, con exclusión de cualquier otro criterio o condición. Ver Doc. 131/EX/43, *add*, París, 7 de junio de 1989, *addendum*.

20 Ver *Le Monde*, 7 de enero de 1989.

En realidad, los primeros reconocimientos de Israel se produjeron no ya, cuando sus fronteras todavía no estaban delimitadas, sino incluso cuando Israel había comenzado, desde 1948, a rebasar los límites fijados en la Resolución 181 de la Asamblea General.

¿Cómo explicar que lo que ayer se consideró válido para uno, hoy en día no lo sea para otros, siendo que los dos, son los destinatarios de la misma Resolución 181, oficialmente reconocida por la parte palestina?

IV. Palestina y su solicitud de admisión ante las organizaciones internacionales

1. *La Organización Mundial de la Salud (OMS)*

En la sesión de 1989 la Organización Mundial de la Salud, se decidió diferir hasta una próxima reunión la adopción de una decisión relativa a la cuestión del ingreso de Palestina a dicha Organización.

El escrutinio, en el seno de dicho órgano plenario, fue revelador tanto por las nuevas relaciones políticas a escala mundial, como por las divisiones dentro de los países en desarrollo.

La Unión Soviética y la totalidad de los países "socialistas" europeos, emitieron su voto en el mismo sentido que el de los países occidentales y el de buen número de los países en vías de desarrollo, para rechazar las pretensiones de Palestina de ser miembro de pleno derecho dentro de la OMS: 83 votos en contra, 47 a favor y 20 abstenciones.

A *priori*, el fracaso de la central palestina podría sorprender si tomamos en cuenta, que ya para entonces cerca de cien países habían otorgado su reconocimiento oficial al Estado de Palestina como sujeto internacional.

Sin embargo, y esto es fundamental, en materia de admisión en el seno de los organismos internacionales, principalmente aquellos del Sistema de Naciones Unidas, las consideraciones de oportunidad política prevalecen muy frecuentemente sobre la apreciación de los elementos constitutivos de un Estado soberano.

En el caso de la Organización Mundial de la Salud, Estados Unidos multiplicó las presiones y amenazas sobre los Estados miembros de la Organización, blandiendo principalmente la espada de Damocles de las sanciones financieras en contra de este organismo, el cual recibe cerca de la mitad de sus recursos ordinarios y extrapresupuestarios del mismo Washington.

Este "chantaje" que, para decir lo menos, tiene en poca estima la ética internacional, brindó la prueba contundente de que la autonomía de las organizaciones internacionales del Sistema de Naciones Unidas se ve sometida a un nuevo filtro relativo a la repartición de las contribuciones presupuestarias de los Estados miembros.

En tanto que las tres cuartas partes de los Estados miembros no aporten más del 1 por ciento de los créditos presupuestales, y que Estados Unidos, por sí solos, sigan participando con por lo menos una cuarta parte del presupuesto global, los mayores contribuyentes seguirán siendo los grandes actores en la toma de decisiones políticas.[21]

2. *La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)*

En mayo de 1989, Palestina presentó oficialmente ante la 131a. Reunión del Consejo Ejecutivo de la UNESCO su solicitud de admisión como Estado miembro de la organización internacional.

El artículo II de la Constitución de la UNESCO se refiere a los miembros de la organización. Su párrafo 1o. trata de los Estados miembros de las Naciones Unidas que tienen derecho a formar parte de la UNESCO. El párrafo 2o. por su parte, se refiere a los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas y que "...podrán previa recomendación del Consejo Ejecutivo, ser admitidos como miembros de la organización, por mayoría de dos tercios de votos de la Conferencia General".

Así, en el artículo anterior se enuncian las condiciones necesarias para ser miembros de la UNESCO: ser un Estado, y el procedimiento de admisión: una decisión de la Conferencia General por mayoría de dos tercios de votos, previa recomendación del Consejo Ejecutivo.

Es evidente que este texto está confiriendo a los Estados miembros un amplio poder de apreciación sobre las condiciones de los candidatos.

Si bien en el texto de este artículo 2o., se estipula que el candidato tiene que ser un Estado, no se da ninguna definición de lo que se debe entender por "Estado". Lo mismo ocurre con la Carta de las Naciones Unidas, aunque en su artículo 4o. del artículo 2o. de la Constitución de la

21 Washington dejó entrever claramente que la admisión de Palestina en el seno de la OMS tendría por consecuencia la interrupción de sus contribuciones al presupuesto ordinario (73 millones de dólares) al igual que a los programas especiales de la OMS (25 millones de dólares). Ver *Le Monde*, París, 25 y 26 de junio de 1989.

UNESCO, se fijan determinadas condiciones para la admisión de nuevos miembros.[22]

Si el texto del Acta Constitutiva de una organización internacional no da una definición de lo que ha de ser un Estado para efectos de su admisión, el órgano plenario, en este caso la Asamblea General de la UNESCO, no puede ejercer a este propósito otras prerrogativas sin excederse en el ejercicio de los poderes expresamente reconocidos por su Constitución.

Así, desde el momento en que la solicitud de admisión satisface las condiciones enunciadas en la Constitución, nada impide para que se otorgue a dicha solicitud un seguimiento favorable, con exclusión de cualquier otra consideración.

La admisión en las organizaciones internacionales no tiene la misma significación que el reconocimiento de un Estado. Este depende de la voluntad soberana de los países, y se sitúa en el plano de las relaciones bilaterales.

En el caso concreto, la UNESCO no posee competencia ni jurisdicción para apreciar los criterios o requisitos del Estado solicitante, como de modo semejante no los tiene cuando se verifican las credenciales de los delegados ante las conferencias internacionales; las credenciales se extienden en función de normas relativas a su forma, y no tratando de determinar si una credencial u otra ha sido otorgada por un gobierno legítimo pero no efectivo, o ilegítimo, pero efectivo.

Una vez que el Consejo Ejecutivo de la UNESCO decidió por consenso examinar, en septiembre de 1989, la solicitud de admisión de Palestina, el secretario norteamericano de Estado adjunto, encargado de las instituciones internacionales, el señor John Bolton, indicó expresamente que la "...admisión de Palestina a la UNESCO como miembro de pleno derecho, pondría definitivamente punto final a todo proyecto de regreso de Estados Unidos al seno de la organización".[23]

Habiéndose retirado Estados Unidos desde 1987 de la UNESCO, parecía evidente, en principio, que no debería poseer la misma capacidad de presión financiera de la que tiene en el seno de la OMS.

Además, en la perspectiva de las autoridades palestinas, las posibilidades de ingresar a la UNESCO parecían mucho mejores, ya que se to-

22 En el artículo 4o. de la Carta de Naciones Unidas se consagra: "Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que aceptan las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo".

23 Ver *Le Monde*, París, 20 de mayo de 1989.

maba en cuenta que existía una mayoría a su favor dentro del Consejo Ejecutivo (29 o 30 votos a favor sobre la composición de los 51 miembros), así como entre los cerca de 158 delegados a la XXV Conferencia General, los cuales, siempre y de acuerdo con los pronósticos palestinos, deberían avalar en el otoño de 1989 la Resolución del Consejo Ejecutivo.

Sin embargo, y ante una creciente y persistente actitud hostil por parte de algunos países pero, sobre todo, de Estados Unidos, Palestina solicitó ante la XXV Conferencia General, posponer su demanda de admisión a la UNESCO, para la próxima Conferencia General.

El representante de la Organización para la Liberación de Palestina ante la UNESCO, el señor Omer Massalha, explicó que Palestina no quería ser el "pretexto" para una nueva crisis que se produjera en el seno de la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Si la votación iba implicar una mayor confrontación, y si Estados Unidos iba aducir que no reingresaban a la UNESCO, en virtud de la admisión de Palestina como miembro de pleno derecho, entonces el gobierno palestino optaba por posponer su demanda de admisión a la Organización.[24]

De esta suerte, si en una próxima sesión, el Consejo Ejecutivo recomienda a la Conferencia General la admisión de Palestina, esto se hará de conformidad con el artículo 2o., párrafo 2o., de la Constitución de la UNESCO, así como de los artículos 92 y 93 del Reglamento de la Conferencia General.

En este supuesto, la Conferencia General tendría que votar por una mayoría de dos tercios, ya que se trataría de la admisión de un nuevo Estado miembro. (Constitución, artículo 2o., párrafo 2o.).

De igual forma y si el procedimiento de votación se llega a realizar en forma de votación secreta (baste que lo solicite el presidente o un mínimo de cinco miembros), podría dificultarse la obtención de los dos tercios requeridos entre los "votos válidos", esto es, la diferencia entre el número total de Estados miembros que tengan derecho a voto en la reunión, por una parte, y el total de ausentes, abstenciones y papeletas nulas, por otra parte.

V. CONCLUSIONES

En realidad como lo ha demostrado el profesor Joe Verhoeven, la identificación del Estado escapa a todo criterio preestablecido y no obe-

24 Ver *The New York Times*, 20 de octubre de 1989.

dece a ninguna regla: ésta opera de una manera puramente empírica, al grado de los intereses y las ideologías de los miembros de la "comunidad" internacional, cuyos reconocimientos adquieren por ello un alcance fundamental.

Por lo demás, el apego rígido a los elementos constitutivos del Estado oculta el elemento motor en la creación de los nuevos Estados, el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación que conviene reintroducir dentro del principio de la soberanía.[25]

El reconocimiento del Estado palestino no ha sido por lo tanto "prematuro", ni mucho menos algo así como un pretendido reconocimiento "ilegítimo".

Un reconocimiento sería "ilegítimo" en el caso de una violación al principio de no-intervención, esto es, en la hipótesis de un gobierno carente todavía de efectividad. Igualmente podría hablarse de ilegitimidad, en el caso de que se afecte la soberanía de otro Estado, esto es, en el supuesto de un reconocimiento de secesión, cuando todavía, la entidad "secesionista" no ha tenido oportunidad de establecerse de manera efectiva.

Ninguna de estas hipótesis tiene cabida en el problema del reconocimiento de Palestina, ya que Israel no es más que un ocupante extranjero que está impidiendo al pueblo palestino el ejercer su derecho a la libre autodeterminación.[26]

En realidad, la tragedia de la expulsión del pueblo palestino de su propia tierra, no puede tener justificación o excusa alguna. No sólo constituye una grave infracción al derecho internacional y a los "principios" de la Carta de las Naciones Unidas (H. Cattan), sino también y al mismo tiempo, constituye una violación de los más elementales principios de derecho humanitario, sin paralelo alguno en los anales de la civilización moderna.

25 Ver Verhoeven, Joe, "L'État et l'ordre juridique international Remarques", *RGDIP*, 1978, p. 753.

26 Ver Salmon, Jean, *op. cit., supra*, nota 9, pp. 61 y 62. El 13 de septiembre de 1993 se firmó en Washintong, D.C., un acuerdo histórico, por el que se dio un reconocimiento mutuo entre Israel y Palestina, firmándose además una "Declaración de Principios", sobre el autogobierno de los territorios ocupados. Ver Moreau Defarges, P., *Relations Internationales*, 3a. ed., París, Editions du Seuil, 1997, vol. I, pp. 150-171.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

JURISDICCIÓN INTERNA, PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN Y DERECHO DE INJERENCIA HUMANITARIA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sociedad política*. III. *Soberanía y no intervención*. IV. *Resolución 2,625 (XXV) de 1970*. V. *Integridad territorial*. VI. *No intervención en los asuntos esenciales de jurisdicción interna*. VII. *La excepción de incompetencia*. VIII. *Análisis del pretendido derecho de injerencia humanitaria*. IX. *La injerencia por razón humanitaria*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En la época del derecho internacional llamado "clásico", que correspondía a una *concepción orgánica* de la sociedad internacional, es decir, una sociedad compuesta exclusivamente de Estados, las "preocupaciones humanas" o individuales tendieron a desaparecer casi en su totalidad. Los individuos aparecían solamente como beneficiarios eventuales de la acción del Estado-nación.

Una evolución considerable vendría a producirse desde fines de la Primera Guerra Mundial para seguirse desarrollando considerablemente hasta nuestros días. El punto de partida fue, sin lugar a dudas, una sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva de 1928, en la que consideró que el Tratado entre Dantzig y Polonia creaba derechos en forma directa para los empleados de las vías ferroviarias de Polonia.[1]

La consecuencia de este fallo de 1928 fue absolutamente determinante. Desde entonces los Estados y las organizaciones internacionales no

* Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 76, enero-abril de 1993.

[1] Hudson, Manley O., *The World Court 1921-1934*, 4a. ed., Boston, World Peace Foundation, 1934.

serían ya los exclusivos beneficiarios de los derechos y obligaciones internacionales; en otras palabras: dejaban de poseer el monopolio de la personalidad internacional.

Este obstáculo o demarcación estatal entre el orden internacional y las personas privadas iría a desmantelarse progresivamente en el curso de los años, pero sin que con todo y todo haya llegado completamente a término, incluso en la época actual.

Por otro lado, a medida que se agudiza una conciencia subjetiva de las cosas, el individuo llega a adquirir un peso mayor en el seno de la sociedad política, desempeñando un papel intelectual y político creciente.

El individuo, y concretamente en el seno de los países tercermundistas, llega a comprender que la igualdad político-formal de las naciones alcanza a deteriorarse por la clara desigualdad de sus recursos económicos, científicos y técnicos. Por un lado resiente amargamente que el "antiguo colonizador" lo exilie de las zonas de prosperidad mundiales. Pero por otro lado y paralelamente, el individuo llega a resentir probablemente en forma más dramática la *utopía del Estado-nación*, cuyas promesas se han ido convirtiendo en pesadillas: desigualdades intolerables, inseguridad creciente de los destinos individuales, desilusión general en relación con los mitos del progreso de esta tan traída "modernidad".[2]

El estudiante, el intelectual, el obrero, el médico, exigen al Estado garantizar sus libertades y comenzar a brindar cuentas. De ahí que para varios analistas la gran alternativa de fin de siglo se formula en los términos siguientes: integrismo o democracia, abdicación de la individualidad o expansión y afirmación de la misma.

II. Sociedad política

Lo que caracteriza a la sociedad política es la perfección de su organización para ser autosuficiente. Teóricamente procede de un pacto social entre individuos, que fija los fines y principios de su estructura: el Estado vendría a ser el prototipo mismo de esta sociedad política.

En realidad la institución estatal es el fruto de una lenta evolución durante la cual los antagonismos sociales se fueron progresivamente controlando mediante mecanismos que podríamos llamar de "coacción", pero también de "persuasión".

[2] Jouve, Edmond, *L'État s'heurte à un nouveau réveil des peuples*, París, 1987.

Pero nuestro mundo está estructurado por la yuxtaposición de un gran número de Estados independientes. Y lo quieran o no, están obligados a "coexistir", y esta coexistencia no puede en modo alguno asegurarse en el aislamiento total. De aquí que inevitablemente se generen relaciones de todo tipo, que pueden ir desde el más absoluto pacifismo hasta el más absoluto belicismo.

Decir que el derecho internacional es en ocasiones flagrantemente desconocido por *X* o *Z* países, y que por ello puede negarse su utilidad, es una afirmación pueril y superficial.

El derecho es inherente a toda organización social; pero el derecho internacional no posee el exclusivo y triste privilegio de ser más o menos desconocido, más o menos violado. Toda regla de derecho parece suscitar siempre el deseo de ser interpretada en la forma más ventajosa posible, pues en fin de cuentas todo derecho no es más que un cierto paliativo a la violencia inherente a toda sociedad humana (Raymond Aron).

Para que el derecho internacional no existiera, siendo que las políticas nacionales lo toman tan frecuente y constantemente en estricta consideración, estaríamos obligados a suponer por parte del conjunto de los gobiernos un muy particular poder de ilusión en cuanto a las realidades de la vida internacional, aunado a una extraordinaria capacidad para aferrarse a una simple quimera.

Si los Estados soberanos quieren abrir caminos de colaboración entre ellos, pueden escoger diversos modos de cooperación; si se pretende una colaboración continua en el tiempo, son dos los caminos o fórmulas más frecuentemente socorridos.

El más sencillo es una ecuación entre dos Estados: por medio de un tratado bilateral, es fácil prever las modalidades de una cooperación, que idealmente debería situar a las dos partes en un mismo pie de igualdad. Y es ésta la fórmula que generalmente prevalece para la conclusión de un tratado de cooperación en el terreno cultural, comercial, diplomático, etcétera.

Pero para alcanzar un punto más elevado de cooperación entre varios Estados se puede recurrir a través de un tratado multilateral, al establecimiento de instituciones específicas, una verdadera "organización internacional". Así, los Estados se congregan alrededor de ciertas organizaciones (como la ONU) para llevar a cabo —en principio— una obra común, pero con motivaciones totalmente diversas.

El artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta de las Naciones Unidas postula el principio fundamental del derecho internacional, esto es, la prohibición de todo recurso "a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

Pero este precepto se refiere únicamente a las controversias de *carácter internacional*, por lo que ningún Estado está obligado a someter los asuntos que son esencialmente de la *jurisdicción interna* de los Estados a los procedimientos previstos para el arreglo de controversias (por ejemplo, negociación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial). Ésta es una vía que desafortunadamente los miembros de Naciones Unidas han tomado con frecuencia para escapar al cumplimiento de sus obligaciones.

III. Soberanía y no intervención

Es sabido que el lenguaje jurídico y político han atribuido al término "soberanía" una multiplicidad de sentidos, lo cual ha provocado que éste sea difícilmente utilizable.

Para los efectos del derecho internacional, la noción de "soberanía" comporta en ella misma la exclusividad, la autonomía y la plenitud de la competencia territorial; pero es obvio que dichos atributos de la "soberanía" no pueden concebirse de manera absoluta, más que cuando se hace referencia al orden jurídico interno, pues en el orden internacional tales atributos se vuelven relativos.

Si los Estados son soberanos, esto es, si no existe ninguna autoridad jurídica que les sea superior, se dice entonces que son iguales entre sí.

En consecuencia, un Estado *X* cualquiera no podría someter a un Estado *Z* a su jurisdicción, porque ello equivaldría a negar la regla de la igualdad, en la medida en que el Estado *Z* se encontraría así sometido a las leyes y tribunales del Estado *X*.

Esta regla universal de derecho internacional consuetudinario viene a expresarse en una muy conocida expresión latina: *par in parem non habet juridictionem*. En otras palabras, no puede existir competencia jurisdiccional entre sujetos iguales.[3]

[3] Carreau, Dominique, *Droit international*, París, Editions A. Pédone, 1986, Études Internationales, p. 342, parr. 924.

Como todas las nociones jurídicas, la de "soberanía" es un concepto destinado a dar cuenta de una determinada realidad social para poder hacerla inteligible.

Como lo demostró uno de los juristas más lúcidos de nuestra época, el profesor Michel Virally, la "soberanía" permanece todavía hoy en día como la piedra angular de todo el orden jurídico internacional; la soberanía se presenta como la garantía jurídica esencial de la independencia.[4]

La soberanía internacional no puede concebirse como un poder y menos como poder supremo sobre el exterior. En realidad se define por la doble prerrogativa de una independencia jurídica, esto es, de poder determinarse libremente sin interferencias extranjeras, y de poder entrar en relaciones regulares con terceros Estados.

Pero la soberanía no es un concepto inmutable y va transformándose en forma compleja y a veces ambivalente —por ejemplo, la soberanía permanente sobre los recursos naturales y su examen de contenido económico—.

En la actualidad se encuentra atrapada, por así decirlo, entre la independencia y la interdependencia, no debiendo sacrificarse un término por el otro, sino al contrario, siempre buscando, como dice Virally, su refuerzo y conciliación en beneficio de la paz y la seguridad internacionales.[5]

El principio de no injerencia de terceros en los asuntos internos de los Estados está directamente vinculado a la noción de soberanía del Estado, ya que solamente el derecho internacional puede limitar la libertad de acción del Estado.

El artículo 2o., párrafo 7o., de la Carta de las Naciones Unidas establece: "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...".[6]

[4] Virally, Michel, "Une pierre d'angle qui résiste au temps: avatars et perennité de l'idée de souveraineté", *Les relations internationales dans en monde en mutation*, Génova, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1977, pp. 179-196.

[5] *Ibidem*, pp. 189-195. En el famoso arbitraje de la Isla de Palmas (Miangas), entre Estados Unidos y Países Bajos, el árbitro Max Huber sostuvo: "La souveraineté dans les relations entre États signifie l'indépendence. L'indépendence relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques", sentencia arbitral del 4 de abril de 1928. *Cour Permanente d'Arbitrage, RGDIP*, 1935, p. 163.

[6] Para ciertos autores, como H. Kelsen, la obligación de los Estados de no intervenir en los asuntos internos de los demás Estados no está expresamente estipulada por la Car-

Esta disposición es, al decir de varios autores, una de las centrales de la Carta, ya que tiende a resolver el difícil problema del equilibrio necesario entre los intereses nacionales que los Estados miembros consideran como esenciales y los intereses de la colectividad internacional en su conjunto.

Obviamente, el alcance del precepto es muy discutible, pues entre otros aspectos, casi nunca es fácil determinar y delimitar el criterio jurídico y el criterio político para interpretar su campo de aplicación.[7]

En términos generales la mayoría de la doctrina sostiene que un presunto reconocimiento de un derecho general de "intervención humanitaria" no es ni legal ni políticamente aceptable. Pero el excluir este tipo de intervención estatal no se excluye necesariamente por ello la posibilidad de una intervención autorizada por el Consejo de Seguridad o incluso la Asamblea General de Naciones Unidas, ahí donde se decide que la situación presenta una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

No habría, pues, en la situación actual del derecho internacional en relación con la actuación unilateral de los Estados, un presunto derecho de intervención humanitaria, opuesto al derecho de legítima defensa.[8]

IV. Resolución 2,625 (XXV) de 1970

Las disposiciones de la Carta quedaron reforzadas y explicitadas por la muy importante resolución 2,625 (XXV), adoptada el 24 de octubre de 1970 por la Asamblea General de Naciones Unidas; "declaración relativa

ta, sino que más bien se desprende implícitamente del artículo 2o., párrafo 4o., que sostiene que todo miembro de la Organización debe abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. Véase Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, Londres, Eds. Stevens, 1951, p. 770.

[7] Guillaume, Gilberto, "Comentario al article 2o., paragraphe 7o.", en Coot, J. P. y Rollet, A., *La Charte des Nations Unies*, París, Economica-Bruylant, 1985, pp. 141-159. Véase también el artículo de Verdross, Alfred, "Le principe de la no-intervention dans les affaires rélevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2 (7) de la Charte des Nations Unies", *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pédone, 1974, pp. 267-277. Para Verdross, a diferencia de Kelsen, el artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta, confirma la norma de la no intervención, al prohibir a los Estados recurrir al uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de todo Estado. *Ibidem*, p. 268.

[8] Weston, Falk, D'Amato, *International Law and World Order*, Minnessotta, West Publishing Co., 1980, pp. 323-327. Véase, igualmente, las conocidas obras de Fabela, Isidro, *Intervención*, México, UNAM, 1959, y de Thomas and Thomas, *Non-Intervention: The Law and its Impact in the Americas*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1956.

a 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".

Todos los Estados gozan de igualdad soberana, tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:

a) Los Estados son iguales jurídicamente.
b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía.
c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados.
d) La integridad territorial y la independencia política son inviolables.
e) Cada Estado tiene el derecho a elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural.

V. Integridad territorial

Por último, hay que reconocer que no toda la doctrina es unánime en relación con la interpretación del artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta, en particular por lo que se refiere a la prohibición del uso de la fuerza en contra de la "integridad territorial" o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Así, por ejemplo, el profesor Anthony d'Amato sostiene que cuando Israel bombardeó presuntas instalaciones nucleares dentro del territorio de Irak, esta actuación no violó el artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta, ya que —argumenta— los aviones israelíes bien pudieron haber violado el espacio aéreo irakí, pero de ninguna manera se violó la integridad territorial o la independencia política del Estado.

El ataque israelí tampoco fue incompatible —siempre según D'Amato— con los propósitos de Naciones Unidas, ya que uno de éstos (artículo 11) es el "desarme y la regulación de armamentos".[9]

[9] D'Amato, Anthony, *International Law: Process and Prospect*, Nueva York, Dobbs Ferry. En cambio, D'Amato no tiene la menor duda de calificar la invasión de Argentina a las Islas Falkland en 1982, como una grave violación al artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta, pues entre otras razones Gran Bretaña tenía el control efectivo de esas

En fecha reciente la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 27 de junio de 1986, en el diferendo entre los Estados Unidos y Nicaragua, sostuvo que la validez en derecho consuetudinario del principio de la prohibición del empleo de la fuerza expresado en el artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta, era un principio considerado por la Comisión de Derecho Internacional (1966) con rango de *ius cogens*.[10]

En este mismo caso la Corte de La Haya sostuvo que el principio de no intervención ponía en juego o implicaba el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin ningún tipo de injerencia exterior. Aun cuando las infracciones a este principio no sean raras, sin embargo la Corte estima que es un principio que forma parte integrante del derecho internacional consuetudinario, pues "entre Estados independientes, el respeto a la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales" (CIJ, 1949) y el derecho internacional exige igualmente, y por lo mismo, el respeto a la integridad política.

La existencia del principio de no intervención en la *opinio iuris* de los Estados está respaldada por una práctica sustancialmente importante y bastante arraigada; el principio en sí puede presentarse como un corolario del principio de la igualdad soberana de los Estados.[11]

La Corte sostiene, por consiguiente, que en el derecho internacional contemporáneo no está previsto ningún tipo de supuesto "derecho de intervención" en los asuntos de un tercer Estado; que los actos constitutivos de una violación al principio consuetudinario de no intervención que impliquen, en una forma directa o indirecta, el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, son una clara violación a la norma jurídica del no uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Islas desde hacía más de cien años. Para nosotros, una interpretación como la de este jurista no pasa de ser una "*boutade*", además de vaciar de todo sentido común al lenguaje y de todo significado y connotación normativos a la terminología legal. Para una interpretación actualizada del artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta, véase el ilustrativo análisis de Michel Virally en *La Charte des Nations Unies, cit.*, pp. 113-125.

[10] "Activités militaires et paramilitaires en Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États Unis d'Amérique", *Fond Arrêt. C.I.J., Recueil*, 1986, p. 100, parr. 190. La Corte enfatizó que en caso de legítima defensa individual o colectiva, este derecho no podía ejercerse más que habiendo sido víctima de una agresión armada. *Idem*, p. 103, parr. 195.

[11] *Arrêt. C.I.J., Recueil, cit.*, p. 106, parr. 202. La Corte, refiriéndose a su sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú, recuerda que un pretendido derecho de intervención no puede ser considerado más que como la manifestación de una fuerza política que siempre ha dado lugar a los abusos más graves y que no podría encontrar lugar alguno en el derecho internacional. *Idem*.

En relación con este importante caso, debemos mencionar que la Corte puntualizó expresamente que el principio del respeto de la soberanía de los Estados, en derecho internacional estaba íntimamente vinculado con los principios de prohibición del no uso de la fuerza y con el de no intervención.[12]

El concepto jurídico fundamental de la soberanía de los Estados en derecho internacional consuetudinario, consagrado *inter alia* en el artículo 2o., párrafo 1o., de la Carta de Naciones Unidas, se extiende a las aguas interiores y al mar territorial de todo Estado, así como a su espacio aéreo por encima de su territorio.[13]

VI. No intervención en los asuntos esenciales de jurisdicción interna

Así pues, de conformidad con un principio bien arraigado en el derecho internacional público, los Estados deben abstenerse de intervenir en los asuntos internos y externos de terceros Estados.

Sin embargo y dado que el término "intervenir" presenta muchas variables dependiendo del empleo que se hace del mismo, el problema que se plantea es saber si, como dice Alfred Verdross, el concepto "intervenir" tal y como se encuentra plasmado en el artículo 2o., párrafo 7o., de la Carta de la ONU, posee el mismo significado que la norma anterior.[14]

Hay que señalar primeramente que incluso en el marco del derecho internacional general, el término de "intervenir" tiene diversos alcances, ya que por una parte se habla de un "derecho de intervención", derecho reivindicado por todos los Estados para proteger a sus ciudadanos y propiedades en el extranjero, y por otra parte se emplea el mismo término para designar la acción imperativa de un Estado que por medio de la amenaza

[12] *Arrêt. C.I.J., Recueil*, cit., pp. 109 y 110, parr. 209.

[13] *Ibidem*, p. 111, parr. 212. Hay que recordar que si bien en la sentencia del 27 de junio de 1986, la Corte de La Haya ordenaba a los Estados Unidos reparar los daños causados a Nicaragua por violaciones cometidas al derecho internacional tanto convencional como consuetudinario, el gobierno de Nicaragua informó a la Corte por medio de una comunicación del 12 de septiembre de 1991, que renunciaba a hacer valer sus derechos, solicitando a la Corte tomar nota de su desistimiento. Véase "Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, Ordonnance du 26 septembre 1991 - prenant act du désistement de Nicaragua", *Documents juridiques internationaux*, vol. 9, núm. 1, 1991-1992, pp. 223 y 224.

[14] Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 7, pp. 267-276.

o uso de la fuerza trata de imponer un particular punto de vista sobre un asunto que es de competencia esencialmente doméstica.[15]

El Institut de Droit International adoptó una resolución según la cual el dominio reservado o jurisdicción interna de los Estados sería aquel de las actividades estatales en donde la competencia del Estado no se encontraría vinculada o determinada por el derecho internacional. Los Estados podrían libremente regular todos los asuntos que no estuvieran definidos por una norma de derecho internacional. Por consiguiente, toda injerencia de terceros en este campo constituiría una intervención ilícita.

Pero del hecho mismo de que la frontera entre cuestiones de orden internacional y cuestiones de orden esencialmente internas no pueda ser establecida rigurosamente en las relaciones internacionales, se desprendió que desde un principio se dejaran ver tesis opuestas entre las organizaciones internacionales cuya tendencia es la de ampliar su campo de acción, y los Estados preocupados siempre en preservar lo que ellos consideran como su "dominio reservado".

En el seno de la Organización de Naciones Unidas, en infinidad de veces han aflorado por ejemplo las discusiones acerca de si el artículo 2o., párrafo 7o., debería ser aplicable en lo que respecta a los derechos humanos, ya que este campo concerniría típicamente a la esfera internacional.

Para otros Estados, sin embargo, si bien consideran que los derechos humanos caen en principio dentro de la competencia nacional, no obstante ello aceptan que la violación de este tipo de derechos se convierte en un interés internacional en el momento en que adquiere proporciones susceptibles de afectar las relaciones entre la comunidad de Estados.

En este sentido, una distinción debería ser hecha entre lo que pudiera ser una "violación ocasional" de los derechos humanos y lo que podría constituir una "violación fundamental y sistemática" que constituyera una política oficial de un Estado, contraria a los principios de la Carta de la ONU.[16]

No hay que pasar por alto que en la Conferencia de San Francisco, la mayoría de las delegaciones habrían considerado que la noción de "asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados", de-

[15] *Ibidem*, p. 267.

[16] Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, nota 7, pp. 140-159. Cuando la cuasi unanimidad de los Estados condenaba el régimen del *apartheid*, siempre hacían resaltar precisamente el problema de querer guardar este equilibrio entre la "jurisdicción doméstica" y la política inserta en la Carta sobre Derechos Humanos. *Idem*.

bía ser apreciada o aquilatada según parámetro del derecho internacional. Sin embargo, la certeza o confiabilidad de dichos criterios internacionales fue puesta en entredicho por varios Estados, lo cual provocó que la referencia al parámetro del "derecho internacional" desapareciera, contrariamente a lo que postulaba el Pacto de la Sociedad de las Naciones.[17]

Hasta ahora la práctica de Naciones Unidas no permite realmente extraer un cuerpo coherente de precedentes relativos a la interpretación del artículo 2o., párrafo 7o., de la Carta.

De esta suerte, el principio de no intervención no ha constituido en realidad nunca un verdadero obstáculo a la intervención de la ONU en todos aquellos casos en que la misma era avalada por la mayoría de sus miembros (por ejemplo, casos múltiples relacionados con la "autodeterminación de los pueblos").

Inversamente, el artículo 2o., párrafo 7o., constituye un obstáculo infranqueable, como dice Michel Virally, en todas aquellas hipótesis en que precisamente la mayoría de los miembros no deseaban la intervención.

Esto se ve claro y muy concretamente en aquellos casos en que el ejercicio del derecho de los pueblos a su libre autodeterminación no se encontraba dentro de un contexto propiamente colonial, sino que ponía en entredicho la unidad y la integridad de un Estado miembro amenazado por un movimiento secesionista.[18]

Para los juristas Leland M. Goodrich y Edward Hambro, no hay duda que la expresión de "competencia nacional" o "jurisdicción doméstica" tiene que analizarse partiendo de la base de que existen ciertas cuestiones que escapan a la esfera del derecho internacional, en el sentido de que son los Estados soberanos que deciden si tal o cual cuestión debe reglamentarse conforme al orden interno o conforme al orden internacional. Por ejemplo, las restricciones que se consagran respecto a la inmigración, al otorgamiento y requisitos de la nacionalidad, al establecimiento

[17] El principio de no intervención en los asuntos de competencia nacional figuraba en el artículo 15, párrafo 8, del Pacto de la Sociedad de Naciones, pero remitiéndose al derecho internacional para juzgar de la presunta competencia exclusiva invocada por una de las partes. Véase Guillaume, Gilbert, *op. cit.*, nota 7, p. 141.

[18] Virally, Michel, *L'organisation mondiale*, París, Armand Colin, 1972, pp. 212-215. El respeto de la soberanía de los Estados miembros impidió, por ejemplo, que la ONU pudiera intervenir en el asunto de Biafra o de Pakistán Oriental. De igual forma los problemas relativos a los derechos humanos "eran" generalmente considerados como de jurisdicción doméstica, salvo cuando se trataba de un caso de discriminación racial. *Idem*.

de aranceles y derechos de importación, son todas estas cuestiones que generalmente se estima caen dentro del ámbito doméstico.

Según Goodrich y Hambro, en ocasiones será muy difícil determinar si tal o cual cuestión cae dentro del ámbito de jurisdicción doméstica, pero en todo caso hay algo que es absolutamente cierto (siguiendo el caso de los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos de la antigua Corte), y es que una cuestión deja de ser del ámbito de la jurisdicción doméstica en el momento en que es reglamentada por un tratado internacional.[19]

De todo lo anterior bien puede decirse que el artículo 2o., párrafo 7o., es una de las disposiciones centrales de la Carta de la ONU, por la sencilla razón de que tiende o pretende resolver el espinoso problema del necesario equilibrio entre los intereses nacionales que los Estados miembros consideran como esenciales y los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. Pero la cuestión fundamental en este marco sigue sin tener una respuesta clara y definitiva, ya que el alcance y significado concretos del principio de no intervención puede ser muy diverso, según se estén manejando criterios de interpretación jurídicos o métodos de interpretación políticos.

Sin embargo, debemos admitir que desde el punto de vista estrictamente jurídico, la definición más clara del concepto de "jurisdicción doméstica" o "dominio reservado" sigue siendo, sin duda, la que dio la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre los Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos (7 de febrero de 1923). En esta opinión la Corte sostuvo que el término "jurisdicción doméstica" indicaba las materias que aun y cuando pudiendo tocar muy de cerca intereses de más de un solo Estado, no eran en princi-

[19] Godrich, Lelantet y Hambro, Edward, *Comentaire de la Charte des Nations Unies*, Edition française établie par André-Marie Guynat, Neuchâtel, 1948, pp. 136 y 137. En este último punto es en donde estos comentaristas, sin decirlo expresamente, participan o apoyan las tesis de Hans Kelsen y Paul Guggenheim, en el sentido de que *por naturaleza* no existiría una "jurisdicción exclusivamente doméstica", ya que el ámbito material de validez de las normas internacionales pueden tener todo tipo de contenido. A esta tesis de Kelsen-Guggenheim trató de oponerse Alfred Verdross aduciendo que dicha doctrina parecía olvidar que el derecho internacional puede muy bien restringir la libertad de los Estados en algún tipo de materia, pero que no podía *suprimir* totalmente su *autonomía*, en tanto que el derecho internacional conserva su carácter especial por el hecho de basar su existencia en entidades gobernadas por sí mismas. "Partant un État peut même cesser d'exister en exécution d'un traité international, mais il ne peut pas vivre sans compétence autonome". Véase Verdross, Alfred, *op. cit.*, nota 7, p. 275.

pio reglamentadas por el derecho internacional, es decir, las materias en las cuales cada Estado es único soberano de sus decisiones.[20]

Está implícito en este razonamiento de la Corte Permanente, como dice Luigi Condorelli, que las materias que escapan a la competencia exclusiva de cada Estado son de *international concern*, por el hecho mismo de las limitaciones de soberanía a las cuales está sometido el Estado en virtud del derecho internacional.

Está claro igualmente que la extensión del "dominio reservado" de cada Estado no es igual al del "dominio reservado" de terceros Estados, pero tampoco es una *constante en el tiempo*; esta extensión varía en función de la amplitud de los compromisos internacionales que adquiere cada Estado en un momento y tiempo determinados.

De ahí que sea prácticamente imposible establecer de una vez por todas cuáles materias en concreto pertenecen al campo "exclusivo reservado" a los Estados, ya que el conjunto de obligaciones convencionales van a diferir ampliamente entre Estado y Estado, y pudiendo además hacer referencia a cualquier tipo de problemas o cuestiones particulares.

Es solamente bajo el punto de vista del derecho internacional general como pueden ser descritas, de manera más o menos aproximativa, cuáles son en principio las materias en las que los Estados se consideran tradicionalmente como "soberanos de sus decisiones", y esto bajo la reserva todavía importante de la evolución y del desarrollo graduales del derecho consuetudinario en estos ámbitos.[21]

VII. La excepción de incompetencia

En un espléndido estudio sobre la noción de "competencia nacional" en la práctica de Naciones Unidas, el jurista de la Universidad de Copenhage, Alf Ross, demuestra cómo casi siempre que la excepción de incompetencia ha sido invocada, ha sido desechada una y otra vez en razón de consideraciones de orden político, sin preocuparse mucho la Organización de la

[20] "The question whether a certain matter is or not soleley within the jurisdiction of a state is an essentially a relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain". Hudson, Manley O., *op. cit.*, nota 1, p. 89.

[21] Condorelli, Luigi, *Droit international public*, Universidad de Génova, 1983-1984, vol. I, pp. 51-53.

interpretación estrictamente jurídica del artículo 2o., párrafo 7o., de la Carta, como en los casos célebres del régimen fascista de Franco en España (1946), o del golpe de Estado comunista en Checoslovaquia.[22]

Una interpretación del artículo 2o., párrafo 7o., según la cual los "asuntos internos" de un Estado comprenderían todo aquello que no estuviera reglamentado por el derecho internacional, sería totalmente incompatible, dice Alf Ross, con los objetos y funciones de la Organización de las Naciones Unidas.

En este sentido, por "asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna", debería entenderse aquellos asuntos o materias que no afectan los derechos de terceros Estados o sus intereses vitales.

De esto resulta, dice Alf Ross, que la decisión de admitir o desechar una excepción de incompetencia dependerá de una apreciación de carácter moral y de carácter político, pues habrá que preguntarse siempre si un determinado asunto afecta los intereses de terceros Estados, de manera tal que estos últimos podrían tener un título suficiente para invocarlo a nivel internacional.[23]

En el reciente caso del 27 de junio de 1986 referente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua conocido por la Corte Internacional de Justicia, ésta volvió a poner muy en claro que el principio de no intervención pone en juego el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia externa, y aunque las infracciones a dicho principio puedan ser múltiples, no cabe duda que él mismo forma parte integrante del derecho internacional consuetudinario.

La Corte, retomando su fallo de 1949, vuelve a recordar que entre Estados independientes el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales, y que de igual forma el derecho internacional exige también el respeto de la integridad política.[24]

[22] Ross, Alf, "La notion de compétence nationale dans la pratique des Nations Unies. Une rationalisation a posteriori", *Mélanges offerts à Henri Rolin*, París, Pédone, 1964, pp. 284-299.

[23] *Ibidem*, pp. 292-298. Las negociaciones de San Francisco no contribuyen en forma alguna a esclarecer el término de "intervención", y para demostrarlo —dice Alf Ross— basta recordar cómo Foster Dulles repetía a la saciedad que el principio-director enunciaba un postulado muy simple, a saber: que la ONU debía negociar con los Estados y no intervenir directamente en su vida interna. La interpretación de F. Dulles o, mejor dicho, su error de interpretación, dice Alf Ross, no hace sino demostrar que el delegado de los Estados Unidos no había comprendido nunca de lo que en realidad se trataba. *Ibidem*, p. 297.

[24] "Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique", *cit.*, nota 10, p. 106, parr. 202.

Basándose en la práctica generalmente más aceptada por los Estados, la Corte Internacional subraya que el principio de no intervención prohíbe a todo Estado o grupo de Estados, intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de un tercer Estado.

> La intervención prohibida debe pues referirse a materias a propósito de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de entre ellos decidir sobre dichas materias con plena libertad. Y esto es así por lo que respecta, por ejemplo, a la elección del sistema político, económico, social y cultural, y la formulación de su política exterior. La intervención es ilícita, cuando en relación con este tipo de elecciones, que deben permanecer libres, se utilizan medios de coerción.[25]

VIII. Análisis del pretendido derecho de injerencia humanitaria

Está fuera de toda discusión el hecho de que dentro de un sistema jurídico en donde la legítima defensa, individual o colectiva, constituye la sola y única posible derogación que pueda ser aportada a la prohibición del recurso al uso de la fuerza, carecería de todo sentido ponerse a debatir sobre la prohibición de utilizar la misma para decidir si es lícito o no intervenir en los asuntos que son de la competencia doméstica de los Estados. Desde el momento en que el no uso de la fuerza es un principio categóricamente prohibido (con rango de *ius cogens*), el debate está cerrado en el sentido preciso que comentamos.

Sin embargo, si se persiste actualmente en el debate en torno a la "intervención", es porque se está enfocando el problema, como dice Joe Verhoeven, bajo una perspectiva radicalmente diferente. Lo importante

[25] *C.I.J. Recueil, cit.*, p. 108, parr. 205. Este elemento de coerción constitutivo de la intervención prohibida y formando su esencia misma es particularmente evidente en el caso de una intervención utilizando la fuerza, ya sea en forma directa o a través del apoyo a actividades armadas subversivas o terroristas en el interior de otro Estado. Aquí la ilicitud se presenta tanto frente al principio del no uso de la fuerza como del principio de no intervención. Hay que recordar que los Estados Unidos justificaban exclusivamente su intervención fundándose en las reglas de una supuesta legítima defensa colectiva, en contra de una agresión armada, y no en esa nebulosa, pero peligrosa figura, de un pretendido "derecho de injerencia por razones humanitarias". Véase Verhoeven, Joe, "Non-intervention: affaires intérieures ou 'vie privée'?", *Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 493-500.

ahora es saber si independientemente al derecho inmanente a la legítima defensa, ciertas excepciones podrían ser invocadas dentro de su propia esfera.

Si por el momento hacemos reserva de la eventual existencia de un "derecho de asistencia humanitaria", el cual es harto difícil de considerar como de *lege lata*, el problema es exactamente determinar la medida en la cual ciertos imperativos humanitarios podrían justificar excepcionalmente un recurso al uso de la fuerza, sin que las condiciones de la legítima defensa se encontraran satisfechas.[26]

Según J. Verhoeven, si la regla de no intervención debe conservar un interés autónomo, no puede ser posible más que a condición de incriminar comportamientos que son intrínsecamente lícitos, pero que la injerencia buscada va a corromper fundamentalmente.

No será ya la coerción objetivamente ejercida la que será determinante, sino por el contrario, va a ser la finalidad subjetivamente perseguida que será el elemento categórico.

El acto sería ilícito no porque esté en sí mismo prohibido, sino porque el objetivo que lo inspira es incompatible con el respeto debido a la soberanía del Estado.

De aquí entonces que no cabe duda que la regla de la no intervención encuentra en este tipo de hipótesis una utilidad real y absoluta, ya que ella va a impregnar de ilegalidad —por decirlo así— aquellos actos que habían sido conformes con el derecho de no haberse perseguido un objetivo intervencionista.[27]

IX. La injerencia por razón humanitaria

Es cierto que el auge de los derechos humanos, por un lado, y del derecho humanitario, por el otro, han provocado de cierta forma que se fueran temperando aquellas concepciones rígidas, absolutistas y monolíticas del principio de la soberanía de los Estados, pero de esto a sostener que existe ya en el derecho consuetudinario internacional un derecho positivo de injerencia al interior de un país, cuando por ejemplo, una parte de su

[26] *Ibidem*, pp. 492-500.

[27] *Ibidem*, p. 496. Igualmente puede consultarse el interesante estudio de Teson, F. R., *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, Nueva York, Transnational Publishers, 1988.

población sea víctima de una persecución, es una aserción bastante aventurada, y que tiene más del discurso político que del discurso jurídico.[28]

Pero no hay que olvidar que desde tiempo atrás los Estados han echado recurso a este tipo de nociones para tratar de convalidar el empleo de la fuerza sosteniendo que se habían visto obligados por la necesidad de reaccionar ante violaciones graves a los derechos humanos.

Esta justificación de la *intervención humanitaria* fue por ejemplo invocada, más o menos explícitamente, por la India cuando en 1971 envió sus fuerzas armadas en contra del Pakistán oriental y que más tarde se convertiría en el Estado de Bangladesh.

Pero la lista es larga si se analizan algunos de los conflictos modernos en donde de una manera u otra se ha invocado, so pretexto de intervención, razones humanitarias para con ello intentar tener una "cobertura jurídica". Son bien conocidas las intervenciones bajo este ropaje por parte de los Estados Unidos en el Líbano en 1958, en República Dominicana en 1965; por parte de Bélgica en lo que era el Congo en 1964; por Turquía en contra de Chipre en 1974; por Israel en el aeropuerto de Entebbe en 1976; por Estados Unidos en Irán en 1980, etcétera.[29]

Se puede decir que cada vez con más frecuencia aparecen aquí y allá, partidarios más o menos entusiastas del posible derecho de injerencia por motivaciones de ayuda humanitaria.

Para muchos de ellos la "intervención humanitaria" no caería dentro del ámbito del artículo 2o., párrafo 4o., de la Carta de Naciones Unidas, ya que la injerencia no se estaría llevando a cabo en contra de la integridad territorial o la independencia política del Estado en cuestión. Lo mismo puede argumentarse en relación con la célebre resolución 2,625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, relativa a los principios de derecho internacional que deben guiar las relaciones de cooperación y amistad entre los Estados.[30]

[28] "Allocution du président François Mitterand le 14 juillet 1991: "C'est la France qui a pris l'iniciative de ce nouveau droit assez extraordinaire dans l'histoire du monde, qui est une sorte de droit d'ingérence...", *Sommaire des Documents, R.G.D.I.P.*, t. 96, 1991/4.

[29] Cassese, Antonio, *Violence et droits dans un monde divisé*, trad. Gisèle Bartoli, París, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 49-71.

[30] Scott-Fairley, H., "State Actor, Humanitarian Intervention and International Law: Reopening Pandora's Box", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, núm. 1, 1981, pp. 29-60.

No obstante lo anterior, es difícil esgrimir el argumento de que el derecho positivo avalaría tesis como las antes mencionadas. El recurso al uso de la fuerza sólo puede "legitimarse" en el marco de la legítima defensa, o dentro del relativo al capítulo VII de la Carta de la ONU. Ello es tan cierto que fue precisamente sobre esta última base que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó en 1991 la resolución 688, relativa a la asistencia humanitaria a la tragedia de las poblaciones kurdas.

Para juristas como Mario Bettati —uno de los más ardientes defensores de esta particular doctrina de intervención—, la aceleración de la historia, la determinación de algunos estadistas, la *perestroika* en el Este, el auge de la democracia en el Sur, el apoyo decidido dado por la diplomacia francesa y la práctica de la acción humanitaria, todo ello ha contribuido a despojar al pretendido "deber de injerencia", de la connotación un tanto repulsiva que podía poseer años atrás.[31]

A este respecto bien puede aceptarse, dentro de condiciones muy precisas, que en lo sucesivo las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos llevadas a cabo por algún Estado ya no podrán considerarse como un asunto de jurisdicción doméstica, sino como un asunto de jurisdicción internacional.

Al analizar estos puntos, el jurista Jorge Castañeda apuntó que el problema es que

> ...no sólo se contemplan violaciones graves de derechos humanos, sino que incluso se habla de derecho de injerencia para combatir sistemas políticos nacionales que se alejan del concepto de democracia y libertad europeo o norteamericano. Obviamente, la situación en Europa es distinta que en Latinoamérica en esa materia. Nosotros no podríamos legitimar una intervención de organismos internacionales, y menos aún de otros Estados, en estos casos. Creo que México ha tenido toda la razón al limitar la acción internacional legítima sólo de organismos internacionales, a los casos aislados de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. En este sentido debería continuar nuestra acción futura.[32]

[31] Bettati, Mario, "Un droit d'ingérence", *Revue Générale de Droit International Public*, París, t. 95, vol. 3, 1991, pp. 639-670.

[32] Castañeda, Jorge, "México y el nuevo orden mundial: actualidad y perspectivas", *México y los cambios de nuestro tiempo*, México, UNAM-Conaculta-FCE, 1992, vol. III, pp. 273 y 274.

X. Conclusiones

El principio según el cual ningún Estado tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo, en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción doméstica de los Estados, tal y como queda consagrado en la Carta de Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de Estados Americanos, no debe ocultarnos el hecho de que aquellos asuntos que se califican como "esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados" no pueden sino hacer referencia a un problema que por su naturaleza misma posee un perfil relativo por excelencia.

La jurisprudencia internacional ha dejado en claro que el contenido de ese "dominio reservado" va a depender de las necesidades mismas de la vida internacional, tal y como pueden encontrar su expresión en el desarrollo del derecho internacional positivo, y en función de su interpretación por los órganos judiciales o de arbitraje.

La Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Caso de Desastres Naturales, aprobada en la XXI sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 12 de junio de 1991, deja muy en claro que será el consentimiento dado por el "Estado asistido" el punto clave para saber si puede o no haber una intervención de los organismos internacionales gubernamentales o no gubernamentales (artículo II).

Es cierto, por otro lado, que actualmente el derecho de los individuos y de las minorías está siendo, cada vez más, objeto de una importancia mayor por el derecho internacional, a la par que el derecho de los gobiernos y los Estados.

Queda muy en claro también que el derecho de los pueblos a la autodeterminación no puede por ningún motivo transformarse en un derecho de los gobiernos a disponer de la suerte y destino de los pueblos.

Bien puede aceptarse por todos que sea moralmente digno de encomio una asistencia humanitaria en Somalia, pero el contexto de esta ayuda no puede extrapolarse automáticamente a Bosnia-Herzegovina sin mayor consideración, al igual que no puede aplicarse en forma idéntica a los países latinoamericanos, sin riesgo de deformar profundamente la naturaleza misma del pretendido derecho a una ayuda por razones humanitarias.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS "OPERACIONES PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ"*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sistema de seguridad de Naciones Unidas*. III. *Definición de las "operaciones para el mantenimiento de la paz"*. IV. *Consejo de Seguridad como "Directorio"*. V. *Parámetros de comprensión*. VI. *Crisis de la posguerra fría*. VII. *Realización de la paz; mantenimiento de la paz; construcción de la paz: tipología*. VIII. *Recomendaciones del Panel de Naciones Unidas*. IX. *Base jurídica de las "operaciones para el mantenimiento de la paz"*. X. *México y el Consejo de Seguridad*. XI. *Conclusión*. XII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El fracaso del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas iba a compeler a la organización a imaginar otros métodos de acción que le permitieran cumplir su función pacificadora que le había sido confiada por sus miembros.

Esta invención se realizó casi en la improvisación, frente a la grave crisis provocada por la intervención de dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Francia y Gran Bretaña) en el marco de la crisis del Canal de Suez y de acuerdo con las circunstancias muy particulares que envolvieron esta controversia internacional.

Desde la creación de las Naciones Unidas se hizo evidente que la construcción de la paz —*peace building*— demandaba tanto esfuerzo como su propia preservación (*peace keeping*), y que la Organización de Naciones Unidas podía probablemente hacer mucho más en este terreno, ya que sin lugar a dudas la Carta de San Francisco había sido concebida

* Publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, enero-abril de 2002.

desde su fundación, esencial y primordialmente, como un instrumento de preservación de la paz y la seguridad internacionales.

II. Sistema de seguridad de Naciones Unidas

Es absolutamente cierto que el sistema de seguridad colectivo que consagró la Carta de Naciones Unidas quedó incompleto desde un principio.

La aplicación del instrumento militar que constituía la pieza maestra nunca se concretó, en especial por la falta de acuerdo de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Los "Convenios Especiales" del artículo 43 de la carta, por los cuales los miembros de la Organización de Naciones Unidas se comprometerían a poner a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales, nunca fueron celebrados.

Por no haberse implementado la pieza clave, todo el edificio estaba condenado a desplomarse. El conflicto Este-Oeste había destruido el sistema de seguridad colectiva de la Organización de Naciones Unidas antes de que entrara en funcionamiento.

Es precisamente en virtud de la no celebración de los "Convenios Militares Especiales" en donde reside el fracaso del sistema de seguridad, y no en el uso inmoderado del "veto", como casi siempre se argumenta. El uso del "veto" no fue en realidad más que una consecuencia de lo anterior.[1]

En una de las primeras operaciones sustitutivas del sistema de seguridad, en donde Estados Unidos proveyó más del 80% de los contingentes armados, y en razón de la paralización del Consejo de Seguridad, Estados Unidos logró hacer adoptar a la Asamblea General la famosa "Resolución Unión Pro-Paz" (377 (V) 1950), por la cual se le reconocía el derecho de actuar a la misma asamblea cuando el Consejo de Seguridad estuviera paralizado por el veto. En otras palabras, la Asamblea General se consideraba habilitada, en caso de parálisis del Consejo de Seguridad, de sustituir a este último, a pesar de los términos restrictivos del artículo 11, párrafo 2 *in fine*, y decidir en su lugar medidas colectivas del tipo de las previstas en el capítulo VII de la carta.

[1] Virally, Michel, *L'Organisation Mondiale,* París, Librairie Armand Colin, 1972, pp. 467-531; Roberts, Adam y Kingsbury, Benedict (eds.), *United Nations, Divided World*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 63-103 y 183-239.

La ficción jurídica de la fuerza de Naciones Unidas le permitió admirablemente a Estados Unidos entrar en ayuda de Corea del Sur sin dar plenamente la cara, y por el contrario, ofreciendo una muy buena impresión para Occidente.

Otras dos situaciones dentro del espíritu de la "Resolución Pro-Paz" (aunque no se llegó a enviar fuerzas armadas) fueron las de Hungría por la intervención militar soviética en ese país (su veto) y en donde la Asamblea General de Naciones Unidas tomó las medidas pertinentes (1956).

La otra crisis fue la provocada por la terrible invasión judía al territorio de Egipto en 1956, como una consecuencia de la nacionalización del Canal de Suez. Se convoca como siempre al Consejo de Seguridad, y ahora el veto proviene precisamente de Francia e Inglaterra (aliados de Israel), y el asunto pasa a la Asamblea General de Naciones Unidas.

En estos dos asuntos no se dictaron medidas coercitivas, pues antes se llegó a un arreglo diplomático; pero en el caso de Egipto-Israel, sí se desplegó una fuerza de Naciones Unidas a lo largo de la línea de demarcación del armisticio entre estos dos Estados.

III. Definición de las "operaciones para el mantenimiento de la paz"

En derecho internacional general podrían definirse las "operaciones de mantenimiento de la paz", como una operación de preservación, no coercitiva, llevada a cabo por Naciones Unidas y sobre una base consensual.

Para configurarse una "operación para el mantenimiento de la paz" se requiere, por una parte, de una actividad operacional, implicando una presencia física sobre el terreno, y, por otra parte, que esta operación sea realmente una operación de la Organización de Naciones Unidas, y no simplemente de los Estados miembros actuantes.

En la crisis del Canal de Suez (1956) los "cascos azules" recibían la misión de ocupar el terreno y vigilar el cese de hostilidades (Egipto dio su asentimiento, no así el Estado judío); igualmente, creadas por el Consejo de Seguridad se formaron las fuerzas en el caso del Congo en 1960 y en Chipre en 1964 (FNUECH).

En principio, pero hay muchas modalidades y excepciones, las "operaciones para el mantenimiento de la paz" no presentan un carácter (o no deberían) dictatorial, sino que suponen el consentimiento de los Estados interesados, y no pueden recurrir a la fuerza, salvo en caso de legíti-

ma defensa. En suma, debe permanecer un elemento absolutamente neutro, tanto sobre el plano político como sobre el jurídico.

A reserva de lo que posteriormente se diga, no deben confundirse las anteriores operaciones, con la intervención estadounidense en República Dominicana en 1965, en donde Estados Unidos usó para legitimarse y sin ningún tapujo, la Organización de Estados Americanos.[2]

Luego vendrían las operaciones relativas a la "Guerra de Octubre de 73" en Medio Oriente; a la intervención y masacre de Israel en el sur de Líbano en marzo de 1978, etcétera.[3]

IV. Consejo de Seguridad como "Directorio"

Así las cosas, con las mutaciones en curso del derecho internacional y la pulverización de la ex Unión Soviética como gran potencia, desde Berlín 89, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas rápidamente se posicionó.

Este nuevo posicionamiento se dio no solamente como el "órgano principal del mantenimiento de la paz" (artículo 24), sino de hecho también para actuar como una clase de "órgano ejecutivo" de la comunidad internacional, cuyo automandato sería algo así como el único órgano autorizado como portavoz para traducir las aspiraciones profundas y las pulsiones inmediatas de los demás países.

Las causas de este ascenso en el poder del Consejo de Seguridad son evidentemente políticas: frente a una situación internacional profundamente desestabilizada por el colapso de los países socialistas, Estados Unidos y todos sus aliados rápido se percataron de que podían hacer jugar un papel mucho mayor a la Organización de Naciones Unidas para sus propios beneficios.

Sólo hacía falta, para estar dentro del aparente marco legal, el otorgarle a la noción de "mantenimiento de la paz", una acepción lo suficiente-

[2] Gómez-Robledo, Antonio, *Las Naciones Unidas y el sistema interamericano*, México, El Colegio de México, 1974, pp. 89-123: "...La Doctrina Johnson no era sino un corolario de la Doctrina Monroe, y como tal, incompatible con la Carta de la Organización de Estados Americanos" (p. 114).

[3] Daudet, Yves, *Aspects du Système des Nations Unies dans le cadre de l'idée d'un nouvel ordre mondial*, París, Pédone, 1992 (Colloque, 1991), pp. 43-92. Con el colapso del imperio soviético se vino abajo la distinción consentida por los estrategas entre "conflictos centrales" (Cuba), "conflictos regionales" (Corea), y "conflictos locales", en donde se perseguía la guerra fría, pero a través de actores interpuestos.

mente amplia como para hacer entrar cualquier propósito de política exterior.

De esta suerte, el Consejo de Seguridad está ahora perfectamente domesticado por un verdadero "Directorio", esto es, por los cinco miembros permanentes con derecho a veto (Estados Unidos, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) con atribuciones *ex oficio*, pero en la práctica de un largo alcance.

Es este el motivo por el cual ahora se realizan a diestra y siniestra "operaciones para el mantenimiento de la paz" como nunca antes (por ejemplo: entre 1988 y 1992, la Organización de Naciones Unidas efectuó la misma cantidad de operaciones que las llevadas a cabo en los 40 años precedentes) y sobre todo sufriendo una verdadera mutación de la naturaleza de sus misiones.

Al lado de las "operaciones clásicas" con un respeto absoluto a los asuntos internos de los Estados en conflicto, aparecen ahora, cada vez más, operaciones que se desarrollan en el marco ya no internacional, sino propiamente interno de un país determinado, con objeto de vigilar directamente el establecimiento de regímenes políticos que sean acordes a la ideología del "Directorio" del Consejo de Seguridad.

Nada más en 1992, la Organización de Naciones Unidas otorgó directamente "asistencia electoral" a doce países (Albania, Congo, El Salvador, Etiopía, Angola, etcétera).

Esto implica que las Naciones Unidas están cada día más involucradas en la naturaleza de las elecciones políticas adoptadas por cada Estado.[4]

V. Parámetros de comprensión

Las crisis y los conflictos actuales, así como las operaciones consecuentes, no pueden cabalmente comprenderse si no tomamos en cuenta los siguientes parámetros:

a) La disuasión nuclear no impone ya su racionalidad estratégica.
b) La bipolaridad ha desaparecido con el desvanecimiento del imperio soviético.
c) El descongelamiento de los conflictos étnicos, nacionalistas y minoritarios ha pasado a un estallamiento sin precedentes, y que ob-

[4] Moreau, Defaurges, *Les relations internationales dans le monde d'aujourd'hui*, París, STH, 1984, pp. 173-234; Noyes, John (ed.), *The United Nations at 50: Proposals for Improving its Effectiveness*, American Bar Association, 1997, pp. 29-60.

viamente pone en peligro extremo el mecanismo de seguridad colectiva con sus lagunas y carencias.

d) Con el nuevo desequilibrio de fuerzas, la Organización de Naciones Unidas (guiada por Estados Unidos) ha generado una multiplicación de "operaciones por el mantenimiento de la paz", y con ello un creciente "intervencionismo" de Naciones Unidas nunca antes visto, en las crisis y los conflictos.

e) Los conflictos ahora son cada vez menos "interestatales", y sí más "intraestatales", es decir, dentro de la propia jurisdicción de los Estados.

f) La militarización de la llamada "acción humanitaria" bajo la autoridad de las Naciones Unidas ha dejado de ser un fenómeno excepcional, para convertirse en "pan de todos los días".

Por otro lado, la regla suprema en muchos conflictos actuales parece ser la de "tener dos pesos y dos medidas". ¿Por qué asistir a Somalia y Ruanda y no a Liberia y Sudán? Sencillamente por la presencia o ausencia de los medios de comunicación, ya que la opinión pública internacional reacciona, no racional, sino emocionalmente: "Ausencia de imagen televisiva, ausencia de problema, y por tanto ausencia de cualquier tipo de asistencia".

La manipulación por las grandes potencias se encuentra obviamente cobijada detrás de los grandes consorcios de comunicación.

VI. Crisis de la posguerra fría

Cinco crisis o conflictos dominan, en todo caso, todos los otros diferendos en la época de la posguerra fría.

a) Crisis y Guerra del Golfo (1990-1991) entre Irak y Kuwait.

b) La crisis y conflicto yugoslavo (1991-1995).

c) La operación *Restore Hope* en Somalia (1992-1993). Aquí no hay más que una guerra civil en un Estado en vías de descomposición.

d) La operación "Turquesa" en Ruanda (1994). Aquí hay una guerra étnica acompañada de un terrible genocidio.

e) La operación "Restaurar la Democracia" en Haití con el restablecimiento del sacerdote J. B. Aristide en el poder (1994). Aquí se aprecian con claridad las verdaderas intenciones. Nadie con un mínimo de seriedad podría sostener que fuera un conflicto que pusiera en

peligro la seguridad internacional, pero eran ciertos intereses de los Estados Unidos que ellos mismos veían un tanto amenazados.

Puntos comunes a estas cinco crisis son los que se desarrollan en Estados tercermundistas, y la Organización de Naciones Unidas es la gran protagonista, interviniendo ya sea por intermediación de los "cascos azules", ya sea autorizando los Estados a hacerlo, pero siempre con el impulso oficial u oficioso de los Estados Unidos sin mayor empacho, y con la mayor arrogancia.[5]

La Organización de Naciones Unidas actualmente parece haberse resignado a aceptar dentro de este contexto de operaciones, a la intransigente pero constante negativa de Estados Unidos de colocar sus fuerzas bajo otro mando que no sea el suyo. Sin embargo, los daños para la Organización de Naciones Unidas son evidentes: si la operación tiene éxito, Estados Unidos se atribuye todos los honores, pero si la operación no tiene éxito, el fracaso se atribuye —maquiavélicamente— a las Naciones Unidas, con el consecuente desprestigio de la organización internacional.[6]

VII. Realización de la paz; mantenimiento de la paz; construcción de la paz: tipología

Las "operaciones para el mantenimiento de la paz" de Naciones Unidas hacen referencia a tres principales actividades:

a) Prevención de conflictos y edificación de la paz.
b) Mantenimiento de la paz.
c) Construcción de la paz.

Las actividades calificadas como *peace making* se refieren a conflictos que ya están en curso, y en los cuales se trata de que se ponga un fin a los mismos mediante la utilización de las herramientas de la diplomacia

[5] Colard, Daniel, *La société internationale après la guerre froide*, París, Armand Colin, 1996, pp. 73-108; Lechman, Ingrid A., *Peace keeping and Public Information: Caught in the Crossfire*, Londres, Frank Cass, 1999, *passim*.

[6] Badi, Bertrand y Smout, Hane, *Le rétournement du monde: sociologie de la scène internationale*, París, Dalloz, 1992, pp. 114-145. La Organización de Naciones Unidas no dispone todavía de los medios materiales indispensables para asumir sus funciones de "policía" de los que obviamente está investido. Fuera del caso iraki, el problema de la constitución de una fuerza de policía internacional sigue pendiente, si se quiere instaurar un "orden" en el cual la ley deba prevalecer sobre la violencia.

y la mediación. Los *peace makers* pueden ser enviados por los gobiernos, por grupos de Estados, por organizaciones regionales o por Naciones Unidas.

También pueden estar integrados por grupos no gubernamentales o *ex oficio*, como fue el caso, por ejemplo, en las negociaciones que llevarían a un acuerdo de paz en Mozambique.

Las actividades calificadas como *peace keeping* son conocidas por más de cincuenta años, y han evolucionado rápidamente en la pasada década, partiendo del modelo tradicional y militar de observadores de cese de hostilidades, y fuerzas de separación al término de conflictos bélicos interestatales, hasta llegar a incorporar un complejo modelo de un sinnúmero de elementos, civiles y militares, trabajando conjuntamente para la construcción de la paz en el peligroso terreno del fin de guerras civiles.

Las actividades calificadas como *peace building*, término más reciente, hace referencia a acciones llevadas a cabo al margen del conflicto en sí mismo, para conjuntar los fundamentos de la paz, y proveer de las herramientas necesarias para la construcción de dichas bases, *i. e.* algo que va más allá de la simple ausencia de guerra.

De esta suerte, *peace building* incluye la reintegración de antiguos combatientes a la sociedad civil; el fortalecimiento de la regla de derecho (por ejemplo, la reestructuración o reforma del sistema judicial o penal); el mejoramiento del respeto a los derechos humanos a través del monitoreo, educación e investigación de hechos pasados y de posibles abusos; proveer asistencia técnica para el desarrollo democrático, y promoviendo resolución de conflictos y técnicas de reconciliación.[7]

La mayoría de la doctrina sigue coincidiendo en que el consentimiento previo de las partes en un conflicto, la imparcialidad, y el no uso de la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, deben permanecer como los elementos constitutivos y pieza angular de las "operaciones de mantenimiento de la paz".

Sin embargo, la práctica internacional nos demuestra —desgraciadamente—, que en el contexto contemporáneo de las "operaciones de paz" que tienen que ver con conflictos intraestatales y/o transnacionales, el "consentimiento" puede ser ampliamente manipulado en formas muy diversas por las mismas partes locales insertas en el conflicto.

[7] "Report of the Panel on United Nations Peace Operations, 21-VIII-2000", *International Legal Materials*, AS IL, vol. XXXIX, noviembre de 2000, pp. 1432-1498.

De esta manera, una parte puede otorgar su consentimiento a la presencia de un cuerpo de Naciones Unidas, pero sólo con objeto de ganar tiempo para restructurar sus "fuerzas combatientes", y retirar el consentimiento previamente otorgado cuando las "operaciones de mantenimiento de la paz" no sirvan ya a sus propios intereses.

Igualmente, una parte puede buscar limitar la libertad de movimiento de una determinada operación de la ONU o adoptar una política persistente de incumplimiento frente a las estipulaciones de un acuerdo internacional relativo al conflicto de que se trate.

VIII. Recomendaciones del Panel de Naciones Unidas

El Panel de Naciones Unidas relativo a las Operaciones de Paz (21 de agosto de 2000) presentó varias recomendaciones que tratan de buscar un equilibrio entre los principios y la visión pragmática dentro del espíritu de la Carta de Naciones Unidas.

Entre muchas de ellas, podemos destacar las siguientes:

a) La responsabilidad esencial de los Estados miembros para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y la necesidad de fortalecer tanto la calidad como la cantidad del apoyo previsto al sistema de Naciones Unidas para llevar a cabo sus responsabilidades principales.
b) La primordial importancia acerca de la claridad, credibilidad y adecuada fuente de recursos de los mandatos del Consejo de Seguridad.
c) La vigilancia del sistema de Naciones Unidas en la "prevención de los conflictos" en todo lugar donde ello sea posible.
d) La necesidad de tener una más efectiva base de datos en las oficinas de las Naciones Unidas, incluyendo un mejor sistema de prevención de "probables conflictos" para detectar y reconocer la amenaza o riesgo de conflictos, o de posibles crímenes de lesa humanidad.
e) La importancia esencial del sistema de Naciones Unidas para la adhesión y promoción internacional de los instrumentos de derechos humanos y los estándares del derecho humanitario internacional en todos los aspectos de la paz y seguridad internacionales.

f) La necesidad de construir en Naciones Unidas una estructura tal para que ésta pueda realmente contribuir a la "creación de la paz" (*peace building*), tanto en la etapa preventiva como en la etapa post-conflicto, en una forma genuinamente integrada.
g) Se recomienda que una nueva entidad sea creada para apoyo de las necesidades de información y análisis del secretario general y de los miembros del "Comité Ejecutivo para la Paz y Seguridad" (ECPS A/51/829).

La creación de un "Secretariado de Información y Análisis Estratégico" (EISAS) formularía estrategias a largo plazo para el "Comité Ejecutivo", así como un banco de datos y análisis de eventuales conflictos en gestación.

Se propone que el "Secretariado de Información y Análisis Estratégico" sea creado mediante la consolidación del "Departamento de Operaciones de la Paz" (DPKO) añadiéndole un pequeño equipo de verdaderos analistas militares, expertos en redes del crimen internacional y especialistas en los sistemas de información más complejos.[8]

IX. Base jurídica de las "operaciones para el mantenimiento de la paz"

Se ha sostenido que la base jurídica de las "operaciones para el mantenimiento de la paz" podría encontrarse en el artículo 40 de la carta.

Sin embargo, las medidas provisionales de que trata el artículo 40 son directivas dadas por el Consejo de Seguridad a las partes en conflicto. Consisten en medidas que deben ser adoptadas por ellas, tales como un cese al fuego, el retiro de fuerzas armadas, el cese de hostilidades, el establecimiento de una tregua, etcétera.

En cambio, las "operaciones para el mantenimiento de la paz" consisten en ciertos actos y medidas que deben ser adoptados, no por las partes, sino por los órganos de Naciones Unidas.

[8] *Ibidem*, numerales 56-75. En el Informe no se especifica en la tipología de restablecimiento, mantenimiento y consolidación de la paz, la *peace enforcement*, esto es, la acción colectiva coercitiva desencadenada por el Consejo de Seguridad sobre las bases del capítulo VII, con el propósito de poner fin a una "amenaza de la paz y seguridad internacionales, o ruptura de la paz", incluso un acto de agresión.

Tampoco puede encontrarse su fundamento en el capítulo VI (arreglo pacífico de controversias) de la carta, como por ejemplo el artículo 34, que sólo se refiere a investigaciones con un propósito bien definido. Las "organizaciones para el mantenimiento de la paz" constituyen algo más que simples investigaciones.

La conclusión inevitable a la que parece debe llegarse es que estas "operaciones para el mantenimiento de la paz" (*peace keeping*) —expresión no usada en la carta— constituyen un desarrollo al margen de la carta (*Praeter Legem*), que no tiene su base jurídica ni en el capítulo VI ni en el capítulo VII de la carta.

En todo caso podría decirse que su fundamento resultaría de los llamados "poderes o facultades implícitos" de la Organización de Naciones Unidas, con el fin de asegurar su propósito fundamental, que no es otro que el "mantenimiento de la paz y seguridad internacionales".

"...La Organización de Naciones Unidas debe ser considerada como poseedora de estos poderes no expresamente enunciados... pero esenciales al ejercicio de las funciones de ésta".[9]

X. México y el Consejo de Seguridad

Por otro lado, y en lo personal, me parece muy encomiable el esfuerzo para que México ocupe un puesto en el Consejo de Seguridad (cinco miembros permanentes y diez no permanentes electos por dos años por la Asamblea General de Naciones Unidas, capítulo V), ya que sería la segunda vez, desde 1946, que México llega al Consejo de Seguridad (la anterior fue en el bienio 1981-1982).

En general, la política exterior mexicana ha sido la de abstenernos de ocupar un sitio en el Consejo de Seguridad, para evitar fricciones con Estados Unidos (*sic*). Por el contrario, ocupar un sitio sirve a nuestra política exterior al darnos mayor peso en las resoluciones claves de Naciones Unidas; mayor proyección y mejor espacio en las relaciones internacionales.

[9] CIJ, "Caso del Estrecho de Corfú", *Recueil des Arrêts*, 1949, p. 182. El aval que puede decirse se dio a las "operaciones para el mantenimiento de la paz", por la Corte de La Haya, se encuentra en la opinión consultiva referente a "Ciertos gastos de las Naciones Unidas": "But when the Organisation takes action which warrants the assertion that it is as appropriate for the fulfilment on one of the stated purposes of The United Nations, the presumption is that such action is not 'ultra vires' the Organisation"; CIJ, Advisory Opinion of 20 July 1962. Reports of Judgements. Advisory Opinions and Orders, p. 168, párrafo 2.

México debe participar en el Consejo de Seguridad no para tratar de hacer alianzas o apoyar intereses concretos de países terceros, sino para apoyar causas justas y principios acordes con nuestras propias directrices en política exterior, proponiendo soluciones o propuestas necesarias para la solución de conflictos. Esto lo demostró ampliamente y en forma elocuente nuestro país (1981-1982), promoviendo, apoyando o reforzando estrategias y resoluciones, en particular con tres grandes temas del momento:

a) La situación de Irán y la toma de rehenes en la embajada de Estados Unidos en Terán (1979).
b) La problemática de Sudáfrica y el proceso de descolonización.
c) Las distintas manifestaciones del conflicto en el Medio Oriente.

Por último, y como más arriba mencionábamos, no hay que equiparar las "operaciones para el mantenimiento de la paz" de Naciones Unidas con aquella infausta "fuerza interamericana de paz" que se constituyó, por obra y gracia de Estados Unidos y sus "infantes de marina" en República Dominicana entre 1965 y 1966, en donde México junto con otros tres países (Chile, Perú y Uruguay) se negaron a dar su voto, ya que se violaba la Carta de la Organización de Naciones Unidas y la de la Organización de Estados Americanos.

Fuera de la legítima defensa colectiva (TIAR-1947), la Organización de Estados Americanos sólo puede usar la fuerza con la previa autorización del Consejo de Seguridad, pues sus facultades son delegadas. Sin embargo, aquí también se esgrimió la regla de las "facultades inherentes" a la Carta de la Organización de Estados Americanos; he aquí un peligro real de esta doctrina.[10]

XI. Conclusión

Nosotros compartimos la opinión de aquellos autores que consideran que, por muchos méritos que puedan poseer las "operaciones para el mantenimiento de la paz", éstas no pueden ser el sustituto permanente del mecanismo de seguridad colectiva prevista por la Carta de Naciones Unidas.

[10] Castañeda, Jorge, *Obras completas*, t. I (Naciones Unidas), México, El Colegio de México, 1995, pp. 113-202. Hay que dejar en claro que el hecho de que México participe como "Miembro no permanente" en el Consejo de Seguridad no implica en forma alguna, de acuerdo con la Carta de San Francisco, que tenga la obligación o deber jurídico de participar en cualquiera de los tipos de las "operaciones para el mantenimiento de la paz".

Por otro lado, hay que enfatizar, las veces que sea necesario, que el derecho internacional actual no ofrece fundamento alguno al llamado "derecho de injerencia", en tanto que derecho conferido a un Estado para recurrir unilateralmente a la fuerza para hacer respetar los derechos humanos dentro de un tercer Estado.

Por último, es cierto que nadie puede desconocer que el Consejo de Seguridad ha calificado de amenaza a la paz y seguridad internacionales, situaciones de conflicto interno o internacional de índole muy diversa, como bien puede apreciarse en casos como los de Haití, Somalia, Liberia, ex Yugoslavia, Ruanda, Zaire o Sierra Leona, en donde no se aprecia la aplicación de criterios uniformes a situaciones (derechos humanos), que son solamente similares en apariencia.

XII. Bibliografía

Ben, Rafâa y Laghmani, S., *Les nouveaux aspects du droit international*, París, Pédone, 1994.

Daudet, Yves (ed.), *Aspects du Système des Nations Unies dans le cadre de l'idée d'un nouvel ordre mondial*, París, Pédone, Colloque, 1992.

Kelsen, Hans, *Recent Trends in the Law of the United Nations*, Nueva York, Frederick A. Praeger, 1951.

Lechman, Ingrid A., *Peace keeping and Public Information: Caught in the Crossfire*, Londres, Frank Cass, 1999.

Noyes, E. John (ed.), *The United Nations at 50: Proposals for Improving its Effectiveness*, American Bar Association, 1997.

Plunkett, Mark, *Justice re-establishment in United Nations peace keeping: methods and techniques for the reestablishment of the rule of law in United Nations peace operations*, 18 de abril de 2000 (copia del autor).

"Questions politiques et questions de securité", *L'ONU pour tous*, 8a. ed., Nueva York, Editions des Nations Unies, 1968.

Roberts, Adam y Kingsbury, Benedict (eds.), *United Nations: Divided World*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

The United Nations at Forty: A foundation to build on, Nueva York, Naciones Unidas, 1985.

Virally, Michel, *L'Organisation Mondiale*, París, Armand Colin, 1972.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

LA HISTORIOGRAFÍA Y EL ESTUDIO DE LOS ORÍGENES INMEDIATOS DE LAS GUERRAS MUNDIALES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los orígenes de la Primera Guerra Mundial*. III. *Estudio de los orígenes de la Segunda Guerra Mundial*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Si se considera que la responsabilidad histórica debe ser determinada en relación con aquél que por sus actos ha desencadenado o contribuido a desencadenar el acontecimiento del cual se buscan sus orígenes, parecería una tarea frecuentemente difícil que el historiador logre hacer el análisis de la responsabilidad particular de una guerra por otro método que no sea el de vincular su relato o narración al estudio de las intenciones, a fin de lograr una comprensión de las decisiones, lo cual le permitiría esclarecer el problema de las causas históricas.

En el estudio de los orígenes de las guerras mundiales llega a ser evidente que las fuentes del conocimiento histórico, utilizadas por el historiador, adquieran un sentido diverso según la diferente interpretación realizada por uno u otro de los especialistas. Esto se debe no al hecho de que altere o deforme (o por lo menos no siempre) el documento a través del cual emprenden el conocimiento del hecho histórico, sino más bien porque muy frecuentemente, en el examen global de un acontecimiento, según la diferente óptica elegida, un cierto hecho o documento, que merece ser mencionado porque se juzga necesario para la comprensión del relato, a los ojos de otro especialista en relaciones internacionales, no es tomado en absoluto en consideración, porque se juzga como algo meramente fortuito para la comprensión del mismo problema.

Todo esto hace que parezca como bastante discutible la pretendida tarea del historiador: producir una narración "objetiva" o, si se prefiere, presentar un relato inteligible e imparcial.

Es en esta perspectiva que podría situarse la concepción de Paul Veyne, para quien la historia no podría pretender ser una disciplina científica (la historia posee ciertamente un rigor, pero esto se encuentra en el nivel de la crítica) dado que el número de causas de un acontecimiento llamado histórico, es fraccionado al infinito; esto en virtud de la concepción de la historia como una descripción y que el número de descripciones posibles de un acontecimiento es indefinido.

II. Los orígenes de la Primera Guerra Mundial

> El 4 de agosto terminó la larga paz de Bismarck. Había durado más de una generación. Los hombres habían llegado a considerar la paz como algo normal; cuando terminó trataron de encontrar una causa más profunda.[1]

1. *Esbozo de las causas remotas*

El estudio de los orígenes de la Primera Guerra Mundial debe llevarse a cabo según la "responsabilidad" que corresponde a cada estadista por los actos que, de una manera u otra, contribuyeron al desencadenamiento de la guerra; no le es permitido al historiador, según Sidney Bradshaw Fay, hablar de "culpabilidad" de la guerra, ya que "ningún personaje en el poder fue culpable de haber actuado deliberadamente a fin de desencadenar una guerra europea general".[2]

La consecuencia inmediata de la afirmación precedente, hace que sea necesario el rechazo de la tesis de Versalles, según la cual la guerra habría sido premeditada por las potencias centrales con la asistencia de sus aliados, Turquía y Bulgaria; esta tesis (la tesis de los vencedores), se fundaba principalmente en la publicación de varios documentos que los gobiernos presentaron ante la Conferencia de Versalles. Sin embargo, el historiador no podría considerarlos como prueba legítima para atribuir la responsabilidad absoluta y exclusiva a Alemania, ya que dichos documentos fueron falsificados, o alterados, o más aún, se llegó hasta suprimir

1 Taylor, A. J. P., *The Struggle for Mastery in Europe, 1848-1918*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. 526.

2 Fay, Sidney Bradshaw, *Les origines de la Guerre Mondiale*, trad. Charles Jacob, Paris, Les Editions Rieder, 1930 (manuels d'histoire moderne), vol. I, p. 20.

telegramas y documentos importantes para que se llegara a la convicción de que habían sido Alemania y Austria-Hungría quienes premeditaron la guerra y por tanto, los únicos responsables.[3]

A medida que empezaban a aparecer otras memorias y documentos, como la publicación de los famosos "Documentos Kautsky",[4] el historiador se daba cuenta de que si Alemania al principio hizo gran presión sobre Austria-Hungría para que atacara a Serbia, cambió su actitud al otro extremo en el momento en que se dio cuenta de que el conflicto austro-serbio ya no era posible, o por lo menos era muy dudoso, que quedara "limitado" a la región en conflicto. La publicación de tales documentos es prueba, según Fay, "...de que la concepción según la cual Alemania deliberadamente habría conjurado la guerra mundial es un puro mito".[5]

Si la responsabilidad de la crisis de 1914 ya ha quedado definida no como responsabilidad individual sino colectiva, o más bien como una responsabilidad compartida, se trata ahora de analizar y determinar la proporción de responsabilidad que corresponde a cada uno de los Estados en cuestión.

Con el fin de llevar a cabo esta tarea, Fay se ve obligado a hacer una distinción entre las causas inmediatas de la guerra —éstas podrían situarse entre la fecha del asesinato del archiduque de Austria en Sarajevo, el 28 de junio, hasta el momento en que estalló la guerra, el 4 de agosto, entre Alemania e Inglaterra—, y lo que él llama las causas profundas de la guerra, aún más complejas; la distinción se justifica en virtud de que la responsabilidad de las causas profundas no coincide siempre con la responsabilidad de las causas inmediatas.[6]

Fay, en su obra, concibe las causas profundas de la guerra en número de cinco: 1. El militarismo; 2. El nacionalismo; 3. El imperialismo económico; 4. La prensa, y 5. El sistema de alianzas secretas (ésta última se considera como una de las más importantes).

El *militarismo* como mecanismo de manutención de los principales ejércitos y marinas, implica "...la existencia de una clase pudiente de oficiales del ejército y de la marina, encabezada por un Estado Mayor-Gene-

3 *Idem*, pp. 21-25.

4 Karl Kautsky, secretario de Estado adjunto ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, publicó todos los documentos que se encontraban en el Ministerio y que, según Fay, permiten "determinar con gran precisión hasta qué punto exactamente un alto funcionario alemán estaba informado en el momento de tomar una decisión". *idem*, p. 26.

5 *Idem*, p. 27.

6 *Idem*, p. 19.

ral el cual, especialmente en tiempos de crisis política, tiende a dominar los poderes civiles".[7] Esta característica del militarismo se agudizó en los países de Austria-Hungría, de Alemania y de Rusia.[8]

En cuanto al *nacionalismo* —y aunque este fenómeno, según Fay, es un aspecto positivo como fue el caso de la unificación de Alemania e Italia—, tiene también un aspecto virulento (o negativo) que se manifestó durante las crisis balcánicas.[9] "El antagonismo entre Austria-Hungría y Serbia se agravó por la anexión de Bosnia y Herzegovina por Austria, la creación de Albania y, por último, el movimiento serbio a favor de una unidad nacional en perjuicio de Austria".[10]

El gobierno austro-húngaro consideraba el nacionalismo serbio como un peligro para la conservación de la doble monarquía: "si Serbia se apoderaba de Bosnia, el paso siguiente sería el de tratar de unir a los croatas, los dálmatas y los eslovenos... Esto alentaría a las demás nacionalidades bajo el dominio de los Habsburgo: rumanos, checos y eslovacos, a reconquistar su libertad. Y esto significaría: *finis austriae*".[11]

La situación de violenta agitación nacionalista en vista de la creación de una "Grande Serbia", por lo demás secretamente estimulada por el gobierno ruso, culminaría un día con el asesinato del archiduque Francisco-Fernando en Sarajevo.[12]

Aunque Fay reconoce que el imperialismo económico y su lucha por conseguir nuevos mercados hizo que las grandes potencias europeas en 1914 desearan todavía un número creciente de colonias, no es de la opinión que tal causa hubiera podido ser tan importante como la de las alianzas secretas, o la del militarismo, u otras; ya que basta considerar, según Fay, la correspondencia diplomática intercambiada durante el periodo de la preguerra para darse cuenta de que los Estados atribuían poca importancia a los conflictos de tipo económico.[13]

El papel que desempeñó la prensa en la opinión pública y las pasiones nacionalistas, en particular después del incidente del 28 de junio en Sarajevo, está considerado por Sidney Bradshaw Fay como una de las causas profundas (o remotas) de la Primera Guerra, ya que, según este autor, los gobier-

7 *Idem*, p. 53.
8 *Idem*, p. 57.
9 *Idem*, pp. 57 y 58.
10 *Idem*, p. 325.
11 *Idem*, p. 329.
12 *Idem*, p. 366.
13 *Idem*, pp. 58 a 60.

nos de Austria-Hungría y de Serbia, no hicieron nada para impedir los ataques de un país al otro a través de los diferentes periodos; aun más, contaron con su autorización, produciendo, como consecuencia de los ataques de la prensa de Serbia, que el conde Tisza, presidente del Consejo de Ministros de Hungría, se decidiera finalmente a aceptar una guerra con Serbia.

Esta afirmación no implica que, de no haber tenido lugar el conflicto de la prensa, la guerra habría podido ser evitada; pero se podría afirmar con exactitud que éste fue "uno de los factores determinantes" para la decisión tomada por el conde Tisza; decisión importante, dado que permitiría al conde Berchtold, presidente del Consejo de Ministros de Austria, emprender la guerra contra Serbia.[14]

Entre las diferentes causas profundas mencionadas por Fay, se encuentra sin duda *el sistema de alianzas secretas* elaborado después de la guerra Franco-Prusiana (1879), que desempeña según este autor, un papel preponderante entre los orígenes remotos de la Primera Guerra.

Este sistema de alianzas produce una división en Europa en dos grupos de potencias antagónicas: la Triple Alianza y la Triple *Entente*.

La creación de este nuevo orden en las relaciones internacionales tuvo como consecuencia que el interés particular de un Estado se convirtiera también en interés de las potencias aliadas y por consiguiente, un interés que habría de proteger en virtud, no de un perjuicio o provecho directo causado a los otros Estados, sino en virtud de la misma alianza.

> De este modo, pues, Alemania se veía frecuentemente obligada a apoyar a Austria-Hungría en sus acciones político balcánicas; de otro modo, efectivamente Alemania habría temido perder el único aliado seguro con el que contaba enteramente. Igualmente, Francia no tenía ningún interés político directo en los Balcanes..., pero se sentía obligada a apoyar a Rusia, ya que de no haber sido así, peligraba la existencia de la Doble Alianza, la destrucción del equilibrio de fuerzas y se habrían perdido las mejores garantías de seguridad de Francia contra un ataque alemán.[15]

Como ejemplos de los acuerdos secretos (en su totalidad o en forma parcial) podemos mencionar:

El acuerdo de Reichstadt de 1876, entre el zar Alejandro, el emperador Francisco-José y Bismarck, que preveía, entre otras cosas, la anexión,

14 *Idem*, pp. 60 a 62.
15 *Idem*, p. 48.

por parte de Austria, de una parte de Bosnia, en caso de que el Imperio Otomano hubiese sido destruido;

El Tratado de defensa de 1879, que estableció la alianza entre Austria y Alemania;

El Tratado de la Triple Alianza firmado en Viena en 1882, entre Austria, Alemania e Italia;

El Tratado de 1894, base de la Alianza Franco-Rusa.[16]

Las alianzas perdieron su carácter originariamente defensivo, y entre los años 1901-1914 se convirtieron en un sistema sobre todo de carácter ofensivo, el cual desde entonces agudizaría el antagonismo entre los países de la Triple Alianza y aquellos de la Triple *Entente*.

Por su parte, Pierre Renouvin, en su obra *La crisis europea y la Primera Guerra Mundial*, considera como algo por demás evidente el hecho de afirmar que durante los años que precedieron la guerra, *el fenómeno del nacionalismo* se había asentado entre los Estados de Europa, aunque según él, este espíritu de movimiento nacionalista no bastaría por sí mismo para poder actuar como causa explicativa de la Guerra Mundial.[17] Sería aún una explicación "de una simplicidad seductora", aquélla de pretender analizar la *carrera armamentista* como causa directa de la guerra de 1914-1918, ya que el desarrollo de las armas no se explica sino como el resultado de una situación internacional precedente. Renouvin considera bajo este punto de vista, la rivalidad de las armas terrestres (dejando a un lado la rivalidad naval entre Alemania e Inglaterra), estimando pues dicha carrera armamentista más como un efecto que como una causa.[18]

En cuanto a la *rivalidad económica* y en especial la disputa sobre mercados entre las potencias europeas y su expansión colonial, no parece tampoco, según Renouvin, una causa suficiente que explique el desencadenamiento de la guerra europea; el argumento que pretende que Alemania habría alcanzado un alto nivel en sus medios de producción y que por consiguiente, habría considerado la guerra como solución para la apertura de nuevos mercados, es un argumento que pudiera tener una base de probabilidad mas nunca de certeza "...La historia necesita pruebas. Aquí faltan".[19]

16 *Idem*, pp. 74, 79, 89 y 121.

17 Renouvin, Pierre, *La Crisis Européenne et la Première Guerre Mondiale*, 4a. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1962 (Peuples et civilisations, XIX), pp. 210 y 211.

18 *Idem, loc. cit.*

19 *Idem*, p. 212.

Todas las causas precedentes, influyeron en la crisis de 1914, sin embargo, el estado crítico de las relaciones internacionales en la época de la preguerra, se explica, según Renouvin, sobre todo por la creación de dos rivalidades precisas que afectaban los intereses de las potencias: La *rivalidad naval* de Alemania y de Inglaterra, y la *rivalidad en los Balcanes entre* Rusia y Austro-Hungría cuyo resultado fue un sistema de alianzas de todo tipo: "...este problema anglo-alemán y el foco balcánico de querellas —que no es, en el fondo, sino un aspecto del 'problema de nacionalidades'— explican y guían durante los diez años de la pre-guerra, la evolución de las relaciones internacionales".[20]

2. *Los orígenes inmediatos*

El archiduque Francisco Fernando, heredero del Imperio Austro-Húngaro, llegó a Bosnia para asistir a las maniobras de los XV y XVI cuerpos del ejército; el 28 de junio de 1914 (fiesta nacional serbia: aniversario de Vidov Dan), durante su visita a la ciudad de Sarajevo, capital de Bosnia, el archiduque y su esposa Sofía, duquesa de Hohenberg, mueren a causa de un atentado cometido por un joven bosníaco, Printsip,[21] quien formaba parte de una asociación terrorista conocida bajo el nombre de "Mano Negra", cuyo objetivo era la unión de todos los serbios.

"La causa ocasional inmediata de la guerra mundial fue el asesinato del Archiduque austriaco en Sarajevo. Si no se hubiere cometido este crimen, no habría tenido lugar, en el verano de 1914, ni la guerra austroserba ni la guerra mundial".[22]

A. *Actitud de Serbia frente al atentado de Sarajevo*

Sidney Bradshaw Fay es de la opinión de atribuir al gobierno serbio una gran responsabilidad por negligencia criminal, debido a que los

20 *Idem*, p. 213.

21 Fay, *op. cit.*, vol. II, p. 81. A propósito de la visita del archiduque a Serbia el mismo día del aniversario de Vidov Dan, A. J. P. Taylor hace la siguiente observación: "...si un monarca británico hubiese visitado Dublín el día de San Patricio en el cúlmine de la agitación, él también podía haber temido por su vida", *op. cit.*, p. 520. Esta tesis es, sin embargo, insostenible si compartimos la opinión de Fay, quien afirma que los miembros del complot empezaron a planear el atentado solamente en el momento que supieron que el archiduque habría hecho un viaje a Bosnia, pero sin saber que la visita caería en el mismo día de Vidov Dan. Fay, *op. cit.*, p. 122.

22 *Idem*, p. 53.

miembros del gabinete habían tenido conocimiento, con casi un mes de anterioridad, del complot que se fraguaba en contra del archiduque y no tomaron ninguna medida precautoria efectiva que impidiese la realización del proyecto. El gobierno serbio, además, dejaría pasar a Bosnia a los miembros del complot sin emprender ninguna gestión que exigiera la dimisión del coronel Dragutin Dimitrijévitch, oficial del Estado Mayor General Serbio y uno de los principales organizadores de la "Mano Negra".[23]

La opinión de Fay en lo que se refiere a la responsabilidad por parte del gobierno de Serbia, está apoyada principalmente en el relato que hizo el ministro de Educación en el gabinete de Pashich, Ljuba Jovanovitch, quien confirmaría en un artículo publicado en 1924 el conocimiento previo que habría tenido el gabinete serbio sobre el complot que se tramaba para asesinar al archiduque,[24] y la falta de medidas efectivas por parte del gabinete para disolver dicha conspiración.

Es necesario hacer notar, que por el término "negligencia criminal" utilizado por Fay, se entiende hacer referencia también al hecho de que el gobierno de Serbia no previniera a las autoridades austriacas respecto de los proyectos que contra el archiduque se habían realizado.

Aceptamos, dice Fay, que el 5 de junio del año en cuestión, Ljuba Jovanovitch, ministro serbio en Viena, hizo una advertencia a Bilinski, ministro de Finanzas de Austria-Hungría (encargado también de la administración de Bosnia Herzegovina) únicamente sobre la posibilidad de que durante la visita del archiduque a Serbia se produjera una falta de lealtad entre las tropas, pero sin hacer alusión a la posibilidad de un asesinato. Es por ello que no debe sorprendernos el hecho de que Bilinski presentara tan poca atención a dicha advertencia.[25]

Para Pierre Renouvin, la complicidad directa del gobierno serbio en el atentado de Sarajevo queda excluida como factor a tomar en cuenta, por lo que a la responsabilidad en la guerra concierne.[26] El poder que ejercía Dimitrijévitch y su grupo en la armada era tal, que incluso si Dimitrijévitch hubiera estado en lucha abierta con el ministro del Interior, este último no habría podido tomar ninguna medida en contra del primero

23 *Idem*, pp. 57 y ss.

24 La noticia considerada por Fay como la "revelación más sensacional" ha sido consagrada en el artículo de Jovanovitch, L., "Después de Vidov Dan, 1914", *Le sang du Slavisme*. Fay, por lo demás, considera la relación del ministro: "...en sustancia exacta y fidedigna".

25 Fay, *op. cit.*, vol. II, p. 148.

26 Renouvin, *Les origines inmédiates de la Guerre —28 juin-4 août 1914—*, 2a. ed., París, Alfred Costes Editeur, 1927, p. 35.

ni de su grupo. Además, así quedaría fuera de duda la complicidad de este personaje del Estado Mayor en los eventos del 28 de junio de 1914; esto no implica forzosamente la afirmación de que el gobierno de Serbia hubiera tomado parte en lo que se refiere a la preparación del atentado, pues según Renouvin no existe ningún documento que pueda permitirnos llegar a una conclusión parecida.[27]

Ahora bien, si el gobierno serbio no tomó parte en la preparación del complot, queda por saber si ignoraba también el proyecto. A este respecto, Renouvin acepta, aunque con una mayor circunspección, el relato de Ljuba Jovanovitch.[28]

Renouvin piensa que desde el momento en que no se tiene un documento que permita al historiador contradecir o desmentir esta relación del ministro del Interior, es necesario darle crédito y aceptar que los medios oficiales serbios se encontraban efectivamente informados sobre el complot.[29] Sin embargo, si los miembros de la conspiración que provenían de Belgrado pasaron la frontera, fue debido a que, a pesar de las instrucciones dadas por el gobierno serbio en el sentido de arrestarlos, los guardias fronterizos, eran ellos mismos y, siempre según el relato de Jovanovitch, miembros activos de la organización de la "Mano Negra". Es debido a ello que Renouvin no encuentra falta en contra del gabinete, ya que el gobierno de Pashich era impotente para hacerse obedecer por una sociedad secreta.[30]

Por lo que respecta al problema de saber si el gobierno de Serbia advirtió al gobierno de Austria-Hungría del peligro que representaba el viaje del archiduque a Bosnia, Renouvin retiene un hecho significativo entre toda una serie de contradicciones: el ministro de Serbia, actuando en nombre personal, trató de que se anulara el viaje del archiduque; sin embargo, no dio una información precisa ni indicó la existencia de un complot.[31] De todas formas es bastante probable que incluso si se hubiere dado una información más precisa sobre el riesgo que representaba el viaje a los dirigentes del Estado austriaco, esto no habría sido suficiente para

27 *Idem*, p. 29.

28 Renouvin opina que el hecho de que Ljuba Jovanovitch, miembro importante del partido radical, se opusiera a la política de Pashich y que para 1926 hubiera sido ya expulsado del partido, pudo influir en las declaraciones, *loc. cit.*

29 *Loc. cit.*

30 *Idem*, p. 30.

31 *Idem*, p. 33.

hacer cambiar de idea al gabinete austriaco, en virtud de que ello hubiera implicado el reconocimiento del temor que les inspiraba el movimiento nacionalista.

Por otra parte, el Servicio de Información del Estado Mayor austriaco, era de una gran eficiencia y es casi seguro que se encontraba ya en posesión de una información todavía más compleja sobre las actividades de las organizaciones nacionalistas serbias.[32]

B. *Las conversaciones de Postdam el 5 y 6 de julio*

El pretendido "Consejo de la Corona" presidido por el káiser Guillermo II, celebrado en Postdam el 5 de julio y en donde Alemania habría revelado sus proyectos con objeto de precipitar la guerra, es considerado por Fay y por Renouvin como una leyenda sin fundamento, como un simple mito, por estar comprobado que el relato hecho por Morgenthau, embajador de Estados Unidos en Constantinopla (relato que tuvo mucha publicidad y al cual se debe la construcción de dicha leyenda), está en flagrante contradicción con los hechos.

Por una parte se ha comprobado que muchos de los principales personajes que Morgenthau afirmaba, se encontraban en el famoso "Consejo", estaban ausentes del lugar indicado para esa fecha.

Por otra parte, ninguna de las investigaciones llevadas a cabo en los archivos del Departamento de Estado en Washington, ha permitido encontrar ninguna nota o telegrama relatando la conversación del barón Wagenheim, embajador de Alemania en Constantinopla, con Morgenthau. Renouvin, además, pone también en evidencia que Wagenheim, incluso no se encontraba ni en Berlín ni en Postdam el día del pretendido Consejo.[33]

A pesar pues de que el Consejo del 5 de julio se haya revelado ya en la historia como un mito, los días 5 y 6 de julio siguen considerándose como de una importancia extrema, debido a que en estas fechas, podemos decir, se constituiría la estrategia política de las potencias centrales.

El relato hecho por el conde Szogyeny, embajador de Austria-Hungría en Berlín, en el que narra su entrevista con el emperador Guillermo II en Postdam (lugar en donde Szogyeny había remitido el mensaje del

32 *Loc. cit.*

33 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 149-162. Renouvin, *op. cit.*, pp. 44-47.

emperador Francisco José sobre la idea de una guerra inmediata en contra de Serbia), nos permiten apreciar en qué forma el gobierno de Berlín, al pronunciarse por la política de la acción inmediata, había comprometido a su aliado a actuar prometiéndole su completo apoyo.[34]

La conclusión de Renouvin al respecto es que, incluso si la guerra no formaba parte del programa del 5 de julio, ésta pudo ser su consecuencia directa y fue el gran riesgo que aceptaron correr las potencias centrales. Además, la adhesión que el gobierno alemán diera a la política austriaca (la guerra contra Serbia) constituye, para este mismo autor, el hecho decisivo en el desencadenamiento de la guerra debido a que, sin esta adhesión, el gabinete de Viena no habría podido realizar sus proyectos.[35]

S. B. Fay, en oposición, no es de la opinión de dar un crédito total al relato hecho por el conde Szogyeny, sobre todo en lo que se refiere al "cheque en blanco" dado por el gobierno alemán al gobierno de su aliado. Él considera necesario tomar también en consideración el relato hecho por Bethmann-Hollweg, canciller del Imperio Alemán.

Mientras que, según el telegrama de Szogyeny, el káiser y el canciller alentarían al gobierno de Austria-Hungría a que tomara una decisión radical e inmediata en contra de Serbia, el telegrama de Bethmann-Hollewg a Tschirisky, embajador de Alemania en Viena, por el cual le comunica los resultados de las entrevistas de Postdam, muestra sólo que la decisión oficial del gobierno alemán era la de continuar actuando como un aliado, pero dejando a Austria-Hungría la libertad de tomar, en conformidad con sus propios intereses, una decisión. Szogyeny, entonces habría simplemente "sobrexagerado" la aprobación dada por Berlín.[36]

Sin embargo es necesario hacer notar que, a pesar de lo dicho anteriormente, Fay acepta la responsabilidad por parte del gobierno de Berlín, en el sentido de que al otorgar al gobierno de Asutria-Hungría libertad de acción, el káiser y sus consejeros cometieron la falta grave de dejar los acontecimientos fuera de todo control, en las manos de un hombre poco escrupuloso como lo era el conde Berchtold.[37]

34 Renouvin, *Les origines...*, *cit.*, p. 43.

35 *Idem*, p. 300.

36 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 180-181 y 189-190. El carácter exagerado de esta relación es, según Fay, consecuencia de la edad avanzada de Szogyeny, y por tanto causa del informe inexacto de las conversaciones (193).

37 *Idem*, p. 196.

C. *El ultimátum de Austria-Hungría y el nivel del conocimiento previo por el gobierno alemán*

El 23 de julio de 1914, el gobierno de Austria-Hungría dirigiría al gobierno de Serbia un ultimátum que habría sido deliberadamente redactado de tal manera para que no existiera posibilidad de ser admitido por el gabinete de Pashich.[38]

Es claro que Alemania no participaría en la redacción misma de las cláusulas del ultimátum austriaco; sin embargo, podemos decir con exactitud que estuvo muy al corriente de la nota y que para el 18 de julio conocía ya, *grosso modo*, las más importantes, de entre las peticiones que se formulaban.

Jagow, secretario alemán de Asuntos Exteriores, recibiría el texto completo del ultimátum al mediodía del 22 de julio, es decir, 24 horas antes de su presentación por el ministro austriaco a las autoridades de Belgrado.

Este espacio de tiempo de 24 horas es visto por Fay, como un plazo dentro del cual habría sido virtualmente imposible para el gobierno de Alemania llegar a un acuerdo en el sentido de modificar el texto. Dicho autor sostiene también que incluso en la hipótesis de que Bethmann-Hollweg y Jagow hubieran contado con un plazo de tiempo mayor, es difícil pensar que lo hubieran modificado: "...la conclusión de Bethmann y de Jagow fue que, mientras más mostraran ellos una actitud enérgica en sostener a Austria, más probabilidades habría de lograr una *localización* del conflicto y de impedir que Rusia y otras potencias intervinieran".[39]

Sobre este aspecto del problema, la versión que nos proporciona Renouvin resulta un poco diversa.

Este autor sostiene la tesis de que en caso de que el gobierno de Bethmann hubiera querido hacer alguna modificación al texto del ultimátum, esto habría podido realizarse en ese mismo plazo de tan sólo 24 horas.

Sin embargo, y esto es aún más importante, este autor considera también que en la redacción del ultimátum hubo, por parte del gobierno alemán, una influencia mucho más directa. Esta influencia sería ejercida a

38 Renouvin, *Les origines..., cit.*, pp. 234-237. Fay, *op. cit.*, vol. II, p. 460. "Si por un azar Serbia hubiese cedido, el conde Berchtold habría quedado decepcionado, y habría aplicado las cláusulas con intransigente rigor; la guerra con Serbia fue provocada y deseada", Renouvin, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

39 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 232 y 233.

través del papel de "instigador" jugado por Tschrisky, embajador alemán en Viena, quien incitaría al gobierno de Berchtold, en conformidad con las instrucciones recibidas por su gobierno o bien de su propia iniciativa, a actuar con una gran energía. Sea como fuere, dicha influencia fue ejercida en nombre de Alemania.[40]

D. *La respuesta del gobierno de Serbia*

De acuerdo a las exigencias contenidas en el ultimátum, Serbia debía manifestar su conformidad a todas las cláusulas de la nota, dentro de un plazo de 48 horas.

Pocos minutos antes de que expirara el plazo, Pashich remitía a la Embajada austriaca la nota de contestación, cuyo tono era, por lo que a la forma se refiere, muy amable y conciliador.

El gobierno serbio en forma definitiva rechazaba el punto número seis del ultimátum, es decir, aquél que hacía referencia a la participación de delegados austro-húngaros en la investigación judicial; se argumentaba que ello implicaría una violación no sólo a la Constitución serbia sino también a la propia soberanía.

Por lo que toca al resto de las exigencias del ultimátum, puede decirse que aunque en "apariencia" fueron aceptadas todas ellas, a algunas se respondió, según Fay, en forma evasiva y bajo ciertas reservas.

De cualquier forma, e incluso si se considera la respuesta de Serbia más conciliante en la forma que en el fondo, esto no implica que sea posible aceptar el argumento austriaco —que consistía en alegar que la respuesta serbia no otorgaba una seria y sincera garantía— para justificar su rechazo de aceptar como satisfactoria la contestación de Serbia y declarar la ruptura de relaciones diplomáticas.

En realidad lo que el gobierno de Austria pretendía, ni más ni menos, era buscar un buen pretexto para poder destruir a Serbia a través del recurso al uso de la fuerza bélica.[41]

40 Renouvin, *Les origines.... cit.*, pp. 60-68. La opinión de Renouvin sobre el papel de Tschirisky se basa principalmente en las declaraciones hechas por el conde Berchtold en el "Neue Freie Presse" del 28 de septiembre y 5 de octubre de 1919, donde afirma lo siguiente: "Nunca habríamos actuado de tal manera si Alemania no nos hubiera empujado".

41 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 286-296. No hay que olvidar que Serbia, al responder, aceptaba someter los puntos contenciosos ante el Tribunal de Arbitraje de La Haya, en caso de que Austria-Hungría no quedara satisfecha.

Para el profesor Renouvin la polémica sobre la razón que tendría Austro-Hungría sobre tal o cual punto de su ultimátum, o bien la posible razón de Serbia en lo que respecta a tal o cual otro punto, viene a ser carente de toda importancia, si se analiza de acuerdo con una visión retrospectiva, ya que "...aquello que es preciso no perder de vista es la impresión que la nota de Serbia dejó en la mente de sus contemporáneos: todos ellos quedaron asombrados por la moderación de la respuesta; todos ellos quedaron atónitos por la intransigencia del conde Berchtold". Así pensaba el propio Guillermo II y la opinión de su canciller no era nada diferente.[42]

E. *Conferencia de embajadores como tentativa de conciliación y el papel de Alemania*

Una vez que fueron rotas las relaciones diplomáticas entre Austro-Hungría y Serbia, las grandes potencias comenzaron a realizar una serie de proposiciones para llegar a un arreglo pacífico de la controversia, con el fin de evitar la continuación de la crisis y su transformación en un conflicto armado.

Entre las diversas propuestas encaminadas a mantener la paz es conveniente retener como bastante significativa una de las varias que promovió la Gran Bretaña: su propuesta para llevar a cabo una conferencia de embajadores.

Concibiendo a Inglaterra como una potencia carente de interés directo en los Balcanes y teniendo en cuenta que tampoco había concluido ninguna alianza oficial, ya sea con los países de la "Entente", como con los de la "Triple Alianza", era entonces explicable que Inglaterra fuera considerada como el país que poseía la llave de la situación. Esta convicción era cierta, en la medida en que Alemania buscaba la declaración de neutralidad de Inglaterra, en el caso de que un conflicto armado pudiera llegar a suscitarse; Francia y Rusia por su parte, perseguían una declaración formal de Inglaterra, por la cual se comprometiera a estar de parte de ellos para el caso de que estallara una conflagración general.

Sir Edward Grey, ministro de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña, propuso el 26 de julio, que se realizara una conferencia de embajadores de los países de Alemania, Italia, Francia e Inglaterra, con el fin de tratar de que se encontrara una solución al conflicto.

42 Renouvin, *Les origines...*, *cit.*, p. 92.

Francia e Italia otorgaron su consentimiento, lo mismo que Rusia, aun cuando esta última quería primeramente conseguir sus "conversaciones directas" con Austria-Hungría (pláticas que de cualquier forma se revelarían más tarde como inoperantes, como consecuencia de la resolución obstinada de Berchtold de llevar adelante, bajo cualquier eventualidad, su plan de acción militar).

Por otro lado, el gobierno de Alemania decidió rechazar inequívocamente la propuesta de Sir Grey. Este rechazo se explica, según Fay, por el hecho de que Alemania temía encontrarse inevitablemente abandonada para representar los intereses de Austria en el seno de la Conferencia, ya que Italia se colocaría del lado de la "Triple Entente" en vez de colocarse del lado de sus aliados oficiales;[43] y esto como consecuencia primordialmente de las ambiciones italianas en los Balcanes, ambiciones que serían contrarias a las de Austria-Hungría.

Este rechazo a la conferencia de embajadores por parte de Alemania es interpretado de forma diferente a la de Fay por el profesor Renouvin, para quien la actitud de Italia dentro de la Conferencia no habría sido necesariamente desfavorable al punto de vista austro-alemán.

Por medio de dicha conferencia, Austria podría haber obtenido un éxito diplomático y no un éxito militar; pero la propuesta de la Gran Bretaña se encontraba, según Renouvin, "en oposición directa con la política alemana que pretendía prohibir a las potencias toda injerencia en la querella abierta entre Viena y Belgrado".[44]

Al día siguiente del rechazo del gobierno de Alemania a la conferencia de embajadores, el canciller alemán Bethmann-Hollweg (gracias a la sugerencia hecha al gobierno de Berlín por el ministro de Relaciones Exteriores inglés sir Edward Grey) se decidió a actuar como mediador, ejerciendo su influencia en Viena con el fin de que se considerara la respuesta serbia al ultimátum, si bien no como un texto del todo satisfactorio, por lo menos sí como una posibilidad para emprender ulteriores negociaciones.

La sinceridad de este intento de mediación por parte de Bethmann-Hollweg ha sido puesto en duda a causa del famoso telegrama del conde Szogyeny, embajador de Austria en Berlín, por el que le comunicaba a

43 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 327 y ss.

44 Renouvin, *Les origines...*, *cit.*, p. 100. La opinión de Renouvin sobre el rechazo de Alemania a la Conferencia se basa en el coloquio entre el ministro italiano de Relaciones Exteriores con el embajador de Alemania, la mañana del 27 de julio, día de tal negativa; durante este coloquio el ministro habría garantizado el apoyo italiano a la política del gobierno alemán, *idem*, pp. 102-104.

Berchtold (la misma tarde del 27) una conversación que él mismo venía de sostener con Jagow, ministro de Relaciones Exteriores de Alemania. El telegrama aconsejaba particularmente al gobierno austro-húngaro de no aceptar la nueva proposición de Inglaterra e incluso de rechazarla categóricamente, proposición ésta que, según Szogyeny, le había sido hecha por Jagow de manera formal y precisa.

S. B. Fay, haciendo notar varias inexactitudes y una general confusión del texto del telegrama, sin por ello negar la autenticidad del mismo, llega a la conclusión de que en el telegrama, Szogyeny se refería no precisamente a la nueva sugerencia de mediación, sino a aquella proposición de una Conferencia de Embajadores, la cual había sido ya completamente rechazada; la edad avanzada y el *surmenage* de Szogyeny, eran para Fay las causas explicativas de la aparente confusión que se habría presentado.

Por otro lado, no pone en duda la sinceridad de Bethmann-Hollweg en su papel de mediador el 27 de julio; si la mediación no fue más enérgica frente a Austria-Hungría fue a causa del temor de provocar con ella una ofensa grave a la "Alianza".[45]

Contrariamente a Fay, la veracidad del telegrama de Szogyeny no ha sido puesta en duda por Renouvin, quien, aunque acepta la redacción confusa del mismo, considera al documento en su conjunto, como estando en conformidad con los acontecimientos, factor por el cual no habría una razón decisiva para pensar en un relato de carácter fantasioso por parte de Szogyeny:

> Todo induce a la convicción de que el documento expresa el punto de vista real de la *Wilhelmstrasse* en esta fecha. El documento nos permite afirmar que en la tarde del 27 de julio no había habido por parte de Alemania un cambio de posición sustancial en su política seguida hasta aquí (el famoso *revirement* de Alemania del que hablan los historiadores franceses).[46]

El gobierno de Viena entonces, evitando todo intento de conciliación, pondría a Europa, el 28 de julio, frente a un hecho consumado (un *fait accompli*): el gobierno de Serbia recibía (a las 12:30 h) el telegrama de la *declaración de guerra* enviado por Austria-Hungría.

45 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 348-350.

46 Renouvin, *Les origines...*, *cit.*, p. 125. Renouvin nos hacer ver igualmente, que si bien era cierto que Szogyeny se había "debilitado" bastante y no era ya muy capaz, no hay que olvidar que Berchtold depositó en él su confianza para llevar a cabo las negociaciones en ese entonces, y que después de todo Jagow habría sido culpable de aceptar tal situación, *idem*, p. 124.

La precipitación del gobierno austriaco al emitir esta declaración de *guerra*, hacía que se creara, a nivel de las relaciones internacionales, una situación que aumentaba considerablemente los riesgos de una conflagración europea.

Algunas horas antes de que la noticia de esta declaración hubiera sido dada a conocer en Berlín, el káiser Guillermo II hizo una proposición con objeto de mantener la paz: el "*Halte a Belgrade*".

No será sino a partir de esta iniciativa, que podrá estimarse, según Renouvin, que existe un punto de partida para hablar del *revirement* de Alemania y de una verdadera proposición con objeto de llegar a una solución pacífica de la controversia.[47]

Es ya de regreso a Alemania cuando el káiser conocería apenas el texto de la respuesta serbia al ultimátum; azorado por el tono conciliador del mismo, expresó que con ello Viena había logrado un gran éxito moral y que por lo tanto todo motivo de guerra quedaba con ello excluido.

Sin embargo, Guillermo II propondría que el gobierno de Austria-Hungría podría ordenar la ocupación de Belgrado y tomar esta ciudad como garantía de la ejecución de las promesas serbias. Esta proposición sería transmitida a Austria directamente por Bethmann-Hollweg (cuando él ya tenía conocimiento de la *declaración de guerra* hecha a Serbia), quien no se conformaría con transmitir de manera exacta las instrucciones dadas por el káiser. "Se preocupó más por impedir que la odiosa responsabilidad de la guerra recayera sobre Alemania y sobre Austria-Hungría que por impedir la guerra misma".[48]

Sea como fuere, la tentativa de conciliación daría como resultado un fracaso frente a la actitud intransigente del gobierno austriaco.

La proposición de la ocupación de Belgrado como garantía, obedeció, según Renouvin, no a la preocupación por establecer o mantener la paz por parte de Alemania, sino más bien al temor de que existiese la posibilidad de que Inglaterra se colocase del lado de Rusia y Francia, y que con ello la guerra general se presentase entonces en forma desfavorable para las potencias centrales. Además, esta iniciativa de Guillermo II es vista por Renouvin como insuficiente y tardía: "La proposición llegaría demasiado tarde, ya que el gobierno alemán dejó que su aliado lanzara contra

47 *Idem*, pp. 121-126.
48 Fay, *op. cit.*, vol. II, p. 358.

Serbia una declaración de guerra que provocaría inmediatamente una réplica por parte de San Petesburgo".[49]

F. *Movilización rusa y conflagración general*

El gobierno ruso había tomado la resolución de proteger la integridad territorial y la integridad política de Serbia frente a la política del gobierno de Austria-Hungría. Es por ello que desde el 25 de julio, después de haber tenido conocimiento del ultimátum, el gobierno del zar tomó la decisión, a raíz del Consejo de Ministros de *Krasnoe Selo*, de proclamar medidas militares de carácter preventivo.

Cuando la noticia de la declaración de guerra hecha a Serbia por parte del gobierno austriaco llegó al conocimiento de las altas autoridades rusas, Sazonov, secretario de Asuntos Exteriores de Rusia, no dudará más sobre el deber de su país de ordenar la movilización de las tropas. El 28 de julio, Sazonov sostendría una conversación con Paleologue, embajador de Francia en Rusia, sobre el problema de dicha movilización rusa.

Fay, apoyándose en un relato hecho en el diario del barón Schilling, jefe de gabinete de la Secretaría de Asuntos Exteriores en Rusia, quien habría tomado nota con precisión de dicha conversación, llegó a la conclusión de que Paleologue había aprobado, "en estos momentos críticos", la movilización rusa. Este relato de Schilling es considerado por Fay como real y exacto, y por lo tanto en flagrante contradicción con la versión dada al respecto por Paleologue en sus *Memorias*, y que es considerada, siempre por este mismo autor, como "fuertemente dudosa".[50]

La opinión expresada con anterioridad no será compartida por el profesor Renouvin, para quien: "...Francia no daría una adhesión directa al gobierno ruso, ni ejercería sobre él ningún impulso".[51]

El zar, quien había dado su consentimiento el 29 de julio para que se llevara a cabo una movilización general, como consecuencia principalmente de la presión ejercida por los militares rusos, decidió en esa misma noche del 29 anular dicha decisión.

Se ha hecho notar que el proyecto de movilización general del 29 de julio habría podido implicar una seria repercusión en la evolución de la crisis; sin embargo esto no pudo ser así, debido al hecho de que el pro-

49 Renouvin, *Les origines...*, *cit.*, pp. 126 y 127.

50 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 373-375.

51 Renouvin, *op. cit.*, p. 151. Renouvin no menciona aquí el diario del barón Schilling.

yecto no fue conocido por los Estados sino a partir de las revelaciones hechas en 1917.

La movilización "parcial" de Rusia en contra de Austria sí ejercería, en cambio, una gran influencia para que el conflicto austro-serbio se transformara en un conflicto europeo, pero el motivo indudable por el que se determinara una movilización parcial no sería otro, a los ojos de Renouvin, que la noticia de la declaración de guerra por parte de Austria en contra de Serbia.[52]

Los representantes del Estado Mayor ruso juzgaban como inconcebible el hecho de que no se diese la orden de movilización general. Desde un punto de vista de la estrategia técnico-militar, anular esta forma de movilización ocasionaba la dislocación de toda la organización militar, en virtud de que la guerra contra Alemania se presentaba ante sus ojos como un hecho absolutamente inevitable.

Después de una grave serie de vacilaciones, el zar accedió el 30 de julio (cerca de las 18 horas) dar su consentimiento definitivo para una movilización general.

Esta decisión (comunicada públicamente en Rusia el día 31) implicaba una responsabilidad inmensurable, debido a que era del conocimiento de todos que una movilización general decretada por una gran potencia, significaba el comienzo de una guerra.[53]

Por lo que respecta al problema de determinar las posibles influencias que pudieron prevalecer en el espíritu del zar en la toma de su decisión al ordenar la movilización general, tanto Fay como Renouvin concuerdan que fueron las razones de orden técnico-militar el principal factor que influyó en la decisión.[54]

El gobierno de Austria-Hungría, que no había tomado aún medidas de tipo militar importantes sobre la frontera rusa, decidió realizar el 30 de julio una movilización general en respuesta a la movilización parcial rusa sobre la frontera austriaca.

52 Renouvin, *idem*, pp. 146-151.

53 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 401-403. El general Ianushkevich había sugerido igualmente a Sazonov, como otro argumento para presionar al zar, decirle que si no tenía lugar la movilización general, Francia entonces habría considerado que Rusia no cumplía con sus obligaciones de aliado, y al ser contrariada por este hecho, habría dado promesa de neutralidad al káiser y atacaría por consiguiente a Rusia. *idem*, p. 394.

54 *Idem*, pp. 400 y 401. Renouvin, "Les origines de la guerre", *Le Monde*, 29-VII-1964 y 30-VII-1964.

La declaración austriaca, por lo que respecta a dicha movilización, sería expedida el 31 a las 11:30 horas. El primer día de la movilización se efectuaría el 4 de agosto.

Renouvin sostiene que, aunque la orden de movilización general de Austria haya sido algunas horas posterior a la orden dada en Rusia, en el momento en que el gobierno de Austria-Hungría tomaba dicha resolución no tenía aún ningún conocimiento acerca de la decisión tomada por el zar en el sentido de una movilización general.[55]

Al proclamar la movilización, Berchtold asumiría inmediatamente después una actitud conciliadora, pretendiendo querer preservar la paz. Dicha actitud será, en opinión de Fay, un comportamiento carente de toda sinceridad. Por ello, este autor no está dispuesto a admitir la tesis según la cual se pretende considerar a Austria como dispuesta a ceder en su posición intransigente en el momento mismo en que Alemania declaraba su ultimátum y era proclamada su declaración de guerra.[56]

Desde el momento en que el gobierno de Berlín recibía la noticia de la movilización general rusa, el káiser, después de una conferencia con Bethmann-Hollweg y Moltke, decidiría proclamar "el estado de peligro de guerra" (ciertas medidas preparatorias a la movilización), pero sin que ello implicara de una manera inevitable la movilización, aun y cuando el gobierno alemán preveía ésta dentro de un plazo de 48 horas.

Decir que Alemania, si deseaba realmente la paz, habría debido, al tener conocimiento de la movilización rusa, contentarse con proclamar una contra-movilización, es una tesis que descuida, según la opinión de Fay, dos hechos principales: primeramente, el hecho de que la movilización general contenía, ya en sí, un sentido preciso de declaración de guerra tanto para la autoridad militar como para la autoridad política; segundo, que no hay que olvidar el argumento militar según el cual, en el caso de una guerra, Alemania tenía que enfrentarse a las tropas rusas y francesas en dos frentes, lo que significaba que este país debía hacer su ataque principal, primero contra un país, para inmediatamente después, volverse contra las tropas del otro país.[57]

Poco después de haberse declarado el estado de peligro de guerra, Bethmann decidió enviar dos ultimátum: uno a Rusia con objeto de exigirle la desmovilización inmediata, y otro a Francia por el que se le pedía

55 Renouvin, *Les origines immédiates...*, *cit.*, p. 196.
56 Fay, *op. cit.*, vol. II, pp. 431-436.
57 *Idem*, pp. 434-444.

su eventual neutralidad. El plazo para la respuesta a este doble ultimátum debía llegar a Berlín para el día primero de agosto.

Después de que el gobierno de Berlín recibió, por una parte, la respuesta rusa sobre la imposibilidad de ordenar una contra-movilización a causa de razones de orden técnico, y por otra parte la respuesta del gobierno francés relativa a su decisión de no permanecer neutral, Alemania ordenaría la movilización el día primero de agosto a las 17 horas, declarando, poco después, la guerra a Rusia en el mismo día.

La declaración de guerra de Alemania contra Francia no será hecha sino hasta el 3 de agosto, después de haberse pretendido constatar una serie de actos hostiles por parte de su adversario francés.

Inglaterra, la cual durante toda la crisis no había tomado ningún partido en forma definida, tratando de guardar siempre las "manos libres", no cambiaría su posición de no comprometerse hasta el día 2 de agosto en que tuvo conocimiento de la invasión a Luxemburgo.

A partir de esta fecha podrá constatarse la evolución producida en la política seguida por el gabinete inglés.

La oposición que existiera hasta entonces en el seno del gabinete va a cesar desde el momento en que se conoce para el 3 de agosto la noticia del ultimátum alemán a Bélgica.

El 4 de agosto, Inglaterra enviaba un ultimátum a Alemania exigiéndole el respeto a la neutralidad del territorio belga, del cual Inglaterra era garante. Al final del día, no habiendo obtenido ninguna respuesta a este ultimátum, Inglaterra, Rusia, Francia, Bélgica y Serbia entraban en guerra contra Austria-Hungría y Alemania.

3. *La cuestión de la responsabilidad histórica compartida*

Aunque para el historiador S. B. Fay, Austria, más que ninguna otra potencia, fue responsable del origen inmediato de la guerra —Alemania comparte esta responsabilidad a causa de su apoyo a la política austriaca—, lo que hizo la guerra europea *inevitable* fue la movilización general de Rusia, calificada por este autor como medida precipitada, ya que en ese entonces Alemania se esforzaba por hacer aceptar a Austria-Hungría una proposición de mediación.[58]

Pero si bien es cierto que la movilización general rusa del 30 de julio constituyó una medida mucho más grave, porque provocó una reacción

58 *Idem*, pp. 460-464.

por parte de Alemania, y por consiguiente una movilización de Francia, es falso, por el contrario, según la concepción de Renouvin, afirmar que esta movilización general rusa habría hecho fracasar las últimas esperanzas de negociación, dado que el gobierno de Viena había tomado la decisión de rechazar las proposiciones de mediación, en especial la de "tomar garantías" aun antes de saber la noticia de la movilización general rusa.

Igualmente, este autor no comparte la idea de quienes piensan que la movilización general de Rusia fue el hecho que llevó inevitablemente a la guerra europea, ya que si bien es cierto que la orden de movilización general daba al Estado que la emprendía una apariencia de desear la guerra, como manifestación de una actitud agresiva, según la idea militar de esa época, sin embargo, tal interpretación no podría aplicarse a Rusia ya que Sazonov no había cesado de repetir que la movilización no debía conducir a una declaración de guerra inmediata.[59]

El hecho, que deberá considerarse, según Renouvin, de mayor importancia entre todos los demás, en los orígenes inmediatos de la Primera Guerra, es la declaración de guerra por parte de Austria apoyada por el gobierno alemán.

> En julio de 1914 la provocación militar fue determinada por una provocación diplomática: la declaración de guerra de Austria en contra de Serbia constituye el lazo de unión entre una y otra.
>
> Ahora bien, Alemania y Austria y *sólo ellas* quisieron esta provación.[60]

En la importante obra, *Les Buts de Guerre de l'Allemagne Impériale 1914-1918*, considerada de gran valor, el historiador alemán Fritz Fischer afirma que, desde el 5 de julio, Alemania no hizo otra cosa más que empujar a Austria a la guerra, presionando constantemente al gobierno de Viena; sobre todo a través del embajador von Tschirschky, quien fungía como agente de la presión alemana.[61]

Alemania, según el profesor F. Fischer, se expuso voluntariamente al peligro de una gran guerra, dado que estaba convencida de que Rusia reaccionaría a la provocación que significaría la redacción del ultimátum

59 Renouvin, *Les origines immédiates...*, *cit.*, pp. 307-411. El mismo considera sinceras las intenciones de negociación de Rusia el 31 de julio (la cual no se oponía a "tomar garantías") ya que nada consta para poder afirmar lo contrario.

60 *Idem*, p. 314.

61 Fischer, Fritz, *Les Buts de Guerre de l'Allemagne Impériale 1914-1918*, París, Editions de Trévise, 1970, pp. 65-71, trad. Genevieve Migeon et Henri This, prólogo de Jacques Droz.

austriaco y en ese momento Rusia pasaría a ser el agresor y Alemania impediría que Inglaterra entrara en guerra: todo esto, dice Fischer, era sin duda la idea central de Bethmann-Hollweg. Sería necesario, por consiguiente, que el ultimátum de Austria fuera inaceptable y Alemania presionó sobre este punto, así como sobre la cuestión de dictar el ultimátum lo más pronto posible contra Serbia, con el fin de evitar toda mediación. "Por ello Jagow solicitó con urgencia a Viena, el 25 de julio, por medio del Embajador Szogyeny, que tomara inmediatamente la ofensiva y poner al mundo frente a un hecho consumado".[62]

Bethmann-Hollweg, quien no sólo había rechazado hasta el 27 de julio toda proposición de mediación, sino que impulsaba además a Austria hacia la intransigencia, se esforzaba por aparecer como defensor de la paz ante los ojos de Inglaterra, ya que su objetivo era contar con la neutralidad inglesa, y por ello era necesario que Rusia ordenara la movilización general para poder así hacerla pasar como culpable y responsabilizarla del desencadenamiento de la guerra.

Lichnowasky, embajador de Alemania en Londres, comunicó el 29 de julio que Inglaterra no se quedaría al margen de un conflicto en el cual Francia estuviera comprometida; este comunicado trastornó la política de Bethmann-Hollweg, el cual desde el principio de la crisis consideraba la neutralidad inglesa como factor esencial para el logro de sus aspiraciones.

"Más que nunca, lo que mayormente importaba era hacer responsable a Rusia de la conflagración que se perfilaba. Solamente en el caso de que del lado austriaco se considerara también a Rusia como culpable, Alemania tendría la esperanza de que Inglaterra se quedara momentáneamente fuera de una guerra contra Francia".[63]

Los esfuerzos que hizo Bethmann-Hollweg el 29 y 30 de julio ante el gobierno de Viena, pidiéndole que no rechazara eventuales negociaciones con Rusia, no constituyen prueba de una intención pacifista por parte de Alemania, ya que lo único que Bethmann-Hollweg quería (después del comunicado de Lichnowsky) era hacer presión sobre Austria para que ésta tuviera una actitud menos agresiva hacia el gobierno ruso, con el fin de hacer recaer en éste la responsabilidad de la guerra.

En la sesión del gabinete prusiano, del 30 de julio, se comprobó que Bethmann-Hollweg, no quiso en realidad salvar la paz al último momento; en dicha sesión, Bethmann-Hollweg persiste en decir que el punto más

62 *Idem*, p. 80.
63 *Idem*, p. 92.

importante es "hacer pasar a Rusia por culpable",[64] ya que solamente, así cree Bethmann, que aunque ya no podrá dejar a Inglaterra al margen, sí retardará su intervención y, por otra parte, neutralizaría la oposición de principio del Partido Social-Demócrata dentro de Alemania.

Fritz Fischer no niega el hecho de que todos los gobiernos de los países de Europa comprometidos en la crisis de 1914 tuvieron una parte de responsabilidad, y sin pretender hacer un análisis de la parte que correspondería a cada quien, pronuncia el siguiente juicio sobre la política alemana de 1914: "Alemania, confiada en su superioridad militar, *habiendo querido, deseado y apoyado* la guerra austroserbia, se arriesga conscientemente a un conflicto militar con Francia y Rusia".

"El gobierno alemán lleva, pues, la parte decisiva de la responsabilidad histórica de la Guerra Mundial".[65]

Por este motivo, Fischer rechaza la tesis por la cual aparece Alemania obligada a entrar en guerra, y para reafirmar su opinión Fischer cita ciertos documentos que revelan claramente la política alemana; menciona entre otras cosas, la carta del conde Tisza dirigida a Berchtold después de la apertura de hostilidades, donde declara que fue la opinión clara del káiser y del canciller alemán lo que había decidido a Austria-Hungría a entrar en guerra; igualmente, Fischer se refiere a un cierto debate del 14 de agosto de 1917 (debate sobre la necesidad de continuar la guerra), durante el cual el ministro austriaco de Relaciones Exteriores, Czernin, declara que Alemania había exigido la intransigencia del ultimátum.[66]

El argumento que pretende que Alemania habría proyectado premeditadamente una guerra en agosto de 1914, es algo que A. J. P. Taylor considera como una tesis sin fundamentos (en su libro *The Struggle for Mastery in Europe 1848-1918*), dado que Bethmann y Guillermo II no eran capaces de construir una política sólida; más bien, según Taylor, Alemania habría sido conducida a la guerra por Austria-Hungría, pero se habría dejado llevar con su completo consentimiento: "Los alemanes fueron conducidos a la guerra por Austria-Hungría, pero se dejaron llevar complacientemente. Fue muy fácil cooperar con ella; habría sido necesario un estadista para rechazarla."[67]

64 *Idem*, pp. 93 y 94. El profesor Jacques Droz afirma que la obra del historiador Fritz Fischer "...contribuyó a cambiar este concepto demasiado simplista, pero en el cual se obstinaban muchos intelectuales alemanes, según el cual el fenómeno hitleriano fue una manifestación insólita y antinatural en la historia alemana", Jacques Droz, en la introducción a la obra de Fritz Fischer, *op. cit.*, p. 12.

65 *Idem*, pp. 99 y 100. Nosotros lo subrayamos.

66 *Idem*, p. 100.

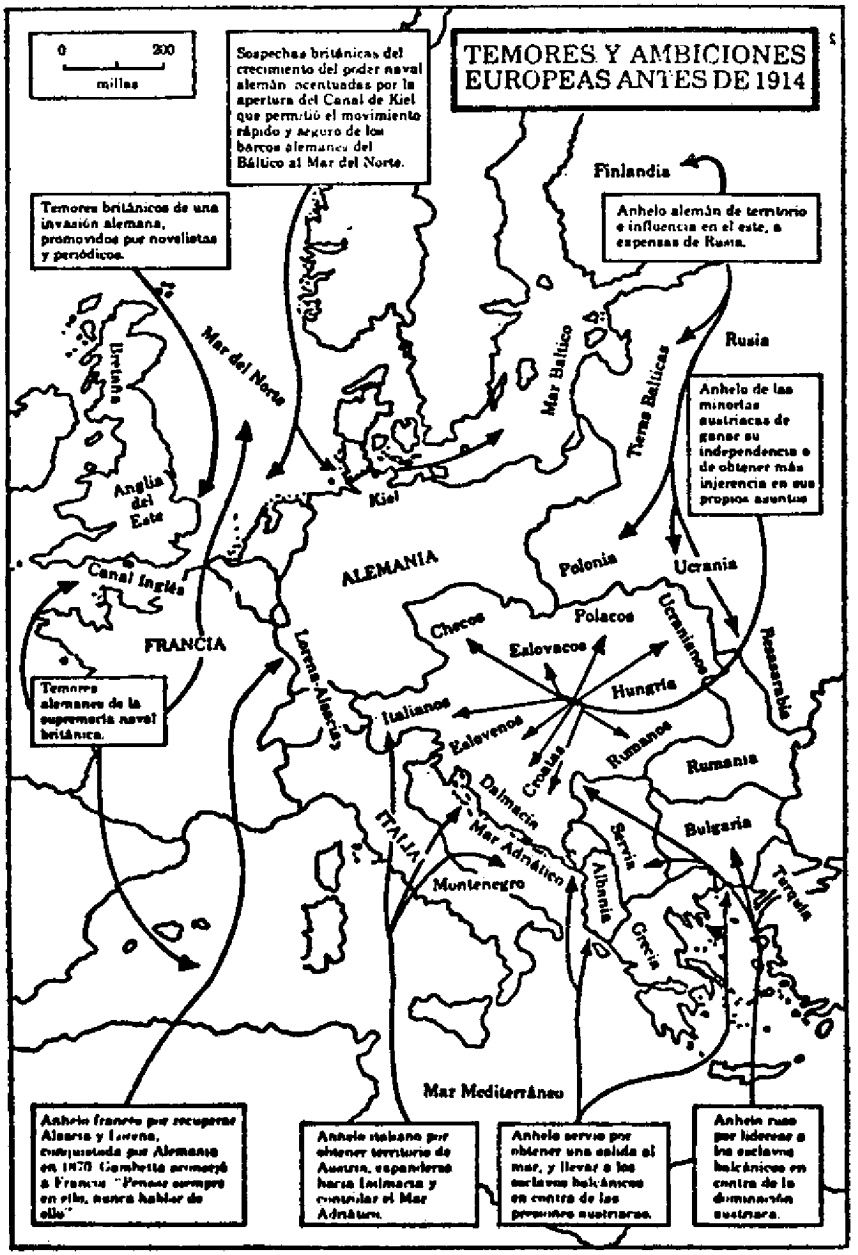
67 Taylor, *The Struggle for Mastery in Europe*, p. 520.

Taylor hace notar que, aunque Alemania no tomó la decisión de entrar en guerra, en cambio decidió el 6 de julio hacer uso de su potencia superior, ya fuese para ganar una guerra o bien para alcanzar un éxito extraordinario: Guillermo II y Bethmann alentaron a Austria-Hungría a emprender una guerra contra Serbia, arriesgándose a producir las más graves consecuencias. La declaración de guerra a Serbia es, según Taylor, el *acto decisivo* para el análisis de la crisis de 1914: "La Declaración de Guerra austro-húngara en contra de Serbia fue el *acto decisivo*; todo lo demás siguió como consecuencia".[68]

Por otra parte, no considera que exista prueba alguna para afirmar que Poincaré y Viviani hubiesen presionado a Rusia para entrar en guerra si se hubiese podido encontrar una solución pacífica; lo único que hicieron fue enfatizar su lealtad a la Alianza.[69]

En cuanto a la actitud de Inglaterra, A. J. P. Taylor no comparte la opinión de quienes pretenden que, en el caso de que Inglaterra hubiese tomado una actitud más decidida desde el principio, se hubiera evitado probablemente la conflagración mundial. Este autor rechaza tal tesis, ya que considera que, por una parte, el Estado Mayor alemán había elaborado desde hacía tiempo su proyecto para atacar a Francia a través del territorio belga y ninguna amenaza de Inglaterra habría hecho que cambiara su plan, ya que si Bethmann quería una declaración de neutralidad por parte de Inglaterra, no era porque temiera realmente su poder militar sino porque deseaba con ello desanimar a Francia y a Rusia; por otra parte, en el momento en que estos dos países decidieron declarar la guerra a las potencias centrales, no podían contar todavía con la seguridad del apoyo de Inglaterra. Y aun suponiendo que el gabinete inglés no hubiese estado claramente dividido en dos facciones sobre la actitud que habría de tomarse, sir E. Grey no habría podido de todos modos hacer una declaración clara y resuelta, ya que era evidente que la opinión pública en Inglaterra no lo habría permitido.[70]

68 *Idem*, p. 523.
69 *Idem*, p. 525.
70 *Idem*, p. 527.


TEMORES Y AMBICIONES EUROPEAS ANTES DE 1914
0
200
millas
Sospechas británicas del crecimiento del poder naval alemán acentuadas por la apertura del Canal de Kiel que permitió el movimiento rápido y seguro de los barcos alemanes del Báltico al Mar del Norte.
Temores británicos de una invasión alemana, promovidos por novelistas y periódicos.
Finlandia
Anhelo alemán de territorio e influencia en el este, a expensas de Rusia.
Rusia
Anhelo de las minorías austriacas de ganar su independencia o de obtener más injerencia en sus propios asuntos
Mar del Norte
Irlanda
Anglia del Este
Canal Inglés
Mar Báltico
Tierras Bálticas
Kiel
ALEMANIA
Polonia
Ucrania
FRANCIA
Checos
Polacos
Eslovacos
Ucranianos
Hungría
Pomerania
Lorena-Alsacia
Italianos
Eslovenos
Croatas
Rumanos
Rumania
Dalmacia
Mar Adriático
Bulgaria
ITALIA
Montenegro
Serbia
Albania
Turquía
Grecia
Temores alemanes de la supremacía naval británica.
Mar Mediterráneo
Anhelo francés por recuperar Alsacia y Lorena, conquistada por Alemania en 1870. Gambetta prometió a Francia "Pensar siempre en ello, nunca hablar de ello"
Anhelo italiano por obtener territorio de Austria, expandirse hacia Istria y controlar el Mar Adriático.
Anhelo serbio por obtener una salida al mar, y llevar a los eslavos balcánicos en contra de los gobernantes austriacos.
Anhelo ruso por liderear a los eslavos balcánicos en contra de la dominación austriaca.

En 1914, Austria-Hungría se estaba ya debilitando como potencia, mientras que Alemania creía haber llegado al vértice de su poderío; ambas decidieron, dice Taylor, emprender una guerra aun teniendo motivos opuestos para hacerla, y estas dos decisiones en conjunto produjeron una guerra general europea. Por su parte, las potencias de la *Triple Entente* entraron en guerra únicamente para defender sus propios intereses nacionales: Rusia lucha en 1914 con el fin de preservar el libre paso en los estrechos —la vida económica estaba condicionada al respeto del tal derecho—; Francia con el fin de fortalecer la *Triple Entente*, considerando que a través de esta Alianza podía asegurar su supervivencia como gran potencia; Inglaterra con el fin de preservar la independencia de los Estados soberanos, y también, pero no principalmente según Taylor, para alejar el peligro de un dominio alemán sobre el continente.[71]

III. Estudio de los orígenes de la Segunda Guerra Mundial

> Hoy en día no es nada fácil escribir sobre una de las Guerras y sus causas sin contraponerla con la otra.
>
> Ambas formaban parte del desarrollo de una crisis mundial.
>
> E. M. Robertson

1. *La herencia de la Primera Guerra y su relación con la Segunda*

Después de la Primera Guerra Mundial, Alemania trató de desviar la propia culpabilidad sobre la acción de las potencias aliadas, tratando de atribuirles una parte de responsabilidad; después de la Segunda Guerra resultó una operación relativamente sencilla desviar la responsabilidad de Alemania sobre el mismo Hitler, y por consiguiente, afirma A. J. P. Taylor (*The Origins of the Second World War*), todo ciudadano alemán podía entonces abogar por su propia inocencia, y si el pueblo alemán había sido

71 *Loc. cit.*

con anterioridad el principal adversario de la tesis de la "*war-guilty*", ahora se convertía en su más ferviente abogado.[72]

Los documentos que constituyen la base de la tesis de Nüremberg han sido considerados por Taylor como documentos muy peligrosos, en cuanto al método que debe seguir un historiador, ya que además de que estos documentos se recopilaron a gran velocidad y sin seguir un orden riguroso, fueron utilizados sobre todo como base para las argumentaciones de los abogados; el procedimiento entre el método propio del historiador es muy diferente de aquél del abogado:

"La meta del abogado es elaborar un caso; el historiador trata de entender una situación... Dada la existencia del Tribunal de las cuatro potencias, la única solución posible era asumir la culpabilidad absoluta por parte de Alemania. El veredicto precedió al Tribunal... claro que los documentos son genuinos. Pero son parciales".[73]

La relación entre la Primera y la Segunda Guerra es, según Taylor, bastante profunda, precisamente porque Alemania lucha durante la Segunda, con el fin de invertir el juicio de la Primera y destruir el estado de cosas establecido; mientras que las demás potencias luchan contra Alemania con el fin de defender precisamente tal situación, aunque lo hayan hecho de la manera más inconsciente. El punto sobresaliente acerca del Tratado de Versalles, es que dicho Tratado fue concluido con una Alemania unida. Bastaba que lograra modificarlo o anularlo para que volviera a ser tan potente como lo había sido en 1914; este es el factor decisivo, el resultado del armisticio y del tratado de paz; la Primera Guerra Mundial, dice Taylor, dejó el "problema alemán" sin solución, aún más, lo agudizó. "La Primera explica la Segunda, y de hecho la causó, en la medida en que un evento causa otro".[74]

La hostilidad de los alemanes al Tratado de Versalles se hacía cada vez más evidente; en particular el problema de las reparaciones provocó una profunda sospecha y gran desconfianza de Alemania hacia las demás

72 Taylor, A. J. P., *The Originis of the Second World War*, London Hamish Hamilton, 1961, p. 12. Para el estudio de los orígenes de la Segunda Guerra Mundial tomamos principalmente en consideración la obra de A. J. P. Taylor, en virtud de las siguientes razones: *en primer lugar* porque es el libro que mejor expone las fallas, tanto de los protagonistas como del sistema. *En segundo lugar*, porque es la obra que tuvo mayor influencia, sobre la historiografía relativa a los orígenes de la Segunda Guerra Mundial. Steinert, Marlis G., *Les Origines de la Seconde Guerre Mondiale*, France, 1974, p. 13.

73 Taylor, *The Origins of the Second World War*, pp. 13 y 14.

74 *Idem*, p. 19. Ver también páginas 23 a 30.

potencias durante un periodo de trece años, es decir, antes del día en que se decidió poner fin a tales reparaciones durante la conferencia de Láusanne de 1932;[75] pero el efecto más catastrófico del problema de las reparaciones ya se había producido, afirma Taylor, en la sensibilidad del propio pueblo alemán; Alemania no sólo había perdido la guerra, sino que también una parte de su territorio; además habían sido obligados a desmilitarizarse y a soportar un juicio de culpabilidad de guerra, sintiendo no merecerlo. A toda esta serie de hechos ofensivos se añadía el problema de las reparaciones, cuyo resultado fue que todo problema económico que surgía no era sino la consecuencia, en la opinión general del pueblo, de la obligación de Alemania de pagar por la reparación de todo daño que los vencedores habían decidido imputar arbitrariamente a su país, y poco importaba si esta opinión era o no verosímil. "Las reparaciones eran consideradas como símbolos... Más que ninguna otra cosa, abrieron el camino hacia la Segunda Guerra Mundial".[76]

Hitler sube al poder como canciller el 30 de enero de 1933, nombrado por el presidente Hindenburg; llega al poder a través de un riguroso camino constitucional, por el solo motivo y única razón de que él y su partido tenían la mayoría en el *Reichstag*. Aunque empieza haciendo muchos cambios en Alemania, tales como el de hacer desaparecer la libertad política, liquidar a los sindicatos, etcétera, hubo una esfera de su actividad en donde no hizo modificaciones: la política de sus predecesores, la cual era virtualmente la del pueblo alemán, es decir, liberar a Alemania de todas las coacciones impuestas por el Tratado de Versalles, rehacer el gran ejército alemán y hacer de Alemania la mayor potencia de Europa por su propio y natural peso.

Sin embargo, según Taylor, escritores de gran renombre consideraron a Hitler como un *system-maker*, uno que premeditadamente preparó una gran guerra para destruir la cultura actual y convertirse a sí mismo en el amo absoluto del mundo entero. "En mi opinión, los estadistas están demasiado absortos en los eventos para poder seguir un plan preconcebido.

75 El Plan Young, aprobado por la Conferencia de La Haya, fijó definitivamente hasta 1988 las anualidades que habría tenido que pagar Alemania en calidad de reparaciones. Duroselle, J. B., *Histoire Diplomatique de 1918 a nos jours*, 5a. ed., París, Dalloz, 1971 (études politiques economiques et sociales), p. 138.

76 Taylor, *The Originis.... cit.*, p. 44. Ver también pp. 46-47. El Tratado de Versalles, se constituye también como causa principal de la Segunda Guerra Mundial, en opinión de Alfred Von Wegerer en su libro *The Origins of World War II*, Nueva York, 1941, pp. 13-17.

Dan un paso, y el siguiente no es sino su consecuencia. Los sistemas han sido creados por los historiadores, como fue el caso de Napoleón".[77]

Hitler era, según Taylor, un historiador aficionado, y los sistemas que concebía en sus horas libres no eran más que *day dreams*; *Mein Kampf* fue escrito bajo la influencia de la ocupación francesa de la zona industrial de Ruhr (para obligar a Alemania al pago de las reparaciones) y era natural que soñara en destruir la supremacía de Francia en Europa; su testamento final fue redactado dentro del *bunker*, cuando estaba a punto de suicidarse; no es pues sorprendente, dice Taylor, que lo transformara en una doctrina de destrucción universal; y sólo la ingenuidad académica pretendió ver a través de estas declaraciones al discípulo de Nietzsche, o descubrir en él al émulo de Atila.

> En cuanto a principio y doctrina, Hitler no fue más malvado y sin escrúpulos que muchos estadistas contemporáneos. En cuanto a actos terribles, superó a todos [...] Su meta era el cambio, la destrucción del orden europeo existente; su método fue la paciencia.[78]

2. *El inicio de la preguerra: El Anschluss austriaco, marzo 1938*

Hay una convergencia de opiniones que reconoce que fue Hitler quien provocó los eventos que desencadenaron la guerra de 1939; y que desde el 5 de noviembre de 1937 había ya trazado nítidamente su plan conocido como el famoso "Protocolo Hossbach", acta de la reunión que tuvo lugar en la Cancillería del Reich, el 5 de noviembre de 1937.[79]

A. J. P. Taylor no está de acuerdo en aceptar que el *memorándum* Hossbach pueda interpretarse como un llamado a la acción de guerra, y cree necesario preguntarse el porqué de esa reunión, donde solamente Hermann Goering —comandante general de la Luftwaffe— era miembro del partido nazi. Si nos preguntamos, dice Taylor, por qué Hitler reveló sus planes ante personajes que se oponían a su política y que muy pronto habrían sido depuestos de sus funciones públicas, la respuesta es fácil: en realidad no reveló ninguna idea íntima, ya que la exposición de su geopo-

77 Taylor, *The Originis...*, *cit.*, p. 69.

78 *Idem*, pp. 69-71.

79 Beaumont, Maurice, *Les Origines de la Deuxième Guerre Mondiale*, París, Payot, 1969 (Etudes et Documents Payot), p. 246. Duroselle, *op. cit.*, p. 201. El texto del "Protocolo Hossbach" en Steinert, *Les Origines de la Seconde Guerre Mondiale*, pp. 32 y ss.

lítica no era sino una maniobra de política interna con el fin de alejar a Schacht —ministro de Finanzas, contrario a una mayor militarización— de los demás conservadores para que éstos fueran favorables al incremento de las armas.[80]

El *memorándum* en definitiva, solamente nos da a conocer, por una parte, que Hitler como cualquier estadista alemán quería convertir a Alemania en la mayor potencia europea; y por otra parte, nos enseña que Hitler hacía especulaciones, por demás falsas, sobre el modo de lograrlo; pero no hacía verdaderos proyectos para la supuesta conquista del mundo ni para nada parecido; le bastaba aprovechar las oportunidades que se le brindaban a medida que se presentaban los eventos.[81]

La elección de Neville Chamberlain como primer ministro de Inglaterra, en mayo de 1937, brindará a Hitler una oportunidad para la realización de su política.[82]

Chamberlain encarnaba el espíritu pacifista en una Europa que él consideraba amenazada por el peligro comunista, y estaba dispuesto a una revisión total del Tratado de Versalles. Chamberlain, quien estaba convencido de que una nación se volvía pacífica en la medida que se satisfacían sus exigencias, aceptó reconocer que había sido cometida una injusticia contra Alemania, ya que seis millones de alemanes vivían en Austria y les había sido prohibida la unificación nacional por los Tratados de 1919; tres millones de alemanes se encontraban en Checoslovaquia sin que nunca hubiesen sido consultados al respecto; por último, una población de más de tres mil personas que habitaban la ciudad de Dantzig y que claramente eran también de raza alemana.

Las noticias recibidas por Hitler al final de 1937 sobre la actitud de Inglaterra y también sobre la de Francia, con respecto a los problemas relativos a Austria, Checoslovaquia y la ciudad de Dantzig, lo convencieron, según Taylor, de que se enfrentaría a una débil oposición por parte de estos dos Estados en cuanto a las reivindicaciones del gobierno alemán; todo esto sucedía sin que él cambiara su método habitual de aceptar ofrecimientos de los demás, sin que él mismo demandara en particular.[83]

Cuando Von Papen, embajador alemán en Viena, comunicó a Hitler, el 5 de febrero, que el canciller austriaco, Schuschnigg, deseaba obtener

80 Taylor, *The Origins...*, *cit.*, pp. 130-133.
81 *Idem*, p. 134.
82 *Idem*, p. 184.
83 *Idem*, pp. 134-138.

una entrevista con Hitler, éste, como de costumbre, aprovecha la oportunidad que se le presenta; no había ninguna agresión premeditada de su parte. Taylor no niega el hecho de que durante la entrevista en el "nido de águila", en Berchtesgaden el 12 de febrero de 1938, Schuschnigg se vio intimidado por Hitler a fin de que el nacionalista Seyss-Inquart fuera nombrado ministro del Interior del Estado austriaco; pero hace notar en cambio, que Schuschnigg recibía lo que él consideraba la concesión vital por parte de Hitler, es decir, la reprobación de las actividades de los nazis-austriacos.[84]

En sentido contrario se encuentra la interpretación de Beaumont y Duroselle: según ellos, Schuschnigg "*aceptó*" la proposición hecha por Hitler para la entrevista y Schuschnigg no solamente fue "intimidado" sino que, más bien, durante la conversación fue sometido a una muy fuerte presión.[85]

El Acuerdo del 12 de febrero no dejaba nada satisfecho a Hitler en cuanto a la política austriaca y, por consiguiente, ordenó a los nazis responsables de las actividades ilegales que salieran de territorio austriaco; no se preparaba para la acción futura, sino que esperaba impasible que se madurara una solución automática. Sin embargo, el 9 de marzo, Schuschnigg anuncia que tendrá lugar un plebiscito el 12 de marzo, con el fin de que el pueblo austriaco decidiera sobre el problema de la independencia de Austria. Todo el mundo, afirma Taylor, estaba consciente de que este acto representaba una abierta provocación a Hitler, y para éste era claro que tenía que reaccionar, con el fin de impedir la humillación del acto provocador. El 11 de marzo Goering telefoneó a Seyss-Inquart para exigir la renuncia de Schuschnigg; el nuevo canciller, Seyss-Inquart, el 12 de marzo dio orden a las tropas alemanas que cruzaran la frontera bajo un entusiasmo general de sus habitantes. Hitler es recibido en Linz —donde había pasado una parte de su juventud— bajo un "delirio de aclamaciones", y si hasta ese momento había pensado establecer en Viena solamente un gobierno dócil, toma entonces una decisión inesperada: proclamar la adhesión de Austria al Reich. El 10 de abril, por medio de un plebiscito, se obtiene el 99.08% de votos a favor del Anschluss: "un genuino reflejo del sentimiento alemán".[86]

84 *Idem*, pp. 142 y 143.
85 Duroselle, *op. cit.*, pp. 204 y 205. Beumont, *op. cit.*, pp. 262 y 263.
86 Taylor, *The Origins...*, *cit.*, p. 149.

Si Hitler había obtenido la primera victoria en el marco de sus ambiciones por la anexión de Austria, ésta la llevó a cabo por un camino muy diferente al que se había propuesto, ya que aunque había pensado en establecer un control sobre Austria, la manera en que la anexó se produjo a través de un incidente "fastidioso", por efecto de una interrupción en su política a largo plazo. No había hecho preparativos militares o diplomáticos de ninguna especie, y todo se improvisó en un par de días, pero la opinión pública comenzó a creer que todo había sido una obra de un complot y el primer paso premeditado hacia el dominio de toda Europa. "Esta creencia era un mito. La crisis de marzo (1938) fue provocada por Schuschnigg, no por Hitler".[87]

3. *La crisis checoslovaca*

A pesar de las apariencias, Checoslovaquia era un Estado de nacionalidades y no un Estado nacional, donde solamente los checos eran verdaderos "checoslovacos", ya que todos los demás constituían sólo minorías nacionales, sin haber estado nunca convencidos de pertenecer al orden jurídico existente; los alemanes que vivían en la región de los Sudetes —3,200,000 aproximadamente— se sentían muy unidos a los austriacos y el Anschluss provocó en ellos una excitación incontrolable; el movimiento nacional alemán en Checoslovaquia, aunque confuso, era sin embargo un hecho evidente y no fue Hitler, según Taylor, quien hizo surgir este movimiento. "Esta crisis en Checoslovaquia fue como mandada a hacer para Hitler. Él aprovechó únicamente la situación".[88] Sin duda quería alejar el peligro que podía representar para la hegemonía alemana una Checoslovaquia bien armada, aliada a Francia y la URSS (su eventual ayuda a Checoslovaquia había sido prevista a condición de que Francia lo hiciera antes), pero Hitler no tenía con exactitud, en la primavera de 1938, ninguna idea clara sobre la manera como habría podido evitar dicho peligro.

La crisis empieza a perfilarse durante un congreso del "Partido Alemán de los Sudetes", el 24 de abril de 1938. Su jefe, Konrad Henlein, elaboró un programa que preveía un gobierno autónomo para los Sudetes.

87 *Loc. cit.* Según la interpretación de Beaumont, el Anschluss fue un acto de violencia. "No provino del interior de Austria, sino del exterior, de Alemania", *op. cit.*, p. 265.

88 Taylor, *The Origins..., cit.*, p. 152. "*There was no escape. The French would not operate their alliance with Czechoslovakia; (...) Weakness is infectious. The french were dragging the British down with them*", *idem*, p. 168.

La actitud que tomaron Chamberlain, primer ministro inglés, y Daladier, presidente del Consejo Francés, se limitaba a negociar con el Partido de K. Henlein, con el fin de evitar el riesgo de una conflagración europea.

Chamberlain, resuelto a seguir su política pacifista, comunicó a Hitler durante la entrevista en Berchtesgaden, que en principio no se oponía a la idea de la separación de los Sudetes de Checoslovaquia. El 19 de septiembre Inglaterra y Francia propusieron a Benes, presidente de la República Checoslovaca, que aceptara la integración de los Sudetes a Alemania; pero Benes aceptó dicha proposición sólo después de haber recibido el 21 de septiembre un ultimátum franco-inglés: en caso de que el gobierno checo continuara rechazando la proposición de la "integración", Francia e Inglaterra retirarían su apoyo a Checoslovaquia.

El 22 de septiembre en su entrevista en Godesberg, Chamberlain se entera con sorpresa de que Hitler no está de acuerdo en aceptar el plan franco-inglés de separación de los Sudetes, y que además se presenta con nuevas exigencias. La explicación que considera Taylor como la más plausible sobre el porqué Hitler rechazó la proposición franco-inglesa, consiste en el hecho de que el ejemplo alemán había empezado a cundir en otros países, como Polonia y Hungría, los cuales empezaban ya a exigir reivindicaciones sobre el territorio de Checoslovaquia; y esto habría provocado con toda probabilidad, un total desmembramiento del territorio checoslovaco. "Alemania se presentaba como conciliador para construir un nuevo orden... Hitler estaba ganando tiempo".[89]

El 26 de septiembre el *Führer* pronunció un discurso, en el cual proclamó por primera vez, su determinación de ocupar la región de los Sudetes para el primero de octubre; pero el 28 de septiembre Hitler acepta la proposición de Mussolini para una conferencia en Munich entre los jefes de gobierno alemán, francés, inglés e italiano. El acuerdo de Munich, firmado el 29 de septiembre, retrasó la ocupación de los Sudetes del 1o. al 10 de octubre.

Checoslovaquia, lejos de ser un feliz Estado democrático, era, de hecho, como mencionamos anteriormente, un Estado de nacionalidades, creado por iniciativa de los checos y mantenido por su autoridad; una vez quebrantado tal control se inicia el proceso de desintegración, del mismo modo —declara Taylor— como se produjo la muerte de la monarquía de los Habsburgo después de la Primera Guerra. El problema del territorio

89 *Idem*, pp. 179 y 180.

de Eslovaquia con sus exigencias de autonomía se vuelve más apremiante después de la Conferencia de Munich. El presidente del Consejo eslovaco, Tiso, después de haber sido destituido el 10 de marzo por el gobierno de Praga, pide al Reich tomar Eslovaquia bajo su protección; esta nueva crisis toma de sorpresa a Hitler, y al igual que él no había creado el movimiento nacionalista de los eslovacos, de igual manera —nos dice Taylor—, Hitler se limitará una vez más a aprovechar únicamente la ocasión que se le ofrecía; así pues, Alemania se apresuró a "reconocer" la independencia de Eslovaquia.[90] Para el gobierno de Praga la situación era cada vez más difícil, ya que el ejemplo de la escisión de Eslovaquia cundió también en Moravia y Bohemia con movimientos semejantes.

El presidente Hacha, sucesor de Benes, estadista sin experiencia política, al no encontrar otra solución al problema de su país, solicitó (como lo hizo Schuschnigg precedentemente) una entrevista con Hitler. Al día siguiente Hacha llega a Berlín donde se le recibe con los honores propios de un jefe de Estado; en la entrevista Hitler convence a Hacha de firmar un documento por el cual ponía a su país bajo el protectorado de Alemania; Hacha no vacilará un solo instante ante la amenaza de que, en caso de que se negara, la ciudad de Praga sería inmediatamente bombardeada. El 15 de marzo, pues, se firma el acuerdo que prevé el protectorado de Bohemia y Moravia; y el mismo día (en el curso de la mañana) las tropas alemanas ocupan la ciudad de Praga. La amenaza de bombardear Praga, ha sido considerada por Taylor, como la más fortuita y casual de las improvisaciones de Hitler (en ese entonces la fuerza aérea estaba impedida para realizar vuelos) y en todo caso Hacha no tuvo gran necesidad de ser presionado. "Firmó como se le pidió; y abrigó tan poco rencor, que sirvió como fiel súbdito alemán hasta el final de la guerra".[91]

4. *El problema de la ciudad libre de Dantzig: el desencadenamiento de la guerra*

Por el Tratado de Versalles, del 28 de junio de 1919, Alemania sufrió modificaciones territoriales en la parte Este del país, en provecho de Polonia; se formó un "corredor" que permitiría a Polonia su acceso al mar, pero por lo mismo quedaba dividida Prusia Oriental del resto de Alema-

90 *Idem*, pp. 201 y 202.
91 *Loc. cit.*

nia; la ciudad de Dantzig, poblada por alemanes, había sido declarada una "ciudad libre", sometida al control de la Sociedad de Naciones.

La reivindicación del gobierno del Reich sobre la ciudad de Dantzig es, según Taylor, una exigencia bastante justificada; "Dantzig era la más justificada de las demandas alemanas: una ciudad compuesta exclusivamente de alemanes, la cual deseaba expresamente regresar al Reich y a lo que Hitler sólo se resistía con mucha dificultad".[92]

El 24 de octubre, Von Ribbentrop, ministro de Relaciones Exteriores de Alemania, como consecuencia de los incidentes que tuvieron lugar en Polonia con respecto a la población alemana, propuso a Lipski, embajador polaco en Berlín, el retorno de la ciudad libre de Dantzig a Alemania y la construcción de una línea ferroviaria a través del "corredor"; pero el gobierno polaco rechaza esta proposición, como rechazará del mismo modo, la que hizo Hitler al coronel Beck, ministro polaco de Relaciones Exteriores, el 5 de enero de 1939.

Polonia se consideraba a sí misma a la altura de una gran potencia, olvidando que si había obtenido su independencia en 1918 había sido únicamente gracias a la derrota de Alemania y Rusia.[93]

La actitud obstinada de Polonia, según Taylor, tuvo como consecuencia que no se produjera un acuerdo pacífico en 1939, ya que ahora el problema de Dantzig se convertía en el símbolo de la independencia de Polonia y, en virtud de la alianza anglo-polaca, era también el símbolo de la independencia de Inglaterra.

A pesar de las tentativas hechas por Francia e Inglaterra desde abril de 1939 para obtener una alianza con la Unión Soviética, no se logró llegar a un acuerdo; Polonia era hostil a un pasaje de las tropas rusas por su territorio.

En cuanto a la cuestión de saber si la Unión Soviética no buscaba también sólo un pretexto, a fin de llegar a una negociación futura con el gobierno hitleriano, al reclamar su derecho de paso por territorio polaco (en caso de guerra) como condición previa a la conclusión de un acuerdo, es algo que forma parte del campo de las especulaciones, dado que no poseemos ninguna prueba determinante que pudiera dar una respuesta ca-

92 *Idem*, p. 215.

93 *Idem*, pp. 195 y 196. Un hecho que demuestra claramente la política de poder seguida por Polonia y su ministro Beck, es el del ultimátum polaco a Checoslovaquia el 30 de septiembre de 1938, por el cual las tropas polacas entran a Teschen (el 2 de octubre) y conquistan un territorio de 1.000 km^2. Beaumont, *op. cit.*, pp. 279 y ss.

tegórica. Por el contrario, es cierto que los rusos estaban convencidos de que para ganar una guerra sería absolutamente necesario el pasaje a través de Polonia para obtener la victoria.[94]

Pero si Francia e Inglaterra no lograron obtener el apoyo de la Unión Soviética, Alemania en cambio obtendría un gran éxito al lograr un entendimiento con el gobierno soviético, lo cual llenará de estupor a los demás Estados, al firmar el 23 de agosto con la Unión Soviética el Tratado de No-Agresión y un protocolo secreto que excluía la zona de influencia de Alemania, de los Estados bálticos (Finlandia, Estonia, Letonia y Lituania) así como de las regiones al Este de Polonia.[95]

El objetivo de Hitler, según Taylor, en relación a su acuerdo con la Unión Soviética, no era sino lograr un éxito semejante al que había obtenido por medio del acuerdo de Munich. Hitler suponía que las demás potencias no entrarían en guerra sin contar con el apoyo de Rusia, y por consiguiente Polonia se vería obligada a ceder. "El pacto no era ni una alianza ni un acuerdo para la par4tición de Polonia. Munich había sido una verdadera alianza para la partición: los ingleses y franceses dictaron la división. Hitler como Stalin creyeron que habían prevenido la guerra, no que la habían causado".[96]

Desde el 25 en la tarde al 29 de agosto, se verificaron tentativas de negociación sin ningún resultado; el día 25, Hitler comunicó a Sir Neville Henderson, embajador inglés en Berlín, su intención de entenderse con Inglaterra a condición de que ésta convenciera a Polonia de no ser "irracional"; igualmente manda asegurar al presidente francés Daladier, que no tenía ninguna pretensión sobre Alsacia-Lorena; Sir N. Henderson lleva la noche del 28 de agosto la respuesta del gobierno británico, que sugiere que se negocie el problema polaco directamente con el gobierno de Polonia.

El 29 de agosto (a las 7:51 de la noche) Hitler, contrariamente a cuanto había dicho antes acerca de no querer tratar directamente con Polonia, comunica a Sir N. Henderson que estaría dispuesto a negociar directamente con los polacos, bajo condición de que al día siguiente, 30 de agosto, antes de la medianoche, llegará a Berlín un "plenipotenciario" polaco. El gobierno británico manda con retraso la proposición de Hitler al gobierno de

94 Taylor, *The Origins...., cit.*, pp. 256 y 257.

95 *Idem.* pp. 258-262. El texto del Pacto de No-Agresión Germano-Soviético del 23 de agosto de 1939, en Steinert, *Les Origins...., cit.*, pp. 46 y 47.

96 Taylor, *The Origins.., cit.*, pp. 262 y 263.

Varsovia, o sea el 31 de agosto de las 0:25 horas de la mañana. Cuando se informa al coronel Beck de la proposición, éste la rechaza diciendo que no permitirá que un plenipotenciario polaco reciba el mismo trato que había sido reservado al presidente Hacha. En la noche del 30 al 31 de agosto, Von Ribbentrop comunica a Henderson las proposiciones que se habrían formulado al plenipotenciario polaco en el caso de que éste se hubiera presentado: el retorno inmediato del Dantzig y un plebiscito para el "corredor".[97]

Inglaterra y Francia continúan haciendo todos los esfuerzos posibles para presionar al gobierno polaco a fin de entablar conversaciones directas con Alemania. El 31 de agosto (a las 13 horas), Lipski, embajador polaco en Berlín, solicita una entrevista con Von Ribbentrop. Para entonces, los servicios alemanes habían ya descifrado el telegrama que transmitía las instrucciones del coronel Beck a Lipski: éste no tendría que entrar en ninguna "negociación concreta". Lipski recibe una llamada telefónica (a las 3 de la tarde) de Weizsacker, ministro alemán de Relaciones Exteriores, preguntándole si vendría provisto de plenos poderes para negociar; Lipski responde que llegaría únicamente en calidad de embajador. Ese mismo día (a las 6:30 de la tarde), Von Ribbentrop recibe a Lipski; Lipski le informa que Polonia está de acuerdo en considerar la proposición británica de negociaciones directas entre su país y Alemania; Ribbentrop se limita a preguntarle si vendría como plenipotenciario y recibe la misma respuesta negativa. Al día siguiente, 1o. de septiembre, las tropas alemanas cruzan la frontera polaca y a las 6 de la mañana empieza el bombardeo sobre la ciudad de Varsovia. El 3 de septiembre, después de haber sido rechazados los ultimátums (Manuel Seco) inglés y francés (a las 11, uno y a las 17 el otro), el Reino Unido y Francia declaran la guerra contra Alemania.

Según Taylor, Hitler no previó ni premeditó de ninguna manera la dominación europea por el Reich alemán, la cual efectivamente parecía realizarse hacia mediados del año de 1942; el hecho de que Alemania no estaba preparada en 1939, en cuanto a armamentos, para llevar a cabo una guerra mundial es, según Taylor, la prueba decisiva de que Hitler no preconcebía una guerra general y probablemente tampoco ningún tipo de guerra, con excepción de la "guerra de nervios". "La guerra de 1939, le-

97 *Idem.* pp. 272 y 273.

jos de haber sido premeditada, fue un error, el resultado de la imprudencia diplomática de las dos partes".[98]

5. *El problema de determinar el grado de un plan general en la política hitleriana, según las interpretaciones de Bell y H. W. Koch*

La situación que se había creado como consecuencia del Tratado de Versalles de 1919 hacía posible el desencadenamiento de una guerra; pero según la interpretación de Bell, dicho Tratado no la hacía seguramente inevitable. Si la crisis de 1930 pudo ser un efecto del Tratado de Versalles, lo considera al máximo como una explicación parcial del desencadenamiento de la guerra, enfatizando sobre todo la gran depresión económica de 1929-1933, que destruyó el sistema monetario y suscitó una rebelión en contra del orden existente, provocando así un clima favorable a los designios de Hitler (por ejemplo, la desocupación causa un incremento de miembros del partido hitleriano). "Es precisamente esta depresión la que llevó a Hitler al poder en Alemania. Es también la causa del aislacionismo estadounidense, así como del debilitamiento y división de Francia e Inglaterra, que crean pues las condiciones favorables para una política audaz y agresiva por parte de Alemania".[99]

En cuanto al problema de saber si se puede considerar que Hitler fue la causa de la Segunda Guerra, Bell nos hace notar en primer lugar que la política armamentista de Hitler había sido seguida anteriormente por todos los gobiernos de Weimar, los cuales nunca se habían preocupado por respetar las cláusulas de desarme del Tratado de Versalles, y que sobre este preciso punto Hitler habría, desde principios de 1936, solamente renunciado a disimular la militarización del país.[100]

98 *Idem*, p. 219. Esta interpretación de Taylor está lejos de ser compartida por Beaumont para quien "los orígenes de la guerra de 1939... se remontan esencialmente a los insaciables apetitos de Adolf Hitler". Beaumont, *op. cit.*, p. 13. Uno de los más grandes y virulentos adversarios de las tesis de A. J. P. Taylor, es sin duda el historiador Hugh R. Trevor-Roper quien nunca dudó de tildarlo de un pseudo-historiador dilerante. Ver Trevor-Roper, Hugh R., "Hitler's Plan for War Reaffirmed", *The Outbreak of the Second World War: Design or Blunder*, Boston, D.C. Heath and Company, 1962, pp. 88-97.

99 Bell, P. M. H., "Hitler et les origines de la Seconde Guerre Mondiale" (ensayo analítico), *Revue d'Histoire de la Deuxième Guerre Mondiale*, 17e. année, núm. 67, 1967, p. 7. Ver también pp. 2-4. El motivo que da M. H. Bell para rechazar la tesis, según la cual el Tratado de Versalles habría hecho *inevitable* la Segunda Guerra, consiste en el hecho de que dicho concepto puede implicar al máximo que poco importaba que fuera Hitler o cualquier otro quien ocupara el poder en 1933.

100 *Idem*, p. 8.

Además el historiador Bell está de acuerdo con Taylor en rechazar la tesis según la cual la política de Hitler seguía un programa metódico y un plan operacional de agresión, ya que es claro según Bell, que Hitler no preveía que la guerra con Polonia hubiera podido extenderse a las potencias occidentales; él esperaba que pudiera quedar "regionalizada".[101] Por el contrario, Bell considera que la razón alegada por Taylor sobre la situación militar de Alemania, como "prueba decisiva" para demostrar que Hitler no había ideado un programa de guerra general es, en realidad, "sólo una de esas afirmaciones temerarias que disminuyen la importancia de su obra".[102] Esta observación a la tesis de Taylor es formulada con base en los eventos de 1939-1941 que demostraron que Alemania era muy capaz de enfrentarse a una serie de guerras cortas y que aun en la guerra con Rusia en 1941 tuvo grandes probabilidades de salir victoriosa.

En definitiva Bell, aun admitiendo que Hitler no había "*programado*" la guerra que emprendió en 1939, y aunque reconoce que las potencias occidentales fueron partícipes del desencadenamiento de la misma (también Estados Unidos, por no haberse abstenido), no comparte la opinión de quienes sostienen que todo esto puede disminuir "considerablemente" la responsabilidad de Hitler.[103]

Con el fin de saber si Hitler siguió un programa premeditado, H. W. Koch analiza en primer lugar el famoso capítulo XIV de *Mein Kampf* sobre política exterior: "Orientación hacia el Este o política del Este", y se pregunta hasta qué punto las acciones de Hitler entre 1933 y 1939 están en conformidad con el supuesto programa establecido en la obra men- cionada.[104]

Si se relaciona el contenido de las ideas escritas en *Mein Kampf* con los eventos de 1939, es virtualmente imposible, según Koch, concluir que Hitler en 1939 había premeditado la conquista de Europa o del mundo entero de acuerdo con los postulados de 1924; pero no por ello habría que deducir que Hitler había dejado a un lado sus premisas darwinianas o renunciado a dar a Alemania un mayor *Lebensraum*.[105]

En cuanto al Memorándum Hossbach, del 10 de noviembre de 1937, Koch nos dice que es interesante señalar que el logro de un espacio vital

101 *Idem*, p. 10.
102 *Idem*, p. 11.
103 *Idem*, p. 102.
104 Koch, H. W., "Hitler and the Origins of the Second World War; Second thoughts on the Status of some of the Documents", *The Origins of the Second World War. Historical Interpretations*, Londres, edited by E. M. Robertson, 1971, pp. 160-163.
105 *Idem*, pp. 164-168.

en Rusia, que constituye el tema principal de política exterior en *Mein Kampf*, no haya sido mencionado para nada en el Memorándum, y por otra parte, Koch nos hace observar que Hossbach declaró bajo juramento que no había levantado ninguna acta durante la Conferencia, sino que escribió algunas anotaciones, varios días después, con base en sus recuerdos y de acuerdo con su conciencia.[106]

Pero el problema del Memorándum Hossbach se complica aún más si se observa, más de cerca y con mayor atención la historia que siguió a dicho documento desde su origen hasta el momento en que llegó al Tribunal de Nuremberg, ya que está probado que el Memorándum, tal como fue presentado ante el Tribunal no era más que una copia hecha de otra copia, dado que el original, así como la primera de las copias, se habían perdido; "...su valor como 'testamento' de Hitler y como testimonio de su política futura son fuertemente discutibles".[107]

Koch comparte la opinión de Taylor en cuanto que también para él, Hitler hasta 1939 se contentaba con aprovechar las oportunidades que se le presentaban, y que sus decisiones se precisaban a medida que se producían los eventos: si alguna vez tuvo un plan, éste no se encuentra ni en *Mein Kampf*, ni en el Memorándum Hossbach.

Por otra parte, Koch opina que las acciones de Hitler durante el verano de 1939, formaban parte de la política que seguía a través de su "guerra de nervios"; y más aún, estaba convencido de que el Tratado ruso-alemán de No Agresión habría tenido como efecto obligar a Polonia a ceder el Dantzig, o bien el efecto de convencer a Gran Bretaña acerca de la imposibilidad práctica de ofrecer su apoyo a los polacos. Hitler no podía imaginar que la garantía británica ofrecida a Polonia podía ser otra cosa más que un gesto irrealizable, ya que después de todo, si Inglaterra prestaba asistencia a su aliado, corría el riesgo de comprometerse en una guerra no solamente con Alemania sino también con Rusia. "Su error fue el de no creer que Gran Bretaña pudiera tomar una actitud tan irrea-lista".[108]

6. *Conclusión*

A guisa de conclusión, nos limitaremos a hacer algunas observaciones sobre la actividad historiográfica en el ámbito del análisis de los orígenes de las guerras mundiales.

106 *Idem*, pp. 168 y 169.
107 *Idem*, p. 170.
108 *Idem*, pp. 181 y 182.

Parece ser que el hecho de no poder encontrar entre los historiadores una completa convergencia de opiniones acerca de la interpretación de los orígenes de la Primera y la Segunda Guerra, es en parte consecuencia del hecho de que no se basan sobre las mismas fuentes de información y, sobre todo, si se toma en cuenta la regla imperante de treinta o cincuenta años como lapso para tener acceso a los archivos; este aspecto del problema no se refiere a otra cosa que a aquello que se conoce bajo la expresión del "estado *lacunaire* de toda documentación".

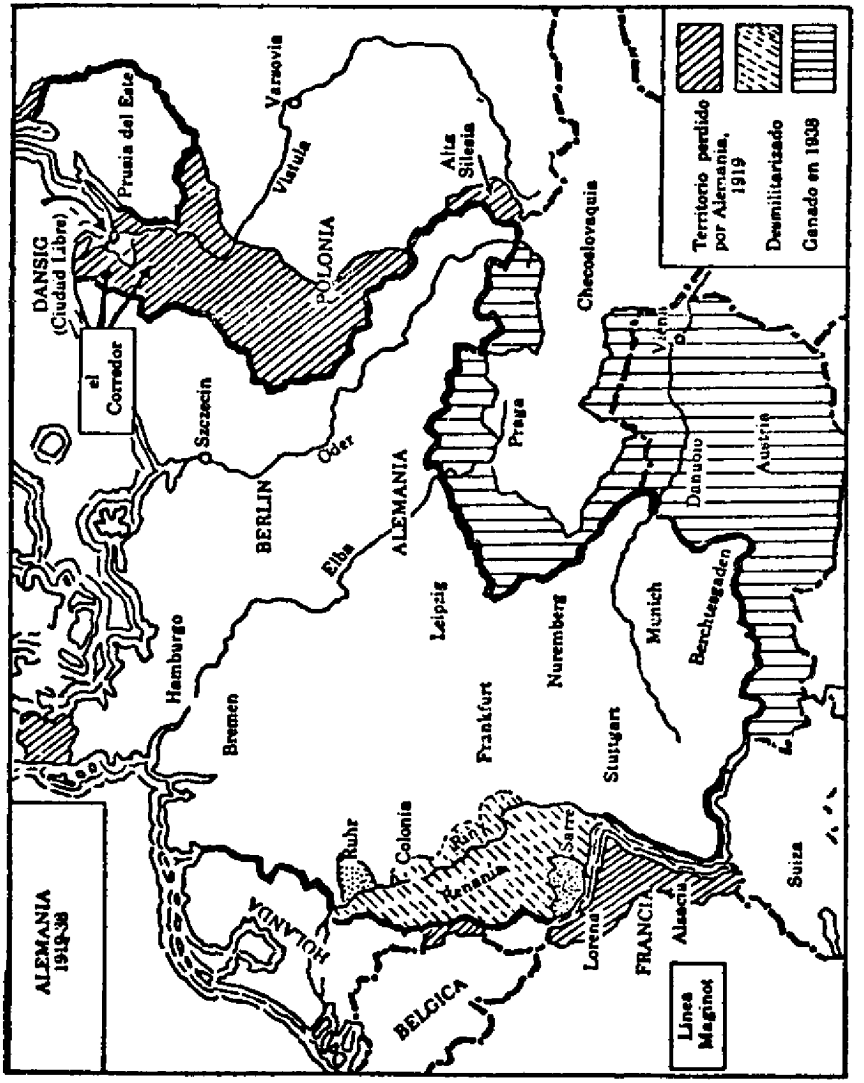
Por otra parte, las diferentes presentaciones que se hacen de un mismo evento, a partir del análisis de las causas históricas, es también consecuencia del hecho de que, el punto de vista elegido y el contexto en el cual se sitúa un determinado documento, no es siempre el mismo punto de vista y el mismo contexto elegido por otro historiador, lo que da como resultado que frecuentemente las interpretaciones sean opuestas y divergentes en todo punto.

El examen que tratamos de realizar con base en la contraposición de ciertas tesis —entre las que nos parecieron particularmente más significativas— sobre los orígenes de las guerras mundiales, nos demuestra que un determinado evento histórico puede derivar de una sola y única serie de causas; sin embargo, esta afirmación no implica que en el estudio de las causas inmediatas una determinada interpretación pueda pretender el mismo grado de validez que cualquiera otra interpretación; pero, en cambio, es claro que el conjunto de interpretaciones nos permiten alcanzar una mejor comprensión del problema.

A la luz de las consideraciones precedentes y de la presentación de las diferentes tesis sobre los orígenes de la Primera y de la Segunda Guerra, parece exacto poder sostener la concepción según la cual la "verdad histórica" se entiende siempre como verdad *provisoria*, cuyo carácter también puede aplicarse a la noción de "verdad científica", pero con una diferencia sustancial:

> La ciencia es inconclusa porque jamás totaliza y la historia es inconclusa porque sus totales están sujetos a revisión por error y omisión..., afirmar que Sócrates o Jesús existieron y que no son mitos, es realmente decir que existieron: la afirmación debe tomarse al pie de la letra y no queda nada más por saber; puede revelarse falsa un día y todo proceso histórico queda siempre sujeto a revisión...[109]

109 Veyne, Paul. *Comment on écrit l'histoire*, Essai d'Epistémologie, París, Editions du Seuil, 1971, pp. 310 y 311.


ALEMANIA 1919-38
Territorio perdido por Alemania, 1919
Desmilitarizado
Ganado en 1938
DANSIG (Ciudad Libre)
Prusia del Este
el Corredor
Varsovia
Vistula
POLONIA
Alta Silesia
Checoslovaquia
Viena
Praga
Saczecin
Oder
BERLIN
Elba
ALEMANIA
Danubio
Austria
Hamburgo
Bremen
Leipzig
Frankfurt
Nuremberg
Munich
Berchtesgaden
Stuttgart
Ruhr
Colonia
Sarre
Suiza
HOLANDA
BELGICA
Lorena
FRANCIA
Alsacia
Línea Maginot

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARON, Raymond, *Introduction a la Philosophie de l'Histoire. Essai sur les limites de l'objetivité historique*, 5a. ed., París, Libraire Gallimard, 1948, 354 pp. (Bibliotheque des Idées).

BEAUMONT, Maurice, *Les origines de la Deuxième Guerre Mondiale*, París, Payot, 1969, 364 pp. (Études et Documentos Payot).

BELL, P. M. H., "Hitler et les origines de la Seconde Guerre Mondiale" (Essai analytique), *Revue d'Histoire de la Deuxième Guerre Mondiale*, 17e. année, núm. 67, 1967.

DUROSELLE, J. B., *Histoire Diplomatique de 1919 a nous jours*, 5a. ed., París, Dalloz, 1971, 808 pp. (Études Politiques, Economiques et Sociales).

FAY, Sidney Bradshaw, *Les origines de la Guerre Mondiale*, trad. Charles Jacob, París, Editions Rieder, 1930, 2 vols. (Manuels d'Histoire Moderne).

FISCHER, Fritz, *Les Buts de Guerre de l'Allemagne Imperial 1914-1918*, trad. G. Migeon et H. Thies, prof. J. Droz, París, Ed. de Trévise, 1970, 654 pp.

GILBERT, Martin, WEINDDENFOLD and NICOLSON, *First World War Atlas*, Londres, 1970.

KOCH, H. W., "Hitler and the Origins of the Second World War: Second thoughts on the Status of some of the Documents", *The Origins of the Second World War*, Londres, Edited by E. M. Robertson, Macmillan and Co., 1971.

PERELMAN, Chaim, "L'objetivité et intelligibilité dans la connaisance historique", *Raisonnement et Démarches de l'Historien*, Travaux du Centre National de Recherches de Lofigue, 1963.

RENOUVIN, Pierre, *La Crise Européenne et la Première Guerre Mondiale*, 4a. ed., París, Presses Universitaires, 1962, 780 pp. (Peuples et Civilisations, XIX).

_____, *Les origines inmédiates de la Guerre —28 junio-4 août 1914—*, 2a. ed., París, Alfred Costes Editeur, 1927, 326 pp.

_____, "Les origines de la Guerre de 1914", *Le Monde*, 29-VII-1964 et 30-VII-1964.

STEINERT, Marlis G., *Les origines de la Seconde Guerre Mondiale*, Francia, Presses Universitaires, 1974, 136 pp. (Documents Histoire, 8).

TAYLOR, A. J. P., *The Struggle for Mastery in Europe 1848-1918*, Oxford University Press, 1957, 638 pp.

The Origins of the Second World War, Londres, Hamish Hamilton, 1961, 269 pp.

VEYNE, Paul, *Comment on écrit l'histoire, Essai d'Epistemologie*, París, Editions du Seuil, 1971, 350 pp.

WEGERER, Alfred de, *The Origins of World War II, A Brief Survey the Beginnings of the Present War, on the Basis of Official Documents*, Nueva York, Published by Richard R. Smith, 1941, 128 pp.

alonso

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO

Estudios completos de doctorado "ès sciences politiques" en el Institut Universitaire de Hautes Études Internationales de Genève (Suiza); investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigador visitante en el Institut for Marine Studies de la Universidad de Washington (Seattle) y en la University of Texas (Austin); pertenece al Sistema Nacional de Investigadores. Actualmente es comisionado del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Miembro de la International Law Association; de la Comisión Tripartita de Juristas de la OEA para el "Caso de Nicaragua"; de la Delegación Mexicana en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; miembro alterno de la Subcomisión de Naciones Unidas para la Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías; funcionario en la delegación permanente de México ante la UNESCO, París, Francia.

Entre sus obras destacan: *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*; *El nuevo derecho del mar. Guía introductiva a la Convención de Montego Bay*; *Derechos humanos en el sistema internacional*; *La extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*; *Temas selectos de derecho internacional*.