CH. ROUSSEAU

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO PROFUNDIZADO



SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
PB	03	17

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

Revisado OK


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM SAPIENTIA EST
FUNDADA EN 1620
QUITO

RECIBIDO 4 MAYO 1968

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO PROFUNDIZADO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

P PB
Ei 03
B1 17



Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador
746-75

341.
R 864
Alta 2012304 C
ID: 11745

Ch. ROUSSEAU
Profesor en la Facultad de Derecho
y Ciencias Económicas de París

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO PROFUNDIZADO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador
C122429
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
LIBROS LIBRO
LD
17500130000-12013606
12013606

LA LEY
S. A. Editora e Impresora
Buenos Aires
1966


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

PREFACIO

Esta obra, estrictamente ajustada al programa de la licenciatura en derecho establecido por el decreto del 27 de marzo de 1954, está concebida dentro del espíritu general que inspira a la colección de *Pequeños resúmenes Dalloz*. Conviene sin embargo no tomar en un sentido literal la expresión *Derecho internacional público profundizado*, adoptada por el decreto para diferenciar la nueva asignatura de tercer año de la de primero denominada *Instituciones internacionales*.

No es éste el lugar para apreciar el valor de la reforma de 1954 en lo que concierne a la enseñanza del derecho internacional público. Será suficiente destacar que el conjunto de las materias de derecho internacional que figuran en el programa de tercer año tanto menos puede prestarse a una enseñanza "profundizada" cuanto que no han sido objeto de estudio previo alguno por los estudiantes de la licenciatura en política y se trata entonces para ellos de una enseñanza referente a nuevas materias. Lo cierto es que, a diferencia del programa actual de *Instituciones internacionales* —que descansa sobre la descripción general del medio internacional, encarado en sus elementos constitutivos (Estados y agrupaciones de Estados, organizaciones internacionales, universales y regionales, territorios no estatales)— el programa de tercer año trata esencialmente de la vida de relación en el orden internacional. La expresión debe tomarse en un sentido muy amplio, que comprende desde las relaciones jurídicas y económicas (derechos de comunicación internacionales) hasta las relaciones de orden contencioso (teoría de la responsabilidad internacional, arreglo pacífico de los conflictos internacionales, derecho de guerra), y que implica necesariamente el estudio previo de la técnica de las relaciones internacionales (teoría de los tratados).

El plan general de este *resumen* corresponde al *programa* indicado en el decreto del 27 de marzo de 1954. Comprende,

en consecuencia, seis partes, respectivamente consagradas a cada uno de los siguientes problemas:

1) Ubicación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico.

2) Fuentes del derecho internacional.

3) Competencia de los Estados (comprendido el estudio del territorio y de la responsabilidad internacional).

4) Comunicaciones internacionales.

5) Arreglo pacífico de los diferendos internacionales.

6) Derecho de guerra y de neutralidad.

Para cada cuestión importante, se indica una corta bibliografía de las obras o artículos esenciales en idioma francés.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

PRIMERA PARTE

UBICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

(Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno) [1]

SECCIÓN I.

Posición teórica del problema.

1. — OBSERVACIONES GENERALES. El problema que consiste en situar el derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico —es decir, en determinar las relaciones del derecho internacional con el derecho interno— ofrece un interés capital.

Conviene observar inmediatamente que las soluciones posibles para ese problema están condicionadas en parte por la posición adoptada en lo referente a la determinación del fundamento del derecho de gentes. En efecto, la concepción voluntarista, es decir, la que hace reposar el derecho internacional sobre el consentimiento de los Estados, lleva al *dualismo*, mientras que la concepción objetivista, que tiende por el contrario a colocar el origen del ordenamiento jurídico fuera de la voluntad humana, lleva a la adhesión al *monismo*. Tales son, en efecto, las dos actitudes fundamentales de la doctrina contem-

---

[1] V. TRIEPEL, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, Rec. de los Cursos, 1923, p. 77-121; ANZILOTTI, *Cours de droit international*, trad. GIDEL, 1929, p. 49-65; KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*, Rec. de los Cursos, 1926, IV, p. 231-331; DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, *Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat*, R. G. 1933, p. 45-70; WALZ, *Les rapports du droit international et du droit interne*, Rec. de los Cursos, 1937, III, p. 379-456; GUGGENHEIM, I, p. 21-44. En lo que concierne a la posición del problema en Francia, cf. JAQUET, *Les rapports du droit interne et du droit international dans le cadre de la Constitution du 27 octobre 1946*, tesis, París, 1956.

poránea relativa al problema de las relaciones que existen entre el derecho internacional y el derecho interno. Son concebibles dos soluciones —y únicamente dos—: o bien los dos órdenes jurídicos son independientes el uno del otro, distintos, separados e impenetrables *(dualismo)*, o bien derivan el uno del otro, lo que implica una concepción unitaria del derecho *(monismo)*.

Después de haber examinado cada una de esas corrientes doctrinales y haber apreciado su alcance científico, podremos considerar el estado de la práctica internacional sobre ese punto.

§ 1. – *El dualismo.*

2. — EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA. La doctrina dualista se presentó especialmente en Alemania y en Italia. Las dos exposiciones más notables son las de Triepel *(Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, trad. fr. por René Brunet bajo el título *Droit international et droit interne*, 1920) y de Anzilotti *(Il diritto internazionale nel giudizi interni*, Boloña, 1905 y *Cours* precitado).

Esta concepción considera al derecho internacional y al derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden jamás, siendo el valor propio del derecho interno independiente de su conformidad con el derecho internacional. Los autores partidarios del sistema dualista invocan dos series de argumentos.

1º Esgrimen en primer término *consideraciones de principio* extraidas: a) de la diversidad de las fuentes del derecho, ya que los dos órdenes jurídicos fluyen de dos fuentes diferentes (el derecho interno procede de la voluntad unilateral del Estado, el derecho internacional de la voluntad común de varios Estados); b) de la diversidad de los sujetos del derecho, ya que el derecho internacional se refiere a las relaciones de los Estados mientras que las reglas del derecho interno están solamente dirigidas a los individuos, sea en sus relaciones mutuas (derecho privado), sea en sus relaciones con el Estado (derecho público).

2º Los autores dualistas se apoyan, además, sobre *consideraciones de hecho*, deducidas a su vez: a) de la diferencia de estructura de los órdenes jurídicos, ya que las instituciones destinadas al cumplimiento coercitivo del derecho (tribunales, órganos ejecutivos) no existen de una manera permanente sino en el orden interno; b) de la validez de las normas internas internacionalmente irregulares, ya que las leyes nacionales conservan su fuerza obligatoria en el orden interno aun cuando estén en oposición con las reglas del derecho internacional.

3. — CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA DUALISTA. Las consecuencias de la teoría dualista son importantes.

1º No puede haber, en ninguno de los dos sistemas jurídicos, una norma obligatoria que emane del otro.

A) *Ya sea en cuanto al fondo.* El Estado, sujeto de derecho internacional, es al mismo tiempo creador del derecho interno; y, en esa creación, queda ligado por el compromiso de conformar su propio derecho interno a sus obligaciones internacionales. Pero la sanción por el incumplimiento de esa obligación es de las más débiles: si el Estado establece su derecho interno sin tener en cuenta sus obligaciones internacionales, la validez de ese derecho no se verá afectada para nada; el incumplimiento imputable al Estado no tendrá otra consecuencia que un desmedro de la responsabilidad internacional de este último.

B) *Ya sea en cuanto a la forma.* Esto desde dos puntos de vista. a) En primer lugar, para ser válida en derecho interno, una regla de derecho internacional debe transformarse previamente en regla de derecho interno y no vale sino como tal. Por ese carácter mismo, puede mantenerse, modificarse o —en este caso bajo reserva de hacerse efectiva la responsabilidad internacional— abrogarse por una ley interna ulterior. Los autores dualistas califican de *recepción* o de *reenvío con recepción* a esa reproducción de las normas internacionales por el derecho interno: una transformación semejante cambia a la vez el valor formal, el destino y el contenido de la norma. b) Los tribunales nacionales no juzgan sino sobre la base del derecho interno. Cuando invocan una norma internacional (caso de los

tribunales de presas), es porque ésta ya fue transformada en regla de derecho interno.

2º No puede haber conflictos posibles entre los dos órdenes jurídicos, sino solamente reenvíos de uno al otro. El reenvío se llama receptivo (o material), o no receptivo (o formal), si la referencia de un sistema jurídico al otro implica o no la recepción de las normas en vigor en ese último. Desde el punto de vista internacional, el derecho interno puede ser necesario, indiferente o ilícito. Dado que los órganos estatales no deben adecuarse sino al derecho interno, sus actos pueden hallarse conformes al derecho internacional y al derecho interno, conformes al derecho interno pero no al derecho internacional (derecho interno internacionalmente contrario); o bien conformes al derecho internacional pero contrarios al derecho interno.

4. — CRÍTICA. ¿Cómo apreciar la doctrina dualista? Se le hacen dos clases de críticas:

1º *Refutación de los argumentos invocados.* Los argumentos invocados por la teoría dualista están lejos de ser decisivos. a) Es inexacto hablar de *una diversidad de fuentes* del derecho interno y del derecho internacional. Como alguien observó, no hay allí otra cosa que una "confusión entre el origen de la norma y sus factores de expresión" (G. Scelle). Ni en el orden internacional ni en el orden interno el derecho es una creación del Estado; en ambos casos es un producto de la vida social, que *sólo se diferencia en el modo de expresión técnica.* b) El argumento extraído de una pretendida diversidad de los *sujetos del derecho* tropieza también con serias objeciones. Ante todo, se contradice por la coexistencia, en el mismo orden jurídico, de normas dirigidas a sujetos diferentes: basta aquí pensar en la división del derecho interno en derecho privado y en derecho público. Por otra parte, desde el punto de vista técnico hay identidad de sujetos del derecho: como el Estado —sujeto directo del derecho internacional en la construcción dualista— no tiene existencia fuera de los individuos (gobernados y gobernantes) que lo componen, son los gobernantes, tanto en el orden interno como en el internacional, los verdaderos destina-

tarios de las normas jurídicas. c) En cuanto a la *diversidad de estructura* destacada por los autores dualistas entre las sociedades interna e internacional, no tiene sino un alcance limitado: no se trata aquí de una oposición fundamental e irreductible, sino de una diferencia orgánica y formal, explicable por la distinta integración del medio social encarado, es decir, una diferencia de grado, no de naturaleza.

2º *Objeciones propiamente dichas.* Habiendo refutado así los argumentos específicos del dualismo, los adversarios de esta concepción le dirigen reproches más graves.

A) *Desde el punto de vista racional* es fácil destacar la debilidad lógica de la construcción dualista, que desconoce el principio de identidad al admitir la igual validez de dos normas antinómicas. No se puede, en efecto, concebir científicamente que dos reglas contrarias, que rijan las mismas materias y los mismos sujetos, puedan ser ambas valederas.

B) *En el terreno de los hechos* conviene tener en cuenta la aplicación directa de las normas internacionales en el interior del Estado, es decir en el seno del orden jurídico interno. Semejante comprobación contradice teóricamente las premisas asentadas por el dualismo, para el que la introducción del tratado internacional en el orden interno por un procedimiento receptivo constituiría una necesidad lógica. Se comprueba en efecto que, prácticamente, son las reglas internacionales las que se aplican como tales en el orden interno, sin transformación.

Esto lo verifican, a la vez, las prácticas interna e internacional.

a) *Práctica interna. α)* Contrariamente a la doctrina defendida por ciertos autores, según los cuales la promulgación de los tratados tendría como fin transformar las reglas de derecho internacional en reglas de derecho interno y atribuirles por eso mismo un valor jurídico obligatorio del que hasta ese momento estaban desprovistas, el examen de la práctica interna francesa en materia de promulgación no confirma esas ideas dualistas. Se observa, por ejemplo, que bajo el imperio de las leyes constitucionales de 1875 existían tratados internaciona-

les obligatorios, aunque no promulgados (caso de los tratados de comercio aplicados provisoriamente antes de toda promulgación de acuerdo con los términos de la ley del 29 de julio de 1919); del mismo modo, la jurisprudencia francesa ha aplicado tratados no promulgados o decisiones arbitrales o jurisdiccionales internacionales que no habían sido objeto de medida alguna de promulgación. *b)* Cuando la jurisprudencia francesa, especialmente la jurisprudencia de presas, interpreta un tratado, lo interpreta a título de regla internacional y no de regla interna (tomando por ejemplo en consideración las reservas formuladas por un Estado en tercería), lo que es inexplicable si se admite la teoría dualista. *c)* Los tratados no son aplicados por los tribunales internos sino mientras son válidos en el plano internacional. Es así que ciertas causas de extinción (denuncia, cambio de circunstancias, mutaciones territoriales que afecten a los Estados contratantes) son tomadas en consideración por las jurisdicciones internas, aunque no sean siempre llevadas oficialmente a su conocimiento.

b) *Práctica internacional*, tanto convencional como jurisprudencial. Desde mediados del siglo XIX, como consecuencia del desarrollo de los tratados multilaterales con finalidad legislativa (tratados-leyes), la identidad de naturaleza jurídica se afirma entre el tratado internacional y la ley interna, cuyas estipulaciones se presentan como normas dirigidas a los súbditos de los Estados.

§ 2. – *El monismo.*

5. — IDEAS GENERALES. La concepción monista toma como punto de partida la *unidad* —de donde surge su nombre de concepción unitaria— del conjunto de normas jurídicas. Ese sistema normativo está construido según el *principio de subordinación*, en virtud del cual todas las normas jurídicas se hallan subordinadas las unas a las otras, en un orden rigurosamente jerárquico. El profesor Kelsen dio al monismo jurídico su expresión científica definitiva. En Francia, la construcción monista fue extendida al derecho internacional por el profesor

Scelle, autor que hace descansar la unidad del sistema jurídico sobre la unidad social de los grupos que entran en relación (monismo sociológico).

Es evidente que el orden jerárquico de las normas depende del punto de partida elegido por el intérprete. Kelsen, y con él otro austríaco, Merkl, estiman que desde el punto de vista científico los dos sistemas a los cuales puede dar nacimiento el monismo (es decir, primacía del derecho interno o primacía del derecho internacional) son igualmente concebibles y admisibles, pudiendo elegirse una norma cualquiera como punto de partida del sistema jurídico total. Si Kelsen defiende la primacía del derecho internacional, no es por razones de orden científico, sino por consideraciones de orden práctico: la primacía del derecho interno provocaría en efecto la división del derecho internacional y, como consecuencia, su negación. Esta especie de indiferencia científica fue vivamente criticada por los otros autores monistas (Verdross, Kunz) quienes, sobre ese punto capital, se separan del jefe de la escuela austríaca. Sea como fuere, conviene ver cómo se presentaron en la doctrina las dos interpretaciones.

6. — EL MONISMO CON PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNO. EXPOSICIÓN. En esta concepción, que fue en Alemania la de la "escuela de Bonn" (Zorn, Erich Kaufmann, Max Wenzel), en Francia la del profesor Decencière-Ferrandière, y que inspira aún ampliamente a los juristas soviéticos, se admite que el derecho internacional deriva del derecho interno, desembocándose así en una concepción unitaria del derecho, con primacía del derecho estatal nacional.

Los *argumentos esenciales* invocados por los sotenedores de la doctrina son: 1º la ausencia de una autoridad superestatal, por lo que cada Estado determina libremente cuáles son sus obligaciones internacionales y permancce en principio como único juez del modo en que las ejecuta; 2º el fundamento puramente constitucional —por lo tanto interno— de las obligaciones competentes para concluir los tratados en nombre del Estado y obligar a éste en el plano internacional.

7. — CRÍTICA. Esta doctrina provoca graves objeciones.

1º Es insuficiente, ya que no vale en definitiva sino con respecto a los tratados, cuya fuerza obligatoria hace descansar sobre la Constitución estatal. Pero la explicación propuesta no tiene valor alguno para todas aquellas normas internacionales que no son de naturaleza convencional, especialmente para las reglas derivadas de la costumbre.

2º Está contradicha por el derecho internacional positivo. Si las obligaciones internacionales reposaran sobre la Constitución estatal, su validez debería estar subordinada a la de la Constitución en base a la cual fueron concertadas: en particular, todo cambio de orden constitucional (revisión o revolución) debería provocar la caducidad de los tratados. Ahora bien; ese no es el orden de la práctica internacional, según la cual las modificaciones constitucionales de los Estados no afectan la validez de los tratados celebrados por ellos; esta persistencia de las obligaciones convencionales a despecho de las variaciones en el orden jurídico interno se explica por el *principio de la continuidad o de la identidad del Estado.*

8. — EL MONISMO CON PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL. EXPOSICIÓN. En esta construcción es, por el contrario, el derecho interno el que deriva del derecho internacional, concebido este último como un orden jurídico jerárquicamente superior. No hay aquí dos órdenes jurídicos coordinados, sino dos órdenes jurídicos de los cuales uno (derecho internacional) es superior, y el otro (derecho interno) está subordinado. El orden jurídico interno, derivado del orden jurídico internacional y colocado bajo su supremacía, es así, de acuerdo con la fórmula kelseniana, un "derivado" o una "delegación" del derecho internacional. Esta concepción fue desarrollada por la escuela normativista austríaca (Kunz, Kelsen, Verdross) y por la literatura jurídica francesa o de expresión francesa (Duguit, Scelle, Réglade, Politis, Bourquin).

9. — CRÍTICA. La construcción monista es, evidentemente, mucho más satisfactoria. Sin embargo, se le oponen ciertas *objeciones.*

1º El monismo llega a suprimir toda distinción entre el derecho internacional y el derecho interno para fundir los dos en un derecho universal unificado.

2º El monismo sería contrario a la verdad histórica. Esta objeción fue presentada sobre todo por los positivistas voluntaristas (Triepel, Anzilotti). La doctrina monista, que hace del derecho interno una simple "delegación" del derecho internacional, estaría en contradicción con los hechos de la historia. Esta teoría sólo sería sostenible si se pudiese probar que el derecho de gentes existe desde los comienzos de la humanidad. Ahora bien, se observa que es el derecho interno el que aparece en un principio. Además, la convicción de los Estados le es contraria, ya que nada repugna tanto a éstos como la idea de ejercer un poder que les es concedido por el derecho internacional.

3º El monismo desconoce ciertos datos formales del derecho positivo, especialmente por su teoría de la derogación automática de las normas jurídicas inferiores contrarias. Ello supone olvidar que un acto jurídico interno, de orden reglamentario, legislativo o constitucional, no puede ser modificado, revisado o derogado sino mediante un procedimiento análogo al seguido para su establecimiento (principio del acto contrario).

A lo que *los autores monistas responden:* a) que no niegan la distinción entre el derecho internacional y el derecho interno, pero que se limitan a restituirle su verdadero alcance, ya que definir el género no es negar las especies; b) que para considerar las relaciones de los dos sistemas jurídicos entre sí, es necesario hacer abstracción del punto de vista histórico y permanecer en el plano de la lógica jurídica pura, siendo el monismo una doctrina de jerarquía y no de anterioridad cronológica de las normas; c) que la última objeción es de orden formal y, como tal, poco concluyente, teniendo en cuenta que el punto de vista formal debe eliminarse en derecho internacional por no corresponder a la realidad.

SECCIÓN II.

Estado de la práctica internacional.

10. — OBSERVACIÓN PREVIA. Es difícil encontrar en la práctica internacional una confirmación neta de una u otra de las doctrinas analizadas precedentemente. Sin embargo, es posible, en cierta medida, extraer algunas ideas de conjunto.

11. — FLUCTUACIONES DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL EN LO QUE CONCIERNE A LA CONFIRMACIÓN DEL MONISMO O DEL DUALISMO. La práctica internacional no consagra netamente ninguna de las dos teorías.

1º Fundada sobre la separación absoluta de los órdenes jurídicos, la doctrina dualista niega todo efecto internacional a una regla jurídica de derecho interno. Las comprobaciones siguientes están en desacuerdo con esta interpretación:

a) La jurisprudencia internacional no consagra la teoría dualista del reenvío con recepción. En su dictamen consultivo del 21 de febrero de 1925, relativo a la cuestión del intercambio de poblaciones griega y turca, la Corte permanente de justicia internacional se expresaba así: "Del hecho de que las partes contratantes se obliguen a armonizar sus legislaciones respectivas con la Convención de Lausana del 30 de enero de 1923, no es desprende de modo alguno que ésta reenvíe a las leyes nacionales mientras no sean contrarias a la Convención."

b) No existe regla general de derecho internacional según la cual un Estado habría de obligarse por un tratado ratificado en forma inconstitucional. Por el contrario, numerosas constituciones estipulan que los tratados celebrados irregularmente desde el punto de vista del derecho interno no tienen ningún valor en derecho internacional.

c) Un tratado internacional es perfectamente apto para derogar una ley interna, lo que sería inconcebible en un sistema fundado sobre una separación radical de los ordenamientos jurídicos. Es así que el artículo 4 del tratado de Letrán del 11 de

febrero de 1929 entre Italia y la Santa Sede derogó expresamente la ley italiana de garantías del 13 de mayo de 1871.

2º Por otra parte, pueden hacerse las siguientes observaciones a la doctrina monista:

a) No existe regla de derecho internacional que delegue a cada Estado la competencia para determinar los órganos y el procedimiento de conclusión de los tratados. Por el contrario, es el derecho constitucional de cada Estado —por lo tanto, el derecho interno— el que fija libremente a ese respecto las reglas de competencia y de procedimiento.[2]

b) No existe regla general de derecho internacional alguna según la cual una norma internacional habría de derogar automáticamente una norma interna que le fuera contraria. En particular, una decisión jurisdiccional internacional no puede jamás romper una decisión interna que tenga fuerza de cosa juzgada ni derogar *de plano* una ley interna. En principio, lo contencioso internacional no es contencioso de anulación, sino solamente contencioso de reparación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional cualquiera, el Estado responsable podrá verse en la obligación de pagar una indemnización o de dar una satisfacción adecuada; pero la norma (o la decisión) interna, internacionalmente irregular, permanecerá en vigor hasta su derogación (o su modificación) por el Estado interesado.

α) Este principio está consagrado por el derecho internacional convencional. Aludimos aquí a la cláusula de los tratados de arbitraje que sanciona la norma o la decisión interna, internacionalmente ilícita, no con su anulación sino con la puesta en movimiento del mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado interesado (cf. como cláusula-tipo el artículo 32 del Acta general del 26 de septiembre de 1928 para el

---

2 V. a este respecto PAUL DE VISSCHER, *Les tendances internationales des Constitutions modernes*, Rec. de los Cursos, 1952, I, p. 515-577.

arreglo pacífico de los diferendos internacionales, Colliard, I, p. 368).

6) La jurisprudencia internacional confirma igualmente la idea de que "toda violación de un compromiso comporta la obligación de reparar". La Corte permanente de justicia internacional vio en ello "un principio de derecho internacional" (sentencia del 26 de julio de 1927, asunto de Chorzow) y "hasta una concepción general del derecho" (sentencia del 13 de septiembre de 1928, mismo asunto).

Todo esto, como podemos ver, deja mucho que desear. La práctica internacional permanece, en efecto, contradictoria, ya que:

1° por una parte rehusa admitir que el derecho interno y el derecho internacional sean dos sistemas jurídicos separados, rigurosamente herméticos el uno con respecto al otro; 2° pero por otra parte descarta la idea de un derecho interno delegado por un orden normativo superior y rechaza igualmente la concepción de dos órdenes jurídicos jerárquica y orgánicamente subordinados.

Queda la cuestión de la primacía del derecho internacional.

12. — CONFIRMACIÓN DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE GENTES POR LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. La práctica internacional confirma muy claramente, y a menudo en términos categóricos, la subordinación del derecho interno al derecho de gentes.

A) *Actitud de la jurisprudencia internacional.* Numerosas decisiones internacionales formularon el principio de la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno, y se han valido de la regla así enunciada para resolver el problema de las relaciones del tratado con la ley. La institución de la responsabilidad internacional del Estado en razón de sus actos legislativos constituye, por otra parte, la prueba más difícilmente refutable de la primacía del derecho de gentes; desde que el juez o árbitro internacional aprecia la regularidad del derecho interno con relación al derecho internacional, ello se debe a que el derecho interno no es soberano, sino subordinado al derecho

internacional. "Es indiscutible e indiscutido que el derecho internacional es superior al derecho interno" afirmaba la Comisión franco-mejicana de reclamaciones en su decisión del 19 de octubre de 1928, relativa al asunto Georges Pinson. Por su parte, la Corte permanente de justicia internacional declaró: "Es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado" (dictamen consultivo del 31 de julio de 1930, asunto de las comunidades greco-búlgaras). Algunos tratados recientes recordaron el principio en términos expresos (art. 3 de la Convención general franco-tunecina del 3 de junio de 1955 por el cual "los dos gobiernos reconocen la primacía de las convenciones y tratados internacionales sobre el derecho interno").

B) *Actitud del derecho público interno.* Las Constituciones internas elaboradas después de 1919 confirman igualmente el principio de la subordinación del derecho interno al derecho internacional. Pero la aplicación de este principio alcanza distintos grados en las diferentes Constituciones.

1º Ciertas Constituciones se limitan a enunciar, con variantes en la terminología, el principio del sometimiento del Estado al derecho internacional sin zanjar por eso el problema de jerarquía jurídica que implica la coexistencia de los dos sistemas normativos (art. 29-3º de la Constitución del Eire del 1º de julio de 1937; preámbulo de la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946;[3] art. 211 de la Constitución birmana del 24 de septiembre de 1947). Las disposiciones precitadas estipulan que el Estado interesado declara "aceptar", "adoptar" o "conformarse" a las reglas o a los principios del derecho internacional como norma de conducta en sus relaciones con los otros Estados. Esas son afirmaciones sin gran alcance, sobre todo

[3] V. a este respecto J. - P. NIBOYET, *La Constitución nouvelle et certaines dispositions du droit international*, D. 1946, Crónica, p. 89-92; J. DONNEDIEU DE VABRES, *La Constitution de 1946 et le droit international*, D. 1948, Crónica, p. 5-8; L. PREUSS, *Droit international et droit interne dans la Constitution française de 1946*, *Rev. intern. hist. pol. et const.*, 1951, p. 199-224.

cuando están incluidas, como en Francia, en un preámbulo cuyo valor obligatorio es discutido. Son a la vez inútiles (ya que enuncian una regla evidente que encuentra su verdadero fundamento en el orden jurídico internacional) y peligrosas (ya que su incorporación a la Constitución interna puede engendrar dudas tanto respecto del fundamento de la regla como de la extensión de la obligación que implica).

2º Yendo más allá, otras Constituciones han consagrado la incorporación de reglas de derecho internacional en el derecho interno al imponer al legislador nacional la obligación de armonizar las prescripciones dictadas por él con las normas universales del derecho internacional (art. 4 de la Constitución alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919, art. 4 de la Constitución estoniana del 15 de junio de 1920, art. 9 de la Constitución austríaca del 1º de octubre de 1920, art. 7 de la Constitución española del 9 de diciembre de 1931, art. 3 del título I de la Constitución de las Filipinas del 8 de febrero de 1935, art. 10 de la Constitución italiana del 27 de diciembre de 1947). Es igualmente a ese sistema que adhiere el derecho consuetudinario inglés expresado en el adagio *International Law is a part of the Law of the Land*, del que por otra parte se exageró el alcance. Pero, por interesantes que sean esas afirmaciones, al estar desprovistas de sanción positiva, aparecen más como una máxima de conducta política que como regla verdadera de derecho.

3º La fórmula que presenta el máximo de eficacia es la que prevé la incorporación de las reglas de derecho internacional al derecho interno pero enunciando expresamente la superioridad del derecho internacional, siguiendo el ejemplo del artículo 25 de la Constitución de la República federal alemana del 8 de mayo de 1949: "Las reglas generales del derecho internacional son parte integrante del derecho federal. Son superiores a las leyes y hacen nacer directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal." El artículo 100, § 2 de la misma Constitución, permite al juez interno alemán, bajo el control del Tribunal constitucional federal, de-

negar la aplicación de las leyes contrarias al derecho internacional común.

13. — CONCLUSIÓN. ALCANCE EXACTO DEL DEBATE. ¿Qué conclusión podemos sacar, después de todo esto, acerca de la ubicación del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico? Aunque parezca paradojal, cabe preguntarse si la querella entre el monismo y el dualismo no es en realidad una controversia vana.

Se observará en efecto —y es ésto una verificación significativa— que numerosos autores recientes (Mestre, Spiropoulos, Mirkine-Guetzévitch, Chailley) buscaron tratar la cuestión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno fuera de toda observación *a priori* y lejos de los sistemas preexistentes. En presencia de este movimiento doctrinal, se puede estimar que la controversia referente a las relaciones entre los dos órdenes jurídicos no es otra cosa que una *discusión de escuela*, tanto más que la práctica positiva no confirma de una manera absoluta ninguna de las dos tesis.

En cuanto a la cuestión de saber a qué orden normativo pertenece la primacía jurídica, el verdadero punto de divergencia del monismo y del dualismo sólo se refiere a la sanción del principio y no a su realidad intrínseca. En la construcción monista, se admite una derogación automática de las normas internas contrarias al derecho internacional. En la concepción dualista, se admite la validez de las normas internas internacionalmente irregulares —y así se afirma la primacía del derecho de gentes— bajo reserva de poner en juego la responsabilidad internacional del Estado.

Se llega entonces a admitir la primacía del derecho internacional, condición necesaria para la existencia del derecho de gentes, y a comprobar que en los hechos esta regla está sancionada por la teoría de la responsabilidad internacional (*infra*, nº 107), institución impuesta por las condiciones mismas de organización de la comunidad interestatal, y que es la única que puede conciliar la autonomía de las competencias nacionales con su subordinación a un derecho superior. De ahí se verifica la excepcional importancia de la responsabili-

dad internacional para la ubicación del derecho de gentes en el ordenamiento jurídico, ofreciendo esa institución el doble mérito de demostrar a la vez la primacía del derecho internacional y el alcance exacto —es decir, limitación en cuanto al sistema *actual* de sanción— de ese principio.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Capítulo I

LOS TRATADOS [1]

16. — Definición de los tratados. Sea cual fuere su denominación, el tratado internacional aparece como un *acuerdo entre sujetos del derecho de gentes destinado a producir ciertos efectos de derecho*. Corresponde a la vez a lo que son en el orden interno la ley y el contrato. Debemos, sin embargo, precisar esta definición.

17. — Definición del tratado internacional en sentido amplio. En su sentido amplio debe reservarse la denominación de tratado a todo *acuerdo celebrado entre miembros de la comunidad internacional*.

A) *No pueden por lo tanto calificarse como tratados*, por no ser al menos uno de los contratantes sujeto directo del derecho de gentes: 1º los acuerdos celebrados con poblaciones no civilizadas o con tribus indígenas; 2º los contratos de matrimonio entre príncipes de familias reinantes, ya que los príncipes no figuran como órganos o representantes de los Estados, sino a título simplemente privado y personal; 3º las convenciones efectuadas entre Estados e individuos extranjeros (ej.: acuerdos celebrados entre un Estado y tenedores extranjeros de títulos de empréstito, contratos de concesión de servicios públicos tales como el acuerdo efectuado el 29 de abril de 1933 entre el gobierno iranio y la *Anglo-Iranian Oil Cº*) o entre

---

1 V. P. Chailley, *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, tesis, París, 1932 y *Théorie générale des traités internationaux*, en el *Répertoire de droit international* de La Pradelle y Nabóyet, Supl. 1934, p. 294-359; cf. también nuestros *Principes généraux du droit international public*, tomo I, 1944, libro Iº, *Les traités*, p. 125-814.

individuos extranjeros (ej.: *Red Line Agreement* celebrado el 31 de julio de 1928 entre compañías petrolíferas privadas para delimitar sus zonas de influencia respectivas en el Cercano Oriente).

B) *Pueden, por el contrario, calificarse como tratados internacionales,* aunque no se efectúen entre dos Estados: 1º los acuerdos celebrados entre miembros del Commonwealth; 2º los concordatos celebrados entre la Santa Sede y los Estados católicos, aunque desde el punto de vista material su objeto sea resolver asuntos de orden interno que dependen, por ese carácter, de la competencia exclusiva del Estado cocontratante; 3º los acuerdos celebrados por un organismo internacional [2] sea con un Estado (ej.: acuerdo firmado en Lake Success el 26 de junio de 1947 entre la O.N.U. y los Estados Unidos concerniente al estatuto legal de la sede permanente de la O.N.U.; acuerdo firmado en París el 5 de noviembre de 1953 entre el comando supremo aliado en Europa y el Gobierno francés con respecto al funcionamiento del S.H.A.P.E.; acuerdo de sede celebrado en París el 2 de julio de 1954 entre la U.N.E.S.C.O. y el Gobierno francés; tratado firmado en Londres el 21 de diciembre de 1954 regulando las relaciones entre Gran Bretaña y la Comunidad europea del carbón y del acero, etc...), sea con otro organismo internacional (ej.: convenciones firmadas en Ginebra los días 19 de abril y 19 de julio de 1946 para la transferencia de los bienes de la S.D.N. a la O.N.U.).

18. — DEFINICIÓN DEL TRATADO INTERNACIONAL EN SENTIDO RESTRINGIDO. En sentido restringido, el tratado internacional se define por el procedimiento utilizado para su celebración, es decir, por su forma, no por su contenido. Se reserva entonces la denominación técnica de tratado a los compromisos internacionales celebrados con la intervención formal del órgano investido de competencia para la conclusión

---

2 Sobre este problema V. K. ZEMANEK, *Das Vertragsrecht der Internationalen Organisationen*, Viena, 1957, y J. W. SCHNEIDER, *Treaty-making power of international Organizations*, Ginebra, 1959.

de los mismos (*treaty-making power* de los anglosajones), o sea, en la mayoría de los países, con la *intervención formal del Jefe del Estado*. Los tratados así entendidos se caracterizan por dos rasgos: a) *conclusión mediata*, que comporta tres fases distintas (negociación, firma, ratificación); b) *unidad de instrumento jurídico*.

En la práctica, la terminología utilizada para designar los tratados internacionales *stricto sensu* es tan variada como mal establecida. Los términos siguientes son los utilizados con mayor generalidad: tratado, convención, pacto, carta, estatuto, acta, declaración, protocolo, arreglo, acuerdo, *modus vivendi*, convenio, constitución, etc.... Como ninguna razón de necesidad rige la terminología de esos diversos instrumentos convencionales, es fácil ver que todos pueden ser igual e indiferentemente utilizados para la realización de una operación jurídica determinada, ya que actos de la misma naturaleza material pueden ser realizados con ayuda de procedimientos técnicos variables. A despecho de su diversidad formal, hay sin embargo equivalencia material entre esos diferentes instrumentos jurídicos, estando todos dotados de la misma fuerza obligatoria.

19. — LOS ACUERDOS EN FORMA SIMPLIFICADA. A los tratados internacionales así definidos se oponen los acuerdos en forma simplificada llamados *agreements* (por oposición a los *treaties*) en la práctica americana. Esos acuerdos se conciertan sin la intervención formal del órgano estatal investido del *treaty-making power* (por lo tanto sin la intervención del Jefe del Estado) y ordinariamente resultan convenidos por los ministros de relaciones exteriores y los agentes diplomáticos. Se caracterizan: a) siempre, por su celebración inmediata (negociación y firma); b) frecuentemente, pero no siempre, por la *pluralidad de instrumentos jurídicos* (intercambio de cartas, de notas, de declaraciones). Se desprende de ésto que la existencia o la ausencia de la ratificación constituye el único criterio jurídicamente válido para diferenciar los tratados propiamente dichos de los compromisos internacionales con procedimiento simplificado. El artículo 55 de la Constitución fran-

cesa del 4 de octubre de 1958 reserva el procedimiento de ratificación a los tratados en el sentido formal, estando por el contrario la "aprobación" destinada a aplicarse a los acuerdos en forma simplificada.

Aunque esencial desde el punto de vista del modo de celebración, esta distinción no corresponde a una diferencia de contenido, ya que no existe *ninguna jerarquía de objeto* entre los tratados y los acuerdos en forma simplificada. Actos políticamente tan importantes como la firma de una alianza, el estrechamiento de un acuerdo político, el restablecimiento de relaciones diplomáticas, la confirmación de un protectorado o su reconocimiento por un Estado en tercería, el arreglo del mecanismo del contrato de préstamo, la cesión por contrato de bases militares, navales o aéreas, la reglamentación de la utilización pacífica de la energía atómica, fueron celebrados bajo forma simplificada. El recurso de este procedimiento es corriente para las convenciones de orden militar (convenciones de armisticio), así como para los acuerdos de orden técnico (aduaneros, postales, etc. . . .). El gran desarrollo de estos acuerdos en la época contemporánea se explica principalmente por motivos de orden práctico, como la simplicidad y la rapidez en el procedimiento de conclusión.

Entre los acuerdos en forma simplificada debemos destinar un lugar especial en los *gentlemen's agreements*, acuerdo internacionales desprovistos de efectos obligatorios y que la doctrina anglosajona interpreta como compromisos de honor que no comportan ninguna obligación jurídica directa para las partes, que quedan sin embargo comprometidas moralmente (ej.: acuerdo Lansing-Ishii fectuado el 2 de noviembre de 1917 entre los Estados Unidos y el Japón, destinado a reglamentar la inmigración japonesa a los Estados Unidos; Carta del Atlántico o declaración angloamericana sobre los principios comunes a la política nacional de los dos países firmada por el Presidente Roosevelt y W. Churchill el 14 de agosto de 1941).

20. — CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS. Existen numerosas clasificaciones de los tratados (según el objeto, el modo de eje-

cución, la época de celebración, el alcance de su aplicación espacial) que están desprovistas de valor científico. En realidad, solamente dos clasificaciones presentan un interés metodológico.

A) La primera es una distinción de orden material *(distinción entre tratados-contratos y tratados-leyes)*. Se estableció sobre la base de las funciones jurídicas que persiguen los tratados: realización de una operación jurídica (tratados-contratos) o establecimiento de reglas de derecho (tratados-leyes). Los tratados-contratos (ej.: tratados de alianza, de comercio, de delimitación, de cesión territorial, etc....) son actos de carácter subjetivo que engendran prestaciones recíprocas a cargo de los Estados contratantes que desean, cada uno respectivamente, cosas diferentes. En cuanto a los tratados-leyes o tratados normativos, su objeto es enunciar una regla de derecho objetivamente válida. Se caracterizan por la identidad del contenido de la voluntad de los signatarios (ej.: declaración de París del 16 de abril de 1856 sobre la guerra marítima, Convenciones de La Haya del 29 de julio de 1889 y del 18 de octubre de 1907, Pacto de la Sociedad de las Naciones del 28 de julio de 1919, Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945).

B) La segunda distinción es de orden formal *(distinción entre tratados bilaterales y tratados colectivos o multilaterales)*. Está fundada exclusivamente sobre el número más o menos grande de Estados que participan en el tratado. Mientras que el tratado bilateral se concluye entre dos Estados, el tratado multilateral se efectúa entre una pluralidad de Estados (28 para el tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, 63 para el Pacto Kellogg del 27 de agosto de 1928, 51 para la Carta de las Naciones Unidas, 61 para las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 sobre la Cruz Roja, etc....).

21. — PLAN DEL CAPÍTULO I. Para tener una visión completa de los tratados conviene encararlos sucesivamente desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material; es decir, estudiar en tres secciones su procedimiento de conclusión, sus efectos y su modo de extinción.

SECCIÓN I

Conclusión de los tratados [3]

22. — EL TRATADO INTERNACIONAL, OPERACIÓN CON PROCEDIMIENTO. El tratado internacional se concluye por medio de un procedimiento complejo, ya que es en sí mismo un acto complejo. Podemos decir de él lo que se dijo de la ley en derecho interno: es una operación sujeta a un procedimiento, es decir que no se perfecciona sino después de cumplir un cierto procedimiento reglamentado por el uso. Una variante de la misma idea la expresó el profesor Scelle, quien calificó a justo título el tratado internacional de "acto solemne" o de "acto auténtico". Una de las consecuencias más notables de ese principio es que en la época contemporánea los tratados se comprueban siempre mediante un *documento escrito;* la forma de acuerdos verbales, empleada a veces en el pasado, ha desaparecido casi completamente hoy día.

23. — DETERMINACIÓN DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA CONCLUIR TRATADOS INTERNACIONALES. Por su misma naturaleza, el tratado aparece como un acto mixto que corresponde, a la vez, al derecho interno (por su mecanismo de elaboración) y al derecho internacional (por su función jurídica). Por ello, la doctrina se encuentra dividida. Mientras que una primera teoría, desarrollada bajo la influencia de Vattel, estima que la determinación de los órganos competentes para tratar recae exclusivamente sobre el derecho interno, otros autores —sobre todo alemanes, de acuerdo con Gneist— apoyan por el contrario la determinación internacional del *treaty-making power*.

De hecho, se comprueba que en ausencia del derecho internacional es el *derecho interno* de cada Estado el que determi-

---

[3] V. J. BASDEVANT, *La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités*, Rec. de los Cursos, 1926, V. p. 539-643 y P. DE VISSCHER, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruselas, 1943; cf. también nuestros *Principes*, tomo I, 1944, p. 142-336.

na discrecionalmente las condiciones de ejercicio de la competencia de conclusión de los tratados. Las prescripciones constitucionales son, a ese respecto, decisivas.[4]

24. — PLAN DE LA SECCIÓN I. Se estudiará en dos párrafos la técnica clásica de conclusión de los tratados y de las modificaciones aportadas por la práctica reciente a ese procedimiento tradicional, entendiéndose que esas modificaciones buscaron sobre todo adaptar a los tratados multilaterales un procedimiento originariamente establecido para los únicos tratados existentes entonces, o sea los tratados bilaterales.

§ 1. – *Procedimiento clásico de conclusión de los tratados*

25. — PLAN DEL § 1. Surgido del uso y aplicado primeramente a los tratados-contratos bilaterales, el procedimiento tradicional de conclusión de los tratados comprende la negociación, la firma y la ratificación.

A. – Negociación

26. — FORMAS DE LA NEGOCIACIÓN. La negociación de los tratados afecta formas diferentes según se trate: a) de un *tratado bilateral*, en cuyo caso se efectúa de cancillería a cancillería entre el ministro de relaciones exteriores de un Estado y el agente diplomático de otro Estado, asistidos eventualmente por expertos y técnicos; b) de un *tratado multilateral*, en cuyo caso se desarrolla ordinariamente en el seno de un congreso o de una conferencia.[5]

27. — ORGANOS ESTATALES COMPETENTES PARA NEGOCIAR. En el momento actual es excepcional que los jefes de Estado efectúen por sí mismos la negociación de los tratados, en ra-

---

[4] V. HANS BLIX, *Treaty-making power*, Londres, 1960.

[5] V. M. SIBERT, *Quelques aspects de l'organisation et de la technique des Conferences internationales*, Rec. de los Cursos, 1934, II, p. 391-457.

zón de su irresponsabilidad constitucional, por lo menos en los Estados que practican el régimen parlamentario. Esa competencia pertenece al órgano ejecutivo, es decir al complejo gobierno-jefe de Estado.

28. — LOS PLENOS PODERES. En general, los tratados son negociados por diplomáticos o agentes técnicos *(plenipotenciarios)* provistos de los poderes necesarios (plenos poderes). Los plenos poderes son un título escrito (cartas patentes) que emanan en principio del Jefe del Estado, y consisten en una autorización para negociar y concluir. Aunque comportan frecuentemente la promesa de ratificar, no debe verse en el empleo de esta fórmula defectuosa sino una simple cláusula de estilo, quedando siempre en reserva la ratificación ulterior por parte del Jefe del Estado.

En lo que concierne a la verificación de los plenos poderes, se produjo una evolución notable en la práctica. A ese respecto, la sustitución de la simple comunicación del depósito refleja la trasformación que afectó la función misma de los plenos poderes: éstos —antiguamente elemento jurídico capital de la validez del tratado— son hoy, simplemente, la expresión concreta del título del negociador, es decir de su aptitud para representar válidamente al Estado que es parte en el tratado.

B. – Firma

29. — ELECCIÓN DEL LENGUAJE. La negociación desemboca normalmente en la redacción de un texto escrito: el tratado. Complicada largo tiempo por controversias de las que no estaban ausentes las consideraciones políticas y que no han desaparecido por completo en la hora actual, la elección del lenguaje a emplear en las negociaciones y los tratados dió lugar en el pasado a numerosas dificultades.

Fuera de la hipótesis de que los Estados contratantes empleen la misma lengua, el problema más frecuente consistirá, cuando los Estados utilizan idiomas diferentes, en realizar un arreglo práctico. Las modalidades son variables.

A) Un primer sistema —seguramente el preferible— consiste en redactar el tratado en *una sola lengua.* La elección de ese lenguaje único, que recayó a menudo en el pasado sobre el latín, se efectuó casi exclusivamente desde el siglo XVIII sobre el francés en razón de las cualidades técnicas propias de esa lengua.

B) Un segundo sistema consiste en la *redacción del tratado en dos o más idiomas, pero con preeminencia de una sola versión.* Es éste el aplicado por los tratados de paz de 1919-1920 celebrados entre las Potencias aliadas y los Estados enemigos que no fueran Alemania, teniendo esa preeminencia el texto francés.

C) Un último sistema consiste en elegir *tantas lenguas como Estados contratantes haya.* Aplicada a los tratados bilaterales, esta fórmula conduce a la redacción en dos idiomas, lo que tendrá el inconveniente de provocar dificultades si los dos textos son de igual valor. Aplicado a los tratados colectivos, la redacción en varios lenguajes multiplica esos inconvenientes. Desgraciadamente la práctica contemporánea, por una concepción falsamente entendida de la igualdad entre los Estados y por una invocación abusiva al argumento del número, se ha orientado progresivamente hacia este método, que acentúa al máximo las divergencias de interpretación. Se ven, así, tratados multilaterales redactados en tres, cuatro o cinco idiomas que tienen la misma fuerza probatoria (este último régimen consagrado por el artículo III de la Carta de las Naciones Unidas, redactada en cinco idiomas de idéntico valor).

Esos inconvenientes se atenúan, pero no se eliminan, en el caso de tratados colectivos redactados en dos idiomas a los que se atribuye un mismo valor; práctica que, aplicada al francés y al inglés por el tratado de Versalles, fue nuevamente seguida para esos dos idiomas en la mayor parte de los tratados multilaterales celebrados entre 1919 y 1939. Una agravación de este método (redacción en cuatro idiomas de los que tres daban fe) se nota en la redacción de diversos compromisos internacionales concluidos después de 1945.

30. — FIRMA DE LOS TRATADOS. Una vez redactado, el tratado se firma. Algo que no se hace siempre de inmediato; en la práctica contemporánea se intercala, frecuentemente, una formalidad suplementaria, la *rúbrica* (firma abreviada del tratado por los plenipotenciarios, que colocan su rúbrica). Esta formalidad se sigue cuando ciertos Estados no han dado a sus representantes plenos poderes para firmar o bien cuando subsiste una incertidumbre en cuanto a la aceptación definitiva de tal o cual Estado. En la práctica el plazo comprendido entre la rúbrica y la firma excede rara vez algunas semanas.

31. — COMPOSICIÓN DE LOS TRATADOS. Desde el punto de vista formal los tratados se componen esencialmente del preámbulo y de la parte dispositiva. En el pasado, estaban a veces precedidos por invocaciones preliminares a la divinidad.

32. — INVOCACIONES PRELIMINARES. Encabezando los tratados se encontraba antiguamente una *invocación a la divinidad*, residuo de la aplicación de la teoría del derecho divino como fundamento del poder político. Los tratados eran, así, celebrados "en nombre de la Santa e Indivisible Trinidad", "en nombre de Dios Todopoderoso", "en nombre de Dios único", etc.... Frecuente en el pasado la práctica de la invocación desaparece poco a poco en el curso del siglo XIX. En la época contemporánea no se encuentra sino en los tratados celebrados por la Santa Sede (concordatos y tratado de Letrán del 11 de febrero de 1929, Colliard, I, p. 51).

33. — PREÁMBULO. Los tratados se abren habitualmente con un preámbulo que contiene indicaciones de orden general: enumeración de las partes contratantes y exposición de los motivos que determinaron la celebración del tratado.

A) *Enumeración de las partes contratantes.* En la práctica se utilizan dos procedimientos principales.

1º *Enumeración de los Estados contratantes.* Aunque es el más lógico, ya que es el Estado mismo el que se obliga por el efecto del tratado, este procedimiento es relativamente poco

utilizado en la época contemporánea (ej.: tratados de paz de 1919-1920, tratados de minorías, tratados relativos a las comunicaciones fluviales, marítimas y aéreas celebrados entre 1919 y 1923, tratados de paz del 10 de febrero de 1947, Pacto del Atlántico del 4 de abril de 1949, Colliard, I, p. 122-444, 474, 501, 680, 688, 691, 694, 698 y 724).

2º *Enumeración de los órganos estatales de las partes contratantes.* Este sistema es susceptible de dos variantes, según que los órganos enumerados sean de naturaleza unipersonal o colegiada. a) Aplicada a los compromisos internacionales, la primera fórmula consiste en la *enumeración de los jefes de Estado* o (caso de Suiza y de la URSS) de los órganos investidos con el *treaty making power*. Reflejo de la antigua concepción según la cual el Príncipe se identificaba con el Estado que representaba en el exterior, este procedimiento se mantuvo en la época contemporánea para los tratados multilaterales más importantes (ej.: Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, tratados de Locarno de 1925, Pacto Kellogg del 27 de agosto de 1928, Pacto constitutivo de la liga árabe del 22 de marzo de 1945, Colliard, I, p. 325, 353, 361 y 624). b) *La enumeración de los gobiernos* de los Estados signatarios se aplica en el caso de compromisos bilaterales que no tengan una importancia política particular. Este procedimiento se aplica algunas veces, impuesto por el régimen constitucional de los Estados contratantes (caso de los gobiernos de facto): la mayor parte de los tratados celebrados en nombre de Francia entre el 1º de setiembre de 1944 y el 1º de enero de 1947 lo fueron por "el gobierno de la República francesa" (V. p. ej.: Colliard, I, p. 610, 703, 715, etc...). c) Es raro que los tratados los concluyan *los pueblos* por sí mismos, ya que los gobernados no son sujetos directos del derecho internacional. La Carta de las Naciones Unidas se concluyó sin embargo bajo esta forma insólita, seguramente para acentuar la solemnidad (Colliard, I, p. 299); se empleó la misma fórmula en el proyecto de tratado que estatuía sobre la comunidad europea adoptado el 10 de marzo de 1953 por la Asamblea *ad hoc*.

B) *Exposición de motivos.* Se encuentra a menudo en el preámbulo el enunciado más o menos concreto de los motivos que determinaron la conclusión del tratado y la exposición de la finalidad perseguida por los Estados signatarios. Esas indicaciones presentan un interés jurídico en dos casos: a) cuando el preámbulo enuncia una *disposición supletoria* destinada a proveer a las lagunas del tratado; b) cuando el preámbulo enuncia la finalidad del tratado con una precisión suficiente como para orientar la *interpretación de la parte dispositiva.*

34. — PARTE DISPOSITIVA. En lo que toca a la parte dispositiva, y debido a la extrema diversidad de los tratados a ese respecto, destacaremos simplemente: a) *la redacción en artículos,* algunas veces muy numerosas (440 en el tratado de Versalles de 1919, 111 en la Carta de las Naciones Unidas, 159 en la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra); b) eventualmente, el *agregado de anexos* destinados a regular detalles de orden técnico (18 anexos en el tratado de Versalles, 17 en el tratado de paz de 1947 con Italia).

C. – Ratificación [6]

35. — DEFINICIÓN E IDEAS DOMINANTES. La firma, aunque precisa el contenido de la voluntad de los Estados, no vuelve obligatoria la regla de derecho formulada en el tratado. Este no adquiere en principio fuerza jurídica sino por la ratificación. Podemos definir esta última como *la aprobación dada al tratado por los órganos internos competentes para obligar internacionalmente al Estado.* Se le ha definido igualmente como "el procedimiento definitivo que da a los tratados su validez" (Scelle) o "el acto por el cual la voluntad de los Estados se confirma por la autoridad competente para darle fuerza de ley" (J. Basdevant, opinión disidente en el asunto Ambatielos, sen-

---

[6] V. F. DEHOUSSE, *La ratification des traités,* tesis, Lieja, 1935 y P. FREYMOND, *La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne,* tesis, Lausana, 1947.

tencia de la Corte internacional de justicia con fecha del 1º de julio de 1952, p. 69).

Dos distintas clases de consideraciones militan en favor del principio según el cual el tratado sólo es válido después de su ratificación.

A) *Una razón de técnica jurídica.* Originariamente, la teoría dominante *(teoría del mandato)* reducía el proceso de conclusión de un tratado al esquema civilista de la celebración de un contrato por mandatario. La ratificación se presenta entonces como la confirmación retroactiva del acto del mandatario (negociador) por el mandante (jefe del Estado), haciendo reserva del abuso de poder cometido eventualmente por los plenipotenciarios; pero esa confirmación no agregaba nada al tratado, que era plenamente válido y por lo tanto obligatorio desde su firma.

Esta explicación es inaceptable. Es imposible asimilar un plenipotenciario, llamado a tratar en nombre del Estado, a un mandatario privado, cuya función está limitada al ejercicio jurídico del derecho civil. No son comparables ni los intereses representados ni las finalidades perseguidas.

B) *Consideraciones de orden práctico,* decisivas en este caso. Podemos destacar tres: a) la *importancia de las materias que son objeto de los tratados,* que impone al jefe de Estado la obligación de pronunciarse personalmente sobre un acto jurídico que afecta los más altos intereses nacionales; b) el *deseo de evitar controversias relativas a la apreciación del exceso de poder* eventualmente cometido por el plenipotenciario en el momento de la firma del tratado; c) la *influencia del desarrollo del régimen parlamentario* y la necesidad de salvaguardar la libertad de decisión de las Cámaras llamadas a autorizar la ratificación de los tratados por el jefe del Estado. Esta libertad no sería ya completa si se admitiera que la sola firma del plenipotenciario compromete definitivamente al Estado.

Hoy en día está fuera de duda que *el tratado no se concluye sino con el intercambio de ratificaciones* entre las partes contratantes. El derecho convencional (protocolo nº 19 del Congreso de Berlín del 13 de julio de 1878, art. 5 de la Con-

vención panamericana de La Habana del 20 de febrero de 1928) como la jurisprudencia internacional (C. P. J. I., sentencia del 10 de setiembre de 1929 en el asunto de la competencia de la Comisión internacional del Oder; C. I. J., sentencia del 1º de julio de 1952 en el asunto Ambatielos, p. 43, que ve "una condición indispensable para la entrada en vigor del tratado") pueden invocarse en apoyo del principio. Este comporta sin embargo dos excepciones importantes:

1º En primer lugar, numerosos compromisos internacionales se concluyen directa y definitivamente en el momento mismo de la firma, sin que sea necesario ratificarlos. Sucede así: a) en todos los casos, para los acuerdos en forma simplificada (*supra*, nº 19) que, no siendo tratados en el sentido formal, no comportan intervención del jefe del Estado; b) en ciertos casos, para los tratados propiamente dichos, cuando se explica la derogación del derecho común por razones de celeridad (caso de ciertos tratados de alianza) o de lógica jurídica (aplicación del principio del acto contrario: caso en que el tratado anterior que se trata de modificar o de abrogar no comporta cláusula de ratificación).

2º En segundo lugar, un tratado puede producir efectos desde su firma, aunque esté sometido a ratificación. La excepción se explica aquí por consideraciones propias a la naturaleza jurídica (caso de los tratados de comercio en Francia según los términos de la ley del 29 de julio de 1919) o a la importancia política del tratado (caso de los tratados de asistencia mutua celebrados después de 1945 por los Estados del bloque oriental), así como por el alejamiento geográfico de los contratantes (caso de los tratados celebrados antiguamente con la China y el Japón).

36. — RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RATIFICACIÓN. El régimen jurídico de la ratificación está dominado por un principio importante: *la autoridad competente para ratificar está determinada por el derecho público interno del Estado interesado.* La práctica internacional contemporánea es muy clara a ese respecto: los tratados multilaterales comportan, con variantes de

forma sin importancia, la afirmación del principio de que su ratificación se efectuará conforme a los procedimientos constitucionales en vigor en cada uno de los Estados signatarios.

37. — FORMAS DE LA RATIFICACIÓN. La ratificación, que emana del órgano investido del *treaty-making power*, toma en la práctica la forma de *cartas de ratificación* que reproducen el texto del tratado y prometen hacerlo ejecutar. Este instrumento no tiene, por otra parte, sino un carácter interno: pero el intercambio de ratificaciones —o para los tratados multilaterales, el depósito de ratificaciones— dará lugar a la firma de un protocolo, y será solamente a partir de ese momento que los Estados estarán ligados jurídicamente.

En la práctica francesa actual, las cartas de ratificación están concebidas así:

"Charles de Gaulle, presidente de la República francesa, presidente de la Comunidad.

"A todos aquellos que interesen las presentes cartas, ¡Salud!

"Habiendo visto y examinado dicho tratado, hemos aprobado y aprobamos en todas y cada una de sus partes, en virtud de las disposiciones contenidas en él y de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución. (Aquí se inserta el texto íntegro del tratado).

"Declaramos que es aceptado, ratificado y confirmado, y prometemos que será observado inviolablemente.

"En fe de lo cual, Nos dimos las presentes, revestidos del sello de la República."

38. — CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA COMPETENCIA DE RATIFICACIÓN. A despecho de la terminología, la ratificación no es en absoluto la expresión de una competencia completa, por la cual el órgano investido del *treaty-making power* confirmaría de modo automático un acto jurídico pretendidamente perfecto desde su firma. Conserva un carácter discrecional. De aquí surgen tres consecuencias importantes.

A) *Primera consecuencia: indeterminación del plazo de ratificación.* La primera consecuencia consiste en que faltando una cláusula expresa que estipule un plazo prefijado, el Es-

tado signatario está libre de dar su ratificación en el momento en que lo juzgue conveniente. De aquí surge la práctica, no exenta de graves inconvenientes, de las *ratificaciones tardías*, ocurridas a veces muchos años después de la firma del tratado (ej.: ratificación por la ley francesa del 9 de marzo de 1934 del tratado de arbitraje franco-helvético del 6 de abril de 1925, ratificación por la ley francesa del 21 de agosto de 1939 de la Convención de Bruselas del 10 de abril de 1926 sobre la inmunidad de los navíos del Estado, ratificación por la ley francesa del 12 de marzo de 1940 de la Convención de Ginebra del 12 setiembre de 1923 para la represión de la circulación y del tráfico de publicaciones obscenas).

B) *Segunda consecuencia: posibilidad de una ratificación condicional.* Se halla igualmente dentro de la lógica del sistema de la ratificación discrecional que el Estado signatario subordine la ratificación —o el intercambio de ratificaciones— de un tratado concertado por él, a la realización de una condición política determinada. Es así que la ley francesa del 6 de diciembre de 1956, que autorizaba la ratificación del tratado de amistad y de buena vencidad franco-libio del 10 de agosto de 1955, subordinó el intercambio de ratificaciones de ese tratado a la delimitación de la frontera argelino-libanesa: esta condición debía realizarse rápidamente con la firma del acuerdo del 26 de diciembre de 1956.

C) *Tercera consecuencia: licitud de los rechazos de ratificación.* Se observa finalmente que, siendo la ratificación un acto libre, los Estados que firmaron un tratado no están obligados a ratificarlo. Pueden rehusarse a hacerlo sin comprometer su responsabilidad internacional. Ese rechazo de ratificación podrá ser un acto políticamente inoportuno o inamistoso; pero jurídicamente no será ilícito. La evolución se cumplió bajo la influencia de consideraciones exteriores al derecho internacional y extraídas del derecho interno, pues la forma representativa adoptada en el siglo XIX por el régimen constitucional de la mayor parte de los Estados europeos implica la separación de los poderes y postula la intervención sucesiva, en la conclusión de los tratados, de los dos grandes órganos estatales, el Ejecutivo

y el Legislativo, los cuales pueden tener opiniones divergentes en la materia.

En la práctica, las negativas de ratificación han sido frecuentes en la época contemporánea. Por su parte, Francia no ratificó el tratado del 20 de diciembre de 1841 sobre la represión de la trata de negros, la Convención del 6 de noviembre de 1887 sobre los cabarets flotantes, el tratado de Washington del 6 de febrero de 1922 sobre el empleo de los submarinos en tiempo de guerra, el pacto de cuatro del 15 de julio de 1933, ni el tratado del 27 de mayo de 1952 que instituía la comunidad europea de defensa. Italia no ratificó ninguna de las convenciones de La Haya del 18 de octubre de 1907. Ninguna potencia ratificó la declaración de Londres del 26 de febrero de 1909 sobre la guerra naval o el tratado de paz de Sèvres del 10 de agosto de 1920 con Turquía, ni (con excepción de Checoeslovaquia) el protocolo de Ginebra del 2 de octubre de 1924 para el arreglo pacífico de los diferendos internacionales.

Las negativas de ratificación fueron particularmente numerosas en los Estados Unidos, en razón de las divergencias políticas que podían producirse entre el presidente y el Senado; el precedente más conocido es el del tratado de Versalles, rechazado el 19 de marzo de 1920 por ese cuerpo legislativo. Durante los ciento cincuenta años que van desde 1789 a 1939, para 900 tratados puestos en vigor por el Presidente de los Estados Unidos, se cuentan 200 que no entraron en aplicación por faltarles la ratificación o como consecuencia de enmiendas introducidas por el Senado.

39. — REGLAMENTACIÓN INTERNA DE LA RATIFICACIÓN. Desde el punto de vista del derecho comparado, los sistemas constitucionales de ratificación de los tratados se clasifican en *tres categorías*, que implican tanto la competencia exclusiva del Ejecutivo como la del Legislativo, o bien la competencia conjunta de uno y otro poder.

40. — I. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL EJECUTIVO. Este régimen, que corresponde al *sistema monárquico* puro, era antiguamente el de las monarquías absolutas. Fue en Francia el

del Segundo Imperio (art. 6 de la Constitución del 4 de enero de 1852). Fue igualmente el del Japón (Constitución del 11 de febrero de 1889) hasta la Constitución del 3 de noviembre de 1946.

Este sistema reapareció provisoriamente en la época contemporánea en los *regímenes autoritarios*, basados sobre la primacía jurídica y política del Ejecutivo: Italia fascista (1922-1943) y Alemania nacional-socialista (1933-1945). Fue aplicado igualmente en Polonia de 1935 a 1939, y por el Gobierno de Vichy, en Francia, de 1940 a 1944. En todos esos regímenes es el Jefe de Estado el único que ratifica los tratados internacionales.

41. — II. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL LEGISLATIVO. La ratificación de los tratados por el órgano legislativo es la característica de los Estados que practican el *gobierno de asamblea*. En el momento actual encontramos este sistema en Turquía (art. 26 de la Constitución del 20 de abril de 1924), donde la Gran Asamblea nacional de Ankara es la única que tiene competencia para concluir los tratados internacionales.

En el sistema soviético inicial (Constitución del 9 de julio de 1923), la ratificación de los tratados era de competencia exclusiva del Congreso de los Soviets, órgano supremo de la Unión y, en el intervalo de las sesiones del Congreso, del Comité central ejecutivo de la Unión. Legalizando una evolución de la costumbre, el artículo 49 letra *i* de la Constitución del 5 de diciembre de 1936 precedió a la descentralización atribuyendo la ratificación de los tratados al presidium del Consejo supremo de la Unión, es decir, a una delegación restringida de ese Consejo Supremo, elegida por él. Una fórmula análoga (ratificación por el presidium) se consagró en ciertas "democracias populares" de Europa oriental (Bulgaria, Hungría, Rumania, Yugoeslavia).

42. — III. DIVISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO. La división de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo constituye el derecho común de la mayor parte de los Estados. Debemos hacer a este respecto una dis-

tinción entre los estados europeos, que permanecieron fieles en su conjunto —por lo menos en Occidente— al régimen parlamentario, y los estados americanos, que practican el régimen presidencial. Debe reservarse un lugar especial al régimen suizo que resolvió el problema de una manera original.

A) *Régimen parlamentario.* — Los países de régimen parlamentario siguen la fórmula franco-belga, cuyo origen remonta al artículo 68 de la Constitución belga del 7 de febrero de 1831, texto que iba a servir de modelo durante la segunda mitad del siglo XIX a numerosas Constituciones europeas. El régimen es susceptible, prácticamente, de dos variantes que implican la intervención obligatoria del Parlamento, algunas veces para todos los tratados, otras para algunos de ellos solamente considerados como particularmente importantes. La segunda solución es la admitida habitualmente: es la que se aplica especialmente en Francia (*infra*, nº 43) y en Inglaterra.

B) *Régimen presidencial.* — Fuera de las repúblicas centro y sudamericanas, el tipo más acabado de régimen presidencial es el ofrecido por los Estados Unidos.[7] En materia de ratificación, ese régimen se caracteriza por la competencia del Ejecutivo con intervención obligatoria de la Cámara alta para todos los tratados, así como lo decide el artículo 2, sección 2, de la Constitución federal del 17 de setiembre de 1787:

"El Presidente tendrá el poder, con el consejo y el consentimiento del Senado, de concluir tratados, siempre que esos tratados reúnan la mayoría de los dos tercios de los senadores presentes."

Puede observarse que, de acuerdo con la práctica constitucional americana, existe cierto número de actos internacionales para los cuales el Presidente no necesita el consentimiento del Senado y que, en consecuencia, puede celebrar solo. Es la distinción entre los *treaties* (tratados en sentido formal para los cuales es necesaria la intervención del Senado) y los *execu-*

---

7 V. R. PINTO, *Les pouvoirs du Sénat américain en matière de traités*, R. D. P. 1950, p. 363-382; S. HOFFMANN, *Accords internationaux et séparation des pouvoirs*, *ibid.*, 1953, sobre todo p. 402-413; J. B. WHITTON, *L'amendement Bricker*, *ibid.*, 1954, p. 714-721.

tive agreements (acuerdos en forma simplificada concluidos con validez por el Presidente actuando con su sola autoridad). Son del dominio de los *agreements* los acuerdos militares (convenciones de armisticio), los provisorios o preparatorios de tratados definitivos, los que conciernen al arreglo de las reclamaciones de ciudadanos americanos contra los gobiernos extranjeros, los referidos a cuestiones relativas al reconocimiento de gobiernos o de Estados nuevos, los celebrados en ejecución de un *Act* del Congreso (acuerdos postales después de 1792, aduaneros después de 1934, de contratos de préstamo entre 1941 y 1945, de ayuda militar para la defensa mutua después de 1949, para la utilización pacífica de la energía atómica a partir de 1954). De 1789 a 1945, se concluyeron 845 tratados contra 1492 *agreements*, y 46 *treaties* y 310 *agreements* entre 1939 y 1945. Para 1947, la proporción fue de 15 *treaties* contra 183 *agreements*.

Desde 1945 ciertos círculos políticos trataron de reducir los poderes del Presidente relativos a la conclusión de compromisos internacionales. Tal era especialmente el objeto de la enmienda Bricker, depositada a comienzos de 1953 y rechazada por escaso margen (debido a la falta de un voto) el 26 de febrero de 1954 por el Senado. Esa enmienda tendía a extender el control del Congreso, no ya del Senado, sobre la conclusión de los tratados e, innovación sintomática, de los acuerdos ejecutivos, no pudiendo ser aplicables ni unos ni otros sino por medio de leyes adoptadas por las dos Cámaras. El senador Bricker retomó lo esencial de su proyecto en una nueva enmienda depositada el 7 de enero de 1957.

C) *Régimen suizo.* — Aunque semejante al régimen de Asamblea, el sistema suizo en materia de conclusión de tratados está de acuerdo con la técnica habitual del principio representativo, siendo ejercida la competencia de ratificación por el Consejo federal después de la autorización eventual de la Asamblea federal. Sin embargo, a partir de 1921, los tratados internacionales celebrados para una duración indeterminada o para más de 15 años pueden someterse a votación popular si formulan el pedido 30.000 ciudadanos u 8 cantones: esta disposición no se ha aplicado hasta hoy más que una sola vez.

43. — ESTUDIO ESPECIAL DEL SISTEMA FRANCÉS.[8] La fórmula de la división de las competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo fue consagrada en Francia por el artículo 8 de la ley constitucional del 16 de julio de 1875. De acuerdo con ese texto, el Presidente de la República ratificaba por sí solo los tratados internacionales excepto los siguientes, para los cuales era indispensable la aprobación previa del Parlamento: a) tratados de paz; b) tratados de comercio (bajo reserva de su aplicación provisoria antes de la ratificación en virtud de la ley del 29 de julio de 1919; sobre la interpretación de esta disposición, ver Crim., 26 de febrero de 1937, S. 1938 1. 117); c) tratados que "comprometen" las finanzas del Estado, es decir, que dan nacimiento a una carga financiera inmediata y cierta, y que es necesario por lo tanto distinguir de los tratados que sólo "afectan" las finanzas del Estado (sobre el alcance de esta distinción y sus consecuencias relativas a la ratificación de los acuerdos del 29 de abril y el 12 de julio de 1926 sobre la regulación de las deudas de guerra interaliadas, ver Jèze, *La ratification des acords sur les dettes interalliées*, R. D. P., 1927, p. 92-97 y *Pouvoirs du guvernement en matière de ratification des traités relatifs aux finances publiques*, *ibid.*, 1929, p. 479-487); d) tratados relativos al estado de las personas, nacionalidad y domicilio; convenciones consulares, convenciones sobre la ejecución de las sentencias, y las relativas a la protección y a la asistencia judicial; e) tratados relativos a los derechos de propiedad (industrial, literaria, artística, etc.) de los franceses en el extranjero; f) tratados que comporten modificación (cesión, adhesión o intercambio) del territorio nacional (metropolitano o colonial), categoría que comprende especialmente los tratados

---

[8] V. a este respecto P. BARISIEN, *Le parlement et les traités*, tesis, Paris, 1913; CH. ROUSSEAU, *Le régime actuel de conclusion des traités en France* (Estudios en honor de Georges Scelle, París, 1950, p. 565-584) y *La ratification des traités en France depuis 1946* (Estudios en honor de Achille Mestre, París, 1956, p. 473-492); J. L. DE CORAIL, *Le rôle des Chambres en matière de politique extérieure*, R. D. P., 1956, p. 770-853.

Sobre el régimen de la Constitución de 1958 V. NGUYEN-QUOC-DINH, *La Constitution de 1958 et le droit international*, Rev. dr. público, 1959, sobre todo, p. 519-548 y CH. ROUSSEAU, *La Constitution de 1958 et les traités internationaux*, Mélanges BASDEVANT, París, 1960, p. 463-472.

de delimitación (sobre la inobservancia del principio para la delimitación de las posesiones coloniales entre 1875 y 1940, V. Crim., 11 abril 1924, *Rec. Penant*, 1925, 1. 72 y Cons. de Est. 15 de mayo de 1925, *Villes de Ghardaïa et autres*, *Rec.*, p. 472 y *Rev. algér.*, 1926. 1. 45, nota Rectenwald).

Este sistema fue mantenido por el artículo 27 de la Constitución del 27 de octubre de 1946 que, sin embargo, agregó a la lista de los tratados cuya ratificación estaba subordinada a aprobación legislativa, los tratados relativos a la organización internacional y los que modificaban leyes internas. La práctica francesa interpreta la expresión "tratados que conciernen a la organización internacional" como aplicable únicamente a aquellos que crean una organización internacional permanente investida de poderes de decisión o que impongan renuncias o limitaciones de soberanía a Francia. El sistema adoptado por la Constitución de 1958 difiere bajo tres puntos de vista de la fórmula precedente.

a) Ante todo, la mención de los "tratados relativos a los derechos de propiedad de los franceses en el extranjero", tradicional desde 1875, no figura ya en la nueva enumeración del artículo 53.

b) Por otra parte, el artículo 53 prevé la intervención de las Cámaras únicamente para los tratados "que modifican las disposiciones de naturaleza legislativa" (en lugar de "tratados que modifican las leyes internas").

c) Finalmente, de acuerdo con el artículo 11 de la Constitución, el presidente de la República "puede someter al referéndum todo proyecto de ley... tendiente a autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, tendría incidencias sobre el funcionamiento de las instituciones".

El examen del sistema francés da origen a diversas observaciones.

a) En primer lugar, ese sistema excluye de la aprobación parlamentaria ciertos tratados políticamente importantes (de

alianza, de protectorado, de arbitraje, de no agresión, de asistencia mutua, etc....). Pero en la práctica ha habido siempre una tendencia a extender el papel del Parlamento por razones de orden político fáciles de entender; puede afirmarse que casi todos los tratados importantes celebrados después de 1875 fueron sometidos a las Cámaras.

b) En segundo término importa precisar la significación jurídica del sistema francés. Esta es doble: α) Por una parte el acto de ratificación escapa al derecho común de los actos administrativos, siendo considerado por la jurisprudencia como un *acto de gobierno*, no susceptible por lo tanto a recursos contenciosos (Cons. de Est. 5 de febrero de 1926, *dame Caraco*, D. P. 1927 .3.1, nota Devaux). 6) Por otra parte, la intervención del Parlamento se analiza como una *autorización* dada al presidente de la República para ejercer una competencia que le confiere la Constitución (en ese sentido París, 28 de enero 1926, S. 1927.2.1, nota Niboyet; Trib. civ. del Sena, 8 de marzo de 1938, *D. H.* 1938, 270; Cons. de Est., 7 de diciembre de 1934, *Motais de Narbonne*, *Rec.*, p. 1156). El Parlamento no "ratifica", aunque el lenguaje político sea a menudo defectuoso sobre ese punto: se limita a autorizar al jefe del Estado a ratificar.

44. — LAS RATIFICACIONES IMPERFECTAS. Un tratado no es obligatorio para las partes contratantes hasta no hallarse celebrado por los órganos competentes y hasta tanto no hayan sido observadas todas las disposiciones de derecho constitucional que rigen la conclusión de los compromisos internacionales. No puede surgir a este respecto ninguna dificultad en los regímenes constitucionales en los que el jefe de Estado ejerce de manera exclusiva e incondicional la competencia de ratificación. Pero surge un problema delicado en los Estados en los que, por su Constitución, se opera una diferenciación funcional entre los gobernantes, requiriéndose entonces jurídicamente la intervención previa del Parlamento para la conclusión definitiva de los tratados. Puede presentarse la hipótesis de una ratificación dada por el jefe del Estado fuera de toda autorización legislativa, cuando esa autorización era constitucionalmente necesaria.

El problema reside, en ese caso, en determinar el valor jurídico de tal ratificación, que se califica habitualmente de *ratificación irregular o imperfecta.*

1º *La controversia doctrinal.* A este respecto se presentan tres concepciones en la doctrina:

a) Una primera teoría, defendida en Alemania por Laband y Bittner y adoptada en Francia por Carré de Malberg, admite la validez internacional del trabajo irregularmente ratificado, por motivos fundados en la seguridad de las relaciones internacionales. El deseo de evitar intromisiones abusivas en el mecanismo político interno de cada Estado conduce a prohibir a un Estado controlar la constitucionalidad de los procedimientos de conclusión de los tratados en vigor en los Estados cocontratantes.

b) La teoría dominante hoy en día se pronuncia por la nulidad internacional del tratado irregularmente ratificado. Funda esta solución sobre una consideración elemental de técnica jurídica deducida de la noción de competencia: la primera condición para que el acto de ratificación produzca sus efectos jurídicos es que su autor haya sido competente para realizarlo, es decir, que esté regularmente autorizado; en caso contrario, el acto de ratificación emana de un órgano incompetente y como tal se encuentra desprovisto de efectos jurídicos.

c) Una última doctrina, defendida sobre todo por la escuela positivista italiana (Anzilotti, Cavaglieri, Salvioli), se presenta como un ensayo de explicación intermedia. Los autores italianos buscaron explicar el mantenimiento en vigor del tratado celebrado irregularmente recurriendo para ello a la idea de la responsabilidad internacional del Estado. En esta construcción el Estado, al que le es imputable una ratificación irregular, ha cometido por medio de su jefe un acto ilícito que compromete su responsabilidad, pero esa misma responsabilidad le impide invocar la nulidad del tratado con respecto a su cocontratante. Es así que la responsabilidad internacional se convierte en la base de la validez del tratado.

2º *Estado de la práctica interna.* Los precedentes que da la *práctica constitucional* no son siempre probatorios. En cuanto a la *jurisprudencia interna,* es poco abundante y, en las raras decisiones ocurridas hasta ahora, consagra preferentemente la tesis de la validez de los tratados ratificados irregularmente (V., especialmente en lo que se refiere a la jurisprudencia francesa, Req. 25 de julio de 1887, D. P. 188.1.5, nota Sarrut y S. 188.1.17, nota Lyon-Caen; París, 11 de febrero de 1892, D. P. 192.2.593; Corte de apelaciones de la A. O. F., 8 de febrero y 1º de marzo de 1907, S. 1908.2.209, nota A. Girault). Sin embargo, en Francia, esta solución, explicable por la reserva habitual de los tribunales judiciales con respecto a los actos del Ejecutivo, pertenece por completo al pasado ya que, según los términos del artículo 26 de la Constitución del 27 de octubre de 1946, los únicos tratados que tienen fuerza de ley son "los tratados diplomáticos regularmente ratificados". Debe interpretarse semejante disposición como prohibiendo en el futuro a los tribunales aplicar tratados irregularmente ratificados. De hecho, la tendencia actual de la jurisprudencia, por lo menos de la jurisprudencia judicial, es negar todo valor a los tratados que modifican la legislación interna cuando su ratificación no fue autorizada por una ley (en ese sentido París, 28 de noviembre de 1950, D. 1951.440, nota Carbonnier). Por el contrario, el Consejo de Estado (sentencia *Villa* del 16 de noviembre de 1956) admitió la validez de un acuerdo en forma simplificada que modificaba una ley interna (intercambio de cartas Bidault-Benzoni del 17 de mayo de 1956) y puesto en vigor sin haber sido objeto de una aprobación legislativa.

3º *Estado de la práctica internacional.* La *práctica diplomática* ofrece pocos ejemplos de tratados anulados por una ratificación pretendidamente irregular, aunque se consideró el problema numerosas veces.

En cuanto a la *jurisprudencia internacional,* se limita a un solo precedente, donde se encuentra enunciada la idea, frecuentemente destacada en la correspondencia diplomática de los Estados americanos, de que la validez internacional de un tratado depende de su regularidad interna. Se trata de la sentencia

de arbitraje del 22 de marzo de 1888 del Presidente Cleveland entre Costa Rica y Nicaragua, referente a la validez del tratado de límites celebrado el 15 de abril de 1858 entre los dos Estados y cuya ratificación por Nicaragua se había efectuado sin observarse las disposiciones de la Constitución revisada el 19 de agosto siguiente.

§ 2. – *Modificaciones recientes en el procedimiento tradicional de conclusión de los tratados.*

45. — IDEAS GENERALES. Las modificaciones han sido profundas sobre todo en lo que concierne a la técnica de conclusión de los tratados colectivos. Ellas tienden a distintos fines: simplificación de los procedimientos técnicos tradicionalmente aplicados a los tratados bilaterales (nº 46); adopción de procedimientos nuevos destinados sea a extender el círculo de los Estados contratantes (nº 47), sea a eliminar los procedimientos clásicos de firma y de ratificación (nº 48 y 49); diversificación de las obligaciones convencionales (nº 50); organización sistemática de la publicidad de los compromisos internacionales (nº 51).

46.— BÚSQUEDA DE UN PROCEDIMIENTO AUTÓNOMO DE CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS MULTILATERALES. En el momento actual, el tratado multilateral forma, como el tratado bilateral, un acto jurídico único contenido en un instrumento igualmente único. Esta situación es el resultado de una evolución marcada por tres fases sucesivas.

a) *Forma antigua: el conjunto de tratados bilaterales.* Originariamente, el resultado que hoy se obtiene por el tratado colectivo era logrado por medio de una serie de tratados bilaterales. Era ese un procedimiento singularmente complejo, ya que si se supone un tratado a concluir entre cinco Estados: A, B. C, D, E, teóricamente se necesitaba la firma de diez tratados de contenido idéntico, pero formalmente distintos (AB, AC, AD, AE, BC, BD, BE, CD, CE y DE), para traducir en el plano jurídico el acuerdo de voluntades así realizado (ej.: tratados del

13-24 de octubre de 1795 relativos a la división de Polonia, tratados de París del 30 de mayo de 1814 firmados por Francia con cada uno de los seis Estados aliados, tratados del 14 de abril de 1920, del 23 de abril y del 7 de junio de 1921 entre los tres Estados de la Pequeña Entente).

b) *Forma transitoria: el tratado semicolectivo.* Entre el sistema inicial y el procedimiento actual, se mantuvo hasta mediados del siglo XIX una forma intermedia: la que el profesor Basdevant llamó tratado semicolectivo y en la que uno de los Estados signatarios, con intereses particulares, aparece en cierta manera como constituyendo una parte contratante distinta, opuesta al conjunto de los otros Estados signatarios. En lugar de desembocar en una pluralidad de tratados AB, AC, AD, etc., la relación jurídica ABCDE se traduce por un instrumento único, pero aún dominado por la técnica contractual, entre el Estado A por una parte y el grupo BCDE por otra (ej.: convención de los estrechos del 30 de marzo de 1856 con Turquía). Este procedimiento subsiste como forma residual en la época contemporánea (ej.: tratados de minorías de 1919-1920; tratado de Versalles de 1919 celebrado "entre las Principales Potencias Aliadas y Asociadas, por una parte, y Alemania por la otra"; tratados de paz del 10 de febrero de 1947 entre el conjunto de las Naciones Unidas efectivamente beligerantes, por una parte, y cada uno de los Estados satélites de Alemania por otra).

c) *Forma contemporánea: el tratado colectivo.* Pero a partir de 1856 el procedimiento del tratado colectivo tiende a substituir a los otros dos, y la relación jurídica existente entre los cinco Estados: A, B, C, D, E, se expresa en adelante en un instrumento único ABCDE. En el momento actual, y haciendo reserva de la persistencia de la forma del tratado semicolectivo en ciertos casos limitados, este procedimiento es el más empleado.

Esta evolución en la técnica de conclusión tuvo su repercusión en la elección de los métodos utilizados para determinar la entrada en vigor de los tratados multilaterales. El antiguo procedimiento de intercambio de ratificaciones entre todos los

Estados signatarios, exageradamente complicado ya que suponía el envío y la recepción por cada Estado signatario de tantos instrumentos como partes contratantes había, ha sido sustituido progresivamente por la práctica internacional con el depósito de los instrumentos de ratificación en el Ministerio de relaciones exteriores de un Estado designado a ese fin por el tratado (generalmente el del lugar de la firma); a veces se reemplaza ese depósito efectuándoselo en el secretariado general de la S. D. N. o de la O. N. U. Además de la simplificación práctica que supone este procedimiento presenta la gran ventaja de permitir el fraccionamiento del momento de entrada en vigor del tratado, correspondiendo éste a fechas sucesivas para los diversos Estados signatarios a medida que se depositan los instrumentos de ratificación.

47. — ADHESIÓN Y FIRMA DIFERIDA. Teóricamente distintos, estos dos procedimientos tienden hoy en la práctica a confundirse.

I. — *Adhesión.* La adhesión o accesión es el acto jurídico por el cual un Estado que no es parte en un tratado internacional se coloca bajo el imperio de las disposiciones del mismo. Desde el punto de vista de la forma, la evolución de la adhesión se caracteriza por la atenuación progresiva de los procedimientos contractuales, haciendo lugar rápidamente la adhesión-acuerdo de los siglos XVIII y XIX a la adhesión-acto unilateral de la época contemporánea. Se siguieron sucesivamente tres procedimientos:

a) *Adhesión por tratado especial.* Utilizado sobre todo para la adhesión a tratados-contratos, este procedimiento tuvo un auge especial en la época contemporánea entre los Estados ligados al sistema del Eje (adhesión al pacto anti-Komintern del 25 de noviembre de 1936 y al pacto tripartito del 27 de septiembre de 1940). Del mismo modo, la adhesión de Grecia y Turquía al Pacto Atlántico se efectuó por el protocolo del 22 de octubre de 1951.

b) *Adhesión por intercambio de declaraciones* (declaración de adhesión y declaración de aceptación, sometidas una y otra

a ratificación). Es éste un procedimiento transitorio que marca el límite de aplicación de los mecanismos contractuales.

c) *Adhesión por acto unilateral.* Esta declaración unilateral se dirige a un gobierno designado por el tratado para recibirla, el que la comunicará a los Estados signatarios. Este procedimiento es el utilizado más frecuentemente hoy en día.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, la adhesión se presenta como un acto-condición, cuyo efecto esencial es hacer aplicable al Estado adherente el régimen convencional ya en vigor entre los Estados signatarios (cf. como aplicación típica el art. 43 del Acta general de arbitraje del 26 de septiembre de 1928, Colliard, I, p. 371).

En lo referente al mecanismo de aplicación de la adhesión, destacaremos tres puntos:

a) En lo que concierne a su *extensión de aplicación*, la facultad de adhesión es ilimitada, es decir, ofrecida indistintamente a todos los Estados (ej.: art. 3, § 2 del Pacto Kellogg), o limitada, o sea, reservada a ciertos Estados expresamente designados por el tratado (por ej.: a los Estados signatarios de un tratado anterior modificado o completado por el tratado nuevo, a las Naciones Unidas, a los Estados pertenecientes a un continente o a una región geográfica determinada; es el caso de las convenciones panamericanas o de las alianzas regionales). Esta distinción corresponde a la existente entre las convenciones abiertas y las convenciones cerradas.

b) En cuanto a sus *modalidades*, la adhesión es —con mayor frecuencia— pura y simple, o condicional.

c) Si bien, en general, la adhesión es un *acto libre*, que el Estado adherente cumple si lo desea y en tanto lo desea, en algunos casos puede ser impuesta (caso de los Estados vencidos, obligados a veces por los tratados de paz a acceder a tratados multilaterales de interés general).

Aunque desde el punto de vista racional la regla de la ratificación es extraña a las adhesiones, ya que éstas no implican en la técnica contemporánea ningún acuerdo de voluntades del tipo contractual entre los Estados signatarios y el Estado adhe-

rente, numerosos Estados han adquirido el hábito de dar su *adhesión bajo reserva de ratificación*. El inconveniente de esta práctica es quitar toda significación a la firma diferida, que vamos a considerar ahora como procedimiento autónomo de extensión de un régimen convencional a los Estados no signatarios.

II. — *Firma diferida*. Este procedimiento sufrió una deformación creciente, caracterizada por una *extensión simultánea en el tiempo y en el espacio:*

a) En su origen, la firma diferida era un simple artificio destinado a dar tiempo a un plenipotenciario impedido o mal instruido de las intenciones de su gobierno. El procedimiento estaba reservado entonces, y por un tiempo muy breve, únicamente a los Estados participantes en la negociación del tratado.

b) Más tarde, la firma diferida fue abierta a Estados determinados, expresamente designados en el tratado, para permitirles tomar partido.

c) En la época actual, por una nueva y singular ampliación, se ha permitido a Estados que no han tenido participación alguna en la negociación, y que han sido por lo tanto ignorados por los signatarios originales, dar su firma con posterioridad, en un plazo de tiempo en general, prácticamente ilimitado. Es así que el protocolo del 16 de diciembre de 1920, que estableció el estatuto de la C. P. J. I., como también la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 36 del estatuto), han podido ser firmados por un Estado cualquiera en cualquier época; ciertas firmas del estatuto de la Corte permanente se estamparon por ello quince o veinte años después de la elaboración de ese instrumento jurídico. La misma disposición fue retomada por la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria del estatuto de la Corte internacional de justicia (art. 36) incorporado a la Carta de las Naciones Unidas.

En esta forma ampliamente abierta, la firma diferida se aproxima de un modo singular a la adhesión, de la que tiende a no ser sino una simple variante. El único criterio de distin-

ción reside en la necesidad de la ratificación, ya que ésta supone necesariamente una firma previa, inmediata o diferida. Pero la confusión se ha acentuado en la época contemporánea, como lo vimos, con la introducción de la práctica de las adhesiones dadas bajo reserva de ratificación, que terminó por quitar todo interés a la diferenciación de los procedimientos.

El único medio de mantener una razón de ser para ese desdoblamiento de los procedimientos técnicos consistiría, a ejemplo de diversas convenciones multilaterales, en ofrecer el tratado durante un plazo limitado únicamente a la firma diferida de los Estados participantes en la negociación y, después de esa fecha, abrirlo a la adhesión de los demás Estados.

48. — SUSTITUCIÓN DE LA RATIFICACIÓN POR LA ACEPTACIÓN. Esta fórmula, de origen americano, y cuya inserción se explica por el deseo de sustraer el tratado a la aprobación del Senado, es de aplicación reciente (art. 15 de la Convención de Londres del 16 de noviembre de 1945 que creaba la U.N.E.S.C.O.). La encontramos en una veintena de convenciones multilaterales celebradas a partir de 1945 bajo los auspicios de la O.N.U La expresión parece englobar las nociones de ratificación y de accesión. A pesar de las objeciones que suscitó el procedimiento y que fueron presentadas especialmente en el momento de la conclusión de la Convención de Ginebra del 19 de setiembre de 1949 sobre la circulación caminera internacional, esta práctica no ha desaparecido por completo en la hora actual (cf. el art. 3 del acuerdo de Londres del 25 de junio de 1954 sobre el estaño, el art. 2 del acuerdo de Washington del 15 de mayo de 1956 sobre el trigo, el art. 4, letra B, del estatuto de la agencia de la energía atómica con fecha 26 de octubre de 1956, etcétera).

49. — CONCLUSIÓN DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES DEL TRABAJO.[9] Los procedimientos clásicos de conclusión de los tratados fueron profundamente modificados por los artículos

[9] V. E. MAHAIM, *Les conventions internationales du travail*, R. I., 1929, p. 699-734, y 1930, p. 123-146; G. SCELLE, *L'O.I.T.*, París, 1930, p. 159-185.

405 y siguientes del tratado de Versalles de 1919 relativos a la conclusión de tratados por la Organización internacional del trabajo. De conformidad con ese texto, cada gobierno miembro de la O.I.T. se compromete a "someter", lo que por otra parte no significa, necesariamente, "recomendar", los proyectos de convenciones elaborados por la O.I.T. a la autoridad interna competente para transformar esos proyectos en leyes.

De esta innovación surge una doble modificación al procedimiento clásico de elaboración del derecho convencional: por un lado, la *desaparición de la firma*, estando los proyectos de convención firmados simplemente para su autentificación por el presidente de la Conferencia; por otro, la *desaparición de la ratificación*, ya que ésta deja de ser en cuanto al fondo, la confirmación de una firma previa y, respecto de la forma, de ser dada por el jefe del Estado, para convertirse simplemente en la información —trasmitida por el ministro de asuntos exteriores— de que la autoridad legislativa ha aceptado el proyecto que le estaba sometido.

Este procedimiento especial tuvo curiosas repercusiones en el derecho público de diversos Estados (Alemania, Canadá, Países Bajos). En Francia fue planteada, en un momento (1920-1926), la cuestión de su constitucionalidad interna, ya que el procedimiento desembocaba en la eliminación completa de la intervención formal del jefe del Estado en la conclusión de ciertos tratados. Después de algunas dudas, la jurisprudencia, tradicionalmente ligada a la concepción contractual del tratado internacional, terminó por admitir la regularidad del procedimiento y por consagrar su eficacia (Req., 27 de febrero de 1934, S. 1935.1.1, nota Niboyet).

50. — SISTEMA DE LAS RESERVAS.[10] La reserva es una declaración —hecha por un Estado parte en un tratado— que

---

10 V. PODESTÁ COSTA, *Les réserves dans les traités internationaux*, R. I., 1938, I, p. 1-52; L. JULLY, *Les réserves aux conventions multilatérales*, en "Friedenswarte", 1952, p. 254-275; M. KADJENOURI, *Les réserves dans les traités internationaux*, tesis, Ginebra, 1953; KAYE HOLLOWAY, Les *réserves dans les conventions multilatérales*, tesis, París, 1957 (publicado en 1958 bajo el título *Les réserves dans les traités internationaux)*.

indica que ese Estado entiende excluir una determinada disposición de aquel tratado, modificar su alcance o atribuirle un sentido especial. Es, si se quiere, una estipulación derogatoria de la reglamentación convencional.

La resolución interpretativa constituye una variante del procedimiento. Esta técnica, de origen americano, fue utilizada igualmente por Francia, especialmente en el momento de la ratificación de los acuerdos del 29 de abril y del 12 de julio de 1926 sobre el arreglo de las deudas interaliadas (resoluciones votadas por la Cámara el 20 de junio, y por el Senado el 26 de julio de 1929), de los acuerdos de Londres del 4 de junio de 1948 sobre Alemania (orden del día adoptada el 17 de junio de 1948 por la Aasamblea nacional) y del Pacto Atlántico del 4 de abril de 1949 (moción votada el 29 de julio de 1949 por el Consejo de la República).

Toda la materia del régimen de las reservas está sujeta a la doble distinción entre el *momento* en que se efectúa la reserva y el *acto jurídico* al que se aplica.

A) *Determinación del momento en que se efectúan las reservas.* Aunque tengan un origen común, las reservas varían según el momento en que se efectúan. Desde este punto de vista podemos distinguir:

1º *La reserva en el momento de la firma,* hecha en el momento de la firma del tratado y que, conocida por los demás cocontratantes en el momento mismo en que el tratado se concluye, presenta la ventaja de excluir toda sorpresa. El procedimiento se complica, sin embargo, cuando se combina con el de la firma diferida (firma de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria del estatuto de la C.P.J.I. o de la Corte internacional de justicia). Las reservas en el momento de la firma fueron numerosas en la II Conferencia de La Haya (1907), donde once convenciones sobre trece fueron firmadas con reservas.

2º *La reserva en el momento de la ratificación,* hecha en el momento del depósito de los instrumentos de ratificación. Frecuente en los Estados (Estados Unidos) que practican el

régimen presidencial, y explicable por el deseo de manejar las prerrogativas constitucionales del órgano legislativo (aquí el Senado); ofrece graves inconvenientes por el hecho de que se produce tardíamente, cuando la fase de las negociaciones está cerrada y los otros contratantes no pueden sino aceptar o rechazar el tratado en su totalidad.

3º *La reserva en el momento de la adhesión.* Ocurre en el momento en que el tratado ya se convirtió en definitivo entre los contratantes originales; es la que reúne el máximo de inconvenientes, especialmente en el caso de convenciones abiertas.

B) *Determinación del acto jurídico al que se aplican las reservas.* Importa hacer a este respecto una distinción esencial entre los tratados multilaterales y los tratados bilaterales.

1º Tratándose de *tratados multilaterales,* el uso de las reservas es lícito: abiertos a la firma de todos los Estados y creando una norma general, los tratados-leyes se ofrecen, en efecto, a la participación de todos los Estados. Cada uno de ellos, al encontrarse libre de participar o de dejar de hacerlo, puede limitar la extensión de su participación. De ahí surge la introducción de las reservas en las diversas convenciones de La Haya, en el acta general de arbitraje de 1928, etcétera.

2º Para los *tratados bilaterales,* por el contrario, nos encontramos en presencia de una verdadera convención sinalagmática que pone a cargo de las partes contratantes obligaciones precisas y en la cual la prestación de uno de los signatarios forma la contrapartida natural de la prestación del otro cocontratante. De ahí que una ratificación con reservas sea inconcebible, ya que no puede interpretarse, como lo demostró el autor suizo Rivier, sino como una negativa a ratificar acompañada de un nuevo ofrecimiento de negociar. Tiene valor únicamente si el otro contratante da su aceptación expresa (cf. la negativa de los Estados Unidos de aceptar, en 1929, la inserción, en el instrumento de ratificación por Francia, del acuerdo del 29 de abril de 1926 sobre el arreglo de las deudas de guerra, de una cláusula de salvaguardia que subordinaba los pagos a la ejecución de las reparaciones alemanas).

El inconveniente mayor de las reservas es que introducen en los grandes tratados-leyes una diversidad de régimen, incompatible con la función unificadora de la reglamentación convencional. Han sido propuestas y algunas veces aplicadas (especialmente por la S.D.N.) diferentes medidas, que van desde la prohibición total a la simple limitación de las reservas y a la consulta previa de los Estados signatarios, para eliminar o atenuar ese inconveniente.

Se nota sin embargo, en la jurisprudencia internacional reciente, un esfuerzo para atenuar el rigor de la práctica anterior a ese respecto. En su consejo consultivo del 28 de mayo de 1951 relativo a la validez de las reservas en la Convención del 9 de diciembre de 1948 para la prevención y la represión del genocidio, la Corte Internacional de Justicia se rehusó a condenar *a priori* la inserción de reservas por los Estados signatarios o adherentes a una convención multilateral que no contenga ninguna disposición sobre ese punto. Arguyendo la "flexibilidad" de las convenciones multilaterales, el modo de adopción de la Convención de que se trata (como consecuencia de una serie de votos mayoritarios) y el deseo de la Asamblea general de las Naciones Unidas de que en ella participe el mayor número posible de Estados, la Corte estima que la formulación de reservas es posible si las reservas enunciadas son compatibles con la finalidad y el objeto de la convención considerada; sólo serían inadmisibles en la hipótesis contraria.

51. — REGISTRO DE LOS TRATADOS.[11] Entre 1919 y 1939 pesó una obligación suplementaria sobre los Estados miembros de la S.D.N. Según los términos del artículo 18 del Pacto, estaban obligados a registrar en el Secretariado de la S.D.N. todos los tratados y compromisos internacionales celebrados por ellos, no siendo ninguno de esos tratados o compromisos "obligatorio" antes de estar registrado. La finalidad perseguida por los redactores de ese texto era asegurar la publicidad de los tratados y facilitar el control de la opinión pública sobre las

11 V. M. DEHOUSSE, *L'enregistrement des traités*, París, 1930.

negociaciones diplomáticas al descartar la práctica de los tratados secretos (principio de la diplomacia abierta).

El artículo 18, en lo que concierne a la naturaleza y al objeto de los *actos sometidos a registro*, estaba concebido en los términos más generales, y la práctica debía acentuar aún más ese carácter de generalidad. De acuerdo con la interpretación extensiva que había prevalecido de hecho, todos los compromisos internacionales, cualquiera fuere su denominación (tratados en sentido formal, acuerdos en forma simplificada, acuerdos técnicos), estaban sometidos a esa obligación. El registro se efectuaba a pedido de las partes contratantes o de una de ellas (hipótesis normal), o de oficio por el Secretario general de la S.D.N. (caso de las convenciones internacionales del trabajo, que no comportaban Partes contratantes). Daba lugar a dos operaciones sucesivas: el *registro* (inscripción del tratado en un registro especial por el Secretario general) y la *publicación* (inserción del texto original en una recopilación especial). Durante los veinticinco años de su funcionamiento (10 de enero de 1920-1º de octubre de 1945), el Secretariado de la S.D.N. registró 4.834 tratados e hizo aparecer 205 volúmenes que incluían el texto de los tratados así registrados.

Con respecto a la *sanción por falta de registro*, la doctrina trató de limitar los efectos jurídicos de su omisión descartando completamente como demasiado rigurosa la nulidad o la inexistencia del tratado no registrado. Apoyados por la jurisprudencia (Comisión de reclamaciones franco-mejicana, 19 de octubre de 1928, asunto *Pablo Nájera*), la mayoría de los autores se pronuncian por la inoponibilidad relativa del tratado no registrado, quedando en ese caso las partes privadas del derecho de invocarlo ante los órganos de la S.D.N y ante la C.P.J.I.

El procedimiento de registro fue retomado más tarde por la *Carta de las Naciones Unidas*, cuyo artículo 102, que consagra la tesis de la inoponibilidad relativa, impone a los miembros de la O.N.U. la obligación de hacer registrar (y publicar) en la secretaría "todo tratado o acuerdo internacional" celebrado por ellos a partir de la entrada en vigor de la Carta, es decir, con posterioridad al 24 de octubre de 1945. Se estipuló que toda parte en un tratado no registrado "no podrá invocar dicho

tratado o acuerdo ante un órgano de la O.N.U." Las condiciones de aplicación de este artículo fueron precisadas por la Asamblea (resoluciones del 10 de febrero y del 14 de diciembre de 1946 y del 3 de noviembre de 1948) que tomó ampliamente en consideración la práctica anterior de la S.D.N. Con fecha 1º de marzo de 1958 se habían registrado 4.181 tratados.

52. — APRECIACIÓN CRÍTICA. Para finalizar conviene apreciar el alcance de las transformaciones aportadas a la técnica de conclusión de los tratados.

a) En lo referente al valor de las transformaciones, destacaremos que esas innovaciones de procedimiento no dejan de tener influencia sobre el fondo mismo del derecho, ya que tienden a acentuar la posición individual de los signatarios y a debilitar el carácter contractual de los compromisos internacionales. El tratado multilateral contemporáneo se presenta, en definitiva, no como la resultante de un intercambio de voluntades, sino como la expresión de un régimen legal ofrecido a la aceptación simultánea (firma) o sucesiva (adhesión, firma diferida) de los Estados y de los que éstos —como lo veremos más adelante (*infra*, nº 70 y ss.)— pueden salirse libremente por un acto unilateral (denuncia) o por el surgimiento de una condición de hecho (guerra), subsistiendo la validez de dicho régimen para los demás participantes hasta su modificación o su derogación por vía convencional. Hay aquí una *regresión del dominio convencional*, debida a la incompatibilidad creciente que existe entre la naturaleza material de las obligaciones asumidas y sus procedimientos de expresión formal; por otra parte, esto no es más que un aspecto particular de un fenómeno general, marcado en el derecho interno por la disminución del papel del contrato.

b) La diversidad de los procedimientos de conclusión de los tratados hizo resaltar en la época contemporánea la *necesidad de una reglamentación general* que desembocase en la unificación de los métodos técnicos y en la simplificación de los procedimientos. El problema fue encarado en 1926 por el Comité de expertos de la S.D.N. para la codificación del derecho in-

ternacional, pero la oposición de ciertas potencias (Alemania, Commonwealth británico, Estados Unidos, Japón) no ha permitido hasta ahora la adopción de reglas comunes.

SECCIÓN II

Efectos de los tratados

53. — CARÁCTER OBLIGATORIO DE LOS TRATADOS. Por definición, el tratado internacional impone una regla de conducta obligatoria para los Estados signatarios: es éste un principio reconocido por la práctica internacional (cf. los preámbulos del Pacto de la S.D.N. y de la Carta de las Naciones Unidas, Colliard I, p. 288 y 299).

Se hicieron numerosas tentativas en la doctrina para justificar el principio de la fuerza obligatoria de los tratados internacionales; los autores han hecho descansar esa fuerza obligatoria sea sobre la voluntad de las partes contratantes (teorías alemanas de la autolimitación y de la *Vereinbarung*, es decir de la voluntad colectiva de los Estados), sea sobre una regla de derecho preexistente (regla *pacta sunt servanda*, principio del acto contrario).

En presencia de esas divergencias, cabe preguntar si realmente es posible encontrar un fundamento puramente jurídico al carácter obligatorio de los tratados. Ciertos autores contemporáneos que han sentido esa preocupación fundan la validez de los tratados sobre consideraciones de orden moral, el derecho objetivo, las necesidades de la vida política, o bien sobre las exigencias de la vida internacional, es decir sobre elementos extrajurídicos. En definitiva, el fundamento de la validez de los tratados, como el fundamento del derecho en sí mismo, es exterior al derecho positivo y escapa en tal carácter a las investigaciones del jurista.

54. — CASO ESPECIAL DE LA CONCURRENCIA DE LAS REGLAS CONVENCIONALES.[12] La multiplicidad de los compromisos con-

---

12 V. nuestro artículo *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international* (R. G., 1932, p. 138-192).

vencionales en la época contemporánea origina un problema delicado cuando existe una contradicción entre reglas surgidas de tratados sucesivos o concurrentes. La hipótesis tipo es aquella en que el Estado A concluye con el Estado C un tratado que contradice un tratado anteriormente firmado por él con el Estado B. Surge la incompatibilidad, en la medida en que las dos relaciones jurídicas AB y AC son antinómicas. El conflicto, por otra parte, puede presentarse entre dos reglas convencionales particulares (conflicto entre dos tratados bilaterales), entre dos reglas convencionales generales (conflicto entre dos tratados multilaterales), o entre una regla convencional general y una regla convencional particular (conflicto entre un tratado multilateral y un tratado bilateral).

La doctrina recién examinó seriamente el problema en la época contemporánea. Debemos observar, sin embargo, que la mayor parte de las soluciones propuestas, sea con referencia a los principios generales del derecho (reglas *lex posterior derogat priori, in toto jure genus per speciem derogatur* y *prior in tempore, potior in jure*, principio del respeto de los derechos adquiridos), sea por aplicación de los principios generales del derecho internacional (regla *pacta sunt servanda*, primacía de la regla jerárquicamente superior), son extraídas del derecho privado y se aplican mal al orden jurídico internacional. En cuanto a la práctica internacional, se esforzó: 1º en prevenir los conflictos de tratados, formulando previamente para ello *declaraciones de compatibilidad* para legitimar las derogaciones eventuales por vía bilateral a un tratado colectivo o para confirmar la ausencia de contradicción entre dos tratados sucesivos; 2º en resolver tales conflictos mediante *estipulaciones de incompatibilidad* que excluyen a uno de los tratados litigiosos, generalmente al tratado particular contrario al multilateral anterior (ej.: art. 20 del Pacto de la S.D.N. y art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, Colliard, I, p. 296 y 322).

Pero las dificultades con que tropezó la jurisprudencia internacional para resolver tales problemas hicieron ver claramente la limitación de la eficacia de las soluciones jurídicas en esa materia (consejo consultivo de la C.P.J.I. con fecha 5

de setiembre de 1931 relativo a la incompatibilidad del protocolo de unión aduanera austro-alemán del 19 de marzo de 1931 con el protocolo de Ginebra del 4 de octubre de 1922). En muchos aspectos, el problema de la contradicción de las reglas convencionales está todavía dominado ampliamente por factores de orden político, y su solución se halla en función de los progresos del sentimiento del derecho en los Estados contratantes. No debemos olvidar en este orden de ideas la significación que revistió en 1936 la oposición irreductible del gobierno alemán a todo arreglo jurisdiccional de la pretendida incompatibilidad existente entre el tratado de Locarno del 16 de octubre de 1925 y el tratado de asistencia mutua franco-soviética del 2 de mayo de 1935. La denuncia por la URSS (7 de mayo de 1955) de los tratados de alianza anglo y franco-soviéticos celebrados el 26 de mayo de 1942 y el 10 de diciembre de 1944, como consecuencia de la ratificación de los acuerdos de París del 23 de octubre de 1954, es un nuevo testimonio de ese estado de espíritu.

55. — PLAN DE LA SECCIÓN II. El estudio de los efectos de los tratados internacionales, es decir de su campo de aplicación en el espacio, plantea dos problemas, ya que los efectos de los tratados deben examinarse tanto en el orden interno (§ 1) como en el exterior de las partes contratantes (§ 2).

§ 1. — *Efectos de los tratados en el orden interno de las partes contratantes* [13]

56. — EFECTOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL TERRITORIO DE LOS ESTADOS CONTRATANTES. Por regla general, el tratado internacional extiende sus efectos sobre el conjunto del territorio sometido a la competencia plenaria (soberanía) del Estado, si éste tiene una estructura simple o unitaria. El problema se complica lógicamente si el Estado parte en el tra-

---

13 V. A. MESTRE, *Les traités et le droit interne* (Rec. de los Cursos, 1931, IV, p. 237-306).

tado posee colonias, protectorados o territorios sometidos al régimen del mandato o de la tutela.

Tratándose especialmente de las *colonias*, se utilizan en la práctica varios procedimientos técnicos: 1º aplicación pura y simple del tratado al conjunto del territorio metropolitano y colonial (caso de los tratados de paz); 2º misma fórmula, pero con facultad para los Estados contratantes de excluir de la extensión del tratado a las colonias por el juego de la "reserva colonial"; 3º extensión del tratado a las colonias por una declaración formal efectuada en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión (caso de las convenciones internacionales de trabajo); 4º no aplicación del tratado a los territorios de ultramar.

Después de 1946, la aplicación de los tratados a las antiguas colonias es de derecho en Francia, cuando éstas se han convertido en departamentos o territorios de ultramar, formando así parte integrante de la República francesa (en ese sentido se ha pronunciado el Comité jurídico de la Unión francesa con fecha 19 de abril de 1950).

En lo que concierne a Argelia, el artículo 11 de la ley del 20 de setiembre de 1947 —estatuto orgánico de Argelia— había resuelto el problema en el sentido de la asimilación (aplicación de pleno derecho de los tratados celebrados por Francia), de acuerdo con una solución ya admitida por la jurisprudencia anterior.

57. — PLAN DEL § 1. El Estado es un organismo complejo, que implica la reunión de tres elementos (territorio, población, gobierno); o, para retomar la terminología de Duguit, se caracteriza por la realización, sobre un territorio determinado, de una cierta diferenciación entre los gobernantes y los gobernados. Después de haber examinado los efectos de los tratados sobre el territorio de las partes contratantes, conviene encararlos ahora tanto con respecto a los gobernantes (subdivisión A) como de los gobernados (subdivisión B).

A. – Efectos de los tratados con respecto a los gobernantes

Es necesario estudiar sucesivamente los efectos de los tratados con respecto a cada uno de los órganos del Estado, ejecutivo, legislativo y jurisdiccional.

58. — I. EFECTOS DE LOS TRATADOS CON RESPECTO AL ÓRGANO EJECUTIVO (PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS TRATADOS).[14] Según la opinión dominante en la doctrina, el tratado no es en sí una fuente de derecho interno; crea solamente una obligación de Estado a Estado, una regla que los Estados deben observar y eventuamente poner en ejecución por medios apropiados. Por ello, la mayor parte de los Estados, cediendo menos a razones de lógica jurídica que a consideraciones de orden práctico, subordinan la introducción del tratado en el orden estatal a un acto jurídico interno (ley, ordenanza, decreto, etc.), que al reproducir el contenido del tratado, lo transforma en regla interna obligatoria. Los Estados utilizan a ese respecto procedimientos variados: promulgación (Francia hasta 1940), proclamación (Estados Unidos), a veces simple publicación (Suiza, Francia después de 1946).

En Francia, hasta 1940, se había establecido la costumbre de que los tratados no podían, en principio, entrar en vigor antes de haber sido promulgados. De acuerdo con una jurisprudencia muy antigua (Cas., 28 de noviembre de 1834, S. 1834.1.822), aplicada constantemente desde entonces, los tribunales franceses no atribuían fuerza de ley sino únicamente a los tratados "promulgados regularmente". La doctrina contemporánea criticó la necesidad de esta promulgación de los tratados, que se superponía a la ratificación, y que, por sus caracteres específicos (ausencia de base constitucional formal, puesta en juego de una competencia discrecional del jefe del Estado), presentaba notables diferencias con la promulgación de las leyes, que tenía su fundamento en la Constitución de 1875 y que correspondía al ejercicio de una competencia reglamentada.

---

14 V. J. DE SOTO, *La promulgation des traités*, París, 1945; igualmente nuestro estudio *Le régime actuel de publication des traités en France*, D. 1953, Crónica, 169.

La práctica reciente marca un cambio radical de orientación. La eliminación de la promulgación está, en efecto, virtualmente implícita en la fórmula de los artículos 26 y 28 de la Constitución de 1946, según los cuales los tratados "regularmente ratificados *y publicados*" priman sobre las leyes internas contrarias. Así, la promulgación de los tratados en nuestro derecho interno se efectúa en lo sucesivo en dos tiempos; los tratados son objeto sucesivamente de un decreto de ratificación (o de una ley que autoriza la ratificación) y de un decreto de publicación, operándose esa publicación, como para las leyes y reglamentos, por medio de su inserción en el Diario Oficial. Por lo tanto, es la falta de publicación, y no ya como antes la falta de promulgación, la que tomarán en consideración los tribunales para negar toda fuerza obligatoria a los tratados no publicados en Francia. (Nancy, 10 de noviembre de 1949 y Rouen, 31 de octubre de 1950, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1951, p. 490, nota Loussouarn; París, 28 de noviembre de 1950, D. 1951.440, nota Carbonnier; Colmar, 24 de abril de 1953, D. 1953.604, nota Berlia; Cas., As. plen., 11 de marzo de 1953, D. 1953.297, concl. Blanchet).

El alcance jurídico así reconocido a la publicación de los tratados internacionales después de 1945 hacía particularmente necesaria la reglamentación de este procedimiento por el derecho interno. Es lo que hizo con algún atraso el decreto del 14 de marzo de 1953 relativo a la ratificación y a la publicación de los compromisos internacionales suscritos por Francia (D. 1953.94). Pero, por razones que permanenecen oscuras, el *Boletín oficial de compromisos internaciones* establecido por el artículo 3 § 2 del decreto no vio nunca la luz y la única publicación oficial de los compromisos internacionales es la que se opera en el *Diario Oficial*. Debemos, además, deplorar que hoy, como antes de 1939, gran número de compromisos internacionales no se publiquen o sólo se los conozca después de largas demoras.

59. — II. EFECTOS DE LOS TRATADOS CON RESPECTO AL ÓRGANO LEGISLATIVO. Algunas veces es necesaria una ley para que el tratado internacional pueda producir sus efectos, sobre

todo cuando da lugar a la apertura de créditos. En ese caso, hay, para el Estado contratante, una verdadera obligación de dictar la ley correspondiente, y el órgano legislativo no hace entonces más que ejercer una competencia ligada por un compromiso. Las Asambleas legislativas desgraciadamente no siempre tienen conciencia de las obligaciones que se les impone a ese respecto, y algunas veces no han vacilado en negar los créditos financieros necesarios para la ejecución del tratado.

60. — III. EFECTOS DE LOS TRATADOS CON RESPECTO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL. En relación con los tratados internacionales, las jurisdicciones internas deben cumplir una doble función: aplicación e interpretación.

61. — A) APLICACIÓN DE LOS TRATADOS. Una vez ratificados y publicados, los tratados internacionales son obligatorios para todos los órganos estatales, incluyendo el jurisdiccional.

La jurisprudencia francesa resolvió el problema decidiendo, mediante una fórmula tradicional, pero técnicamente discutible, que *los tratados tienen fuerza de ley*. El principio en virtud del cual los tratados internacionales son obligatorios para el juez interno está sancionado por el mecanismo del procedimiento particularmente enérgico de anulación por exceso de poder, previsto por el artículo 80 de la ley del 27 de ventoso del año VIII (cf. en ese sentido Rec. 23 de enero de 1933, S. 1933.1.249, con nuestra nota, 5 de febrero de 1936, S. 1936, 1.151; 6 de julio de 1954, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1954, p. 612, nota H. Lenoan, y concl. Rey; 4 de junio de 1955, *J. C. P.* 1955.II.8777). Por el contrario, la jurisprudencia administrativa adopta una actitud diferente.[15] Aplicando la teoría del acto de gobierno, se niega a entrar a apreciar las medidas gubernamentales y diplomáticas de ejecución de los tratados y sustrae así al control jurisdiccional casi todo lo contencioso de la ejecución de los tratados (en ese sentido, Cons. de Estado 9 de enero de 1925, *Baléchat*. D. P. 1925.3.65, nota Devaux; 20 de noviembre de

15 V. M. VIRALLY, *Le Conseil d'État et les traités internationaux*, J. C. P., 1953, I, p. 1098.

1929, *Société des phosphates tunisiens*, S. 1930.3.61; 10 de marzo de 1933, *Reitlinger*, S. 1933.3.93; 29 de marzo de 1935, *Soc. Eudes et Cie*, S. 1936.3.100), con excepción de los actos administrativos de aplicación de los tratados que estén bajo el control del Consejo de Estado, del mismo modo que cualquier otro acto administrativo, en virtud de la teoría de los actos desvinculables (aplicaciones: Cons. de Estado 5 de febrero de 1926, *dame Caraco*, D. P. 1927.3.1, nota Devaux; 26 de octubre de 1934, *Ministre des travaux publics c. Duhamel*, S. 1935.3.25, nota P. Laroque; 28 de mayo de 1937, *Decerf*, S. 1937.3.73, nota P. Laroque; 11 de junio de 1937, *Alkan* D. P. 1939.3.47, nota Silz).

Al problema de la aplicación de los tratados por los tribunales internos está estrechamente ligado el de *las relaciones entre la ley y el tratado* ante el juez nacional.[16] ¿Qué solución da a ese problema la jurisprudencia francesa? Hasta estos últimos años, en la hipótesis de un conflicto entre un tratado y una ley anterior, los tribunales franceses, partiendo del principio de que los tratados regularmente ratificados y promulgados tienen fuerza de ley, y aplicando la regla *lex posterior derogat priori*, hacían prevalecer los tratados internacionales sobre las leyes internas anteriores en caso de incompatibilidad entre sus disposiciones respectivas. Por el contrario, la jurisprudencia reciente acusaba una tendencia conciliatoria; en la hipótesis en que el conflicto ocurriera entre un tratado y una ley posterior, partiendo de la idea de que no se puede presumir que el legislador interno tenga la intención de apartarse de sus obligaciones convencionales, la jurisprudencia estimaba que verdaderamente no había conflicto entre los dos textos pretendidamente contradictorios (cf. especialmente Civ. 22 de febrero de 1932, S. 1932.1.113, nota Trasbot y S. 1932.1.257, nota Niboyet; 24 de febrero de 1932, S. 1932.1.249, nota H. Mazeaud; 19 de marzo de 1942, D. 1942.62). Este ensayo de conciliación no dejaba de ser chocante en la medida en que, en caso de contradicción manifiesta, tendía a dejar de lado la aplicación del tratado, y por tanto a desconocer su efecto obligatorio.

---

16 Sobre este problema V. L. KOPELMANAS, *Du conflit entre le traité international et la loi interne*, R. L., 1937, p. 88-143 y 310-361.

Pero actualmente esta jurisprudencia pertenece al pasado, ya que el texto muy estricto del artículo 26 de la Constitución del 27 de octubre de 1946 estipula en términos desprovistos de equívoco que "los tratados diplomáticos regularmente ratificados y publicados tienen fuerza de ley aun en el caso en que fuesen contrarios a leyes internas francesas, sin que haya necesidad, para asegurar su aplicación, de otras disposiciones legislativas que las que fueran necesarias para asegurar su ratificación". Desde esa época la jurisprudencia, tanto judicial (Lyon, 16 de febrero de 1952, D. 1952.801, nota Chevrier; París, 1º de abril de 1954, D. 1954.281) como administrativa (Cons. de Estado 23 de diciembre de 1949, *Société C.O.M.I.N.F.I.*, S. 1950. 3.54 y 24 de octubre de 1952, *Geimer*), hace prevalecer los tratados internacionales, incluso aquellos en vigor con anterioridad a 1946, sobre las leyes internas contrarias.

La fórmula precedente fue sensiblemente modificada por el artículo 55 de la Constitución de 1958, según el cual "los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte". Además de obligar al juez interno francés a una búsqueda laboriosa de soluciones aplicadas por los Estados llamados a contratar con Francia, esta fórmula puede llevar a dificultades insolubles en caso de aplicación de tratados multilaterales.

62. — B) INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS.[17] La interpretación de los tratados internacionales por los tribunales internos no es más que una modalidad particular del ejercicio de una función jurídica que conviene encarar en su conjunto. Recordemos a este respecto que la interpretación es la operación intelectual que consiste en determinar el sentido de un acto jurídico, precisar su alcance y esclarecer los puntos oscuros o ambiguos.

---

17 V. EHRLICH, *L'interprétation des traités* (Rec. de los Cursos, 1928, IV, p. 5-145); MARCELLE JOEL, *De L'interprétation des traités normatifs*, tesis, París, 1935; H. LAUTERPACHT, *De l'interprétation des traités*, informe al Instituto de derecho internacional, tomo 43, 1950, p. 366-432. Cf. también nuestros *Principes*, tomo I, 1944, p. 631-764.

En materia de interpretación, se presentan dos interrogantes: ¿quién puede interpretar?, ¿cómo se debe interpretar? Si se aplica esta distinción a los tratados, deberán examinarse sucesivamente los modos y los métodos de interpretación.

1º *Modos de interpretación de los tratados.* La interpretación de los tratados puede hacerse por vía internacional o por vía interna.

a) *Interpretación por vía internacional.* Debemos distinguir dos tipos de interpretación internacional, según que la misma sea efectuada por los gobiernos de los Estados signatarios obrando de común acuerdo (interpretación gubernamental internacional) o por órganos internacionales, tribunales y árbitros internacionales, a quienes se somete un litigio referente a la determinación del sentido y alcance de un tratado (interpretación jurisdiccional internacional).

α) *Interpretación gubernamental internacional.* Esta interpretación puede ser *expresa* (resultante de un acuerdo interpretativo, bilateral o multilateral según el caso) o *tácita* (resultante de la ejecución concordante del tratado por las partes contratantes).

β) *Interpretación jurisdiccional internacional.* La interpretación de los tratados cae dentro de la competencia normal de las jurisdicciones internacionales, constituyendo los litigios relativos a la interpretación de los tratados el caso tipo del diferendo jurídico (cf. el art. 13, § 2 del Pacto de la S.D.N.; el art. 36 del estatuto de la C.P.J.I.; el art. 36 del Estatuto de la Corte internacional de Justicia, etc.).

b) *Interpretación por vía interna.* Pueden también efectuar la interpretación de los tratados órganos puramente nacionales. Del mismo modo que su interpretación internacional, se efectúa indistintamente por vía gubernamental (administrativa) o por vía jurisdiccional.

α) *Interpretación gubernamental interna.* Cuando es unilateral, la interpretación se efectúa por un acto jurídico de derecho interno (ley, decreto, circular ministerial) ya sea de oficio,

o a pedido del Estado contratante. Este procedimiento ha sido seguido frecuentemente en Francia (ej.: cartas del ministro francés de asuntos exteriores con fecha del 21 de junio de 1909, del 25 de noviembre de 1910, del 4 de noviembre de 1911 y del 26 de octubre de 1926 definiendo la inmunidad personal reconocida por las convenciones internacionales a los agentes consulares; circulares ministeriales del 22 de julio de 1929 y del 29 de abril de 1930 fijando el sentido y el alcance, en el campo de aplicación de la legislación sobre alquileres, de las convenciones consulares y de las de domicilio celebradas anteriormente con ciertos Estados extranjeros).

6) *Interpretación jurisdiccional interna.*[18] Mientras las jurisdicciones extranjeras se reconocen generalmente el derecho de interpretar los tratados con motivo de los litigios que entran en su competencia, no ocurre lo mismo con la jurisdicción francesa. En la base de esta jurisprudencia se encuentra la idea tradicional, en Francia, de que al ser la conducción de las relaciones internacionales competencia exclusiva del Ejecutivo, los tribunales internos deben mantener una reserva absoluta en lo que toca a la interpretación de los tratados. Esta orientación general de la jurisprudencia francesa se ha traducido sin embargo en fórmulas técnicas diferentes, según se considere la jurisprudencia de los tribunales judiciales o la de las jurisdicciones administrativas.

Tratándose de los *tribunales judiciales*, la no intervención de los tribunales en la acción diplomática se vincula al principio de la separación de los poderes; en consecuencia, los tribunales sólo se reconocen el derecho de interpretar los tratados internacionales en la medida estrictamente necesaria para resolver las cuestiones de interés privado que le sean sometidas. De acuerdo con una doctrina desarrollada hace más de un siglo (Cas. 24 de junio de 1839, D. P. 1839.1.577) y constantemente reafirmada desde entonces (Crim. 23 de febrero de 1912 D. P. 1915.1.81 nota Pic; 22 de marzo y 9 de agosto de 1923, D. P. 1923.1.121,

---

18 V. J. BASDEVANT, *"Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques"*, *Rev. crit. dr. int.*, 1949, p. 413-433 y J. BENOIST, *L'interprétation des traités diplomatiques par les tribunaux judiciaires*, J. C. P., 1953, I, p. 1132.

nota Nast, y S. 1924.1.89, nota Roux; Civ. 2 de junio de 1923, D. P. 1923.1.217, nota Pic, y 22 de diciembre de 1931, precitado; Cas. *Ch. Réun.*, 27 de abril de 1950, D. P. 1950.379 y S. 1950.1.165, nota Niboyet; Crim. 24 de marzo de 1953, D. P. 1953.365, nota R. Savatier; Civ. 2 de febrero de 1954, *Rev. crit. dr. int.* 1954, p. 771, nota Loussouarn; Soc. 19 de enero de 1954, *J. C. P.*, 1954.II.8152), los tribunales judiciales sólo se reconocen competentes para interpretar los tratados en los *litigios de interés privado*, es decir, aquéllos que afecten únicamente a particulares y que no los lleven a apreciar, ni aun indirectamente, la conducta de órganos o agentes públicos extranjeros. Se niegan, por el contrario, a interpretar tratados cuya aplicación provoque cuestiones de orden público internacional (tratados de protectorado, convenciones consulares, tratados de extradición, convenciones de armisticio, etc.).

En cuanto a la *jurisdicción administrativa*, se inspira en la teoría del acto de gobierno. Su posición es aún más absoluta ya que, desde la Restauración (Cons. de Estado 3 de setiembre de 1823, *Rougemont*), se declara incompetente en todos los casos para interpretar los tratados internacionales y deja de pronunciarse hasta tanto se le presente una interpretación oficial del tratado que emane de la autoridad gubernamental (Ministerio de Asuntos Exteriores). Según la expresión técnica del derecho administrativo francés, la interpretación del tratado constituye una *cuestión prejudicial* cuya solución previa es necesaria para el arreglo definitivo del litigio. (V. p. ej.: Cons. de Estado 21 de enero de 1927, *Commune de Lanne*, D. P. 1929.3.49, nota Devaux; 4 de julio de 1931, *Karl et Toto Samé*, S. 1931.3.129, con nuestra nota; 26 de octubre de 1934, *Ministre des Travaux Publiques c. Duhamel*, S. 1935.3.25, nota P. L.; 28 de mayo de 1937, *Decerf*, S. 1937.3.73, nota P. L.; 3 de febrero de 1956, *Petalas*, J.C.P., 1956.II.9184, nota Vitu).

2º *Métodos de interpretación de los tratados.* La jurisprudencia internacional, esclarecida por la doctrina, ha podido señalar ciertas reglas de interpretación comunes a los tratados-contratos y a los tratados-leyes. Entre esas reglas figuran: el principio según el cual no debe interpretarse lo que no tiene necesidad de interpretación; el principio de la buena fe, que

implica la búsqueda de lo que las partes verdaderamente quisieron decir; el principio del efecto útil, según el cual se debe suponer que los autores de un tratado tuvieron la intención de adoptar palabras dotadas de significación y de establecer reglas prácticamente operantes; y la consideración del objeto o de la finalidad del tratado (búsqueda de la *ratio legis*Q. Los métodos de interpretación son muy variados. Entre los procedimientos utilizados más frecuentemente destacaremos: a) la distinción entre la interpretación extensiva yla interpretación restrictiva, aplicada esta última a las cláusulas atributivas de competencia arbitral o jurisdiccional, a las derogatorias de un principio general y a las que limitan la soberanía estatal; b) el recurso al procedimiento de la analogía (utilización del método comparativo); c) el recurso a la argumentación *a contrario* o *ab absurdo;* d) la consideración de la actitud de las partes contratantes (interpretación llamada práctica, casi auténtica o contemporánea); e) el recurso al contexto; f) la búsqueda de la intención de las partes contratantes; g) el recurso a los trabajos preparatorios, habitualmente limitado a los tratados-contratos (compromisos de arbitraje, tratados de límites o de cesión territorial).

B. – Efectos de los tratados con respecto a los gobernados

63. — AUSENCIA DE EFECTOS DIRECTOS DE LOS TRATADOS CON RESPECTO A LOS INDIVIDUOS. Una vez incorporado al orden interno, el tratado internacional es obligatorio, y su aplicación se impone a todos, gobernados y gobernantes. Pero se plantea la cuestión de saber si el tratado internacional se va a aplicar *directamente* a los individuos. La doctrina positivista contemporánea (Laband, Anzilotti) se pronuncia negativamente, actitud que se refleja en la jurisprudencia interna, especialmente en Alemania, donde los tribunales niegan habitualmente a los particulares el derecho de invocar las disposiciones de los tratados.

Sin embargo, si bien es exacto que por regla general el individuo sólo se ve afectado por la reglas del derecho internacional cuando éstas actúan a través del derecho interno, es necesario aclarar que *siempre es posible para los Estados es-*

tipular lo contrario y decidir que un tratado constituirá una fuente directa de derechos y de obligaciones para los particulares. Es único determinante a este respecto el acuerdo de voluntades de las partes, como lo demuestra el examen de la jurisprudencia internacional, cuya visión más matizada va más allá de los límites estrechos de la estricta doctrina positivista.

§ 2. — *Efectos de los tratados sobre terceros*

64. — PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS TRATADOS. En principio, los tratados sólo tienen un efecto relativo; no pueden ni perjudicar ni favorecer a terceros. Sus efectos jurídicos están estrictamente limitados al círculo de los contratantes, por aplicación pura y simple de la regla *res inter alios acta nec nocere nec prodere potest*.

a) El principio se desprende, en primer término, del *derecho convencional*, como lo muestran las disposiciones de los tratados de arbitraje que hacen reserva de los conflictos con Estados en tercería, cláusula cuyo efecto es el de sustraer al arreglo arbitral aquellos conflictos que surgen entre los Estados signatarios que afectan al mismo tiempo intereses de terceras potencias.

b) La *jurisprudencia internacional* consagra igualmente el principio. Se pueden invocar especialmente en ese sentido:

1º La sentencia dada por la C.P.J.I. del 25 de mayo de 1926 en el asunto germano-polaco de Chorzow. No estando Polonia reconocida como beligerante por Alemania en la fecha crítica del 11 de noviembre de 1918 y no existiendo aún en esa fecha como Estado, la sentencia (p. 29) le niega el derecho de valerse de la convención de armisticio de 1918, ceelbrada únicamente en nombre de las "Potencias aliadas y asociadas".

2º La sentencia de la Corte permanente de arbitraje del 4 de abril de 1928 en el asunto de la isla de Palmas (único árbitro: Max Huber) entre los Estados Unidos y los Países Bajos. La sentencia declara que el tratado de París del 10 de diciembre de 1898, que ponía fin a la guerra hispanoamericana,

y por la cual España cedía a los Estados Unidos sus diversas posesiones en el Pacífico, entre las cuales está la isla de Palmas, era inoponible a los Países Bajos, que ocupaban de hecho la isla desde 1677, como consecuencia de su abandono por España (R. G. 1935, p. 168, 177 y 201).

65. — CASOS EXCEPCIONALES EN QUE LOS TRATADOS TIENEN EFECTOS CON RESPECTO A LOS ESTADOS EN TERCERÍA. La afirmación de principio según la cual los tratados internacionales sólo tienen un efecto relativo no debe sin embargo tomarse al pie de la letra. Sin siquiera referirnos al caso en que ciertas disposiciones convencionales se aplican como reglas consuetudinarias a Estados que no participaron en su elaboración, existen hipótesis bastante frecuentes en que vemos tratados que benefician a Estados en tercería o que se imponen a ellos. Deben distinguirse bien las dos situaciones.

66. — I. TRATADOS QUE BENEFICIAN A LOS ESTADOS EN TERCERÍA. Los tratados internacionales pueden beneficiar a los Estados en tercería, tanto *ipso facto* como en virtud de una disposición previa. Tal es la distinción esencial que domina la materia.

1º *Tratados que benefician* "ipso facto" *a los Estados en tercería.* Encontramos una categoría de tratados que benefician inmediatamente y de pleno derecho a los Estados en tercería: son los *tratados relativos a las comunicaciones.* El derecho internacional de las comunicaciones tiende, en efecto, a acordar la libertad como un derecho, y no como un favor, a todos los Estados del mundo, sean cuales fueren los Estados declarantes o contratantes. El derecho de paso aprovecha a todos, tanto a los Estados en tercería como a los signatarios. Esto es evidente sobre todo en materia de comunicaciones fluviales y marítimas: la aplicabilidad *erga omnes* es un principio fundamental del estatuto convencional de los estrechos y canales internacionales.

2º *Tratados que benefician a los Estados en tercería en virtud de una estipulación previa.* Esta estipulación puede tener,

según los casos, un alcance económico (cláusula de la nación más favorecida) o político (estipulación para los demás).

a) *La cláusula de la nación más favorecida* es una cláusula en virtud de la cual dos Estados se comprometen a beneficiarse mutuamente con un trato más favorable que ya habrían acordado o que acordarían en consecuencia a Estados en tercería. Esta derogación de la regla *res inter alios acta* no tiene por otra parte más que un alcance limitado, ya que el trato de la nación más favorecida no se extiende al Estado beneficiario sino en virtud de una disposición convencional previa, en la formación de la cual dicho Estado tomó parte directa como parte contratante.

b) Es mucho más delicada la cuestión de saber si la *estipulación para los demás*, institución del derecho interno, es aplicable en las relaciones internacionales. En efecto, parece que repugna habitualmente a la práctica internacional admitir que los *pacta in favorem tertii* puedan procurar a los terceros no solamente ventajas, sino verdaderos derechos. El único caso en que se vio admitir a la jurisprudencia internacional el derecho del Estado en tercería al mantenimiento del tratado estipulado en su provecho lo suministra la sentencia de la C. P. J. I. del 7 de junio de 1932 en el litigio franco-suizo de las zonas francas de Gex y Alta Saboya. La Corte juzgó que Suiza, que no era parte de los tratados del 3 y del 20 de noviembre de 1815 que instituían las zonas, podía reclamar el mantenimiento de ese régimen y, en consecuencia, oponerse a su derogación por el artículo 435 del tratado de Versalles, del cual no era tampoco parte. La Corte consideró, en efecto, el derecho a las zonas de Suiza como un verdadero derecho real válido *erga omnes*, por oposición a los derechos convencionales exclusivamente válidos *inter partes* y a ese título, independiente de las vicisitudes a las que puede estar expuesta una convención ordinaria.

67. — II. TRATADOS QUE OBLIGAN A LOS ESTADOS EN TERCERÍA. En principio, los tratados no obligan sino a las partes contratantes. Hay, sin embargo, una excepción importante: los tratados que crean una situación jurídica objetiva y se imponen a los Estados en tercería. Sucede especialmente así con los *tra-*

tados que establecen un estatuto político y territorial, generalmente considerados como oponibles a otras potencias además de los Estados signatarios.

SECCIÓN III

Extinción de los tratados

68. — DIFERENTES CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LOS TRATADOS. Las causas de extinción de los tratados internacionales se pueden reducir a cuatro: la voluntad común de las partes (derogación); la manifestación de voluntad de uno de los contratantes (denuncia); la supervivencia de ciertos elementos (guerra o cambio de circunstancias); y finalmente, por lo menos en el sistema de la S. D. N. (1919-1939), la revisión.

69. — I. EXTINCIÓN DE LOS TRATADOS POR LA VOLUNTAD COMÚN DE LAS PARTES (DEROGACIÓN). El caso más simple de extinción de los tratados es el de la derogación que resulta de un acto convencional ulterior (disolución por consentimiento mutuo). Jurídicamente, se analiza ya sea como la ejecución del principio del acto contrario, ya como una aplicación de la teoría de la caducidad de los actos-reglas.

a) La derogación nace tanto de un tratado especial como de una cláusula especial de un tratado más amplio. La derogación de un *tratado bilateral* por medio de cláusula especial es frecuente en los tratados con duración limitada (tratados de comercio, de arbitraje, de amistad, de alianza, etc...). La de un *tratado multilateral* se encuentra especialmente en los tratados de paz, las uniones internacionales. etc... En este último caso, sin embargo, pueden presentarse dificultades particulares cuando, como consecuencia de la resistencia de ciertos signatarios originarios, el tratado derogatorio no reúne la totalidad de los Estados parte en el tratado derogado. Nos encontramos entonces en presencia de la coexistencia de dos regímenes convencionales simultáneamente válidos, ya que ciertos Estados continúan ligados por un tratado caduco para los demás.

b) Encontramos en la práctica una importante *excepción al principio* en virtud del cual la extinción de los tratados está subordinada al asentimiento unánime de las partes contratantes. Es posible, en efecto, que un régimen convencional finalice o se vea modificado por una decisión *mayoritaria* de los Estados parte en el tratado (cf. en ese sentido las cláusulas de las uniones administrativas internacionales, el art. 422 del tratado de Versalles concerniente a las enmiendas a la parte XIII de dicho tratado relativa a la O. I. T., el art. 26 del Pacto de la S. D. N. concerniente a la entrada en vigor de las enmiendas al Pacto, el art. 34 de la Convención de París del 13 de octubre de 1919 sobre la navegación aérea, el art. 93 de la Convención de Chicago del 7 de diciembre de 1944 relativo a la aviación civil internacional, el art. 108 de la Carta de las Naciones Unidas concerniente a la entrada en vigor de las enmiendas a la Carta, etcétera).

c) Es necesario mencionar, finalmente, la hipótesis en que la caducidad del tratado resulta del tratado en sí mismo, es decir, en que el tratado encara a título de causa de extinción ciertos acontecimientos que al suceder provocan automáticamente su desaparición: tal es *la llegada del término final* para los tratados con duración determinada. La práctica conoce una gran diversidad de cláusulas relativas a la duración de los compromisos internacionales. Estos se concluyen por ejemplo por 5, 10, 15, 20, 25, 30 o 50 años, o por 99 años. En todos esos casos el tratado estipula que finalizará a la expiración del período indicado, entendiéndose que si ninguna parte lo denuncia, se renovará por reconducción tácita para un nuevo período ordinariamente igual al primero.

70. — II. EXTINCIÓN DE LOS TRATADOS POR LA VOLUNTAD UNILATERAL DE UNA DE LAS PARTES (DENUNCIA). Los tratados internacionales pueden igualmente tener fin como consecuencia de una manifestación de voluntad de uno de los contratantes. Para tener valor jurídico, la denuncia de los tratados debe producirse en virtud de una disposición convencional preexistente; sin lo cual no es más que una vía de hecho susceptible de comprometer la responsabilidad internacional del Estado contraven-

tor. Cabe examinar sucesivamente las formas a las que está sometida y los efectos que puede producir.

A) *Formas de la denuncia.* Coresponde al derecho interno de cada Estado determinar qué órgano estatal estará investido de la competencia necesaria para poder denunciar los compromisos internacionales. Normalmente, ese órgano será aquel al que pertenece el *treaty-making power*, es decir, el jefe de Estado en la mayoría de los casos (cf. como aplicación del principio, París, 28 de enero de 1926, S. 1927.2.1, nota Niboyet). Algunas Constituciones recientes subordinan a la autorización del órgano legislativo la denuncia de los tratados cuya ratificación fuera autorizada por una ley.

Las condiciones para el ejercicio del derecho de denuncia, tal como están generalmente previstas por los tratados, se refieren a los siguientes puntos:

a) *Determinación del órgano al cual se notificará la denuncia.* La notificación expresa de la denuncia se exige, siempre por aplicación del principio que somete a publicidad los actos unilaterales en el orden internacional. Habitualmente, la denuncia está dirigida a uno de los Estados signatarios designado por el tratado mismo (en la práctica, el Estado en cuyo territorio se firmó el tratado), o algunas veces a un agente público internacional (caso del Secretario general de la S. D. N. que, entre 1919 y 1946, estaba habilitado para recibir la notificación de la denuncia de las convenciones elaboradas bajo los auspicios de la S. D. N.).

b) *Determinación de la fecha a partir de la cual es posible la denuncia.* A veces el tratado mismo precisa la fecha a partir de la cual será posible a las partes contratantes recurrir a la facultad de denuncia. Muchos tratados multilaterales celebrados después de 1920 contienen una cláusula de ese orden (2, 3, 5, 7 u 8 años a partir de la puesta en vigor del tratado).

c) *Adopción de un plazo de preaviso.* Los efectos de la denuncia están suspendidos generalmente hasta un cierto momento, ya que se prevé un plazo de preaviso, a menudo muy breve

(por ej.: 6 meses o 1 año a partir de la notificación), antes que puedan aplicarse.

B) *Efectos de la denuncia.* Es necesario distinguir a este respecto entre los tratados bilaterales y los tratados colectivos.

a) En los casos de los *tratados bilaterales*, la denuncia pone fin al tratado. La hipótesis es frecuente en lo que concierne a los tratados bilaterales de naturaleza económica (tratados de comercio), cuya duración es de ordinario limitada.

b) Con respecto a los *tratados multilaterales*, la denuncia se analiza como una retractación que, sin poner fin al tratado mismo, separa simplemente al Estado denunciante de un régimen jurídico establecido por el tratado, el que continúa ligando a los demás signatarios. Vemos por eso que es completamente inexacto el análisis que reduce el tratado colectivo al esquema civilista de un contrato internacional.

71. — III. EXTINCIÓN DE LOS TRATADOS BAJO LA INFLUENCIA DE ACONTECIMIENTOS DETERMINADOS. La extinción de los tratados puede producirse como consecuencia de ciertos acontecimientos. Desde ese punto de vista, dos situaciones deben encararse: la de los efectos de la guerra sobre los tratados, y la de los efectos del cambio de circunstancias sobre la duración de los tratados.

72. — A. EFECTOS DE LA GUERRA SOBRE LOS TRATADOS.[19] A primera vista la idea de que la guerra se considera como una ruptura completa de las relaciones internacionales, de las que los tratados representan la expresión jurídica más acabada, parecería llevar a la conclusión de que hay incompatibilidad entre el estado de guerra y la existencia misma de tratados internacionales. Lo mismo que la revolución en el orden constitucional interno, el fenómeno de la guerra se presenta como una forma de derogación anormal, imprevisible y extrajurídica del derecho

19 V. R. JACOMET, *La guerre et les traités*, tesis, Poitiers, 1909; A. D. MAC NAIR, *Les effets de la guerre sur les traités* (Rec. de los Cursos, 1937, I, p. 527-585); G. SCELLE, *"De l'influence de l'état de guerre sur le droit conventionnel"*, *Journ. dr. int.*, 1950, p. 26-84.

positivo. La realidad es sin embargo más compleja, ya que si bien es exacto el principio del efecto abrogatorio de la guerra, no por ello deja éste de comportar excepciones importantes.

1º *Principio general: caducidad de los tratados bilaterales entre Estados beligerantes por efectos de la guerra.* Si bien la guerra hace caducos los tratados bilaterales anteriormente celebrados entre los Estados beligerantes, es importante destacar que debe tratarse de guerra en el sentido formal. En otros términos, y aunque la práctica haya sido a veces insegura, *las medidas coercitivas que no sean la guerra* no tienen influencia sobre los tratados. Sucede así con las represalias, el bloqueo pacífico, las medidas económicas decididas entre 1919 y 1939 en virtud del artículo 16 del Pacto de la S. D. N. (cf. sin embargo, *contra,* Trib. com. de Saint-Etienne, 17 de enero de 1936, S. 1937.2.121, con nuestra nota) y, bajo reserva de lo que diremos más adelante sobre las soluciones que dan los tratados de 1919, la ruptura de relaciones diplomáticas (cf. como aplicación París, 20 de marzo de 1944.24, nota J. Basdevant).

Para volver al principio general, podemos distinguir en la evolución histórica tres períodos sucesivos:

a) La teoría clásica, desarrollada por la doctrina del siglo XVIII (Mably, Vattel) y confirmada por la jurisprudencia ulterior (Crim. 23 de diciembre de 1854, S. 1854.1.811), es la del efecto extintivo de la guerra. Solución lógica para la época en razón de la rareza de los tratados colectivos y en razón de que las relaciones internacionales no se extendían sino a objetos políticos y económicos necesariamente afectados por la guerra.

b) En el siglo XIX se observa una cierta fluctuación en la doctrina, bajo la influencia de algunas decisiones de la jurisprudencia americana dadas a partir de 1823 y relativas al mantenimiento de las disposiciones convencionales concernientes a los derechos e intereses privados en las relaciones anglo-americanas (art. 9 del tratado Jay del 19 de noviembre de 1794 referente a los derechos de propiedad inmobiliaria) a pesar de la guerra de 1812. Sin embargo, la mayor parte de los tratados de paz celebrados en esa época consagran con suma nitidez el efecto

derogatorio de la guerra sobre los tratados existentes anteriormente entre los beligerantes.

c) La guerra moderna, lejos de ser un simple procedimiento violento de arreglo político, se analiza en realidad como una crisis revolucionaria que comporta el volver a poner en tela de juicio el derecho positivo existente en su conjunto. Ese carácter de guerra total, ya aparente para la guerra de 1914, se verificó sobre todo para la guerra de 1939. Por ello la práctica antigua, según la cual la guerra anula los tratados, fue consagrada en el curso de la primera guerra mundial y aún extendida por los tratados de 1919 (art. 289 del tratado de Versalles, art. 241 del tratado de Saint-Germain, art. 168 del tratado de Neuilly) a los Estados que sólo habían roto las relaciones diplomáticas con los Imperios centrales, disposiciones que interesaban sobre todo a algunos estados de América Latina. Con excepción de la jurisprudencia americana, cuyos puntos de vista particularistas se mantuvieron, la jurisprudencia interna francesa y extranjera corroboraron generalmente esas soluciones.

Las mismas soluciones se aplicaron el curso de la guerra de 1939 (para las condiciones de puesta nuevamente en vigor de los tratados bilaterales entre los ex beligerantes, V. p. ej.: el art. 44 del tratado de paz con Italia del 10 de febrero de 1947 y el art. 7 del tratado de paz del 8 de setiembre de 1951 con el Japón).

Destacaremos sin embargo que la jurisprudencia francesa, haciendo suya la distinción aplicada por los tribunales americanos en lo que concierne a los tratados de derecho privado, aportó durante algunos años una importante excepción al principio del efecto extintivo de la guerra pronunciándose por el mantenimiento de la convención de establecimiento franco-italiana del 3 de junio de 1930 a pesar del estado de guerra entre los dos Estados (Soc. 5 de noviembre de 1943, D. C. 1944, 84, nota J. Basdevant; 21 de abril de 1944, S. 1945.1.98 y 20 de mayo de 1947, J.C.P., 1947.II.3684; Civ. sec. soc., 12 y 13 de febrero de 1948, D. 1948.215 y S. 1948.1.107). Pero esta solución, que la doctrina, por su parte, había recibido con las más expresas reservas, y a la cual había siempre rehusado adherirse la cámara civil de la Corte de casación (V. especial-

mente Civ. 10 de febrero de 1948, D. 1948.193, nota Lerebours-Pigeonnière, y S. 1948.1.49, nota Niboyet), fue descartada definitivamente por la Corte suprema en una importante sentencia (Civ. As. plenaria, 22 de junio de 1949, S. 1949.1.161, nota Niboyet) que reafirma el principio tradicional del efecto derogatorio de la guerra. La jurisprudencia no varió desde entonces (Cas. civ. As. plenaria, 11 de marzo de 1953, D. 1953.297, concl. Blanchet y J.C.P. 1953.II.7673, nota Ourliac y de Juglart).

2º *Excepciones al principio.* — Si se exceptúa el caso relativamente raro de los tratados que contienen una cláusula expresa que estipula su mantenimiento en caso de guerra, podemos clasificar en tres categorías a los tratados internacionales que subsisten a pesar del estado de guerra entre las partes contratantes.

a) Parece, ante todo, que la guerra no puede destruir *situaciones objetivas creadas por los tratados*, especialmente las cesiones territoriales y las servidumbres internacionales cuyo carácter propio es el de entrañar una duración más larga que la de las simples obligaciones convencionales.

b) *Los tratados celebrados para su aplicación durante la guerra* (convenciones de La Haya de 1907, convenciones de Ginebra sobre la Cruz Roja) deben también, por razones evidentes, colocarse aparte, analizándose la guerra con respecto a ellos como el hecho-condición que determina su aplicación.

c) En lo que se refiere finalmente a los *tratados multilaterales*, en los que son parte beligerantes y neutrales, la opinión más extendida estima que faltando una manifestación de voluntad contraria de las partes contratantes conviene hacer la siguiente distinción: en las relaciones de los Estados beligerantes entre sí, la aplicación de los tratados colectivos está simplemente suspendida por la duración de la guerra y hasta que se concierte la paz. En las relaciones de los Estados beligerantes y de los Estados neutrales, así como en las relaciones de los Estados neutrales *inter se*, el estado de guerra no influye, y los tratados multilaterales continuarán aplicándose en las mismas

condiciones que en el pasado. Es así que la guerra de 1870 no derogó el tratado de París del 16 de abril de 1856. Igualmente, los tratados del 19 de abril de 1839 que garantizaban la neutralidad perpetua de Bélgica no fueron derogados por el solo hecho de la invasión de Bélgica por Alemania el 4 de agosto de 1914, sino que subsistieron hasta el tratado de Versalles (art. 31) y, con respecto a los Países Bajos, hasta el tratado del 22 de mayo de 1926. Finalmente, la guerra de 1939 no produjo efecto alguno sobre la validez de la Convención de París del 9 de febrero de 1920 relativa al Spitzberg, así como sobre las Convenciones de Ginebra del 19 de febrero de 1925 (régimen del opio) y sobre las dos Convenciones de Montreux del 20 de julio de 1936 (régimen de los estrechos turcos) y del 8 de mayo de 1937 (abrogación de las Capitulaciones en Egipto). Una solución análoga fue admitida para las convenciones internacionales del Trabajo (Aix, 7 de mayo de 1951, J.C.P. 1952.II. 6719, nota Benoist).

73. — B. CAMBIO RADICAL E IMPREVISIBLE DE LAS CIRCUNSTANCIAS. TEORÍA DE LA CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS". Se designa bajo el nombre de doctrina *rebus sic stantibus* a una teoría según la cual un cambio esencial en las circunstancias de hecho en vista o en consideración de las que se concluyó un tratado puede provocar la caducidad de ese tratado o por lo menos afectar su fuerza obligatoria. En otros términos, la regla según la cual los tratados se concluirían bajo la condición de que las cosas permanecieran en el mismo estado —*rebus sic stantibus*— implica que un tratado puede dejar de ser obligatorio si las condiciones existentes en el momento de su celebración sufrieron ulteriores modificaciones de una importancia esencial para las relaciones entre las partes.

Incorporada a la doctrina desde los primeros tiempos, esta teoría es aceptada hoy en día por la mayor parte de los autores. Es, por otra parte, susceptible de dos *concepciones* diferentes:

a) Una primera concepción, clásica durante largo tiempo, asimila la cláusula *rebus*... a una cláusula *tácita*, que debería considerarse como sobreentendida en los tratados celebrados sin limitación de duración y que reposaría tanto sobre un funda-

mento político (derecho de conservación, derecho de necesidad, intereses vitales), como sobre una simple regla de interpretación de voluntad de las partes. Este análisis provoca dos objeciones graves: por un lado deriva de una pura ficción (como la teoría de los cuasi-contratos en derecho privado o como la teoría del contrato social en derecho público); por otro, es peligrosa para la fuerza obligatoria de los tratados, ya que, bajo el pretexto de interpretación, introduce en las relaciones internacionales un principio destructor del hecho convencional.

b) Una segunda concepción posible consiste en ver en el cambio de circunstancias un acontecimiento imprevisto susceptible no de poner fin automáticamente al tratado, sino de permitir a las partes operar la readaptación convencional o jurisdiccional de un régimen jurídico que no corresponde más a la finalidad para la cual fuera establecido. Esta explicación, cuya relación de analogía con *la teoría de la imprevisión* es evidente, ofrece el mérito de asignar a la cláusula *rebus*... un fundamento extracontractual, pero su influencia sobre la práctica diplomática ha sido hasta ahora bastante limitada.

Cada una de estas dos excepciones conduce a un mecanismo diferente de aplicación de la cláusula: la asimilación de la cláusula *rebus*... a una cláusula tácita se traduce por la denuncia unilateral, operada discrecionalmente, a voluntad de la parte que invoca el cambio de circunstancias; la aplicación del principio de la imprevisión conduce a la revisión del tratado efectuada sea amigablemente por medio de entendimiento directo entre las partes, sea por vía de autoridad siguiendo un procedimiento determinado.

Es generalmente reconocido en la práctica que la cláusula *rebus*... no autoriza una ruptura unilateral de los tratados, sino que requiere un acuerdo entre las partes contratantes para comprobar el cambio de circunstancias o, en defecto de ese acuerdo, una decisión, arbitral o judicial. El precedente capital a este respecto está dado por el protocolo de Londres del 17 de enero de 1871, provocado por la denuncia por Rusia (circular Gortchakof del 31 de octubre de 1870) de las cláusulas del tratado de París del 30 de marzo de 1856 relativas a la neutralización del mar Negro. Según ese protocolo, "Las Potencias re-

conocen que es un principio esencial del derecho de gentes que ninguna de ellas puede desligarse de los compromisos de un tratado ni modificar sus estipulaciones sino con el asentimiento de las partes contratantes".

Pero el examen de la práctica internacional, especialmente en la época contemporánea, revela varias hipótesis de denuncia unilateral de los tratados por aplicación de la cláusula *rebus*... que constituyen otras tantas vías de hecho y que sólo triunfaron por razones de oportunidad política (denuncia por Alemania el 7 de marzo de 1936 del tratado de Locarno de 1925 y el 14 de noviembre de 1936 de las cláusulas fluviales del tratado de Versalles; denuncia por la URSS el 7 de mayo de 1955 de los tratados de alianza celebrados con Gran Bretaña y Francia el 26 de mayo de 1942 y el 10 de diciembre de 1944; denuncia por Egipto el 16 de octubre de 1951 del tratado de alianza anglo-egipcio del 26 de agosto de 1936 y el 1º de enero de 1957 del tratado anglo-egipcio del 19 de octubre de 1954 relativo al canal de Suez, etcétera...).

El único procedimiento internacional correcto, la única vía de derecho, podríamos decir, es la de la revisión de los compromisos que han caducado como consecuencia de un cambio imprevisible de las circunstancias. Episódico e intermitente en su origen, este procedimiento tiende hoy a revestir un carácter reglamentario. Afecta a veces la forma de una consulta diplomática operada por iniciativa del Estado demandante, otras la de una readaptación convencional ocurrida en virtud de una cláusula preexistente, o finalmente la de una revisión jurisdiccional. Podemos también concebir una revisión efectuada por vía política, como en el pacto de la S.D.N. Pero esta última solución merece un examen particular.

74. — IV. REVISIÓN DE LOS TRATADOS.[20] Según los términos del artículo 19 del Pacto, la Asamblea de la S.D.N. podía "de tanto en tanto invitar a los Miembros de la Sociedad a proceder a un nuevo examen de los tratados ya inaplicables", así como de las situaciones internacionales cuyo mantenimiento podría poner en peligro la paz del mundo.

---

[20] V. G. SCELLE, *Théorie juridique de la révision des traités*, París, 1936.

Los poderes conferidos a la Asamblea por el artículo 19 eran, por otra parte, bastante restringidos, ya que ella no poseía en concreto más que una *competencia de invitación* a revisar y no una competencia de decisión. Esta interpretación, según la cual la modificación de los tratados era de competencia exclusiva de los Estados contratantes, deducida en primer término del texto del art. 19, fue confirmada por la Asamblea, primero cuando aprobó el dictamen del Comité de juristas del 28 de setiembre de 1921 (en ocasión del pedido boliviano de revisión del tratado de Ancón del 20 de octubre de 1883), y luego en la Resolución del 25 de setiembre de 1929 (en ocasión del pedido chino de revisión de los tratados llamados desiguales).

En la práctica, el artículo 19 debía permanecer letra muerta, por falta de entendimiento sobre *las condiciones de voto* para que la Asamblea pueda emitir la invitación a revisar (¿mayoría simple?, ¿mayoría calificada?, ¿unanimidad relativa, es decir con exclusión de las voces de las partes?, ¿unanimidad absoluta, es decir comprendidas las voces de las partes?).

El problema presentado por ese texto —el de la revisión de las reglas convencionales— permanece como el problema fundamental del derecho internacional, constituyendo la noción de acto intangible algo sin sentido para el jurista, tanto en el orden internacional como en el orden interno. Por eso no se puede dejar pasar en silencio el hecho de que el art. 19 haya quedado sistemáticamente sin aplicación durante los veinte años del funcionamiento de la S.D.N. y que las potencias interesadas en el mantenimiento del orden establecido en Europa hayan preferido aceptar, a partir de 1935, una conmoción de ese orden por la fuerza antes que aceptar voluntariamente su revisión amigable. Desgraciadamente, la experiencia de la primera posguerra no parecer haber producido frutos. A diferencia del Pacto de la S.D.N. —que por lo menos había previsto un mecanismo revisionista— la Carta de las Naciones Unidas no ha dado cabida a los procedimientos de transformación pacífica. En esas condiciones, puede temerse que la inevitable adecuación del derecho al hecho se cumpla tarde o temprano por procedimientos extrajurídicos, en doble detrimento del derecho y de la paz.

a) La *teoría de la falta* es la tradicional. De acuerdo con la doctrina clásica, presentada por Grotius, el hecho que engendra la responsabilidad internacional del Estado debe no solamente ser contrario a una obligación internacional, sino constituir también una falta (omisión, dolo, negligencia, etc.). Históricamente, esta teoría se explica porque, en su origen, solamente el Príncipe podía obligar al Estado por sus actos; la falta del Estado era la falta del Príncipe, en cuya persona se confundían más o menos todos los poderes.

b) De acuerdo con la *teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva* (Anzilotti), la responsabilidad del Estado tiene un carácter puramente objetivo; reposa sobre una idea de garantía, donde la noción subjetiva de falta no juega ningún papel. En ese sistema, la responsabilidad se funda únicamente en la relación de causalidad existente entre la actividad estatal y el hecho contrario al derecho internacional.

112. — APRECIACIÓN CRÍTICA. Parece imposible adherirse por entero a una u otra de estas dos teorías.

1º La *teoría de la falta* provoca diversas objeciones: a) está cargada de elementos psicológicos difíciles de analizar y de dosificar; b) proviene del derecho privado y no puede trasponerse tal cual al medio interestatal; c) introduce una complicación inútil en las relaciones internacionales, en la medida en que implica la creencia en la personalidad y en la realidad metafísica del Estado.

Pero a la vez es necesario reconocer que esta idea de falta se encuentra en los fundamentos de numerosos casos de responsabilidad internacional y constituye una noción mínima; ello se verifica cada vez que la jurisprudencia internacional funda la responsabilidad del Estado no ya sobre el hecho de que el acto ilícito tuvo lugar, sino sobre la circunstancia de que el Estado no dio pruebas de la diligencia que debió desplegar para prevenirlo (noción de *falta de diligencia*).

2º En cuanto a la *teoría del riesgo*, presenta seguramente ventajas reales: a) está más en conformidad con el verdadero fundamento de la responsabilidad internacional, que es propen-

der a la seguridad de las relaciones interestatales; esta seguridad no tardaría en volverse ilusoria si un Estado pudiera sustraerse a su responsabilidad por actos cumplidos por sus funcionarios alegando que no cometió falta alguna con respecto a su derecho interno, derecho interno que solamente él puede dictar y arreglar a voluntad; b) esta teoría únicamente puede explicar la responsabilidad internacional del Estado por los actos cumplidos por funcionarios incompetentes.

A su vez, esta teoría no escapa enteramente a los objeciones: a) va demasiado lejos al procurar al individuo reclamante una garantía absoluta; b) sobrepasa el estado actual de la práctica internacional, que aún es individualista y, en consecuencia, continúa ligada a la idea de falta. Es así que la jurisprudencia internacional no admite sino a título excepcional la responsabilidad internacional del Estado por actos de sus funcionarios incompetentes, por ejemplo por actos de soldados aislados y obrando sin órdenes.

113. — EXIGENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO A UNA REGLA DE DERECHO INTERNACIONAL. En el momento actual, la jurisprudencia internacional exige, para que pueda verse comprometida la responsabilidad, dos condiciones: la imputabilidad y la ilicitud.

A. — *Primera condición: la imputabilidad.* En primer término es necesario que el hecho alegado (acto positivo u omisión) sea imputable al Estado cuya responsabilidad se alega. Son imputables al Estado los actos u omisiones de sus órganos de cualquier naturaleza (aun judiciales) y de cualquier rango (aun subalternos).

B. — *Segunda condición: la ilicitud.* Es necesario, en segundo lugar, que el hecho imputable al Estado sea *internacionalmente ilícito.* El carácter ilícito del hecho considerado debe apreciarse según el derecho internacional y no según el derecho interno, ya que un hecho lícito según el derecho interno puede ser internacionalmente ilícito (caso de un acto administrativo en aplicación de una ley contraria a un tratado).

El único fundamento de la responsabilidad internacional es, en realidad, *el incumplimiento de una regla de derecho internacional;* y es la solución que se emplea cada vez más en la doctrina y en la práctica. En una sesión de Lausana (1927) el Instituto de derecho internacional evitó voluntariamente pronunciarse en la materia, limitándose a enunciar el principio siguiente: "El Estado es responsable de los daños que causa a los extranjeros por toda acción u omisión contraria a sus obligaciones internacionales, sea cual fuere la autoridad del Estado de que procede: constituyente, legislativo, gubernamental o judicial." La fórmula provisoria adoptada por la 3ª Comisión de la Conferencia de codificación del derecho internacional reunida en La Haya en 1930, era, sin embargo, un poco más precisa: "Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por sus órganos (legislativo, ejecutivo y judicial), que cause un daño a la persona o a los bienes de un extranjero sobre el territorio de ese Estado, compromete la responsabilidad de éste." La idea es la misma en los dos textos y coincide con el punto de vista explicado más arriba.

SECCIÓN II

Aplicación de la responsabilidad internacional *(Teoria de la protección diplomática)* [2]

114. — PLAN DE LA SECCIÓN II. La responsabilidad internacional comienza a funcionar por medio del *endoso*, es decir, cuando toma a su cargo la reclamación el Estado demandante. Desemboca en el ejercicio de la *protección diplomática*, de la que conviene examinar sucesivamente las condiciones y los efectos.

---

2 V. E. BORCHARD, *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger* (Bibliotheca Visseriana, 1923, III, p. 1-53) e Informe al Instituto de dr. intern. *(Annuaire*, 1931, I, p. 256, y sig.); CH. ROUSSEAU, *La protection diplomatique* (Curso de doctorado, Paris, Los cursos de derecho, 1960, p. 246).

§ 1. – *Condiciones de ejercicio de la protección diplomática (o condiciones de recepción del endoso)* [3]

115. — PLAN DEL § 1. Las condiciones de recepción del endoso son tres: a) existencia de una relación jurídica o política entre el individuo lesionado y el Estado reclamante (generalmente la nacionalidad); b) agotamiento de los recursos internos por el reclamante; c) conducta del reclamante.

116. — I. PRIMERA CONDICIÓN: NACIONALIDAD DEL RECLAMANTE. La primera condición para el ejercicio de la protección diplomática es la existencia de una relación jurídica y política entre el individuo lesionado y el Estado reclamante. Esa relación resulta: a) normalmente, de la sujeción política, es decir de la nacionalidad; b) excepcionalmente, de una relación convencional, lo que da lugar a instituciones muy diversas, de las cuales la más importante es la protección diplomática de los ciudadanos por la potencia protectora, mandataria o administradora.

Pero la hipótesis normal es aquella en que la protección deriva de la nacionalidad. "En ausencia de acuerdos particulares, únicamente la relación de nacionalidad da al Estado el derecho de protección diplomática", afirmó la C. P. J. I. el 28 de febrero de 1939 en la sentencia entre Estonia y Lituania relativa al asunto del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis. Ese principio implica una consecuencia enojosa, pero inevitable en el estado actual del derecho positivo: la inadmisibilidad de las reclamaciones presentadas por los apátridas cuando ningún Estado está calificado para endosarlas.

El ejercicio de la protección diplomática con respecto a los ciudadanos está sometido a dos reglas fundamentales.

A. — *Primera regla: nacionalidad de la demanda desde su origen.* Según la primera de estas reglas, la demanda debe ser nacional desde el origen. ¿Pero qué debemos entender por la expresión "momento de la demanda"? Podemos, en efecto, situarnos en cuatro momentos diferentes: a) en la fecha del

---

[3] V. J. C. WITENBERG, *La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales* (Rec. de los Cursos, 1932, III, p. 5-136).

hecho ilícito (fecha del acto generador del daño); b) en la fecha de la firma o de la entrada en vigor de la convención de reclamaciones; c) en la fecha de la presentación de la demanda ante la Comisión de reclamaciones; d) en la fecha en que la Comisión pronuncia su sentencia. La jurisprudencia internacional ha variado a este respecto.

1º Las Comisiones mixtas que funcionaban antes de 1914 (caso de las Comisiones mixtas venezolanas de 1903) admitieron, por regla geenral, que el demandante debía poseer la nacionalidad del Estado reclamante acumulativamente en los cuatro momentos precedentemente indicados, lo que es una solución rigurosa.

2º Los Tribunales arbitrales mixtos instituidos por los tratados de paz de 1919 se declararon, por el contrario, competentes en general cuando el reclamante poseía la nacionalidad de uno de los Estados contratantes en el momento de la entrada en vigor del tratado que había creado el tribunal.

B. — *Segunda regla: continuidad de la nacionalidad.* El segundo principio consiste en que la demanda debe ser continuamente nacional con respecto a su titular. Es ésta una solución severa, sobre todo en la hipótesis de cambio forzoso de nacionalidad. Por ello se la atenuó a veces en la jurisprudencia, en especial por parte de la Comisión de reclamaciones germano-americana instituida por el acuredo del 10 de agosto del año 1922.

C. — *Caso de doble nacionalidad.* En caso de doble nacionalidad, el Estado reclamante rehusa en general proteger un individuo contra el país del que es al mismo tiempo ciudadano: no se protege a un reclamante contra su propio Estado.

1º Ese principio fue consagrado por la jurisprudencia internacional, especialmente en el siglo XIX (asunto Knocke). El mismo principio se aplicó: a) en los arbitrajes venezolanos de 1903; b) por los tribunales arbitrales mixtos; c) por la Corte internacional de justicia, en su dictamen consultivo del 11 de abril de 1949 relativo a la reparación de los daños sufridos al servicio de la O. N. U., dictamen en el cual (p. 186)

la Corte hace alusión a "la práctica generalmente seguida, según la cual un Estado no ejerece su protección en provecho de uno de sus ciudadanos contra un Estado que lo considera como su propio ciudadano".

2º Podemos invocar, también en el mismo sentido, el derecho convencional, en especial el artículo 4 de la Convención de La Haya del 12 de abril de 1930 concerniente a ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad: "Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en provecho de uno de sus ciudadanos contra un Estado del que es también ciudadano."

La teoría dominante hoy en día es la de la *nacionalidad efectiva* (llamada también teoría del vínculo, de la incorporación real, de la nacionalidad activa, de la pertenencia efectiva). No es, por otra parte, más que un aspecto particular de la teoría más general de la efectividad de las situaciones jurídicas en derecho internacional. Cada vez que el juez o el árbitro internacional se ha visto obligado a realizar una elección entre dos nacionalidades distintas, ambas regularmente otorgadas desde el punto de vista del derecho interno, por lo general dio preferencia a aquélla de las dos nacionalidades que le parecía ofrecer el máximo de efectividad, fundando esta elección en elementos múltiples tanto objetivos (nacimiento, domicilio, ejercicio de los derechos políticos) como subjetivos (comportamiento psicológico, conducta del individuo en su vida familiar, social, cívica, económica y profesional). Numerosas decisiones importantes pueden invocarse aquí (Corte permanente de arbitraje, sentencia del 3 de mayo de 1912 en el asunto Canevaro entre Italia y Perú, *R. G.*, 1913, p. 328-333; Corte Internacional de justicia, sentencia del 6 de abril de 1955 en el asunto Nottebohm entre Guatemala y Liechtenstein, sobre todo p. 20-24; Comisión de conciliación ítalo-americana, 10 de junio de 1955, asunto Florence Strunsky Merge, *R. G.*, 1959, p. 125-140. *Contra*, Tribunal arbitral Egipto, Estados Unidos, sentencia del 8 de junio de 1932 en el asunto Salem, *Recueil des sentences arbitrales* publicado por la O. N. U., vol. II, sobre todo p. 1180-1194).

117. — II. SEGUNDA CONDICIÓN: AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS.[4] En virtud de un principio general enunciado por la mayor parte de los autores y consagrado por innumerables decisiones de la jurisprudencia, la acción internacional no puede ejercerse sino después del fracaso de la acción previa intentada por el individuo reclamante ante la autoridad local. Hay aquí una especie de condición de admisibilidad en el ejercicio de la protección diplomática. Es lo que se denomina regla del agotamiento de los recursos internos o de los remedios locales (en inglés, regla del *local redress* o de los *local remedies*). El daño sufrido por un particular no puede entonces ser objeto de una reclamación internacional sino cuando ese individuo: a) no tiene ante los tribunales del Estado demandado ninguna vía de derecho que le permita obtener reparación; b) ha agotado sin éxito las que le estaban efectivamente abiertas. Es éste un principio constante en jurisprudencia, en la cual ciertas decisiones vieron una "regla reconocida del derecho internacional".

Sin embargo no es éste un principio absoluto, ya que se descarta en ciertos casos.

1º La regla del agotamiento de los recursos no procede, en el caso, de una cláusula expresa en sentido contrario contenida en la convención de reclamaciones.

2º La regla desaparece igualmente en ausencia de recursos internos, es decir, a falta de recursos internos por agotar. Esta situación fue antiguamente ilustrada por una frase célebre —y citada muy a menudo— de Hamilton Fish, secretario de Estado de los Estados Unidos de 1869 a 1877: "Un reclamante en un Estado extranjero no está obligado a agotar la justicia cuando no hay justicia que agotar." Por lo tanto, la regla no se aplica: a) si el recurso no es utilizable, como consecuencia de la ausencia en la organización judicial nacional de una vía de derecho que permita obtener reparación por el daño causado por la medida incriminada, en razón, por ejemplo, de la inadmisibilidad del recurso (teoría francesa de los actos de gobierno)

---

[4] V. VERZIJL, *La règle de l'épuisement des recours internes*, Informe al Instituto de dr. intern., *Annuaire de L'Institut*, 1954, I, p. 5-112.

o de la irresponsabilidad del poder público; b) si el recurso es ilusorio, por ejemplo porque los tribunales locales no inspiran confianza o porque hacen una obstrucción sistemática; c) si el recurso es peligroso (caso en que el reclamante incurre en la pena capital).

118. — III. TERCERA CONDICIÓN: CONDUCTA CORRECTA DEL RECLAMANTE. Según un principio constante en la doctrina y en la jurisprudencia, y de acuerdo con la fórmula creada por los autores anglosajones, el reclamante debe tener las manos limpias (teoría llamada de las *clean hands*).

Resulta así que la demanda es inadmisible en dos casos: a) en el caso de conducta ilegal del reclamante que resulte especialmente del hecho de que hubiere violado la ley interna del país en que residía (ej.: participación en una insurrección o en un movimiento revolucionario contra el gobierno regular); b) en caso de que el reclamante hubiere manifestado una actividad contraria al derecho internacional (ej.: si se hubiera dedicado a la trata de esclavos o violado la neutralidad del Estado extranjero, etc).

Podemos agregar a estas hipótesis aquéllas en que el reclamante disimuló su calidad de ciudadano extranjero, en que cometió un fraude en la presentación de su demanda, en que demostró negligencia o un retardo excesivo en la presentación de su reclamación. Es un principio aplicado muy a menudo por la jurisprudencia la inadmisibilidad de las reclamaciones tardías, presentadas por ejemplo, diez, quince o veinte años después de ocurrido el daño.

§ 2. — *Efectos de la protección diplomática (o efectos del endoso)*

119. — IDEA GENERAL. Los efectos de la protección diplomática se reducen a la idea de que, cuando el Estado endosa una reclamación, la hace suya: de individual, ésta se convierte en nacional. Se mide a este respecto la importancia de la protección diplomática, especie de disco giratorio que orienta el debate contencioso del plano interno hacia el plano internacional, y trans-

forma la relación original "individuo lesionado-Estado responsable" en una relación "Estado reclamante-Estado responsable".

120. — CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO. De ese principio surgen numerosas consecuencias: a) el Estado lesionado puede renunciar al ejercicio de su derecho a demandar una reparación o contentarse con cualquiera; b) si el gobierno lesionado actúa, goza de un poder discrecional en cuanto a la época y a la manera de iniciar la instancia; c) el Estado reclamante es libre para disponer, por tratado o de otra manera, de las reclamaciones de su ciudadanos; puede abandonarlos o comprometerlos en la medida en que lo juzgue útil para el interés general; d) finalmente, cuando recibió una indemnización, el Estado lesionado es libre para hacer de ella el uso que le plazca y repartirla entre sus ciudadanos como lo entienda y de acuerdo con un procedimiento del que es el único juez.

Las relaciones entre el Estado reclamante y el particular lesionado son indiferentes desde el punto de vista del derecho internacional y no conciernen más que al derecho interno. En general, y a pesar de algunas excepciones aisladas del tipo del artículo 112 de la Constitución alemana de Weimar de 1919, no puede decirse que el individuo posee un verdadero "derecho" a la protección diplomática de su gobierno. La jurisprudencia francesa es particularmente clara a ese respecto: el Consejo de Estado considera como *actos de gobierno*, no susceptibles de ser atacados por vía contenciosa, a todos los que se refieren a la protección diplomática. Esto exige una explicación.

1º Ello es así, ante todo, para el ejercicio de la protección diplomática, ya se trate: a) de la falta de protección (Cons. de Estado 12 de mayo de 1911, *Olszenski* Rec., p. 551); b) de la negativa de protección (Cons., de Estado 23 de diciembre de 1904, *Poujade*, D. P. 1906.3.62, conclusiones Teissier); c) de la insuficiencia de la protección (Cons. de Estado 1º de junio de 1943, Rec., p. 131; 7 de marzo de 1952, *Szanto*, Rec., p. 154; 22 de abril de 1953, *Delle Buttner*, Rec., p. 184); d) del retiro de la protección (Cons. de Estado 12 de febrero de 1904, *Bachatori*, S. 1906.3.72).

2º La misma jurisprudencia se afirmó en lo que concierne a la repartición de la indemnización, especialmente en el caso de repartición de una indemnización global entre una pluralidad de beneficiarios. Sobre ese punto, el Consejo de Estado hace una distinción: a) estima que la repartición de una indemnización global entre numerosos beneficiarios constituye un acto de gobierno y se niega por lo tanto a controlar la concordancia entre el monto total de la indemnización y los detalles de su repartición interna. Se trata de una jurisprudencia antigua, afirmada por primera vez cuando se repartieron las indemnizaciones de Santo Domingo (Cons. de Est. 22 de julio de 1835, Rec., p. 168) y varias veces consagrada después (V. p. ej. Cons. de Est. 18 de noviembre de 1869, *Jecker*, S. 1870.2.303; 12 de febrero de 1870, *Legrand*, Rec., p. 75; 22 de julio de 1921, *Huter*, Rec. p. 727. Cf. por lo tanto 28 de enero de 1948, *Lecanu*, S. 1948.3. 61 y R. D. P., 1948, p. 472, nota Waline); b) por el contrario, la atribución o el rechazo de una indemnización individual, en el caso en que no haya más que un particular lesionado, no constituye un acto de gobierno, ya que el gobierno no debe efectuar entonces ninguna repartición, sino sólo operar materialmente la transferencia de una suma global remitida por un Estado extranjero (Cons. de Est. 23 de diciembre de 1904, *Poujade*, precitado; 29 de octubre de 1954, *Taurin et Mérienne*, D. 1955 362).

Esta distinción jurisprudencial no tiene justificación, ya que el carácter (global o individual) de la indemnización no tiene poder por sí solo para modificar la naturaleza misma del acto de repartición. El único medio para evitar toda arbitrariedad en la liquidación interna de la suma abonada consistiría en repartir la indemnización directamente entre las víctimas del daño.

120 BIS. — LA REACCIÓN REALISTA EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA. La teoría clásica fue atacada vivamente en la época contemporánea, tanto en Francia como en el extranjero.[5] La

---

5 V. especialmente G. SCELLE, *Règles générales du droit de la paix*, Rec. de los Cursos, 1933, IV, p. 659-661 e informe sobre la *Théorie du gouvernement international*, Anuario del Instituto intern. de dr. público 1935, p. 66-74; K. DOEHRING, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes*, Colonia, 1959, p. 89-126; H. VAN PANHUYS, *The role of nationality in international law*, Leyde, 1959, p. 59-64.

doctrina reciente estima que la institución de la protección diplomática impone al gobierno interesado la obligación de ejercer su competencia (teoría de la protección debida) y le prohibe sustituirse al reclamante invocando un pretendido derecho o interés subjetivo propio.

En el orden práctico, esta reacción, que constituye una atenuación de la concepción interestatal tradicional, se manifestó en dos planos.

a) En primer lugar vemos, con una cada vez mayor frecuencia, al particular víctima de un acto internacional ilícito participar personalmente en la instancia (asunto Groft, 1855; asunto Aboilard, 1904; asunto de los faros, 1956).

b) Sobre todo asistimos, después de 1945, a una especie de "jurisdiccionalización" del procedimiento de distribución de las indemnizaciones. Puesto en ejecución con variantes en el ordenamiento técnico, este procedimiento tiene por objeto asegurar la repartición equitativa entre los individuos de las indemnizaciones globales puestas a disposición de los Estados reclamantes.[6]

121. — POSIBILIDAD DE UNA RENUNCIA A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. CLÁUSULA CALVO. Sucede a veces que se inserta una cláusula en los contratos (por ej., en los contratos de concesión celebrados por un Estado con concesionarios extranjeros), prohibiendo a los cocontratantes extranjeros apelar a la protección diplomática de su Gobierno o estipulando con anterioridad la inadmisibilidad de toda reclamación internacional. Es lo que se denomina cláusula Calvo, que toma su nombre del estadista y jurisconsulto argentino (1824-1906), cláusula que se insertó frecuentemente en los contratos internacionales entre Estados sudamericanos y ciudadanos extranjeros.[7]

---

6 V. G. VIÉNOT, *Nationalisations étrangères et intérêts français*, París, 1953, p. 214-272; G. BERLIA, *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique*, Anuario francés de dr. intern., 1957, p. 63-72.

7 V. DONALD R. SHEA, *The Calvo clause*, Minneapolis, 1956.

¿Cuál es el valor de tal cláusula? ¿Es oponible al Estado reclamante? Después de haber buscado limitar los efectos de la cláusula —por ejemplo, declarándola válida en las relaciones del individuo lesionado y el Estado demandado, pero inoponible al Estado demandante, o aun descartándola en caso de abuso de autoridad—, la jurisprudencia internacional reciente se pronuncia categóricamente por la nulidad de la misma (V. especialmente ciertas decisiones de las Comisiones anglo y americano-mejicanas).

SECCIÓN III

Aplicaciones de la responsabilidad internacional

122. — PLAN DE LA SECCIÓN III. La responsabilidad internacional se compromete normalmente por intermedio de los órganos del Estado (legislativo, administrativo y jurisdiccional). Cabe examinar inmediatamente dos casos especiales, aquellos en que la responsabilidad del Estado queda comprometida por los actos de los particulares o por el hecho de una guerra civil.

§ 1. — *Responsabilidad del Estado por actos legislativos* [8]

123. — IDEAS GENERALES. En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado puede ser el resultado de la acción o de la abstención del órgano legislativo: a) hay responsabilidad por vía de acción en la hipótesis de la promulgación de una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado; b) hay responsabilidad por vía de omisión en dos casos: sea que el órgano legislativo no dicte las leyes necesarias, sea que descuide derogar una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado.

---

[8] V. A. DE LA PRADELLE, *Les effets internationaux des nationalisations*, informe presentado al Instituto de derecho internacional, *Annuaire de l'Institut*, vol. 43, 1950, t. I, p. 42-132; R. BINDSCHEDLER, *La protection de la propiété privée en droit international public*, Rec. de los Cursos, 1956, II, p. 173-304; B. A. WORTLEY, *Expropriation in public international law*, Cambridge, 1959.

No es suficiente, por otra parte, para hacer que una medida sea lícita internacionalmente, el aplicarla al mismo tiempo a los nacionales. Numerosas veces (sentencia del 25 de mayo de 1926 en el asunto Chorzow, sentencia del 15 de diciembre de 1933 en el asunto de la Universidad Peter Pazmany) la Corte permanente de justicia internacional recordó que una medida prohibida por el derecho internacional convencional o consuetudinario no se vuelve legítima únicamente porque el Estado interesado la aplique también a sus propios ciudadanos. La justificación es sencilla: el trato a los extranjeros se determina por referencia al derecho internacional y no puede modelarse sobre el derecho interno, que cada Estado dicta y modifica a voluntad.*

124. — APLICACIONES EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. La jurisprudencia internacional aplicó el principio en numerosos casos; así, en la imposición irregular de leyes fiscales a extranjeros (sentencia arbitral Gustave Ador del 15 de junio de 1922, *Recueil de sentences arbitrales* publicado por la O.N.U., tomo I, p. 302-305), en la requisición sin indemnización de bienes pertenecientes a extranjeros (sentencia de la Corte permanente de arbitraje del 13 de octubre de 1922 en el asunto de las reclamaciones noruegas contra los Estados Unidos, *ibid.*, tomo I, p. 309-346) y sobre todo, en la expropiación sin indemnización de bienes pertenecientes a extranjeros (sentencia de la C. P. J. I. del 25 de mayo de 1926 en el asunto germanopolaco de Chorzow). Las dificultades provocadas por la expropiación de las compañías petrolíferas extranjeras en Méjico (aplicación de la ley de 1936 y del decreto del 18 de febrero de 1936), por la nacionalización de la sociedad británica Anglo-Iranian Oil Co. (aplicación de las leyes iranias del 15 y 20 de marzo y del 1º de

* En su obra *Derecho Internacional Público* (3ª ed., tomo I, p. 457 y sigts.), el profesor Luis A. Podestá Costa formula la doctrina de la "comunidad de fortuna". En síntesis, sostiene que el extranjero obra en virtud de una resolución personal cuando él mismo o sus bienes se sitúan en otro Estado. De este acto voluntario se desprende que el extranjero participa de las alternativas materiales y morales del país en que se encuentra; del mismo modo que los demás habitantes de aquél, goza de los bienes y no puede sustraerse a los males que puedan alcanzar a la sociedad cuya vida comparte en su persona o en sus bienes, con reserva, en cierta medida, de los "derechos esenciales" (N. del R.).

mayo de 1951), y por las medidas de "egiptización" de las sociedades extranjeras (leyes del 15 y 31 de enero de 1957), han destacado la actualidad del problema.

§ 2. – *Responsabilidad del Estado por actos administrativos*

125. — ALCANCE DEL PRINCIPIO. El Estado debe, en segundo lugar, responder por la conducta de todos sus agentes públicos, sin que deba distinguirse: a) entre las autoridades centralizadas y las autoridades descentralizadas; b) o entre los agentes del Estado de acuerdo con el rango que ocupan en la jerarquía administrativa. Debemos rechazar en especial la tesis sostenida a veces en América latina, según la cual los funcionarios subalternos no comprometerían la responsabilidad internacional del Estado. No se encuentra ningún punto de apoyo en el análisis jurídico y es descartada generalmente por la jurisprudencia internacional.

126. — APLICACIONES EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. Las principales aplicaciones de la responsabilidad administrativa se encuentran en los siguientes dominios: otorgamiento de un trato diferencial a un ciudadano extranjero; sevicias o violencias cometidas por militares o policías (jurisprudencia abundante de las Comisiones de reclamación mejicanas); arrestos arbitrarios (sentencia de la Corte permanente de arbitraje del 9 de junio de 1931 en el asunto Chevreau, *Recueil de sentences arbitrales* publicado por la O. N. U., vol. II, p. 1115-1143).

§ 3. – *Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales*[9]

127. — IDEAS GENERALES. El órgano jurisdiccional compromete la responsabilidad internacional del Estado en las mismas condiciones que los demás órganos estatales. Esta es la idea central que domina la materia y que hay que destacar al comienzo

---

[9] V. CH. DE VISSCHER, *Le déni de justice en droit international* (Rec. de los Cursos, 1935, II, p. 369-442); C. EUSTATHIADES, *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des Organes judiciaires*, tesis, París, 1936.

de estos análisis, ya que el principio fue a veces discutido equivocadamente en América latina, donde se quería reservar a ese respecto un privilegio injustificado al órgano judicial. El extranjero puede comparecer ante las diferentes jurisdicciones locales: a) como demandante; b) como demandado; c) en materia penal, como acusado. En esas diversas eventualidades, la responsabilidad internacional del Estado puede quedar comprometida por el *abuso de autoridad* en su sentido amplio. Esta noción se aplica a toda falla en la organización o en el ejercicio de la función jurisdiccional que implique una falta del Estado a su deber internacional de protección judicial.

128. — APLICACIONES EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. Ello ocurre en los siguientes casos:

1º *Abuso de autoridad "stricto sensu"*, es decir, rechazo de acceso a los tribunales (caso en que un Estado rehusa acordar a los extranjeros la protección de sus derechos por el recurso a los tribunales).

2º *Mala administración de la justicia.* El Estado es responsable de la falta de un cierto grado de perfección en la organización de su aparato judicial, de lo que Gladstone denominaba "el nivel ordinario que requiere el derecho internacional". Las principales aplicaciones conciernen a: a) la negativa a pronunciarse del tribunal; b) todo retardo o toda traba inexcusable en la administración de la justicia cuando el extranjero es el demandado (V. por ej., la sentencia arbitral del presidente de la Confederación helvética del 30 de diciembre de 1896 en el asunto Fabiani entre Francia y Venezuela, Lafontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 344-369, y la del tribunal arbitral especial el 3 de mayo de 1930 en el asunto Martini entre Italia y Venezuela, *Recueil de sentences arbitrales* publicado por la O.N.U., vol. II, p. 978-1002, t. R.D.P., 1930, p. 542-598 y 735-773); c) toda falta de diligencia en la persecución o arresto del asesino de un extranjero; d) inversamente, un apresuramiento insólito en el juicio de un acusado extranjero; e) la condena de un extranjero por un tribunal de excepción; f) la falta de ejecución de una decisión jurisdiccional en beneficio de un

extranjero, circunstancia a la que es necesario agregar la amnistía o la gracia prematura, la liberación anticipada del asesino de un extranjero, la asistencia prestada a su evasión, etc.

3º *Juicio manifiestamente injusto.* El Estado es también responsable por las sentencias "manifiestamente injustas", de acuerdo con la fórmula de la jurisprudencia. Es ésta una noción a veces difícil de precisar, que se encuentra por ejemplo: a) en el caso de animosidad manifiesta contra el extranjero (caso de una decisión dictada por la malevolencia, donde únicamente esta consideración inspiró al tribunal a pesar del respeto aparente de las formas exteriores); b) en el caso, a menudo difícil de establecer, de una interpretación voluntariamente errónea de la ley local. El carácter excepcional de las jurisdicciones adoptadas, la negativa a los inculpados del derecho de comunicarse libremente con las autoridades diplomáticas y consulares de su Estado de origen, la designación frecuente de abogados de oficio, la insuficiencia o la poca pertinencia de las pruebas producidas que obliguen al intérprete a hacer las más expresas reservas sobre el valor de las decisiones tomadas en esas condiciones.

Por el contrario, el Estado no es responsable del mal juicio, es decir del error de sus tribunales, cuando se cometió de buena fe (ej.: falsa interpretación de la ley local). El Estado, en efecto, no responde por los méritos intrínsecos de la sentencia y el error judicial no es, en principio, una causa de responsabilidad internacional. Esta solución es una consecuencia del principio de la independencia del Estado. Igual que los ciudadanos, los extranjeros deben usar las vías de recurso internas contra las decisiones dictadas, ya que esas vías de recurso se presumen suficientes en principio. El derecho de gentes remite a las jurisdicciones internas el cuidado de interpretar las leyes internas y no pertenece a una instancia internacional sustituirse a ellas para revisar sus decisiones.

§ 4. – *Responsabilidad del Estado por los actos de los particulares*

129. — NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD. El Estado puede, asimismo, ser responsable con respeto a los actos come-

tidos por particulares. Se piense como se quiera, hay también aquí *responsabilidad directa*, ya que el Estado debe asegurar el mantenimiento del orden público en su territorio. El hecho generador de la responsabilidad es el incumplimiento por parte del Estado, de esa obligación primordial, no el acto del individuo, que no siendo el sujeto directo, no puede violar el derecho internacional.

130. — CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL. Es doble, analizándose por una parte como un deber de prevención y por otra como un deber de represión.

131. — I. DEBER DE PREVENCIÓN. En primer lugar, *el Estado debe impedir* en la medida de lo posible, que se produzcan esos acontecimientos, y proteger, llegado el caso, a los extranjeros que puedan verse amenazados. El Estado tiene la obligación de prevenir y para eso tomar en consideración: a) el lugar (ej.: deber especial protección en las embajadas, obligación de vigilancia aumentada en las zonas fronterizas); b) el momento (ej.: jornada del 1º de mayo); c) el carácter previsible o imprevisible del acontecimiento; d) el carácter público del extranjero (jefe de Estado, ministro, agente diplomático).

Hay en la práctica una gran dificultad para demostrar que, en un caso dado, las autoridades locales faltaron a su deber de protección. Sin embargo, ciertos hechos pueden tomarse como criterio.

1º Entre los hechos susceptibles de fundar la responsabilidad internacional, mencionaremos: a) la negativa a tomar las medidas necesarias, cuando fueran reclamadas por los agentes diplomáticos o por los interesados (ej.: negativa a proveer una escolta armada a extranjeros en una región peligrosa); b) la participación de soldados, policías o funcionarios en actos de violencia cometidos contra extranjeros; c) la complicidad o la indiferencia de agentes públicos testigos del hecho ilícito.

2º Inversamente, existen hechos de naturaleza capaz de exonerar al Estado de toda responsabilidad: a) actitud provocativa del extranjero; b) consejo anterior dado por el Estado del cual

depende la víctima, de abandonar el país: ese consejo es dado frecuentemente a sus ciudadanos por gobiernos extranjeros en caso de guerra civil (España, 1936-1939; China, 1949-1951) o de tensión internacional (Egipto, 1956).

132. — II. DEBER DE REPRESIÓN. Cuando el daño fue cometido, el Estado tiene la obligación de hacer todo lo posible de su parte por castigar a los autores y asegurar reparación a las víctimas. En otros términos, *el Estado tiene la obligación de reprimir*.

Su responsabilidad puede por lo tanto encararse por uno de los siguientes hechos: a) negativa a perseguir o negligencia voluntaria en la búsqueda de los culpables; b) negativa a juzgar (ej.: negativa del "gran jurado" a acusar, en 1891, a los culpables del linchamiento de los italianos en el asunto Nueva Orleans); c) negativa a castigar. Pueden producirse serias dificultades en caso de absolución de los culpables por el jurado, en razón del conflicto que se produce entre la independencia necesaria de la represión penal y los deberes internacionales del Estado; d) negligencias diversas en la vigilancia que faciliten la evasión de los culpables; e) otorgamiento de una gracia o de una amnistía demasiado rápidas. Podemos destacar que esta materia es el dominio de aplicación tipo de la responsabilidad por omisión; es un sector de la vida internacional en que la teoría de la falta aún encuentra ubicación.

§ 5. - *Responsabilidad del Estado en caso de guerra civil*

133. — PLAN DEL § 5. ¿En qué medida se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado en razón de los daños causados a los extranjeros en el curso de una guerra civil? Es una cuestión mal resuelta aún hoy en día, a propósito de la cual debemos distinguir el derecho común de ciertos reglamentos excepcionales.

134. — I. EL DERECHO COMÚN. Sólo podemos sintetizar aquí las soluciones presentadas por la jurisprudencia internacional. Los dos precedentes esenciales son, a este respecto, la sentencia

del 1º de mayo de 1925 del profesor Max Huber en el asunto de las reclamaciones británicas por daños causados a los ciudadanos ingleses en la zona española de Marruecos *(Recueil de sentences arbitrales* publicado por la O.N.U., vol. II, p. 615-742) y la decisión —del 19 de octubre de 1928 en el asunto Georges Pinson— del subárbitro Verzijil, presidente de la Comisión franco-mejicana de reclamaciones *(R.G.*, 1932, p. 230-260, 391-436, 540-564 y 649-704). Debemos distinguir tres clases diferentes de daños.

135. — A. DAÑOS QUE RESULTAN DEL COMBATE EN SÍ. Por regla general, la jurisprudencia internacional admite aquí la *irresponsabilidad del Estado*, aplicando las reglas del derecho de guerra, que ejerce su influencia atractiva por analogía. Es así, por ejemplo, que un extranjero no será indemnizado por una destrucción de un inmueble debida a un bombardeo. La jurisprudencia internacional justifica habitualmente esta solución apelando a la excepción de la fuerza mayor.

136. — B. DAÑOS QUE RESULTAN DE LAS MEDIDAS TOMADAS POR LAS AUTORIDADES GUBERNAMENTALES. Como se trata de una medida especial y precisa tomada contra el extranjero como tal y sobrepasando el margen de las cargas soportables sin indemnización, hay *responsabilidad del Estado* (ej.: destrucción sin necesidad militar, pillaje, asesinato fuera de combate, ejecución sumaria, requisición con sevicias sobre la persona, etcétera).

137. — C. DAÑOS QUE RESULTAN DE LAS MEDIDAS TOMADAS POR LOS INSURRECTOS. A este respecto la jurisprudencia hace la siguiente distinción:

1º *Caso en que los insurrectos son vencidos.* En este caso, hay *irresponsabilidad del Estado.* El principio, enunciado después de 1903 en el asunto Sambiaggio por el subárbitro Ralston, presidente de la Comisión de reclamaciones ítalo-venezolana, fue confirmado en 1928 por la Comisión franco-mejicana en el asunto G. Pinson.

La doctrina da la siguiente justificación de esta solución: el Gobierno se considera descargado de responsabilidad con

respecto a los daños causados por los rebeldes a causa precisamente de su calidad de rebeldes y porque, donde no había autoridad efectiva y duradera, no puede haber responsabilidad. Sin embargo, la regla no deja de ser peligrosa, ya que se ha señalado que puede alentar a los extranjeros a abandonar su neutralidad y a trabajar por el éxito de los rebeldes, única posibilidad para ellos de ser indemnizados por éstos.

Pero esta irresponsabilidad comporta dos excepciones, según la jurisprudencia: a) la primera, con respecto a la noción de la debida diligencia. La jurisprudencia decide, en efecto, que el criterio de irresponsabilidad no tiene valor si se prueba que el gobierno faltó a su deber de diligencia, es decir, no hizo cuanto estaba en su poder para salvaguardar a los extranjeros. Desgraciadamente, las decisiones son imprecisas en cuanto a la determinación objetiva de los medios de acción que constituyen esa debida diligencia; b) una segunda excepción resulta de la noción de amnistía. La doctrina y la jurisprudencia admiten que el hecho, de parte del Gobierno, de perdonar a los rebeldes (por ej.: acordando funciones públicas a los jefes de la insurrección) supone, por su naturaleza misma, que se hace cargo de la responsabilidad por los daños causados por estos últimos. Pero la justificación propuesta varía: la doctrina ve en esta actitud una impotencia para reprimir, que asimila a la falta de la debida diligencia; en cuanto a la jurisprudencia, interpreta principalmente esta aprobación tácita de la conducta de los rebeldes por el Gobierno como una especie de ratificación *a posteriori* de los actos cumplidos por ellos.

2º *Caso en que los insurrectos son los vencedores* (ej.: guerra civil española de 1936-1939, que terminó con la victoria de las fuerzas nacionalistas del general Franco). En este caso, por el contrario, la jurisprudencia internacional se pronuncia por la *responsabilidad del Estado* y ve en esa solución una regla bien establecida del derecho internacional. Las decisiones se fundan, en principio, en el hecho de que los revolucionarios victoriosos deben representar, en razón misma de su victoria, la voluntad nacional desde el comienzo del conflicto: es ésta una especie de confirmación retroactiva de la acción de los insurrectos, fundada sobre el éxito final. Esta solución fue consagrada

en 1928 en el asunto G. Pinson por la Comisión de reclamaciones franco-mejicana.

138. — II. LOS ARREGLOS EXCEPCIONALES. Pero la aplicación de los principios expuestos precedentemente sufre frecuentes excepciones. Estas son el resultado de negociaciones diplomáticas donde la política se impone al derecho; ellas pueden desembocar en dos resultados diametralmente opuestos.

139. — A. ARREGLOS QUE IMPLICAN UN DEBILITAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD. Ello ocurre principalmente, pero no en forma exclusiva, en el derecho americano, debido a la frecuencia de las conmociones políticas. Este régimen desemboca, entonces, en la atenuación y, a veces, en la exoneración total de la responsabilidad.

Pueden emplearse dos procedimientos técnicos: a) se puede concebir un arreglo por vía convencional, por el cual numerosos Estados convengan concederse según modalidades diversas, una irresponsabilidad recíproca (ej.: tratado germano-soviético de Rapallo del 16 de abril de 1922 que estipulaba la renuncia de los dos Estados a sus reclamaciones respectivas); b) pero sucede también que un Estado se prepare por vía unilateral una posibilidad de irresponsabilidad (ej.: disposición adoptada el 2 de marzo de 1951 por el Gobierno español declarando "no conformes al derecho" las reclamaciones por daños sufridos por los extranjeros en el curso de la guerra civil). En esta forma, no se llegó a arreglo alguno por los daños surgidos de la Revolución rusa de 1917. El mismo resultado negativo debe señalarse para los daños causados por la guerra civil española de 1936-1939.

140. — B. ARREGLOS QUE IMPLICAN UNA AGRAVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. Debidos a menudo a la presión política de una gran potencia, esos arreglos tienen un doble origen.

1º Algunas veces, reposan sobre una base convencional, tratado de arbitraje o convención de reclamaciones.

2º En otras oportunidades, el arreglo tiene su origen en una decisión real o aparentemente unilateral del Estado: a) por

ejemplo, el Estado declara que no está obligado en derecho a acordar la indemnización reclamada, pero que juzga equitativo reparar el daño causado (ej.: decreto francés del 24 de diciembre de 1851 relativo a los disturbios de 1848); b) con relativa frecuencia el carácter unilateral de esas decisiones no es más que aparente, ya que el verdadero motivo reside en la desproporción de las fuerzas de los dos Estados presentes, o en un arreglo celebrado sobre la base de concesiones recíprocas.

SECCIÓN IV

Efectos de la responsabilidad internacional[10]

141. — LA REPARACIÓN, CONSECUENCIA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. La consecuencia esencial de la responsabilidad internacional consiste en la obligación de reparar que queda a cargo del Estado responsable. Es éste un principio fundamental, enunciado muchas veces por la jurisprudencia internacional:

1º Sentencia arbitral de Max Huber (1º de mayo de 1925) en el asunto de las reclamaciones británicas por daños sobrevenidos en la zona española de Marruecos: "La responsabilidad produce como consecuencia la obligación de acordar una reparación en el caso de que la obligación no fuera cumplida."

2º Sentencias de la C.P.J.I. relativas al asunto Chorzow: a) sentencia del 26 de julio de 1927: "Es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso provoca la obligación de reparar en una forma adecuada." (p. 21); b) sentencia del 13 de setiembre de 1928: "La Corte observa que es un principio de derecho internacional y aun un concepto general del derecho, el de que toda violación de un compromiso comporta la obligación de reparar." (p. 29).

---

10 V. J. PERSONNAZ, *La réparation du préjudice en droit international public*, tesis, París, 1938; L. REITZER, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, tesis, Ginebra, 1938; P. A. BISSONNETTE, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, tesis, Ginebra, 1953.

142. — PLAN DE LA SECCIÓN IV. Se presentan tres cuestiones relativas a la reparación del acto internacionalmente ilícito: las de la naturaleza, modalidades y extensión de tal reparación.

§ 1. – *Naturaleza de la reparación*

143. — AUSENCIA DE CARÁCTER PENAL DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. Esta materia está dominada por el principio de que la responsabilidad internacional no tiene, o tiene sólo excepcionalmente, un carácter penal. La reparación no posee sino un carácter compensatorio, no punitivo. La jurisprudencia internacional es unánime a ese respecto (Corte permanente de arbitraje, sentencia del 6 de mayo de 1913 en el asunto de Cartago, *R.G.*, 1913, *Docum.* p. 39; Comisión mixta de reclamaciones germano-americana, decisión del 1º de noviembre de 1923 en el asunto del *Lusitania*, Witeberg, *Jurisprudence de la Comission*, vol. I, p. 35-37; Tribunal arbitral especial germano-portugués, sentencia del 30 de junio de 1930 en el asunto llamado de Naulilaa, relativo a la violación de la neutralidad de Angola por Alemania al comienzo de la primera guerra mundial, *Recueil de sentences arbitrales* publicado por la O.N.U., vol. II, p. 1077; Corte internacional de justicia, sentencia del 9 de abril de 1949 en el asunto del estrecho de Corfú, fondo, p. 35).

§ 2. – *Modalidades de la reparación*

144. — DIVERSAS MODALIDADES A DISTINGUIR. La obligación de reparar se traduce en la práctica: a) por la restitución de las cosas a su estado anterior *(restitutio in integrum del derecho romano)*, por ejemplo por la derogación de la ley o del derecho contrario al derecho internacional, aun cuando esa forma de reparación no siempre sea practicable; b) por satisfacciones de orden moral (disculpas, excusas, saludo a la bandera en caso de ofensa o de ultraje); c) por sanciones internas (medidas administrativas o disciplinarias tomadas contra los fun-

cionarios responsables); d) por el pago de una indemnización pecuniaria. Es la forma normal de la reparación, tal como lo indicó la Corte permanente de arbitraje en su sentencia del 11 de noviembre de 1912 (asunto de la indemnización de la guerra turca hacia Rusia): "Las diversas responsabilidades de los Estados no se distinguen las unas de las otras por diferencias esenciales. Todas se resuelven o pueden terminar por resolverse con el pago de una suma de dinero." Conviene precisar ahora el alcance de esta reparación pecuniaria.

§ 3. – *Alcance de la reparación*

145. — PRINCIPIO DE LA EQUIVALENCIA DE LA REPARACIÓN CON EL PERJUICIO. El principio admitido por la práctica internacional es que la víctima debe quedar restablecida en el mismo estado en que se encontraría si el acto perjudicial no hubiera ocurrido. La reparación debe adaptarse lo más exactamente posible al perjuicio sufrido. Este es el principio que enunció la Corte permanente de arbitraje en su sentencia del 13 de octubre de 1922 (asunto de la requisición de los navíos noruegos por los Estados Unidos): "La justa compensación implica el restablecimiento del *status quo*."

146. — CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO. El principio de la integridad de la reparación implica dos consecuencias: a) la reparación no debe ser inferior al perjuicio; b) no debe tampoco sobrepasarlo.

147. — PRIMERA IDEA: LA REPARACIÓN NO DEBE SER INFERIOR AL PERJUICIO. La reparación debe extenderse al daño entero y compensarlo en su totalidad. Este principio tiene a su vez un triple aspecto.

A. – *Indemnización del "lucrum cessans"*. Si se trata de un perjuicio patrimonial, la reparación debe comprender la indemnización de la ganancia perdida, del *lucrum cessans*, junto a la del *damnum emergens*. La valuación del lucro cesante se efectúa frecuentemente en forma forfataria: por ejemplo, en caso

de embargo y de detención ilegal de un barco de pesca extranjero, las decisiones arbitrales acuerdan muy a menudo una indemnización por privación del uso del navío; esa indemnización comprende también la compensación de la ganancia perdida (determinación de la pesca probable, apreciada con referencia a la pesca efectuada en las mismas condiciones por un barco de tipo similar).

B. – *Consideración del daño moral.* La jurisprudencia internacional considera igualmente los daños extrapatrimoniales (daños corporales, daños que resultan de la detención y de la expulsión arbitraria). Debe reservarse a este respecto un lugar particular al daño moral ya que las decisiones arbitrales han acordado a menudo una reparación especial por los sufrimientos morales sufridos por la víctima del daño.

C. – *Pago de intereses.* Además del daño principal que proviene del acto ilícito, la víctima sufre un perjuicio complementario por el tiempo más o menos prolongado que corrió entre el acto perjudicial y el arreglo definitivo, y durante el cual no gozó del bien en cuestión ni de la compensación en dinero. Por analogía con las soluciones del derecho interno, la jurisprudencia internacional admite la reparación de esa clase de perjuicio y reconoce el pago de intereses especiales.

En lo que concierne al funcionamiento práctico de la institución, bastará destacar los tres puntos siguientes: a) en cuanto al punto de partida de los intereses, no hay una solución uniforme; las decisiones se refieren a uno de los tres momentos siguientes: fecha del acto ilícito, fecha en que se formuló la reclamación, fecha de la sentencia; b) se comprueba la misma diversidad si, después de estudiar el *dies a quo*, buscamos el *dies ad quem*, es decir, el momento en que terminan de correr los intereses. Las decisiones arbitrales hacen correr los mismos, en algunos casos hasta la fecha del pago efectivo (o integral) y en otros hasta una fecha fijada por ellas a voluntad (en la hipótesis en que los trabajos de la Comisión de reclamaciones sean de larga duración); c) finalmente, la tasa del interés es eminentemente variable (4 %, 6 % o más).

148. — SEGUNDA IDEA: LA REPARACIÓN NO DEBE EXCEDER AL PERJUICIO. PROBLEMA DE LOS DAÑOS INDIRECTOS. [11] Este segundo principio es correlativo del primero. Significa que el acto ilícito no debe ser una fuente de enriquecimiento para la víctima. La cuestión que se presenta aquí es la de saber si se tomarán en consideración los daños indirectos. Estos daños presentan los siguientes caracteres: a) son daños accesorios a un daño principal; b) tienen en general un carácter de repercusión, recayendo sobre una persona distinta de la que sufrió el daño principal (caso de los aseguradores); el fenómeno que los determina no deja de ser análogo al de la incidencia en materia financiera; c) son debidos en parte a causas extrañas; no resultan siempre, ni exclusivamente, del hecho generador de responsabilidad, ya que no están unidos a él más que por una relación lejana.

La jurisprudencia internacional se ha mostrado generalmente hostil a la indemnización de los daños indirectos, a imitación de la jurisprudencia interna. El problema se presentó en toda su amplitud especialmente en el asunto del *Alabama* (La Pradelle y Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 828-841). En este asunto los Estados Unidos reprochaban al gobierno británico haber tolerado la construcción y armamento de navíos sureños que infligieron más tarde grandes pérdidas a la marina federal americana en el curso de la Guerra de Secesión; entre esos navíos se encontraba el *Alabama*. Los Estados Unidos presentaron en 1872 dos clases de reclamaciones ante el tribunal arbitral de Ginebra, al que fue deferido el litigio por el tratado de Washington del 8 de mayo de 1871: a) unas, por los daños directos, como las pérdidas individuales directamente ocasionadas por los navíos en cuestión, no presentaron dificultad alguna; b) las otras, por los daños indirectos, es decir, por las pérdidas nacionales sufridas durante la guerra civil por el conjunto de los Estados Unidos, debido a la prolongación de la guerra, por el alza de los fletes, por la elevación de las primas de los seguros marítimos, etc. Se pro-

---

11 V. A. HAURIOU, *Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux*, (R. G. 1924, p. 203-231) y PERSONNAZ, *op. cit.*, p. 127-151.

dujo entonces una violenta controversia, ya que Gran Bretaña rehusaba pagar la elevada suma que se le había pedido. El problema se complicó aún más por el silencio del compromiso de 1871, según el cual cada uno de los Estados creyó resuelta la cuestión en su favor. El tribunal arbitral eludió ingeniosamente la dificultad. Por una declaración especial del 19 de junio de 1872, se declaró competente para pronunciarse sobre la reivindicación americana, lo que era una concesión apreciable a los Estados Unidos, pero rechazó esa reclamación en cuanto al fondo, dando así satisfacción a Gran Bretaña. El tribunal decidió que las reclamaciones por daños indirectos, "de acuerdo con los principios del derecho internacional aplicables en semejante caso, no constituían una base suficiente para fundar un juicio de compensación o un cálculo de indemnizaciones entre naciones".

El mismo principio habría de ser confirmado numerosas veces en la jurisprudencia internacional posterior.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Título II

EL TERRITORIO

149. — Plan del título II. El territorio juega un papel considerable en la construcción del derecho internacional. Después de haber precisado los caracteres generales (capítulo I), convendrá determinar el régimen jurídico, desde el triple punto de vista del establecimiento de la competencia territorial (problema de la adquisición del territorio, capítulo II), de la delimitación de la competencia territorial (problema de la frontera, capítulo III) y de las modificaciones de la competencia territorial (problema de las mutaciones territoriales, capítulo IV).

UNIVERSIDAD DEL ECUADOR
OMNIUM SCIENTIARUM
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo I

CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA JURIDICA[1]

Sección I

El territorio

150. — Caracteres generales del territorio. El concepto de territorio es una noción compleja cuyo contenido, según la opinión general, desborda la acepción etimológica y originaria de ese término ya que engloba, además de la superficie terrestre, sus dos prolongaciones verticales: por una parte el subsuelo, y por otra el espacio aéreo que cubre la superficie subyacente. No está demostrado además, que esta interpretación extensiva sea perfecta, aunque es admitida corrientemente por la doctrina y se halla consagrada en la práctica. Jurídicamente, ofrece el inconveniente de confundir las nociones de espacio y territorio; y lleva casi inevitablemente al internacionalista a copiar el régimen del mar territorial y del espacio aéreo del régimen del territorio por medio de una trasposición analógica. Políticamente, debemos poner en el pasivo de esta acepción usual todas las deformaciones creadas por una mística expansionista y de las cuales la peor fue la reciente teoría del espacio vital o *Lebensraum*.

El territorio presenta un gran interés para la construcción jurídica del Estado, ya que sobre él se instala la comunidad

---

1 V. Guggenheim, I, p. 369-403; Schoenborn, *La nature juridique du territoire*, Rec. de los Cursos, 1929, V. p. 85-189; Delbez, *Du territoire dans ses rapports avec l'État*, R. G., 1932, p. 705-738; A. de la Pradelle, *Le territoire*, en la "Enciclopedia francesa", t. X, "El Estado", 1935, p. 10 y 11; J. Gottmann, *La politique des États et leur géographie*, 1952, p 70-120; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 1953, p. 239-252; G. Scelle, *Obsession du territoire, essai d'étude réaliste de droit international*, Symbolae Verzijl, La Haya, 1958, p. 347-361.

nacional. Esta importante cualidad fue reconocida a menudo por la doctrina contemporánea: conocemos la expresiva frase de Hauriou, según la cual el Estado moderno es una corporación con base territorial. Conviene, sin embargo, atemperar esta afirmación general por medio de las dos observaciones siguientes:

a) Ciertos ataques doctrinales tendientes a disminuir el valor del territorio se produjeron ha poco, quedando el mismo concebido simplemente, ya como un límite de la competencia estatal (teoría objetivista), ya como un cuadro de validez del orden estatal (teoría de la escuela austríaca), o bien como una "circunstancia adventicia" que caracteriza un cierto grado de la evolución jurídica (G. Scelle).

b) Por otra parte, en la época contemporánea aparecieron ciertos hechos tendientes a reducir la importancia del territorio: 1º desarrollo de las agrupaciones internacionales (de orden espiritual, profesional, sindical, económico, intelectual, etc.); 2º desarrollo de la emigración; 3º desarrollo de los esfuerzos de unificación legislativa y de reglamentación internacional por vía convencional; 4º desarrollo de los medios de comunicación, especialmente de la aviación y de la radiodifusión, que contribuyeron ampliamente a la desvalorización del territorio como medio de acción exclusivo del poder público.

En el Estado moderno, el territorio tiene dos caracteres bien netos: es estable y es limitado.

a) El territorio, ante todo, es *estable* en el sentido de que la colectividad nacional está instalada en él de una manera permanente; se trata de una población con carácter sedentario, que se fijó sobre ese territorio para vivir toda su vida. El nomadismo, aunque constituye un fenómeno geográfico, económico y sociológico, está desprovisto de alcance jurídico: formados por sociedades localizadas de tipo pastoral en el circuito mediterráneo, los pretendidos Estados nómades no son sino comunidades circulantes con fronteras elásticas.

b) En segundo lugar, el territorio estatal es *limitado;* comporta límites precisos y fijos en el interior de los cuales se ejerce la actividad de los gobernantes y de los gobernados. La fron-

tera marca el punto en que expira la competencia territorial. La teoría soviética del Estado fluido y la doctrina hitleriana del Estado dinámico con fronteras movibles no representan sino excepciones pasajeras y en principio sin importancia.

151. — NATURALEZA JURÍDICA DEL TERRITORIO. En la literatura jurídica existen cuatro teorías principales para explicar las relaciones existentes entre el Estado y el territorio. En el orden cronológico en que aparecieron, esas teorías vieron en el territorio: un elemento constitutivo del Estado, el objeto mismo del poder estatal, un simple límite a la acción de los gobernantes y, por último, un título de competencia que justifica la acción estatal.

1º *Teoría del territorio como elemento constitutivo del Estado.* La teoría más simple es la que considera al territorio como elemento subjetivo del Estado personalizado, formando parte integrante de su naturaleza y afectado exclusivamente al ejercicio del poder político. Aceptada de buen grado por los teóricos de la geopolítica (Kjellen, Ratzel, Haushofer), según los cuales "todo Estado es un pedazo de suelo y un pedazo de humanidad", esta interpretación influyó sobre todo en la doctrina del derecho público interno, tanto en Francia (Hauriou, Carré de Malberg) como en Alemania (Jellinek).

Esta explicación es inaceptable, por cuanto está fundada en el postulado de la personalidad del Estado; se basa en una confusión evidente entre los dos conceptos de "condición" y de "elemento", y es finalmente incapaz de explicar de una manera satisfactoria la mayor parte de los fenómenos o de las situaciones que afectan al territorio estatal en derecho internacional (cesiones territoriales, divisiones de competencia internacional).

2º *Teoría del territorio-objeto.* Según esta teoría, el territorio es el objeto mismo del poder estatal. La teoría fue construida en dos direcciones diferentes, ya que los autores que la formularon vieron en ese poder estatal tanto un derecho real de propiedad como un derecho real de soberanía.

a) Residuo de la vieja concepción del Estado patrimonial, la primera interpretación fue defendida sobre todo en el extran-

jero (Donati, Oppenheim, Lauterpacht, Tachi). Nunca tuvo aceptación en Francia, probablemente porque el desarrollo técnico del derecho administrativo habituó muy pronto a los juristas franceses a disociar el dominio y la soberanía. Por la confusión que establece entre las dos nociones de propiedad *(dominium)* y de soberanía *(imperium)*, esta explicación es aún menos aceptable que la precedente; por otra parte, en ciertos casos hay contradicción con la jurisprudencia interna, especialmente en lo que concierne a la condición jurídica del mar territorial.

b) La teoría del derecho real de soberanía, defendida por Laband y retomada en nuestros días por la escuela positiva italiana (Diena, Gemma, Cavaglieri), tampoco es convincente. En primer término, sólo es admisible para los juristas que admiten la ficción de un Estado personificado y titular de derechos subjetivos. Pero la objeción mayor, formulada en el pasado por Duguit, proviene de que el poder público o soberanía se concreta en un poder de mando y no puede mandarse más que a los seres humanos: en definitiva, la soberanía estatal no puede ejercerse sobre el territorio como tal, independientemente de las personas que en él se encuentran y de los hechos que en él se cumplen.

3º *Teoría del territorio-límite.* La teoría del territorio-límite, defendida en Francia por Michoud, Duguit y Carré de Malberg, fue formulada sobre todo como reacción contra la concepción precedente. Para esos autores, el territorio no es más que el perímetro en el cual se ejerce el derecho de mando del Estado, o, más brevemente, "el límite material de la acción efectiva de los gobernantes" (Duguit), "el cuadro en el que se ejerce el poder estatal" (Carré de Malberg).

Esta teoría más simple y realista que las explicaciones precedentes, no escapa sin embargo a las críticas. En efecto, se presenta sobre todo como una doctrina negativa. El territorio no es solamente un *límite* de competencia; provee también al Estado de un *título* positivo de competencia, habilitándolo para obrar; y el gran mérito de la teoría de la competencia, a la que llegamos ahora, es precisamente haber aclarado ese carácter y haber extraido todas sus consecuencias lógicas.

4º *Teoría de la competencia.* Enunciada por Radnitzky desde 1905, esta teoría pasó rápidamente a la doctrina austríaca del derecho internacional (W. Henrich, Kelsen, Verdross); fue retomada con variantes de forma en la literatura jurídica francesa o de expresión francesa (J. Basdevant, T. Scelle, Bourquin). De acuerdo con esta concepción, el territorio es considerado como una porción de la superficie terrestre en la cual resulta aplicable y ejecutorio un sistema de reglas jurídicas; representa la esfera de competencia espacial del Estado y el cuadro de validez del orden estatal.

Esta teoría es mucho más satisfactoria que las precedentes, y refleja la opinión dominante actualmente en la literatura jurídica: a) ante todo, tiene el mérito de integrarse en los cuadros generales de la técnica del derecho público, que analiza las prerrogativas estatales como ciertas competencias atribuidas a los gobernantes y a los agentes públicos para cumplir determinadas funciones de interés social; b) brinda una explicación superior a las de las teorías precedentes de las cesiones territoriales (simples transferencias de competencia entre los Estados presentes), sobre la determinación de la naturaleza jurídica del territorio colonial (las diferencias que separan ese territorio del territorio metropolitano se refieren exclusivamente, en esta concepción, a las modificaciones aportadas a la atribución y al ejercicio de las diversas competencias estatales) y de los regímenes de división de la competencia territorial (que comportan de modo uniforme competencias territoriales limitadas); c) finalmente, la plasticidad de la noción de competencia permite su adecuación constante a la diversidad de las situaciones territoriales que se consideren.

SECCIÓN II

La competencia territorial

152. — PLAN DE LA SECCIÓN II. Después de haber estudiado los caracteres generales y la naturaleza jurídica del territorio en el derecho internacional, debemos precisar el alcance y las modalidades de la competencia territorial.

§ 1. – *Alcance de la competencia territorial*

153. — DEFINICIÓN. Por competencia territorial se entiende la competencia del Estado con respecto a los hombres que viven sobre su territorio, sobre las cosas que en él se encuentran y sobre los hechos que en él ocurren. Esta competencia es susceptible de modalidades; está comprendida entre un máximo (la soberanía territorial) y un mínimo (las competencias territoriales limitadas o, según la expresión de Westlake, los "derechos territoriales menores").

154. — LA SOBERANÍA TERRITORIAL. SU DOBLE ASPECTO. La hipótesis normal, sobre la que conviene razonar en primer término, es evidentemente la de la competencia territorial exclusiva y plenaria, comúnmente denominada soberanía territorial. Esta se ejerce: a) esencialmente sobre el espacio terrestre nacional (metropolitano o extrametropolitano) que forma el territorio estatal; b) accesoriamente sobre dos espacios asimilados por analogía al espacio terrestre estatal y que constituyen la doble prolongación horizontal y vertical: por una parte, el mar territorial, y, por otra, el espacio aéreo sobre el territorio estatal.

La soberanía territorial tiene un doble aspecto, positivo y negativo.

155. — ASPECTO POSITIVO. Encarada en su aspecto positivo, la soberanía territorial se funda en dos ideas esenciales: es un poder jurídico y es una noción funcional.

a) Constituye en primer lugar el *conjunto de poderes jurídicos* reconocidos a un Estado para permitirle ejercer las funciones estatales dentro de un espacio determinado, es decir, cumplir actos destinados a producir un efecto de derecho (actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales).

b) La soberanía territorial es, por otra parte, una *noción funcional:* aparece como una función positiva que tiene su razón de ser en el interés general. Ese carácter está de acuerdo con la noción misma del Estado, que sólo existe para cumplir ciertas funciones y realizar ciertas finalidades que le son exte-

riores, ya que no existe sino en interés de sus ciudadanos. Esta idea fue confirmada por la jurisprudencia internacional, específicamente por la sentencia del 4 de abril de 1928 de la Corte permanente de arbitraje (Max Ruber, árbitro único), en el asunto entre Estados Unidos y los Países Bajos sobre la isla de Palmas: "La soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales. Ese derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger en el interior del territorio los derechos de los demás Estados, en particular su derecho a la integridad y a la inviolabilidad en tiempo de paz, así como los derechos que cada Estado puede reclamar para sus ciudadanos en territorio extranjero" (R. G. 1935, p. 164).

156. — ASPECTO NEGATIVO. La soberanía territorial comporta, en segundo lugar, un aspecto negativo: el *exclusivismo*, es decir, la facultad de excluir toda competencia de otro Estado en el interior del territorio sobre el cual se ejerce. La sentencia ya citada de la Corte permanente de arbitraje hace alusión a ello cuando declara que "la soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales", es decir, "a excluir las actividades de los demás Estados". Vimos precedentemente (*supra*, nº 103) que ese exclusivismo se afirma, sobre todo, en lo que concierne al monopolio de la obligación (exclusividad en la competencia coercitiva), el monopolio del ejercicio del poder jurisdiciconal y el monopolio de la organización de los servicios públicos. En los países regidos por las Capitulaciones no existía este exclusivismo sobre los dos últimos puntos.

§ 2. – *Modalidades de la competencia territorial*

157. — IDEAS GENERALES. A más de la competencia principal que es la soberanía territorial, existen *competencias territoriales limitadas*. Las encontramos en las diversas hipótesis que vamos a examinar ahora.

158. — PROTECTORADO, MANDATO Y TUTELA. Tal es especialmente la situación que encontramos, o que encontraríamos en

el caso del protectorado, en los territorios bajo mandato y en los territorios de ultramar, estudiados en el curso del primer año (V. a ese respecto Colliard, *Institutions internationales*, colección de los *Petits Précis Dalloz*, Nos. 75, 82, 156-164 y 165-170). Nos contentaremos con recordar sus rasgos esenciales.

A. – *Protectorado.* La naturaleza jurídica exacta del territorio en el régimen del protectorado fue muy discutida en doctrina. Ciertos autores asimilaron el territorio del Estado protegido al territorio del Estado protector (consecuencia mantenida a veces por el derecho interno del Estado protector para la atribución de la nacionalidad *jure soli:* caso de los decretos franceses de nacionalidad del 8 de noviembre de 1921 para Túnez y Marruecos). Otros vieron en él un territorio extranjero, como las decisiones de los tribunales militares franceses, que asimilan la deserción en territorio protegido a la deserción "en el extranjero". Algunos lo califican de doble territorio, pudiendo ser el mismo espacio geográfico, según el caso, tanto territorio del Estado protegido como del Estado protector.

Todas estas teorías son discutibles. Es preferible ver en el territorio del protectorado un territorio del Estado protegido, sobre el cual el Estado protector ejerce ciertas competencias limitadas. La jurisprudencia francesa que calificaba hasta 1955 el territorio tunecino como "territorio no integrado al territorio francés, sometido simplemente a la protección de Francia", no contradice esta posición, que excluye toda soberanía territorial del Estado protector (civ., 2 de marzo de 1937, S. 1938.1.361, con nuestra nota; Trib. civ. de Marsella, 2 de marzo de 1951, S. 1952.2.113).

B. – *Territorios bajo mandato.* Respecto de los territorios que estaban a su cargo, la potencia mandataria no poseía una competencia originaria e incondicional, sino competencias territoriales limitadas. Esto es así tanto para los mandatos C como para los demás.

De aquí surgieron numerosas consecuencias: 1º) inaplicabilidad de los tratados celebrados por el Estado mandatario por su propia cuenta; 2º) inaplicabilidad del derecho interno del Estado mandatario, bajo reserva de la extensión de los princi-

pios fundamentales del orden jurídico de la potencia mandataria (Confl. 9 de julio de 1928, *Thomas c. Rouaux*, Rec., p. 871) y de la facultad para esta última de administrar los territorios bajo mandato B y C como parte integrante de su propio territorio (V. por ej. como aplicación Civ. 3 de julio de 1939, *R. G.* 1947, p. 233-235); 3º) obligación para la potencia mandataria de respetar el estatuto jurídico de los bienes públicos del territorio bajo mandato, lo que tenía como consecuencia la autonomía del dominio (Cons. de Estado 3 de julio de 1931, *Karl et Toto Samé*, D. 1931.3.36, conclusiones Ettori, y S. 1931.3.129, con nuestra nota); 4º) obligación para la potencia mandataria de respetar la integridad del territorio bajo mandato, lo que implicaba la prohibición de toda anexión por el Estado mandatario y la interdicción de toda cesión territorial por este último a otros Estados.

C. – *Territorios bajo tutela*. El mismo análisis vale para los territorios actualmente colocados bajo el régimen de tutela establecido en 1945.

159. — CONDOMINIO. El régimen del condominio (cf. Colliard, *op. cit.* Nº 137-138) se caracteriza por el ejercicio conjunto de la autoridad política y jurisdiccional de dos o más Estados en pie de igualdad sobre un territorio determinado, sustraído así a toda competencia estatal exclusiva. Esta colaboración igualitaria, este ejercicio directo de la cosoberanía constituye la esencia del condominio. Tal análisis excluye todo llamado a la idea de soberanía; no podría ser de otra manera, ya que el condominio se define precisamente por medio de la indivisión territorial que instituye.

160. — CESIÓN POR CONTRATO DE LOCACIÓN. El procedimiende la cesión por contrato de locación, que es un préstamo hecho por el derecho privado a la práctica diplomática (cf. Colliard, *op cit.* 85-86), constituye una cesión disfrazada y temporal de soberanía: cesión disfrazada porque el Estado beneficiario ejerce la plenitud de la soberanía sobre el territorio de que se trata; y temporal porque se consiente por un tiempo limitado (25, 50 ó 99 años). La doctrina clásica se ha mostrado vacilante al

encarar esta situación, en la cual vio a veces una simple cesión administrativa, una servidumbre internacional, una anexión a plazo, una transferencia de soberanía bajo condición resolutoria o un condominio desigual. Se sabe que el procedimiento, limitado antiguamente a China, donde constituia un residuo del expansionismo colonial de las grandes potencias y de donde desapareció a partir de 1945, recibió hoy aplicaciones nuevas con la política de las *bases estratégicas*. Es interesante destacar que después de haber comenzado por asimilar los territorios cedidos por contrato de locación como "posesiones de los Estados Unidos", la jurisprudencia americana los considera simplemente "territorios extranjeros" sobre los cuales el gobierno beneficiario ejerce competencias restringidas (Corte suprema, sentencia 7 de noviembre de 1949 relativa a la base aérea de Terranova), opinión conforme con la doctrina dominante.

161. — CONCESIONES. Este término era empleado en derecho internacional hasta 1947 para designar la afectación de un barrio de una ciudad determinada a los extranjeros residentes en esa ciudad (C. Colliard, *op. cit.*, Nº 88). En la época contemporánea el régimen de las concesiones fue aplicado sobre todo en China, donde desembocó en la constitución de verdaderas ciudades extranjeras que comportaban una administración, una policía y una jurisdicción ejercidas por los mismos extranjeros e independientes de China. El régimen jurídico de las concesiones obedecía a dos ideas: 1º) jurídicamente esas concesiones seguían siendo consideradas territorio chino, como lo probaba la existencia de cónsules extranjeros y el pago de una renta anual al gobierno chino por las potencias beneficiarias. Ese punto de vista fue consagrado en general por la jurisprudencia interna (Lyon, 27 de diciembre de 1892, S. 1895.2.73, nota Souchon; Civ. 2 de junio de 1923, asunto de la Compañía de tranvías de Shangai, D. 1923.1.127, nota Pic); 2º) sobre esas concesiones, las potencias extranjeras ejercían competencias territoriales limitadas, especialmente desde el punto de vista administrativo y judicial.

162. — OCUPACIÓN MILITAR. La ocupación militar de un territorio extranjero por uno o varios Estados determinados, pro-

voca, igualmente, en provecho de la autoridad ocupante, el ejercicio de competencias limitadas. Teniendo en cuenta el momento en que sucede, debemos distinguir dos tipos de ocupación: a) ocupación militar en tiempo de guerra (ocupación de guerra u *occupatio bellica;* ocupación convencional de guerra, operada en período de armisticio; ocupación pacífica en tiempo de guerra, efectuada por un ejército aliado o cobeligerante); b) ocupación militar en un territorio extranjero en tiempo de paz (ocupación individual o colectiva, ocupación convencional o coercitiva, ocupación de garantía, estacionamiento, etcétera).

163. — SERVIDUMBRES INTERNACIONALES. La servidumbre internacional se caracteriza por una restricción en la independencia de un Estado determinado, sobre cuyo territorio otro Estado ejerce una competencia reglamentaria (legislativa o administrativa) y eventualmente jurisdiccional. Implica necesariamente, tal como lo observó la Corte permanente de arbitraje en su sentencia del 7 de setiembre de 1910 (asunto angloamericano de las pesquerías del Atlántico), "la concesión expresa de un derecho soberano". Es necesario mantener esta noción restrictiva y evitar calificar como servidumbres a simples obligaciones convencionales, para no caer así en el error de muchos autores (ej.: obligación de no fortificar Huningue a cargo de Francia en 1815 y 1919 y de Alemania en 1871, obligación para Francia de no percibir derechos de aduana en las zonas francas de los países de Gex y de Alta Saboya a partir de 1815 y 1860). Este procedimiento, último residuo de la trasposición del derecho privado a la esfera de las relaciones internacionales, no tiene casi aplicaciones en la época contemporánea.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo II

ESTABLECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS
(Problema de la adquisición del territorio)

164. — Posición del problema. Plan del capítulo II. La reglamentación del establecimiento de las competencias por el derecho internacional se refiere esencialmente al establecimiento de la competencia territorial. Se la designa corrientemente en los manuales y obras generales con la expresión de adquisición de territorio. Esta fórmula es evidentemente impropia; en efecto, no puede tratarse específicamente de la adquisición del territorio como tal, sino sólo del establecimiento, por un Estado, de su competencia sobre un territorio sin dueño o sobre un territorio sustraído —por un acto jurídico regular— a una competencia estatal anterior.

Los autores clasifican habitualmente en dos categorías las "formas de adquisición del territorio", oponiendo las formas originarias (ocupación y accesión) a las formas derivadas (sucesión, convención, prescripción, conquista, hipoteca, cesión por contrato, tradición, etc.). Esta distinción se apoya únicamente en el hecho de que el territorio considerado es un territorio sin dueño o depende ya de una soberanía estatal. Este análisis, así sea tradicional, no está libre de críticas.

En realidad, podemos clasificar las formas de establecimiento de la competencia territorial en tres categorías: formas jurídicas, formas históricas o políticas, y formas geográficas. Esta es la clasificación que seguiremos aquí.

Sección I

Formas jurídicas de establecimiento de la competencia territorial

165. — Plan de la sección I. Estas formas jurídicas fueron calcadas, en principio, del derecho interno, y especialmente del

derecho privado: es el caso de la ocupación, la cesión y la prescripción, cuyos equivalentes encontramos en el derecho civil. Pero hay otra —la adjudicación como consecuencia de una decisión arbitral o jurisdiccional— que es propia del derecho de gentes. Esta distinción gobernará los desarrollos siguientes.

§ 1. – *Formas traspuestas por analogía con las instituciones del derecho privado*

166. — A. OCUPACIÓN. CARACTERES GENERALES.[2] Se trata aquí de la ocupación de los territorios sin dueño o de la *res nullius*, la única que otorga la soberanía territorial. Debemos distinguirla cuidadosamente de la ocupación de guerra o de la ocupación militar pacífica (*supra*, nº 162), que nunca es traslativa o atributiva de soberanía.

La ocupación de los territorios sin dueño sólo puede ser promovida por un Estado, ya que un particular no puede adquirir la soberanía por su propia cuenta.

Asimismo, sucedió en el pasado que ciertos Estados confiaron la empresa de efectuar la ocupación a compañías de colonización. En este caso, no es la compañía la que se convierte en soberana: adquiere la soberanía por cuenta del Estado en cuyo nombre obra. Era una práctica frecuente con las *Compagnies à Charte*, muy numerosas a partir del siglo XVII y entre las cuales las más célebres fueron la Compañía inglesa de las Indias orientales (1602), la Compañía francesa de las Indias orientales (1664), la Compañía inglesa de la bahía de Hudson (1670), la Compañía británica del Norte de Borneo (1881), etc. Fundadas con una finalidad comercial, esas corporaciones obtenían de un Estado determinado la delegación de una parte de sus poderes por medio de una carta patente (Charte).

La ocupación puede aplicarse, también, a los *territorios abandonados* por el Estado que anteriormente los descubrió y admi-

---

2 V. JÈZE, *Etude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international*, tesis, París, 1896; A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, *Essai historique et critique sur l'occupation comme mode d'acquérir les territoires en droit international* (R. L. 1937, p. 362-390 y 624-663).

nistró. El caso se presentó varias veces en la práctica internacional, como consecuencia del abandono por España de la Isla de Palmas (en provecho de los Países Bajos), de las islas Malvinas * (en provecho de Inglaterra) y de las islas Carolinas (en provecho de Alemania).

167. — CONDICIONES DE VALIDEZ. EVOLUCIÓN DE LAS CONCEPCIONES JURÍDICAS. Las ideas a este respecto variaron y los procedimientos jurídicos no fueron siempre los mismos. Podemos distinguir varios períodos sucesivos.

A. – *Atribución de territorios por decisión pontificia.* Este procedimiento utilizado en los siglos XV y XVI, época de los grandes descubrimientos en la que se manifiestan los primeros movimientos de expansión europea fuera del viejo continente, aparece como el más antiguo medio de determinar los derechos respectivos de los diversos Estados colonizadores. La intervención de la Santa Sede se justifica aquí por el carácter de superior jerárquico que reviste el Soberano Pontífice con respecto a los Estados católicos. Asistimos entonces a la atribución de territorios por medio de bulas pontificias, que son verdaderas entregas de posesión, generalmente efectuadas en provecho de España y Portugal. En ese orden de ideas, el documento más célebre es la bula *inter cætera* de Alejandro VI (4 de mayo de 1493), dictada un año después del descubrimiento de América y por la cual el papa Alejandro VI Borgia dividía los territorios recién descubiertos entre España y Portugal. Esa línea pasaba a 100 leguas de cabo Verde yendo de uno a otro polo, con la que el Papa atribuía en bloque a Portugal las tierras situadas al este de ella (Africa y Asia) y a España las situadas al oeste (América y parte oriental del Pacífico).

B. – *Teoría del derecho de descubrimiento.* La influencia de la Reforma iba a orientar los espíritus hacia el desconocimiento

---

* El autor denomina Islas Falkland a las Islas Malvinas. Cabe advertir que Inglaterra detenta, por la fuerza, la ocupación de dichas islas, teniendo establecido, reiteradamente, el gobierno argentino su derecho, imprescriptible, al dominio de las Islas Malvinas como parte integrante del territorio nacional; ese derecho está asentado por razones geográficas, históricas y jurídicas. (Nota del Editor).

de la autoridad de la Santa Sede. Grotius, por su parte, consideraba que las bulas pontificias no tenían más que un efecto relativo, limitado a los Estados beneficiarios, y que no podía ser opuesto a los demás. Por ello, a partir del siglo XVI comienza el esfuerzo para elaborar reglas referentes a la adquisición de la soberanía sobre los territorios sin dueño. Una concepción que ejerció una gran influencia en esa época fue la de la prioridad del descubrimiento, pero no estaba libre de críticas. En efecto, el punto que provoca discusiones más acaloradas es el de saber si el descubrimiento no seguido de ocupación puede constituir un título jurídico oponible a los demás Estados. La opinión actualmente dominante es que el descubrimiento provee un comienzo de título, un *inchoate title*, según la expresión inglesa consagrada, es decir, un título embrionario y provisorio, pero no un título jurídico completo y definitivo.

C. – *Influencia de las concepciones del derecho romano.* Grotius y sus sucesores se colocaron en un terreno diferente. Defensores del derecho natural, se vieron obligados a recurrir al derecho romano, considerado en la época como la razón escrita. Traspusieron así a la adquisición de la soberanía territorial los dos elementos —el psicológico y el material— de los que el derecho romano hacía depender la adquisición de la propiedad: el *animus* (intención de adquirir) y el *corpus* (realización de esa voluntad por medio de una toma de posesión material).

Sin embargo, el llamado al derecho romano debe rechazarse en este caso, puesto que procede de una confusión inaceptable entre la propiedad y la soberanía territorial, en realidad separadas por diferencias irreductibles; ello porque la propiedad implica el poder de efectuar actos materiales (uso, percepción de frutos, arreglo, transformación, destrucción) y la soberanía territorial, el de cumplir actos jurídicos (ejercicio de las funciones estatales). Además, el derecho positivo se estableció sobre bases muy diferentes.

168. — ESTADO DEL DERECHO POSITIVO. En el derecho internacional moderno, la reglamentación de la ocupación fue fijada por el Acta general de Berlín del 26 de febrero de 1885, cuyos

artículos 34 y 35 establecían "las condiciones esenciales a cumplir para que las ocupaciones nuevas sobre las costas del continente africano sean consideradas como efectuadas".

Ese texto exige dos condiciones: a) una condición de fondo, la *efectividad,* o sea la exigencia de una ocupación material (instalación en el lugar por el Estado ocupante de una autoridad suficiente para asegurar el orden y la libertad comercial; b) una condición de forma, la *notificación* o medida de publicidad (notificación oficial por vía diplomática, a las demás potencias, del territorio exacto así ocupado). Esta reglamentación se hizo necesaria como consecuencia de los asuntos del Congo (rivalidad entre Stanley y Savorgnan de Brazza en 1878, incidentes de 1884 entre Bélgica y Portugal), y se presentaba como una reacción contra las prácticas anteriores de ocupación ficticia, por las cuales un Estado declaraba tomar bajo su autoridad un territorio inmenso e inexplorado del que sus agentes habían simplemente reconocido la existencia, materializando esa ocupación teórica por la sola elevación de un monumento conmemorativo o la firma de un tratado con los jefes indígenas.

Conviene señalar el alcance relativo de la reglamentación de Berlín. Y esto desde dos puntos de vista: 1º) *relatividad en el espacio;* según los términos de los artículos 34 y 35, esta reglamentación está limitada en cuanto a los territorios a los cuales se aplica; no se refiere más que a las costas del continente africano; 2º) *relatividad en el tiempo;* esta segunda limitación se explica por el juego del principio de la no retroactividad en virtud de la cual —salvo cláusula contraria— los tratados internacionales no tienen efecto en el pasado. El acta general de Berlín sólo se refiere a las ocupaciones futuras sobre las costas de Africa, es decir, efectuadas con posterioridad al 26 de febrero de 1885 (argumento extraído del preámbulo del art. 34 y del título del cap. IV: "Nuevas ocupaciones"). Esta doble relatividad fue confirmada por la jurisprudencia internacional. La sentencia arbitral del 28 de enero de 1931 dictada por el rey de Italia Víctor Manuel III en el asunto de la isla Clipperton entre Francia y Méjico (*R. G.* 1932, p. 128-132) descarta el acta general de Berlín para apreciar la regularidad de la ocupación de un islote del Pacífico efectuada por Francia en 1858.

169. — B. CESIÓN. Una sentencia arbitral definió la cesión territorial como "la renuncia efectuada por un Estado en favor de otro, de los derechos y títulos que el primero podía tener sobre el territorio en cuestión" (sentencia de M. Beichmann del 3 de setiembre de 1924 entre la Comisión de reparaciones y el gobierno alemán concerniente a la interpretación del art. 260 del tratado de Versalles). La doctrina moderna descompone de ordinario la operación en dos actos sucesivos: el abandono por el Estado cedente de su competencia territorial, seguido por el establecimiento de la suya por el Estado anexador o cesionario; en realidad, no hay aquí "cesión" de la soberanía territorial en el sentido que se da habitualmente a esa palabra en derecho civil.

La cesión de territorio presenta siempre un carácter convencional. La encontramos en tratados de tipo muy diverso. a) Primeramente —y es el caso más corriente—, en los tratados de paz: tratado de Francfort del 10 de mayo de 1871 (cesión de Alsacia-Lorena a Alemania por Francia); tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 (restitución de Alsacia-Lorena a Francia por Alemania, art. 51); tratado de París del 10 de febrero de 1947 con Italia (cesión a Francia de las ciudades de Tende y Brigue de acuerdo con los términos del art. 2, cesión del Dodecaneso a Grecia según los términos del art. 14), para no considerar más que algunos ejemplos. b) Puede constituir igualmente la contrapartida de un servicio otorgado (cesión de Saboya y del condado de Niza por Cerdeña a Francia en virtud del tratado de Turín del 24 de marzo de 1860, a cambio del apoyo político y militar dado a Cerdeña por Francia en su lucha contra Austria para acabar de lograr la unidad italiana). c) En el pasado, la cesión afectaba frecuentemente la forma de una venta. Encontramos aún en la época contemporánea algunos ejemplos de cesión territorial a título oneroso: venta de la Luisiana por Francia a los Estados Unidos por el tratado del 3 de mayo de 1803 por 60 millones de francos; venta de Menton y Roquebrune por Mónaco a Francia por el tratado del 2 de febrero de 1861 por 4 millones de francos; venta de Alaska por Rusia a los Estados Unidos de acuerdo con los términos de tratado del 30 de marzo de 1867

por 7.200.000 dólares; retrocesión de la isla de San Bartolomé, en las Antillas, por Suecia a Francia en virtud del tratado del 10 de agosto de 1877 por 320.000 francos; venta de las islas Carolinas, Marianas y Palaos por España a Alemania por el tratado del 12 de febrero de 1899 por 25 millones de pesetas; venta de las Antillas danesas por Dinamarca a los Estados Unidos en virtud del tratado del 4 de agosto de 1916 por 25 millones de dólares. d) Cuando la cesión es recíproca, hay intercambio. Este método fue utilizado frecuentemente en la práctica colonial.

170. — C. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.[3] Nos preguntamos si la usucapión puede hacer adquirir la soberanía territorial, así como permite adquirir la propiedad en derecho interno. Hay controversia en la doctrina a ese respecto; los autores de inspiración positivista rechazan por lo común la extensión, en las relaciones internacionales, de una institución preconizada por los autores favorables a la transposición por analogía de los conceptos del derecho privado.

Podemos estimar, por otra parte, que el debate no tiene un gran alcance práctico. 1º La cuestión no se presenta para la adquisición de un territorio sin dueño, ya que en esta hipótesis la forma normal del establecimiento de la competencia territorial, es la ocupación, no la prescripción. 2º El problema sólo puede presentarse si se considera un territorio perteneciente a un Estado a la vez que reivindicado por otro. Entonces pueden suceder dos cosas: a) o bien el Estado desposeído no protestó; en este caso hay un asentimiento tácito de ese Estado a la adquisición efectuada por el otro, por aplicación de la teoría del silencio; b) o bien el Estado despojado protestó; en este caso se recae en el derecho común y se trata de saber si la posesión reivindicada por el Estado concurrente satisface las condiciones requeridas para ser considerada como válida y oponible a los demás Estados.

---

3 V. P. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, tesis, París, 1934, p. 57-125 y R. PINTO, *La prescription en droit international*, Rec. de los Cursos, 1955, I, sobre todo p. 433-438.

El examen, en la práctica internacional, no es muy concluyente. a) En primer lugar, la cuestión se presentó muy pocas veces ante los árbitros o los órganos políticos internacionales. b) El valor del aporte jurisprudencial está debilitado por el desacuerdo de las decisiones y de los autores, en cuanto a la determinación del plazo necesario para la prescripción, el que varía entre treinta años y cuatro siglos. c) La jurisprudencia internacional se inclina a practicar la prescripción en dos casos: 1º cuando hay discusión dirigida a saber si el territorio fue abandonado por *derelictio* y por lo tanto convertido en *res nullius* en el momento de la ocupación por otro Estado; 2º cuando faltó la notificación en el momento del establecimiento de la autoridad estatal. En estas hipótesis, la jurisprudencia internacional admite la prescripción si hay silencio del soberano inicial y posesión pacífica, es decir, ejercicio efectivo, continuo y sin interrupciones de la soberanía territorial.

§ 2. – *Forma traspuesta por analogía con las instituciones del derecho público*

171. — ADJUDICACIÓN. Sólo una forma de adquisición de la soberanía territorial proviene, si no de la técnica, por lo menos de la terminología del derecho público interno: la adjudicación. Pero en el idioma del derecho internacional, esta expresión tiene un sentido preciso y que no recuerda en nada la institución conocida bajo esa denominación en el derecho administrativo francés. Se trata aquí, únicamente, de una atribución de territorio efectuada por vía arbitral o jurisdiccional.

La adjudicación así definida no presenta siempre el mismo carácter. a) A veces tiene simplemente un carácter declarativo y se limita a comprobar un título preexistente. b) Pero otras veces puede ser una forma de adquisición de la soberanía. Reviste entonces un carácter atributivo: es lo que sucede con el arbitraje de límites, que se lleva a cabo, ya directamente o *a priori*, ya —en mayor número de oportunidades— a título subsidiario y *a posteriori*, para solucionar un conflicto de fronteras entre dos Estados.

SECCIÓN II

Forma históricopolítica de establecimiento de la competencia territorial.

172. — LA CONQUISTA O "DEBELLATIO". La conquista (*debellatio* de los autores clásicos o subyugación de los juristas anglosajones) se diferencia netamente de la cesión territorial realizada bajo forma de anexión por el Estado victorioso después de una guerra. Supone que, como consecuencia de operaciones militares, por lo general (pero no necesariamente) en el curso de una guerra, un Estado venció completamente a su adversario. Como el territorio entero no tiene ya organización política propia, el Estado victorioso lo adquiere por el procedimiento de la conquista. De esta manera se efectuaron la unidad alemana y la unidad italiana.

El derecho internacional no puede ignorar esta situación. Pero para que haya adquisición territorial por vía de conquista, es necesario que el Estado vencido haya cesado de existir, es decir, que la guerra haya finalizado jurídicamente.

Las anexiones prematuras son nulas y sin valor cuando son contemporáneas de las hostilidades; su finalidad evidente es proveer al gobierno victorioso las apariencias de un título para justificar las medidas represivas a que recurre habitualmente contra los soldados enemigos que continúan la lucha, transformados así en súbditos rebeldes. Nuestra época ha sido testigo de numerosas aplicaciones de esta práctica abusiva (incorporación del Estado libre de Orange a las posesiones británicas por la proclamación del mariscal Roberts del 24 de mayo de 1900 y anexión de la República sudafricana por el decreto real británico del 4 de julio de 1900; anexión de Tripolitania y Cirenaica por el decreto italiano del 5 de noviembre de 1911; anexión de Etiopía por el decreto italiano del 9 de mayo de 1936; anexión de Austria al Reich *(Anschluss)* por la ley alemana del 13 de marzo de 1938 después de la ocupación militar del territorio austríaco, el 11, por las tropas alemanas; división de Polonia por el tratado germano-soviético del 28 de setiembre de 1939, fundada sobre la pretendida "disolución del Estado polonés"). En estos tres últimos casos, por

otra parte, la ilicitud del procedimiento empleado surgía de la violación flagrante por los Estados interesados, de sus obligaciones internacionales generales o especiales: nueva y decisiva razón para descartar la *debellatio*.

La *debellatio* —que supone la sumisión completa de uno de los beligerantes, con correlativa desaparición de su existencia política— debe ser descartada tratándose de la situación alemana después de la capitulación del 7 de mayo de 1945: a) el Estado alemán no desapareció definitivamente; su gobierno fue sucesivamente asegurado por las potencias aliadas y luego por las autoridades de Bonn y Alemania oriental; b) los habitantes de los territorios alemanes ocupados conservaron jurídicamente la nacionalidad alemana, y ésta es oponible a los demás Estados; c) las precauciones formales tomadas por las cuatro potencias ocupantes en el preámbulo de la Declaración de Berlín del 5 de junio de 1945 impiden, además, aplicar la teoría clásica de la *debellatio* en este caso ("...la asunción de esta autoridad y de estos poderes con las finalidades expuestas más arriba no tiene por efecto anexar Alemania").

SECCIÓN III

Forma geográfica de establecimiento de la competencia territorial: la contigüidad.

173. — DIFERENTES FUNCIONES DE LA CONTIGÜIDAD. Podemos asignar a la vecindad geográfica una triple función en derecho internacional. La contigüidad puede, en efecto, constituir: 1º un obstáculo en el ejercicio de la soberanía territorial por un Estado en tercería; 2º un título preferencial para el ejercicio de la soberanía territorial; 3º un título actual y efectivo para el ejercicio de esa soberanía.

§ 1. – *La contigüidad, obstáculo para el ejercicio de la soberanía territorial por un Estado en tercería.*

174. — PROMESA DE NO ALIENACIÓN. La promesa de no alienación es una disposición en virtud de la cual un Estado se

compromete con respecto a otro a no alienar un territorio determinado, generalmente limítrofe del territorio del Estado beneficiario. Tal cláusula no confiere la soberanía, sino que crea una garantía para el porvenir.

1º Esta situación existió en provecho de Francia. Esta podía en efecto, hasta estos últimos años, hacer uso de los siguientes privilegios: a) el compromiso asumido por España referente a la zona española de Marruecos y al territorio de Ifni (convención del 3 de octubre de 1904 y art. 5 de la convención del 27 de noviembre de 1912); b) el doble compromiso asumido por China relativo a la isla de Hainan, en el golfo de Tonkin (intercambio de notas del 15 de marzo de 1897) y a la región del Yunnan (intercambio de notas del 4-10 de abril de 1898).

2º Gran Bretaña se beneficia aún con promesas análogas por parte de diversos Estados árabes del golfo pérsico (Bahrein, Kuwait, Qatar, principados de la costa de los Piratas), sobre la base de acuerdos efectuados entre 1853 y 1916. En el pasado, gozaba de compromisos semejantes: a) de parte del Tibet (según los términos del tratado de Lhassa del 8 de julio de 1904, al cual renunció el gobierno británico por el arreglo angloruso del 31 de agosto de 1907); b) de parte de Italia, relativos al Djubaland, territorio del Africa oriental cedido por Inglaterra a Italia en virtud del tratado del 15 de julio de 1924 y en ejecución de las promesas secretas de 1915; esta región convertida después en parte integrante de la Somalía italiana, estuvo colocada por diez años bajo la tutela de Italia por la Asamblea de la O. N. U. (resolución del 21 de noviembre de 1949).

§ 2. – *La contigüidad, título preferencial para el ejercicio de la soberanía territorial*

175. — SITUACIONES QUE DEBEMOS DISTINGUIR. La contigüidad presenta este carácter en dos casos distintos, ya que ese título preferencial puede tener un efecto eventual (derecho de preferencia) o un efecto inmediato (zona de influencia).

176. — A. DERECHO DE PREFERENCIA. En la hipótesis en que hay concesión de un derecho de preferencia, el Estado A promete al Estado B darle el mismo sobre tal territorio determinado en caso de que más adelante *alienara* ese territorio.

Las principales aplicaciones conciernen a Francia, que se beneficiaba hasta el 30 de junio de 1960 con un derecho de preferencia sobre el Congo belga, de acuerdo con los términos del arreglo franco-belga del 23 de diciembre de 1908, que confirmaba y reemplazaba al intercambio de notas cursadas los días 23-24 de abril de 1884 entre Francia y el Estado independiente del Congo; y se beneficia aún con un derecho análogo sobre la Guinea española, las islas Corisco y Elobey, de acuerdo con los términos del tratado franco-español del 27 de junio de 1900.

177. — B. ZONAS DE INFLUENCIA. La práctica de las zonas de influencia se desarrolló a fines del siglo XIX con respecto a los territorios sin dueño. Fue puesta en práctica de dos maneras diferentes.

1º *Sistema de las zonas de hinterland.* En esta concepción, el Estado A se compromete, por ejemplo, a no colonizar una cierta región, mientras que el Estado B hace una promesa semejante para otra región determinada; cada uno de ellos tiene entonces ante sí una zona reservada a su influencia política. Usado antiguamente en las regiones africanas, el procedimiento presenta tres particularidades, fuentes por sí mismas de dificultades internacionales: a) la concesión de una zona de influencia se presenta ante todo como una dispensa convencional de efectividad; b) por otra parte, los tratados que delimitan zonas de influencia comprometen solamente a los Estados signatarios y no son oponibles a los demás Estados; de aquí surgen complicaciones inevitables (ej.: la rivalidad colonial franco-británica a fines del siglo XIX en el Sudán egipcio, que habría de provocar en 1898-1899, el incidente de Fachoda); c) por último, el establecimiento de zonas de influencia no atribuye soberanía, ya que el Estado beneficiario no posee sino un título privilegiado que eventualmente podría concretarse en el porvenir.

La práctica internacional ofrece numerosos ejemplos del empleo de este procedimiento a fines del siglo XIX, entre 1885 y 1900: a) en Africa occidental, central y oriental, especialmente en las relaciones anglo-alemanas, franco-británicas, franco-alemanas, franco-portuguesas, anglo-italianas y anglo-portuguesas; b) en Asia (región del Pamir), en las relaciones anglo-rusas.

2º *Sistema de las zonas de intereses especiales.* Un segundo sistema consiste en el reconocimiento a un Estado de una zona privilegiada de acción sobre un territorio en el que quiere hacer prevalecer sus intereses. La práctica diplomática utilizó ese procedimiento: a) en Africa, especialmente con respecto a Etiopía (art. 4 del acuerdo trilateral franco-anglo-italiano firmado en Londres el 13 de diciembre de 1906); b) en Asia, en particular en Asia central (tratado anglo-ruso del 31 de agosto de 1907 delimitando las esferas de acción respectivas de los dos Estados en Persia y en el Tibet); c) en Extremo Oriente (acuerdos franco-británicos del 15 de enero de 1896 y del 8 de abril de 1904 señalando las esferas de influencia de los dos Estados en las regiones de Mekong y Menam; acuerdo secreto ruso-japonés del 8 de julio de 1912 por el que se determinaban las zonas de influencia de los dos Estados en la Mongolia interior) y en el Cercano Oriente (acuerdo Sykes-Picot del 10 de mayo de 1916 delimitando las zonas de influencia francesa y británica en el Levante).

§ 3. – *La contigüidad, título actual y efectivo para el ejercicio de la soberanía territorial*

178. — LA ADQUISICIÓN DE LAS REGIONES POLARES.[4] Esta última aplicación del principio de la contigüidad domina la materia de la adquisición de las regiones polares. La ausencia

[4] V. G. SMEDAL, *L'adquisition de souveraineté sur les territoires polaires*, Paris, 1932; G. GIDEL, *Aspects juridiques de la lutte pour l'Antarctique*, Academia de Marina, París, 1948; R. DOLIOT, *Le droit international des espaces polaires* (Rec. de los Cursos, 1949, II. p. 121-200); P. GEORGE, *Les régions polaires*, 2ª edic., París, 1950; A. PHARAND, *La théorie des secteurs dans l'Arctique à l'égard du droit international*, tesis, París, 1955.

total de población, debida a una serie de hechos geofísicos (clima glacial, pobreza biológica, alejamiento de las tierras), explica la imposibilidad de aplicar a las regiones polares las reglas habituales en materia de adquisición de la soberanía territorial, es decir la teoría de la efectividad. Pero es necesario distinguir a ese respecto el Artico (cuenca marítima helada) del Antártico (tierra recubierta de hielos); la diversidad del medio físico provoca la diferenciación de métodos de arreglo político.

179. — A. EL ÁRTICO Y LA TEORÍA DE LOS SECTORES. En el Artico se aplica la teoría de los sectores o de la zona de atracción. Desarrollada en 1907 por el senador canadiense Poirier y sistematizada por el jurista ruso Lakhtine, constituye un procedimiento de reparto territorial fundado sobre una base exclusivamente geográfica. Esta doctrina atribuye a cada Estado que posee un litoral sobre el Océano Glacial Artico la soberanía de todas las tierras comprendidas en un triángulo que tiene como base ese litoral, como cima el polo Norte y por lados los meridianos que pasan por las extremidades este y oeste de ese litoral. Las tierras y las islas aún no descubiertas se presumen como pertenecientes al territorio nacional del Estado polar adyacente a la región de atracción en la cual se encuentran. Se puede ver una aplicación extensiva del principio de contigüidad en esta teoría, definida por la fórmula del triángulo esférico.

En el momento actual, el principio de los sectores se aplica a las tierras situadas al norte del círculo glacial ártico. Distinguimos así, en dirección este-oeste: 1º el sector ruso (tierra Wrangel, tierra Francisco José, isla de Vilkitzky, tierras del zar Nicolás II y del Zarevitch), anexado en virtud de los decretos del 20 de setiembre de 1916 y del 15 de abril de 1926; 2º el sector noruego, que comprende el Spitzberg (sobre el que fueron reconocidos los derechos de Noruega por la convención de París del 9 de febrero de 1920), la isla Jan Mayen (anexada por un decreto del 8 de mayo de 1929) y la isla de los Osos; 3º el sector danés esencialmente formado por Groenlandia, y sobre el cual los derechos de Dinamarca, sucesivamente

reconocidos por los Estados Unidos (tratado del 4 de agosto de 1916) y por Noruega (convención del 9 de julio de 1924), fueron confirmados por la Corte permanente de justicia internacional en su sentencia del 5 de abril de 1933 relativa al litigio danés-noruego sobre Groenlandia oriental; 4º el sector canadiense, constituido por las islas Sverdrup (declaración del 10 de junio de 1925).

180. — B. LA ANTÁRTIDA. La enorme distancia de las masas continentales, que se encuentran entre 3.600 y 7.000 kilómetros, así como la ausencia de islas y de bancos de hielo, volvía dificultosa la extensión pura y simple de la teoría de los sectores a la Antártida. En ausencia de una doctrina unitaria, se consideraron numerosas teorías divergentes: a) teoría del descubrimiento, propuesta por Francia, Gran Bretaña, Noruega y, más recientemente, por la U. R. S. S.; b) teoría americana del punto de apoyo o de la actividad de control; c) teoría chilena de los cuadrantes, siendo el cuadrante —en geometría— el cuarto de la circunferencia del círculo; d) teoría argentina de la contigüidad o de la continuidad, fundada sobre la analogía de la estructura geológica.

Esta complejidad se refleja en las posiciones respectivas de los Estados interesados.

1º Gran Bretaña y los Dominios se atribuyeron unilateralmente tres sectores: a) el sector británico de las dependencias de las Malvinas * (Georgia del Sur, Orcadas del Sur, Shetland del Sur, Tierra de Graham), creado por las cartas patentes del 21 de julio de 1908 y del 28 de marzo de 1917; b) el sector neocelandés de la dependencia de Ross (atribuido por la resolución del consejo del 30 de julio de 1923); c) el sector australiano, que comprende la Tierra de Wilkes (resolución del consejo del 7 de febrero de 1933) y que se aumentó recientemente con las islas Heard y Mac Donald, al sur de las islas Kerguelen (como consecuencia de un arreglo anglo-australiano de 1947, confirmado por una carta del gobierno británico con fecha 19 de diciembre de 1950).

* El autor denomina Falkland a las Islas Malvinas. (N. del E.).

2º Francia posee las islas San Pablo, Amsterdam, Kerguelen, Crozet y la Tierra Adelaida. Determinado por dos decretos del 27 de marzo y del 30 de diciembre de 1924, y delimitado por el decreto del 1º de abril de 1938, el sector francés fue primero unido para su administración al gobierno general de Madagascar, distante 8.000 kilómetros, por decreto del 27 de noviembre de 1924 (sobre las consecuencias de esa unión, desde el punto de vista de la legislación aplicable, V. Cons. de Est. 3 de mayo de 1950, *Société de pêche malgache et réunionnaise*, Rec. Penant, 1952. 1166, nota Lampué). Más tarde, de acuerdo con los términos de la ley del 6 de agosto de 1955, fue erigida una circunscripción distinta, dotada de autonomía administrativa y financiera bajo la denominación genérica de "Tierras australes y antárticas francesas"; su estatuto fue precisado por los decretos del 13 de enero y del 18 de setiembre de 1956.

3º Noruega estableció, bajo el nombre de sector de la Reina Maud, un sector antártico (islas Bouvet y Pedro I, tierra de la Princesa Raghnilde) por el decreto del 14 de enero de 1939, la ley del 29 de marzo de 1930 y el decreto del 1º de mayo de 1931.

4º Chile creó, bajo el nombre de Antártida chilena, un vasto sector delimitado por el decreto del 6 de noviembre del año 1940.

5º La Argentina, finalmente, reclama la soberanía sobre la zona vecina a su territorio (decretos del 15 de julio de 1939 y del 9 de octubre de 1946).

Estas dos últimas reivindicaciones abarcan parte del sector británico.

En cuanto a la posición de los Estados Unidos, que no varió jamás desde la declaración oficial del departamento de Estado del 13 de mayo de 1924, es categórica: el Gobierno americano no formula por su parte ninguna reivindicación territorial, pero no reconoce ninguna. Propuso vanamente, en una nota del 28 de agosto de 1948, la internacionalización de la Antártida por el establecimiento de un régimen de tutela o de control internacional de ocho países; pero esta sugestión fue rechazada por todos los Estados interesados, con excepción de Gran Bretaña.

Fue retomada recientemente por el jurista inglés C. Wilfred Jenks, subdirector de la O. I. T., en un artículo aparecido en la revista *International Affairs* (número de octubre de 1956) en que este autor preconiza la adopción de un régimen de internacionalización y de desmilitarización para la Antártida.

Destacaremos finalmente: a) que a pesar de la toma de posesión provisoria en 1938-1939, en nombre del Reich, de una región bautizada Nueva Suabia por una expedición alemana, Alemania no formuló desde entonces ninguna reivindicación territorial; b) que el Japón renunció a todos sus derechos en la Antártida según los términos del art. 2-e del tratado de paz del 8 de setiembre de 1951.

Dos elementos nuevos dieron al problema un interés agudo.

a) Latente desde 1945, la controversia entre Gran Bretaña y los Estados sudamericanos adyacentes se agravó bruscamente como consecuencia de la anexión por Chile (decreto del 23 de febrero de 1948) y la Argentina (proclamación del 1º de agosto de 1948) de territorios antárticos situados en el sector británico. La firma por los dos Estados sudamericanos, el 4 de marzo de 1948, de un acuerdo para la defensa conjunta de sus derechos en la Antártida, así como el establecimiento ulterior de diez bases argentinas y de cuatro bases chilenas en la zona en discusión, no simplificaron la situación. La conclusión de una tregua naval en enero de 1949 entre los tres Estados interesados (compromiso de no enviar naves de guerra al sur del paralelo 60), aunque renovada cada año desde entonces, no consiguió evitar los repetidos incidentes. Por otra parte, el rechazo persistente por la Argentina, en 1948, 1951 y 1955, de las proposiciones británicas que tienden a someter el conjunto del diferendo a la Corte internacional de justicia, redujo considerablemente las perspectivas de arreglo jurídico.

b) Debemos también tener en cuenta la entrada en escena de la URSS, que quiere participar en el arreglo de la Antártida y que, invocando la prioridad del descubrimiento (argumento extraído de expediciones efectuadas en 1820), creó a su vez un sector ruso en abril de 1949. Las reivindicaciones del Gobierno soviético fueron formuladas oficialmente en un me-

morándum dirigido el 7 de junio de 1950 a todos los Estados interesados.

El tratado sobre la Antártida firmado en Washington el 1º de diciembre de 1959 (*R. G.*, 1960, p. 160-166) prohibe en esa región todo establecimiento de bases, toda construcción de fortificaciones, toda clase de maniobras, así como los ensayos de armas de cualquier clase, comprendidas las explosiones nucleares (art. 1º y 5º). Ninguna de sus disposiciones puede interpretarse, según su art. 4º, como constituyendo —por parte de los contratantes— una renuncia a sus derechos de soberanía territorial o a sus reivindicaciones territoriales en la Antártida.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo III

DELIMITACION DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

(Problema de la frontera) [5]

181. — La noción de frontera. Ha habido juristas que, en ciertas oportunidades, han diferenciado, desde el punto de vista terminológico, el límite en tanto noción lineal (el límite es una línea) de la frontera en tanto noción espacial, correspondiente esta última a la zona que se extiende a cada lado de aquella línea. En realidad, el término frontera designa a la vez el límite y la zona delimitada, y es bajo estas dos acepciones que lo emplearemos aquí, aun cuando el lenguaje corriente ve, sobre todo en la frontera, la línea que delimita el espacio reservado a la competencia estatal.

La noción de frontera, ignorada en la antigüedad griega y asimilada a un dispositivo de protección militar en la concepción romana del *limes*, se desarrolló en la época carolingia, en la que su importancia fue subrayada por las divisiones territoriales (tratados de Verdun, 843 y de Mersen, 870).

Habiendo presentado estas ideas generales, veremos ahora cómo se presentan la teoría de la delimitación y el régimen de la vecindad.

§ 1. — *La delimitación*

182. — Importancia del problema. La determinación de las fronteras o delimitación es una operación muy importante en derecho internacional. En efecto, constituye tanto un factor

---

5 V. P. de la Pradelle, *La frontière*, tesis, París, 1928; J. Ancel, *Les frontières* (estudio de geografía política), Rec. de los Cursos, 1936, I, p. 207-297 y *Géographie des frontières*, Paris, 1939; J. Gottmann, *La politique des États et leur géographie*, París, 1952, p. 121-145; Ch. Rousseau, *Les frontières de la France*, R. G., 1954, p. 23-52, 208-229 y 345-374.

de paz (lo que explica que las fronteras sean determinadas casi siempre por los tratados de paz) como un signo de independencia (es un reflejo instintivo de todo Estado nuevo determinar sus fronteras), a la vez que un elemento de seguridad (la violación de una frontera es a menudo un *casus belli*). La delimitación comprende tres fases sucesivas: la preparación de la delimitación, la operación de delimitación propiamente dicha y la ejecución de la delimitación.

183. — PREPARACIÓN DE LA DELIMITACIÓN. Cuando un Estado debe determinar su frontera, puede elegir entre dos métodos: tomar un límite que existe ya o adoptar un límite enteramente nuevo. Ambos son utilizados al mismo tiempo por la práctica internacional.

A. – *Elección de un límite preexistente.* En este caso, el principio aplicable es el principio del *statu quo*. Puede ser puesto en práctica de dos maneras diferentes:

1º El límite elegido puede ser un límite internacional preexistente, hipótesis que se encuentra especialmente en caso de secesión de dos Estados miembros de una unión real (Suecia y Noruega en 1905, Austria y Hungría en 1918), cuando los Estados adoptan como límite la antigua frontera que separaba los territorios de los primitivos miembros de la unión.

2º Pero puede ser un límite interno preexistente. Es ésta la situación característica de los Estados de América latina, que aplican a este respecto el principio de la *uti possidetis*, habiendo decidido —desde la proclamación de su independencia a comienzos del siglo XIX— adoptar como fronteras los antiguos límites que separaban entre sí a las diferentes circunscripciones administrativas coloniales españolas o "audiencias", procedimiento en apariencia simple y cómodo, pero cuya imprecisión provocó a veces dificultades entre Estados limítrofes.

B. – *Elección de un límite nuevo.* Es el método más utilizado; se emplean habitualmente dos procedimientos, según la línea elegida sea artificial o natural.

1º *Límites artificiales.* Se distinguen dos clases: a) los límites astronómicos, trazados según los paralelos de latitud o de longitud; b) las fronteras geométricas, constituidas ya por una línea recta que une dos puntos conocidos, ya por un arco de círculo.

2º *Límites naturales.* Actualmente, los Estados prefieren las fronteras naturales o geográficas. Son de cuatro tipos:

a) Aplicados en las regiones montañosas, los límites orográficos son susceptibles de tres fórmulas diferentes: línea de las cumbres, es decir línea ideal que une las cimas más elevadas de una misma cadena; línea de división de aguas, situada entre dos cuencas hidrográficas: la frontera pasa de cada lado de la vertiente de los cursos de agua respectivos (ej.: frontera francoitaliana, de acuerdo con los términos del tratado de Turín del 24 de marzo de 1860); línea del pie de los montes, en la cual la frontera pasa por la base de los macizos montañosos.

b) Los límites fluviales son considerados en la hipótesis de los cursos de agua fronterizos. Distinguimos tres clases de límites fluviales: el procedimiento del *thalweg* o línea media del canal de navegación principal; el sistema del límite en la ribera, que consiste en tomar como frontera una de las orillas de un curso de agua, quedando entonces todo el río colocado bajo la soberanía de un solo Estado; y la delimitación por canales, procedimiento más complicado empleado especialmente para delimitar posesiones coloniales.

c) Los límites marítimos son de aplicación frecuente: el límite entre el mar territorial y alta mar constituye en efecto, jurídicamente, una frontera internacional, ya que el mar territorial forma parte del espacio reservado a la soberanía del Estado.

d) Finalmente, encontramos límites lacustres. La frontera pasa entonces por el medio del lago. Sin embargo, se presenta una dificultad si hay islas; en ese caso, para evitar que una isla sea dividida, la frontera la bordea.

184. — OPERACIÓN DE DELIMITACIÓN PROPIAMENTE DICHA. La delimitación es: a) convencional, es decir producto de un

tratado (tratado de límites); b) arbitral, es decir efectuada por una decisión arbitral o jurisdiccional internacional después de una discusión (arbitraje de límites). La delimitación, para tener valor, especialmente cuando es convencional, debe obedecer a los tres caracteres siguientes. Debe ser: a) completa y aplicarse a la totalidad de la frontera; b) precisa, lo que conduce al rechazo de expresiones vagas e indeterminadas (como: la frontera irá "hasta" tal lugar); c) exacta, o sea corresponder de hecho a los datos geográficos.

185. — EJECUCIÓN DE LA DELIMITACIÓN. La última etapa de la delimitación es la demarcación, es decir el trazado de la frontera sobre el terreno. Esta tarea técnica la efectúan organismos especiales, las Comisiones de delimitación, compuestas por expertos (oficiales, geómetras, funcionarios civiles). Estas no están calificadas para modificar el trazado inicial, salvo en el caso de ligeras modificaciones sometidas entonces a la regla de la igualdad. Esas Comisiones aplican con frecuencia principios compensatorios, tales como: a) el principio del respeto de las condiciones locales de explotación (prohibición de la división de una explotación agrícola); b) el principio del respeto a la integridad de las comunas; c) el principio del respeto a las tribus, válido en materia colonial, pero de aplicación difícil en razón de la movilidad de las comunidades indígenas sobre las cuales el Estado interesado reclama frecuentemente un derecho de seguimiento. El trabajo esencial de las Comisiones de delimitación consiste en la erección de mojones (mojonar), cuyo estado se verifica periódicamente y cuya violación o traslado se castiga con severidad (Francia: art. 257, Cód. Penal).

§ 2. – *La vecindad*

186. — IDEAS GENERALES. La exigencia de la frontera engendra un régimen de vecindad, que comenzó por ser un fenómeno sociológico antes de ser un fenómeno jurídico.

187. — RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VECINDAD. Puede examinarse desde tres puntos de vista:

1º Con respecto a los habitantes de las regiones fronterizas. Con respecto a esos habitantes que se denominan fronterizos, la vecindad es a la vez: a) una fuente de ventajas (otorgamiento de un régimen administrativo más liberal para los desplazamientos cotidianos de obreros o estacional de ganado que constituyen el pequeño tráfico fronterizo); b) una fuente de obligaciones (sujeción de los habitantes a obligaciones militares especiales, a la servidumbre *non ædificandi* para sus construcciones inmobiliarias en un cierto radio alrededor de la frontera, etcétera).

2º Con respecto a los servicios públicos. La frontera es un lugar de enlace de los servicios públicos, en especial de las vías de comunicación y muy particularmente de las vías férreas. De ahí surge el establecimiento de estaciones internacionales donde se centralizan los servicios de aduana o de policía y concebidas tanto según el sistema de estación internacional única (Basilea, Canfranc después de 1928, Ginebra después de 1947, etc.), como según el sistema de dos estaciones internacionales yuxtapuestas (Menton y Vintimille, Hendaya e Irún, Cerbère y Port-Bou, Kehl y Neuenburg, etcétera).

3º Con respecto a los Estados limítrofes. Para esos Estados, la vecindad provoca: a) derechos especiales (derecho a la delimitación, derecho de persecución); b) obligaciones especiales, tanto menores (ej.: participación atenuada de Suiza en las sanciones económicas dictadas por la S.D.N. contra Italia en 1935-1936) como mayores (ej.: régimen económico especial de las zonas francas de Saboya y del país de Gex, que se traduce en una limitación de la competencia aduanera de Francia).

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo IV

MODIFICACIONES DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

(Problema de las mutaciones territoriales) [6]

188. — Posición del problema. Las transformaciones territoriales del Estado tienen consecuencias jurídicas importantes. Confirman la gran importancia del territorio para la teoría general del Estado en el derecho internacional. Esas mutaciones territoriales son muy diversas: a) reunión de varios Estados en uno solo por fusión o absorción (ej.: realización de la unidad italiana); b) escisión de un Estado (ej.: nacimiento de Noruega y de Pakistán); c) desmembramiento de un Estado (ej.: disolución de Austria-Hungría); d) anexión por un Estado del territorio de otro, hipótesis frecuente que se encuentra en las cesiones territoriales.

Estos distintos casos plantean cuestiones importantes y complejas. La doctrina tradicional las agrupa bajo el nombre de *sucesión de los Estados*, fórmula poco feliz, puesto que recuerda las reglas del derecho privado que no corresponde analizar ahora. Pero esta expresión es aceptada universalmente. La emplearemos entonces, pero sin disimular su inexactitud fundamental: a) porque, ante todo, se funda sobre una personificación del Estado, ficción que descartamos aquí de una vez por todas; b) porque esta fórmula postula la desaparición total del Estado, identificado al *de cujus* del derecho civil, lo que no sucede jamás en el caso de la simple anexión.

Tres explicaciones principales han sido propuestas para encontrar una respuesta a este fenómeno: 1º la doctrina clásica, desarrollada antiguamente por los teóricos del derecho natural, asimila la sucesión de Estados a una verdadera sucesión comparable a la del derecho privado. Explicable en la época en que existía confusión entre el Estado y el patrimonio del Príncipe,

---

[6] V. D.P. O'Donnell, *The law of State succession*, Cambridge, 1956.

esta teoría es hoy inaceptable; 2º ciertos autores modernos analizaron el fenómeno como una sucesión de derecho público sometida a reglas *sui generis*, teoría que no escapa enteramente a las objeciones; 3º la teoría dominante en la época contemporánea es una teoría negativa. Interpreta las mutaciones territoriales como una sustitución de soberanía, ya que un Estado no puede transmitir la suya a otro, que la posee como propia y la ejerce con completa independencia. No hay sucesión, sino por el contrario solución de continuidad completa entre la soberanía del Estado anexante y la del Estado desmembrado o anexado. Este último análisis es el único exacto. Las mutaciones territoriales no son otra cosa que un procedimiento de transferencia o de repartición de las competencias estatales en el tiempo: este punto de vista inspirará los desarrollos siguientes.

Pero el Estado, y singularmente el Estado moderno, es un organismo complejo. Es a la vez: a) un *medio humano* (la autoridad estatal se ejerce esencialmente sobre una población determinada y geográficamente localizable); b) un *medio económico*, y es ésta una consideración que juega un gran papel en la época actual; c) un *medio legal* (todo Estado puede ser considerado como la zona de aplicación espacial de un sistema de reglas jurídicas dictadas o recibidas por él). Convendrá colocarse sucesivamente en cada uno de estos puntos de vista para examinar el régimen jurídico de las mutaciones territoriales.

SECCIÓN I

Influencia de las mutaciones territoriales sobre la condición de los habitantes

189. — PRINCIPIO GENERAL: CAMBIO DE NACIONALIDAD, SUS LÍMITES. Las mutaciones territoriales tienen una influencia directa sobre la condición de los habitantes: su consecuencia esencial es el cambio de nacionalidad, algo bastante grave cuando la cesión se hace contrariando la voluntad de los habitantes. También el derecho de gentes previó a este respecto dos instituciones, una colectiva (plebiscito), otra individual (opción), para limitar o atenuar los inconvenientes que resultan de esa situación.

§ 1. – *El plebiscito*[7]

190. — EVOLUCIÓN HISTÓRICA. El plebiscito, algunas veces denominado plebiscito de anexión, es la consulta a toda una colectividad sobre el Estado al que quiere pertenecer; los habitantes del territorio cedido son llamados a pronunciarse sobre si aceptan o no la anexión. Sus primeras aplicaciones comienzan con la Revolución francesa, cuando se produjo la anexión por Francia del Condado de Venaissin y de Avignon (1791), de Saboya, de Mulhouse, del Hainaut y de Renania (1792); era el único medio de conciliar la doctrina de la Constituyente (decreto del 22 de mayo de 1790 por el cual Francia renunciaba a las conquistas territoriales) con la interpretación presunta de la voluntad de los habitantes interesados. Pero no se consultó siempre la opinión de los habitantes de los Estados desmembrados, y más tarde los plebiscitos fueron dejados de lado; ese cambio, que coincide con el retorno a la política de las fronteras naturales, está sistematizado en el informe de Merlin de Douai (30 de setiembre de 1795) sobre la anexión de Bélgica. El Congreso de Viena (1815) no se ocupa en absoluto de la idea plebiscitaria y el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos.

El plebiscito gozó nuevamente de favor a mediados del siglo XIX con el desarrollo del *principio de las nacionalidades:* a) toda la unidad italiana (1860-1870) se hace en nombre de la voluntad de los pueblos y por medio de plebiscitos: la Emilia, la Umbría, las Marchas, Sicilia, Toscana, Lombardía, Venecia, Roma, son incorporadas al reino de Italia después de consultas populares; b) también en Francia, en esa época, toda adquisición territorial es confirmada por un plebiscito (caso de la anexión de Saboya y del condado de Niza a Francia por el tratado de Turín del 24 de marzo de 1860, sancionado el 15 y 16 de abril por Saboya y el 22-23 de abril por Niza a través de dos plebiscitos que ratificaron esa anexión por 130.533 votos contra

---

7 V. J. GIROUD, *Le plébiscite international*, tesis, París, 1920; SARAH WAMBAUGH, *La pratique des plébiscites internationaux*, Rec. de los Cursos, 1927, III, p. 153-258; J. GAWENDA, *Le plébiscite en droit international*, tesis, Friburgo, 1946.

235 en el primer caso y por 25.743 contra 160 en el segundo caso).

Por el contrario, en ese entonces los países anglosajones y germánicos son netamente hostiles al plebiscito: a) Prusia no dio jamás cumplimiento a la cláusula, inspirada por Napoleón III (art. 5 del tratado de Praga del 23 de agosto de 1866), que estipulaba el plebiscito para el Slesvig, quitado a Dinamarca dos años antes; del mismo modo, Alemania tampoco recurrió al plebiscito en 1871 (cuando anexó Alsacia-Lorena) ni en 1890 (cuando recibió Heligoland de Inglaterra); b) igual actitud demostraron los Estados Unidos: ningún plebiscito sancionó la compra de Luisiana (1803), la adquisición de Florida (1819), la anexión de Texas, de Nuevo México y de California (1848), la compra de Alaska (1867), la anexión de las islas Hawaï (1897), de Puerto Rico y de las Filipinas (1898), la compra de las Antillas danesas (1916); c) del mismo modo, Inglaterra anexó sin plebiscito el Transvaal en 1900, después de la guerra de los Boers.

191. — APLICACIONES EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA. Los tratados de paz de 1919 consagraron en una amplia medida la institución del plebiscito. Pero no lo aplicaron de una manera sistemática.

1º Se realizaron plebiscitos, en 1920-1921, en Prusia oriental, en el Slesvig, en Eupen y Malmédy, en las regiones de Klagenfurt y de Burgenland. Deben tenerse en cuenta sobre todo dos aplicaciones: a) la más importante concierne a la Alta Silesia. El plebiscito tuvo lugar el 20 de marzo de 1921: Alemania obtuvo la mayoría global (844 comunas con 707.605 votos contra 678 comunas y 479.359 votos para Polonia). Pero los resultados eran extraordinariamente enredados y las comunas tan mezcladas que no se podía separarlas. Después de largas discusiones, el Consejo supremo trasmitió el asunto al Consejo de la S.D.N. que procedió a la división de la Alta Silesia por su recomendación del 12 de octubre de 1921: solución satisfactoria que se conjugaba con diversas medidas destinadas a mantener la unidad económica de la zona, a regular las protestas ulteriores por medio del arbitraje y a proteger a las mi-

norías (convención germano-polaca del 15 de julio de 1922). Ese fue el primer éxito de la S.D.N.; b) la segunda aplicación es relativa al territorio del Sarre. Se trataba de un plebiscito diferido que debía ocurrir quince años después de la entrada en vigor del tratado de Versalles; tuvo lugar el 13 de enero de 1935 y confirmó el retorno del territorio a Alemania por 477.119 votos contra 48.739.

2º Pero los tratados de 1919 descartaron en numerosos casos el retorno al plebiscito, por ejemplo en lo que concierne a la restitución de Alsacia-Lorena a Francia, la prohibición de una nueva unión de Austria a Alemania, la anexión del Tirol meridional por parte de Italia, la nueva unión de Galicia oriental a Polonia y de Teschen a Checoslovaquia, la erección de Dantzig como ciudad libre, la atribución de Besarabia a Rumania, de Fiume a Italia, de Memel a Lituania o de Vilna a Polonia.

La evolución ulterior subraya aún más la declinación del plebiscito. Este fenómeno está atestiguado por: a) la impotencia de los Estados americanos para imponer a Chile la ejecución de las disposiciones del tratado de Ancona del 20 de octubre de 1883 concerniente a la organización de un plebiscito en los antiguos territorios bolivianos de Tacna y Arica; b) la falta de aplicación de las cláusulas del acuerdo de Munich del 29 de setiembre de 1938 relativo a la cesión de los Sudetes por Checoslovaquia a Alemania, que preveían la determinación de los territorios a plebiscitar por una Comisión internacional de las cuatro potencias parte en el acuerdo; c) la manera misma con que Alemania realizó el Anschluss el 11 de marzo de 1938, ocupando militarmente Austria con el fin de impedir por la fuerza el cumplimiento del plebiscito "por o contra una Austria independiente y libre" previsto para el 13 de marzo por el gobierno Schusschnigg; d) la ausencia de toda cláusula plebiscitaria en oportunidad de las cesiones territoriales, consecutivas a las sentencias arbitrales Ciano-Ribbentrop dadas en Viena, entre Hungría y Checoslovaquia (2 de noviembre de 1938) y entre Hungría y Rumania (30 de agosto de 1940).

Ese retroceso del sistema de plebiscito se acentuó todavía más después de la segunda guerra mundial. En efecto, un solo plebiscito fue previsto por los tratados de paz de 1947: es el de Tende y Briga, contemplado por el art. 2 del tratado de paz con Italia,

y se realizó el 12 de octubre de 1946. Confirmó, por 2.603 votos contra 218, la unión de las dos comunas a Francia. Además ese plebiscito fue solicitado por el mismo Estado anexante con el fin de condicionarse a las nuevas disposiciones de su derecho constitucional, pues el art. 27, § 2 de la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946 estipulaba que "ninguna cesión, intercambio ni anexión de territorio es válido sin el consentimiento de las poblaciones interesadas".

Las únicas tentativas auténticas de aplicación del plebiscito después de finalizada la segunda guerra mundial se sitúan fuera de Europa y conciernen a la India. No tuvieron hasta aquí sino un éxito muy limitado y son relativas a: a) la determinación de la suerte de los establecimientos franceses de la India; b) la determinación de la suerte de Cachemira. En el primer caso, el plebiscito, impuesto por las exigencias del derecho público francés y reglamentado por la ley francesa del 3 de abril de 1950, pudo aplicarse únicamente en la factoría de Chandernagor; realizado el 19 de junio de 1949, confirmó, por 7.473 votos contra 114, la unión a la India, que se hizo efectiva el 2 de mayo de 1950 y fue sancionada por el tratado de cesión del 2 de febrero de 1951; por haber sido suspendida la consulta en Pondichéry, Karikal, Yanaon y Mahé, esos territorios fueron transferidos a la India en condiciones jurídicamente irregulares según el acuerdo del 21 de octubre de 1954 y el tratado del 28 de mayo de 1956. En cuanto al plebiscito previsto en Cachemira por el Consejo de Seguridad, en 1948, para poner fin al conflicto entre la India y Pakistán, tropezó hasta hoy con dificultades insolubles por falta de acuerdo entre los Estados interesados sobre la desmilitarización de la zona discutida y la vigilancia del plebiscito por una fuerza internacional.

192. — REGLAMENTACIÓN DEL PLEBISCITO. La práctica contemporánea revela a este respecto tres tendencias características: 1º exclusión de los plebiscitos de ratificación, que se efectuaban con posterioridad a la cesión territorial e incapaces, por lo tanto, de modificar su sentido. Aun cuando subsisten residuos de esta fórmula en la época contemporánea (Eupen y Malmédy, Tende y Briga), es común que la consulta preceda siempre a la trans-

ferencia; 2º evolución del voto público (Avignon en 1790, Niza y Saboya en 1860, Eupen y Malmédy en 1920) hacia el voto secreto, único medio de garantizar la sinceridad de la consulta; 3º evolución libre hacia el plebiscito controlado. Pueden concebirse varias fórmulas: a) control colectivo por una comisión internacional especial que presente todas las garantías de imparcialidad, con la presencia de una fuerza interaliada (Alta Silesia y diversos plebiscitos de 1920-1921) o internacional (Sarre), que asegure la libertad de voto y el mantenimiento del orden público; b) control neutro por un Estado en tercería (sistema proyectado en Tacna y Arica en 1926); c) control de observadores neutrales invitados por el Estado cedente (establecimientos franceses de la India) o anexante (Tende y Briga).

§ 2. – *El derecho de opción* [8]

193. — EVOLUCIÓN HISTÓRICA. A diferencia del plebiscito, consulta colectiva a la población de un territorio con el que debe ser cedido con el fin de saber si la cesión debe o no tener lugar, el derecho de opción se presenta como la facultad —concedida a menudo a los habitantes de un territorio en aquellas condiciones— de elegir en un plazo determinado entre la nacionalidad del Estado cedente y la del Estado cesionario.

El derecho de gentes manifestó sobre este punto una evolución extraordinaria: a) en su origen, los habitantes de los países vencidos eran masacrados o vendidos como esclavos; b) más tarde fueron obligados a cambiar automáticamente de nacionalidad y, consecuentemente, de religión, en virtud del adagio *cujus regio ejus religio;* c) vemos después un cierto progreso a partir del siglo XVII. La facultad de emigración aparece en el tratado de los Pirineos del 7 de noviembre de 1659; pero los habitantes que hacían uso de él debían vender sus bienes inmobiliarios (obligación de realización) y pagar tasas *(gabellæ emigrationis)* al abandonar el país, lo que era una consecuencia inmediata de la elección de su nueva patria.

---

[8] V. J. L. KUNZ, *L'option de nationalité*, Rec. de los Cursos, 1930, I, p. 111-175 y E. SZLECHTER, *Les options conventionnelles de nationalité à la suite des cessions de territoires*, París, 1948.

Los tratados de 1919-1920 dieron amplio lugar a la opción, esforzándose por unificar las reglas que contenían sobre esta materia: a) estos tratados sientan el principio, originado por la preocupación de mantener la unidad familiar, de que la opción de los padres provoca la de los hijos hasta los 18 años; b) consagran igualmente la idea más discutible de que la opción del marido provoca la de la mujer; c) el derecho de opción permite conservar los inmuebles en el país que se abandona; esos inmuebles permanecen sometidos al derecho común, y por ejemplo, a las leyes de expropiación dictadas por el Estado anexante, pero fuera de todo tratamiento diferencial de los optantes como tales (controversia que se encuentra en el fondo del asunto de los optantes húngaros de Transilvania en 1927-1928); d) de los cuatro sistemas posibles en materia de nacionalidad para determinar quién tiene el derecho de optar (domicilio, origen, domicilio u origen, domicilio y origen), los tratados de 1919 dieron preferencia generalmente al sistema del domicilio.

Entre 1920 y 1940 encontramos organizado el derecho de opción: a) tanto por vía convencional (acuerdo especial germano-checo del 20 de noviembre de 1938 concerniente a la aplicación del artículo 7 del acuerdo de Munich; acuerdo franco-turco del 23 de junio de 1939 sobre la retrocesión del sandjak de Alejandreta; acuerdo germano-italiano del 21 de octubre de 1939 previendo un derecho de opción en provecho del Reich para los habitantes del Tirol del Sur y utilizado por 183.000 habitantes sobre 267.000; acuerdo húngaro-checoslovaco del 18 de febrero de 1939; b) como por vía arbitral (art. 3 de la sentencia arbitral Ciano-Ribbentrop del 29 de agosto de 1940 entre Rumania y Hungría para los habitantes de Transilvania).

Desde 1945, la facultad de opción ha sido prevista por ciertos tratados (ej.: protocolo del 29 de junio de 1945 concerniente a la cesión de Ucrania subcarpática por Checoslovaquia a la U.R.S.S.; art. 3 del tratado del 2 de febrero de 1951, por el que Francia cede la ciudad de Chandernagor a la India; art. 4 del acuerdo franco-indio del 21 de octubre de 1954). El tratado de paz del 10 de febrero de 1947 con Italia reconoció un derecho de opción a los habitantes de Tende y la Briga

(art. 19) y a los de Trieste (art. 20); únicamente el primer caso constituye una opción auténtica; el segundo se parece más a las "reclamaciones de nacionalidad" introducidas en 1919 por el tratado de Versalles, porque se aplica a personas no ligadas al territorio cedido.

SECCIÓN II

Influencia de las mutaciones territoriales sobre el medio económico

194. — PLAN DE LA SECCIÓN II. Este problema ofrece por sí mismo dos aspectos, según se encare la sucesión del Estado nuevo (o anexante) al activo y al pasivo del Estado desmembrado.

§ 1. – *Sucesión en los bienes públicos*

195. — ESTADO DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. La práctica internacional da una respuesta afirmativa a la cuestión de saber si el Estado nuevo o anexante sucede en sus bienes públicos al Estado desmembrado. El principio, actualmente, no deja lugar a dudas, hasta el punto que la C.P.J.I. (sentencia del 15 de diciembre de 1933 en el asunto de la Universidad Peter Pazmany entre Hungría y Checoslovaquia) vio en él "el principio del derecho común de la sucesión de Estado a Estado".

En nuestra época la cuestión se planteó, sobre todo, con motivo de los arreglos territoriales de 1919. De acuerdo con las disposiciones de los tratados de paz (art. 256 del tratado de Versalles, art. 208 del tratado de Saint-Germain, art. 142 del tratado de Neuilly, art. 191 del tratado de Trianón), los Estados aliados a los que se transfirió un territorio alemán, austrohúngaro o búlgaro (Italia, Polonia, Rumania, Checoslovaquia, Grecia y Yugoslavia) adquirían todos los bienes y propiedades de Estado situados en el territorio cedido. El valor de esos bienes debía ser fijado por la Comisión de reparaciones y pagado por el Estado adquirente a la Caja de la Comisión para acreditarlo

a los Estados cedentes, por el valor de las sumas debidas por ellos en concepto de reparaciones. Esta valuación, por otra parte, nunca fue hecha por la Comisión de reparaciones, que se dedicó siempre a problemas técnicos difíciles de resolver (distinción entre los dominios privado, público y administrativo; valuación de los monopolios, de los derechos de concesión y de rescate, etcétera).

196. — LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL ESTADO SUCESOR. PRINCIPIO DEL RESPETO INTERNACIONAL A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.[9] El Estado anexante debe, sin embargo, respetar los derechos acordados regularmente por el Estado cedente. Su competencia está limitada sobre el particular por el principio del respeto internacional a los derechos adquiridos, en virtud del cual los derechos privados deben respetarse en caso de cambio de soberanía. La Corte permanente de justicia internacional (sentencia del 25 de mayo de 1926, asunto Chorzow) vio en ello un principio del derecho internacional común.

La categoría más importante de derechos adquiridos concierne a las *concesiones*. La práctica internacional confirma en general la obligación para el Estado anexante de respetar las concesiones acordadas por el Estado desmembrado en cuanto éstas no tengan carácter alguno de precariedad, hayan sido establecidas regularmente y su ejercicio sea conforme al orden público del Estado anexante. El principio según el cual las concesiones no se ven afectadas por el cambio de soberanía y comprometen al Estado sucesor está sólidamente establecido para las concesiones de servicios públicos de carácter local (minas, distribución de agua y electricidad; el mismo fue consagrado por el protocolo XII de Lausana del 24 de julio de 1923, anexado al tratado de paz con Turquía e interpretado por la C.P.J.I. en su sentencia del 26 de marzo de 1925 (asunto Mavrommatis).

---

[9] V. G. GIDEL, *Des effects de l'annexion sur les conccessions*, tesis, París, 1904; G. KAECKENBEECK, *La protection internationale des droits acquis*, Rec. de los Cursos, 1937, I, p. 321-419; A. MAKAROV, *Les changements territoriaux et les droits des particuliers* (Anuario del Instituto de dr. int., vol. 43. 1950, t. I, p. 208-294); O'CONNELL, *op. cit.*, p. 106-144; CH. ROUSSEAU, *L'affaire des phares et la sentence arbitrale du 24 juillet 1956*, R. G. 1959, p. 248-292.

§ 2. – *Sucesión en las deudas públicas* [10]

197. — DIFERENTES ASPECTOS DEL PROBLEMA. El problema esencial provocado por las mutaciones territoriales consiste en determinar los efectos de las transformaciones del Estado sobre el pasivo. Comporta tres aspectos: 1°) ¿en qué medida la sucesión en las deudas públicas es un principio jurídico?; 2°) ¿cabe hacer distinciones entre las deudas?; 3°) ¿sobre qué bases debe efectuarse la determinación de la cuota-parte contributiva de los Estados sucesores?

198. — ¿HAY OBLIGACIÓN DE SUCEDER EN LAS DEUDAS? Ciertos autores (Jèze, los positivistas italianos, Feilchenfeld) niegan que exista la obligación jurídica, para el Estado llamado sucesor, de participar en el servicio de la deuda del Estado desmembrado. Este argumento fue retomado por Grecia respecto de la deuda otomana en el momento de la conferencia de Lausana en 1922-1923, y por Alemania respecto de la deuda austríaca después del Anschluss, en 1938.

En apoyo de esta doctrina negativa se hicieron valer numerosos argumentos: a) el Estado, investido de la soberanía, no puede tener una obligación jurídica sino por su propia voluntad; b) no es el Estado beneficiario quien ha contraído la deuda.

Esta tesis despierta graves objeciones: a) ante todo, las objeciones habituales que pueden hacerse a la concepción voluntarista; b) esta interpretación conduce a resultados prácticos deplorables, específicamente al aplastamiento del Estado desmembrado, al que se le dejan sus deudas tras haberle quitado los medios de hacerles frente; c) sobre todo desconoce el hecho de que el Estado no es más que la organización política de una sociedad de hombres que disponen de medios económicos, a los cuales la disociación territorial no debería permitir escapar a sus obligaciones.

---

10 V.: JÈZE, *Cours de science des finances*, 6ª edic., 3er. fasc., 1922, p. 323-344; A. N. SACK., *La succession aux dettes publiques d'État*, Rec. de los Cursos, 1928, III, p. 149-326; ERNEST FEILCHENFELD, *Public debts and State succession*, New York, 1931; O'CONNELL, *op. cit.*, p. 145-192; CASTREN, *Aspects récents de la succession d'États*, *ibid.*, 1951, I, sobre todo p. 458-484.

Existe sobre este punto una importante sentencia arbitral, del 18 de abril de 1925, del profesor suizo Eugène Borel, en el asunto de la repartición de la deuda otomana (interpretación de los artículos 46 al 57 del tratado de Lausana de 1923). Inspirándose en la doctrina positivista y descartando en provecho de los territorios bajo mandato británico la tesis sostenida por Turquía, según la cual la sucesión de las deudas era un principio general de derecho internacional, el árbitro se expresó como sigue: "Según la opinión del árbitro, no es posible, a pesar de los precedentes ya existentes, decir que la potencia cesionaria de un territorio está, de pleno derecho, comprometida por la parte correspondiente de la deuda pública del Estado de que formaba parte hasta entonces." (*Recueil O.N.U.*, vol. I, p. 573). El caso sería distinto únicamente si el Estado sucesor o anexante aceptara asumir la carga de las deudas por un acto de su voluntad.

Según haya o no tratado, conviene hacer entonces una distinción capital,

A. – *En ausencia de tratados.* Encontramos a este respecto dos precedentes de sentido contrario, pese a que las situaciones de hecho eran análogas. A fines del siglo XVIII, en 1783, las colonias americanas, al independizarse de Inglaterra, rehusaron tomar a su cargo parte alguna de la deuda pública británica. Por el contrario, a comienzos del siglo XIX (1820-1825), las colonias hispanoamericanas sublevadas contra la metrópoli y erigidas en Estados soberanos, asumieron voluntariamente una parte de la deuda pública española.

B. – *En caso de tratados.* Es común que la repartición de la deuda se haga por vía convencional. La mayor parte de los tratados importantes celebrados desde hace un siglo puso en práctica el principio (tratado de Londres del 19 de abril de 1839 en lo que concierne a Bélgica, tratado de Zurich del 10 de noviembre de 1859 en lo relativo a Cerdeña, tratado de Turín del 24 de marzo de 1860 relativo a la anexión de Niza y de Saboya por Francia, tratado de Berlín del 13 de julio de 1878 en lo que hace a los Estados balcánicos, tratado de Lausana del 18 de octubre de 1912 concerniente a la anexión de Tripo-

litania por Italia). Unicamente Alemania rehusó categóricamente, en el tratado de Francfort del 10 de mayo de 1871, tomar a su cargo parte alguna de la deuda pública francesa en Alsacia-Lorena.

C. – *Solución de los tratados de 1919.* El problema de la trasmisión de las deudas revistió en ese momento una gran amplitud en razón de la importancia de los cambios territoriales a que se procedió. 1º) El tratado de Versalles instituía, en el artículo 254, el principio general de sucesión de las deudas públicas alemanas por las potencias a las cuales se cedían territorios alemanes. El artículo 255-1º aportaba sin embargo, a ese principio, una gran excepción concerniente a la Alsacia-Lorena, que constituía la contrapartida exacta de la solución de 1871 (exención de Francia de todo pago como resultado del art. 254 en consideración de la negativa anterior de Alemania). 2º) El tratado de Saint-Germain ofreció el caso más notable en razón del gran número de Estados llamados sucesores. El arreglo, muy complejo en sus modalidades, resultaba de los artículos 203 a 205. La deuda austríaca fue repartida entre los Estados nuevos o acrecentados, surgidos del desmembramiento de la monarquía dualista por un acuerdo firmado en París el 11 de febrero de 1931. 3º) En cuanto al tratado de Lausana (art. 50-51), repartía la deuda otomana entre los Estados llamados sucesores a partir del fin de las guerras balcánicas, es decir, a partir de 1913.

D. – *Estado de la práctica posterior a 1919.* Esta práctica se reveló, en su conjunto, poco favorable al principio de la sucesión.

1º Ello ha ocurrido aun en el caso de arreglo por vía convencional. Ya el artículo 257 del tratado de Versalles excluía toda trasmisión, a las potencias mandatarias, de las deudas públicas de las antiguas colonias alemanas. El artículo 8 de la convención de París, del 28 de octubre de 1920, obligaba a Rumania a asumir una parte proporcional de la deuda rusa en Besarabia, en una medida que quedada a determinar por un tratado especial entre Rumania y los Aliados; ese tratado no fue jamás celebrado. Puede observarse igualmente que, en los

diversos tratados que acordó en 1920 con los Estados sucesores del antiguo Imperio ruso (Polonia, Finlandia, Estados bálticos), la U.R.S.S. dispensó a esos Estados de toda participación en las deudas públicas rusas.

En cuanto al tratado de paz de 1947 con Italia, descarta toda sucesión en las deudas públicas del Estado desmembrado, salvo respecto de los tenedores de títulos de esas deudas establecidas sobre el territorio cedido: solución aplicada para Tende y Briga.

2º *A fortiori* sucedió lo mismo en ausencia de tratados, habiendo esta circunstancia particular favorecido naturalmente el repudio de sus obligaciones financieras por ciertos gobiernos poco escrupulosos. Es así que después del Anschluss (1938) el gobierno alemán rehusó perentoriamente tomar a su cargo parte alguna de la deuda pública austríaca. El gobierno del Reich observó la misma actitud en el momento del establecimiento del protectorado alemán sobre Checoslovaquia en 1939. Del mismo modo, la U.R.S.S. rechazó toda idea de sucesión a las deudas públicas en el momento de la anexión de los Estados bálticos en 1940.

199. — DISTINCIÓN ENTRE LAS DEUDAS. La doctrina hizo una distinción clásica en esta materia entre las deudas del Estado y las del régimen (Jèze). El principio de la trasmisión no se aplicaría sino a las *deudas del Estado*, es decir, a las contraídas en interés general de la colectividad radicada en el territorio cedido. No se extendería a las *deudas de régimen*, o sea a las contraídas por el Estado desmembrado en beneficio de una cierta forma política, y que comprenden en tiempo de paz las deudas de avasallamiento y en tiempo de guerra las deudas de guerra. Fundada sobre el criterio de la finalidad de la afectación, esta distinción fue consagrada por el derecho positivo y la práctica internacional.

A. – *Deudas de avasallamiento.* 1º) La tesis de la no trasmisibilidad fue sostenida por los Estados Unidos después de la guerra hispanoamericana, ante el silencio del tratado de París del 10 de diciembre de 1898, relativo a las deudas contraídas

por España para reprimir los movimientos insurreccionales cubanos de 1868 y 1895: los Estados Unidos se negaron a asumir tales obligaciones. 2º) El artículo 255-2º del tratado de Versalles eximía a Polonia de toda participación en la deuda contraída especialmente para la instalación de colonos prusianos en Posnania, es decir, con el fin de someter los polacos a Alemania. 3º) El Estado de Israel se negó a tomar a su cargo las deudas correspondientes a los gastos de mantenimiento de los emigrantes judíos detenidos por Gran Bretaña e internados en Chipre. 4º) Por lo contrario, los acuerdos de La Haya del 2 de noviembre de 1949 establecieron una división entre Indonesia y los Países Bajos de las deudas correspondientes a los gastos resultantes de las operaciones militares holandesas de 1947-1949 contra las fuerzas indonesias. Indonesia, por otra parte, denunció esos acuerdos el 4 de agosto de 1956.

B. – *Deudas de guerra.* Siempre se admitió que el Estado anexante o sucesor no está obligado jurídicamente a pagar las deudas de guerra contraídas por el Estado anexado o desmembrado para sostener la lucha contra él: 1º) por una proclama del 6 de junio de 1900, el gobierno británico se negó a reconocer la validez de ciertas deudas de guerra de la República Sudafricana, solución que debía confirmar al año siguiente la Comisión Lyttleton en su informe del 19 de abril de 1901; 2º) el artículo 205-2º del tratado de Saint-Germain decidió que quedaría únicamente a cargo de Austria la deuda resultante de la guerra, solución lógica pero financieramente aplastante para ese Estado. Por ello Checoslovaquia, movida por razones de orden político, aceptó pagar alrededor del 33 % de los empréstitos de guerra austríacos suscriptos en su territorio; 3º) encontramos soluciones idénticas en la jurisprudencia alemana relativa a la primera guerra mundial y en la legislación dictada por el Reich en el curso de la segunda guerra mundial, en el momento en que la suerte de las armas parecía volverse a su favor.

200. — MODALIDADES DE LA REPARTICIÓN. El punto más delicado consiste en la adopción de un criterio de repartición. La base-población y la base-territorio deben descartarse como demasiado sumarias: no son signos reveladores, ya que las dife-

rentes partes de un mismo Estado no poseen ni la misma energía productiva ni los mismos recursos naturales. La distinción entre el capital público y el capital privado no es tampoco satisfactoria en razón de la dificultad de la apreciación. El criterio extraído de la finalidad del empréstito, a veces propuesto en la doctrina, no es utilizable fuera de las deudas del régimen.

Una base excelente es la base fiscal (determinación de la proporción de impuestos soportados por el territorio transferido), ya que el empréstito no es más que un impuesto anticipado o diferido. El mejor criterio consiste en acudir a la base contributiva, que combina la base fiscal y la base económica por la apreciación de las fuerzas contributivas del territorio anexado en relación con las fuerzas contributivas totales del Estado desmembrado, teniendo en cuenta la situación económica (determinación de los recursos naturales y de las herramientas, por ejemplo el número de los altos hornos, la longitud de las vías férreas, el número de vagones cargados, la cantidad de carbón o de mineral extraídos, el movimiento de los navíos, etcétera).

a) *Soluciones del tratado de Saint-Germain* (1919). El tratado de Saint Germain con Austria hizo una distinción entre: 1º) la deuda pública general no prendaria, que se repartía sin solidaridad entre los Estados antiguos y los nuevos proporcionalmente a las posibilidades contributivas de los territorios atribuidos; 2º) la deuda pública prendaria o provista de seguridades (deuda garantizada por recursos fiscales determinados o por bienes particulares, deuda que grava a una provincia financieramente autónoma, deuda especialmente contraída para constituir el equipamiento industrial nacional, etc.), que se repartía según el asiento territorial de la prenda, sin solidaridad, de acuerdo con la importancia del dominio recibido por cada uno de los Estados llamados sucesores.

b) *Soluciones del tratado de Lausana* (1923). Las deudas de Turquía eran, en su mayor parte, deudas prendarias; por lo tanto, hubiera sido lógico aplicar el principio según el cual la suerte de la deuda sigue a la prenda. Pero se empleó, en cambio, otro sistema. La repartición de las cargas se hizo tomando en consideración la renta total del Imperio otomano en los años

1910-1911 y 1911-1912, considerados como los dos últimos años normales (antes de las guerras balcánicas y la primera guerra mundial), como así también la renta media de los territorios separados en el mismo período. La aplicación de esta fórmula, especialmente en lo que concernía a la delicada cuestión de la autonomía financiera del Líbano, fue precisada por la sentencia arbitral de 1925 del profesor Borel y de la que hablamos más arriba (*supra*, nº 198).

SECCIÓN III

Influencia de las mutaciones territoriales sobre el orden jurídico del Estado desmembrado

201. — PLAN DE LA SECCIÓN III. Una distinción radical domina esta materia, según se trate de actos jurídicos de orden interno o de orden internacional.

§ 1. — *Influencia de las mutaciones territoriales sobre los actos jurídicos de orden interno*

202. — CASO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. El Estado anexante o nuevo debe tener las manos libres respecto de todos los actos administrativos del Estado desmembrado. En consecuencia, no tiene que reconocer las obligaciones del Estado desmembrado respecto de los agentes públicos, que no está obligado a conservar a su servicio; es ésta una prerrogativa especial del poder público contra la cual no puede prevalecer ningún derecho adquirido, ya que el Estado llamado sucesor tiene una competencia discrecional para alejar del servicio público a los funcionarios que le parezcan no presentar las cualidades de celo y de lealtad exigidas por él. La jurisprudencia internacional es formal sobre este punto (Trib. arbitral de la Alsa Silesia, 27 de enero de 1928 y 16 de noviembre de 1934). Se aplicó esta idea después de 1919 por parte de la jurisprudencia polaca, checoslovaca y francesa, esta última para los funcionarios alemanes en Alsacia-Lorena (Cons. de Estado 12 de junio de 1936, *Kre-*

mer, S. 1936.3.90, con conclusiones Lagrange, D. 1936.3.53, *R. D. P.*, 1937, p. 339-352, nota de Jèze, y *R. G.* p. 497-483).

203. — CASO DE LOS ACTOS JURISDICCIONALES. Aquí también la regla consiste en que no hay sucesión automática entre el Estado nuevo o anexante y el Estado demembrado. El Estado nuevo o anexante no está obligado a ejecutar las sentencias dictadas por los tribunales del Estado desmembrado con anterioridad a la cesión territorial; con respecto a él son, efectivamente, decisiones extranjeras. La jurisprudencia interna es constante sobre este punto.

§ 2. — *Influencia de las mutaciones territoriales sobre los actos jurídicos de orden internacional*

204. — DIVISIÓN DE LA MATERIA. Deden distinguirse dos situaciones, según sean los actos en cuestión convencionales o ilícitos.

205. — I. CASO DE LOS ACTOS CONVENCIONALES (PROBLEMA DE LA SUCESIÓN EN LOS TRATADOS).[11] El problema que se presenta es determinar los efectos de las variaciones sobrevenidas en el asiento territorial del Estado sobre la validez de los tratados acordados por éste. Se trata de saber si los tratados del estado desaparecido o desmembrado se transmitirán, y en qué medida, a los Estados que se constituyen o completan sobre territorios perdidos o alienados.

206. — ORIENTACIONES DOCTRINALES. La complejidad del problema explica fácilmente las divergencias de la doctrina que, como ya lo vimos, está lejos de ser unánime sobre el fondo del problema de la sucesión de Estados. Podemos distinguir dos

---

11 V. P. CHAILLEY, *La nature juridique des traités internationaux*, tesis, París, 1932, p. 146-159; M. UDINA, *La succession des États quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques*, Rec. de los Cursos, 1933, II, p. 668-773; CASTREN, *op. cit. ibid.*, 1951, I, sobre todo p. 430-451; O'CONNELL, *op. cit.* p. 15-74; R. DE MURALT, *The problem of State succession with regard to treaties*, tesis, Utrecht, 1954.

grandes corrientes doctrinales, una concebida en función de sistemas *a priori*, la otra rechazando toda solución de conjunto del problema. Son éstas dos posiciones extremas. Falta considerar si no es posible una actitud intermedia.

A. – *Teorías concebidas en función de sistemas "a priori".* Según sea el punto de partida, estas teorías desembocan en conclusiones radicalmente opuestas: a) ya sea que se rechace toda idea de una sucesión de Estados en derecho internacional, quedando librado al Estado suceder en los tratados si así lo desea (doctrina positivista); b) ya sea que, por el contrario, se admita esta idea en su totalidad, por analogía con las soluciones del derecho privado (Lauterpacht).

B. – *Teorías que rechazan toda solución de conjunto del problema.* Tales son las teorías de ciertos autores ingleses (Mac Nair) que proponen resolver el problema por un llamado a la equidad, o las de otros juristas (Chailley), para quienes la cuestión es únicamente un asunto específico cuya solución no se basa en una regla general de derecho.

C. – *Ensayo de solución.* Podemos preguntarnos, sin embargo, si no se podría encontrar una solución entre esos dos grupos de opinión: a) en un examen de los caracteres intrínsecos de los tratados considerados; b) en la consideración de los fines perseguidos por los tratados, consistiendo entonces el problema en saber si la finalidad a la cual responde el tratado puede realizarse en la situación en que se encuentra colocado el Estado nuevo o anexante (A. de La Pradelle y Politis). El examen de la práctica internacional parece confirmar estas opiniones.

207. — EXAMEN DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. No hay que exagerar, sin embargo, el recurso de la práctica internacional: a) esta práctica es, ante todo, poco clara; sólo permite extraer tendencias u orientaciones y no soluciones efectivas; b) no tiene más que un alcance limitado, ya que no existe casi ninguna jurisprudencia internacional sobre la cuestión; c) en cuanto a la práctica convencional, es difícil de utilizar, puesto que la doctrina aún no ha podido determinar de qué lado se halla el derecho común y si la inserción de una disposición conven-

cional especial, previendo y reglamentando la transmisión de los tratados debe considerarse una aplicación o, por el contrario, una derogación de ese derecho común; d) finalmente, la práctica diplomática, demasiado unilateral, es poco concluyente, en especial en el caso de las anexiones coloniales.

La práctica es incierta en lo que concierne a los tratados celebrados en función de las condiciones subjetivas de los contratantes: tratados-contratos y concordatos.

a) Discernimos dos tendencias contradictorias para los tratados-contratos (tratados de orden económico, tratados de comercio y de navegación, tratados de extradición). Mientras que los Estados europeos se pronuncian principalmente en favor de la extinción de los tratados celebrados por el Estado desmembrado (por aplicación del principio de que un Estado nuevo no puede estar ligado por compromisos que no ha suscripto), la práctica americana se orienta casi siempre en el sentido de la persistencia de los tratados. Se inspira en la consideración de los elementos constitutivos del Estado: la población permanece ligada, ya que siempre subsiste.

b) Del mismo modo, la práctica es fluctuante en lo que concierne a los concordatos. Aunque la doctrina oficial de la Santa Sede parece ser la de la extinción de los concordatos celebrados por los Estados desmembrados o afectados por la cesión territorial, resulta contradictoria debido al mantenimiento, en Alsacia-Lorena, después de 1871 y de 1918, del concordato francés de 1801 (en este sentido, ver igualmente el dictamen del Consejo de Estado de fecha 24 de febrero de 1925).

Por el contrario, existen ciertas *soluciones adquiridas* que podemos agrupar como sigue: a) no trasmisión de los tratados políticos (tratados de garantía, de alianza, de neutralidad, de arbitraje, de asistencia mutua), ya que esos tratados suponen en los contratantes la reunión de ciertas condiciones de orden político que fueron necesariamente modificadas por la mutación territorial; b) mantenimiento de los tratados-leyes, habiendo sido éstos celebrados en el interés general de la comunidad internacional (ej.: mantenimiento de los tratados de 1814-1815 en el momento de la separación de Bélgica y de Holanda en

1830, mantenimiento de las Capitulaciones por el tratado de Berlín del 13 de julio de 1878, con respecto a Bulgaria, Serbia y Rumania); c) mantenimiento de los tratados de orden territorial (tratados de carácter real, servidumbres internacionales, tratados de comunicaciones y de libertad fluvial, tratados de cesión por contrato de bases estratégicas), pues los mismos se concluyen en el interés particular del territorio en causa (ej.: mantenimiento, en el momento de la anexión de Saboya por Francia en 1860, de la neutralización del Chablais y de Faucigny establecida por el acta de Viena del 9 de junio de 1815; mantenimiento, en 1921, del régimen de neutralización y de desmilitarización de las islas de Aland establecido a cargo de Rusia por la convención de París del 30 de marzo de 1856 y transferido a Finlandia por la Convención de Ginebra del 20 de marzo de 1921).

208. — II. CASO DE LOS ACTOS ILÍCITOS. Contrariamente a lo que ocurre con los tratados, o para ciertos tratados, no hay trasmisión de la responsabilidad internacional, lo que significa que el Estado nuevo o anexante no está jurídicamente obligado a reparar los actos ilícitos imputables al Estado desmembrado. Ya enunciado por el Tribunal arbitral de reclamaciones anglo-americano establecido por el compromiso del 18 de agosto de 1910 (decisiones del 23 de noviembre de 1923 y del 10 de noviembre de 1925), el principio fue objeto de una consagración reciente por parte del Tribunal arbitral franco-helénico instituido por el compromiso del 15 de julio de 1931 en el asunto de los faros (sentencia del 27 de julio de 1956, que ve en el problema, "esencialmente, una cuestión de especie").


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Cuarta parte

COMUNICACIONES INTERNACIONALES [1]

209. — Observación previa. Rompiendo con la tradición seguida anteriormente, el decreto del 27 de marzo de 1954 colocó expresamente las "comunicaciones internacionales" en el nuevo programa de tercer año. Este título no modifica sensiblemente el estudio del dominio público fluvial, marítimo y aéreo que figuraba en el antiguo programa de licenciatura, aunque una exposición articulada con exclusividad sobre las vías de comunicación hace correr el peligro de descuidar ciertos aspectos esenciales del derecho internacional marítimo, tal como el de la explotación de las riquezas del mar (régimen de la pesca, de la plataforma continental, etc.). Por eso conservaremos aquí la interpretación amplia que prevalecía hasta estos últimos años. Pero convendrá al mismo tiempo hacer un lugar a las comunicaciones terrestres, que hasta este momento se hallaban, por lo general, descuidadas en la enseñanza del derecho internacional público.

210. — Sentido general de la evolución y división de la materia. La reglamentación jurídica de las comunicaciones internacionales tiene por objeto resolver el conflicto que, históricamente, no ha cesado de oponer el exclusivismo de la soberanía territorial a las necesidades del comercio internacional. La conciliación inevitable que debe establecerse entre dos exigencias igualmente imperiosas originó equilibrios variables en los diversos sectores considerados, que van desde un régimen con-

---

1 V.: Ch. de Visscher, *Le droit international des communications*, París, 1924; Ch. Dupuis, *Liberté des voies de communication, Rec. de los Cursos*, 1924, I, p. 129-285; M. Bourquin, *L'organisation internationale des voies de communication, ibid.*, 1924, IV, p. 163-210; J. Hostie, *Examen de quelques règles du droit international dans le domaine des communications et du transit, ibid.*, 1932, II, p. 403-524.

suetudinario de extrema libertad (comunicaciones marítimas) a estatutos convencionales de libertad relativa (comunicaciones terrestres, fluviales, aéreas). Examinaremos en cuatro capítulos las soluciones dadas por el derecho internacional al problema de las comunicaciones terrestres, fluviales, marítimas y aéreas, sin perder de vista en ningún momento que, si bien la línea general de la evolución traduce un progreso continuo, éste no se ha manifestado simultáneamente en todos los terrenos. La evolución se produjo del mar hacia la tierra —y más recientemente hacia la atmósfera; la libertad de las comunicaciones se afirmó efectivamente, en primer término, en materia marítima— a partir del comienzo del siglo XVII, para extenderse en el curso del siglo siguiente a las comunicaciones fluviales, transición necesaria para alcanzar en el siglo XIX el campo de las comunicaciones terrestres y, a partir del siglo XX, el de las comunicaciones aéreas.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Capítulo I

COMUNICACIONES TERRESTRES

211. — Ideas generales. El estudio de las vías de comunicación terrestres ofrece poco interés en derecho internacional, ya que las rutas y las vías férreas se establecen sobre espacios sometidos a la soberanía del Estado que aquéllas atraviesan. El principio de la unidad de la red (constitución de un territorio común idealmente afectado a ciertos servicios públicos internacionales), admitido por la Unión internacional de ferrocarriles y por la Unión postal universal, no aparece a este respecto sino como una simple ficción de técnica jurídica, que deja subsistir el principio del exclusivismo de la competencia estatal.

Sección I

Comunicaciones por carretera [2]

212. — Reglamentación internacional de la circulación por carretera. La reglamentación jurídica de los transportes por carretera, cuyo objetivo esencial es favorecer el desarrollo del turismo internacional, presenta diversos aspectos. Implica, en efecto: a) la unificación de los métodos de señalamiento; b) la simplificación de las formalidades aduaneras (otorgamiento de facilidades destinadas a permitir la admisión temporal, bajo franquicia, de vehículos y mercaderías en tránsito); c) la unificación de las reglas concernientes a la responsabilidad civil y el seguro obligatorio de los automovilistas; d) el establecimiento de reglas uniformes para el control de la circulación automotriz. En ese dominio, la reglamentación con-

---

2 V. P. Vergnaud, *Les transports routiers internationaux*, París, 1960,

vencional es de origen reciente. Está constituida esencialmente: 1º por la convención internacional sobre los transportes por carretera y los transportes automotores firmada en Ginebra el 19 de setiembre de 1949 por 36 Estados (texto en *Doc. Fr.*, nº 1615, 19 de mayo de 1952), que reemplazó a las dos convenciones de París del 24 de abril de 1926 sobre el mismo objeto y a la de Ginebra del 30 de marzo de 1931 sobre la unificación del señalamiento de carreteras; 2º por la convención de Ginebra del 17 de marzo de 1954 que efectuó la reglamentación económica de los transportes internacionales por carretera. Constituyen, con la convención de Washington del 15 de diciembre de 1943 sobre la reglamentación de la circulación automotriz interamericana, las únicas fuentes en la materia. La convención de 1949, aun cuando afirma en su artículo 1º la competencia exclusiva de los Estados contratantes para "reglamentar el uso de sus rutas", enuncia el principio de que "dichas rutas servirán para la circulación internacional" en las condiciones previstas por ella. Las disposiciones adoptadas en 1949 se refieren tanto a la unificación progresiva de las reglas de tránsito y señalamiento como al aumento de la seguridad, y consiguieron que los Estados contratantes modificaran en consecuencia su señalamiento de carreteras (Francia: L. del 18 de abril de 1955 modificando la ley anterior del 3 de julio de 1934).

La reglamentación de 1949 contribuyó también a desarrollar las *estaciones internacionales de carretera* (en Francia, Pantin y Bourget), instrumento de unificación europeo cuyas ventajas son innegables en el plano técnico (supresión de los trasbordos de mercaderías, aumento de la velocidad, centralización de los informes), social (creación de centros de recepción y de albergue para los transportistas) y económico (aceleración de la rotación de los camiones, mejoramiento de las relaciones con el extranjero, reducción de los gastos de cruce de las fronteras, afianzamiento del control de la profesión).

El mejoramiento de las relaciones terrestres europeas queda, sin embargo, subordinado a la creación de una vasta red de *autorrutas*. La Comisión económica para Europa preparó en 1950 un proyecto en ese sentido. Pero las ventajas reales de

las autorrutas (ganancia de tiempo, economía de combustible, menor desgaste del material, disminución del número de accidentes) están desgraciadamente contrabalanceadas por su costo elevado (1.500.000 N. F. por kilómetro). Unicamente Alemania e Italia cuentan en la actualidad con una red satisfactoria de autorrutas. Francia comienza a su vez a preocuparse por el problema (plan Gallienne de 1955 que prevé tres categorías de urgencia escalonadas sobre 5, 10 y 15 años, que importan la construcción de 4.600 km. de autorrutas). El cuadro jurídico recién se actualizó con la ley del 18 de abril de 1955 sobre el estatuto de las autorrutas, completada por el decreto del 27 de diciembre de 1956.

SECCIÓN II

Comunicaciones ferroviarias [3]

213. — IMPORTANCIA DE LOS FERROCARRILES EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES. El ferrocarril jugó, siempre, un papel importante en la vida internacional. a) Es, ante todo, un *medio de transporte intercontinental*, cuya plena eficacia no puede asegurarse sino por la cooperación de todos los Estados interesados, único medio de reducir los obstáculos de orden político, técnico o económico que comprometen aún hoy el desarrollo de las relaciones ferroviarias. b) En segundo término, constituye un *medio de acción política*, siendo la penetración comercial, por lo común, el preludio de la influencia diplomática y militar: la "política de los ferrocarriles" del canciller d'Aerenthal, la construcción o la explotación de los ferrocarriles de Addis-Abeba, de Bagdad, del Yunnan o del este chino fueron, en la época contemporánea, otras tantas manifestaciones de la política de expansión austríaca, alemana, francesa o japonesa en los Balcanes, el Africa oriental, el Medio o el Extremo Oriente.

---

[3] V. R. BRUNET, P. DURAND y M. DE FOURCAULD, *Les transports internationaux par voie ferré*, 1927; M. DE FOURCAULD, *Chemins de fer*, en el "Repertorio de derecho internacional" de La Pradelle y Niboyet, t. III, 1929, p. 289-409; J. HOSTIE, *Le transport des marchandises en droit international*, *Rec. de los Cursos*, 1951, I, p. 217-324; P. DURAND, *Les transports internationaux*, 1956.

§ 1. — *Fuentes de la materia*

214. — ELEMENTOS DE LA REGLAMENTACIÓN CONVENCIONAL. Además de algunos textos de principio —tal como fue antiguamente el artículo 23-e del Pacto de la S. D. N., de acuerdo con cuyos términos los Estados miembros se comprometían a "asegurar la garantía y el mantenimiento de la libertad de las comunicaciones y del tránsito", instrumento que no tenía alcance efectivo en ausencia de reglamentación convencional apropiada (en ese sentido C. P. J. I., consejo consultivo del 15 de octubre de 1931 en el asunto del tráfico ferroviario polaco-lituano)—, los elementos esenciales del derecho internacional de los ferrocarriles están constituidos: a) en lo que concierne a la determinación de los principios directivos que ordenan el régimen internacional de las vías férreas, por la convención y el estatuto de Ginebra del 9 de diciembre de 1923; b) en lo referente a la reglamentación técnica de los transportes propiamente dichos, por las diversas convenciones de Berna (14 de octubre de 1890, 20 de setiembre de 1893, 16 de julio de 1895, 23 de octubre de 1924 y 25 de octubre de 1952), de París (16 de junio de 1898, 19 de setiembre 1906) y de Roma (26 de marzo de 1934) relativas al transporte de viajeros (en compendio C. I. V.) y de mercaderías (C. I. M.). Las convenciones fundamentales son las de 1890, 1924, 1934 y 1952 (texto de estas últimas en D. 1955. L. 318-334, con comentario de P. Durand en D. 1956, *Chron*, 53-68). Agrupan a los Estados contratantes en una comunidad internacional especial y tienden a unificar la explotación técnica y el régimen administrativo de los transportes en función de ciertos principios que ahora conviene precisar.

§ 2. — *Aspectos esenciales de la colaboración internacional en materia ferroviaria*

215. — DIVISIÓN DEL § 2. La colaboración internacional en la época contemporánea se afirmó especialmente en lo relativo a la coordinación de las redes y el establecimiento de las tarifas. Su objetivo permanente fue asegurar, en las mejores condicio-

nes, un trayecto continuo entre los diferentes Estados interesados y facilitar la institución de relaciones internacionales directas (ej.: Nord-Express, Estrella del Norte, Flecha de Oro, Simplon-Orient-Express, Roma-Express, Sud-Express, etc.).

216. — COORDINACIÓN DE LAS REDES. La coordinación de las redes se afirma en múltiples aspectos. 1º *Coordinación de las infraestructuras*, para facilitar la relación de las líneas internacionales (adopción de una trocha idéntica para las vías férreas, empalme de los itinerarios nacionales gracias a la unión o prolongación de las líneas existentes). 2º *Limitación de las formalidades*, para asegurar la rapidez y la regularidad del tráfico internacional, lo que produce: a) para el transporte de mercaderías, la adopción de un título de transporte único, o sea la carta de porte internacional; b) para el transporte de pasajeros, la simplificación de las formalidades de aduana y de policía, y la creación de servicios de trenes directos internacionales o de vehículos directos. 3º *Establecimiento de estaciones internacionales* (estaciones fronterizas únicas o estaciones fronterizas yuxtapuestas, *supra*, nº 187) que permiten la reunión, en el mismo punto, de las diversas operaciones de entrada y salida que interesan a los usuarios de los ferrocarriles. 4º *Cambio y utilización recíproca del material rodante* sobre las líneas que forman una red continua de vías de la misma trocha; la unidad técnica de los ferrocarriles está asegurada, en este dominio, por convenciones especiales celebradas en 1882, 1886, 1908, 1921, 1951 y 1953: la última, del 2 de marzo de 1953, concierne a la utilización en común de los vagones de mercaderías entre nueve estados de Europa occidental ("pool" de los vagones).

217. — COLABORACIÓN TARIFARIA. Teniendo en cuenta la necesidad de que las tarifas sean suficientemente flexibles como para adaptarse con la mayor exactitud posible a las complejas necesidades de la competencia comercial, el principio fundamental en la materia es el de la libertad, es decir, la *soberanía tarifaria* de cada Estado (art. 20 del Estatuto de Ginebra, 1923). Esta soberanía, sin embargo, no es absoluta,

ya que está atemperada: a) por la obligación para los Estados de establecer tarifas razonables, tanto por su monto como por sus condiciones de aplicación; b) por la intervención del principio compensador de la *igualdad tarifaria*, en virtud del cual las tarifas deben aplicarse a todos los usuarios de una manera uniforme y que excluya toda discriminación fundada sobre la nacionalidad. Una unificación tarifaria parcial se realizó por otra parte en Europa occidental en el marco de la C. E. C. A. para el transporte del carbón y el acero (art. 70 del tratado de París del 18 de abril de 1951, Colliard, II, p. 347-348).

§ 3. — *Instrumentos de la colaboración ferroviaria internacional*

218. — LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES EN MATERIA FERROVIARIA. El desarrollo de las comunicaciones ferroviarias dio nacimiento a numerosos organismos internacionales. El más importante es la *Unión internacional de los ferrocarriles* (U. I. C.) creada el 1º de diciembre de 1922 como consecuencia de una recomendación formulada el 3 de mayo precedente por la Conferencia de Génova. Se halla encargada de asegurar la unificación y el mejoramiento de las condiciones de establecimiento y explotación de las redes con miras al tráfico internacional entre las diversas administraciones interesadas, de las que agrupa a 43 que en conjunto representan una longitud de 310.000 km. de líneas con un total de 3.900.000 agentes. Asume, desde el 1º de enero de 1951, una misión general de representación de los intereses de los ferrocarriles. Comprende tres engranajes esenciales, a saber: una Asamblea general, un Comité de gerencia y un Secretariado general establecido en París. Está asistida por diversos órganos técnicos: a) una oficina central de compensación, que asegura la centralización y la compensación de las cuentas del tráfico internacional; b) una oficina de investigaciones y ensayos encargada de los estudios técnicos (estandarización del material rodante); c) un centro de información de los ferrocarriles europeos, encargado de coordinar la acción publicitaria; d) una oficina internacional de documentación.

Debemos mencionar también numerosas organizaciones especializadas no gubernamentales, entre ellas: a) la Unión internacional de los vagones, creada en 1921 en la Conferencia de Stresa; b) la Unión internacional para los servicios internacionales de vehículos directos, creada en 1921 en la Conferencia de Salzburgo, cuya actividad consiste en facilitar el intercambio del material rodante; c) la Conferencia europea de los horarios, instituida en 1891 para preparar y mejorar las grandes correspondencias internacionales; d) el Comité internacional de los transportes por ferrocarril, destinado a preparar y aplicar disposiciones complementarias uniformes para las convenciones internacionales, que evidentemente no pueden prever todos los detalles.

El buen funcionamiento de las relaciones ferroviarias europeas fue asegurado, entre 1920 y 1940, por la Comisión consultiva de las comunicaciones y del tránsito y, a partir de 1946, por el Comité de los transportes interiores de la Comisión económica para Europa, ambos establecidos en Ginebra, dentro del marco de la S. D. N. y de la O. N. U., respectivamente.

El arreglo de los litigios de orden técnico se halla confiado por diversos textos (art. 57 de la convención del 23 de noviembre de 1933, arreglos del 6 de setiembre de 1929 y del 23 de abril de 1940) a la Oficina central de transportes internacionales por ferrocarril, a la que se otorgaron atribuciones arbitrales en la materia.

FUNDADA EN 1620 QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo II

COMUNICACIONES FLUVIALES

219. — Plan del capítulo II. Las comunicaciones fluviales se efectúan sobre los ríos y canales internacionales.

Sección I

Los ríos internacionales[4]

220. — Plan de la sección I. Examinaremos sucesivamente la evolución histórica, el régimen jurídico actual y los principales tipos de ríos internacionales.

§ 1. — *Evolución histórica*

221. — Definición. La doctrina y la práctica designan en general, bajo el nombre de ríos internacionales, a los cursos de agua que, en su recorrido naturalmente navegable, separan (ríos contiguos) o atraviesan (ríos sucesivos) territorios dependientes de varios Estados. Se reconoce por lo común que los ríos que responden a esta definición deben hallarse sometidos a un régimen jurídico particular (régimen de internacionalización) ya que, a la vez que son una porción del territorio estatal, constituyen también un instrumento de la vida econó-

---

[4] V. Van Eysinga, *Les fleuves et canaux internationaux* (Bibliotheca Visseriana, t. II, 1924); J. Valloton, *Régime de la navigation fluviale en droit international* (Anuario del Instituto de derecho internacional, 1929, I, p. 229-401); B. Winiarski, *Principes généraux du droit fluvial international*, Rec. de los Cursos, 1933, III, p. 79-217; G. Saucer-Hall, *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, *ibid.*, 1953, II, p. 471-586; F. J. Berber, *Rivers in international law*, Londres, 1960.

mica internacional. Pero este régimen sólo se estableció después de muchas vicisitudes.

222. — EVOLUCIÓN HISTÓRICA. Podemos distinguir cuatro períodos esenciales:

A. – *La Edad Media y los tiempos modernos.* Este período se caracteriza por dos rasgos: monopolio y fiscalía. Cada soberano local considerándose dueño absoluto de la fracción de río que atraviesa su territorio, reserva para sus súbditos el privilegio exclusivo de la navegación y percibe derechos especiales (peajes o impuestos) sobre los transportes fluviales.

La aplicación más extrema de esta doctrina habría de concretarse en el artículo 14 del tratado de Munster del 30 de enero de 1648; ese tratado ordenaba el cierre del bajo Escalda, medida brutal que provocaría la ruina de Amberes, pero que en esa época no contradecía ningún principio establecido ya que la teoría del derecho de pasaje inocente —defendida tanto en materia fluvial como en materia marítima por Grotius y Vattel— no representaba entonces más que una anticipación teórica sin alcance efectivo.

B. – *La Revolución francesa.* Pero el triunfo de las ideas liberales habría de ser tan resonante como lenta había sido su realización. La Revolución francesa destruyó de un solo golpe las barreras anteriores por medio del célebre decreto del 16 de noviembre de 1792, dictado por el Consejo ejecutivo provisorio de la Convención. El mismo ordenaba al comandante en jefe de las tropas francesas en Bélgica asegurar la libertad de navegación en todo el curso del Mosa y del Escalda por considerarse el curso de los ríos "propiedad común e inalienable de todos los países regados por sus aguas". Fundado sobre la idea de un derecho natural de acceso al mar de todos los ribereños, y enunciado en oposición al derecho positivo existente, ese acto unilateral debía de ser puesto en ejecución por medidas de orden político y militar. La nueva fórmula, en efecto, fue aplicada: a) al Escalda y al Mosa, por el tratado de La Haya del 16 de mayo de 1795; b) al Rin, por el tratado de Campo-Formio (18 de octubre de 1797) y la convención de

París, llamada del otorgamiento del Rin (15 de agosto de 1804).

Destacaremos, sin embargo, el alcance limitado del sistema: el río no está abierto a los navíos de todas las naciones, sino simplemente a los de los ribereños considerados como copropietarios de los cursos de agua; es la concepción de la comunidad cerrada (comunidad restringida de los Estados ribereños), es decir, a lo sumo, una concepción de libertad regional.

C. – *El Congreso de Viena* (1815). Algunos años más tarde, el concepto se amplió como consecuencia de la liquidación del imperio napoleónico. Las modificaciones políticas, en especial la desaparición de los pequeños principados ribereños que vivían de los peajes, hicieron posible la revisión del anterior estatuto jurídico del Rin.

El Congreso de Viena se encontraba ante una doble tarea: a) fijar los principios del estatuo renano; b) elaborar disposiciones generales aplicables a todos los ríos internacionales. Se desligó de esta última tarea por los artículos 108 al 116 del acta de Viena del 9 de junio de 1815 (Colliard, I, p. 116-117) que pasarían a constituir a lo largo de un siglo la carta del derecho fluvial internacional.

D. – *El siglo XIX*. El acta de Viena otorgó a los ríos internacionales un régimen jurídico susceptible de una aplicación general. Esta aplicación se efectuó gradualmente por medio de convenciones particulares que se escalonan en el curso del siglo XIX y cuya nomenclatura presentamos: a) para el Elba, acta de Dresde (23 de junio de 1821); b) para el Rin, convenciones de Maguncia (31 de marzo de 1831) y de Mannheim (17 de octubre de 1868); c) para el Escalda y el Mosa, tratado de Londres (19 de abril de 1839); d) para el Danubio, tratados de París (30 de marzo de 1856), de Berlín (13 de julio de 1878) y de Londres (10 de marzo de 1833); e) para el Congo y el Níger, convención de Berlín (26 de febrero de 1885).

La característica esencial de la evolución del derecho fluvial internacional en el siglo XIX estriba en la tendencia a una internacionalización creciente. Esta se afirma en dos direcciones: a) igualdad de trato en el ejercicio de la navegación entre

ribereños y no ribereños; b) administración de la vía de agua por un organismo internacional, la Comisión fluvial.

§ 2. – *Régimen jurídico actual*

223. — LA CONFERENCIA DE LA PAZ DE 1919. La Conferencia de la Paz de 1919 tenía una doble tarea que cumplir, desde el punto de vista del derecho fluvial: a) fijar el régimen particular de los ríos internacionales que interesaban a los Estados ex enemigos (Rin, Elba, Oder, Niemen, Danubio); el mismo fue establecido por cláusulas incluidas en los tratados de paz de 1919, por ejemplo, los arts. 332 a 337 del tratado de Versalles; b) elaborar un régimen general aplicable a todos los ríos internacionales, una especie de acta de Viena revisada; este régimen, previsto por el artículo 338 del tratado de Versalles, se estableció en una Conferencia especial que agrupaba a 42 Estados, convocados por la S. D. N., y reunida en Barcelona en 1921.

224. — LA CONVENCIÓN DE BARCELONA DEL 20 DE ABRIL DE 1921. El régimen de Barcelona, contenido en tres instrumentos jurídicos (convención, estatuto y protocolo) fechados el 20 de abril de 1921, marca una etapa importante en la evolución del derecho fluvial internacional. En efecto, declara internacionalizados todos los ríos que cumplen ciertas condiciones determinadas; ese sistema de internacionalización general o estatutaria reemplaza la práctica anterior (internacionalización especial o excepcional) según la cual un río no podía ser internacionalizado sino por una convención especial.

El estatuto de Barcelona reemplaza la denominación tradicional de "ríos internacionales" por la de "*vías de agua de interés internacional*". Dicha sustitución, dictada por el respeto a los derechos de la soberanía local, tiende a señalar que el río permanece siempre sometido a la competencia del Estado territorial. Pero la nueva denominación es más amplia y más comprensiva que la antigua, ya que engloba un agua cualquiera dotada o no de corriente; por ejemplo, un lago. El estatuto de

1921 (art. 1º) modificó la definición dada en 1815 en lo que concierne a la concepción misma del río internacional.

Adoptó una fórmula de transacción inspirada por un criterio mixto. a) Por una parte, el texto mantiene el criterio político de Viena; como en 1815, el río internacional es siempre el que separa o atraviesa diferentes Estados. b) Pero si bien sigue siendo el elemento esencial, ese concepto no es ya más el elemento exclusivo de la definición. En efecto, el estatuto de Barcelona introduce la noción de principal función económica como complemento de la noción tradicional. El fraccionamiento territorial debe completarse por la utilización económica del río. Este sólo estará sometido al régimen internacional si sirve, ante todo, para la navegación. Por el contrario, no lo estará si es utilizado para otros fines (irrigación, transporte de madera, explotación de fuerza hidráulica, etc.).

El estatuto de Barcelona obedece a dos principios fundamentales: a) *libertad de navegación*, es decir libre utilización del río como vía de comunicación; es el principio tradicional; b) *igualdad de tratamiento* (art. 3 y 4 del estatuto), corolario moderno del principio precedente que implica la prohibición de toda discriminación entre Estados contratantes desde el punto de vista del ejercicio de la navegación (prohibición de establecimiento de tarifas diferenciales de acuerdo con la procedencia o el destino de las mercaderías transportadas).

El estatuto de Barcelona, en lo concerniente a la administración de las vías de agua, se abstuvo de elegir, entre las tres fórmulas concebibles (administración individual por parte de cada ribereño, regional a cargo de la comunidad de los ribereños, internacional por una Comisión fluvial compuesta por ribereños y no ribereños), estimando que se trataba de una cuestión específica cuya solución depende de factores locales eminentemente variables. No hay entonces la coincidencia necesaria entre la internacionalización y la forma de administración.

Criticado a veces en la doctrina por su carácter abstracto y por su exceso de internacionalismo, el régimen de Barcelona —que, contra toda esperanza, no fue revisado después de la segunda guerra mundial— resultó poco aplicado de hecho; en

1939 estaba en vigor entre 21 Estados (de los cuales 15 eran europeos).

225. — UTILIZACIÓN INDUSTRIAL DE LOS RÍOS INTERNACIONALES. La principal utilización industrial de las vías de agua internacionales en nuestra época es la hidroeléctrica. Ella originó la concertación de acuerdos bilaterales o regionales entre Estados limítrofes (ej.: convención franco-suiza del 4 de octubre de 1913 respecto de la explotación de las fuerzas hidráulicas del Ródano, convención franco-italiana del 17 de diciembre de 1914 para la reglamentación de la utilización de las aguas de la Roya, convención hispano-portuguesa del 11 de agosto de 1927 relativa al Duero, acuerdo austro-yugoeslavo del 13 de marzo de 1952 concerniente al Drave, etc.). En un plano más general la convención de Ginebra del 9 de diciembre de 1923, que desgraciadamente puede considerarse casi como letra muerta, determinó las condiciones de distribución de las fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados.

Pero el objeto esencial de los ríos internacionales es siempre la navegación. Esta no puede desarrollarse eficazmente sino sobre la base de una reglamentación convencional apropiada entre los Estados interesados, en calidad de ribereños o como usuarios, para la apropiada utilización de la vía de agua.

§ 3. – *Principales regímenes convencionales* [5]

226. — A. — RÍOS EUROPEOS. El Rin y el Danubio son los dos ríos europeos tipos. Diremos también algo sobre el Escalda, el Mosa, el Mosela y el Oder.

227. — EL RIN. Hasta 1919 podemos discernir tres etapas en la reglamentación renana (longitud del Rin: 1300 km.).

---

[5] V. J. HOSTIE, *Le statut international du Rhin*, Rec. de los Cursos, 1929, III, p. 109-229; R. MISCHLICH, *Le régime international de la navigation du Rhin*, rev. trim. dr. comer., 1957, p. 243-288; J. BLOCISZEWSKI, *Le régime international du Danube*, *ibid.*, 1926, I, p. 257-340; L. IMBERT, *Le régime actuel du Danube*, R. G., 1951, p. 73-94; M. SIOTTO-PINTOR, *Le régime international de l'Escaut* (Rec. de los Cursos, 1928, I, p. 285-369).

a) *El Congreso de Viena* (1815) había establecido un reglamento del Rin el 24 de marzo de 1815. Pero muy pronto estalló una controversia entre los Países Bajos y los demás Estados ribereños sobre el sentido que debía darse a la cláusula según la cual la navegación sobre el Rin sería libre "hasta el mar". Las potencias sostenían que esta expresión era sinónimo de "hasta alta mar", mientras que, para los Países Bajos, quería decir "hasta el lugar —alejado de la alta mar— donde aún se puede sentir la acción de la marea". El doble resultado de esta querella de las desembocaduras originó, en el orden jurídico, la falta de aplicación del reglamento de 1815, y en el económico, un retroceso constante del tráfico del Rin. La única innovación notable del reglamento de Viena —la creación de una Comisión central para la navegación del Rin encargada de elaborar los reglamentos sobre la policía de navegación, con sede en Maguncia— habría de quedar en el plano teórico como consecuencia de la obstrucción holandesa.

b) Con la *Convención de Maguncia* (31 de marzo de 1831) se abre una segunda fase, caracterizada por la aplicación del reglamento de 1815, ya que la controversia de las desembocaduras había terminado por ser resuelta en sentido contrario a las pretensiones holandesas. La Comisión central, confirmada, pudo comenzar a funcionar. Pero la navegación renana permanece siempre reservada a los Estados ribereños.

c) La *Convención de Mannheim* (17 de octubre de 1868) se presenta sobre todo como una codificación del derecho existente. Mantiene, en efecto, los privilegios de los ribereños, investidos del derecho exclusivo de otorgar patente de embarcación, pieza indispensable para el ejercicio de la navegación. Pues bien, esas patentes (art. 15 y sig.) sólo pueden otorgarse a los individuos domiciliados en los Estados ribereños, y el artículo 4 especifica expresamente que el tratamiento nacional no será acordado sino a los "navíos pertenecientes a la navegación del Rin", es decir, titulares de dichas patentes. En cuanto a la Comisión central, subsistía, pero con poderes limitados: no podía ordenar o impedir ningún trabajo, y no se preveía ningún procedimiento arbitral en caso de conflicto.

El *Tratado de Versalles* de 1919 (art. 354-362) afectó doblemente el régimen internacional del Rin.

a) Por una parte, transformó el carácter y la composición de la Comisión central, cuya sede se fijó en adelante en Estrasburgo, introduciendo Estados no ribereños junto a los ribereños y ocupando todos un lugar sobre la base de una representación proporcional a sus intereses en la navegación.

b) Por otro lado, el tratado de Versalles confiaba la revisión de la convención de Mannheim a la Comisión central así reformada. Esta empleó quince años en cumplir su tarea, con la adopción del *modus vivendi* del 4 de mayo de 1936 que comenzaría a regir a partir del 1º de enero de 1937. Pero la denuncia por Alemania de las cláusulas fluviales del tratado de Versalles (nota del 14 de noviembre de 1936) seguida de la denuncia del *modus vivendi* por Francia a título de represalia, impidió la aplicación del nuevo estatuto renano.

A partir de 1945, el anterior régimen convencional fue restablecido progresivamente y la Comisión central, en la que volvió a admitirse a Alemania el 13 de mayo de 1950, adoptó en marzo de 1954 un nuevo reglamento de policía para la navegación, que se aplica desde el 1º de enero de 1955 y reemplaza a los antiguos reglamentos del 14 de setiembre de 1912 y del 25 de agosto de 1938. Debemos igualmente mencionar la convención franco-alemana del 27 de octubre de 1956 concerniente al arreglo del curso superior del Rin, que completa la convención simétrica anglo-suiza del 28 de marzo de 1929. El único problema jurídico delicado de la hora presente se debe a la incidencia de diversas medidas contempladas por la C. E. C. A. referentes a los fletes de la reglamentación renana y que parecen difícilemnte compatibles con las disposiciones del acta de Viena y de la convención de Mannheim que garantizan la libertad de navegación en el Rin.

El tráfico general sobre el Rin era en 1953 de 112.252.000 toneladas, cifra más o menos equivalente a la de 1938 (112.928.000 toneladas).

228. — EL DANUBIO. Vemos que el régimen jurídico del Rin tuvo una evolución bastante simple, habiéndose desarrolla-

do en un medio político relativamente homogéneo. No sucede lo mismo con el Danubio (2.860 km), cuyo estatuto, elaborado en un medio particularmente sensible a las influencias políticas, presentó en consecuencia una complejidad mucho mayor. A pesar del lugar que ocupaba en la economía de Europa central, el tráfico danubiano fue siempre mediocre, ya que en 1939 era sólo de 7 millones de toneladas. Hasta la segunda guerra mundial, su régimen jurídico se caracterizaba por los dos rasgos siguientes:

A. – *Multiplicidad de los instrumentos jurídicos.* El primer rasgo característico del régimen jurídico del Danubio reside en la multiplicidad de las oportunidades en que ha sido considerado (tratado de Andrinópolis del 14 de setiembre de 1829, convención de San Petersburgo del 25 de julio de 1840, tratado de París del 30 de marzo de 1856, actas de navegación del 7 de noviembre de 1857 y del 1º de marzo de 1859, reglamento del 2 de noviembre de 1865, tratado de Londres del 13 de marzo de 1871, tratado de Berlín del 13 de julio de 1878, tratado de Londres del 10 de marzo de 1883, tratado de Bucarest del 7 de mayo de 1918, tratados de Versalles y de Saint-Germain de 1919, estatuto del Danubio del 23 de julio de 1921). Los instrumentos esenciales que debemos retener son: 1º el tratado de París de 1856 (Colliard, I, p. 120-121), que extendía al Danubio los principios enunciados en 1815 por el acta de Viena y encargaba a dos Comisiones de vigilancia de su aplicación; 2º el estatuto de París de 1921 (Colliard, I, p. 122-134) que habría de ser la base del régimen danubiano durante veinte años.

B. – *Dualidad del estatuto danubiano.* El estatuto del Danubio, tal como funcionó entre 1921 y 1940, se caracterizaba por la coexistencia de dos regímenes, uno correspondiente al Danubio marítimo, el otro especial para el Danubio fluvial. 1º Sobre el Danubio marítimo, de Braïla al mar Negro, se creó a partir de 1856 una Comisión concebida en su origen como provisoria pero que se perpetuó de hecho, la *Comisión europea*, dotada de competencias reglamentarias y jurisdiccionales que ejercía con una completa independencia de la autoridad rumana. Después de haber visto reducidos sus poderes a pedido de Rumania

(acuerdo del 20 de marzo de 1929 y *modus vivendi* del 17 de mayo de 1933), la Comisión trasmite la mayor parte de sus poderes al gobierno rumano antes de la segunda guerra mundial, por el arreglo de Sinaía del 18 de agosto de 1938 (Colliard, I, p. 134-141). 2º Sobre el Danubio fluvial, es decir de Ulm a Braïla, el estatuto de 1921 había establecido una *Comisión internacional* dotada de competencias menos extensas.

C. – *Situación actual.* Ese régimen debía ser liquidado el 26 de octubre de 1940 por las Potencias del Eje en connivencia con la URSS. Pero las decisiones de principio adoptadas entonces por las potencias totalitarias fueron únicamente teóricas. Una vez conquistada la victoria aliada, los tratados de paz de 1947 afirmaron nuevamente el principio de la libertad de navegación a favor de todos los Estados, debiendo una Conferencia ulterior elaborar el estatuto jurídico definitivo del Danubio, como después de la primera guerra mundial.

Los resultados, sin embargo, fueron muy diferentes de lo que se podía esperar entonces. La convención de Belgrado del 18 de agosto de 1948 (Colliard, I, p. 142-152), que no fue firmada por las Potencias occidentales, consagró, en condiciones de indiscutible ilegalidad, la caducidad de todos los tratados anteriores y el establecimiento del control soviético sobre el Danubio, quedando desde entonces los Estados no ribereños excluidos, sin más trámite, de la administración del río. Unicamente el Estado ribereño no comunista, Austria —descartada de la Conferencia de Belgrado por voluntad de la URSS— vio reconocido el beneficio de su libertad de navegación sobre el río por una serie de acuerdos bilaterales concluidos con los demás ribereños. El tratado de Estado del 15 de mayo de 1955, por otra parte, consagró formalmente el principio en su art. 31. No por esto es menos cierto que, volviendo a la concepción de la comunidad cerrada de los ribereños, la convención de Belgrado marca un retroceso cuyo alcance no hay que subestimar en relación al derecho fluvial internacional, tal como se estableció en el siglo XIX.

229. — OTROS RÍOS EUROPEOS. Debemos citar otros cuatro ríos europeos. a) *El Escalda.* Lo que se denomina la cuestión

del Escalda (longitud: 430 kg) es esencialmente el problema de las comunicaciones de Amberes con el mar del Norte, del cual está separado el gran puerto belga por la frontera holandesa. Al haber rechazado los Países Bajos el tratado del 3 de abril de 1925, que adaptaba el río a las condiciones técnicas impuestas por los progresos de la navegación e instituía una Comisión mixta de administración con arbitraje para el caso de desacuerdo, el estatuto del Escalda continúa rigiéndose por el tratado del 19 de abril de 1893 (Colliard, I, p. 118-119). Este régimen, que descansa en una fórmula individualista y en este caso arcaica, implica la coexistencia de dos gestiones independientes y el poder discrecional de los Estados ribereños; resultó desastroso para el desarrollo de Amberes (28.367.000 toneladas en 1937 y 35.206.000 en 1958), que por esta causa no pudo luchar eficazmente contra la competencia de Rotterdam (43.000.000 de toneladas en 1938 y 73.848.000 en 1958).

b) *El Mosa.* No diremos más que algunas palabras sobre el Mosa (925 km), río internacional que tiene su fuente en Francia y atraviesa Bélgica y Holanda para desembocar en el mar del Norte. Su estatuto está fijado por la convención holando-belga del 12 de mayo de 1893. La C.P.J.I. debió pronunciarse en una sentencia del 28 de junio de 1937 relativa al asunto de las tomas de agua del Mosa. Con el fin de saber si ciertos trabajos de arreglos efectuados por cada uno de los dos Estados eran compatibles con las disposiciones de ese tratado.

c) *El Mosela.* Ultimo en su aparición entre los ríos europeos, el Mosela fue objeto de la convención franco-germana-luxemburguesa del 27 de octubre de 1956. El tratado prevé la canalización de la vía de agua de Thionville a Coblenza, realizada más tarde por una sociedad internacional con sede en Trèveris y en la que están igualmente representadas Francia (decreto del 25 de enero de 1957), Alemania y Luxemburgo. La administración técnica del río estará asegurada por cada Estado ribereño. La totalidad de los gastos de construcción de las 10 centrales eléctricas fue dejada a cargo exclusivo de Alemania, mientras que el resto de los gastos (construcción de 13 diques) está dividido entre Francia (en 2/3) y Alemania (en 1/3).

Las chalanas que utilicen el Mosela canalizado deberá pagar peajes iguales al promedio de los percibidos en Alemania sobre el Néckar y el Meno.

d) *El Oder.* Podemos citar finalmente al Oder (900 km), cuya internacionalización fue prevista en el tratado de Versalles. Pero la negativa de Alemania a firmar el acta del Oder (enero de 1933), seguida por la denuncia de las cláusulas fluviales de 1919 (nota del 14 de noviembre de 1936) y el establecimiento del control polaco sobre todo el curso del río después de la segunda guerra mundial (acuerdo polaco-soviético del 6 de agosto de 1946), quitaron todo interés al estatuto.

230. — B. – RÍOS AFRICANOS. Los ríos africanos están en una situación especial, ya que el derecho de navegación —que se confunde con el derecho de acceso— es la condición previa para el ejercicio de toda actividad política y comercial.

a) *El Congo y el Níger.* Dos ríos africanos, el Congo (4.650 km) y el Niger (4.160 km), fueron internacionalizados en virtud del acta general de Berlín del 26 de febrero de 1885. Debemos destacar dos rasgos en su estatuto jurídico. 1º *Dualidad de régimen*, por haberse previsto una comisión internacional para el Congo, quedando el Níger sometido a la gestión de los ribereños. 2º *Carácter teórico del régimen:* la Comisión Internacional del Congo nunca fue creada, y los principios muy liberales enunciados en 1885 (extensión del régimen de libertad a los canales laterales y a las rutas y vías férreas que unían dos secciones de ríos, mantenimiento del régimen en tiempo de guerra) jamás pasaron de la teoría. Sin embargo, este régimen fue expresamente mantenido por el art. 5 de la Convención de Saint-Germain del 10 de setiembre de 1919. La jurisprudencia internacional pudo pronunciarse —en condiciones que por otra parte provocan reservas— sobre la aplicación de los principios de la libertad de navegación e igualdad de tratamiento en el Congo, en ocasión de la sentencia del 12 de diciembre de 1934 de la C.P.J.I. entre Gran Bretaña y Bélgica en el asunto Oscar Chinn *(Rec. Gén. D. I.*, 1935, 1, 15, con nuestra nota).

b) *El Nilo.* El Nilo (6.500 km) está regido únicamente por las leyes internas de Egipto. El agudo diferendo existente desde hace muchos años entre los dos Estados ribereños, Egipto y Sudán, en cuanto a la repartición de las aguas del río, fue provisoriamente solucionado por el acuerdo del 8 de noviembre de 1959. Modificando las proporciones fijadas por el acuerdo anglo-egipcio del 7 de mayo de 1929, que atribuía 48.000 millones de metros cúbicos a Egipto y sólo 4.000 millones al Sudán, el nuevo acuerdo eleva esas cifras respectivamente, a 55.500 y 18.500 millones de metros cúbicos.

c) *El Zambeze.* Tres tratados bilaterales anglo-portugueses firmados el 30 de mayo de 1879, el 26 de febrero de 1884 y el 11 de junio de 1891, estipularon en este caso la libertad para todas las banderas; el último de esos tratados extendió al Zambeze, simplemente, los principios del régimen de Berlín.

231. — C. – Ríos ASIÁTICOS. La reglamentación convencional concierne aquí sólo a los cursos de agua fronterizos, por ejemplo, el Mekong (4.500 km.), originariamente sometido por el tratado del 13 de febrero de 1904 a la vigilancia de una comisión franco-siamesa y cuyo régimen, reorganizado por las tres convenciones firmadas el 23, el 25 y el 26 de diciembre de 1950 entre Francia y cada uno de los Estados asociados de Indochina, está fijado hoy por los acuerdos y convenciones del 29 y 30 de diciembre de 1954.

Dificultades que no están resueltas todavía, y cuya solución ha sido comprometida por la tensión política existente entre los Estados interesados, trabaron hasta ahora el arreglo referente al Jordán entre los Estados árabes e Israel (fracaso del plan Johnston de 1954), así como el del Indo, aun cuando en este último caso se llegó a un acuerdo —entre la India y Pakistán— el 21 de junio de 1955, gracias a los buenos oficios del Banco Internacional de Reconstrucción.

232. — D. – Ríos AMERICANOS. Debido a la diversidad de las condiciones geográficas y económicas (poca población de las regiones atravesadas, desarrollo mediocre de la navegación, utilización casi exclusiva de las vías de agua para el transporte

de madera o la producción de energía hidráulica), el principio de la libertad de navegación fluvial no siguió en América la misma evolución que en Europa.

El régimen jurídico de los ríos americanos obedece a tres ideas esenciales: a) *predominio del interés de los ribereños:* las vías de agua permanecen sometidas a una reglamentación interna y en escasas oportunidades (caso del Amazonas y del Paraguay) a una reglamentación bilateral; b) *carácter liberal de la reglamentación:* ciertos ríos (Paraná y Uruguay) están abiertos a los navíos mercantes de todos los Estados; c) *gestión exclusiva de la vía de agua por los ribereños.*

Es necesario, sin embargo, hacer una excepción con el *San Lorenzo* (3.100 km). Aun cuando el principio de la libertad de navegación fue propuesto por el tratado anglo-americano del 8 de mayo de 1871, los trabajos en el curso inferior del río desde los Grandes Lagos hasta el mar se atrasaron largo tiempo debido a las resistencias del Senado norteamericano, que rechazó sucesivamente los dos tratados del 18 de julio de 1932 y del 19 de marzo de 1941 celebrados con ese fin entre los Estados Unidos y el Canadá. Sólo a través de la *Saint-Lawrence Seaway Act*, del 13 de mayo de 1954, el gobierno norteamericano quedó autorizado a emprender los trabajos de arreglo del río juntamente con el Gobierno canadiense. Iniciados el 10 de agosto de 1954, ellos debían proseguir hasta 1959.

SECCIÓN II

Los canales internacionales [6]

233. — DEFINICIÓN Y CARACTERES GENERALES. Los canales internacionales son vías de comunicación artificiales.

1º Si unen dos ríos, o si unen un río y el mar, se aplica el derecho común, a menos que exista un tratado. Los canales constituyen entonces, en principio, vías de agua interiores o puramente nacionales.

---

6 V. A. SIEGFRIED, *Les canaux internationaux et les grandes routes maritimes mondiales* (Rec. de los Cursos, 1949, I, p. 5-72).

2º Si comunican dos mares *(canales marítimos)*, pueden ser construidos por el mismo Estado, un empresario o una compañía privada en virtud de una autorización del Estado territorial. ¿Cuál es entonces su régimen? Debemos distinguir: a) en ausencia de tratado, el canal comprendido en el área geográfica del Estado ribereño permanece sometido a la soberanía territorial de este último. El Estado local permite navegar a quien él determine, fija la tasa que estima conveniente, puede conceder un régimen de favor a una bandera y tomar medidas defensivas en tiempo de guerra, de manera que el canal puede ser teatro de hostilidades. Tal es, por ejemplo, el régimen del canal de Corinto (6,3 km, construido entre 1883 y 1893) en Grecia, que comunica el mar Jónico con el mar Egeo. Pero ese régimen es insuficiente; b) por ello, para los canales marítimos —sobre todo para los que, construidos con ayuda de capitales invertidos por diversos países, presentan un interés universal— hay casi siempre establecido un régimen de internacionalización por vía convencional. Ese régimen no tiene por efecto sustraer el canal internacionalizado a la competencia del Estado ribereño, pero sí cargar ciertas obligaciones sobre este último, el que se verá en la necesidad de facilitar el pasaje de los barcos extranjeros. Es el caso de un canal africano (el de Suez), de otro americano (el de Panamá), y el de uno europeo (el canal de Kiel).

234. — EL CANAL DE SUEZ. El canal de Suez (160 km) fue construido en territorio egipcio —cuando Egipto era un Estado vasallo sometido a la soberanía turca—, por una compañía privada dirigida por Ferdinand de Lesseps. Va de Puerto Said a Suez, uniendo así el Mediterráneo con el mar Rojo. El acto de concesión (firmán del 30 de noviembre de 1854, modificado por el del 5 de enero de 1856) estipulaba que el canal debía estar abierto a todas las banderas en un pie de igualdad, principio que debía ser confirmado dos veces por Turquía (firmán del 19 de marzo de 1866 y decisión del 18 de diciembre de 1873). El interés de la compañía, por otra parte, era admitir a todas las banderas para que el canal fuese atravesado por el mayor número posible de barcos. Acordada por 99 años, la concesión debía

expirar normalmente en 1968, habiendo sido abierto el canal el 17 de noviembre de 1869.

No hubo una reglamentación especial durante largo tiempo. Sin embargo, durante la guerra ruso-turca de 1877 y las dificultades egipcias de 1881, la cuestión del canal de Suez preocupó a los gobiernos y se hizo sentir rápidamente la necesidad de una reglamentación convencional.

De aquí surgió la conclusión de la *Convención de Constantinopla del 29 de octubre de 1888* (Colliard, I, p. 106-109) a continuación de la reunión de una Conferencia internacional donde estaban representadas Turquía, las seis grandes potencias europeas, España y los Países Bajos. Esta convención formula los tres principios siguientes: a) libertad de navegación comercial en todo tiempo, sea éste de guerra o de paz; b) libertad de pasaje para los barcos de guerra, a condición que dicho pasaje se efectúe sin escalas y sin desembarco de tropas o de material; c) neutralización del canal, que en tiempo de guerra no puede ser bloqueado ni atacado.

En su conjunto, y salvo durante la guerra de 1914, siempre se observó ese régimen correctamente. Durante la guerra ruso-japonesa (1904-1905) dos divisiones navales rusas franquearon sin dificultad el canal. Del mismo modo, una escuadra italiana atravesó el canal en el curso de la guerra de Tripolitania (1911-1912). Durante la primera guerra mundial, los germano-turcos atacaron el canal por tierra sin éxito alguno (3 de febrero de 1915). Por su parte, las autoridades británicas cerraron el canal a las embarcaciones enemigas y ejercieron el derecho de visita en el radio de 3 millas alrededor de él, para asegurarse de que los barcos que entraban no transportaran artículos susceptibles de dañarlo.

El régimen de 1888 fue puesto nuevamente en vigor por los tratados de Versalles (art. 152 y 282) y de Lausana (art. 99). Según los términos del art. 8 del tratado de alianza anglo-egipcio del 26 de agosto de 1936 —que el gobierno de El Cairo habría de denunciar el 16 de octubre de 1951— Gran Bretaña se hallaba autorizada a estacionar fuerzas militares y aéreas en las vecindades del canal para asegurar su protección.

Entre 1954 y 1956, tres factores dominaron la situación del canal de Suez. 1º *En el plano militar*, las reivindicaciones egipcias tendían a obtener la evacuación de las tropas británicas estacionadas en las proximidades del canal: el acuerdo anglo-egipcio del 19 de octubre de 1954 dio satisfacción al gobierno de El Cairo, completándose la evacuación de los últimos contingentes británicos el 13 de junio de 1956. 2º *En el plano administrativo*, Egipto deseaba convertirse en asociado privilegiado obteniendo un lugar preponderante en la administración del canal. Esta reivindicación fue satisfecha en parte por el acuerdo del 7 de marzo de 1949, firmado entre el gobierno egipcio y la Compañía universal del canal de Suez, que consagraba una extensión de la participación egipcia tanto en los beneficios como en la administración del canal. 3º Finalmente, *en el plano jurídico*, a partir de 1948 surgió una grave controversia entre Egipto y los demás Estados, debido a que el gobierno de El Cairo —desde el comienzo de la guerra de Palestina (15 de mayo de 1948), y a pesar de la convención de armisticio suscripta el 24 de febrero de 1949 con Israel— había sometido el tráfico por el canal a restricciones incompatibles con el principio de la libertad de pasaje enunciado por los arts. 1º y 4 de la convención de 1888. La debilidad de las grandes potencias, por otra parte, hizo que la resolución adoptada el 1º de setiembre de 1951 por el Consejo de seguridad y que invitaba al Gobierno egipcio a levantar esas medidas restrictivas, careciese de aplicación efectiva.

La crisis de Suez alcanzaría su punto culminante con la *nacionalización de la Compañía universal del canal*, decidida por el decreto egipcio del 26 de julio de 1956 en violación de los tratados. El apoyo dado al nacionalismo egipcio por la URSS, sumado al deseo de los Estados Unidos de guardar consideraciones para con los gobiernos árabes, impidieron a los usuarios del canal constituir un frente común. La intervención militar franco-británica (30 de octubre - 6 de noviembre de 1956) fue inoperante por las mismas razones; no pudo restablecer el estado de derecho anterior y suministró un cómodo pretexto a las autoridades de El Cairo para retirar su aceptación de las proposiciones aprobadas el 22 de agosto de 1956 en la Confe-

rencia de Londres (que agrupaba a los 18 Estados miembros de la Asociación Cooperativa de Usuarios del Canal) y confirmadas por el Consejo de Seguridad del 13 de octubre siguiente. Esas seis proposiciones, que debían conformar lo esencial del futuro estatuto del canal, eran las siguientes: 1º la libertad de pasaje "sin discriminación directa e indirecta" a través del canal; 2º respeto a la soberanía egipcia; 3º "despolitización" de la gestión del canal; 4º fijación de los derechos de pasaje por medio de un acuerdo entre Egipto y los usuarios; 5º afectación de una porción equitativa de las sumas percibidas para el mejoramiento del canal; 6º arreglo arbitral de los diferendos pendientes entre la Compañía Universal y el Gobierno egipcio. Asimismo, el sabotaje voluntario del canal por Egipto, ocurrido en violación flagrante de los arts. 2º, § 2 y 3 de la Convención de 1888 (51 barcos, dragas y remolcadores hundidos entre Puerto Said y Suez por orden de las autoridades egipcias), inutilizó el canal para el tráfico marítimo durante más de cinco meses, entre el 3 de noviembre de 1956 y el 10 de abril de 1957. En el momento actual el pasaje del canal depende únicamente de la voluntad de Egipto, ya que la declaración del gobierno de El Cairo, de fecha 24 de abril de 1957, sólo tiene para los usuarios un valor unilateral y, por lo tanto, precario.

Con referencia a la *evolución del tráfico*, debemos observar: a) la enorme progresión del movimiento de barcos a partir de la apertura del canal, que pasó de 435.000 toneladas en 1870 a 22 millones de toneladas en 1913, 34 millones de toneladas en 1939, 55 millones de toneladas en 1949 y 115 millones de toneladas en 1955 (64.625.000 toneladas para el primer semestre de 1956); b) el lugar preponderante que ocupan los barcos de pabellón anglosajón en el porcentaje del tráfico, hallándose siempre a la cabeza el británico aunque con solo el 28 % del tráfico en 1955 contra el 50 % en 1939); c) la significación del tráfico en sentido sud-norte (83 % del total en 1954, del cual el 65 % pertenece al tráfico petrolero: en vísperas de la crisis del otoño de 1956, Gran Bretaña recibía las 2/3 partes y Francia la mitad de su petróleo, por Suez).

235. — EL CANAL DE PANAMÁ. El canal de Panamá (81 km) se construyó en un territorio concedido por cien años a los Estados Unidos por el Gobierno de Panamá, la zona del canal o *canal zone*. Iniciados los trabajos por una compañía francesa (1882-1888), los mismos se continuaron y fueron completados por los Estados Unidos después de la quiebra de aquélla, bajo la dirección del general Goethals, entre 1904 y 1914. El canal, que une el Atlántico con el Pacífico entre Colón y Balboa, se inauguró a comienzos de la primera guerra mundial, el 15 de agosto de 1914. Estados Unidos explota ese canal y ejerce derechos, poderes y autoridades tal como si poseyese la soberanía territorial (art. 3 del tratado del 18 de noviembre de 1903).

El canal de Panamá no es objeto de una reglamentación internacional con una base tan amplia como el de Suez. Su estatuto reposa sobre dos tratados bilaterales:

1º Tratado Hay-Pauncefote del 18 de noviembre de 1901 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña (Colliard, I, p. 109-111). Por él negociado mientras Inglaterra luchaba con los boers en la guerra del Transvaal, los Estados Unidos se libraban de las trabas de un anterior tratado anglo-americano, el tratado Clayton-Bulwer del 19 de abril de 1850, por el cual los dos Estados se comprometían a respetar el futuro canal, a no establecer un monopolio y a no fortificarlo. Por el tratado de 1901, el Gobierno británico reconocía a los Estados Unidos la administración y la defensa del canal, quedando a su cargo el establecimiento de un régimen de libertad.

2º Tratado Hay-Bunau-Varilla del 18 de noviembre de 1903 entre los Estados Unidos y la República de Panamá (Colliard, I, p. 112-115), celebrado después de la insurrección de la provincia colombiana de Panamá contra el Gobierno central colombiano (3 de noviembre de 1903). Esta insurrección había sido ayudada política y militarmente por los Estados Unidos, los que favorecieron la secesión del nuevo Estado y se hicieron conceder por él la zona del canal.

El tratado Hay-Pauncefote establece que se aplicarán al canal de Panamá los principios en vigor para el canal de Suez; estipula entonces implícitamente la apertura del canal a los barcos

de guerra y de comercio de todos los Estados en un pie de igualdad. Por su parte, el tratado Hay-Bunau-Varilla se refiere al tratado de 1901. El régimen parece, entonces, semejante al del canal de Suez. Existen sin embargo algunas diferencias: a) el régimen del canal de Panamá no reposa, como el del canal de Suez, sobre un tratado multilateral, sino que surge de dos tratados bilaterales que no comportan cláusula de accesión; b) además —y ésta es una diferencia considerable con el canal de Suez (cf. el art. 11 *in fine* de la Convención de 1888)— los Estados Unidos pueden fortificar el canal, de acuerdo con los términos del art. 23 del tratado de 1903. Esto es efectivamente lo que han hecho, construyendo potentes bases navales y aéreas.

Como consecuencia del rechazo de la República de Panamá al tratado del 28 de julio de 1926, que agravaba sensiblemente el control de los Estados Unidos sobre Panamá, se celebró un nuevo tratado entre los dos Estados, con fecha 2 de marzo de 1936. Deroga éste el art. 1º del tratado de 1903 relativo a la garantía de independencia de Panamá dada por los Estados Unidos. De acuerdo con el art. 10, ambos gobiernos se comprometen a tomar, de común acuerdo, las medidas de prevención y de defensa en caso de conflicto internacional, o de amenaza de agresión que ponga en peligro la seguridad de la República o del canal. Finalmente un nuevo tratado de fecha 25 de enero de 1955, llamado de acuerdo y de cooperación mutua, aumentó la anualidad garantizada a Panamá, que pasó así de 250.000 dólares en 1903 a 430.000 dólares en 1955 y a 1.930.000 dólares en 1956.

Durante las dos guerras mundiales, el canal de Panamá permaneció abierto a los beligerantes. 1º Esta medida fue tomada desde el comienzo de la primera guerra mundial por la proclamación del presidente Wilson con fecha 13 de noviembre de 1914. Tras la entrada de Estados Unidos en la guerra se dictó una nueva reglamentación —que daba al Gobierno americano el poder de controlar los navíos que pasasen por el canal— mediante la proclama del 23 de mayo de 1917 y un *Act* del 15 de junio del mismo año. El canal fue utilizado, principalmente, por las tropas australianas que iban a combatir a Europa. 2º Durante la segunda guerra mundial se precisó la situación

del canal, en condiciones idénticas a las de 1914, a través de la proclama del presidente Roosevelt de fecha 5 de setiembre de 1939.

Entre 1915 y 1938 el tráfico del canal pasó de 3 a 28 millones de toneladas; en 1955 alcanzó la cifra *record* de 40.646.000 toneladas.

236. — EL CANAL DE KIEL. El canal de Kiel (en alemán *Kaiser Wilhelm Kanal*, canal del emperador Guillermo) fue construido entre 1887 y 1895 por Alemania, en principio, con una finalidad únicamente estratégica. Lo utilizó luego la navegación marítima como la vía de comunicación más corta y más segura entre el Báltico y el mar del Norte (98 km de largo); había sido considerablemente agrandado entre 1907 y 1915. Hasta 1919, era una vía de agua interior del Imperio alemán.

La internacionalización del canal de Kiel resulta de los arts. 380 y 386 del tratado de Versalles de 1919. El art. 380 declara que el canal estará abierto, en pie de igualdad, a los barcos (de comercio y de guerra) de todas las naciones en paz con Alemania. Los impuestos, iguales para todos, deben tener un carácter equitativo y no vejatorio. Ese régimen de libertad, muy clara y ampliamente estipulado, se completaba por cláusulas de no fortificación (art. 195 del tratado de Versalles); la libertad de acceso y de pasaje encontraba, en efecto, una garantía material en la destrucción de las fortificaciones existentes en la zona vecina al canal y en la prohibición de levantar otras nuevas, impuesta a Alemania.

La interpretación de ese régimen fue objeto de un diferendo (asunto del *Wimbledon)* resuelto por la C.P.J.I. en su sentencia del 17 de agosto de 1923. Esta decisión presenta una cierta importancia jurídica y aún histórica, ya que era la primera vez que la Corte permanente estatuía en materia contenciosa, y como lo hacía en virtud de una cláusula de jurisdicción obligatoria, por vez primera un Estado era citado por vía unilateral ante una instancia internacional. El origen del litigio residía en la negativa de las autoridades alemanas, el 21 de marzo de 1921, de facilitar el acceso al canal de Kiel a una nave de comercio de bandera inglesa fletada por una compañía francesa,

que trasportaba un cargamento de municiones con destino a Polonia, vía Dantzig. El Gobierno alemán justificaba su negativa en tenerse que conformar a ordenanzas de neutralidad que había dictado en el momento de la guerra polaco-soviética en julio de 1920, y que prohibían el tránsito del contrabando de guerra por territorio alemán. Negándose a discutir el punto relativo a la persistencia de las hostilidades en la fecha de la negativa de paso (en realidad, las hostilidades habían cesado entre los dos beligerantes, habiéndose firmado un tratado preliminar de paz el 12 de octubre de 1920 y uno definitivo el 18 de marzo de 1921), y aceptando la discutible argumentación de Alemania según la cual existía aún estado de guerra al 21 de marzo de 1921, la Corte permanente rechazó la tesis alemana y decidió que el Reich había procedido injustamente al rehusar el acceso del canal al *Wimbledon*. En consecuencia, Alemania debió indemnizar a la compañía interesada por el daño así causado. Esta decisión está conforme con las tendencias generales del derecho internacional concernientes al régimen de los canales internacionales. Vimos antes que el libre pasaje por los canales de Suez y de Panamá nunca fue discutido, aun en tiempo de guerra; este argumento de analogía permite justificar también, si ello fuese necesario, la solución de la Corte permanente de justicia internacional.

El Gobierno alemán habría de repudiar ese régimen internacional por nota del 14 de noviembre de 1936, a tiempo de denunciar unilateralmente todas las cláusulas fluviales de los tratados de paz; asimismo, el pasaje de los barcos de guerra extranjeros a través del canal quedaba subordinado a autorización a partir del 15 de enero de 1937. El régimen anterior pudo ser restablecido en 1945. Entre 1913 y 1938, el tráfico marítimo efectuado por el canal de Kiel pasó de 10.300.000 a 22.600.000 toneladas; alcanzaba 46.595.000 toneladas en 1955, sobrepasando así, en esa fecha, el tráfico efectuado por el canal de Panamá.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

Capítulo III

COMUNICACIONES MARITIMAS

237. — Importancia del mar en las relaciones internacionales. Si el principio del acceso al mar constituyó el punto de partida de todo el derecho internacional de las comunicaciones, ello tuvo origen en que la libre utilización de los espacios marítimos representa la forma más antigua del "comercio" interestatal en su sentido amplio. Es hacia el mar y por el mar que se desarrollan los intercambios comerciales, las comunicaciones con los países lejanos y la actividad económica internacional. Pero los atributos del poder marítimo no son únicamente de orden material: las civilizaciones litorales tienen como efecto la circulación de las ideas, el desarrollo intelectual, las tendencias liberales e individualistas. Los centros continentales polarizan mundos opuestos: son sistemas cerrados que engendran imperios tiránicos, sociedades feudales y de terratenientes, autarquías basadas en la economía agrícola.

Apoyándose en estos datos económicos fundamentales, ciertos autores, como el historiador belga Jacques Pirenne (*Les grands courants de l'histoire universelle*, 7 vol., París, 1945-1957), buscaron reducir toda la historia del mundo a un duelo entre el mar y la tierra, a un conflicto entre los océanos y los continentes, es decir, en el orden político y social, a la lucha entre las democracias marítimas, liberales, pacíficas y universalistas y los imperios continentales, nacionalistas, autoritarios e imperialistas (lucha del Imperio persa contra el mundo helénico, de Roma contra los bárbaros, del Islam contra el mundo feudal, de los Países Bajos contra el Imperio de Carlos V, de Inglaterra contra el Imperio napoleónico, de las democracias anglosajonas contra las potencias del Eje, de la comunidad atlántica contra el bloque soviético), terminando siempre el juego de este ritmo histórico con el establecimiento de una vasta federación donde

se equilibran las fuerzas del mar y de la tierra (Imperio romano, Imperio británico). Sea cual fuere el interés de esta explicación, es demasiado sistemática para ser aceptada sin reservas, ya que desconoce ciertos datos que la contradicen por entero, tales como el carácter parcialmente marítimo del Imperio de Carlos V, el origen exclusivamente continental de la democracia helvética, el hecho de que el Imperio napoleónico era también la patria del Código Civil —esa carta del individualismo liberal—, etcétera.

238. — PLAN DEL CAPÍTULO III. Desde el punto de vista físico, el espacio marítimo se caracteriza por su unidad. Este aspecto unitario no se refleja en el régimen jurídico del mar, que comprende tradicionalmente tres zonas distintas sometidas a tres estatutos diferentes. Ellas son, en dirección a la costa, alta mar, el mar territorial y las aguas interiores. No hay dudas de que esta diversidad tiene, desde el punto de vista físico, un carácter irreal; pero sigue siendo la base indispensable de todo estudio jurídico del mar en derecho internacional. Examinaremos entonces, en tres secciones, el alta mar, las aguas interiores y el mar territorial; es mejor estudiar esta última zona después de las dos primeras, ya que, geográficamente, se interpone entre el alta mar y las aguas interiores, y su régimen jurídico no puede determinarse sino por referencia a cada una de ellas. Por último, consagraremos una cuarta sección a los estrechos internacionales.

SECCIÓN I

Alta mar [7]

§ 1. – *Naturaleza jurídica del alta mar*

239. — PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LOS MARES. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. El principio fundamental es la libertad en alta mar.

---

[7] V. G. GIDEL, *La haute mer*, 1932; J. C. COLOMBOS, *Le droit international de la mer*, trad. fr., 1952; O. DE FERRON, *Le droit international de la mer*, t. I, Ginebra, 1958, p. 71-175.

Significa que el alta mar no es propiedad de ningún Estado y escapa a toda competencia territorial. Existe aquí una diferencia con ciertas épocas anteriores en las que reinaba la concepción romana del *dominium maris*. Esta concepción prevaleció especialmente en la Edad Media, en la que las naciones feudales llevaron a las potencias marítimas a pretender el gobierno de los mares (bodas simbólicas del Dux de Venecia con el Adriático). La terminología (cf. las apelaciones de mar Ligur y de *English Channel)*, la doctrina (teoría de los *British seas)* y la práctica (atribución a España y Portugal de los mares vacantes como territorios sin dueño por la bula *Inter cætera* de 1493, *supra*, nº 167) reflejaron esos errores.

Poco a poco, sin embargo, la doctrina se transforma. El siglo XVII inicia un período de oposición a las ideas anteriores y rechaza la aplicación de la teoría del *dominium maris* a los grandes océanos. Es la época en que estalla la célebre controversia entre el holandés Grotius y el inglés Selden: a) en su obra *Mare liberum* (1609), Grotius sostiene la tesis de la libertad contra los españoles, que reivindicaban la soberanía sobre el alta mar. El autor holandés combate la idea del *dominium maris:* para él, el mar es algo común que escapa a toda ocupación y a toda apropiación privativa; b) Selden responde en 1635 a esta tesis con su libro *Mare clausum*. Defiende los derechos de Inglaterra con una abundante argumentación histórica, y pretende establecer que el mar, desde un punto de vista teórico, es susceptible de propiedad privada y que, de hecho, es propiedad de Inglaterra. En esta doctrina restrictiva discernimos, sin embargo, elementos de libertad, ya que Selden estima que no se puede excluir la navegación de los demás. Así, desde un punto de partida radicalmente opuesto, admite, como Grotius, la libertad de navegación.

240. — SENTIDO DEL PRINCIPIO. El mar no es, entonces, propiedad de nadie. Pero tanto se dice que es *res nullius* como que es *res communis*, o *res nullius communis usus* según los partidarios de un sistema de transición. Aunque en ambos casos sean igualmente válidas numerosas soluciones concretas, es más exacto afirmar que el mar es *res nullius*, si se encaran las competen-

cias que se ejercen sobre él: a) si el mar fuera *res communis* estaría sometido a la soberanía común de los Estados; de hecho, no es eso lo que ocurre; b) si fuera *res communis*, sería concebible la navegación pacífica, pero no la guerra marítima que, cuando se desarrolla en alta mar, afecta los intereses de las potencias no beligerantes; ahora bien, de derecho y de hecho, el alta mar es un teatro de hostilidades. Del mismo modo, el alta mar no podría utilizarse para la experimentación de los proyectiles teleguiados, como fue previsto en diversos acuerdos entre los Estados Unidos y Gran Bretaña (21 de julio de 1950 y 15 de enero de 1952), la República Dominicana (26 de noviembre de 1951) y el Brasil (21 de enero de 1957); c) finalmente, si el alta mar fuera *res communis*, habría gestión común asegurada por un órgano central; tampoco esto ocurre en la realidad, a pesar de la creación —por la Convención de Ginebra del 6 de marzo de 1948 (firmada por 18 Estados)— de la Organización consultiva marítima intergubernamental adscripta a la O.N.U.; este organismo tiene sólo atribuciones consultivas de orden técnico.

El régimen del alta mar fue precisado según sigue por la convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 (texto en *R. G.*, 1958, p. 366-375):

Art. 1º: "Se entiende por alta mar todas las partes del mar que no pertenecen al mar territorial o a las aguas interiores de un Estado."

Art. 2º: "Estando el alta mar abierto a todas las naciones, ningún Estado puede legítimamente pretender someter una cualquiera de sus partes a su soberanía. La libertad del alta mar se ejerce en las condiciones que determinan los presentes artículos y las demás reglas del derecho internacional. Comporta especialmente para los Estados, sean o no ribereños del mar: 1º) la libertad de navegación; 2º) la libertad de pesca; 3º) la libertad de colocar cables o cañerías submarinos; 4º) la libertad de sobrevolarlo."

El 1º de julio de 1959 el *shipping* mundial era de 125 millones de toneladas contra 69.439.000 toneladas en 1939 y 40 millones de toneladas en 1914. Al respecto conviene destacar: 1º) la primacía reciente de la marina mercante americana

(25.287.000 toneladas contra 6.800.000 en 1939); 2º) la declinación relativa de la flota mercante británica (20.756.000 toneladas contra 17.984.000 en 1939 y 19 millones de toneladas en 1914), que no representa hoy en día más que un 14 % del tonelaje mundial total en lugar del 26 % en 1939; 3º) el extraordinario desarrollo de los pabellones llamados de refugio o de complacencia (Panamá, Liberia, Honduras, Costa Rica), casi inexistentes en 1939 y que representan hoy el 13,6 % de la flota mundial (11.936.000 toneladas para Liberia y 4.582.000 toneladas para Panamá); extensión explicable por el hecho de que esas flotas no deben soportar las mismas cargas sociales o trabas fiscales que las marinas mercantes tradicionales; 4º) el honroso lugar ocupado por las marinas mercantes noruega (10.444.000 toneladas contra 4.835.000 en 1939 y 2.500.000 en 1914), japonesa (6.276.000 toneladas contra 5.630.000 en 1914), italiana (5.118.000 toneladas contra 3.500.000 en 1939), holandesa (4.743.000 toneladas contra 2.400.000 toneladas en 1939), francesa (4.538.000 toneladas contra 2.952.000 en 1939 y 2.300.000 toneladas en 1914) y alemana (4.535.000 toneladas contra 4.500.000 en 1914); 5º) la relativa debilidad de la flota comercial soviética (3.155.000 toneladas); 6º) el enorme porcentaje representado en el momento actual por los petroleros (28 % del tonelaje mundial total con 35 millones de toneladas contra 4 millones de toneladas en 1920).

El alta mar es, entonces, *res nullius*, lo que significa que los diferentes Estados sólo ejercen una competencia de defensa y una competencia personal respecto de sus ciudadanos y sobre los barcos que llevan su bandera. Sin embargo, la libertad de los mares no equivale a la anarquía, estando sometidos todos los barcos —en condiciones que conviene precisar— al derecho del Estado cuya bandera llevan legalmente.

§ 2. – *Condición jurídica de los barcos en alta mar*

241. — NACIONALIDAD DE LOS BARCOS. El barco tiene una individualidad que se manifiesta por el hecho de que lleva un nombre y posee una nacionalidad que no puede ser sino una sola. La determinación de esta nacionalidad presenta interés

desde un triple punto de vista: a) el barco estará protegido por el Estado cuya nacionalidad posee; b) podrá apelar a la protección diplomática y consular; c) se le aplicarán los tratados acordados por el Estado al que pertenece.

La nacionalidad está indicada por la bandera. Pero ésta no la prueba de una manera absoluta. La legislación de cada Estado es la que determina por su propia cuenta —y la única que tiene el poder para hacerlo— las condiciones de adquisición de la nacionalidad de los barcos o del derecho a la bandera. Importa distinguir entre los barcos de guerra y los comerciales.

242. — BARCOS DE GUERRA (O PÚBLICOS). Para los barcos de guerra (o públicos), el criterio de la nacionalidad reside en su relación con una flota determinada, ya que el fundamento de la competencia del Estado deriva aquí del funcionamiento y defensa de los servicios públicos. La nacionalidad se prueba por medio de la bandera y del gallardete de guerra, o también por la palabra de honor del comandante de que está al servicio de tal o cual Estado.

No existe definición convencional internacional del barco de guerra. Pero la mayor parte de las definiciones enunciadas por el derecho interno de los diversos Estados se inspira en criterios análogos, como así también la definición puramente doctrinal dada por el Instituto de derecho internacional en el artículo 2 de su reglamento de Oxford adoptado en su 28 sesión, el 9 de agosto de 1913. Según la opinión general, un barco de guerra se reconoce por los caracteres que a continuación se señalan. Debe: formar parte de la marina militar del Estado (por ej.: estar inscripto en la lista oficial de la flota de guerra); ser comandado por un oficial del servicio activo de la marina del Estado; tener una tripulación de la marina militar; estar autorizado para llevar la bandera y el gallardete de la marina militar. En su sentencia del 27 de julio de 1956 relativa al asunto de los faros (p. 90 y 98), el Tribunal arbitral franco-helénico estimó que un barco de guerra "se caracteriza ante todo por su afectación real a finalidades militares de combate" y debe ser susceptible, gracias a su armamento, de "participar efectivamente en las operaciones militares". Los barcos de guerra com-

prenden: 1°) los barcos de guerra propiamente dichos, sea cual fuere su denominación (barcos combatientes de superficie y submarinos); 2°) los barcos del Estado afectados al servicio de una flota de guerra (transportes militares, dragadores de minas, remolcadores, petroleros, etcétera).

243. — BARCOS COMERCIALES (O PRIVADOS).[8] Para los barcos comerciales (o buques mercantes, o barcos privados), se tiene en cuenta tanto el país en que fue construido el navío como la calidad de los propietarios, de los oficiales y de la tripulación. De acuerdo con la fórmula empleada por el artículo 5 de la Convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre el alta mar "debe existir una relación sustancial entre el Estado y el barco". En Francia, la situación está regulada actualmente por el artículo 216 del decreto del 8 de diciembre de 1948 que refundía el Código de aduanas (D. 1949.15.44). Para ser francés, el barco debe: a) pertenecer a franceses por lo menos en la mitad; b) haber sido construido sobre territorio francés o sobre un territorio de la Unión francesa, o declarado como presa, o confiscado por infracción a las leyes francesas.

La prueba de la nacionalidad está dada por la exhibición de los papeles de a bordo o "cartas marítimas", cuyo número y naturaleza se hallan regulados por cada Estado. En Francia, las más importantes son el acta de afrancesamiento otorgada por la Administración de Aduanas y el ministerio de Finanzas (es el acta administrativa que confiere al navío el derecho a llevar el pabellón francés con los privilegios que ello supone) y la nómina de la tripulación.

Ya no es necesario que un navío comercial enarbole la bandera de un Estado marítimo, después de la declaración de Barcelona del 20 de abril de 1921 que reconoce el derecho al pabellón de los Estados desprovistos de litoral marítimo. El artículo 4 de la Convención precitada del 29 de abril de 1958 declaró expresamente que "todos los Estados, ribereños o no del mar,

---

[8] V. P. FEDOZZI, *La condition juridique des navires de commerce* (Rec. de los Cursos, 1925, V, p. 5-222); A. PEARCE HIGGINS, *Le régime juridique des navires de commerce, ibid.*, 1929, V, p. 5-80; G. RIPPERT, *Droit maritime*, 4ª edic., t. I, 1950, p. 275-390, "*Le navire*".

tienen derecho a hacer navegar en alta mar navíos que enarbolen su pabellón". Una flota marítima helvética fue creada, así, por un decreto federal del 9 de abril de 1941; se fijó su estatuto por ley federal del 23 de setiembre de 1953 sobre la navegación marítima bajo el pabellón suizo; y se estableció en Basilea una oficina marítima suiza; sus puertos de amarre son Sète, Savona y Lisboa.

§ 3. – *Policía de alta mar*

244. — I. – POLICÍA GENERAL DE ALTA MAR. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO QUE ENARBOLA EL PABELLÓN. En alta mar el barco sólo está sometido a su autoridad nacional: es lo que se denomina la competencia exclusiva del Estado cuyo pabellón enarbola. Esto es lo que dice el artículo 6, § 1, de la convención de 1958: "Los barcos navegan bajo la bandera de un solo Estado y se encuentran sometidos... a su jurisdicción exclusiva en alta mar." La jurisprudencia tradicional explicaba esta situación en base a una pretendida territorialidad del barco —y esos errores persisten a veces en la época contemporánea (V. por ej.: Douai, 24 de enero de 1924, S. 1925.2.21)—. Este argumento debe rechazarse; sobre el alta mar y los barcos que allí se encuentren, el Estado nacional no puede ejercer competencias territoriales, sino únicamente una competencia personal.

Sin embargo, ese régimen particular del barco en alta mar tiene un fundamento diferente según la naturaleza jurídica del que se considere: a) la situación del barco comercial en alta mar, es decir su sumisión exclusiva a la competencia del Estado cuya bandera lleva, se explica por la ausencia de toda jurisdicción competente. Comprendemos que tal situación desaparece en las aguas territoriales extranjeras (*infra*, nº 271 y s.), ya que entonces hay precisamente una jurisdicción competente, la del Estado ribereño; b) en cuanto a la situación del barco de guerra, no está motivada por la naturaleza jurídica de la zona atravesada, sino por la naturaleza particular del mismo que, siendo un órgano del poder público, tiene todos los atributos de la soberanía (derecho de policía, atribuciones de combate

y de captura, etc.); y sabemos que una soberanía no puede actuar en el seno de otra soberanía.

En alta mar, el barco comercial está sometido a sus autoridades nacionales, es decir, a la policía de los barcos de guerra de su nacionalidad, que pueden ejercer a su respecto un derecho de visita y de pesquisa *(visit and search)*. Pero todo barco de guerra tiene el derecho de verificar el pabellón *(right of approach)* de un barco mercante cualquiera que le parezca sospechoso. Esta medida tiene por finalidad verificar la nacionalidad de aquél y su derecho al pabellón que enarbola (encuesta sobre el pabellón): se da orden al barco de detenerse por altavoz, señales ópticas o radioeléctricas, orden que será eventualmente apoyada por un disparo de cañón al aire; si el barco obedece, el buque de guerra verifica sus papeles de a bordo para conocer su nacionalidad.

245. — REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD EN EL MAR. Se dictó una reglamentación internacional para asegurar la seguridad de la navegación en el mar. Citaremos especialmente, a este respecto: 1º) la existencia de un Código internacional de señales y de la T.S.F.; 2º) las convenciones de Bruselas del 23 de setiembre de 1910 sobre el abordaje y la asistencia marítima; 3º) las convenciones de Londres del 20 de enero de 1914, del 31 de mayo de 1929 y del 10 de junio de 1948 para la salvaguardia de la vida humana en el mar; 4º) la convención de Londres del 5 de julio de 1930 sobre las líneas de carga; 5º) la convención de Washington del 11 de octubre de 1947 creando la Organización meteorológica mundial (O.M.M.).

246. — PROBLEMA DEL ABORDAJE. Si se cometió un delito en alta mar, por ejemplo un abordaje, y el barco culpable —o sobre el cual fue cometido el delito— entra luego en un puerto del Estado del que era ciudadano la víctima, ese Estado, ¿puede ejercer acciones penales contra dicho barco? Esta fue la cuestión que se presentó en el asunto del *Lotus*. Tenía su origen en el abordaje —ocurrido en el Egeo, en alta mar (noche del 2 al 3 de agosto de 1926)— del carbonero turco *Bozkourt* por el paquebote francés *Lotus;* el accidente produjo numerosas víc-

timas del lado turco. Como consecuencia del arresto, la condena y la detención ulteriores del oficial francés de guardia en el momento del incidente por las autoridades turcas, cuando el paquebote hizo escala en Constantinopla, el diferendo fue sometido a la C.P.J.I. por un compromiso franco-turco del 12 de octubre de 1926.

Considerada la cuestión en sus elementos esenciales, se trataba de saber si los tribunales nacionales eran competentes para conocer en un delito cometido en alta mar por un extranjero. A este respecto, dos tesis se enfrentaron ante la Corte permanente de La Haya: a) Francia estimaba que la materia del abordaje era precisamente de aquellas que estaban regidas por el principio de la competencia exclusiva del Estado que enarbola el pabellón; salvo dos excepciones de alcance dudoso, la práctica mostrada que en ese caso los Estados siempre se habían abstenido de iniciar acciones represivas contra los delincuentes extranjeros; b) Turquía adoptaba una actitud diferente, ya que su Código penal, imitado del sistema italiano de la competencia penal universal, atribuía competencia a los tribunales turcos para estatuir sobre un delito cometido en el extranjero por un extranjero cuando la víctima era un ciudadano turco. Nada decía sobre ese problema el derecho internacional; Francia interpretaba este silencio como una prohibición al Estado de obrar, a falta de regla internacional que lo autorice; Turquía, por el contrario, pretendía que aun en caso de silencio del derecho de gentes, el Estado permanecía libre para obrar desde el momento en que ninguna regla internacional prohibitiva se lo impedía. Vemos así la gravedad del debate.

La sentencia de la C.P.J.I., de fecha 7 de setiembre de 1927, resolvió el diferendo a favor de la tesis turca. Por una aplicación discutible del principio según el cual todo lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido, la Corte decidió que, sobre su propio territorio, un Estado tiene el derecho —y está en virtud de su misma soberanía— de atribuir a sus tribunales las competencias que le plazca, aun con respecto a hechos que ocurrieren en el extranjero, salvo existencia de una regla restrictiva que limite su soberanía. Ahora bien, en este caso no existía tal regla; en consecuencia, la reclamación

de Francia —tendiente a la condena del modo de obrar turco— fue rechazada.

La tesis francesa recibió una consagración tardía. La Convención de Bruselas del 10 de mayo de 1952 para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia penal en materia de abordaje consagra la competencia exclusiva del Estado del pabellón, en caso de abordaje en alta mar, en materia de acciones ante las autoridades administrativas y judiciales. La convención fue firmada por 12 de los 28 Estados representados en la conferencia, entre los cuales se encuentran Alemania Occidental, España, Francia, Gran Bretaña e Italia. El mismo principio fue enunciado por el artículo 11 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre el alta mar.

247. — II. – POLICÍAS ESPECIALES DE ALTA MAR. Las policías especiales de alta mar se caracterizan por el hecho de que constituyen una excepción al principio de la competencia exclusiva del Estado del pabellón. Esas excepciones son tanto de origen consuetudinario como de origen convencional.

248. — A. – EXCEPCIÓN CONSUETUDINARIA AL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO DEL PABELLÓN. REPRESIÓN DE LA PIRATERÍA.[9] La costumbre y, actualmente, el derecho convencional, consagran un derecho recíproco de policía y de jurisdicción de los Estados para asegurar la represión de la piratería, es decir, del bandidaje marítimo. Según el artículo 15 de la citada convención de 1958, la piratería se entiende como "todo acto ilegítimo de violencia o detención, o toda depredación cometida con fines personales en alta mar por la tripulación o los pasajeros de un navío o de una aeronave privada, y dirigidas contra otro navío o aeronave, o contra personas o bienes a su bordo". a) *Derecho de policía.* En presencia de un buque sospechoso de piratería, sea cual fuere su nacionalidad, un navío de guerra puede proceder a la visita a fin de investigar si se dedica a aquélla, es decir, si recorre los mares por su propia

9 V. V. PELLA, *Le répression de la piraterie* (Rec. de los Cursos, 1926, V. p. 149-275).

cuenta y con el único fin de cometer actos de pillaje contra los bienes o actos de violencia contra las personas. En la afirmativa, el navío de guerra tiene el derecho de detener al barco pirata y de arrestar al personal de a bordo. b) *Derecho de jurisdicción.* Los tribunales competentes son los del captor, sin tener en cuenta la nacionalidad del buque apresado. El captor aplica su propia ley: es por eso que se dice que la piratería es un crimen del derecho de gentes.

La piratería, acto de bandidaje marítimo, implica la ruptura de toda relación con una soberanía determinada y la formación de una comunidad propia, que vive al margen de la sociedad regular y obra dentro de una zona sobre la cual no se ejerce competencia exclusiva alguna. La encontramos aún hoy en día, en forma esporádica, en el Extremo Oriente, especialmente en el mar de la China. El artículo 39 del proyecto de convención elaborado en 1956 por la Comisión de derecho internacional la define como "todo acto ilegítimo de violencia o detención, o toda depredación cometida con fines personales por la tripulación o los pasajeros de un navío privado o de una aeronave privada, y dirigido en alta mar contra otro navío o contra personas o bienes a bordo de ese navío".

Para terminar, podemos decir algunas palabras sobre la *piratería por analogía*, es decir, sobre la extensión del régimen de la piratería a situaciones intrínsecamente diferentes.

1º) Tal era, por ejemplo, la sanción prevista por el artículo 3 del tratado (no ratificado) de Washington del 6 de febrero de 1922 relativo al empleo de los submarinos en tiempo de guerra, que decidía tratar como pirata a todo oficial o marino beligerante que atacara sin advertencia a un navío comercial (neutral o enemigo) en tiempo de guerra. El carácter excesivo y discutible de esta sanción fue una de las razones que impidieron que los signatarios del tratado lo ratificasen; a) había una exageración manifiesta en considerar como pirata a aquel que violó el derecho de gentes en el ejercicio de su deber de defensa nacional, y sin ningún espíritu de lucro, en nombre de un Estado beligerante; b) la prohibición establecida por esta disposición desconocía el principio de la obediencia jerárquica.

2º) Durante la guerra civil española, para poner fin a los repetidos ataques de submarinos pretendidamente desconocidos contra la navegación pacífica de los demás Estados en el Mediterráneo, se resolvió, por acuerdo de Nyon del 14 de setiembre de 1937 para la seguridad en el Mediterráneo, tratar como piratas a todos los submarinos que se encontraran a partir de ese momento sumergidos en el Mediterráneo. La misma medida fue extendida a las aeronaves por un acuerdo del 17 de setiembre de 1937. Hubo, en ese caso, una ampliación indiscutible de la noción de la piratería: a) en el sentido de que la piratería mencionada no era ya la piratería clásica caracterizada por la búsqueda del lucro, sino el ataque con fines políticos; b) en el sentido de que según los términos del acuerdo adicional no era ya necesariamente marítima sino aérea. Como consecuencia de la adopción de estas enérgicas medidas, cesaron casi de inmediato los ataques submarinos y aéreos.

249. — B. – EXCEPCIONES CONVENCIONALES. Las excepciones convencionales al principio de la competencia exclusiva del Estado del pabellón se refieren a la trata de negros, al régimen de los cables submarinos y al de la pesca.

250. — 1º – REPRESIÓN DE LA TRATA DE NEGROS. Sabemos el gran desarrollo que tomó antiguamente la trata de negros. Llegó a originar, en el siglo XVII, la firma de tratados especiales por España, los tratados de *asiento*. Las cosas cambiaron de aspecto como consecuencia de la supresión de la esclavitud en ciertas colonias en el siglo XIX. Como Inglaterra poseía la mayor flota marítima, esa nueva situación constituía para ella un instrumento de presión muy fuerte. Si bien, tanto en 1818 como en 1815 ó 1814, el Gobierno británico no pudo hacer asimilar la trata de negros a la piratería, obtuvo en cambio la celebración de tratados que estipulaban el derecho recíproco de visita. Durante largo tiempo Francia rehusó aceptar esos tratados, ya que no quería reconocer el derecho de visita, el que hubiera sido contraproducente, dada la superioridad de la flota británica. En las relaciones franco-británicas, el problema se solucionó: a) por el tratado del 30 de noviembre de 1831, que contenía una

estipulación de derecho de visita recíproco; b) por el tratado del 20 de diciembre de 1841 (Colliard, I, p. 61-68) que Francia rehusó ratificar, ya que, aunque reservaba la jurisdicción a los tribunales del Estado del buque capturado, mantenía siempre el derecho de visita; c) por el tratado del 29 de mayo de 1845 (Colliard, I, p. 68-71), que se limitaba a prever una acción independiente ejercida por cada Estado por su propia cuenta; esto fue precisado por las prescripciones combinadas dadas por los gobiernos francés y británico a sus navíos de guerra respectivos en 1856 y 1867.

El Acta antiesclavista de Bruselas, del 2 de julio de 1890, contiene ciertas estipulaciones en ese sentido (arts. 21 a 23 y 42 a 61). Pero la organización de la represión es menos extensa que en los tratados anteriores: a) la zona de represión está limitada al sector oriental del Africa; b) la represión no está prevista para ciertos buques, los buques indígenas de menos de 500 toneladas; c) los navíos de guerra tienen el derecho de examinar los papeles de esos buques y el manifiesto de los pasajeros negros, pero deben remitir dichos buques a sus autoridades nacionales en caso de sospecha de fraude. A pesar de esas precauciones y por sobre la oposición de la Cámara de Diputados, el Gobierno francés, por ley del 29 de octubre de 1891, sólo dio una ratificación parcial al Acta de Bruselas, exceptuando de ella los artículos precitados.

El acta de 1890 fue derogada por la Convención de Saint-Germain-en-Laye del 10 de setiembre de 1919, cuyo artículo 11, redactado en términos muy moderados, obliga a los Estados signatarios, solamente, a "asegurar la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas y la trata de negros sobre la tierra y el mar". No se encuentra ninguna alusión al derecho de visita en la Convención de Ginebra del 25 de setiembre de 1956 para la abolición de la esclavitud, firmada por 34 Estados, o en la convención del 29 de abril de 1958 sobre el alta mar, cuyo artículo 13 impone a cada Estado signatario sólo la obligación "de tomar medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos sobre los navíos autorizados a enarbolar su pabellón para impedir la usurpación de su pabellón con ese fin". El artículo 22 prevé, sin embargo, la posibilidad de un

"examen a bordo del navío, que debe efectuarse con todos los cuidados posibles".

251. — 2º – PROTECCIÓN DE LOS CABLES SUBMARINOS. La libertad de sumergir cables telegráficos y telefónicos submarinos corresponde al ejercicio de un derecho del Estado sobre sus bienes cuando éstos están situados en el mar. Según el artículo 26 de la convención de 1958, "todo Estado tiene el derecho de colocar cables y cañerías submarinas sobre el fondo del mar".

Para subsanar las consecuencias desastrosas que resultan de la ruptura —accidental o intencional— de los cables submarinos, se previó un régimen especial, por iniciativa de Francia, en la Convención de París del 14 de marzo de 1884, firmada por 26 Estados y aplicable fuera de las aguas territoriales de las potencias signatarias. Ese régimen fue confirmado por la convención de 1958 (art. 27-29). Son punibles todos los actos de ruptura cometidos voluntariamente o por negligencia y la pena es dictada por la legislación nacional. Aunque la verificación de las infracciones pertenece indistintamente a todo buque de guerra de un Estado contratante, que es competente, cualquiera sea la nacionalidad del navío culpable, se mantuvo en la convención el derecho común en lo que concierne a la competencia jurisdiccional: el tribunal competente, o sea el del Estado al cual pertenece el navío culpable, aplica las penas fijadas por la *lex fori*. En lo que concierne a Francia, los artículos 135 a 153 del decreto del 8 de octubre de 1952 que codifican los textos legislativos correspondientes al servicio de los correos y telégrafos (D. 1952.354), y especialmente los artículos 142 a 144, distinguen entre la ruptura involuntaria (4.000 a 72.000 francos de multa y 6 días a 2 meses de prisión) y la ruptura voluntaria (720 a 2.400 NF de multa y 3 meses a 5 años de prisión).

La Convención de 1884 no se aplica en tiempo de guerra. La jurisprudencia internacional consagró a este respecto el principio de la libertad de acción de los beligerantes (Tribunal arbitral anglo-americano, 9 de noviembre de 1923, asunto de la *Eastern Extension Australasia and China Telegraph Co).*

Finalmente, también en materia de pesca marítima encontramos excepciones al principio general de la competencia exclusiva del Estado del pabellón. Pero aquí son necesarios desarrollos particulares.

§ 4. – *Utilización económica del alta mar.* [10]

252. — REGLAMENTACIÓN DE LA PESCA. En los casos en que se establece una reglamentación convencional, encontramos también, en materia de pesca marítima, excepciones al principio general de la competencia exclusiva del Estado del pabellón. A este respecto son concebibles tres sistemas jurídicos, según sea la reglamentación aplicable nacional, bilateral o multilateral.

A) *Principio general: reglamentación nacional.* Como regla general, la pesca en alta mar está sometida sólo a un control nacional. Este principio fue admitido por la sentencia arbitral del 15 de agosto de 1893 dictada por el tribunal anglo americano en el asunto de las focas del mar de Behring.

B) *Reglamentación bilateral.* Pero a menudo se practica un segundo sistema entre Estados limítrofes: el de la reglamentación bilateral. Se aplicó o se aplica especialmente en las relaciones entre los siguientes Estados: a) Francia y Gran Bretaña, para la pesca en la Mancha (tratado del 2 de agosto de 1839 y reglamento de ejecución del 24 de mayo de 1843, completados por la Convención del 30 de diciembre de 1928 y el acuerdo del 30 de enero de 1951 sobre los derechos de pesca en las aguas del archipiélago de los Minquiers y de los Ecréhous); b) Italia y Yugoeslavia, para la pesca en el Adriático (Convención de Brioni del 14 de setiembre de 1921 y acuerdo del 13 y el 14 de abril de 1949); c) Estados Unidos y Canadá, para la pesca del lenguado (tratados del 11 de

---

10 V.H. VISSER, T. HOOFI, *Les Nations Unies et la conservation des ressources de la mer*, La Haya, 1958; F. V. GARCÍA AMADOR, *The exploitation and conservation of the resources of the sea*, La Haya, 1959; O. DE FERRON, *Le droit international de la mer*, t. II, Ginebra, 1960, p. 17-103, "*Les Pêcheries*".

abril de 1908, del 2 de marzo de 1923, del 9 de mayo de 1930 y del 29 de enero de 1937) y del salmón (tratado del 26 de mayo de 1930), así como para la pesca en los Grandes Lagos (tratado del 2 de abril de 1946); d) Rusia y Japón, para la pesca en los mares del Japón, de Okhotsk y de Behring (tratados del 7 de mayo de 1875, del 28 de julio de 1907, del 23 de enero de 1928 y del 6 de abril de 1957); e) Gran Bretaña y la URSS, para la pesca en el Caspio (Convención del 1º de octubre de 1927, que caducó el 31 de enero de 1953).

C) *Reglamentación multilateral.* A veces encontramos, también, ejemplos de reglamentación multilateral. Generalmente se trata de reglamentaciones regionales que sólo conciernen a una zona marítima determinada. Algunas veces, asimismo, la reglamentación encarada es relativa a la pesca o a la caza de una especie determinada de animal.

1º La más antigua de las *reglamentaciones regionales* concierne a la pesca en el mar del Norte. Está regida por la Convención del 6 de mayo de 1882 (Colliard, I, p. 72-80), celebrada entre los Estados ribereños con excepción de Suecia y Noruega. Sus reglas, aplicables fuera de las aguas territoriales, tienden a asegurar el buen orden en las zonas de pesca. La vigilancia de la tripulación y la verificación de la presencia a bordo de máquinas prohibidas son efectuadas por buques de guerra de la misma nacionalidad que el barco incriminado, mientras que la aplicación *ratione temporis* y *ratione loci* de la Convención (represión de las infracciones exteriores) está sometida a un control internacional. La jurisdicción de los tribunales del Estado a que pertenece el navío contraventor es la única competente para estatuir. Una nueva Convención que reunía 12 Estados fue firmada en Londres el 5 de abril de 1946.

Citaremos, además, la Convención del 6 de noviembre de 1887 concerniente a la abolición del tráfico de bebidas espirituosas, que prohibió los cabarets flotantes en el mar del Norte (Colliard, I, p. 80-82).

El Parlamento francés se negó a autorizar la ratificación de las Convenciones de 1882 y de 1887. A pesar de que en los dos casos la competencia represiva se atribuyó únicamente a los tribunales nacionales, las Cámaras francesas no quisieron admi-

tir el derecho de los navíos de guerra de los Estados signatarios a exigir la presentación de los documentos que establecen la nacionalidad de los barcos de pesca. Debemos destacar que el artículo 272 del tratado de Versalles quitó a Alemania, en 1919, los derechos de policía que surgían de las dos convenciones citadas.

Otras reglamentaciones fueron elaboradas para el Báltico (Convención de Berlín del 17 de diciembre de 1929 relativa a la reglamentación de la pesca de la platija y del lenguado), el Atlántico (Convención de Washington del 8 de febrero de 1949 para la conservación de las pesquerías del Atlántico del noroeste), el Mediterráneo (creación de un Consejo general de pesca por el acuerdo de Roma del 24 de setiembre de 1949), el Océano Indico (establecimiento de un Consejo de pesquerías por el acuerdo de Baguio del 26 de febrero de 1948) y el mar de Behring (tratado de Washington del 6 de julio de 1911 para la protección de las focas y sus pieles, que caducó el 24 de octubre de 1941 como consecuencia de su denuncia por el Japón).

2º El segundo aspecto de la reglamentación multilateral se refiere a la *caza de la ballena*. Los abusos de una destrucción excesiva (media anual de ballenas muertas de 1930 a 1938: entre 43.000 y 55.000) hicieron necesaria la elaboración de una reglamentación internacional. Las dos convenciones esenciales son la Convención de Ginebra del 24 de setiembre de 1931 (en vigor entre 28 Estados) y la Convención de Washington del 2 de diciembre de 1946 (firmada por 14 Estados). El problema interesa sobre todo a Noruega, Japón, U. R. S. S., Gran Bretaña y los Países Bajos, siendo el Antártico la pricipal zona de caza.

El régimen adoptado puede definirse, en lo esencial, por medio de las disposiciones siguientes: a) prohibición de captura de las especies en vía de extinción (ballenas rectas, grises y francas) y de ballenatos; b) reglamentación —en el tiempo (determinación de las estaciones de caza) y en el espacio (establecimiento de zonas reservadas prohibidas para la caza) — de la captura de las demás especies; c) reglamentación de la actividad de los navíos balleneros y de las fábricas flotantes (navíos a bordo de los cuales son tratadas las ballenas); d)

creación, por la Convención de 1946, de una Comisión internacional encargada de controlar la aplicación de la reglamentación, siendo cada Estado signatario el único competente para reprimir las infracciones cometidas. La gravedad de las destrucciones cometidas en el curso de los últimos años (32.539 ballenas azules matadas en el curso de la estación 1951-1952 en lugar de las 15.000 autorizadas) subraya desgraciadamente la ineficacia de las medidas adoptadas hasta ahora. En presencia de estos abusos, una Conferencia de expertos reunida en Oslo el 20 y el 21 de marzo de 1957 adoptó un acuerdo previendo la presencia de observadores de los Estados en tercería a bordo de los navíos utilizados para la caza de la ballena.

253. — PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE LAS RIQUEZAS DEL MAR. RÉGIMEN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL.[11] Recientemente aparecida en la literatura jurídica, la expresión de plataforma continental (en inglés *continental shelf*) designa el zócalo sobre el cual parecen reposar los continentes y, con mayor precisión, el borde sumergido del litoral que se inclina suavemente antes de caer en rápida pendiente hacia el lecho del mar. El artículo 1º de la convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre la plataforma continental, la define como "el lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera de la zona del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de ese límite, hasta el punto en que la profundidad de las aguas subyacentes permite la explotación de los recursos naturales de dichas regiones".

El problema de la determinación del régimen jurídico de la plataforma continental se presenta en dos planos distintos.

1º Ante todo, en lo concerniente a la *protección de las especies animales*. Es particularmente importante, a este respecto,

---

11 V. PH. C. JESSUP, *L'exploitation des richesses de la mer* (Rec. de los Cursos, 1929), IV, p. 405-514; M. W. MOUTON, *The continental shelf*, *ibid.*, 1954, I, p. 347-465; G. SCELLE, *Plateau continental et droit international*, R. G., 1955, p. 5-62; O. DE FERRON, *op. cit.*, t. II, Ginebra, 1960, p. 107-227, "Le plateau continental".

la proclama del presidente de los Estados Unidos, de fecha 28 de setiembre de 1945, relativa a la reglamentación nacional de las pesquerías contiguas, que establece zonas de conservación y prevé un control por vía interna o convencional, según que los ciudadanos de los Estados Unidos sean o no los únicos interesados. La causa remota de esta reglamentación reside en la incursión de los pescadores japoneses, en 1930, en la bahía de Bristol (Alaska), al norte de las islas Aleutianas, región rica en pesquerías de salmón. Debemos agregar, en el mismo orden de ideas, la reglamentación efectuada anteriormente: por Francia y Túnez, de la explotación de los bancos de esponjas situados a lo largo de las costas tunecinas; por Gran Bretaña, de la explotación de los bancos de ostras del canal de San Jorge; por los Estados ribereños, de las pesquerías de perlas de las islas Bahrein y de Ceilán.

2º El problema se presenta, en segundo lugar, en lo que respecta a la *conservación de las riquezas minerales* del fondo y del subsuelo del mar: carbón (Cornualles y Cumberland), hierro (minas de Dielette en el Cotentin), estaño (Sumatra), sobre todo petróleo (Luisiana, Texas, Méjico, Venezuela, Túnez, especialmente en el golfo de Gabés, alrededor de las islas de Kerkenna y de Djerba). Los geógrafos y los juristas dieron al lecho del mar el nombre significativo de plataforma continental o de plataforma submarina; su extensión se calcula en 22 millones de kilómetros cuadrados.

La reglamentación jurídica tiene aquí un doble origen.

a) Puede tener un *origen internacional*. Hasta ahora hay apenas un solo ejemplo de reglamentación convencional: el tratado anglo-venezolano del 26 de febrero de 1942 relativo a la explotación de los yacimientos petrolíferos del golfo de Paria, entre Venezuela y la isla de Trinidad.

b) Pero tiene habitualmente un *origen interno*, dado que la mayor parte de los países interesados prefieren adoptar un método de reglamentación unilateral. Aquí también el ejemplo proviene de los Estados Unidos: la proclama presidencial del 28 de setiembre de 1945 relativa a la explotación de los recursos de las aguas continentales de poca profundidad, es-

tablece la jurisdicción de Estados Unidos sobre los recursos naturales del subsuelo y del lecho del mar de las aguas continentales contiguas a la costa de ese país dentro de un límite de 3 millas. Interpretando ese texto, la jurisprudencia americana afirmó el derecho eminente del Estado federal sobre los fondos marítimos continentales, que prima sobre el derecho de los Estados particulares adyacentes, específicamente Texas y la Luisiana (Corte suprema, 5 de junio de 1950). Sin embargo, dos leyes ulteriores (*Submerged Lands Act* del 22 de mayo de 1953 y *Outer continental shelf Lands Act* del 7 de agosto de 1953) reconocieron a los Estados particulares el derecho de explotar los yacimientos petrolíferos situados en sus límites históricos.

La iniciativa americana suscitó toda una serie de decisiones análogas por parte de los Estados de América latina (Méjico, Argentina, Nicaragua, Chile, Perú, Colombia, Costa Rica, Ecuador), de Gran Bretaña (para sus posesiones de las Antillas), de Islandia, de Australia, de las Filipinas, de Pakistán, de los Estados del golfo Pérsico (Arabia saudita, Kuwait, Qatar, etc.). Hay, sin embargo, una diferencia notable entre la proclama norteamericana, que se limita a establecer una reglamentación y un control no exclusivos sobre la actividad de los demás Estados, y las medidas tomadas por las Repúblicas latinoamericanas, que extienden —a menudo hasta a 200 millas (caso del acuerdo tripartito de Santiago del 18 de abril de 1952 entre Chile, Ecuador y Perú)— su "soberanía" a partes de alta mar de las que se reservan la delimitación. El atentado contra el principio consuetudinario de la libertad del alta mar no puede, por lo tanto, discutirse. En estas condiciones es sorprendente que el artículo 2 de la citada convención del 29 de abril de 1958 haya creído su deber admitir que "el Estado ribereño ejerce *derechos soberanos* para la exploración de la plataforma continental y la explotación de sus recursos naturales", aun con la reserva enunciada en el artículo 5 según la cual este ejercicio de soberanía no debe tener como consecuencia "molestar de una manera *injustificada* la navegación, la pesca o la conservación de los recursos biológicos del mar".

La aplicación de la doctrina de la plataforma continental provocó hasta hoy dos incidentes internacionales: a) el Gobierno peruano hizo detener el 15 y el 17 de noviembre de 1954, 7 de los 18 navíos del armador Onassis que se dedicaban a la pesca en la zona reservada de 200 millas; los mismos fueron puestos en libertad el 14 de diciembre siguiente previo pago de una multa de 3 millones de dólares; b) después de la publicación por el Gobierno australiano de una proclama con fecha 10 de septiembre de 1953, que extiende la soberanía de Australia a la plataforma continental del mar de Arafura hasta 200 millas de la costa norte en dirección a Nueva Guinea (lo que equivale a prohibir toda actividad a los pescadores de perlas japoneses en esa zona), el Gobierno japonés propuso a Australia someter el diferendo a la Corte internacional de justicia. Sin embargo, hasta ahora no pudo llegarse a ningún compromiso.

Un medio menos discutible de asegurar la protección de los peces, de las aves y de las plantas marinas fue puesto recientemente en práctica por la Convención de Londres del 12 de mayo de 1954 para la prevención de la *contaminación de las aguas del mar* por los hidrocarburos (texto en *R. G.*, 1959, p. 182-191). Firmada por 32 Estados, entre los que se encuentra Gran Bretaña, instigadora de esta reglamentación, la Convención obliga a los navíos a arrojar sus aceites minerales a distancias que varían entre 20 (Adriático), 100 (Atlántico y mar del Norte) y 150 (Australia) millas de las costas.

SECCIÓN II

Las aguas interiores.[12]

254. — PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO RIBEREÑO. Las aguas interiores —que se denominaban antiguamente territorio marítimo o mar nacional— comprenden: a) los *puer-*

---

12 V. G. GIDEL, *Les eaux intérieures*, 1932; R. LAUN, *Le régime international des ports* (Rec. de los Cursos, 1926, V, p. 5-143); F. CASTBERG, *Distinction entre les eaux territoriales et les eaux intérieures* (Anuario del Instituto de dr. intern., 1954, I, p. 113-224).

tos, radas y bahías sometidos a la soberanía efectiva del Estado; b) los *mares interiores* (ej.: mar de Azov). El estado ribereño ejerce la soberanía sobre sus aguas interiores, respecto de las cuales posee el conjunto de las competencias legislativa, administrativa, jurisdiccional y coercitiva. Sin embargo, no tiene los mismos poderes jurídicos que sobre su territorio propiamente dicho, ya que en este último sólo está en presencia de individuos, y en el mar se encuentra en presencia de navíos, es decir, de comunidades que tienen una vida propia y sometidas a una reglamentación particular.

A este respecto es necesario estudiar por separado la condición jurídica de los navíos públicos y la de los privados extranjeros.

§ 1. – *Condición jurídica de los navíos de guerra extranjeros*

255. — ACCESO DE LOS NAVÍOS DE GUERRA EXTRANJEROS. En tiempo de paz, el acceso de los navíos de guerra extranjeros a las aguas interiores es libre. Pero esta libertad es el resultado de una graciosa concesión del Estado ribereño, que puede subordinar la entrada de los buques extranjeros a ciertas condiciones.

En Francia, conviene distinguir entre dos regímenes.

a) *En tiempo de paz*, el régimen está fijado por un decreto del 29 de setiembre de 1929 (que reemplazó al decreto del 21 de mayo de 1913) para los puertos metropolitanos, y por el decreto del 1º de junio de 1930 para los puertos de los territorios de ultramar. El litoral francés está dividido en un cierto número de zonas: la reglamentación indica para cada una de ellas el número máximo de navíos de guerra extranjeros que es posible admitir. Para la admisión de un número mayor, es necesaria una autorización especial. La llegada de una escuadra extranjera está siempre subordinada a una notificación por vía diplomática anunciando la visita.

b) *En tiempo de guerra*, de acuerdo con los términos del decreto del 1º de octubre de 1934, que modifica el anterior del 5 de octubre de 1927, la entrada de navíos de guerra neutra-

les está subordinada a autorización previa, salvo cuando existe riesgo de destrucción.

Está bien claro que el Estado ribereño tiene el derecho de rehusar el acceso a sus puertos a los navíos de guerra extranjeros. Sin embargo, se hace habitualmente una excepción para el caso de escala forzosa, como consecuencia de averías o de fuerza mayor.

Destacaremos —y esto es una confirmación del carácter discrecional de la decisión tomada por el gobierno interesado— que la Convención y el estatuto de Ginebra del 9 de diciembre de 1923, sobre el régimen internacional de los puertos (art. 13 del estatuto), aunque proclaman el principio del libre acceso a los mismos, hacen una excepción expresa para los navíos de guerra.

256. — RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ESTADÍA. El Estado ribereño tiene también el derecho de fijar la duración de la estadía (en Francia, 15 días). Todas estas disposiciones están reguladas por la ley local y los demás Estados no pueden hacer objeciones al respecto.

El navío de guerra extranjero se encuentra entonces, hipotéticamente, en un medio sometido a la autoridad del Estado local. Pero ese navío de guerra es un todo coordinado y organizado: además, es un servicio público del Estado cuyo pabellón enarbola; y constituye un servicio público particularmente importante, ya que participa de la independencia de dicho Estado. Para explicar esta situación, se habla a menudo de extraterritorialidad.[13] Esta expresión, empleada también para calificar la situación de los agentes diplomáticos, es cómoda para mostrar que el navío de guerra escapa a la competencia del Estado local. Pero esto no es más que una ficción sin relación con el derecho positivo: si el navío de guerra extranjero se sustrae a la competencia del Estado ribereño, es por constituir un servicio público del Estado cuyo pabellón lleva, y porque ese servicio público debe poder funcionar con toda independencia. De esto surge un régimen jurídico bastante complejo.

---

13 V. C. BALDONI, *Les navires de guerre dans les eaux territoriales étrangères* (Rec. de los Cursos, 1938, III, p. 189-303).

1º En ciertos aspectos, el navío de guerra extranjero está obligado a respetar la soberanía del Estado local. Debe observar especialmente las leyes de policía, los reglamentos de navegación y las prescripciones sanitarias. En caso de admisión en tierra de los hombres de la tripulación, les estará prohibido a éstos cumplir actos de autoridad (cf. a este respecto el incidente del *Panther* entre Alemania y Brasil, 26 de noviembre de 1905, *R. G.*, 1906, p. 200-206). Del mismo modo, por aplicación del principio según el cual el ejercicio de la competencia penal es la expresión más alta del poder público, está prohibido a los navíos de guerra extranjeros estacionados en un puerto francés proceder a bordo a una ejecución capital. Por eso es que, en realidad, no podemos hablar de extraterritorialidad.

2º Pero desde otro punto de vista el navío de guerra extranjero escapa a la competencia del Estado local. Este último, especialmente, no puede ejercer ningún acto coercitivo a bordo, tales como la pesquisa o el arresto.

Es una cuestión muy delicada saber si el buque de guerra puede servir de *asilo* a fugitivos, problema que presentaba un gran interés antiguamente, en la época de la esclavitud. La autoridad local, ¿tiene derecho de apoderarse de los delincuentes refugiados a bordo? Debemos distinguir: a) si se trata de criminales de derecho común, el comandante del navío tiene el deber de entregarlos por sí mismo, espontáneamente, sin que sea necesario proceder a su extradición; b) si se trata de criminales políticos, el comandante los recibe, en general, por razones de humanidad; no está obligado a entregarlos, aun cuando los reclame la autoridad local. Pero esta práctica también presenta inconvenientes.

Es necesario señalar, por último, la incompetencia de los tribunales locales para conocer en los hechos que ocurren a bordo (en ese sentido, Rennes, 3 de marzo de 1938, asunto Troncoso, *R. G.*, 1941-1945, I, p. 140-141, a propósito de la tentativa de robo del submarino español C-2 por los nacionalistas españoles en el puerto de Brest el 18 de septiembre de 1937). Sin embargo, debe hacerse una reserva para los delitos cometidos por los hombres de la tripulación que bajen a tierra, en

cuyo caso esa incompetencia desaparece. La autoridad local puede pedir la entrega de los marinos culpables si éstos se refugiaren a bordo del navío de guerra; pero tal entrega de los delincuentes, con la única finalidad de facilitar la investigación no implica la atribución de competencia a los tribunales locales.

§ 2. – *Condición jurídica de los navíos comerciales extranjeros*

257. — DERECHO DE ACCESO DE LOS NAVÍOS PRIVADOS. El navío comercial es también un todo organizado y su actividad está reglamentada por el Estado cuyo pabellón lleva. Hoy en día, se considera que el Estado no debe cerrar sus puertos a los navíos comerciales, salvo por una causa determinada (por ej., por una razón de orden sanitario o para mantener el orden público). Esta es una regla de derecho positivo: el artículo 2 de la Convención de Ginebra del 9 de diciembre de 1923 sobre el régimen internacional de puertos marítimos, que enunció como un derecho mínimo el principio del libre acceso de los barcos privados a los puertos marítimos. Cf., como aplicación en derecho interno francés, Consejo de Estado, 20 de mayo de 1955, *Société Lucien Joseph et Compagnie* (*G. Pal.* 23 de setiembre de 1955), sentencia que declara ilegal la prohibición, por la autoridad administrativa, de todo tráfico marítimo entre la Reunión y Madagascar por una parte y la isla Mauricio por la otra, en ausencia de texto legislativo y fuera de todo peligro inminente o de una gravedad excepcional.

258. — RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ESTADÍA. Es indudable que el navío comercial extranjero está sometido a las autoridades locales más estrechamente que el navío de guerra. Sin embargo —especialmente en materia penal—, esta sumisión no es completa, ya que el Estado territorial debe aquí sujetarse a ciertas limitaciones.

A) *Sumisión de los navíos privados extranjeros a la competencia del Estado ribereño.* En primer lugar, los navíos comerciales extranjeros no se benefician de ningún modo con una pretendida extraterritorialidad; permanecen sometidos a la com-

petencia legislativa y jurisdiccional del Estado ribereño. El principo fue afirmado por la jurisprudencia francesa en condiciones memorables en el curso de la guerra civil española de 1936-1939 (V. especialmente Poitiers, 26 de julio de 1937, D. P. 1937.2.89, nota Savatier, y Ruán, 7 de diciembre de 1937, S. 1938.2.17, con nuestra nota, y D. P. 1938.2.17, nota P. de La Pradelle). La primera sentencia citada afirma especialmente: "El beneficio de la extraterritorialidad no proteje a los navíos de comercio extranjeros que pertenecen a personas de derecho privado y detenidas en las aguas territoriales o interiores. Se encuentran, entonces, sometidos a la soberanía del Estado ribereño y, en consecuencia, a su competencia legislativa o jurisdiccional."

B) *Ejercicio de la competencia penal.* La práctica es relativamente compleja en lo que concierne al ejercicio de la jurisdicción local en materia penal. En general, se admite la competencia de esta jurisdicción para los hechos que se producen a bordo durante la estadía del navío en el puerto.

Francia sigue un sistema variado fundado en resolución del Consejo de Estado del 20 de noviembre de 1806, dictada como consecuencia del asunto del *Sally* y del *Newton* y con ocasión de la represión que querían ejercer las autoridades francesas contra marinos americanos que habían herido a dos de sus camaradas en los puertos de Marsella y de Amberes —ambos de nacionalidad americana—, a bordo de esos navíos. El Estado local —aquí Francia— se desinteresa de ciertos asuntos, porque el navío es un conjunto organizado colocado bajo la autoridad del capitán.

Según el consejo de 1806, la jurisdicción local no conoce: a) en los delitos cometidos entre personas de la tripulación; b) en los hechos que interesan a la disciplina interior del navío. Pero sí conoce: a) en los delitos cometidos a bordo por o contra las personas extranjeras de la tripulación, por ejemplo por o contra pasajeros (Crim., 12 de junio de 1952, S. 1953.1.79); b) en los delitos cometidos en tierra por las personas de la tripulación cuando se alteró el orden público; c) en los delitos cometidos a bordo (ej.: motín de la tripulación), cuando se apela a la intervención de la autoridad local (Crim. 25 de

febrero de 1859, S. 1859.1.183; Ruán, 21 de enero de 1916, D. P. 1917.2.62; Trib. Corr. de Nantes, 2 de abril de 1937, D. H. 1937.263).

SECCIÓN III

El mar territorial.[14]

259. — PLAN DE LA SECCIÓN III. Esta sección comprenderá cinco párrafos, consagrados respectivamente al estudio de la naturaleza jurídica, la extensión y el régimen del mar territorial, así como al problema de la zona contigua y a la condición jurídica de las bahías.

§ 1. – *Naturaleza jurídica del mar territorial*

260. — DEFINICIÓN. El mar territorial es un *espacio marítimo intermedio entre alta mar y el territorio.* De aquí surge su carácter jurídico híbrido e intermedio, ya que las diversas doctrinas presentadas en la literatura jurídica para determinar la naturaleza del derecho del Estado sobre el mar territorial se unen a dos corrientes: a) una, que pretende determinar la naturaleza del derecho del Estado sobre el mar territorial en función del territorio; b) la otra, que pretende efectuar esta determinación en función del alta mar.

261. — SISTEMAS DOCTRINALES QUE UNEN EL MAR TERRITORIAL AL TERRITORIO. Estos sistemas son dos; por orden cronológico de aparición: 1º el sistema del derecho de propiedad; 2º el sistema del derecho de soberanía.

A) *Sistema del derecho de propiedad.* Se trata aquí de un sistema, sostenido antiguamente, según el cual el mar territorial sería parte del territorio del Estado. El Estado ribereño ejercería un verdadero *dominium* sobre las aguas territoriales, que serían

---

14 V. G. GIDEL, *La mer territoriale et la zone contiguë*, 1934 y (mismo título) Rec. de los Cursos, 1934, II, p. 137-278; O. DE FERRON, *Le droit international de la mer*, t. I, Ginebra, 1958, p. 29-68.

así susceptibles de apropiación en razón de las posibilidades de agotamiento de ciertos recursos del mar. Esta doctrina originaba varias consecuencias: a) apertura y cierre discrecionales del mar territorial por el Estado costero; b) posibilidad para éste de prohibir la estadía de navíos extranjeros en las aguas territoriales; c) existencia en ciertos casos, especialmente en materia de pesca y cabotaje, de un monopolio en provecho del Estado local.

Este es un sistema actualmente abandonado, ya que despertaba demasiadas objeciones: a) la propiedad implica la posesión, que en este caso no existe; b) la teoría en cuestión se extrae del derecho privado; pero todas las trasposiciones efectuadas sobre la base de la analogía son peligrosas. Por otra parte esta concepción fue descartada en Francia por la jurisprudencia administrativa, que rehusa ver en el mar territorial un elemento del dominio público del Estado (Cons. de Est. 24 de mayo de 1935, *Thireaut*, S. 1936.3.1, con nuestra nota).

B) *Sistema del derecho de soberanía.* Es ésta la doctrina clásica, aún dominante, y en función de la cual se orientó generalmente la práctica internacional. Según esta concepción, el Estado no tendrá sobre las aguas territoriales, el *dominium*, sino el *imperium*.

Este sistema fue admitido por el Instituto de derecho internacional: a) bajo una forma prudente y reservada, en su resolución de París (1894), en la que se decía simplemente que el Estado poseía sobre el mar territorial "un derecho de soberanía"; b) bajo una forma categórica en su resolución de Estocolmo (1928), concebida así: "Los Estados tienen soberanía sobre la zona del mar que baña sus costas en la extensión y con las restricciones siguientes: esta zona lleva el nombre de mar territorial." Esta teoría fue defendida con mucha energía y fuerza demostrativa por el profesor Gilbert Gidel (op. cit. p. 181 y s.), para quien hay "paridad jurídica" entre el territorio y el mar territorial, no siendo este último otra cosa que "territorio sumergido".

262. — SISTEMA DOCTRINAL QUE UNE EL MAR TERRITORIAL A ALTA MAR. Es la teoría del haz de servidumbres, expuesta a

fines del siglo pasado por el profesor Albert de La Pradelle (*Le droit de l'Etat sur la mer territoriale*, *R. G.*, 1898, p. 264-284 y 309-347). Ese sistema reposa sobre dos ideas esenciales: a) el mar es *res communis*, siendo su único soberano la comunidad internacional; b) el Estado costero tiene sobre el mar territorial sólo un simple haz de servidumbres, que se revelarían y se ejercerían desde el punto de vista militar, aduanero y sanitario; se analizarían como restricciones impuestas al soberano del mar —es decir, a la comunidad de los Estados— y fundadas sobre las necesidades de la protección personal del Estado ribereño.

Esta doctrina ingeniosa y seductora no escapa, sin embargo, a las objeciones. Su fundamento es discutible. Vimos precedentemente (*supra*, nº 163) que el criterio de la servidumbre internacional reside en la pérdida, por una soberanía, del ejercicio de su poder reglamentario y jurisdiccional, y en el ejercicio correlativo de una competencia de ese orden por un Estado en territorio extranjero. Pero, en materia de aguas territoriales, hay acción independiente del Estado bajo su responsabilidad internacional. El Estado obra, en este caso, por sus propios medios; posee poderes propios que no le son concedidos por la comunidad internacional.

263. — ESTADO DEL DERECHO CONVENCIONAL. En el momento actual, todos los Estados se adhieren a la doctrina de la soberanía. Este principio se enuncia en términos inequívocos en el artículo 1º de la convención de Ginebra del 29 de abril de 1958, sobre el mar territorial y la zona contigua, concebido así:

"La soberanía del Estado se extiende, más allá de su territorio y de sus aguas territoriales, a una zona de mar adyacente a sus costas designada con el nombre de mar territorial.

"Esta soberanía se ejerce en las condiciones fijadas por las disposiciones de los presentes artículos y por las demás reglas del derecho internacional."

264. — ACTITUD DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA. La jurisprudencia francesa en la materia es muy reducida y apenas

se le puede atribuir un alcance limitado. En las diversas decisiones que adoptó hasta hoy la jurisprudencia francesa, tanto judicial como administrativa, se cuidó menos de determinar la condición jurídica del mar territorial que de resolver, con relación a esa zona marítima, problemas concretos tocantes a los siguientes puntos: a) *delimitación de las circunscripciones judiciales* (V. a este respecto Civ. 26 de noviembre de 1918, D. P. 1923.1.103, sentencia según la cual "las aguas territoriales están sometidas a los poderes de policía y de seguridad", pero "no forman una porción del territorio francés o colonial", y Argel, 9 de diciembre de 1931, *Rev. dr. marit. comp.* 1932, p. 102); b) *protección penal del dominio público.* Encontramos aquí una decisión de la que hablamos precedentemente (*supra*, nº 261), la sentencia *Thireaut* del 24 de mayo de 1935 del Consejo de Estado (S. 1936.3.1., con nuestra nota), de la que resulta que el mar territorial no forma parte del dominio público; c) *Condiciones de exigibilidad de ciertos derechos fiscales.* Según los términos de dos sentencias (Civ. 15 y 23 de febrero de 1943, S. 1944.1.53, con nuestra nota, y D. C. 1944.113, nota de P. de La Pradelle), en ausencia de un texto que extienda expresamente los derechos de aduana a las mercaderías sumergidas en el mar territorial (específicamente, a cables de origen inglés sumergidos en el curso de reparaciones en la bahía de Brest), tales derechos no son exigibles; d) *represión de los delitos de pesca.* Una sentencia hasta ahora inédita de la Corte de Apelaciones de Túnez, 20 de enero de 1949, afirma que "Túnez... posee como los demás Estados marítimos un derecho de soberanía sobre el mar territorial".

En definitiva, la cuestión más amplia del mar territorial se aborda sólo con referencia a ciertos problemas determinados y en función de los datos propios de cada especie, y fue resuelta bajo el imperio de consideraciones de orden procesal, administrativo, fiscal y represivo. De aquí surge una inevitable contradicción en las soluciones alcanzadas, ya que ciertas decisiones parecen apartarse de la teoría de la soberanía. Pero sería tan inexacto exagerar el valor de esta orientación general como subestimar el alcance de esas disidencias aparentes.

§ 2. – *Extensión del mar territorial*

265. — EVOLUCIÓN HISTÓRICA. El concepto de mar territorial aparece en el siglo XVIII. Para determinar su extensión, se seguía originalmente la teoría expuesta por el autor holandés Bynkersheek en 1702 en su obra *De dominio maris*. Tomaba como base el alcance del cañón, en virtud del adagio *ibi finitur terrae dominium, ubi finitur armorum vis*, lo que daba en esa época una extensión de 5,5 km. al mar territorial y en la que podemos ver el origen de la regla de las 3 millas. Pero el alcance cada vez mayor del cañón, los progresos de la balística, el desarrollo de los proyectiles teleguiados, permiten dudar hoy en día del valor de una regla cuyo inconveniente mayor es el de no apoyarse en un criterio inmutable.

266. — ESTADO DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. En nuestra época, la extensión del mar territorial está caracterizada por su tendencia progresiva a la expansión: a) numerosos Estados —entre ellos Gran Bretaña y, con reservas, Francia— conservaron el límite tradiconal de 3 millas, calificado aún de "límite ordinario" por la sentencia arbitral del 15 de agosto de 1893 en el asunto de las focas del mar de Behring, y de "principio general" por 6 de los 16 *Liquor treaties* (*infra*, nº 269) celebrados en 1924 por los Estados Unidos. Este es también el límite que adoptaron numerosos tratados multilaterales (Convención de La Haya del 6 de mayo de 1882 sobre policía de pesca en el mar del Norte, Convención de Constantinopla del 29 de octubre de 1888 sobre el canal de Suez, Convención de Ginebra del 20 de octubre de 1921 sobre las islas de Aland). Según el autor americano S. W. Boggs, el 79 % del tonelaje de la marina mercante mundial estaba registrado en 1951 en los países que aceptaban la regla de las 3 millas; b) pero otros Estados adoptaron un extensión más amplia: 4 millas (Estados escandinavos e Islandia), 6 millas (Colombia, Egipto, España, Grecia, India, Italia, Marruecos, Portugal, Turquía, Yugoeslavia), 9 millas (Méjico), 12 millas (URSS., Bulgaria, Rumania). El Gobierno canadiense anunció, el 30 de julio de 1956, su intención de adoptar el límite de 12 millas, y el Gobierno turco depositó el 10 de abril de 1957 un proyecto de ley en el mismo sentido.

En Francia no existe texto de base uniforme concerniente a la extensión del mar territorial. Esta extensión, que varía según los casos, es de 3 millas para la pesca (leyes del 1º de abril de 1888 y del 16 de abril de 1933), 20 kilómetros para las aduanas (ley del 27 de marzo de 1817 y art. 44, § 2 del decreto del 8 de diciembre de 1948), 6 millas en tiempo de guerra (decreto del 1º de octubre de 1929), y 3 millas en tiempo de paz (decreto del 1º de octubre de 1934) en materia de seguridad, 6 millas en lo que concierne a la neutralidad (decreto del 18 de octubre de 1912).

267. — AUSENCIA DE REGLAMENTACIÓN GENERAL. En el momento actual no existe ninguna reglamentación internacional universalmente válida sobre la extensión del mar territorial. En este dominio, cada Estado es libre para obrar como le parezca, así como para determinar esa extensión a su voluntad: solución mediocre, antijurídica (ya que, lógicamente, es el derecho internacional el que debería efectuar esa repartición de competencias) y generadora de conflictos, habitualmente resueltos por vía de arreglos o transacciones. En este punto fracasó la Conferencia de codificación reunida en La Haya en 1930. No pudo elaborar una convención internacional sobre el régimen del mar territorial precisamente en razón del desacuerdo irreductible de los Estados en cuanto a la determinación de la extensión de este último.

La situación no cambió mucho desde esa época. En su proyecto de convención de 1956 (art. 3), la Comisión de derecho internacional reconoció que "la práctica internacional no es uniforme en lo que concierne a la delimitación del mar territorial"; pero agregó inmediatamente que "el derecho internacional no permite la extensión del mar territorial más allá de 12 millas" y que, de todas maneras, la amplitud del mar territorial debía ser fijada por una Conferencia internacional.

Desgraciadamente, esta esperanza no se realizó hasta ahora, habiendo sido impotentes las dos Conferencias internacionales sobre el derecho del mar reunidas en Ginebra en 1958 (24 de febrero, 29 de abril) y en 1960 (17 de marzo, 27 de abril) para establecer una reglamentación uniforme sobre este punto.

Si bien la regla de las tres millas parece pertenecer al pasado, y la extensión a 12 millas no recogió más que el asentimiento de un pequeño número de Estados, resultó imposible obtener una solución de transacción, por falta de un voto. En efecto, la proposición común de los Estados Unidos y del Canadá dice "6 más 6" (6 millas de mar territorial más una zona de pesca adyacente de 6 millas reservada al Estado ribereño y —por diez años— a los Estados extranjeros que hubieran practicado la pesca durante cinco años en dicha zona con anterioridad al 1º de enero de 1958), pero no obtuvo la mayoría necesaria de los dos tercios. No reunió, en efecto, el 26 de abril de 1960, más que 54 votos (en lugar de 55) contra 28 y 5 abstenciones. Los Estados oponentes comprendían los 10 Estados comunistas, 11 afroasiáticos, 6 latinoamericanos e Islandia, que aplica el límite de 12 millas desde el 1º de setiembre de 1958.

§ 3. – *Problema de la zona contigua.* [15]

268. — DEFINICIÓN. IDEAS GENERALES. La zona contigua comprende el espacio marítimo que se extiende más allá del límite exterior del mar territorial hasta una cierta distancia en dirección a alta mar. Es esta una noción de origen doctrinal, sistematizada por el profesor Gidel, quien presentó por primera vez una construcción de conjunto. Durante largo tiempo, este concepto tropezó con la doctrina continental europea de la pluralidad de los mares territoriales para un mismo Estado, doctrina que desconoce el hecho de que el mar territorial, estando colocado bajo la soberanía de un solo Estado, debe tener un carácter de unidad. Ella está consagrada hoy por el derecho positivo, específicamente por el artículo 24 de la convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre el mar territorial.

Por su *naturaleza jurídica,* la zona contigua difiere desde dos puntos de vista con el mar territorial: a) mientras que el

---

15 V. G. GIDEL, *op. cit.* p. 361-492 y Rec. de los Cursos, 1934, II, p. 241-273; O. DE FERRON, *op. cit.*, t. I, Ginebra, 1958, p. 63-68.

mar territorial forma parte, como su nombre lo indica, del territorio del Estado, la zona contigua forma, física y jurídicamente, parte del alta mar; b) mientras en el mar territorial el Estado costero ejerce un poder sintético, una competencia plenaria, la soberanía, no posee sobre la zona contigua sino competencias limitadas, fragmentarias y especializadas, que corresponden a una concepción analítica del espacio marítimo que es su objeto.

La *extensión* de la zona contigua es variable. Parece, sin embargo, que se ha llegado a un acuerdo entre los Estados en cuanto a su límite máximo, admitiéndose de un modo general, en la hora actual, que el conjunto de la zona contigua y del mar territorial no debe tener una amplitud mayor de 12 millas. El artículo 24, § 2, de la convención de 1958, se pronunció igualmente en ese sentido.

La zona contigua tiene una doble fuente jurídica. Ella resulta, en efecto: a) de una simple manifestación unilateral de voluntad del Estado ribereño, bajo reserva de que esa pretensión sea conforme con el derecho internacional común; b) de un título convencional cuando un Estado en tercería no considera a la zona contigua como una institución de derecho internacional común.

269. — INTERESES SUSCEPTIBLES DE SER PROTEGIDOS. Podemos reunirlos en tres grandes categorías.

A) *Vigilancia aduanera y fiscal.* Los que son esencialmente los intereses aduaneros y fiscales del Estado ribereño originaron la institución de la zona contigua. Esta es generalmente bastante extensa (20 kilómetros en Francia).

La aplicación de la legislación sobre la prohibición en los Estados Unidos, entre 1919 y 1933, constituye un precedente destacado que ilustra la evolución de las ideas en la materia. La prohibición de las bebidas espirituosas fue establecida por la 18ª enmienda de la Constitución americana o enmienda Volstead del 29 de enero de 1919. La cuestión práctica era saber qué actos de autoridad —y dentro de qué límites de vecindad de las costas americanas— podían ser cumplidos por los funcionarios fiscales y aduaneros de los Estados Unidos

respecto de los navíos extranjeros que venían a efectuar el contrabando de alcohol. Dos métodos fueron utilizados sucesivamente: a) extensión unilateral del alcance de las aguas territoriales americanas por el *Tariff act* de 1922, que llevaba la amplitud de esa zona a 12 millas; pero ante las protestas del gobierno británico, el americano debió recurrir a otro método; b) institución de la zona contigua sobre una base convencional por los *liquor treaties* de 1924. Los Estados Unidos concluyeron 16 tratados (de los cuales 12 eran con Estados europeos según el tipo del tratado anglo-americano del 23 de enero de 1924, Colliard, I, p. 94-96). Todos ellos extendían el derecho de visita, de persecución y de captura fuera del límite de las aguas territoriales americanas hasta una distancia que no era medida por millas, sino por la rapidez del navío culpable o sospechoso, es decir, en una zona cuya extensión, partiendo de la costa de los Estados Unidos, correspondía a la distancia que podía franquear en una hora el navío sospechoso de infracción (sistema del radio horario).

B) *Intereses de seguridad.* Los intereses de seguridad del Estado ribereño justifican, igualmente, la institución de la zona contigua desde el momento que las medidas tomadas no tienen ningún carácter diferencial o discriminatorio. Esos intereses de seguridad se relacionan: a) con la seguridad sanitaria; b) con la seguridad de la navegación; c) con la seguridad militar.

§ 4. – *Régimen jurídico del mar territorial*

270. — IDEA GENERAL. Este régimen puede definirse con una fórmula muy simple: el Estado ribereño ejerce la soberanía en sus aguas territoriales, bajo reserva de la obligación de dejar pasar los navíos extranjeros (obligación del pasaje inocente).

271. — EJERCICIO DE LA SOBERANÍA POR EL ESTADO RIBEREÑO. La soberanía del Estado costero se manifiesta desde numerosos puntos de vista.

A) *En materia de pesca.* El Estado ribereño es competente para reglamentar la pesca en sus aguas territoriales. Puede reservar el ejercicio de la pesca a sus ciudadanos, que tienen entonces un derecho exclusivo; los navíos extranjeros contraventores pueden incurrir, en ese caso, en sanciones penales. Si el Estado ribereño suscribe tratados de pesca, conserva su competencia reglamentaria a pesar de la concesión del derecho de pesca. Esta situación se explica por el principio de la acción independiente del Estado, que obra bajo su responsabilidad internacional (V. la sentencia de la Corte permanente de arbitraje del 7 de setiembre de 1910 en el asunto anglo americano de las perquerías del Atlántico, *R. G.* 1912, p. 446-488).

B) *En materia de policía.* El Estado ribereño es, asimismo, competente para asegurar la seguridad de la navegación; lo es especialmente desde el punto de vista administrativo y jurisdiccional en caso de abordaje.

¿*Quid* para los crímenes y delitos? El problema se presentó en 1876 en el asunto del *Franconia*, en ocasión de un abordaje sobrevenido entre un navío británico y otro alemán en aguas inglesas, cerca de Dover, y que causó la muerte de un hombre. La jurisdicción británica se declaró incompetente, y se dictó una ley. *Territorial Waters Jurisdiction Act* de 1878, que da competencia absoluta a las jurisdicciones inglesas para conocer de un delito cualquiera sobrevenido en las aguas territoriales británicas. Ese sistema fue imitado por los Estados sudamericanos. Otros Estados adoptaron el sistema francés de 1806 relativo a la represión de los delitos cometidos en las aguas interiores.

C) *En materia aduanera y sanitaria.* La competencia del Estado ribereño reposa aquí sobre un motivo de seguridad fiscal. Ya hemos visto que esa zona es habitualmente bastante extensa. El Estado costero tiene el derecho de establecer en ella una vigilancia que puede ir hasta la visita, la captura y la detención de los buques, la confiscación de los artículos prohibidos y la represión penal por medio de penas pecuniarias o personales. Se admite que la persecución comenzada en aguas

territoriales puede continuar y terminar en alta mar *(hot pursuit)*, a condición de ser ininterrumpida.

El Estado limítrofe puede, también, dictar reglamentos sanitarios.

272. — OBLIGACIÒN DEL ESTADO RIBEREÑO DE DEJAR PASAR A LOS NAVÍOS EXTRANJEROS. Aunque el Estado costero está investido de ciertas competencia extendidas, tiene también una obligación particularmente importante: la de dejar pasar a los navíos extranjeros, tanto públicos como privados. Es lo que se denomina el *derecho de pasaje inocente o inofensivo*. Ese derecho, cuyo fundamento es tan indemostrable como el de la libertad de los mares, comprende el pasaje (es decir el hecho de navegar en el mar territorial) y la estadía (o sea el estacionamiento voluntario). El pasaje puede ser lateral (pasaje en tránsito) o perpendicular a la costa (pasaje de entrada y de salida). Para el Estado ribereño ésta es una obligación jurídica consagrada hoy por el derecho positivo (art. 2 del estatuto de Barcelona del 20 de abril de 1921 y arts. 14 a 23 de la convención precitada de Ginebra, del 29 de abril de 1958).

§ 5. – *Condición jurídica de las bahías* [16]

273. — NOCIONES GENERALES. El punto de partida de la zona de 3 millas es la línea de la bajamar. No hay dificultades cuando la costa es rectilínea, ya que la delimitación del mar territorial se efectúa entonces siguiendo el método del trazado paralelo; los otros dos procedimientos más utilizados son los del trazado poligonal (método de las líneas rectas, de cabo a cabo) y de la curva tangente.

El problema se presentó ante la Corte internacional de justicia planteado entre Gran Bretaña y Noruega; la cuestión de-

---

[16] V. G. GIDEL, *op. cit.* p. 532-608; J. MOCHOT, *Le régime des baies et des golfes en droit international*, tesis, París, 1938; M. BURQUIN, *Les baies historiques*, Mélanges Sauser-Hall, Neuchâtel, 1952, p. 37-51; E. SUY *Les golfes et les baies en droit international public*, Friedenswarte, 1957, p. 101-116.

batida era saber a partir de qué base debía contarse la extensión de las aguas territoriales noruegas. En su sentencia del 18 de diciembre de 1951, la Corte reconoció la conformidad del método noruego de delimitación con el derecho internacional; según el mismo, la línea de la bajamar a considerar era no la de la tierra firme, sino la del *skjaergraard* (conjunto de formaciones insulares situadas a lo largo de la costa noruega entre el círculo polar ártico y el cabo Norte). La Comisión del derecho internacional (art. 5º del proyecto de convención de 1956) se pronunció en el mismo sentido desde el momento que "las circunstancias hacen necesario un régimen especial en razón de las profundas hendiduras de la costa, así como de las islas situadas en las inmediaciones".

Llegamos así al problema de las bahías. El artículo 7º, § 2, de la convención del 29 de abril de 1958 sobre el mar territorial, da la siguiente definición de bahía: "Hendidura bien marcada cuya penetración en las tierras, con relación a su amplitud de abertura, es tal que contiene aguas cercadas por la costa y constituye más que una simple inflexión de esta última". Tradicionalmente, el derecho internacional distingue tres clases de bahías.

274. — BAHÍAS DE PEQUEÑA APERTURA. Por esta expresión, así como lo precisó la Corte permanente de arbitraje en su sentencia del 7 de setiembre de 1910 relativa al asunto de las pesquerías del Atlántico (*R. G.*, 1912 p. 474-475), debemos entender las bahías cuya apertura no sobrepase las 10 millas. En ese caso, no sería práctico seguir las sinuosidades de la costa; tendríamos entonces zonas de alta mar en las aguas territoriales, lo que afectaría la seguridad del Estado ribereño. También se toma como base *la línea de los cabos:* la delimitación del mar territorial se opera sobre la base de una línea recta trazada de cabo a cabo. Este sistema fue aplicado para la rada de Brest, la bahía de Arcachon, el Zuiderzee, etcétera.

275 — BAHÍAS DE GRAN APERTURA. Para las bahías de gran apertura, es decir, cuya apertura sobrepasa las 10 millas (ej.:

golfo de Génova, de Tarento, de Botnia, de Riga, de Tonkín, etc.), el mar territorial se determina según los procedimientos habituales, es decir, siguiendo la costa.

Durante largo tiempo, Inglaterra defendió para este caso la doctrina de los cabos, o sea la determinación de acuerdo con la línea imaginaria *from headland to headland*. Esta teoría, llamada teoría de las *King's Chambers* —formulada en 1604 y por la cual Inglaterra reclamaba especialmente la bahía de Hudson como formando parte de su territorio—, fue rechazada por la jurisprudencia internacional (sentencia arbitral del 23 de diciembre de 1854 de la comisión mixta Estados Unidos-Gran Bretaña con relación a la bahía de Fundy en el asunto de los navíos *Argus* y *Washington*, La Pradelle y Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. I, p. 743-747).

276. — BAHÍAS HISTÓRICAS. Queda, por último, una categoría de bahías tradicionalmente calificada como "bahías históricas".

Son bahías consideradas nacionales como consecuencia de un uso continuo e indiscutido, más que secular (ej.: Bahía de Cancale o de Granville, en Francia; canal de Bristol y Firth de Clyde, en Inglaterra; golfo de Finlandia; bahía de Hudson, en el Canadá; bahías de Chesapeake y de Delaware, en los Estados Unidos; Río de la Plata; golfos de Túnez y de Gabés; bahía del Lebrel, cerca del cabo blanco, en A. O. F., etc.). Estas bahías son consideradas como colocadas bajo la soberanía del Estado ribereño. Desde el punto de vista del estatuto jurídico, son aguas interiores.

SECCIÓN IV

Régimen de los estrechos [17]

[17] V. G. GIDEL, *op. cit.*, p. 728-764; CH. E. HILL, *Le régime international des détroits maritimes* (Rec. de los Cursos, 1933, III, p. 479-556); E. BRUEL, *Les détroits danois au point de vue du droit international*, *ibid.*, 1936, I, p. 599-696; F DE VISSCHER, *Le régime des détroits turcs*, R. L., 1923, p. 537-572, 1924, p. 13-57 y 1936, p. 669-718.

277. — PLAN DE LA SECCIÓN IV. Será necesario desarrollar las ideas directivas en la materia antes de examinar las situaciones convencionales particulares.

§ 1 – *Generalidades*

278. — DEFINICIÓN. IDEAS GENERALES. Los estrechos, o sea los pasajes marítimos cerrados, sólo están sometidos a un régimen especial cuando comunican dos mares libres. Por el contrario, no cabe ningún sistema especial si conducen a un mar interior cerrado. Tampoco se presenta problema alguno cuando el estrecho es suficientemente ancho como para que los dos mares territoriales no se junten y hay entre ellos un espacio de mar libre (ej.: Paso de Calais, con un ancho de 31 kilómetros en la parte más cerrada): la porción central queda naturalmente sometida al régimen de alta mar.

El verdadero problema se plantea cuando el estrecho es bastante cerrado como para permitir la superposición parcial de los mares territoriales ribereños (es decir, cuando el ancho máximo del estrecho es igual o inferior al doble del mar territorial, o sea de menos de 6 millas), y, particularmente, cuando las dos orillas del estrecho pertenecen a la misma potencia. El principio fundamental del derecho de gentes, en ese caso, es la libertad de paso. Vale igualmente en ausencia de arreglo convencional particular (caso del estrecho de Tirán, que comunica el golfo de Akaba con el mar Rojo), y sólo ha podido ser discutido en base a consideraciones políticas desprovistas de pertinencia jurídica.

La cuestión de saber si hay un derecho común aplicable a todos los estrechos internacionales, aun en ausencia de tratados, da lugar a controversias. En su sentencia del 9 de abril de 1949 (asunto del estrecho de Corfú, fondo, p. 28), la Corte internacional de justicia no sostuvo como criterio decisivo de los estrechos internacionales el volumen del tráfico o la importancia más o menos grande de los mismos para la navegación internacional, sino la situación geográfica del estrecho, es decir, el hecho de que comunique dos zonas de alta mar.

B) *Reglamentación bilateral ruso-turca.* La cuestión de los estrechos cambia de aspecto y se convierte en una cuestión internacional a partir del momento (fin del siglo XVIII) en que Rusia pasa a ser ribereña del mar Negro. Asistimos entonces a la admisión progresiva de la navegación comercial, primero rusa, después extranjera.

Tres regímenes diferentes se sucedieron: a) por el tratado de Koutchouk-Kainardji del 21 de julio de 1774, Rusia obtuvo de Turquía el libre paso para sus navíos de comercio; b) por el tratado de Adrianópolis del 14 de setiembre de 1829, se obtuvo de Turquía el libre paso para los navíos de comercio de todas las nacionalidades — principio que ya no variará en adelante; c) por el contrario, por el tratado de Unkiar-Skelessi del 8 de julio de 1833, Rusia obtuvo de Turquía el compromiso de no dejar pasar los navíos de guerra "extranjeros", es decir los que no fueran rusos o turcos.

Hasta aquí, el régimen de los estrechos surgía de actos bilaterales. Cambiará de carácter a partir de 1840.

C) *Reglamentación internacional.* Esta reglamentación internacional, surgida de tratados multilaterales, evolucionará siempre en un sentido de extensión, al menos hasta 1936, y se concretará en la Convención de Lausana de 1923.

1º *Convención de Londres del 13 de julio de 1841.* La Convención de Londres del 13 de julio de 1841, llamada Convención de los Estrechos, prohibe el paso de todos los navíos de guerra —tanto los rusos como los demás— por los estrechos. Suprime entonces la excepción consentida en 1833 en provecho únicamente de Rusia. Sin embargo, se hace una reserva para los buques ligeros (estacionarios) de las embajadas, cuyo pasaje tiene facultad de autorizar el Sultán.

2º *Tratado de París del 30 de marzo de 1856.* Este régimen fue confirmado y completado por el tratado de París del 30 de marzo de 1856, celebrado después de la guerra de Crimea, que establece la neutralización del mar Negro.

3º *Tratado de Londres del 13 de marzo de 1871.* Esa neutralización se mantuvo hasta 1871. Aprovechando las complicacio-

nes internacionales consecutivas a la guerra franco-alemana, el Gobierno ruso trató de librarse unilateralmente de las trabas del tratado de París (Circular Gortchakof del 31 de octubre de 1870, *supra*, nº 73). Finalmente, se reunió en Londres una Conferencia por iniciativa de Rusia; el tratado de Londres del 13 de marzo de 1871 suprimió la neutralización del mar Negro, pero mantuvo el cierre de los estrechos a los navíos de guerra de todas las potencias. Ese régimen fue simplemente confirmado por el tratado de Berlín del 13 de julio de 1878.

Durante todo ese lapso, Turquía defendió con energía sus derechos de control, oponiéndose en forma absoluta al paso de los navíos de guerra. Respetó, en general, la libertad comercial. Sin embargo, en el curso de la primera guerra mundial, Turquía desconoció sus obligaciones internacionales: a) comenzó por dar asilo a los dos acorazados-cruceros alemanes *Goeben* y *Breslau* que, antes de la declaración de guerra, habían bombardeado (2 de agosto de 1914) los puertos franceses de Bône y Philippeville en Argel, el mismo día del acuerdo de un tratado de alianza —entonces secreto— entre Alemania y Turquía. En cuanto fue firmado el tratado, los buques alemanes recibieron la orden de refugiarse en Constantinopla. Pudieron escapar a los cruceros aliados y franceses y franquearon libremente los Dardanelos el 10 de agosto. El Gobierno turco pretendió entonces habérselos comprado a Alemania —venta ficticia en la que nadie creyó— y rehusó el acceso a los estrechos a los navíos aliados lanzados en su persecución desde Sicilia; b) más tarde Turquía prohibió, a partir del 26 de setiembre de 1914, toda navegación comercial, aun neutral, entorpeciendo así gravemente el aprovisionamiento de Rusia. Un mes después (29 de octubre de 1914), abría las hostilidades contra las potencias del Acuerdo. Sabemos que éstas intentaron vanamente forzar el paso de los estrechos (18 de marzo de 1915) y ocuparon algún tiempo (26 de febrero de 1915-8 de enero de 1916) la península de Galípolis.

Esta constituía, pues, una grave e importante cuestión que era necesario arreglar después de la guerra.

4º *Convención de Lausana del 24 de julio de 1923*. Acordada en Lausana el mismo día que el tratado de paz con Turquía

(24 de julio de 1923), la "convención concerniente al régimen de los estrechos" estaba dominada por tres principios: libertad de pasaje, neutralización, internacionalización.

a) *Libertad de pasaje.* La Convención de Lausana establecía un régimen de libertad completa, siendo el principio de libertad de pasaje y de navegación, por mar y por aire, en tiempo de guerra y en tiempo de paz, tanto para los buques (y aeronaves) militares como para los buques (y aeronaves) de comercio. La única reserva se refería a los navíos de guerra y consistía en que la fuerza máxima que una potencia podía hacer pasar por los estrechos con destino al mar Negro no debía sobrepasar la de la flota (marítima o aérea) más fuerte de las potencias ribereñas de dicho mar, es decir, de hecho, la de la flota soviética. Había aquí una especie de equilibrio momentáneo referente a la limitación del tonelaje de los navíos de guerra en tránsito.

b) *Neutralización.* La Convención de Lausana contenía a este respecto dos clases de disposiciones: 1º desmilitarización de ciertas zonas alrededor de los estrechos, sobre una distancia de 30 a 50 kilómetros, no pudiendo Turquía estacionar más que fuerzas de policía; 2º neutralización en tiempo de guerra, siendo Turquía neutral, es decir, prohibición para los beligerantes de cumplir actos de hostilidad, de visita y de captura en los estrechos.

c) *Internacionalización.* La Convención de Lausana decidió la creación de un organismo internacional, la Comisión de los estrechos, que funcionaba bajo los auspicios de la S.D.N. y sesionaba en Constantinopla bajo la presidencia de Turquía. A diferencia de la Comisión instituída por el tratado (no ratificado) de Sèvres del 10 de agosto de 1920, que poseía poderes extensos, no tenía sino atribuciones reducidas, estando encargada sobre todo de vigilar la navegación y de señalar en un informe anual, al Consejo de la S. D. N., las infracciones a la convención.

Finalmente, la Convención de Lausana preveía sanciones contra posibles violaciones de sus disposiciones. El nuevo régimen de los estrechos estaba colocado bajo la garantía colectiva del Consejo de la S. D. N., con intervención eventual de

los miembros permanentes del mismo para asegurar su respeto (art. 18).

5º *Convención de Montreux del 20 de julio de 1936.* El Gobierno turco —que había pedido sin éxito la modificación de ese régimen el 23 de mayo de 1933 a la Conferencia del desarme, y que había chocado con la oposición de Francia— volvió a la carga tres años más tarde. En una nota del 11 de abril de 1936, dirigida a los signatarios de la Convención de Lausana, pedía la revisión del régimen de 1923, especialmente la derogación del estatuto de desmilitarización, que ya no parecía corresponder a las nuevas condiciones de la vida internacional (declinación de la S. D. N., debilitamiento de la seguridad colectiva, rearme general, etc.). Como consecuencia del pedido del Gobierno de Ankara se inició una Conferencia internacional en Montreux el 22 de junio de 1936. Elaboró una nueva convención de los estrechos, firmada el 20 de julio siguiente (Colliard, I, p. 96-105). Esta obedeció a tres principios que eran casi exactamente la contrapartida de las soluciones adoptadas en 1923: nuevo régimen de libertad de pasaje, remilitarización, supresión de la internacionalización.

a) *Nueva reglamentación de la libertad de pasaje.* Esta no concernía más que a los buques de guerra, ya que la libertad continuó siendo absoluta para los navíos comerciales, en las condiciones fijadas en 1923.

α) *En tiempo de paz.* De acuerdo con la tesis soviética, la Convención de Montreux establecía una discriminación entre los Estados no ribereños y los ribereños, tanto en lo que concierne al pasaje (sometido a condiciones diferentes de preaviso, pero limitado en los dos casos a un tonelaje global de 15.000 toneladas) como a la estadía (estando los no ribereños únicamente sometidos a una doble limitación de tonelaje —30.000 toneladas— y de duración: 21 días).

β) *En tiempo de guerra.* La Convención de Montreux distingue dos hipótesis:

1º Turquía neutral. En este caso —y es una diferencia capital con el sistema de Lausana— el régimen es el de la

prohibición de paso a los navíos de guerra beligerantes, salvo los que obren en nombre de un Estado que puede valerse de un tratado de asistencia mutua que obligue a Turquía (tratado de asistencia mutua franco-anglo-turco del 19 de octubre de 1939 y pacto atlántico del 4 de abril de 1949, al cual accedió Turquía el 22 de octubre de 1951).

2º Turquía beligerante. En este caso se volvía al régimen de 1841, es decir, a la acción discrecional del Gobierno turco, que obraría a voluntad.

b) *Remilitarización.* Era la reivindicación mayor de Turquía; fue satisfecha sin dificultad. La Convención de Montreux decidió entonces la supresión del régimen de desmilitarización, y sus disposiciones, que entraban en vigor desde la firma, tenían un efecto inmediato.

c) *Fin de la internacionalización.* En este aspecto Turquía hizo triunfar igualmente su punto de vista, y obtuvo fácilmente la supresión de la Comisión de los estrechos creada en 1923.

6º *Los estrechos turcos después de 1939.* Debemos examinar dos problemas.

a) *Aplicación de la Convención de Montreux durante la segunda guerra mundial.* La Convención de Montreux, estrictamente aplicada por Turquía, jugó de hecho contra las Naciones Unidas en razón del control alemán sobre el mar Egeo. Desde el 2 de marzo de 1941, por una medida discutible, el Gobierno turco había cerrado los estrechos a todos los navíos mercantes que no tenían permiso especial y piloto turco. Sin embargo, en una nota común remitida el 13 de agosto de 1941, los Gobiernos británico y soviético confirmaron a Ankara su intención de respetar las disposiciones de 1936. Controversias bastante vivas enfrentaron numerosas veces, especialmente en 1941 y en 1944, a Turquía con Gran Bretaña y la URSS., en lo que concierne al pasaje por los estrechos de buques de guerra auxiliares alemanes camuflados. Se trataba de navíos de poco tonelaje, cuyo estatuto no se había precisado bien en el artículo 7 del tratado naval de Londres del 25 de marzo de 1936, y que el Reich presentaba como navíos comerciales,

mientras eran en realidad chalanas utilizadas como transportes de tropas y de material, y cazas de submarinos.

Los estrechos fueron nuevamente abiertos a los navíos mercantes extranjeros a partir del 10 de enero de 1945. Esta decisión no resultó afectada por la declaración de guerra de Turquía a Alemania y al Japón (23 de febrero de 1945), ya que la beligerancia turca fue sólo teórica. No por eso dejó de ser una medida interesante para los Aliados, pues permitió el envío de buques de Estados Unidos y Gran Bretaña cargados de material de guerra con destino a la URSS. Pero Turquía sólo tomó tal decisión cuando la derrota alemana pareció evidente.

b) *Problema de la revisión de la Convención de Montreux.* Este problema fue planteado por el acuerdo secreto de Postdam del 2 de agosto de 1945, en el cual los "tres grandes" (Estados Unidos, Gran Bretaña, URSS) decidieron un nuevo procedimiento para revisar el régimen de los estrechos. Pero nada se hizo después de esa fecha, ya que Turquía rechazó categóricamente las proposiciones soviéticas, presentadas en notas del 8 de agosto y del 24 de setiembre de 1946, y que reivindicaban el otorgamiento de bases navales en el Bósforo y el control de los estrechos únicamente por los Estados ribereños del mar Negro, es decir, en la práctica, además de Turquía, por la URSS y sus satélites.

FUNDADA EN 1620
QUITO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo IV

COMUNICACIONES AEREAS [18]

284. — Plan del capítulo IV. La determinación del régimen jurídico del espacio aéreo es una cuestión nueva, entrevista por los teóricos antes de ser resuelta por la práctica. También es necesario examinar sucesivamente las tendencias de la doctrina y el estado del derecho positivo.

Sección I

Las tendencias doctrinales

285. — Las teorías actuales. El problema de la reglamentación internacional de la navegación aérea fue presentado desde comienzos del siglo XX por ciertos internacionalistas. Debemos citar en primer lugar, entre éstos, a P. Fauchille. Sin embargo, no siempre se enunció bien el problema, ni se concretaron exactamente las soluciones; la transposición sistemática de las reglas del derecho marítimo, que inspiraba ciertas construcciones doctrinales, despierta especialmente reservas. Las ideas emitidas en esa época no podían ser, por otra parte, más que provisorias, por encontrarse entonces la navegación aérea en sus comienzos.

Pero los progresos técnicos de la aeronáutica determinaron a Francia a proponer a los Estados europeos la reunión de una

---

18 V. E. Pépin, *Le droit aérien* (Rec. de los Cursos, 1947, II, p. 481-548) y *Géographie de la circulation aérienne*, París, 1956; P. de la Pradelle, *Les frontières de l'air* (Rec. de los Cursos, 1954, II, p. 121-202); M. Lemoine, *Traité de droit aérien*, 1947; Rieze y Lacour, *Précis de droit aérien*, 1951; M. de Juglart, *Traité élémentaire de droit aérien*, 1951; Le Goff, *Manuel de droit aérien*, 1954.

conferencia diplomática encargada de elaborar una reglamentación convencional de la navegación aérea internacional. Así surgió la reunión de la Conferencia de París (18 de mayo, 21 de junio de 1910) que agrupaba a 18 Estados, pero que debió terminarse sin haber podido realizar la obra de codificación que se había propuesto, a raíz de la oposición de Inglaterra a ciertas soluciones contempladas.

En los años siguientes, vemos afirmarse y acentuarse la divergencia entre las dos grandes teorías que dominan la materia: a) el principio de la libertad del aire, defendido en su origen por la mayor parte de los autores, entre ellos Fauchille, fue adoptado por el Instituto de derecho internacional en sus sesiones de Grand en 1906 ("El aire es libre") y de Madrid en 1911 ("La circulación aérea es libre"); b) el principio de la soberanía del Estado subyacente, bajo reserva del reconocimiento de la libertad de paso a las aeronaves extranjeras, obtenía la adhesión de la mayor parte de la doctrina anglosajona y la "International Law Association".

Sobre la base del principio de la soberanía, diversos Estados europeos dictaron en esa época leyes y decretos que reglamentaban las condiciones de admisión de las aeronaves extranjeras para sobrevolar su territorio: así lo hicieron Francia (decretos del 21 de noviembre de 1911 y 17 de diciembre de 1913), Gran Bretaña, Alemania y Austria-Hungría.

El impulso extraordinario dado por la guerra de 1914 a la navegación aérea debía justificar la absoluta necesidad de una reglamentación internacional en esa materia. Esta tarea fue confiada a la Conferencia de la paz.

SECCIÓN II

El derecho positivo

286. — PLAN DE LA SECCIÓN II. El derecho positivo se expresó en dos convenciones sucesivas, concluidas después de cada una de las dos guerras mundiales (en París, el 13 de octubre de 1919; y en Chicago, el 7 de diciembre de 1944).

§ 1. – *La Convención de París del 13 de octubre de 1919.*

287. — GENERALIDADES. El 13 de octubre de 1919 se suscribió en París, por 27 Estados (los Aliados, además de algunas repúblicas de América Latina) una convención internacional sobre la navegación aérea, elaborada por una Comisión especial instituida por el Consejo supremo, a la que otros países adhirieron más adelante. Puesta en vigencia el 11 de julio de 1933, esta convención vinculaba a 29 Estados en 1939. La mayor parte de los Estados americanos habían quedado fuera de la convención, pero habían suscripto una convención aérea especial —la Convención panamericana de La Habana del 20 de febrero de 1928— que, por otra parte, había sido ratificada por pocos de ellos (exactamente 11). En cuanto a la adhesión de los Estados ex-enemigos (art. 42 de la Convención), no se la había aceptado sino bajo una de las siguientes condiciones: a) como consecuencia de su ingreso en la S.D.N.; b) por una decisión de al menos las tres cuartas partes de los Estados parte en la Convención.

Debemos examinar ahora, paso a paso, el régimen del aire, el estatuto de las aeronaves, el valor de la Convención y su evolución ulterior.

288. — RÉGIMEN DEL AIRE. La Convención de 1919 tomó partido decidiendo expresamente el debate que analizamos en párrafo anterior a favor del principio de la soberanía, principio dominante en la convención. El mismo fue enunciado con gran firmeza en el artículo 1º: "Las altas partes contratantes reconocen que cada potencia tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio atmosférico por encima de su territorio". Una consecuencia de ese principio, en el derecho público francés, es el dominio público del espacio aéreo (Cons. de Est. 7 de marzo de 1930, *Compagnie aérienne française*, S. 1930.3.75, conclusiones Dayras, y D. P. 1931.3.1, nota Trotabas).

El principio que preside la convención es, por tanto, que el espacio atmosférico participa de la condición jurídica del espacio subyacente; sometido a la soberanía de los Estados en

todas las partes en que cubre el espacio terrestre y las aguas territoriales, es libre, por el contrario, donde domina el alta mar. Pero la convención aporta a ese principio riguroso, una serie de atenuantes necesarios —a falta de los cuales, por otra parte, no puede concebirse ningún tráfico aéreo—: a) *libertad de pasaje* (art. 2). Cada Estado parte en la convención se compromete a acordar en tiempo de paz, a las aeronaves de los demás Estados contratantes, la libertad de paso inofensivo por encima de su territorio, en las condiciones establecidas por la convención, libertad de sobrevuelo que puede ser restringida por el Estado subyacente "por razones de orden militar o de seguridad pública". El artículo 3 reconoce en consecuencia, a todo Estado contratante, el derecho de prohibir por esos motivos el sobrevuelo de ciertas zonas de su territorio a las aeronaves extranjeras "y nacionales"; esta precisión constituye una garantía oportuna contra los posibles abusos. En Francia, por ejemplo, la lista de las zonas prohibidas al sobrevuelo fue fijada por los decretos ministeriales del 20 de abril de 1926 y del 9 de febrero de 1938; b) *igualdad de tratamiento* (art. 2, § 2). Corolario de la libertad de pasaje, la igualdad de tratamiento es una garantía brindada por el mismo texto contra toda discriminación fundada sobre motivos de orden político, por ejemplo, sobre la nacionalidad de la aeronave.

La Convención de 1919 no se aplicaba sino en tiempo de paz (art. 2 y 38). Para el tiempo de guerra, se limitaba a afirmar la "libertad de acción" de los Estados beligerantes, bajo reserva del derecho de los neutrales.

La Convención había instituido un organismo permanente encargado de asegurar su aplicación y su desarrollo, la Comisión internacional de navegación aérea (en siglas C.I.N.A.) colocada bajo la autoridad de la S. D. N. La organización extraordinariamente complicada que había sido dada al ejercicio del voto (art. 34, § 5), aseguraba en todos los casos una mayoría a las cinco grandes potencias aliadas, sistema que perjudicó a muchos Estados, entre ellos a los ex Estados neutrales de 1914-1918. La Comisión poseía tres clases de atribuciones: a) de orden administrativo (comunicación y centralización de las informaciones); b) de orden legislativo (derecho de enmienda

a las disposiciones técnicas que figuraban en los anexos de la convención); c) de orden jurisdiccional (arreglo de los desacuerdos técnicos entre Estados contratantes).

289. — RÉGIMEN DE LAS AERONAVES. Toda aeronave, para ser admitida en la navegación internacional, debe poseer una nacionalidad determinada. Un doble interés va unido a esta determinación: a) un interés de responsabilidad, ya que el Estado bajo cuyo control está colocada la aeronave puede hacerse responsable del cumplimiento de las medidas generales de seguridad mediante el otorgamiento de la documentación técnica apropiada (certificados de navegación, patente de aptitud, etc.); b) un interés de protección, pudiendo la aeronave considerarse de un Estado determinado y acudir eventualmente a sus agentes diplomáticos.

El sistema de la convención (art. 5-10), consistía en que todo avión debía tener una nacionalidad. La aplicación del principio giraba alrededor de dos reglas: a) la nacionalidad de una aeronave se determinaba por su *matriculación* en un Estado dado; b) un Estado sólo podía acordar la matriculación a una aeronave "perteneciente por completo" a sus ciudadanos. La nacionalidad de la aeronave se determinaba, así, por la *nacionalidad del propietario del aparato*, habiendo descartado aquí la convención el criterio anglosajón del domicilio, abandonado, por otra parte, por Gran Bretaña desde 1914 con la experiencia de la guerra. Ese sistema era de explicarse en una convención fundada sobre el principio de la soberanía estatal y que establecía la circulación aérea internacional sobre bases estrictamente convencionales, es decir, de hecho, restrictivas.

290. — VALOR DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA CONVENCIÓN. Ese régimen era muy criticable, y en la práctica lo fue desde dos puntos de vista:

1º Las objeciones se referían, ante todo al principio en que se inspiraba la convención: la soberanía del aire. Por cierto que ese principio fue reafirmado después por el derecho interno de ciertos Estados, especialmente Francia (ley del 31 de mayo de 1924, solución implícita), Alemania, España, los

países anglosajones, etc. A pesar de esta concordancia de las prácticas nacionales, no podía considerarse a la "soberanía del aire" como un principio definitivamente adquirido del derecho internacional aéreo: a) en efecto, la convención de París no había obtenido la ratificación de la generalidad de los Estados signatarios; b) los Congresos jurídicos internacionales de Mónaco (1921) y de Praga (1922) habían rehusado unirse al principio de la soberanía para adoptar la fórmula inversa (libertad del aire, salvo el derecho de conservación del Estado subyacente).

2º El método adoptado por la convención para llevar ese régimen a los hechos —método estrictamente convencional y, como consecuencia, cerrado— provocaba iguales reservas. La circulación aérea internacional, concebida como el efecto de una concesión voluntaria de las partes contratantes, se convertía bajo este régimen en un privilegio del que estaban excluidos los ciudadanos de los Estados no signatarios: tal era el caso, por ejemplo, de los aviones suizos y americanos en Francia (V. Trib. civ. del Sena, 19 de diciembre de 1934, D. H., 1935.128 y Trib. Corr. de Versalles, 3 de setiembre de 1936, Rec. gen. D. I., 1937.3.53, nota Le Goff).

291. — EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE 1919. Este sistema, mantenido de ese modo, no era aplicable. Había provocado ardientes críticas desde su origen de parte de los Estados europeos que permanecieron neutrales durante la primera guerra mundial (Suiza, Países Bajos), los que al adherirse a la convención no se consideraban obligados a prohibir la circulación de aeronaves pertenecientes a Estados ex enemigos (Alemania) sobre su territorio, por lo menos mientras la adhesión de éstos a la Convención no fuera admitida. También eran inevitables las derogaciones a ese régimen. La evolución se hizo en tres etapas. Esbozada por el protocolo adicional del 1º de mayo de 1920, y por arreglo del 14 de diciembre de 1926, fue completada por el protocolo del 15 de junio de 1929. La revisión de la Convención de 1919, hasta entonces empírica y fragmentaria, se hizo inevitable cuando se presentó la cuestión de la incorporación de Alemania; el Reich subordinaba su adhesión a una profunda

reforma del régimen anterior. Esta fue operada por la C.I.N.A., en su sesión de París del 10-15 de junio de 1929. El nuevo régimen puede definirse como sigue: a) los Estados no partícipes de la Convención de 1919 eran admitidos al adherirse sin condición alguna, hubiesen o no tomado parte en la primera guerra mundial; b) cada Estado tenía en adelante el derecho de celebrar acuerdos particulares con los Estados excluidos de la convención, a condición, para éstos, de no atentar contra los derechos de las partes contratantes y de no hallarse en contradicción con los principios generales de la convención; c) finalmente, el protocolo de 1929 asentaba el principio de la igualdad absoluta de todos los Estados en el seno de la C.I.N.A. Cada Estado contratante no podría tener más de dos representantes y no dispondría sino de un solo voto; igualmente fueron suprimidas las estipulaciones especiales del artículo 34, relativas a la composición de la mayoría, que conferían un privilegio poco justificable a las antiguas potencias aliadas. Este protocolo, firmado inmediatamente por 53 Estados, entró en vigor el 17 de mayo de 1933.

§ 2. – *La Convención de Chicago del 7 de diciembre de 1944*

292. — ORÍGENES DE LA CONVENCIÓN. En vísperas de la segunda guerra mundial, el estatuto jurídico de la navegación aérea resultaba de la Convención de París del 13 de octubre de 1919, modificada por el protocolo del 15 de junio de 1929. Pero el fracaso de este sistema era fácil de prever: por una parte, la libertad de navegación aérea se presentaba menos como el reconocimiento de un régimen objetivo que como el resultado de una concesión convencional, acordada sobre la base de una estricta reciprocidad únicamente entre los Estados signatarios de la convención; por otra parte, la Convención de París negaba al transporte comercial el beneficio de la libertad contractual que instituía, abandonando su régimen al azar de las convenciones bilaterales.

De aquí surgió la necesidad de una reforma completa del régimen de 1919, que era aún más imperiosa por el desarrollo

sin precedentes que tomó la aviación entre 1939 y 1945 —y que no hizo más que proseguir después (96 millones de pasajeros transportados en 1959, contra 31 millones en 1951, 25 millones en 1949 y 4 millones en 1944)—. Las negociaciones se iniciaron en el curso de 1944, antes del fin de las hostilidades. Finalmente, entre el 1º de noviembre y el 7 de diciembre de 1944 se reunió en Chicago una Conferencia internacional que comprendía 52 Estados, tanto neutrales como beligerantes (Naciones Unidas). Solamente no participaron de la Conferencia la U.R.S.S. y las potencias del Eje. La Conferencia se encontraba frente a tres tesis diferentes: a) la de la internacionalización preconizada por Australia y Nueva Zelandia; b) la americana, de la libertad para todos (tesis de la libre concurrencia o de la *free enterprise);* c) la inglesa, intermedia, de la reglamentación y del control. Este concepto fue el que prevaleció finalmente.

293. — CONTENIDO DE LA REGLAMENTACIÓN ADOPTADA. En tanto la Convención de 1919 tenía, exteriormente, el mérito de la unidad y de la simplicidad, el Acta de Chicago reunió la pluralidad de instrumentos cuyo régimen de aplicación es dispar: a) una convención sobre la aviación civil internacional que constituye el texto esencial (Colliard, I, p. 153-175); b) dos convenciones sobre los servicios aéreos regulares; c) doce resoluciones y recomendaciones de orden administrativo, jurídico y técnico. La convención sobre la aviación civil internacional entró en vigor el 7 de abril de 1947, provocando inmediatamente (art. 80) la caducidad de las Convenciones de París y de La Habana. Obligaba en esa fecha a 28 Estados, contra 76 en la hora actual.

A. – *Las cinco libertades del aire.* - La Convención de Chicago se inspira casi estrictamente en el proyecto americano, que preconizaba el reconocimiento de las cinco libertades del aire, definidas así: 1º) dos libertades elementales: a) el derecho de sobrevuelo *(inocent passage);* b) el derecho de escala técnica, con fines de reaprovisionamiento y de reparaciones *(technical stop);* 2º) tres libertades comerciales, o que interesan de modo más particular al tráfico comercial: a) el de-

recho de desembarcar en el territorio de todo Estado contratante los pasajeros y las mercaderías embarcadas sobre el territorio del Estado contratante cuya nacionalidad posee la aeronave; b) el derecho a embarcar pasajeros y mercaderías con destino al territorio cuya nacionalidad posee la aeronave; c) el derecho a embarcar pasajeros y mercaderías en el territorio de todo Estado contratante y de desembarcarlos en el territorio de todo otro Estado contratante.

El carácter fundamental del régimen de Chicago es la disociación de esas cinco libertades. Mientras que las dos libertades elementales son acordadas de plano a todos los aviones civiles de los Estados signatarios, sin autorización especial y sobre la única base de la convención, las tres libertades comerciales no se reconocen a favor de los aviones de transporte que efectúan un servicio aéreo internacional regular, sino sobre la base de una convención suplementaria llamada "convención de tráfico".

Ese régimen no excluye los acuerdos bilaterales, que son posibles sobre la base de un acuerdo-tipo recomendado por la conferencia. En la práctica, se celebraron cerca de 600 acuerdos bilaterales a partir de 1945, de los cuales cerca de la mitad lo fueron por Estados Unidos. Francia, por su parte, los suscribió con 14 Estados: 5 europeos y 9 no europeos.

B. – *Creación de la O.A.C.I.* - La Convención de Chicago creó, finalmente, bajo el nombre de Organización de la aviación civil internacional (en siglas O.A.C.I.), un organismo técnico encargado de uniformar las reglas de la navegación aérea. Esta organización, que el 1º de abril de 1960 contaba con 76 miembros y cuya sede se fijó en Montreal, está unida, desde el 13 de mayo de 1947, a la O.N.U. en calidad de institución especializada. Comprende tres órganos: a) la Asamblea, compuesta de todos los Estados contratantes, y que celebra por lo menos una sesión anual; b) el Consejo, órgano de trabajo que comprende 21 miembros elegidos por dos años por la Asamblea; c) la Comisión, órgano consultivo compuesto de 12 miembros nombrados por el Consejo.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Quinta parte

ARREGLO PACIFICO DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

294. — Distinción entre conflictos jurídicos y conflictos políticos.[1] Por diferendo internacional se entiende "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados" (C.P.J.I., sentencia del 30 de agosto de 1924 en el asunto Mavrommatis). Como lo observó la jurisprudencia internacional, la existencia de un diferendo internacional debe establecerse objetivamente, definiéndose todo diferendo por sus caracteres intrínsecos. La doctrina y la práctica distinguen tradicionalmente dos categorías de diferendos internacionales.

A. – *Diferendos de orden jurídico.* - Se entienden por diferendos de orden jurídico (o judicial) aquellos en los cuales las partes están en desacuerdo sobre la *aplicación* o la *interpretación* del derecho existente. Es de esos conflictos que Westlake decía que pueden resolverse "por un reenvío a las reglas comunes" (ej.: asunto del *Alabama*, *supra* nº 148; asunto del *Wimbledon*, *supra* nº 236; asunto del *Lotus*, *supra* nº 246; asunto de las zonas francas, *supra* nº 66 y 163).

B. – *Diferendos de orden político.* - Los diferendos de orden político (o no judiciales) son aquellos en los cuales una de las partes pide la *modificación* del derecho existente (ej.: diferendo germano-checoslovaco de 1938 en el asunto de los Sudetes, conflicto germano-polaco de 1939 relativo a Dantzig, etc). De acuerdo con la observación del barón Descamps, son dife-

---

[1] V. J. Hostie, *Différends justiciables et non justiciables* (R. L., 1928, p. 268-281 y 568-587); H. Lauterpacht, *La théorie des différends non justiciables en droit international* (Rec. de los Cursos, 1930, IV, p. 499-653); Rundstein, *Le caractère juridique des différends internationaux* (R. L., 1934, p. 377-415).

rendos "en los cuales las pretensiones contradictorias de las partes no pueden formularse jurídicamente", ya que "se orientan hacia una evolución ulterior" (Schindler).

Podemos sostener, por otra parte, que para el juez internacional todos los diferendos son de orden jurídico, y la única pregunta que debe hacerse el juez o el árbitro es la de determinar si la pretensión del demandante puede o no satisfacerse aplicando el derecho positivo.

Las definiciones que da el derecho convencional de los dos tipos de litigios internacionales difieren de las definiciones doctrinales. A veces el derecho positivo utiliza el método enumerativo (ej.: art. 13, § 2 del Pacto de la S.D.N., art. 36, § 2 del estatuto de la C.P.J.I. y de la C.I.J., que indican, como diferendos susceptibles de solución arbitral o judicial, a los diferendos relativos: a) a la interpretación de un tratado; b) a todo punto de derecho internacional; c) a la realidad de todo hecho que, si fuera establecido, constituiría la ruptura de un compromiso internacional; d) al volumen o a la naturaleza de la reparación debida por tal ruptura). Los tratados del arbitraje de Locarno (1925) presentaron un criterio diferente, al calificar de diferendos de orden jurídico a los "asuntos pasibles de litigio de cualquier naturaleza, a propósito de los cuales las partes se discutirían recíprocamente un derecho"; pero esta fórmula es menos amplia que la precedente, ya que, tomada al pie de la letra, excluye lo contencioso, objetivo contemplado por los párrafos *a* y *b*.

Según su naturaleza propia, cada categoría de litigios postula una técnica de arreglo diferente. Mientras que el arreglo de los litigios de orden jurídico se efectúa habitualmente por vía arbitral o judicial sobre la base del derecho positivo, los conflictos de carácter político no pueden resolverse sino por diversos procedimientos diplomáticos o políticos, en los que se busca sobre todo respetar los intereses del momento.

295. — PLAN DE LA PARTE V. En consecuencia, estudiaremos en cuatro capítulos las formas de arreglo: diplomática, política, arbitral y judicial de los diferendos internacionales.

Capítulo I

FORMAS DIPLOMATICAS DE ARREGLO DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

296. — Procedimientos de acuerdo directo. No insistiremos en los procedimientos de acuerdo directo, según los cuales dos Estados en conflicto intentan solucionar sus diferendos por medio de *negociaciones diplomáticas* efectuadas por los ministros de asuntos exteriores, o en el seno de una conferencia internacional. El agotamiento de las negociaciones diplomáticas se especifica algunas veces, en ciertos tratados, como condición previa para la apertura de un arreglo arbitral o judicial entre los Estados en litigio. El arreglo diplomático amigable ofrece ventajas por su flexibilidad y su discreción. Pero tiene una eficacia limitada. Esta depende, en efecto, del espíritu dentro del cual se practicó esa forma de arreglo, y este último supone una equivalencia relativa entre las fuerzas políticas que allí se ponen en juego. De lo contrario, los pequeños Estados estarían a merced de los grandes.

297. — Buenos oficios. Se designa con esta expresión la *acción amigable de una tercera potencia* que propone una base de entendimiento entre dos Estados en desacuerdo, y que se esfuerza en hacerla aceptar por medio de una intervención discreta.

Los buenos oficios pueden tener un doble objetivo, según el momento en que tienen lugar.

A. – *Buenos oficios tendientes a evitar un conflicto armado y a resolver pacíficamente un diferendo internacional.* - Recordaremos, por ejemplo, en la época contemporánea, el arreglo pacífico del conflicto del Chaco entre Bolivia y Paraguay gracias a los buenos oficios de los Estados neutrales sudamericanos

(1932-1933) (*); el arreglo de los diferendos territoriales entre Francia y Siam gracias a los buenos oficios de los Estados Unidos (1946); el arreglo del incidente del *Tuapse* (embargo de un petrolero soviético por las autoridades nacionalistas chinas de Formosa) gracias a los buenos oficios de Francia (1954-1955). De acuerdo con una resolución del Consejo atlántico fechada el 13 de diciembre de 1956, fue instituido un procedimiento de buenos oficios entre los Estados miembros de la O.T.A.N.; a este respecto corresponde al Secretario General de la O.T.A.N. ofrecer en todo momento sus buenos oficios a los gobiernos interesados para el arreglo de los diferendos que puedan surgir entre ellos, con exclusión de los diferendos de carácter jurídico y de los de carácter económico, para los cuales han sido previstos otros procedimientos.

B. – *Buenos oficios tendientes a poner fin a una guerra ya comenzada.* - Su eficacia es aleatoria. Ni los buenos oficios de la reina de los Países Bajos y del rey de los belgas (7 de noviembre de 1939), ni los del rey de Suecia (2 de agosto de 1940), pudieron poner fin a la segunda guerra mundial. Sin

(*) Ante la divergencia de intereses entre Bolivia y Paraguay en el Chaco Boreal, la Argentina intentó, sin éxito, una mediación amistosa en 1907. Del mismo modo fracasó la conferencia reunida en Buenos Aires, a raíz de un ofrecimiento de buenos oficios del gobierno argentino, aceptado por el protocolo Gutiérrez-Díaz León (22 de abril de 1927). Iniciadas las hostilidades con el incidente de Fortín Galpón (setiembre de 1928), no consigue detener a aquellos países la acción de la Conferencia panamericana de conciliación y arbitraje (Washington, diciembre de 1928) —de la que surgió la Comisión de investigaciones y conciliación—, ni la del Consejo de la S. D. N.

En efecto, a pesar de haber suscripto Bolivia y Paraguay un acuerdo, como consecuencia de la labor de la citada Comisión de investigación y conciliación, vuelve a agravarse la situación, sin que prosperen nuevas gestiones conciliadoras de neutrales —tendientes a la celebración de un pacto de no agresión entre Paraguay y Bolivia— y continúan las hostilidades hasta que, en mayo de 1933, Paraguay se declara en estado de guerra con Bolivia.

Una comisión de la S.D.N. fracasó, también, en sus intentos de lograr una solución al conflicto, aunque consiguió, por otra parte, la celebración de un armisticio (diciembre de 1933). Finalmente, tras la intervención de varias cancillerías, se firma en Buenos Aires el protocolo del 12 de junio de 1935 por el que se convoca a la Conferencia de la paz del Chaco, el que pone fin a la guerra (25 de octubre de 1935).

El canciller argentino, DR. CARLOS SAAVEDRA LAMAS, recibió el premio Nobel de la Paz por la muy destacada actuación que le cupo en las gestiones tendientes a lograr un arreglo del conflicto. (N. del T.).

embargo, en agosto de 1947 los Países Bajos e Indonesia aceptaron los buenos oficios de los Estados Unidos para poner fin a las hostilidades reanudadas el 21 de julio precedente.

298. — PLAN DEL CAPÍTULO I. Las tres formas diplomáticas esenciales de arreglo internacional, encaradas en su desarrollo cronológico, son: la mediación, la investigación y la conciliación. Consagraremos a cada una una sección distinta.

SECCIÓN I

La mediación [2]

299. — DEFINICIÓN Y CARACTERES GENERALES. La mediación caracteriza la *acción de una tercera potencia para obtener un arreglo entre dos Estados en litigio:* entre ella y los buenos oficios no hay más que una simple diferencia de grado: éstos son más discretos, mientras que el Estado mediador sigue la negociación y propone una solución al litigio.

El carácter esencial de la mediación reside en ser ella facultativa. Ese *carácter facultativo* domina toda la institución. Rige: a) la iniciativa del Estado mediador, que no se halla obligado a ofrecer su mediación; b) la actitud de los Estados en litigio, que están en perfecta libertad de declinar la oferta de mediación; c) el resultado mismo de la mediación, que —a diferencia del arbitraje— no tiene jamás fuerza obligatoria y no se impone a las partes en litigio.

Se trató de introducir un cierto carácter obligatorio en esta materia, si no en cuanto a la discusión, por lo menos en cuanto al recurso.

1º Es así que el artículo 8 del tratado de París del 30 de marzo de 1856 sentaba el principio de la mediación previa de los Estados signatarios para el arreglo de las dificultades que pudieran sobrevenir entre Turquía y una de las potencias del concierto europeo.

---

2 V. N. POLITIS, *L'avenir de la médiation* (R. G., 1910, p. 136-163).

2º El artículo 2º del Acta general de Berlín del 26 de febrero de 1885 había impuesto a los Estados signatarios el compromiso de recurrir a la mediación de uno o de varios Estados en tercería en el caso de que se produjese entre ellos un disentimiento serio con relación a los territorios comprendidos en la cuenca convencional del Congo.

3º Las Conferencias de La Haya fueron aún más lejos en esta materia (arts. 2-8 de la Convención 1 del 18 de octubre de 1907, que reproducía las disposiciones de la 1ª Convención del 29 de julio de 1899, Colliard, I, p. 326-327). Su obra fue doble: a) *reglamentación de la mediación.* La mediación, sea espontánea o solicitada, tiene exclusivamente carácter de consejo y jamás fuerza obligatoria. El ejercicio del derecho de mediación no puede considerarse nunca como un acto inamistoso; aun si el ofrecimiento de mediación es rechazado, los Estados en tercería podrán renovarlo indefinidamente. Sobre todo la Convención de 1907 (art. 2) instituye el principio del recurso "útil y deseable" de la mediación antes de apelar a las armas, pero solamente "en tanto que las circunstancias lo permitan", agregado que debilita el alcance del compromiso así establecido; b) *institución de la mediación bilateral* por el artículo 8, debido a una iniciativa de la delegación americana. En esa mediación especial, los Estados en conflicto se hacen representar, cada uno, por una potencia amiga. Si no pueden ponerse de acuerdo, están libres para confiar entonces a dos Estados mandatarios el cuidado de negociar en su lugar. Se confiaba en conseguir así un arreglo más simple, obtenido por trasposición a la vida internacional de la institución privada del duelo (contacto previo entre los padrinos). En la práctica, ese sistema jamás fue aplicado.

4º La Conferencia panamericana de Buenos Aires (1936) buscó, también, organizar la mediación. De acuerdo con la Convención del 23 de diciembre de 1936, la mediación será ejercida por un ciudadano eminente, elegido de una lista preestablecida compuesta por personas designadas (a razón de dos por Estado) por las Repúblicas americanas.

300. — APLICACIONES. La mediación se utiliza: 1º) *para prevenir una guerra:* mediación británica en 1867 entre Francia y Prusia a propósito de Luxemburgo; mediación del Papa León XIII entre Alemania y España en el diferendo relativo a la atribución de las islas Carolinas (22 de octubre de 1885); 2º) *para poner término a una guerra comenzada entre dos Estados:* mediación de Francia para detener la guerra hispanoamericana, que terminó en el tratado de paz de París del 10 de diciembre de 1898; mediación de los Estados Unidos para poner fin a la guerra ruso-japonesa, que llevó al tratado de paz de Portsmouth del 5 de setiembre de 1905; mediación del Japón para poner fin a las hostilidades franco-siamesas en Indochina (21 de enero de 1941), que se concretó en el acuerdo de Tokio del 11 de marzo de 1941, y que —al imponer a Francia graves e injustas cesiones territoriales— habría de ser anulado en 1947 por la Comisión de conciliación franco-siamesa (informe del 27 de junio de 1947).

301. — EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA. En nuestra época se comprueba una tendencia a utilizar la mediación fuera de su marco tradicional, especialmente cuando se elige como mediador no a una potencia, sino a una personalidad calificada. 1º) Ese sistema fue consagrado desde 1936 por el tratado panamericano de Buenos Aires (*supra,* nº 299-4º). 2º) El ex ministro británico Runciman fue elegido como mediador para arreglar el conflicto de los Sudetes el 26 de julio de 1938, en un momento en que, desde el punto de vista formal, no había nacido aún ningún diferendo entre Alemania y Checoslovaquia y en que el problema no constituía sino una cuestión interior de la política checoslovaca. El mediador envió su informe el 21 de setiembre de 1938; pero, dada la tensión que reinaba en esa fecha y la agravación creciente de las relaciones entre Berlín y Praga, ese documento no jugó ningún papel en el arreglo del litigio, que debía ocurrir en Munich el 29 de setiembre siguiente sobre bases completamente diferentes. 3º) Citaremos también la designación del conde Folke Bernadotte por el consejo de seguridad (20 de mayo de 1948), y más tarde, después de su asesinato (17 de setiembre de 1948),

de Ralph Bunche, como mediador en Palestina entre Israel y los Estados árabes. 4º) El Consejo de seguridad designó sucesivamente, a partir de 1950, a un magistrado australiano, sir Owen Dixon, al antiguo senador americano Frank P. Graham, y a un diplomático sueco, J. Jarring, como mediadores en el conflicto de Cachemira entre la India y Pakistán. 5º) Finalmente fue una personalidad sueca, Nils von Stergern, quien, en calidad de mediador, emitió en 1955 una opinión destinada a facilitar el arreglo del diferendo que enfrentaba al Gobierno de Tokio con los tenedores franceses del empréstito japonés al 4 % de 1910.

SECCIÓN II

La investigación [3]

302. — CARACTERES GENERALES Y APLICACIONES. Esta forma de arreglo de los litigios internacionales tuvo su origen en la 1ª Conferencia de La Haya debido a la iniciativa de Rusia. El procedimiento fue reglamentado por la 2ª Conferencia de La Haya (arts. 9 a 36 de la Convención I del 18 de octubre de 1907, Colliard, I, p. 327-331); consiste en someter un diferendo a comisiones investigadoras cuya única misión es *establecer la materialidad de los hechos*, pero sin pronunciarse de ninguna manera sobre las responsabilidades: en general, éstas surgirán de una exposición objetiva de aquéllos. Se deja librado a los Estados interesados extraer conclusiones y arreglar el incidente, ya sea directamente o recurriendo al arbitraje.

El procedimiento de investigación funcionó por primera vez en el asunto del *Dogger Bank* o de los pescadores de Hull, provocado por el lamentable ataque, en la noche del 20 al 21 de octubre de 1904, de la escuadra rusa del almirante Rodjestvensky contra chalupas de pesca inglesas, que la escuadra tomó por torpederos japoneses (1 chalupa hundida, 5 averiadas, 2 muertos, 6 heridos). Por iniciativa de Francia, se reunión en París el 22 de diciembre de 1904 una Comisión internacional

[3] V. N. POLITIS, *Les Commissions internationales d'enquête* (R. G., 1912, p. 149-188).

de investigación —cuya misión y competencia fueron fijadas por la declaración de San Petersburgo del 12 de noviembre de 1904— bajo la presidencia del almirante Fournier. Dos meses más tarde (25 de febrero de 1905) presentó un informe (texto en *R. G.* 1905, docum. p. 4-8), como consecuencia del cual Rusia indemnizó a Gran Bretaña por reparación de los daños causados. Debido a tal incidente, se organizó en 1907 el procedimiento de investigación. En el sistema de La Haya la investigación presenta los siguientes caracteres generales: a) el procedimiento de investigación tiene por objeto arreglar cuestiones de hecho; b) este procedimiento es facultativo, no pudiendo los Estados recurrir a él "sino en tanto las circunstancias lo permitan"; c) las comisiones de investigación se constituyen mediante una convención especial; d) el informe de la comisión no tiene carácter obligatorio, quedando libres las partes en cuanto a su aplicación. Con posterioridad, el procedimiento de investigación fue también utilizado en otros dos casos marítimos (asunto del *Tavignano* entre Francia e Italia, en 1912; asunto del *Tubantia* entre Alemania y los Países Bajos, en 1921).

Fuera del sistema clásico de las Convenciones de La Haya, el procedimiento de investigación fue previsto en el marco de las instituciones panamericanas por el tratado Gondra firmado en Santiago de Chile el 3 de mayo de 1923 (Colliard, I, p. 347-351).

303. — LOS TRATADOS BRYAN. El sistema de la investigación se encuentra, también, en ciertos tratados bilaterales. Las Convenciones de La Haya, en efecto, no daban más que un plan general para la constitución y el funcionamiento de esas Comisiones, dejando plena libertad a las partes contratantes para recurrir al mismo si se presentaba la ocasión. Ciertos Estados quisieron ir más lejos asumiendo el compromiso formal de apelar a una Comisión de investigación en determinadas circunstancias mediante acuerdos suscriptos a ese efecto, y de no recurrir a la guerra sino al final de la investigación. El valor pacífico de la Comisión de investigación en la concepción americana reside, efectivamente, en que es una institución de demora, un modo de ganar tiempo.

Así los Estados Unidos, por iniciativa de su secretario de Estado W. J. Bryan, en funciones entre 1913 y 1915, suscribieron en 1913-1914 una treintena de tratados de ese tipo, que se denominaron los tratados Bryan. Dos de entre ellos se efectuaron el 15 de setiembre de 1914 con Francia (tratado Bryan-Jusserand, Colliard, I, p. 342-344) y con el Imperio británico; este último fue reemplazado el 6 de setiembre de 1940 por tres tratados distintos acordados con Canadá, Australia y Nueva Zelandia. Los rasgos esenciales de esos tratados, bases para una investigación y un informe (*for investigation and report*, de acuerdo con la expresión americana), son los siguientes: a) composición idéntica de las comisiones, que comprenden cinco miembros, de los cuales tres son elegidos fuera de los Estados en litigio; b) carácter obligatorio del recurso a este procedimiento desde el momento en que una parte lo pida; c) carácter no obligatorio del informe de la comisión, que las partes pueden rechazar.

304. — EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA. El procedimiento de investigación fue utilizado corrientemente por la S.D.N. entre 1919 y 1939; y lo es desde 1946 por la O.N.U. Pero difiere en sumo grado de la investigación clásica del derecho de La Haya: a) mientras que la investigación de 1907 es un procedimiento autónomo, que se basta a sí mismo, la investigación de la S.D.N. y de la O.N.U. aparece como un elemento de un procedimiento más amplio: es un medio para ilustrar a los órganos internacionales; b) a imitación de la investigación del derecho interno, que se efectúa en el lugar del hecho, la comisión es enviada, en casi todas las oportunidades, a los lugares donde han ocurrido los acontecimientos; c) finalmente, la comisión propone una solución y no se limita a una simple exposición de los hechos.

1º *Utilización por la S.D.N.* Se hizo uso de este procedimiento en los siguientes litigios: a) asunto de las islas Aland entre Suecia y Finlandia (designación por el Consejo, el 20 de setiembre de 1920, de una Comisión de informantes encargada de proveerle elementos de solución y de comprobar si

la población del archipiélago quería permanecer finesa o convertirse en sueca); b) asunto de Mosul entre Gran Bretaña y Turquía (designación por el Consejo, el 30 de setiembre de 1924 y el 24 de setiembre de 1925, de dos Comisiones de investigación encargadas de recoger los datos y los elementos de apreciación que permitieran determinar las fronteras entre Turquía e Irak); c) asunto del incidente fronterizo greco-búlgaro de Demir-Kapou (designación por el Consejo, el 29 de octubre de 1925, de una Comisión de investigación encargada de resolver en el lugar las responsabilidades del incidente ocurrido el 21 de octubre precedente y elaborar un arreglo para el porvenir). El 14 de diciembre de 1925, el Consejo aprobaba el informe de la Comisión, que condenaba a Grecia a pagar una indemnización de 30 millones de levas a Bulgaria y proponía diversas medidas para el porvenir; d) conflicto sino-japonés provocado por la agresión japonesa del 18 de setiembre de 1931 en Manchuria (designación por el Consejo, el 10 de diciembre de 1931, de una Comisión de investigación —denominada más adelante Comisión Lytton, por el nombre de su presidente—, encargada de proceder a un estudio en el lugar y someterle proposiciones de arreglo). La adopción del informe de la Comisión por la Asamblea, el 24 de febrero de 1933, provocó, el 27 de marzo siguiente, el retiro del Japón de la S.D.N.

2º *Utilización por la O.N.U.:* a) en Palestina (constitución, el 15 de mayo de 1947, por la Asamblea general, de una Comisión especial dotada de poderes extensos para examinar la cuestión de Palestina). Sobre la base de las conclusiones del informe de la Comisión, presentado el 31 de agosto siguiente, la Asamblea adoptó el 29 de noviembre de 1947 el plan de división; b) en los Balcanes, en dos oportunidades: 1º) institución, el 19 de diciembre de 1946, por el Consejo de seguridad, de una Comisión de investigación encargada de elucidar las causas de la situación de revuelta en Grecia septentrional y cuyo informe, publicado el 25 de junio de 1947, no tuvo aceptación, debido a que el Consejo se encontró imposibilitado de tomar una decisión sobre este punto como consecuencia de las divergencias de opinión entre sus miembros; 2º) creación, el

21 de octubre de 1947, por el Consejo de seguridad, de una Comisión especial encargada de investigar sobre la situación general y las amenazas eventuales a la independencia y a la integridad de Grecia, y cuyo informe, publicado el 2 de octubre de 1949, fue trasmitido a la Asamblea; c) en Indonesia (creación por el Consejo de seguridad, el 25 de agosto de 1947, de una Comisión consular encargada de vigilar la cesación de las hostilidades entre los Países Bajos e Indonesia y cuyos esfuerzos desembocaron, el 17 de enero de 1948, en la firma de los acuerdos llamados del *Renville);* d) en Alemania (creación por la Asamblea general, el 20 de diciembre de 1951, de una Comisión encargada de investigar sobre la posibilidad de elecciones libres en ese país, pero que suspendió sus trabajos el 5 de agosto de 1953 en razón de la negativa de cooperación de las autoridades soviéticas); e) en Hungría (creación por la Asamblea general, el 10 de enero de 1957, de una Comisión especial de cinco miembros encargada "de establecer y de mantener un sistema de observación directa en Hungría, y a ese fin recoger testimonios, reunir pruebas y obtener informaciones" sobre los acontecimientos de octubre-noviembre de 1956).

SECCIÓN III

La conciliación[4]

305. — IDEAS GENERALES. La conciliación se presenta, a ejemplo de lo que es la institución del mismo nombre en derecho privado, como un *preliminar de instancia,* como algo previo a un arreglo ulterior, más que como un procedimiento autónomo de arreglo de los diferendos internacionales. Fue establecida, con numerosas variantes en la parte técnica (trata-

---

[4] V. C. GORGÉ, *L'evolution de la conciliation internationale,* R. L. 1926. p. 633-676 y 1927 p. 58-106; J. EFREMOFF, *La conciliation internationale* (Rec. de los Cursos, 1927, III, p. 5-148); G. REVEL, *Rôle et caractère des Commissions de conciliation,* R. G. 1931. p. 564-607; R. MONTAGNE, *Evolution de la conciliation internationale,* R. I. 1938, II, p. 50-104; A. GROS, *Remarques sur la conciliation internationale* (La evolución del derecho público. *Etudes en l'honneur d'A. Mestre,* 1956, p. 279-283).

dos de conciliación; tratados de conciliación y arbitraje; tratados de arbitraje y de conciliación, de arbitraje y de arreglo judicial): a) ordinariamente, por vía bilateral (caso de los tratados de Locarno del 16 de octubre de 1925, Colliard, I, p. 356-360); b) a veces, por vía multilateral (tratado Báltico del 17 de enero de 1925, convención general de conciliación interamericana del 5 de enero de 1929, acta general de conciliación del 21 de mayo de 1929 entre los Estados de la pequeña Entente, tratado de no agresión y de conciliación del 10 de octubre de 1933 entre los Estados sudamericanos llamado pacto Saavedra Lamas (cf. también el capítulo 1º del Acta general de arbitraje del 26 de setiembre de 1928 elaborado por la S.D.N., Colliard, I, p. 362-365). Francia, por su parte, suscribió una quincena de tratados de ese género.

306. — ECONOMÍA GENERAL DEL SISTEMA. Tres puntos merecen examinarse.

A) *Organización de las comisiones de conciliación.* Estas comisiones obedecen a los dos principios de la colegialidad y de la permanencia: son órganos de tres o —habitualmente— cinco miembros, no creados *ad hoc* por cada litigio a resolver, sino que están preestablecidos, instituyéndoselos con anterioridad por cada tratado.

B) *Competencia de las comisiones de conciliación.* Este procedimiento tiene por objeto el arreglo de *conflictos de interés*, por oposición a los conflictos de derecho, susceptibles de ser resueltos por aplicación de reglas jurídicas. La tarea de la comisión es proceder al examen del asunto y suministrar un informe a las partes con las proposiciones precisas para un arreglo; es ésta una tarea más amplia que la de las antiguas comisiones de investigación, cuyo papel se limitaba a la comprobación de los hechos.

Destacaremos dos puntos esenciales: 1º el recurso del procedimiento de conciliación es obligatorio si una de las partes lo pide; 2º el informe de la comisión no tiene ningún valor obligatorio y, por lo tanto, no se impone jurídicamente a las partes. La Comisión se esfuerza por conciliar a las partes; su papel no

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo II

EL ARREGLO POLITICO

Una nueva forma de arreglo fue instituida entre 1919 y 1939 por el Pacto de la S. D. N. y, después de 1945, por la Carta de las Naciones Unidas.

Sección I

Arreglo de los diferendos internacionales en el Pacto de la S. D. N.[5]

308. — Análisis del pacto. El Pacto de la S. D. N. (arts. 12 a 15) decidía que no podría producirse ningún diferendo entre los Estados miembros que no fuese resuelto de una manera pacífica. El artículo 12 imponía a los miembros una obligación alternativa, una opción entre dos procedimientos. Según ese texto, los miembros de la S. D. N. debían someter sus conflictos: a) a un procedimiento de arbitraje y arreglo judicial (ante un tribunal arbitral, la Corte permanente de arbitraje o la C. P. J. I., a voluntad de las partes), en las condiciones precisadas por los artículos 13 a 14, estando indicados en el artículo 13 (citado *supra*, nº 294) los casos generalmente susceptibles de solución arbitral o judicial; b) o al examen del Consejo, para investigación y recomendación, en las condiciones fijadas en el artículo 15. El Consejo obraba como media-

---

5 V. A. Mandelstam, *La conciliation internationale d'après le Pacte et la jurisprudence du Conseil de la S. D. N.* (Rec. de los Cursos, 1926, IV, p. 337-648); H. Rauchberg, *Les obligations juridiques des membres de la S. D. N. pour le maintien de la paix (ibid.*, 1931, III, p. 87-204); J. Ray, *Commentaire du Pacte de la S. D. N.* París, 1930, y cuatro suplementos, 1931-1935; P. Barandon, *Le système juridique de la S. D. N. pour la prévention de la guerre*, trad. franc. París, 1933.

dor, intentando llevar a las partes a un acuerdo directo o, por lo menos, a una transacción. Luego publicaba un informe: si era adoptado por unanimidad excluidos los votos de las partes, pasaba a constituirse en ley y se imponía a los Estados en litigio (art. 15, § 6); por el contrario, si era votado sólo por la mayoría, carecía de valor obligatorio y la guerra era jurídicamente posible (art. 15, § 7).

309. — OBSERVACIONES CRÍTICAS. Este sistema da lugar a numerosas observaciones.

A) *Libertad de elección abandonada a las partes.* La obligación asumida por los miembros de la S. D. N. se refería no al sometimiento del litigio al Consejo de la Asamblea, sino a su sometimiento a un procedimiento pacífico cualquiera (mediador, político, arbitral, judicial, etc.); ninguno era obligatorio, pero las partes debían elegir uno u otro.

B) *Competencia del Consejo.* El Consejo podía poseerla: a) por una de las partes en litigio (art. 15, § 1); b) por un miembro de la S. D. N. que a título amistoso llamase la atención sobre toda cuestión de naturaleza capaz de turbar la paz del mundo (art. 11).

C) *Imperfecciones del Pacto.* Eran dos:

1º La primera fisura era la del artículo 15, § 7. Como lo indicamos más arriba, la recomendación del Consejo se imponía jurídicamente a las partes en litigio sólo si era adoptada por unanimidad del Consejo; el Estado que la pasase por alto incurriría en ruptura del Pacto y se expondría a sanciones (caso de Italia en 1935, en el momento de su diferendo con Etiopía). Por el contrario, en el caso en que el Consejo no adoptara más que un informe mayoritario, éste no se imponía a las partes y la guerra era lícita.

2º Una segunda fisura provenía del artículo 15, § 8, según cuyos términos los diferendos referentes a cuestiones que el derecho internacional dejaba librados a la *competencia exclu-*

siva del Estado escapaban a todo arreglo obligatorio por el Consejo.[6]

Esta disposición introducida en el Pacto en 1919 a pedido de los Estados Unidos para salvaguardar la competencia americana en materia de emigración y de tarifas aduaneras constituía una seria limitación a la acción del Consejo. Conviene sin embargo observar que, según la jurisprudencia internacional (C. P. J. I., consejo consultivo del 7 de febrero de 1923 en el asunto de los decretos de nacionalidad francesa en Túnez y Marruecos), la noción de "cuestión reservada"— es decir, no regulada en principio por el derecho internacional— era una noción relativa, dependiente del desarrollo de las relaciones internacionales y sujeta a interpretación restrictiva. Por otra parte, el fundamento de la excepción resultante del artículo 15, § 8 no debía ser precisado por cada Estado individual, sino por el Consejo de la S. D. N. eventualmente informado por la C. P. J. I.

D) *Carácter político de este modo de arreglo.* Este carácter se debía a la composición del Consejo, a su procedimento, a sus métodos de trabajo, a la naturaleza de los diferendos que se le cometían, y a la decisión que debía tomar. Este procedimiento aplicado con éxito completo a los conflictos menores (asuntos de las islas de Aland y de Alta Silesia en 1921, asuntos de Mosul y de Demir-Kapou en 1925), desgraciadamente resultó ineficaz en otras ocasiones (asuntos de Vilna en 1920-1921, incidente de Corfú en 1923, conflicto sino-japonés en 1931-1936). El rechazo del protocolo de Ginebra del 2 de octubre de 1924 por los Estados signatarios había impedido, por otra parte, todos los esfuerzos de mejoramiento del Pacto. La guerra de 1939 provocó el derrumbamiento definitivo del sistema.

---

[6] V. CH. ROUSSEAU, *La compétence de la S. D. N. dans le règlement des conflicts internationaux*, tesis, París, 1927, p. 165-267; G. SCELLE, *Critique du soi-disant domaine de compétence exclusive* (R.L. 1933, p. 365-394); S. SEGAL, *Le domaine réservé (ibid.*, p. 704-725 y 1934 p. 25-43).

SECCIÓN II

Arreglo de los diferendos internacionales en la Carta de las Naciones Unidas

310. — ANÁLISIS DE LA CARTA. El principio del recurso obligatorio a una forma de arreglo pacífico está enunciado en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Pero, al igual que en el sistema de la S. D. N., se deja libertad a los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de solución apropiada (negociaciones directas, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a organismos regionales, etc.). El Consejo de seguridad puede obrar en el caso de un diferendo o de una situación que amenace el mantenimiento de la paz: a) por su propia iniciativa (art. 34); b) a pedido de todo miembro de las Naciones Unidas (art. 35); c) como consecuencia de un paso dado por el Secretario General de la O. N. U. (art. 99).

En lo que concierne a los diferendos en sí, la Carta establece una distinción —en apariencia sutil, pero jurídicamente capital— de acuerdo con su grado de gravedad: a) cuando se trata de una simple amenaza contra el mantenimiento de la paz (cap. VI de la Carta, art. 33-38), el Consejo no puede hacer más que recomendaciones, sea invitando a las partes a arreglar el diferendo por medios de su elección, proponiendo un procedimiento apropiado, o sugiriendo una solución; b) si el diferendo se considera como una amenaza contra la paz (cap. VII de la Carta, art. 39-51), el consejo ya no recomienda, ordena. Puede prescribir, por ejemplo, medidas provisorias (el cese del fuego en Palestina en 1948, el retiro de las fuerzas norcoreanas más allá del paralelo 38 en 1950, etc.), sanciones económicas, y, eventualmente, sanciones militares.

El Consejo de seguridad no puede, sin embargo, "intervenir" en los asuntos que procedan esencialmente de la *compe-*

tencia nacional de un Estado (art. 2, § 7).[7] Como el Pacto de la S. D. N., la Carta trata, así, de sustraer, a la competencia del órgano internacional que instituye, un cierto dominio reservado a la acción unilateral y discrecional del Estado. Hay, con todo, tres diferencias esenciales entre los dos textos: a) a diferencia del artículo 15, § 8 del Pacto de 1919, el artículo 2, § 7 de la Carta omite la referencia al derecho internacional como criterio para la determinación del dominio reservado; b) omite, igualmente, indicar que el Consejo de seguridad es el órgano competente para juzgar la excepción de incompetencia que se eleve en la materia; c) sustituye, por último, la expresión de "competencia nacional" por la de "competencia exclusiva". Lo más grave es que el Consejo de seguridad siempre rehusó determinar el contenido del dominio reservado para la competencia nacional por el artículo 2, § 7, tanto evitando ejercer sus poderes propios de decisión como absteniéndose de dirigir a ese efecto un pedido de consejo consultivo a la Corte internacional de justicia. El retroceso de lo "jurídico" en ese dominio es evidente.

En la resolución que adoptó el 29 de abril de 1954 en su 46ª sesión en Aix-en-Provence, el Instituto de derecho internacional estimó que "el dominio reservado es el de las actividades estatales en las que la competencia del Estado no está ligada al derecho internacional"; su extensión depende del derecho internacional y varía de acuerdo con su desarrollo. Observó igualmente que "la necesidad de saber si, en un caso determinado, el objeto del diferendo pertenece o no al dominio reservado es, de surgir discusión, una cuestión eminentemente propia para ser resuelta por un órgano jurisdiccional internacional" y que, a ese respecto, sería deseable que la Corte internacional de justicia pudiese apreciar, en cada caso particular, si tal reserva es aplicable.

---

[7] V. P. BERTHOUD, *La compétence nationale des Etats et l' O. N. U.*, Anuario suizo de dr. intern., vol. IV, 1947, p. 17-104; N. TESLENKO, *Le domaine réservé dans la jurisprudence du Conseil de sécurité*, tesis, París, 1950; CH. ROUSSEAU, *La détermination du domaine réservé et ses effets*, informe al Instituto de derecho internacional, *Annuaire* del Instituto, vol. 43, 1950, I, p. 5-21 y vol. 44, 1952, I, p. 137-161; discusiones, *ibid.*, vol. 45, 1954, II, p. 108-199 y (resolución) 292-293.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo III

EL ARBITRAJE [8]

311. — Definición y caracteres generales. La mejor definición del arbitraje es la que da el artículo 37 de la Convención I de La Haya, del 18 de octubre de 1907, para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales: "El arbitraje internacional tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados por jueces de su elección y sobre la base del respeto al derecho".

De ello resulta muy evidente que no hay ninguna diferencia de orden material entre el arbitraje y el arreglo judicial: a) ambos son formas de arreglo *jurídico* de los diferendos internacionales, arreglo efectuado "sobre la base del respeto al derecho" (art. 37 precitado) o "de acuerdo con el derecho internacional" (adición de 1945 al artículo 38 del estatuto de la Corte internacional de justicia); b) tanto la base del arreglo arbitral como la del arreglo judicial reside, hasta nueva orden, en la voluntad de los Estados en conflicto. Mientras en el derecho interno el fundamento de toda jurisdicción se encuentra en la ley, en el orden internacional, por el contrario, sólo hay arreglo arbitral o jurisdiccional sobre una base estrictamente convencional, es decir *voluntaria*.

La única diferencia que separa al arbitraje de la jurisdicción internacional es de orden formal y orgánico; mientras el órgano arbitral es ocasional ("...por jueces de su elección")

---

[8] V. A. de la Pradelle y N. Politis, Introducción al *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, 1905, p. XIX-LIV, vol. II, 1923, p. VII-XXXVIII y vol. III, 1954, p. XVII-XCI; N. Politis, *La justice internationale*, 1924; E. Giraud, *Arbitrage international*, en el Repertorio de dr. intern. t. I, 1929, p. 658-692; D. Schindler, *Les progrès de l'arbitrage obligatoire depuis la création de la S. D. N.* (Rec. de los Cursos, 1928, V. p. 237-364); J. Makowski, *L'organisation actuelle de l'arbitrage international*, *ibid.*, 1931, II, p. 267-384; J. L. Simpson y H. Fox, *International arbitration*, Londres, 1959.

y establecido por un tratado bilateral suscripto por las partes en conflicto para el solo arreglo de un litigio determinado y después del nacimiento de éste, el órgano jurisdiccional es preestablecido, y no instituido directamente por las partes, sino por un tratado multilateral para un número indeterminado de litigios y por un tiempo igualmente indeterminado.

312. — PLAN DEL CAPÍTULO III. Examinaremos sucesivamente la evolución histórica del arbitraje, el derecho consuetudinario arbitral y la institucionalización del arbitraje, es decir, su evolución hacia formas jurisdiccionales.

SECCIÓN I

Evolución histórica del arbitraje

313. — PLAN DE LA SECCIÓN I. Históricamente, el arbitraje aparece como la primera forma de la justicia internacional, especialmente en las ciudades griegas donde los anfictiones (Anfictionía de Delfos) jugaron un papel importante en materia de arbitraje intermunicipal. La evolución cronológica hace aparecer tres tipos esenciales de arbitraje: el arbitraje por un jefe de Estado, el arbitraje por una comisión mixta y el arbitraje por un tribunal.

314. — ARBITRAJE POR UN JEFE DE ESTADO. A veces denominado arbitraje real o arbitraje por juez único (por el soberano o por el delegado del soberano), esta forma de arbitraje se relaciona con la vieja tradición europea según la cual la justicia política, al igual que el poder político, vienen de lo alto. Revistió dos tipos sucesivos.

A) *En la edad media,* en la época del Santo Imperio romano germánico, cuando el Papado y el Imperio se disputaban la preeminencia política europea, era natural tomar como árbitro al superior, Papa o Emperador. Así, el arbitraje se establecía en la sociedad internacional sobre una base verdadera-

mente jerárquica: el arbitraje por el Emperador o por el Papa era el juicio del superior (temporal o espiritual).

B) Pero esta forma jerárquica de arbitraje desaparece con la Reforma y la descomposición del Santo Imperio, combinada con la *aparición de los grandes Estados nacionales* en el siglo XVI. Al mismo tiempo que surge la monarquía absoluta se afirma la noción del Estado principesco. El Papa y el Emperador pierden su autoridad y las relaciones internacionales comienzan a fundarse sobre un principio de igualdad, por lo que ya no es posible recurrir al juez jerárquico. Y puesto que en adelante cada uno de los príncipes se convertiría, según la expresión francesa, en "emperador en su reino", es a él a quien corresponde juzgar, de acuerdo a la vieja idea feudal del juicio por los pares.

Pero en ausencia del príncipe, la mayoría de las veces era su delegado quien juzgaba.

Sin embargo, esta forma de arbitraje no deja de presentar inconvenientes: 1º no siendo un técnico, el árbitro carece de competencia; 2º le es difícil ser completamente imparcial, lo que lleva al demandante a desconfiar del juez; 3º el soberano, al cuidar los intereses de su propio Estado, compromete el progreso del derecho: a) al vacilar en establecer principios generales, para evitar que éstos más tarde se vuelvan contra él; b) al negarse, a veces, a fundar su sentencia (caso de la sentencia arbitral del rey de Prusia Federico Guillermo IV en el asunto franco-británico de Portendick, 30 de noviembre de 1843), a fin de no comprometer el porvenir y de no exponerse a las posibles críticas de los jurisconsultos, lo que sería incompatible con la soberanía real.

315. — ARBITRAJE POR COMISIÓN MIXTA. Frente a ese arbitraje europeo por el jefe de Estado, de aplicación estrictamente continental, se desarrolla a partir del siglo XVIII en las relaciones anglo-americanas una forma especial de arbitraje: el arbitraje por Comisión mixta. Históricamente, este tipo de arbitraje revistió dos formas sucesivas.

A) La primer forma es la de la *comisión mixta diplomática*, compuesta de dos miembros (uno por cada parte en li-

tigio), sin ningún elemento extraño encargado de una definición. Este procedimiento, de carácter estrictamente diplomático, fue aplicado al arreglo de los litigios de frontera entre Inglaterra y los Estados Unidos (caso de la delimitación del río Santa Cruz, 1794).

B) A ese primer tipo sucede luego la *comisión mixta arbitral* compuesta de tres a cinco comisarios (uno o dos por cada parte en causa, más otro miembro encargado de definir la situación). El procedimiento se desarrolla con las comisiones mixtas del tratado Jay (19 de noviembre de 1794) que generalizan el sistema del árbitro superior. Así fueron creadas, entre 1798 y 1804, tres comisiones mixtas para resolver la mayor parte de los asuntos litigiosos pendientes entonces entre los Estados Unidos y Gran Bretaña.

Aunque en su origen este procedimiento no carecía de inconvenientes —las sentencias tenían una autoridad menor que si hubiesen sido dictadas por un jefe de Estado— presentaba reales ventajas: siendo redactadas por técnicos, las decisiones estaban abundantemente motivadas, a veces en demasía.

Poco a poco, vemos producirse un acercamiento entre las dos formas precedentes —arbitraje por jefe de Estado y arbitraje por comisión mixta—: la evolución es sensible en el asunto Pacífico entre Inglaterra y Grecia (sentencia del 5 de mayo de 1851), en que el presidente de la Comisión mixta era un árbitro francés.

El progreso consistirá en la combinación de esas dos formas de arbitraje. Esta se realizará: a) por la profesionalización del juez; b) por el agregado de otros elementos al tribunal, además de los que representan a las partes en litigio. Va a nacer entonces un tercer tipo de arbitraje: el contemporáneo, de arbitraje judicial, forma transitoria entre el arbitraje y la jurisdicción.

316. — ARBITRAJE POR TRIBUNAL. Este arbitraje está confiado a hombres independientes, imparciales, que poseen una competencia técnica reconocida; dictaminan en base al derecho siguiendo un procedimiento regular, y dictan sentencias motivadas. Ofrece serias garantías de tecnicidad e imparcialidad. La

evolución se perfeccionó con el célebre arbitraje del *Alabama* entre Inglaterra y los Estados Unidos. Por primera vez el arbitraje era utilizado para resolver un litigio entre dos grandes potencias. El principio fue impuesto por el tratado de Washington del 8 de mayo de 1871; la sentencia la dictó el 14 de septiembre de 1872 un tribunal arbitral de cinco miembros reunidos en Ginebra. El asunto del *Alabama* marca un vuelco decisivo en la historia del arbitraje internacional (V. a este respecto la exposición del asunto, el texto y la apreciación crítica de la sentencia en el *Recueil des arbitrages internationaux*, de La Pradelle y Politis, t. II, p. 713-983).

SECCIÓN II

El derecho consuetudinario arbitral

317. — PLAN DE LA SECCIÓN II. La larga práctica del arbitraje creó costumbres cuyo conjunto, sistematizado por la doctrina, forma un verdadero derecho consuetudinario. Ellas se relacionan con el fundamento del arbitraje, el objeto del litigio, la estructura y la competencia del tribunal arbitral, el procedimiento y la sentencia.

§ 1. — *Fundamento del arbitraje*

318. — CARÁCTER VOLUNTARIO DEL ARREGLO ARBITRAL. La base fundamental de ese derecho consuetudinario es la misma que la de la institución cuyo funcionamiento regula: la libre voluntad de los Estados interesados. El arbitraje, como la jurisdicción, no existe sino sobre la base de la voluntad del Estado.

319. — DIVERSAS FORMAS DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO. En materia de arreglo arbitral, la aceptación del Estado puede revestir tres formas: compromiso, cláusula compromisoria y tratado de arbitraje permanente.

1º El *compromiso* es un acuerdo por el cual dos Estados convienen en confiar a un tercero (árbitro único, órgano cole-

giado *ad hoc* o tribunal preconstituido) el arreglo de un litigio ya planteado. Sea cual fuese la denominación, el compromiso es un tratado, sometido como tal a las condiciones de forma y de fondo que rigen la conclusión de los compromisos internacionales. La validez del compromiso es esencial, ya que su nulidad provoca la de todo el procedimiento ulterior y la sentencia pronunciada sobre la base de un compromiso viciado está desprovista de valor jurídico. Una vez concluido definitivamente y puesto en vigor, el compromiso constituye la ley de las partes y la del árbitro.

2º La *cláusula compromisoria*, a diferencia del compromiso, no se refiere a un litigio existente y actual, sino a los litigios que pudieran llegar a producirse entre los Estados contratantes. La cláusula compromisoria puede ser general (en cuyo caso contempla todos los posibles litigios futuros) o especial (en cuyo caso sólo se refiere a los litigios relativos a la aplicación y a la interpretación del tratado en el que fue estipulada accesoriamente; por ejemplo, un tratado de paz o un tratado de comercio: cf. a este respecto el art. 17 de la convención franco-tunecina del 13 de junio de 1955, Colliard, II, p. 40, los arts. 89-94 del tratado franco-alemán del 27 de octubre de 1956 sobre el arreglo de la cuestión del Sarre, etc.). Existían 154 cláusulas compromisorias en 1914.

3º Un tercer procedimiento es el del *tratado de arbitraje permanente*, cuyo objeto principal consiste en establecer una cláusula compromisoria de aplicación general entre las partes. Este método ofrece la ventaja de dar vida propia a la cláusula compromisoria disociándola del instrumento del que hasta entonces era sólo un accesorio (ej.: tratado de arbitraje franco-británico del 14 de octubre de 1903, *R. G.* 1903, p. 800). En 1914 existían 139 tratados bilaterales de arbitraje que ligaban a 47 Estados.

§ 2. – *Objeto del litigio*

320. — LITIGIOS A LOS CUALES SE APLICA EL ARBITRAJE. La determinación de los litigios susceptibles de arbitraje puede hacerse desde un doble punto de vista.

A) *Ratione materiae.* Los Estados convienen generalmente, según la práctica convencional, en someter al arbitraje los *diferendos de orden jurídico* (para la definición, V. *supra*, nº 294). Ciertos tratados impusieron el recurso obligatorio del arbitraje para categorías determinadas de litigios (ej.: Convención germano-polaca de Ginebra del 15 de mayo de 1922 para Alta Silesia, acuerdos de Londres del 9 de agosto de 1924 y de La Haya del 20 de enero de 1930 en materia de reparaciones, acuerdos firmados en Washington el 25 de mayo de 1946 y en Berna el 28 de agosto de 1952 entre Suiza y los Estados occidentales para la liquidación de los bienes alemanes en Suiza, tratado de Bonn del 26 de mayo de 1952 entre los Estados occidentales y Alemania, convención franco-tunecina del 3 de junio de 1955, tratado franco-alemán del 27 de octubre de 1956 sobre el arreglo de la cuestión del Sarre. etc.).

El Acta general de arbitraje de 1928 (*infra*, nº 334) realizó una tentativa —que permaneció hasta ahora aislada y desprovista de aplicación práctica— para someter los diferendos de orden político al arreglo arbitral; evidentemente, desnaturaliza el concepto tradicional del arbitraje, que no puede funcionar con sus caracteres específicos donde no hay reglas de derecho a aplicar; fue retomada, sin embargo, en 1957, en los informes de los Estados miembros del Consejo de Europa (*infra*, nº 335).

B) *Ratione personae.* El arbitraje es, normalmente, una forma de arreglo de los litigios interestatales, aunque muy a menudo la intervención del Estado tiende a asegurar la protección de intereses individuales (personas físicas y morales).

Se introdujo una excepción importante a ese principio después de la primera guerra mundial, por el establecimiento, de acuerdo con los términos de los tratados de paz de 1919-1923 (texto fundamental: art. 304-305 del tratado de Versalles, Colliard, I, p. 345-347) de los *tribunales arbitrales mixtos* (en siglas: T. A. M.).[9]

Esos tribunales, que funcionaron hasta 1932 y cuyo carácter de jurisdicción internacional nunca fue cuestionado, estaban

---

[9] V. J. TEYSSAIRE y P. DE SOLÈRE, *Les tribunaux arbitraux mixtes*, 1931; R. BLÜHDORN, *Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes* (Rec. de los Cursos, 1932, III, p. 141-244).

sos tratados entre 1919 y 1931 y después de 1945; numerosas sentencias importantes fueron dictadas sobre esta base. (Cf. por ejemplo el arbitraje del lago Lanoux entre Francia y España, texto de la sentencia del 16 de noviembre de 1957 en *R. G.*, 1958, p. 79-119).

323. — PODERES DEL TRIBUNAL ARBITRAL. Se presentan aquí dos cuestiones.

A. – *Competencia del tribunal arbitral.* – El compromiso fija, ante todo, la competencia del árbitro (o del tribunal arbitral). Si hay alguna duda a este respecto sobre el alcance del compromiso, el árbitro debe poder interpretarlo. Se admite que el tribunal arbitral es juez de su competencia, sin tener que referirse a los Estados parte en el litigio y autores del compromiso, ya que el árbitro es un juez, no un mandatario. Este principio, enunciado por primera vez en circunstancias célebres, ante el asunto de *Alabama*, con relación a la cuestión de los daños indirectos (declaración del tribunal arbitral de fecha 19 de junio de 1872, *supra*, nº 148), domina la jurisprudencia internacional. La C.P.J.I. lo recordó formalmente en su consejo consultivo del 28 de agosto de 1928 concerniente al intercambio de las poblaciones griega y turca: "Por regla general, todo órgano que posee poderes jurisdiccionales tiene el derecho a pronunciarse, en primer lugar, por sí mismo sobre el alcance de sus atribuciones en ese dominio" (p. 20). Del mismo modo, la Corte internacional de justicia, en su sentencia del 18 de noviembre de 1953 relativa al asunto Nottebohm: "A menos que exista convención en contrario, un tribunal internacional es juez de su propia competencia y tiene el poder de interpretar a ese efecto los actos que la gobiernan" (p. 118). Expresamente consagrado por el artículo 73 de la 1ª Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre el arreglo pacífico de los conflictos internacionales (Colliard, I, p. 338), este principio fue aplicado muchas veces por las sentencias arbitrales. Pero si el árbitro es juez de su competencia, no es, en cambio, el dueño de la misma. Toda interpretación abusiva del compromiso, todo examen de puntos no comprendidos en el compromiso, todo desconocimiento de las disposiciones del compromi-

so en cuanto a las reglas a aplicar; en síntesis, todo lo que sobrepase la competencia constituye un *exceso de poder*[10], vicio mucho más grave que la incompetencia del derecho interno en lo que toca a la inexistencia jurídica de la sentencia efectuada en esas condiciones. En efecto, la jurisprudencia internacional sostiene invariablemente que cuando el árbitro excede su competencia la sentencia pierde su valor jurídico.

B. – *Determinación del derecho a aplicar.* – Una vez establecida su competencia, el tribunal arbitral debe estatuir sobre las bases de derecho determinadas por las partes. Deben distinguirse varias hipótesis:

1º El compromiso indica generalmente sobre qué bases se pronunciará el tribunal (reglas de derecho, principios de equidad, combinación de los dos elementos).

2º Puede también enunciar reglas especiales que constituyan una legislación *ad hoc*, únicamente válida para el litigio a resolver (caso de las célebres reglas de Washington del 8 de mayo de 1871 sobre la neutralidad marítima en el asunto del *Alabama*).

3º Puede igualmente atribuir al tribunal poderes más amplios que los de un juez ordinario, autorizándolo para estatuir como *amigable componedor*, es decir, habilitándolo para dar una solución transaccional inspirada en consideraciones extrajurídicas (de orden político o económico, de oportunidad, etc.). Esta cláusula es de aplicación frecuente en los arbitrajes de límites.

4º Yendo más allá aún, el compromiso, por una cláusula de *arreglo de intereses*, puede confiar al tribunal, además del arreglo de las dificultades ya surgidas, la tarea de pronunciarse sobre las dificultades por venir, arreglando los intereses fu-

---

10 V. A. DE LA PRADELLE, *L'excès de pouvoir de l'arbitre* (R. I. 1928, p. 5-64); A. VERDROSS, *L' excès de pouvoir du juge arbitral dans le droit international public* (R. L. 1928, p. 225-242); F. CASTBERG, *L'excès de pouvoir dans la jurisprudence internationale* (Rec. de los Cursos, 1931, I, p. 357-472); A. BALASKO, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, París, 1938.

turos de las partes. La práctica internacional ofrece algunos ejemplos de arbitraje reglamentario (ej.: sentencia arbitral del 15 de agosto de 1893 en el asunto de las focas del mar de Behring; sentencia del 7 de setiembre de 1910 de la Corte permanente de arbitraje en el asunto anglo-americano de las pesquerías del Atlántico, *R. G.*, 1912, sobre todo p. 449-465).

324. — PROCEDIMIENTO ARBITRAL. Generalmente, el procedimiento está regulado por el mismo árbitro. El procedimiento escrito es de regla; el debate oral tiene siempre carácter facultativo. No se concibe el procedimiento en rebeldía, ya que el arbitraje es una forma de arreglo esencialmente voluntario y la falta de una parte muestra suficientemente su negativa a someterse al procedimiento arbitral.

§ 4. – *La sentencia arbitral*

325. — FORMA Y EFECTOS DE LA SENTENCIA.[11]

A. – *Forma de la sentencia.* – La forma de la sentencia es cada vez más la jurisdiccional. Como en los juicios internos, la sentencia arbitral comprende una exposición de motivos y una parte dispositiva: se da por mayoría y la firma cada uno de los árbitros, teniendo los de la minoría el derecho de enunciar su propio disentimiento.

B. – *Efectos de la sentencia.* – Son los de una sentencia definitiva, con la diferencia de que la sentencia no comporta ejecución forzosa. Podemos resumirlos en tres ideas: la sentencia es obligatoria y definitiva, pero no ejecutoria.

326. — CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA SENTENCIA.[12] La sentencia es obligatoria, en primer término, para las partes, en la medida en que está conforme con el compromiso. Ese princi-

---

11 V. G. MORELLI, *La théorie générale du procès international* (Rec. los Cursos, 1937, III, p. 257-373).

12 V. LIMBURG, *L' autorité de chose jugée des décisions des jurisdictions internationales* (Rec. de los Cursos, 1929, V. p. 523-618).

pio fundamental —que se justificó a menudo apelando a la regla *pacta sunt servanda*— fue recordado numerosas veces por la jurisprudencia internacional. La sentencia, para ser válida, no necesita la aceptación de las partes ni su ratificación. Obedece al principio de la relatividad de la cosa juzgada: sólo produce efectos respecto de las partes y únicamente para el asunto en causa.

La autoridad de cosa juzgada que surge de la sentencia arbitral tiene un doble aspecto: 1º) implica, ante todo, el desasimiento del árbitro por obra de la sentencia: una vez dictada ésta terminó la misión del tribunal y cesan sus poderes; 2º) los Estados parte en el litigio están en la obligación de conformarse con la sentencia y de tomar las medidas adecuadas (legislativas, administrativas, jurisdiccionales) para asegurar su efecto.

327. — CARÁCTER DEFINITIVO DE LA SENTENCIA.[13] La sentencia arbitral es definitiva, vale decir, que finaliza irrevocablemente el litigio. Esto no significa, sin embargo, que no quede ninguna vía de recurso abierta para las partes.

1º Existe, en principio, un *recurso de interpretación* en caso de desacuerdo entre las partes sobre el verdadero sentido de la sentencia. El problema se presentó en escasas oportunidades en la práctica arbitral del siglo XIX. La institución se aplicó, por el contrario, ampliamente ante los tribunales arbitrales mixtos. El problema se presentó igualmente ante la C.P.J.I. y ante la Corte internacional de justicia. Del examen de la jurisprudencia internacional surge la idea de que la interpretación de una decisión arbitral o jurisdiccional no puede referirse más que al sentido y al alcance de ésta, y únicamente si las partes están en desacuerdo a ese respecto.

2º Sería lógico admitir un *recurso de reforma* en la hipótesis en que el árbitro hubiera cometido un exceso de poder o

---

13 V. S. RUNDSTEIN, *La C. P. J. I. comme instance de recours* (Rec. de los Cursos, 1933, I, p. 5-113); E. BOREL, *Les voies de recours contre les sentences arbitrales* (*ibid.*, 1935, II, p. 5-104).

un error de hecho o de derecho. Pero la apelación —vía normal de reforma en el orden interno— fue ignorada hasta una época reciente por el derecho internacional; por otra parte, no se la concebía en un medio social en que la justicia era ocasional y voluntaria. Sin embargo, esta vía de la reforma es la que se ha buscado muchas veces seguir bajo la denominación errónea de "revisión", sea de una manera incidental a propósito de asuntos determinados, sea de una manera general y sistemática. Se presentaron recursos de reforma para casos de exceso de poder y de error esencial de hecho o de derecho, noción que a menudo es difícil de precisar.

3º Finalmente, podemos considerar un *recurso de revisión* semejante al del derecho interno para el caso en que con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, se descubriese un hecho nuevo que, de haber sido conocido por el árbitro, hubiera podido ejercer influencia decisiva sobre aquél. Se permitió esta vía de recurso en la reglamentación del procedimiento de los tribunales arbitrales mixtos y en el estatuto de la C.P.J.I. y de la C.I.J. (art. 61), pero la jurisprudencia internacional recogió las demandas de revisión con suma parsimonia.

328. — CARÁCTER NO EJECUTORIO DE LA SENTENCIA.[14] En virtud de un principio tradicional, el cumplimiento de las sentencias arbitrales es esencialmente voluntario: se confía en la buena fe de los Estados en causa, exactamente como para el cumplimiento de todos los deberes internacionales, concibiéndose la negativa de ejecución sólo en el caso de exceso de poder. Es esta idea la que expresaba antiguamente el gran jurisconsulto Louis Renault cuando observaba que, a diferencia de la sentencia interna, a la vez obligatoria y ejecutoria, la decisión internacional es obligatoria, pero no ejecutoria. Aunque agregaba también que en la práctica siempre era cumplida.

El derecho internacional contemporáneo hizo meritorios esfuerzos por asimilar en este punto la justicia internacional a la

---

14 V. A. DE LA PRADELLE, *De l'exécution des décisions de la justice internationale* (R. I. 1934, p. 222-227); ED. HAMBRO, *L'exécution des sentences internationales*, tesis, Ginebra, 1936.

justicia interna, volviéndola no solamente permanente y obligatoria, sino también ejecutoria: a) la primera tentativa de aplicación limitada consistió en autorizar, con la convención Porter del 18 de octubre de 1907, el empleo unilateral de la fuerza en el caso de falta de cumplimiento de una sentencia arbitral relativa al cobro de las deudas contractuales; b) la segunda tentativa resulta del artículo 14, § 4 del Pacto de la S.D.N., de acuerdo con cuyos términos, "a falta de cumplimiento de la sentencia el Consejo propone las medidas que deben asegurar su efecto". Pero esta disposición, que parecía enunciar una acción colectiva para asegurar la ejecución forzada de las decisiones arbitrales, no se invocó sino una sola vez ante el Consejo de la S.D.N. en 1934, y el acuerdo amigable de las partes debía inutilizar el recurso de la acción coercitiva; c) la evolución culminó con el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas relativo a la ejecución forzada de las sentencias de la Corte Internacional de justicia (*infra*, nº 354).

SECCIÓN III

Institucionalización del arbitraje

329. — SENTIDO DE LA EVOLUCIÓN. En la época contemporánea el arreglo arbitral internacional tendió a acercarse al arreglo judicial interno. Si desgraciadamente y con demasiada frecuencia fue facultativo, por lo menos trató de desarrollarse dentro de marcos preestablecidos y en el seno de una organización permanente. Iniciado en las Conferencias de La Haya, el movimiento convencional se prosiguió en esa dirección después de las dos guerras mundiales.

§ 1. – *La Corte permanente de arbitraje*[15]

330. — ORÍGENES. Hemos visto que en el curso del siglo XIX se desarrolló el arbitraje por la frecuencia con que se lo utili-

---

[15] V. J. FRANÇOIS, *La Cour permanente d'arbitrage* (Rec. de los Cursos, 1955, I, p. 461-553).

zó y se orientó hacia un tipo judicial. Sin embargo, continuó siendo insuficiente. Esa insuficiencia se manifiesta desde tres puntos de vista: a) por el carácter ocasional del tribunal que, constituido para un asunto determinado, desaparece en cuanto se resuelve el litigio y necesita, para su creación, una negociación previa entre los Estados en conflicto; b) debido al carácter diplomático de las sentencias, a menudo el tribunal debía acordar a la parte perdedora elementos de compensación y buscar transacciones entre los Estados en litigio; c) por el escaso alcance jurídico de las sentencias, que en esas condiciones difícilmente contribuían a favorecer el establecimiento de una jurisprudencia internacional. En la primera conferencia de La Haya en 1899, se pensó que sería útil organizar por adelantado una jurisdicción arbitral que se ofrecería a los Estados sin imponérseles y que facilitaría así el recurso al arbitraje sin afectar su libertad. De aquí surgió la creación de la Corte permanente de arbitraje por una de las Convenciones del 29 de julio de 1899, revisada el 18 de octubre de 1907 (Colliard, I, p. 332-334).

331. — ORGANIZACIÓN. La constitución de la Corte permanente de arbitraje (designada más abajo con la abreviatura C.P.A.) tropezó con dificultades bastante serias. Estados Unidos, Rusia y Gran Bretaña, presentaron tres proyectos tendientes a la institución de un tribunal internacional permanente. Encontraron al comienzo la oposición de Alemania; pero bajo la presión de la delegación americana, cuyo papel fue muy activo, esa resistencia terminó por atenuarse, lo que permitió la constitución de la C.P.A.

Esta seudo-Corte permanente no merece de ningún modo su nombre: no es una Corte, y no es permanente. Es, si se quiere, un tribunal efímero en un marco permanente. La C.P.A., instituida en 1899, no constituye, en realidad, una Corte de justicia: es una simple lista de personas designadas con anterioridad para ejercer funciones arbitrales. Cada Estado parte en la convención que estableció la Corte presenta cuatro nombres, cada miembro es nombrado por seis años y no se exige que sea ciudadano del país que lo elige, de suerte

que la misma persona puede ser designada por varios Estados. La Corte comprende así de 120 a 150 miembros: es un marco en cuyo interior se constituirá el tribunal especial encargado de juzgar un asunto determinado. En otros términos, de esa lista oficial se extraerá, llegado el momento, el personal necesario para estatuir conforme al compromiso firmado entre los Estados en litigio.

El funcionamiento de la C.P.A. está facilitado por la existencia de una oficina internacional que tiene su sede en La Haya y que sirve de secretariado. Es el único elemento verdaderamente permanente de la institución.

332. — ACTIVIDAD Y RESULTADOS. Desde su creación, la C.P.A. juzgó veinte casos, catorce entre 1899 y 1914 y seis después de 1914, siendo el último de 1932. Esta actividad — veinte casos en 60 años— es, por tanto, bastante reducida: la disminución de la actividad de la C.P.A. a partir de 1919 se explica evidentemente por la competencia de la C.P.J.I. y de la C.I.J., que absorbieron la mayor parte de lo contencioso surgido después de la primera guerra mundial.

Entre los asuntos juzgados por la C.P.A. figuran, en 1909, el asunto de los desertores de Casablanca; en 1910, el asunto de las pesquerías del Atlántico y el asunto de la Orinoco Steampship Co.; en 1911, el asunto Savarkar; en 1912, el asunto Canevaro y el del *Carthage* y del *Manouba;* en 1922, el asunto de la requisa de los navíos noruegos; en 1928, el de la isla de Palmas; y en 1931, el asunto Chevreau.

A pesar de los indudables servicios que prestó, la C.P.A. se reveló bastante imperfecta. Las causas de su fracaso se deben a: su falta de permanencia efectiva, no siendo en el fondo más que un simple marco; la imposibilidad en que se encontró, en consecuencia, para formar una jurisprudencia, debido a la movilidad de su personal que se opone al desarrollo de un espíritu de cuerpo al mismo tiempo que a una tradición judicial; a sus tendencias más diplomáticas que jurídicas, habiéndose dejado influir la C.P.A., a veces, por consideraciones de orden político, acudiendo por ello más a soluciones "oportunas" que a las estrictamente jurídicas.

§ 2. – *El proyecto de la Corte de justicia arbitral*

333. — FRACASO DE LA TENTATIVA DE 1907. En la 2ª Conferencia de La Haya, de 1907, surgió la idea, no de sustituir la C.P.A. por otra Corte —lo que hubiera sido desconocer los servicios prestados por ella— sino completarla con una encargada de juzgar únicamente siguiendo las reglas del derecho positivo. Por desgracia, el acuerdo falló en un punto capital: el proyecto no contenía disposición alguna sobre la composición de la Corte ni sobre el número y la forma de designación de los jueces. De acuerdo con el estilo característico de las Conferencias de La Haya, se trató de elaborar un texto allí donde faltaba la institución misma, de suerte que el proyecto consagraba el establecimiento paradojal de una Corte sin jueces. La causa esencial del fracaso fue la imposibilidad de determinar la composición de la Corte y de constituir el personal de los jueces llamados a sesionar, no queriendo renunciar ningún Estado a su derecho de tener un juez en el seno de la futura Corte.

§ 3. – *Tentativas recientes de organización del arbitraje.*

334. — EL ACTA GENERAL DE ARBITRAJE.[16] En este terreno, la IX Asamblea de la S.D.N. había elaborado un tratado tipo destinado a servir de modelo a los Estados, el Acta general para el arreglo pacífico de los diferendos internacionales o Acta general de arbitraje del 26 de setiembre de 1928 (Colliard, I, p. 362-372). En vigor desde el 16 de agosto de 1929, ese Acta —a la que adhirieron 23 Estados (de los cuales solamente 3 grandes potencias: Francia, Gran Bretaña e Italia) y que España denunció el 1º de abril de 1939— instituye tres procedimientos distintos: a) un procedimiento de conciliación, previo al arreglo de todos los litigios; b) el arreglo judicial para los diferendos de orden jurídico; c) el arbitraje, por un tribunal especial de cinco miembros, para los conflictos de orden polí-

---

16 V. E. BOREL, *L'Acte général de Genève* (Rec. de los Cursos, 1929, II, p. 501-595); GALLUS, *L'Acte générale d'arbitrage* (R. L. 1930, p. 190-245, 412-472 y 878-925).

tico. Los Estados pueden adherirse al conjunto de los tres procedimientos o solamente a uno o dos de ellos: de hecho, salvo las dos excepciones de Suecia y los Países Bajos, todas las adhesiones se refieren al conjunto del Acta general, comprendido el arbitraje. Tal fue el caso para la adhesión de Francia, dada por ley del 8 de abril de 1931 (D. P. 1932.4.13). Algunos tratados bilaterales se refirieron también a ese instrumento (tratado de amistad franco-siamés del 7 de diciembre de 1937, art. 21; tratado de amistad franco-turco del 4 de julio de 1938, art. 4).

El 28 de abril de 1949, la Asamblea general de las Naciones Unidas adoptó, por iniciativa de Bélgica, una resolución que revisaba el Acta general de 1928 para adaptarla a la nueva organización internacional, y que recomendó adherirse a la misma a todos los Estados miembros de la O.N.U. El Acta general así revisada entró en vigor el 20 de setiembre de 1950.

335. — LA ORGANIZACIÓN DEL ARBITRAJE DESPUÉS DE 1945. A partir de 1945, el esfuerzo de organización del arbitraje prosiguió en dos direcciones.

1º En primer lugar, la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas adoptó en 1953, en su 5ª sesión, un *proyecto de convención sobre el procedimiento arbitral* siguiendo el informe del profesor Georges Scelle, que de ser aprobado por los gobiernos, marcaría un progreso sustancial. Aunque en sus grandes líneas sigue las tentativas anteriores de codificación del procedimiento arbitral internacional (proyecto de arreglo adoptado en 1875 por el Instituto de derecho internacional, Convenciones de La Haya de 1899 y 1907), el proyecto va más allá de ellas. Su principal interés reside en los diversos medios que prevé para impedir que la obligación de poner en ejecución el compromiso arbitral sea eludida, en momento alguno, por la falta de una de las partes. A ese efecto, se previeron para cada fase crítica del procedimiento medidas que aseguren la independencia del tribunal y le permitan ir adelante a pesar de la obstrucción de una de las partes (intervención eventual de la Corte internacional de justicia para arreglar los diferendos relativos a la extensión y a la aplicación del

compromiso arbitral, reemplazo de oficio de los árbitros que falten, posibilidad para el tribunal de estatuir en rebeldía, prohibición del *non liquet*, etcétera).

2º Por otra parte, los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron en Estrasburgo, el 29 de abril de 1957, la *Convención europea para el arreglo pacífico de los diferendos.*[17] Esa convención hace una distinción entre los conflictos jurídicos y los políticos. Los primeros dependen de la competencia obligatoria de la Corte internacional de justicia (generalización de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria, *infra*, nº 344). En cuanto a los diferendos de orden político, la Convención de 1957, a imitación del Acta general de 1928, los somete a un procedimiento de conciliación ante una Comisión y, en caso de fracaso, a un tribunal arbitral de cinco miembros constituido especialmente para cada caso. El artículo 34 permite a los Estados signatarios excluir de su aceptación el capítulo III relativo al arreglo arbitral. La convención fue firmada de inmediato por 13 Estados.

17 V. J. SALMON, *La convention européenne pour le règlement pacifique des différends*, R. G., 1959, p. 21-64.

Capítulo IV

EL ARREGLO JUDICIAL[18]

336. — Plan del capítulo IV. Así como para el arreglo arbitral, el principio fundamental que domina esta materia es el de que no hay jurisdicción en el orden internacional sino sobre la base de la voluntad del Estado, cuyo consentimiento es la condición previa para todo arreglo judicial. Este principio fue reconocido tanto por la Corte permanente de justicia internacional ("La Corte, en consideración al hecho de que su jurisdicción es limitada, se funda siempre en el consentimiento del demandado...", sentencia del 30 de agosto de 1924 en el asunto Mavrommatis, competencia, p. 16; "La jurisdicción no existe más que de acuerdo con los términos en que fue aceptada", sentencia del 14 de junio de 1938 en el asunto de los fosfatos marroquíes) como por la Corte internacional de justicia ("...El consentimiento de las partes confiere jurisdicción a la Corte", sentencia del 25 de marzo de 1948 en el asunto del estrecho de Corfú, competencia, p. 16; "El consentimiento de los Estados parte en un diferendo es el fundamento de la jurisdicción de la Corte en materia contenciosa", consejo consultivo del 30 de marzo de 1950, interpretación de los tratados de paz, p. 71; "La competencia de la Corte para conocer en un asunto y para juzgarlo, depende de la voluntad de las partes", sentencia del 22 de julio de 1952 en el asunto de la Anglo-Iranian Oil Co., p. 103; "La Corte no puede ejercer su jurisdicción con respecto a un Estado si no es con el consentimiento

---

18 V. J. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, París, 1937.

de este último", sentencia del 15 de junio de 1954 en el asunto del oro monetario tomado en Roma en 1943, p. 32).

Se crearon dos jurisdicciones permanentes al finalizar cada una de las dos guerras mundiales: la Corte permanente de justicia internacional (designada en adelante bajo la denominación de C.P.J.I.) en 1920, la Corte internacional de justicia (en adelante C.I.J.) en 1945. Consagraremos a cada una de ellas una sección distinta.

SECCIÓN I

La Corte permanente de justicia internacional

§ 1. – *Orígenes de la Corte permanente*[19]

337. — ELABORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE. La C.P.J.I. fue creada por el artículo 14 del Pacto de la S.D.N. que encargaba al Consejo preparar un proyecto de estatuto de Corte internacional. Ese proyecto de estatuto fue elaborado por un Comité de juristas designado por el Consejo (diez miembros; presidente: el barón Descamps; relator: el profesor A. de La Pradelle) reunido en La Haya entre el 16 de junio y el 24 de julio de 1920. El anteproyecto de estatuto elaborado por el Comité se sometió sucesivamente: a) al Consejo, que lo adoptó con algunas enmiendas sobre la base del informe de León Bourgeois, el 28 de octubre de 1920; b) a la Asamblea, que lo aprobó con nuevas modificaciones el 13 de diciembre de 1920.

El estatuto de la C.P.J.I., incorporado a un protocolo, fue presentado a la firma el 16 de diciembre de 1920. Con fecha 1º de setiembre de 1939, había sido firmado por 59 Estados, de los cuales 50 lo habían ratificado. Con excepción de los Estados Unidos y de la U.R.S.S., todas las grandes potencias eran parte en el estatuto de la Corte.

---

19 V. MANLEY O. HUDSON, *La Cour permanente de justice internationale*, tr. franc., París, 1936.

§ 2. – *Organización de la Corte permanente*[20]

338. — FORMA DE NOMBRAMIENTO DE LOS JUECES. La C.P.J.I. era en verdad permanente. Comprendía quince jueces (once titulares y cuatro suplentes). La institución de la S.D.N. con sus dos engranajes —Consejo y Asamblea— facilitó una solución aceptable para su forma de nombramiento, pues la dualidad de los órganos de Ginebra permitió conciliar los intereses de las grandes potencias y las susceptibilidades de las demás. El sistema consistía en la elección de los jueces por el Consejo y la Asamblea, por mayoría dentro de cada órgano, después de la presentación de las candidaturas nacionales, sin ninguna participación gubernamental y con intervención eventual de una Comisión mediadora en caso de desacuerdo.

Ese sistema, complejo en apariencia, era en realidad muy simple: a) para ser elegido juez, era necesario obtener la mayoría en el Consejo y en la Asamblea, deliberando los dos cuerpos por separado; b) en caso de que el Consejo y la Asamblea no hubieran designado el mismo juez, se integraba un comité especial (tres miembros del Consejo y tres de la Asamblea), a fin de que se llegara a un acuerdo; en la práctica, sólo una vez se recurrió a este procedimiento —en la primera elección de 1921— para uno de los quince puestos de juez; c) para subrayar debidamente la independencia de la Corte, el estatuto quitó a los gobiernos el derecho a la presentación de candidatos al Consejo y a la Asamblea. La misma era efectuada por cada "grupo nacional" —es decir, los miembros nacionales— de la Corte permanente de arbitraje después de una consulta previa a ciertos cuerpos judiciales y sapientes (Cortes soberanas, Facultades de derecho, etc.). La designación como miembro de la C.P.J.I. estaba, así, rodeada de garantías especiales destinadas a restringir en el mayor grado posible la influencia de consideraciones de orden político; por otra parte, el dualismo de estructura de la S.D.N. facilitaba la dosificación de influencias que no pudo encontrar expresión adecuada en 1907.

---

[20] V. M. CALOYANNI, *L'organisation de la Cour permanente de justice et son avenir* (Rec. de los Cursos, 1931, IV, p. 655-784); *La C. P. J. I., son organisation et sa compétence (ibid,* 1937, IV, p. 551-671).

Los jueces eran elegidos teniéndose en cuenta las grandes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos del mundo, no contando ninguna gran potencia con un derecho adquirido a poseer un juez en la Corte. Pero, de hecho, todas las grandes potencias, comprendiendo Estados Unidos, y salvo la U.R.S.S., tuvieron un juez. La Corte no podía actuar, sin embargo, con dos jueces de la misma nacionalidad. Los jueces eran inamovibles y no debían ejercer ninguna otra función; pero el régimen de las incompatibilidades era menos estricto para los jueces suplentes.

Los quince primeros jueces fueron elegidos sin incidentes el 14-16 de setiembre de 1921. Los miembros de la Corte duraban nueve años en sus cargos y podían ser reelegidos. Las vacantes se llenaban por el tiempo que restaba de los nueve años, solución defectuosa que ofrecía el peligro de llevar a la renovación integral de la Corte cada nueve años; la solución inversa, más flexible, habría producido una mayor homogeneidad. De hecho, en la nueva Corte surgida de las elecciones del 25 de setiembre de 1930, no quedaban más que cinco de los quince jueces de 1921. La Corte elegía por tres años a su presidente y a su vicepresidente, ambos también reelegibles.

339. — INSTITUCIÓN DEL JUEZ NACIONAL. Podía suceder que en el momento en que dos Estados llegaban a un diferendo ante la C.P.J.I., uno de ellos tuviera un juez de su nacionalidad en el sitial y el otro no. Podía también suceder que ninguno de los dos tuviese jueces en la Corte. Esta situación era enojosa, ya que, de acuerdo con una frase muy profunda, "no es suficiente que la justicia sea justa, es necesario que lo parezca". Había que restablecer, entonces, la igualdad entre los litigantes. Para eso existían dos métodos. Descartando la recusación voluntaria del juez de la nacionalidad de uno de los litigantes, el estatuto prefirió asegurar la representación de la otra parte en el litigio; este sistema, aunque posiblemente menos satisfactorio desde el punto de vista teórico, en la medida en que acercaba la jurisdicción al arbitraje se adaptaba mejor al funcionamiento de la justicia internacional, y tendía a facilitar la aceptación de la sentencia por la parte perdedora.

La institución (art. 31 del Estatuto) del juez nacional, o del juez *ad hoc* nombrado directamente por el Estado interesado, y sesionando provisoriamente con los mismos derechos que los demás jueces, por la duración del asunto a examinar, señaló la orientación hacia este sistema que se aplicaba tanto: a) si los dos estados en litigio no estaban representados en la Corte; b) si un Estado ya no estaba representado como consecuencia del fallecimiento imprevisto de su juez; c) si un miembro de la Corte había intervenido anteriormente en un asunto como agente de su parte, en cuyo caso no podía actuar como juez.

340. — FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE. La Corte, que sesionaba en La Haya, en el Palacio de la Paz, celebraba en principio una sesión anual ordinaria, sin perjuicio de las sesiones extraordinarias que fueron frecuentes al comienzo.

Poseía una secretaría colocada bajo la dirección de un secretario y de un secretario adjunto. Su papel era esencialmente administrativo (gestión de las finanzas de la Corte, representación de la Corte ante los gobiernos y ante la S.D.N., correspondencia con las partes, mantenimiento de los archivos, impresión de las publicaciones de la Corte, traducciones orales y escritas, etcétera).

Debemos estudiar ahora la competencia de la C.P.J.I. De acuerdo con los términos del artículo 14 del Pacto de la S.D.N., ésta era doble, a la vez contenciosa y consultiva: en el primer caso, la Corte dictaba sentencias, en el segundo emitía consejos.

§ 3. – *Competencia contenciosa*

341. — PLAN DEL § 3. La C.P.J.I. se estableció para resolver los litigios entre los Estados. No se quiso innovar sobre ese punto en 1920; se consideró prematuro, en esa época, dar acceso a la Corte a los particulares obrando contra los Estados, como lo había contemplado el Comité de juristas. Conviene ver sucesivamente cuál era el principio general de esta competencia, y qué excepciones y qué correctivos comportaba.

342. — EL PRINCIPIO: COMPETENCIA FACULTATIVA. El principio fundamental consiste en que la competencia de la C.P.J.I. era facultativa, en el sentido de que la Corte no podía actuar sino en virtud del acuerdo de las partes, es decir, sobre la base de un compromiso, lo que presentaba a menudo delicados problemas de compatibilidad entre las competencias así atribuidas a la Corte por las partes y los textos constitucionales que gobiernan su actividad.

El Comité de juristas de 1920 había propuesto una solución diferente para este punto, asignando a la C.P.J.I. una competencia obligatoria en los litigios de orden jurídico. Estimaba, con razón, que para poder cumplir eficazmente su función, la jurisdicción internacional debía ser —a ejemplo de la jurisdicción interna— no solamente permanente, sino obligatoria. Pero ante las objeciones de las grandes potencias —específicamente, de los gobiernos francés y británico— el Consejo, y más tarde la Asamblea de la S.D.N., debieron abandonar la idea de la obligatoriedad. Disimulada tras una objeción aparente de técnica jurídica inspirada por una interpretación literal de los textos —atentado contra la libertad de elección de las partes consagrada por el artículo 12 del Pacto (*supra*, nº 308-309)— había, en realidad, una oposición de orden político: la falta de voluntad en ciertas potencias de ligarse definitivamente en determinados casos respecto de otros Estados, debido a que querían reservar los derechos de su soberanía ante la jurisdicción internacional.

343. — LA EXCEPCIÓN: CASO DE COMPETENCIA OBLIGATORIA. Existían, sin embargo, casos en los que era obligatoria la competencia de la C.P.J.I. en virtud de disposiciones convencionales que consagraban la jurisdicción obligatoria de la Corte para materias determinadas. Haciendo abstracción de la interpretación o de la aplicación de ciertos tratados en los cuales se había insertado esta cláusula (la mayor parte de los tratados multilaterales suscriptos entre 1919 y 1939), ello ocurría en cuatro casos: a) para el arreglo de los diferendos relativos a los territorios bajo mandato; b) para el arreglo de los diferendos relativos a la protección de las minorías, en virtud de las dis-

posiciones insertadas en los tratados de minorías; c) para el arreglo de los diferendos relativos a las comunicaciones y al tránsito; d) para el arreglo de los diferendos relativos a la Organización Internacional del Trabajo, en virtud de la parte XIII del tratado de Versalles. Pero por interesantes que fuesen esas disposiciones eran, a pesar de todo, excepcionales, y no tenían sino un alcance limitado. El principio general era siempre el de la competencia facultativa.

344. — EL CORRECTIVO AL PRINCIPIO: LA CLÁUSULA FACULTATIVA DE JURISDICCIÓN OBLIGATORIA. En 1920 se aportó un correctivo ingenioso a este principio. Es lo que se denominaba cláusula facultativa de competencia (o de jurisdicción) obligatoria, y en la terminología inglesa, cláusula opcional *(optional clause)*. Resultaba del art. 36, § 2 del Estatuto de la C.P.J.I.

Debido a una proposición del representante del Brasil en la primera Asamblea de la S.D.N., R. Fernández, este sistema dejaba a los Estados —dispuestos entonces a aceptar la obligación que se creía no poder imponer a todos— la facultad de admitirlo en sus relaciones recíprocas mediante una simple declaración unilateral suscripta en cualquier momento. Para eso se agregó al estatuto de la Corte un protocolo adicional en virtud del cual los Estados signatarios de ese texto complementario declaraban aceptar por adelantado "de pleno derecho y sin convención especial" (es decir, sin compromiso ulterior) la competencia obligatoria de la Corte permanente para el arreglo de los litigios de orden jurídico.

Tal como fueron definidos en el art. 13 del Pacto, esos litigios comprendían: a) los diferendos relativos a la interpretación de un tratado; b) los relativos a cualquier punto de derecho internacional; c) los relativos a la realidad de todo hecho que, de establecerse, constituiría la ruptura de un compromiso internacional; d) los relativos al alcance o a la naturaleza de la reparación debida por tal ruptura. Esta enumeración, reproducida en el art. 36 del estatuto, era de las más complejas: es difícil imaginar un diferendo susceptible de escapar a las categorías enumeradas. Por supuesto, si había un desacuerdo entre las partes sobre la calificación del diferendo, es a la Corte a quien

correspondía resolverlo estatuyendo sobre su competencia; en efecto, por propia definición (argumento de las palabras "cualquier punto de derecho internacional") la cuestión de calificación era de las que debía resolver la Corte de acuerdo con los términos del art. 36.

Las aceptaciones se daban generalmente por una duración limitada (5 ó 10 años); eran renovables y bajo reserva de reciprocidad. A menudo estaban acompañadas de reservas (exclusión de los diferendos anteriores a la aceptación de la competencia de la Corte, de los diferendos para los cuales las partes convenían tener recurso a otra forma de arreglo, de los diferendos referentes a cuestiones que dependen de la competencia exclusiva del Estatuto, etcétera).

Durante una decena de años, solamente algunos Estados aceptaron ligarse por la firma de la cláusula facultativa. Al 1º de setiembre de 1929, solamente la habían firmado 28 Estados, entre los cuales había una sola gran potencia, Alemania, que lo hizo el 23 de setiembre de 1927. De la X Asamblea de la S.D.N., en setiembre de 1929, surgió un importante movimiento generalizado a favor de la aceptación de la cláusula facultativa. Sucesivamente, varias grandes potencias (Francia, Italia, Gran Bretaña, etc.) firmaron la declaración de aceptación de la cláusula facultativa. Francia, que había dado su aceptación a la cláusula por 5 años en la declaración del 19 de setiembre de 1929 (aprobada por ley del 8 de abril de 1931, D. P. 1932.4.13), la renovó a su expiración por un nuevo período de 5 años (ley del 28 de marzo de 1936). En la víspera de la segunda guerra mundial, 54 de los 59 Estados signatarios del estatuto de la C.P.J.I. habían suscripto la disposición facultativa, entre los cuales 39 estaban efectivamente ligados, teniendo en cuenta las aceptaciones llegadas a su término y no renovadas, así como la falta de ratificación de la aceptación dada por ciertos Estados. Por otra parte, 164 instrumentos internacionales conferían competencia a la Corte. En suma, en 1939, si el principio general teórico era aún el de la competencia facultativa, podemos decir que, de hecho, por acción del art. 36, § 2, la mayor parte de los Estados partes en el estatuto habían aceptado la competencia obligatoria de la Corte.

§ 4. – *Competencia consultiva* [21]

345. — IDEAS GENERALES. Además de su competencia contenciosa, la C.P.J.I. poseía una competencia consultiva, incorporada al pacto por trasposición de la institución americana de las *advisory opinions*.

Las opiniones consultivas eran solicitadas a la Corte por el Consejo o la Asamblea de la S.D.N. En la práctica, fue siempre el Consejo quien las pidió. Ese derecho no pertenecía, entonces, individualmente a los Estados —tal como lo propuso vanamente la Argentina en la primera Asamblea de la S.D.N.— ni a organismos internacionales que no fuesen de la S.D.N., tales como la O.I.T.

Las opiniones podían referirse a un punto abstracto de derecho internacional, o a un litigio concreto ya producido y actual. El Comité de juristas había propuesto hacer una distinción entre las dos hipótesis; pero ese sistema resultó rechazado por la Asamblea como carente de base sólida. Se objetó, en efecto, que la distinción entre los "puntos" y los "diferendos" era completamente relativa, pues lo que no constituye más que una cuestión teórica hoy, puede convertirse en un diferendo mañana.

346. — TENDENCIA DE LA CORTE A ASIMILAR LAS OPINIONES A LAS SENTENCIAS. ¿Convenía, desde el punto de vista de su autoridad jurídica respectiva, diferenciar las opiniones consultivas y las sentencias de la C.P.J.I.? Si se examina la evolución jurisprudencial, se observa una neta tendencia de la Corte a asimilar las primeras a las segundas. Esta tendencia se afirmó en dos direcciones.

I. *Desde el punto de vista del fondo.* En su consejo consultivo del 23 de julio de 1923 relativo al asunto de Carelia oriental (interpretación del tratado ruso-finés de Dorpat del 14 de octubre de 1920), la C.P.J.I. declaró que su competencia, fuera consultiva o contenciosa, reposaba siempre, en definitiva, sobre

---

[21] V. CH. DE VISSCHER, *Les avis consultatifs de la C. P. J. I.* (Rec. de los Cursos, 1929, I, p. 5-76); D. NEGULESCO, *L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la C. P. J. I.* (*ibid.*, 1936, III, p. 5-96).

el mismo fundamento, el consentimiento de los Estados litigantes, no pudiendo un Estado estar sometido a la justicia internacional sin su consentimiento. Por eso, ante la negativa sistemática de la U.R.S.S. de participar en el procedimiento, la Corte se abstuvo de emitir la opinión solicitada por el Consejo de la S.D.N., observando que ese pedido de consulta llevaba, en realidad, a resolver un diferendo entre dos Estados de los cuales uno recusaba su competencia.

II. *Desde el punto de vista de la forma.* La competencia de la C.P.J.I. —consultiva o contenciosa— implicaba la misma disposición técnica en la composición de la Corte, a saber la aplicación de la institución del juez nacional. Esta innovación había sido introducida originariamente por un procedimiento poco regular, ya que ese arreglo del estatuto se hizo por una simple modificación del reglamento interno de la Corte, el 7 de setiembre de 1927.

Esta asimilación de las dos competencias no tuvo sino efectos felices. Condujo, muy pronto, a subordinar al acuerdo previo de las partes todo pedido de consejo consultivo dirigido por el Consejo de la S.D.N. a la Corte sobre un litigio existente y actual. En dos circunstancias memorables (asunto de los optantes húngaros en 1928, asunto de la reclamación de los daños de guerra suizos en 1934), el Consejo se negó a pasar por alto la oposición de algunos de sus miembros (Rumania en el primer caso, Francia y Gran Bretaña en el segundo) y consagró así la tesis de que un pedido de consejo sólo podía presentarse a la Corte con el consentimiento unánime del Consejo. La doctrina criticó justamente esta actitud, que desconocía la diferenciación original entre los procedimientos contencioso y consultivo y confundía así la sentencia con la simple opinión —ya que, de acuerdo con el Pacto mismo (art. 13, § 4, *initio*, el consejo consultivo no tenía ni la fuerza obligatoria ni, sobre todo, la fuerza ejecutoria de la sentencia).

Para concluir debemos hacer constar que en la práctica las opiniones de la C.P.J.I. tuvieron la misma fuerza de precedente jurisprudencial que las sentencias habiéndose inclinado siempre los Estados ante las soluciones que consagraban. La expresiva frase de "arbitraje por vía consultiva" fue pronunciada por

primera vez en 1923 en el asunto de los decretos de nacionalidad por el agente francés, profesor A. de La Pradelle. Prácticamente, bajo la apariencia técnica del pedido de opinión, se iniciaba un movimiento hacia la decisión jurisdiccional.

§ 5. – *Procedimiento* [22]

347. — NOCIONES GENERALES. El procedimiento de la C.P.J.I. fijado por el Estatuto en su capítulo III (art. 39-64) fue precisado en el reglamento que se dio a sí misma la Corte. Elaborado el 24 de marzo de 1922, se lo reformó el 31 de julio de 1926 y el 21 de febrero de 1931, para no citar sino las modificaciones principales.

La Corte iniciaba su actuación: a) por un compromiso, lo que constituia la regla general, ya que su competencia era en principio facultativa; b) por vía de pedido unilateral, es decir, por vía de citación directa, en los casos excepcionales en que su competencia era obligatoria y en caso de litigio entre Estados que hubieran suscripto la cláusula facultativa del artículo 36, § 2. La C.P.J.I actuó once veces por vía de compromiso, pero en dos ocasiones el asunto fue retirado del juicio por un acuerdo directo entre las partes.

La C.P.J.I. tenía dos lenguas oficiales (francés e inglés), habiendo la S.D.N. rechazado la solución del francés como lengua única propuesta por el Comité de juristas. A la inversa de lo que sucedía en la C.P.A., los debates eran públicos, salvo excepción. Las decisiones de la Corte eran siempre tomadas por mayoría, con preponderancia del voto del presidente en caso de división de los votos como en la sentencia del *Lotus*. La Corte sesionaba habitualmente con once jueces —siendo el *quorum* de nueve— más, eventualmente, el o los jueces *ad hoc*.

Cuando la decisión de la Corte se tomaba por mayoría, los miembros de la minoría tenían el derecho de adjuntar la exposición de su opinión disidente; era ésta una concesión al sistema judicial anglosajón. Los jueces podían, así, formular y

---

[22] V. M. SCERNI, *La procédure de la C. P. J. I.* (Rec. de los Cursos, 1938, III, p. 565-679).

al mismo tiempo motivar su disentimiento. En la práctica, seis sentencias sobre treinta y una, y quince consultas sobre veintisiete, fueron dictadas por unanimidad. Cinco veces se vio a los jueces —cuatro al juez polaco y una al juez italiano— votar contra la tesis de su propio Estado.

Los debates ante la Corte comprendían dos fases sucesivas: a) una fase escrita (intercambio de piezas escritas exponiendo las tesis opuestas: memorias, contramemorias, réplicas, contrarréplicas); b) una fase oral (exposiciones orales de los agentes de las partes por orden alfabético de los Estados, seguidas por réplicas y, eventualmente, por contrarréplicas). La Corte aplicaba el derecho internacional en las condiciones fijadas en el artículo 38 del estatuto. Obedecía al principio de la relatividad de la cosa juzgada enunciado por el artículo 59 del estatuto: "La decisión de la Corte no es obligatoria más que para las partes en litigio y en el caso que se decidió" —texto que implicaba que en derecho, aunque no de hecho— no estaba ligada por los precedentes.

§ 6. – *Actividad de la Corte permanente y resultados conseguidos* [23]

348. — ACTIVIDAD DE LA CORTE. Entre 1922 y 1940, la C.P.J.I. emitió en total ochenta y ocho decisiones, de las cuales sesenta y tres eran de fondo, a saber: treinta y una sentencias, veintisiete consejos consultivos y cinco ordenanzas (independientemente de veinticinco ordenanzas concernientes al procedimiento), lo que testimonia una actividad muy honorable que podemos comparar con las veintiuna sentencias penosamente dictadas en sesenta años por la C.P.A. Salvo en el asunto de los empréstitos brasileños (sentencia del 12 de julio de 1929), únicamente los Estados europeos fueron parte ante la Corte.

---

[23] V. SALVIOLI, *La jurisprudence de la C. P. J. I.* (Rec. de los Cursos, 1926, II, p. 5-114); E. BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la C. P. J. I. (ibid,* 1932, I, p. 135-272 y 1934, IV, p. 193-310); cf. también el *Répertoire des décisions de la C. P. J. I.* (1922-1934), por V. BRUNS, 2 vol. Berlín, 1931-1935, y E. HAMBRO, *La jurisprudence de la Cour internationale* (C. P. J. I. hasta el 31 de diciembre de 1951), Ley de 1952.

Francia figuró en ocho instancias contenciosas, Gran Bretaña en cuatro, Alemania e Italia en dos cada una, etcétera.

349. — REVISIÓN DEL ESTATUTO DE 1920. La revisión del estatuto fue una consecuencia del éxito imprevisto de la Corte, debido a la frecuencia de las sesiones y a la multiplicidad de los asuntos. Se sintió, por tanto, rápidamente, la necesidad de poner a la C.P.J.I. en condiciones para cumplir con continuidad la misión cada vez más pesada que le incumbía, por medio de una organización más racional. Como consecuencia de una resolución de la IX Asamblea de la S.D.N. fechada el 20 de setiembre de 1928, adoptada por iniciativa de Francia, el año siguiente (11-19 de marzo de 1929) se reunió en Ginebra un comité de juristas, cuyos informantes era H. Fromageot y N. Politis. El proyecto elaborado por ese comité fue sometido al Consejo y a la Asamblea y luego abierto a la firma de los Estados; de allí surgiría el protocolo del 14 de setiembre de 1929. No entró en vigor sino el 1º de febrero de 1936, como consecuencia de la oposición de Cuba a numerosas disposiciones nuevas introducidas en el Estatuto revisado. En 1939, éste había sido firmado por cincuenta y cuatro Estados y ratificado por cincuenta.

El objeto esencial de la revisión de 1929 era reforzar el carácter judicial y permanente de una Corte cada vez más ocupada. Las principales enmiendas insertadas en el protocolo se referían a los siguientes puntos: a) proclamación del carácter permanente de la Corte, que en adelante estaría siempre en funciones, excepto durante las vacaciones judiciales (nuevo art. 23), por un cambio completo del principio anterior; b) supresión de los jueces suplentes, cuyo régimen de incompatibilidad profesional difería del de los titulares (nuevo art. 3); c) generalización de la institución del juez nacional, extensión del procedimiento contencioso al procedimiento consultivo y al procedimiento sumario: era la consagración de la reforma introducida por la Corte en su reglamento interno en 1927, pero operada esta vez correctamente, ya que un tratado sólo puede ser modificado por otro tratado.

Finalmente, el protocolo de 1929 contenía una serie de disposiciones destinadas a facilitar el acceso a la C.P.J.I. de los

Estados no miembros de la S.D.N. Ellas tuvieron en cuenta, ante todo, al Brasil —que, aunque abandonó la S.D.N. en 1926, deseaba continuar su colaboración con la Corte—, pero después y sobre todo a los Estados Unidos, que habían sido siempre favorables a la institución de La Haya, pero que permanecieron, sin embargo, alejados de la Corte tanto después como antes de 1929.

SECCIÓN II

La Corte Internacional de Justicia [24]

350. — ELABORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA NUEVA CORTE. En el curso de las reuniones de Dumbarton Oaks (*supra*, nº 216) se había convenido en que se crearía una jurisdicción internacional, pero no se había resuelto la cuestión de saber si la C.P.J.I. se mantendría tal cual era o si se establecería una nueva Corte. La cuestión fue examinada y resuelta por un Comité de juristas de las Naciones Unidas reunido en Washington entre el 9 y el 20 de abril de 1945 —o sea algunos días antes de la Conferencia de San Francisco—, con el profesor Basdevant como relator. La solución adoptada puede definirse por medio de las dos proposiciones que siguen.

1º Se dicidió crear una nueva Corte, y esto por las siguientes razones: a) el mandato de los jueces de la C.P.J.I., elegidos en 1930, había expirado en 1939 y el antiguo mecanismo utilizado para su elección no podía emplearse ya en razón de la desaparición de la S.D.N.; b) si se hubiera decidido "restablecer" pura y simplemente la antigua C.P.J.I., los Estados enemigos que habían firmado el Estatuto de 1920 hubieran sido, automáticamente, parte en el Estatuto de la Corte, consecuencia que las Naciones Unidas estaban decididas a evitar.

2º Pero la nueva Corte se parece hasta confundirse con la antigua, cuyo Estatuto fue sistemáticamente calcado por los

---

[24] V. M. O. HUDSON, *La Cour internationale de justice* (Journ, D. I., 1940-1945, p. 521-537); SUZANNE BASTID, *La jurisprudence de la Cour internationale de justice* (Rec. de los Cursos, 1951, I, p. 579-686).

redactores de la Carta de las Naciones Unidas. La analogía fue llevada al extremo: es así que la numeración de los artículos del Estatuto es exactamente la misma. La C.P.J.I. era, entre las instituciones internacionales anteriores a 1939, una de las que tuvo mayor éxito; hubiera sido deplorable privarse del beneficio de la experiencia eficaz que representaba.

De acuerdo con el artículo 92 de la Carta, "la Corte internacional de justicia constituye el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Funciona conforme a un Estatuto establecido sobre la base del estatuto de la C.P.J.I. y anexado a la presente Carta, del que forma parte integrante" (texto del estatuto en Colliard, I, p. 377-389). En cuanto a la Corte permanente, fue considerada como disuelta a partir del 19 de abril de 1946 (resolución de la XXI Asamblea de la S.D.N. con fecha del 18 de abril de 1946).

351. — ORGANIZACIÓN DE LA CORTE. El artículo 93 de la Carta formula un principio fundamental: "Todos los miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* parte del Estatuto de la Corte internacional de justicia." Es éste un progreso apreciable sobre el Estatuto de la antigua C.P.J.I., de manera que podríamos decir que la nueva Corte se aseguró desde el comienzo un número importante de Estados que pueden someterse a su jurisdicción. Al 1º de octubre de 1957, había, así, ochenta y un Estados parte en el estatuto de la O.N.U. En la práctica, esta cifra es aún mayor, ya que los Estados no miembros de la O.N.U. pueden adherir, si lo desean, al Estatuto de la Corte: tal es el caso de Suiza a partir del 6 de julio de 1948, y del 10 de marzo de 1950, el de Liechtenstein.

La Organización de la C.J.I., cuya sede se fijó como la de su predecesora en La Haya, en el Palacio de la Paz, recuerda muy de cerca la de la C.P.J.I.: a) en lo que concierne a la elección de los jueces, los quince miembros de la Corte son elegidos por nueve años por el Consejo de seguridad y la Asamblea general de las Naciones Unidas votando simultáneamente, después de la presentación por los grupos nacionales de la Corte permanente de arbitraje. Se traspuso simplemente el método usado por la S.D.N., que había dado buenos resultados. Sin

embargo, para evitar el riesgo de una renovación global de la Corte cada nueve años, el nuevo Estatuto (art. 13) decidió que los jueces serían renovados por tercios cada tres años, efectuándose la repartición de los jueces entre cada una de las tres series por sorteo. Entre los quince primeros jueces elegidos el 6 de febrero de 1946, no figuraban más que dos antiguos miembros de la C.P.J.I.; b) la institución del juez nacional fue mantenida en razón de sus felices resultados; c) la presidencia está sometida al mismo régimen que en 1920; la Corte eligió su presidente por tres años.

Como consecuencia de la renovación del 6 de diciembre de 1951, se observó una nueva reducción del número de los jueces europeos en el personal de la Corte (6 sobre 15, contra 10 en 1921, 9 en 1939 y 7 en 1946). Resulta más grave aún la consideración que se tuvo del aspecto político en ciertas elecciones que se hicieron entonces, en detrimento de las necesidades técnicas que deberían ser las únicas determinantes en este caso.

352. — COMPETENCIA CONTENCIOSA. Contrariamente a las esperanzas formuladas por muchos en 1945, el principio general no varió y la competencia de la Corte siguió siendo facultativa, habiendo sido determinante a ese respecto la oposición de los Estados Unidos y de la U.R.S.S. Sin embargo, tanto como después de la primera guerra mundial, ciertos instrumentos internacionales (acuerdos de tutela, estatutos de ciertas instituciones especializadas: O.I.T., UNESCO, O.I.R., O.M.S.) previeron a título excepcional el sometimiento a la Corte de los diferendos que resultan de su interpretación o de su aplicación. Además, de acuerdo con los términos del artículo 37 del Estatuto, la C.I.J. sustituyó automáticamente a la C.P.J.I. en todas las cláusulas atributivas de competencia contenidas en los tratados suscriptos *antes de 1945*.

Los redactores del estatuto mantuvieron el sistema de la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria, siempre prevista en el artículo 36, § 2. Con fecha 15 de julio de 1958, 38 de los 83 Estados parte en el estatuto se encontraban obligados por esa cláusula, entre ellos todos los miembros permanentes del Consejo de seguridad, con excepción de la U.R.S.S. La acepta-

ción de Francia, dada el 18 de febrero de 1947 y aprobada por la ley del 10 de julio de 1948 (D. 1948.248) fue modificada por una nueva declaración, válida por tres años, con fecha del 10 de julio de 1959 (texto en *R. G.*, 1959, p. 794-795). Pero el abuso de la reserva de la competencia esencialmente nacional tuvo por resultado en numerosos casos paralizar de hecho el ejercicio por la Corte de su actividad jurisdiccional.[25]

353. — COMPETENCIA CONSULTIVA. El nuevo estatuto conservó para la Corte su función consultiva. Destacaremos, sin embargo, que los consejos consultivos pueden ser pedidos a la Corte (art. 96 de la Carta): a) por el Consejo de seguridad; b) por la Asamblea general de la O.N.U.; c) por los demás órganos de la O.N.U. e instituciones especializadas, después de la autorización de la Asamblea general, lo que constituye una innovación con relación al régimen de 1920. Es interesante destacar que, contrariamente a la tesis que prevalecía en la S.D.N. antes de 1939, los votos sobre los pedidos de consulta se consideran como cuestiones de procedimiento que pueden obtener mayoría simple (declaración del presidente de la Asamblea general con fecha 6 de diciembre de 1949).

354. — EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LA CORTE. El artículo 94 de la Carta aporta una innovación, cuyo alcance es superfluo destacar, con relación al principio tradicional que negaba toda fuerza ejecutoria a las decisiones arbitrales y jurisdiccionales internacionales (*supra*, nº 328):

"Cada miembro de las Naciones Unidas se compromete a aceptar la decisión de la Corte internacional de Justicia en todo litigio del cual sea parte.

"Si una parte en un litigio no cumple con las obligaciones que le incumben en virtud de una sentencia dictada por la Corte, la otra puede recurrir al Consejo de seguridad, y éste, si

---

25 V. H. W. BRIGGS, *Reservations to the acceptance of compulsory jurisdiction of the International Court of Justice*, Rec. de los Cursos, 1958, I, p. 223-367 y B. MAUS, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la C. I. J.*, tesis, Ginebra, 1959.

lo juzga necesario, puede hacer recomendaciones o decidir las medidas a tomar para hacer ejecutar la sentencia."

Ello supone la introducción en el derecho positivo internacional de la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte, a imitación de la justicia interna. Destacaremos que al conceder la ejecución forzosa únicamente a las "sentencias", la Carta retorna a la distinción original de 1920, desconocida entonces por la evolución ulterior de la S.D.N. y de la C.P.J.I. (*supra*, nº 346), pero reafirmada por la nueva Corte en su consejo consultivo del 30 de marzo de 1950 relativo a la interpretación de los tratados de paz suscriptos con Bulgaria, Hungría y Rumania: "El consentimiento de los Estados parte en un diferendo es el fundamento de la jurisdicción de la Corte en materia contenciosa. No ocurre lo mismo en materia de consultas, aun cuando el pedido de consulta se refiere a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre Estados. La respuesta de la Corte no tiene más que un carácter consultivo: como tal, no podría tener efecto obligatorio" (p. 71).

355. — ACTIVIDAD DE LA CORTE.[26] A diferencia de su antecesora de 1920, la C.P.J.I. tuvo hasta hoy una actividad bastante limitada. Esta situación se debe, en parte, a la desconfianza que aún reina con respecto al juez en ciertos sectores de la comunidad internacional, especialmente en la U.R.S.S. y los Estados sometidos a su influencia; sea como fuere, después de catorce años de funcionamiento (1º de marzo de 1946-1º de julio de 1960), la Corte dictó 32 decisiones, 21 sentencias y 11 consejos consultivos.

Debemos señalar, para terminar, la tendencia reciente a multiplicar —por lo menos en Europa— los tribunales internacionales, en detrimento de la unidad necesaria de la jurisdicción interestatal (creación de una Corte europea de los derechos del hombre por la Convención de Roma de 1950 y de diversas Cortes de justicia europeas por el tratado de 1951 que instituía la Comunidad europea del carbón y del acero y por las Conven-

---

[26] E. HAMBRO, *La jurisprudence de la Cour internationale* (1920-1958), 2 vol., Leyde, 1958 y 1960.

ciones de Roma del 25 de marzo de 1957 que instituían una Comunidad económica europea y una Comunidad europea de la energía atómica). Cualesquiera fuesen las razones que determinan, específicamente, la especialización del juez, podemos estimar que el sistema de las Cámaras de procedimiento sumario de la Corte de La Haya habría provisto una solución técnicamente equivalente, ya que no se había contemplado ninguna integración orgánica de las nuevas Cortes en una estructura jurisdiccional.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SEXTA PARTE

LA GUERRA Y LA NEUTRALIDAD

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE GUERRA

356. — DEFINICIÓN E IDEAS GENERALES.[1] Fenómeno de patología social y factor de transformación política, la guerra puede considerarse desde el punto de vista histórico, político, económico, militar, sociológico, etc. Pero también podemos estudiarla desde el punto de vista jurídico, para el que la guerra constituye una lucha armada entre Estados con el fin de hacer prevalecer un punto de vista político, de acuerdo con medios reglamentados por el derecho internacional. Conviene considerar los elementos esenciales de esta definición.

En esta definición hay, ante todo, cierto número de elementos objetivos.

1º) La guerra constituye primeramente una *lucha armada entre Estados*. A diferencia de la guerra civil, o de una acción armada contra insurrectos o piratas, implica una lucha de fuerzas públicas y se analiza por lo tanto como una relación de Estado a Estado. La idea fue desarrollada desde un principio, en especial, por J. J. Rousseau en el *Contrato Social* (1762): "La guerra no es una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado, en la cual los particulares no son enemigos más que accidentalmente, no como hombres, sino como ciudadanos, no como miembros de la patria, sino como defensores."

2º) La guerra se desarrolla *de acuerdo con los medios reglamentados por el derecho internacional*. Aparece como un hecho, condición que provoca la aplicación de un estatuto jurídico determinado tanto a cargo de los Estados parte en la lucha (Estados beligerantes) como de los Estados en tercería (Estados

---

1 V. J. DELBEZ, *La notion de guerre* (R. G., 1952, p. 5-53, y 460-488, 1953, p. 16-39 y 177-209).

neutrales). En esta acepción técnica, el acto de guerra es un acto cumplido por un Estado en el ejercicio de sus derechos de beligerancia.

3º) La guerra tiende a hacer prevalecer un punto de vista político, y más precisamente un *punto de vista nacional*. La doctrina objetivista retuvo ese elemento de la definición viendo en la guerra "el recurso a la fuerza material con el fin de modificar el orden de las competencias gubernamentales en la sociedad internacional" (G. Scelle, *R. G.*, 1938, p. 275, nota I). Todo empleo de la fuerza no es, en efecto, sinónimo de guerra. Es así únicamente cuando, para retomar la fórmula del pacto Kellogg o pacto general de renuncia a la guerra del 27 de agosto de 1928 (Colliard, I, p. 361-362), los Estados recurren a la fuerza como "instrumento de política nacional". Por el contrario, el recurso a la fuerza en el marco de una acción colectiva, por mandato o invitación de un organismo internacional, no constituye un acto de guerra, sino de operación de policía.

357. — DISTINCIÓN ENTRE GUERRA Y REPRESALIAS. Pero la noción de guerra implica también un elemento subjetivo, siendo el estado de guerra, en amplia medida, la resultante de la voluntad de los Estados en conflicto, resultado que es querido en sí mismo y en sus efectos jurídicos. Aquí reside el criterio de distinción entre la guerra —recurso a la fuerza material en condiciones de duración y de generalidad incompatibles con el mantenimiento del estado de paz— y las medidas de represalia, caracterizadas por un recurso a la fuerza limitado y temporario que no modifica el estado de paz y no provoca ningún efecto respecto de los demás Estados. Tal criterio de distinción, de orden volitivo, es esencialmente relativo, ya que, extendiéndose progresivamente, los actos de represalia pueden desembocar en la guerra (ej.: conflicto franco-mejicano de 1838). La práctica internacional distingue las medidas de represalia de los actos de retorsión.

a) Las represalias son medidas coercitivas, derogatorias de las reglas ordinarias del derecho internacional, tomadas por un Estado como consecuencia de actos ilícitos cometidos en su per-

juicio por otro Estado, y tendientes a imponer a éste el respeto del derecho. Son, en suma, actos intrínsecamente ilícitos, pero cuya justificación excepcional reside en el hecho de que responden a un acto ilícito anterior del que tienden a obtener la anulación, la reparación o el arreglo. Las represalias pueden ser armadas (ej.: bloqueo pacífico, bombardeo naval) o no (embargo, confiscación, secuestro, embargo de navíos, boicot, bloqueo de fondos, arresto o expulsión de ciudadanos extranjeros, etc.). El problema de su licitud se presenta necesariamente en el primer caso, ya que el derecho convencional (Pacto de la S.D.N., pacto Kellogg, Carta de las Naciones Unidas) ha prohibido en todo o en parte el recurso a la fuerza.

b) En cuanto a las medidas de retorsión, difieren de las represalias en que, aunque constituyen como ellas medidas coercitivas que afectan los intereses de un Estado dado, no constituyen una violación al derecho positivo. Fueron aplicadas frecuentemente después de 1948 en las relaciones entre los Estados occidentales y las democracias populares (expulsión recíproca de agentes diplomáticos y consulares o limitación de sus desplazamientos en un radio determinado).

358. — Evolución de las concepciones jurídicas. Teoría de la guerra justa. Podemos adoptar dos situaciones extremas respecto de la guerra: condenarla sistemáticamente o glorificarla sin reservas. Podemos también unirnos a la afirmación intermedia que ve en ella un mal necesario en ciertos casos. La doctrina del derecho internacional refleja esas divergencias: a) para ciertos autores (caso de los pertenecientes a la escuela nacional-socialista), la guerra constituye un fenómeno superior al derecho; b) para muchos autores positivistas, es un fenómeno extraño al derecho; c) finalmente, la opinión dominante después de la conclusión del pacto Kellogg es que la guerra es un fenómeno contrario al derecho, cuyo carácter esencial es no ser ni supra, ni extrajurídica, sino antijurídica.

Importa señalar aquí una teoría inspirada por el derecho natural, desarrollada por los teólogos y que conservó siempre cierto crédito en la literatura jurídica francesa: es la *teoría de la guerra justa*, desarrollada a partir de fines del siglo XVI por los canó-

nigos españoles (Vitoria, Suárez). En esta concepción, la guerra no constituye ni un accidente ni un simple hecho, sino un verdadero procedimiento judicial. Para que haya guerra justa, son necesarias cuatro condiciones: a) *justo título*, es decir, declaración por la autoridad competente (condición que servía para condenar las guerras privadas medievales); b) *justa causa*, o sea motivo fundado sobre la justicia y proporcionado al mal ocasionado por la guerra; c) *necesidad*, vale decir, ausencia de otro medio de hacerse justicia; d) *justa conducción de la guerra*, de manera que se prepare el retorno al orden y a la paz.

Esta teoría, en apariencia muy lógica y muy sólida, no escapa sin embargo a las objeciones: a) es difícil encontrar un elemento de solidaridad moral entre el pueblo y el príncipe en la época en que fue emitida; b) el juez es al mismo tiempo parte, ya que es cada Estado el que aprecia por su cuenta la justicia de su propia causa; c) esta doctrina no está exenta de casuística, ya que la guerra puede ser justa para ambas partes a la vez. Se prepara así el camino para la construcción de los políticos y de los juristas del Renacimiento que, al invertir la fórmula de los canonistas, estimaron que la guerra es justa cuando es necesaria.

359. — LA GUERRA TOTAL. En la época contemporánea, la noción de guerra evolucionó, bajo la influencia de las concepciones políticas (sustitución del ejército profesional por la conscripción, debido a la adopción de la teoría de la nación armada surgida de la Revolución francesa) y del progreso técnico (consecuencia de la civilización industrial), para dar nacimiento a la teoría de la guerra total. Esta tuvo sus doctrinarios (cf. el memorándum de la O.K.W. del 1º de octubre de 1938 y la declaración del mariscal Goering en el proceso de Nüremberg el 15 de marzo de 1946, de acuerdo con los cuales la guerra total vuelve caducas las prescripciones del derecho internacional). Efectivamente, en la guerra total los beligerantes rechazan las reglas jurídicas que limitan su libertad de acción, y buscan utilizar sus fuerzas al máximo para quebrar la voluntad del adversario.

La guerra total contemporánea se caracteriza, en primer término, por su *extensión en el espacio*. Es: a) una guerra universal (38 Estados beligerantes en 1914-1918, 55 en 1939-1945) por oposición a las guerras localizadas del pasado; b) una guerra cuyo teatro desborda el territorio estricto de los beligerantes; c) una guerra que se extiende a todas las personas, comprendidos los no combatientes. La guerra total se caracteriza igualmente por su *extensión en el tiempo*, y esto desde dos puntos de vista: a) el concepto de guerra total se refleja en el acto jurídico que pone fin a la lucha armada (armisticio-capitulación de 1918, rendición incondicional de 1945), acto cuyos efectos, a la vez políticos, económicos y militares, desbordan el círculo de los beligerantes para afectar a los demás Estados; b) la guerra total se prolonga después de finalizadas las hostilidades con la "guerra fría".

Es fácil ver que el concepto de guerra total es de una naturaleza capaz de modificar la actitud del derecho internacional respecto del fenómeno de la guerra. Mientras en el derecho de gentes clásico la guerra constituye una forma extrema, pero lícita, de arreglo de los conflictos internacionales que no concierne más que a los beligerantes, hoy aparece como un fenómeno que afecta a la sociedad internacional entera, tanto en el plano de la asistencia mutua contra el agresor, como en el de la represión penal del crimen internacional que constituye.

360. — Fuentes del derecho de guerra. El derecho de guerra es hoy, en gran parte, un derecho escrito (declaración de París del 16 de abril de 1856 sobre la guerra marítima, declaración de San Petersburgo del 29 de noviembre de 1868, Convenciones de La Haya del 29 de julio de 1899 y del 18 de octubre de 1907, protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925 sobre la guerra química, protocolo de Londres del 6 de noviembre de 1936 sobre el empleo de los submarinos; Convenciones de Ginebra del 22 de agosto de 1864, 6 de julio de 1906, 27 de julio de 1929 y 12 de agosto de 1949, en vigor entre 56 Estados el 1º de mayo de 1957; Convenciones de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado).

Todas las Convenciones de La Haya de 1907 contienen una cláusula (cláusula de salidaridad o *si omnes)* concebida así: "Las disposiciones contenidas en la presente convención no son aplicables más que entre las potencias contratantes y solamente si los beligerantes son todos parte en la convención". Esta cláusula —que no figura en las convenciones ulteriores— tuvo efectos deplorables en el curso de la primera guerra mundial proveyendo a las potencias centrales un pretexto cómodo para no aplicar las disposiciones de La Haya. Un argumento análogo, deducido de la entrada en guerra de Italia, que no había ratificado ninguna de las convenciones de 1907, fue retomado, en la segunda guerra mundial, por algunas decisiones francesas. Por el contrario, el Tribunal militar internacional de Nüremberg, en su sentencia del 1º de octubre de 1946, se pronunció por la aplicabilidad de las convenciones de La Haya a un Estado no signatario, específicamente Checoslovaquia.

361. — PLAN DEL CAPÍTULO I. Estudiaremos en tres secciones la guerra terrestre, marítima y aérea.

SECCIÓN I

La guerra terrestre

362. — PLAN DE LA SECCIÓN I. Consagraremos tres párrafos distintos al desarrollo cronológico de la guerra, es decir, al comienzo, a la conducción y al fin de las hostilidades.

§ 1. – *Comienzo de la guerra*

363. — EXIGENCIA DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA. Encontramos un principio importante en lo que concierne al comienzo de la guerra: la exigencia de una notificación formal del comienzo de las hostilidades. La práctica de la declaración de guerra es muy antigua, aunque se observa que progresivamente se fueron abandonando las formas solemnes. Sin embargo, la

doctrina anglosajona, a diferencia de los autores continentales que no dudaron jamás sobre la necesidaded de una declaración expresa, consideró por largo tiempo a esta exigencia como una formalidad puramente facultativa, de la que es posible apartarse de hecho. Se invocaron dos argumentos a ese efecto: a) es ridículo debilitarse quitándose el beneficio de una sorpresa inicial; b) el punto de partida de las hostilidades se conoce igualmente bien teniendo en cuenta el primer acto de agresión, que tomando la fecha de una declaración de guerra formal, que complica aún más las cosas. Las dos aplicaciones más célebres de esta concepción fueron hechas por Japón (ataque sin declaración a la China el 25 de julio de 1894 y a Rusia el 9 de febrero de 1904), compartiendo el gobierno nipón sobre este punto las teorías inglesas.

La exigencia de la declaración de guerra fue consagrada en el derecho positivo por la Convención III de La Haya del 18 de octubre de 1907 relativa al comienzo de las hostilidades. Al subordinar estos últimos a una "advertencia previa e inequívoca", esta convención obedece al principio de la publicidad internacional, cuya práctica conoce otras aplicaciones, especialmente en materia de ocupación y de bloqueo. La declaración de guerra afecta dos formas: a) la declaración de guerra con efecto inmediato, que en principio debe ser motivada; b) la declaración de guerra condicional (procedimiento del ultimátum), redactada en términos perentorios dirigida a un Estado con el fin de obtener, en un plazo generalmente muy breve, ciertas satisfacciones (actos positivos o abstenciones), a falta de las cuales el estado de guerra nace automáticamente a la expiración del plazo.

La declaración de guerra debe notificarse a las potencias neutrales (art. 2º de la Convención III de 1907). Es el derecho público interno de cada Estado el que determina la autoridad estatal competente para declarar la guerra, siendo habitualmente el Parlamento asociado, en ese punto, de acuerdo con modalidades variables, a las iniciativas del Ejecutivo (Francia: art. 9 de la ley constitucional del 16 de julio de 1875 y art. 7

de la Constitución del 27 de octubre de 1946, que exigen el consentimiento previo de las Cámaras).

La primera guerra mundial (cf. el cuadro de las declaraciones de guerra en *R. G.*, 1918, p. 84-92) marcó un retorno a la observancia de las prescripciones convencionales, aun por parte del Japón, que declaró regularmente la guerra a Alemania el 23 de agosto de 1914. En lo que concierne a la segunda guerra mundial, la exigencia de la declaración de guerra fue observada en general, bajo sus diversas modalidades, por las Naciones Unidas. Pero la práctica fue desconocida frecuentemente, especialmente por parte de las potencias del Eje (ataque sin advertencia de Alemania a Polonia el 31 de agosto de 1939 y a la U.R.S.S. el 22 de junio de 1941; agresión de Japón a los Estados Unidos en Pearl Harbour el 7 de diciembre de 1941, seguida, al día siguiente, por una declaración de guerra formal) y por la U.R.S.S. (ataque sin declaración de guerra a Finlandia el 30 de noviembre de 1939). La situación jurídica se complicó, por otra parte, por el gran número de naciones en estado de guerra con las potencias del Eje (47 al final de las hostilidades), así como por la dualidad gubernamental de ciertos Estados (Francia e Italia a partir de 1943).

364. — EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE GUERRA. La declaración de guerra produce efectos muy importantes. Provoca *ipso facto:* a) la sustitución del estado de paz por el estado de guerra; b) el nacimiento de la situación de neutralidad para los Estados no beligerantes; c) la caducidad de ciertos tratados suscriptos anteriormente entre los beligerantes (*supra*, nº 72). Algunas de estas consecuencias exigen un estudio especial.

365. — I. – RUPTURA DE RELACIONES DIPLOMÁTICAS ENTRE LOS ESTADOS BELIGERANTES. La guerra provoca la salida y la repatriación de los agentes diplomáticos y consulares de los Estados beligerantes, estando sometidos éstos, en la práctica reciente, al régimen del intercambio operado en territorio neutral sobre la base de la reciprocidad.

En cuanto a los intereses de los beligerantes, están confiados a la *protección de una tercera potencia*, habitualmente neu-

tral.[2] Jurídicamente, esta situación, cuyo único fundamento es el orden consuetudinario, se analiza no como una sustitución de competencia, sino como una colaboración accidental y momentánea, efectuada con el consentimiento de la parte adversaria. Este fenómeno revistió una amplitud excepcional en el curso de la segunda guerra mundial, durante la cual Suiza representó a 35 Estados beligerantes y Suecia a 19. La función del Estado en tercería consiste: a) en conducir las negociaciones relativas al intercambio del personal diplomático y consular de la potencia protegida; b) en proteger a los ciudadanos de dicha potencia (protección y repatriación de los civiles internados); c) en proteger las propiedades públicas de los Estados beligerantes (edificios oficiales y archivos); d) en proteger la propiedad privada de los ciudadanos de los Estados beligerantes; e) en proteger, juntamente con el Comité Internacional de la Cruz Roja, a los prisioneros de guerra (visita a los campos, distribución de socorros, intercambio de informaciones de identidad, repatriación de los enfermos y heridos).

366. — II. - CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS BELIGERANTES. Contrariamente a las guerras anteriores, la guerra total de la época contemporánea agrava la condición jurídica de los ciudadanos enemigos, desde un cuádruple punto de vista: 1º) en lo que concierne a su determinación; 2º) en lo que concierne a su condición personal; 3º) en lo que concierne a su actividad económica; 4º) en lo que concierne a su condición patrimonial.

1º) *Determinación del carácter enemigo.* Es necesario distinguir:

A. – Tratándose de *personas físicas,* son posibles dos sistemas, y en un momento fueron aplicados concurrentemente: el sistema francés de la nacionalidad y el sistema anglosajón del domicilio o de la residencia, reposando este último sobre la identificación del sujeto enemigo con la población local (neu-

---

2 V. A. JANNER, *La Puissance protectrice en droit international,* tra. franc. Bâle, 1948; H. EROGLU, *La représentation internationale en vue de protéger les intérêts des belligérants,* tesis, Neuchatel, 1950.

tral o adversaria) en el seno de la cual se encuentra. Gran Bretaña abandonó esta concepción, por otra parte, en 1915.

B. – En lo que concierne a las *sociedades*, encontramos las mismas divergencias. Al sistema francés tradicional de la sede social se opuso desde el comienzo la teoría anglosajona del control, que no considera como criterio de nacionalidad la ubicación geográfica de la sociedad —elemento en sí contingente y accidental— sino la nacionalidad efectiva del personal de dirección y de los tenedores del capital social. Esta teoría, elaborada en 1902 en Inglaterra durante la guerra de Transvaal, debía ser definitivamente consagrada en el curso de la primera guerra mundial. La teoría del control ganó a su vez Francia, donde fue admitida progresivamente: a) por la jurisprudencia, en el curso de la primera guerra mundial, como consecuencia de una circular ministerial del 29 de febrero de 1916, que recomendaba a los tribunales considerar como enemiga —a pesar de su nacionalidad aparente— a toda sociedad cuya dirección o capitales estuvieran en su totalidad o en su mayor parte en manos de súbditos enemigos (Rec. 20 de julio de 1915, S. 1916.1.148, y 27 de mayo de 1921, *Gaz. Pal.* 1921.2.206, y *Clunet*, 1923, p. 322); b) por la legislación, desde el comienzo de la segunda guerra mundial (arts. 2 y 3 del decreto del 1º de setiembre de 1939, D. P. 1939.4.431). Los tratados de paz de 1919 (art. 297-b del tratado de Versalles) consagraron la teoría a propósito de la liquidación de los bienes situados en los Estados aliados y pertenecientes a sociedades "controladas" por el enemigo. Los tribunales arbitrales mixtos la acogieron igualmente.

2º) *Condición personal de los súbditos enemigos.* Antiguamente, los súbditos enemigos podían continuar residiendo libremente en el territorio del beligerante adversario. Ese régimen liberal desapareció con las guerras de la Revolución y del Imperio para dar lugar tanto al arresto e internación de los súbditos enemigos, como a su expulsión. La guerra contemporánea se caracteriza por la internación de los súbditos enemigos en campos de concentración. Esta práctica, inaugurada por Inglaterra respecto de los Boers en la guerra de Transvaal, fue puesta sistemáticamente en práctica por los beligerantes en

el curso de las dos guerras mundiales, y tanto más fácilmente cuanto que ninguna estipulación convencional limitaba o prohibía su aplicación.

Se realizó un progreso apreciable a este respecto en el derecho positivo reciente. De acuerdo con la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (texto. *R. G.* 1950, p. 110-158), la internación o la residencia forzosa de los súbditos enemigos sólo podrá ordenarse cuando la seguridad de la potencia en cuyo poder se encuentran esas personas hace absolutamente necesaria esa medida (art. 42) y bajo reserva de un control jurisdiccional o administrativo periódico (art. 43), conservando los internados, de acuerdo con los términos del artículo 80, su plena capacidad civil y ejerciendo los derechos que de allí surgen en la medida compatible con su estatuto de internados.

3º) *Interrupción de las relaciones privadas entre ciudadanos de los Estados beligerantes.* Esta regla presenta un doble aspecto.

A. – *Prohibición del comercio con el enemigo.* Antes de 1914, la mayor parte de los autores anglosajones, de acuerdo con Bynkershoock, afirmaba la existencia de una regla general de derecho internacional que prohibe el ejercicio del comercio a los súbditos enemigos. La doctrina continental niega, por el contrario, esta regla, pero reconoce que los Estados beligerantes tenían el derecho de tomar medidas para prohibir efectivamente el comercio. No había entre las dos concepciones más que una simple diferencia de técnica jurídica.

En el curso de la primera guerra mundial, todos los beligerantes tomaron medidas para prohibir el comercio con el enemigo. Ese fue el caso especialmente en Francia (decreto del 27 de setiembre de 1914), en Inglaterra (*Trading with the enemy Act*, del 18 de setiembre de 1914), en Alemania (ordenanza del 30 de setiembre de 1914), en los Estados Unidos (*Trading with the enemy Act*, del 6 de octubre de 1917), etcétera.

Un sistema análogo fue retomado en el curso de la segunda guerra mundial. Para Francia, el texto esencial es el decreto-

ley del 1º de setiembre de 1939 relativo a las prohibiciones y restricciones de relaciones con los enemigos y las personas que se encuentran sobre un territorio enemigo u ocupado por el enemigo (D. P. 1939.4.431) completado por otro decreto del mismo día (D. P. 1939.4.432). La reglamentación, de carácter muy amplio, combinaba los dos criterios, nacionalidad y domicilio, y prohibía toda relación directa o indirecta con el enemigo, es decir, no solamente todo comercio con el enemigo, sino igualmente toda operación de naturaleza tal que pudiera aportar una asistencia al enemigo. Esta prohibición general no estaba atemperada más que por excepciones bien delimitadas, que reposaban sobre necesidades de orden internacional, sobre consideraciones de humanidad o de oportunidad, sobre la preocupación de no perjudicar los intereses de las naciones, etc. Medidas similares fueron tomadas en Inglaterra *(Trading with the enemy Act* del 5 de setiembre de 1939 y *Defence regulations* de 1940) y en los Estados Unidos *(Trading with the enemy Act* del 18 de diciembre de 1941, enmendada el 1º de mayo de 1943), así como por los demás beligerantes.

B. – *Nulidad de los contratos suscriptos con el enemigo.* Al mismo tiempo, los Estados beligerantes proclamaban, desde comienzos de la primera guerra mundial, la nulidad absoluta de todo contrato que implique relaciones con el enemigo y con efectos posteriores a la apertura de las hostilidades, como contrario al orden público (cf. como aplicaciones en Francia, Rec. 26 de marzo de 1919, S. 1921. 1.78 y 12 de abril de 1929, S. 1930.1.67). Los contratos anteriores podían ser suspendidos si se consideraba necesario. Las mismas reglas reaparecieron en 1939 (art. 5 del decreto francés precitado del 1º de setiembre de 1939).

4º) *Condición de los bienes enemigos.*[3] En lo que concierne a la condición de los bienes de los súbditos beligerantes exis-

---

3 V. E. AUDINET, *Restrictions aux droits patrimoniaux des sujets ennemis dans la guerre de 1914-1918* (R. G., 1920, p. 289-358); CH. BERNARD y otros, *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre*, 2 vol., París 1927-1930; P. DE SOLÈRE, *Condition des biens ennemis* (Répertoire de dr. int. t. IV, 1929, p. 449-551).

tentes en territorio enemigo, la guerra total de la época contemporánea destruyó por completo el principio en vigor anterior a 1914, de acuerdo con el cual se respetaba la propiedad privada, siendo la propiedad pública la única sujeta a confiscación.

A. – *Primera guerra mundial.* Durante la guerra de 1914, casi todos los Estados beligerantes, sea (caso general) en el plano legislativo, sea (caso de Francia) en el plano jurisprudencial, tomaron medidas restrictivas y muy rigurosas que van del simple secuestro (Francia) a la liquidación y a la venta de los bienes de los súbditos enemigos (Gran Bretaña, Alemania). En apoyo de esas medidas, los gobiernos hicieron valer argumentos de muy distinto valor, invocando a veces el interés de los propietarios impedidos de administrar sus bienes y presentando entonces las disposiciones que adoptaban como medidas conservatorias, o como una especie de prenda anticipada sobre las reparaciones (teoría llamada de los rehenes económicos).

Las restricciones a los derechos de los propietarios enemigos tuvieron entonces un triple objeto: a) tendían, ante todo, a hacer conocer los bienes enemigos y a retenerlos en el territorio del país en que se encontraban, de donde nacía la obligación de la *declaración* de los haberes enemigos (bienes muebles e inmuebles, corporales o incorpóreos, títulos de crédito, etc.), acto puramente conservatorio que por sí mismo no perjudicaba los derechos de los propietarios, sino que preparaba las demás medidas y aseguraba su aplicación; b) el segundo grado de las medidas restrictivas de guerra consistía en desposeer a los propietarios: de aquí surge la institución del *secuestro* cuya organización varió de acuerdo con los países beligerantes; c) el fin último de toda esta reglamentación era la *liquidación* y la venta de los bienes enemigos. Fue instituida por todos los beligerantes, con excepción de Francia: Inglaterra (*Act.* del 17 de enero de 1916 y del 14 de marzo de 1917), Italia, Estados Unidos, etcétera.

El régimen de los secuestros se prolongó tiempo después del fin de las hostilidades. Para los bienes situados en Francia, terminó recién como consecuencia del acuerdo de Berlín del

30 de octubre de 1926. La aplicación de esas diversas medidas fue confiada en Francia a la Oficina de bienes e intereses privados.

B. – *Segunda guerra mundial.* La guerra de 1939 se inició sin que estuviesen solucionadas a este respecto las imperfecciones del derecho convencional. Un régimen análogo al de 1914 —elaborado alrededor de las tres ideas de control, secuestro y liquidación— fue aplicado por todos los beligerantes.

Contrariamente a lo que sucedió en la primera guerra mundial, las medidas adoptadas en Francia recibieron un fundamento legal. El texto esencial en la materia fue el decreto del 1º de setiembre de 1939 (D. P. 1939.4.433). La idea general sobre la cual se basaba esta reglamentación —necesidad de asegurar la gestión de los patrimonios abandonados por sus poseedores— recibe su justificación doctrinal de 1914-1918. El sistema francés comportaba dos medidas: a) el inventario de los bienes enemigos, aplicable a todos los súbditos enemigos que se encontraran en territorio francés o aliado; b) el secuestro facultativo (dependiente de las requisiciones del tribunal) y que reservaba una parte de los bienes a los interesados para permitirles subsistir. Medidas semejantes fueron tomadas por los demás beligerantes.

Los tratados de paz del 10 de febrero de 1947 (Italia, art. 78-79; Bulgaria, art. 23-33; Hungría, art. 26-37; Rumania, art. 24-35; Finlandia, art. 25-33) y del 8 de setiembre de 1951 (Japón, art. 14) confirmaron esas medidas de desposesión, obligando, sin embargo, a los Estados vencidos, a restituir los bienes aliados embargados. Deben hacerse tres observaciones a ese respecto: a) se presentaron dificultades bastante graves en cuanto a la determinación de los bienes enemigos, habiendo confiscado la U.R.S.S., por ejemplo, como bienes alemanes, los bienes austríacos de que se había posesionado el Reich después del Anschluss; b) las medidas de desposesión que afectaban a los bienes enemigos fueron declaradas oponibles a los Estados neutrales, en virtud de acuerdos especiales suscriptos por las potencias occidentales con Suiza (25 de mayo de 1946), Suecia (18 de julio de 1946) y España (29 de octubre de 1946). El más impor-

tante de esos acuerdos, el de Washington del 25 de mayo de 1946, preveía la liquidación de los bienes alemanes en Suiza, debiendo repartirse el producto de esa expropiación forzosa por mitades entre los aliados y Suiza. La evolución de las relaciones entre los Aliados y Alemania occidental volvió prácticamente imposible la ejecución de esas diversas operaciones, renunciando los Aliados a la liquidación de los haberes alemanes bloqueados en Suiza contra el pago de una indemnización de 121 millones de francos suizos por la República Federal Alemana (acuerdos suscriptos en Bonn y en Berna el 26 y el 28 de agosto de 1952); c) el retorno al derecho común se efectuó con mayor rapidez que después de la primera guerra mundial, habiendo renunciado la mayor parte de los beligerantes a valerse de las medidas excepcionales tomadas por ellos en el curso de las hostilidades.

§ 2. – *Conducción de la guerra*

367. — Teatro de las hostilidades. Las hostilidades no pueden, en principio, desarrollarse más que en ciertas zonas determinadas. Algunos autores ingleses (Oppenheim) distinguen a este respecto la *región de la guerra* (espacios en los cuales los beligerantes pueden preparar y realizar las hostilidades) y el *teatro de la guerra* (espacios en los cuales tienen lugar efectivamente las hostilidades).

Normalmente, esas dos zonas coinciden. Puede, sin embargo, suceder de otra manera, y ello desde un doble punto de vista: a) ciertos territorios sometidos a la soberanía de los Estados beligerantes pueden sustraerse a las hostilidades, sea en virtud de una decisión unilateral de la parte adversaria (actitud de Italia en 1911-1912 con respecto a Creta y Egipto), sea en virtud de disposiciones internacionales imperativas que desembocan en la exclusión convencional de un territorio de la "región de la guerra" (caso de la neutralización); b) inversamente, sucede a veces que las hostilidades se desarrollan sobre el territorio de Estados neutrales (caso de la guerra ruso-japonesa de 1904-1905, que se desarrolló enteramente sobre territorio de Manchuria y de Corea; caso de la ocupación de Salónica por

los Aliados, que transformó esa región en un teatro de hostilidades en una época —del 1º de octubre de 1915 al 29 de junio de 1917— en que Grecia era jurídicamente neutral). A este respecto, la segunda guerra mundial se caracterizó: 1º) por la extensión de las hostilidades a Estados neutrales (Egipto) y a territorios neutralizados (ex territorios bajo mandato japonés en el Pacífico); 2º) por el sometimiento a la beligerancia de territorios de Estados aliados ocupados por las fuerzas del Eje, aun cuando sus gobiernos hubiesen decidido en 1940 cesar las hostilidades (Francia, Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, Noruega); 3º) por la ocupación preventiva del territorio de Estados anterior o aparentemente neutrales, por cada grupo de beligerantes (Rumania y Bulgaria por las potencias del Eje a fines de 1940; Groenlandia, Islandia e Irán en 1941 por las Naciones Unidas).

En todas estas hipótesis, la extensión del teatro de las hostilidades es una consecuencia del carácter totalitario de la guerra moderna; por lo tanto, muy pocos espacios escapan a la beligerancia.

368. — DISTINCIÓN ENTRE COMBATIENTES Y NO COMBATIENTES. Los actos de hostilidad no pueden ser cumplidos por cualquiera. El derecho de gentes reposa a este respecto sobre la distinción entre: a) los *combatientes*, los cuales son los únicos que pueden —según el derecho internacional— cometer actos de hostilidad y están expuestos al ataque por parte del adversario, pero que, en consecuencia, tienen derecho al tratamiento de prisioneros de guerra en caso de captura por el enemigo, y b) los *no combatientes*, los cuales deben abstenerse de cometer actos de hostilidad, pero que ,no participando en la lucha, deben ser respetados por el enemigo, salvo exponerse a la represión penal si cumplen actos de beligerancia.

Aunque en el pasado existió a este respecto una cierta oposición de intereses entre las grandes potencias, únicas que poseían entonces un ejército regular, y los pequeños Estados, ligados al sistema de las milicias y de los cuerpos de voluntarios, esta distinción es tradicional y ha sido consagrada por el derecho convencional (preámbulo de la Convención IV de La Haya de 1907).

El carácter de combatiente regular pertenece a todos los miembros de las fuerzas armadas del Estado, nacionales (metropolitanas e indígenas de los territorios de ultramar) y extranjeras (caso de los soldados de la Legión Extranjera, de los Garibaldinos en 1870-1871, de los voluntarios italianos del Argonna en 1914-1915, de la escuadrilla americana *La Fayette* en 1916, etc.). La cuestión de saber si este carácter debe reconocerse a otras personas distintas de los miembros de las fuerzas militares del Estado no se preenta hoy en los mismos términos que antiguamente.

A. – *Posición del problema en el pasado.* Dos problemas presentaban entonces un interés práctico: el del reclutamiento en masa y el de los cuerpos francos.

1º *Reclutamiento en masa.* Esta expresión se interpretaba de maneras muy diversas. En Francia (1793), designaba simplemente la conscripción. Por el contrario, el reclutamiento en masa prusiano de 1813 era un llamado dirigido a todos los súbditos prusianos para tomar las armas y atacar a las tropas enemigas de cualquier manera, concepción que determina expresas reservas. El artículo 2 del Reglamento anexado a la Convención IV de La Haya de 1907, admite que, cuando la población del territorio no ocupado se levanta en masa contra el invasor sin haber tenido tiempo para organizarse, se considera sin embargo como beligerante si lleva armas abiertamente y si respeta las leyes y costumbres de la guerra. Esta reglamentación permaneció hasta ahora en un plano meramente teórico.

2º *Cuerpos francos.* Antiguamente se presentó la cuestión de saber si se consideraban combatientes regulares a los cuerpos francos; sobre este punto los autores están divididos y la práctica mal establecida. En 1870, se constituyeron en Francia cuerpos de voluntarios bajo el nombre de *francotiradores*, a los que el Gobierno y el comando alemán rehusaron reconocer el carácter de beligerantes regulares (declaración de Bismark, proclama del general von Werder). De acuerdo con la reglamentación de La Haya (art. 1º del Reglamento de 1907), los miembros de las milicias y cuerpos de voluntarios tienen la cualidad

de beligerantes regulares desde que: a) su acción está unida a la del Estado al cual pertenecen (existencia de un jefe responsable y de un signo distintivo reconocible); b) combaten abiertamente y observan las leyes y costumbres de la guerra.

B. – *Posición del problema en la época actual.* La segunda guerra mundial renovó los aspectos del problema desde dos puntos de vista:

1º *Fuerzas libres.* Después de 1940 se presentó la cuestión con una amplitud particular debido a la continuación de la guerra entre ciertos elementos nacionales que no admitían la cesación de las hostilidades consentida por los gobiernos de hecho (caso de las Fuerzas francesas libres o F.F.L.). La situación jurídica se complicó por la inserción, en la convención de armisticio franco-alemana del 22 de junio de 1940, de una disposición equívoca (art. 10), de acuerdo con la cual los ciudadanos franceses que continuaran combatiendo contra Alemania serían tratados como "francotiradores".

2º *Miembros de los movimientos de resistencia.* La segunda guerra mundial se caracterizó, igualmente, por el papel importante que jugaron los guerrilleros en los territorios ocupados por los ejércitos del Eje, especialmente en Francia (maquis, miembros de las redes y organizaciones Combate, Liberación, O.C.M., F.T.P., etc.), en Polonia, en la U.R.S.S., en Yugoslavia, en Grecia, en Noruega y en Italia. No existía a este respecto ninguna reglamentación jurídica en 1939, no refiriéndose el Reglamento de La Haya sino a los movimientos de resistencia organizados (milicias y cuerpos de voluntarios) y permaneciendo mudo en cuanto al estatuto de los "resistentes" individuales y aislados.

La doctrina del gran estado mayor alemán se expresó antes de la guerra en el párrafo 3º de la Ordenanza del 17 de junio de 1938. Ese texto castigaba con la muerte "la actividad de francotirador" de toda persona que, sin formar parte de las fuerzas armadas enemigas, portase armas o se dedicara a actos de combate contra los miembros del ejército alemán. En aplicación de ese texto los guerrilleros fueron ejecutados en general

como "terroristas" por orden del O.K.W., independientemente de saber si en sus operaciones se habían comportado como combatientes, observando las leyes y costumbres de la guerra.

Recién después del desembarco aliado en Normandía, las fuerzas francesas del interior recibieron un estatuto jurídico mediante ordenanza del Comité francés de liberación nacional, con fecha 9 de junio de 1944. De acuerdo con ese texto, las F.F.I. comprendían "el conjunto de las unidades combatientes y sus servicios que luchan contra el enemigo en el territorio metropolitano, cuya organización es reconocida por el C.F.L.N. y que tiene jefes reconocidos por el C.F.L.N.". La ordenanza agregaba que las F.F.I. formaban parte integrante del ejército francés y respondían a las condiciones generales fijadas por el Reglamento de La Haya de 1907. A pesar de esas precauciones, Alemania continuó tratando a los miembros de las F.F.I. como francotiradores.

El problema de la aplicación del estatuto de persona protegida a los resistentes aislados fue examinado por la Conferencia de Ginebra de 1949. Unicamente la resistencia colectiva en forma de movimiento organizado, operando en el exterior o en el interior del territorio ocupado, se beneficia con el tratamiento de prisioneros de guerra, a condición de que sus miembros se conformen con las condiciones establecidas por el Reglamento de La Haya de 1907 (art. 4º, A-2º de la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra, *R. G.*, 1950, p. 569).

369. — Medios de hostilidades. Los beligerantes no tienen una libertad ilimitada en el empleo de los medios de guerra. El artículo 22 del Reglamento de La Haya de 1907 dictó a ese respecto una regla importante, prohibiendo el empleo de los medios bárbaros y de los medios pérfidos.

A. – *Prohibición de los medios bárbaros.* Es necesario entender por esto todos los medios de guerra que causan daños inútiles. Están, así, prohibidos los medios siguientes:

a) *Balas explosivas.* La prohibición resulta de la declaración de San Petersburgo del 11 de diciembre de 1868.

b) *Balas explosivas o "dum-dum"*. Esas balas, que se expanden o se aplastan en el cuerpo humano, están prohibidas por la declaración de La Haya del 29 de julio de 1899.

c) *Gases asfixiantes y tóxicos*. Prohibidos por la declaración de La Haya del 29 de julio de 1899, los gases asfixiantes fueron utilizados por primera vez por Alemania en el curso de la primera guerra mundial, y luego, como represalia, por los Aliados. El empleo de los gases está formalmente prohibido en el momento actual, por el tratado de Washington del 6 de febrero de 1922 relativo al empleo de los gases asfixiantes en tiempo de guerra y por el protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925 concerniente a la prohibición de la guerra con gases asfixiantes, tóxicos o similares y de los medios bacteriológicos, firmado por 38 Estados y en vigor entre unos treinta.

d) *Arma atómica*. Tras la bomba atómica empleada por la aviación americana el 6 y el 9 de agosto de 1945 contra Hiroshima y Nagasaki, ninguna disposición convencional prohibió el empleo de la energía atómica con fines bélicos. El problema está siempre a estudio ante la Subcomisión de desarme de la O.N.U.

e) *Bombardeo*. La cuestión de los medios de destrucción debe examinarse finalmente en lo que concierne al bombardeo. Toda la reglamentación de La Haya (art. 25 del Reglamento de 1907) se funda a este respecto sobre la distinción entre ciudades abiertas y ciudades defendidas, siendo el bombardeo de estas últimas el único lícito, como contrapartida de su aptitud para la defensa militar. Fruto de una técnica antigua, elaborada en la época de la guerra de movimiento, esta distinción no corresponde ya a la realidad: después de 1914 se reveló como impracticable, con la estabilización del frente consecutivo a la guerra de trincheras. Las reglas que la completan (advertencia por el atacante de su intención de atacar, salida previa de las bocas inútiles, bombardeo exclusivo de los edificios militares, respeto por los edificios públicos y las habitaciones privadas) subrayan suficientemente su arcaísmo.

B. – *Prohibición de los medios pérfidos.* A diferencia de la astucia, que es lícita (cf. el empleo del Caballo de Troya, el papel del camouflage en la guerra moderna, el empleo de los uniformes blancos para los tiempos de nieve, etc), la perfidia está prohibida y es punible. Implica siempre un disimulo fraudulento y una falta de lealtad en el comportamiento con respecto al enemigo (ej.: abuso de la bandera blanca, uso de falsos pabellones o de falsos uniformes, procedimiento empleado por Alemania que, en el momento de su contraofensiva de las Ardenas en diciembre de 1944, utilizó S.S. vestidos con uniformes americanos).

En cuanto al espionaje —caracterizado por el hecho de reunir clandestinamente informaciones en la zona de operaciones de un beligerante con la intención de comunicarlas a la parte adversaria— no constituye en sí una violación del derecho de gentes. Pero el espía puede ser castigado en su persona, a condición de ser sorprendido en el hecho y después de un juicio previo.

370. — Condición jurídica de los prisioneros de guerra.[4] La reglamentación del régimen de los prisioneros de guerra tiene hoy un fundamento convencional, después de haber sido durante largo tiempo consuetudinario. Fue definida por tres textos sucesivos: el capítulo II (art. 4-20) del Reglamento de La Haya anexado a la Convención IV de 1907; la Convención de Ginebra del 27 de julio de 1929 para el mejoramiento de la suerte de los prisioneros de guerra *(R. G.,* 1929, p. 601-618); la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 concerniente al tratamiento de los prisioneros de guerra *(R. G.,* 1950, p. 568-624). La idea esencial que inspira esta reglamentación es que el cautiverio de guerra no es una medida represiva, sino que constituye una medida de precaución tomada respecto de un adversario desarmado. Por eso los prisioneros de guerra deben estar a salvo y ser tratados humanamente; pueden ser obligados a trabajar, a condición de que el trabajo no tenga nin-

4 V. G. Werner, *Les prissonniers de guerre* (Rec. de los Cursos, 1928, I, p. 5-107); M. Flory, *Vers une nouvelle conception du prissonnier de guerre,* R. G., 1954, p. 53-75.

guna relación con las operaciones militares; el Estado captor no debe ejercer ninguna represalia a su respecto; en caso de evasión, las únicas sanciones aplicables son de orden disciplinario, con exclusión de toda represión penal.

El problema revistió una importancia excepcional en el curso de la segunda guerra mundial en razón del gran número de prisioneros capturados, tanto por las fuerzas del Eje (1.400.000 soldados franceses en 1940) como por las de las Naciones Unidas (4 millones de soldados alemanes hechos prisioneros en el Oeste y 3.800.000 capturados por la U.R.S.S.). Como consecuencia de los abusos cometidos durante, o después, de las hostilidades (inaplicación de la Convención de 1929 a los prisioneros soviéticos en Alemania, así como a los prisioneros alemanes y japoneses en la U.R.S.S., lentitud de la repatriación de los prisioneros alemanes y japoneses después de 1945), se operó un aumento de la protección de los prisioneros de guerra por medio de la Convención del 12 de agosto de 1949. Cabe señalar, sobre todo: a) que dicha protección estipula (art. 10, § 5) la nulidad de las renuncias unilaterales de los beligerantes en beneficio de la Convención de 1929, del tipo del protocolo efectuado el 16 de noviembre de 1940 entre Alemania y el gobierno de Vichy, el que reemplazaba la intervención de la potencia protectora por un seudocontrol nacional ilusorio; b) que, si no retuvo la proposición francesa tendiente a confiar a un organismo internacional el cuidado de controlar la aplicación del nuevo régimen convencional, acrecentó notablemente las competencias de la potencia protectora confiándole un papel activo de asistencia y protección (art. 126); c) que impone la repatriación "sin demoras" de los prisioneros "después de finalizadas las hostilidades activas" (art. 118).

371. — RÉGIMEN DE LOS ENFERMOS Y HERIDOS.[5] Como consecuencia de la guerra de Italia y por iniciativa de los suizos Dunant y Moynier, afectados por los horrores de la batalla de

[5] V. E. BOREL, *L'Organisation internationale de la Croix Rouge*, Rec. de los Cursos, 1923, p. 573-607; J. PICTET, *La Croix-Rouge et les Conventions de Genève, ibid.*, 1950, I, p. 5-119; P. RUEGGER, *L'Organisation internationale de la Croix-Rouge sous ses aspects juridiques, ibid.*, 1953, I, 377-479.

Solferino (24 de junio de 1859), la condición de los heridos y enfermos fue objeto de una reglamentación internacional. Está contenida en las diversas convenciones de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña efectuadas el 22 de agosto de 1864, el 6 de julio de 1906, el 27 de julio de 1929 y el 12 de agosto de 1949 (*R. G.*, 1950, p. 531-551). De acuerdo con esas convenciones, los beligerantes deben curar a los heridos y enfermos de la parte adversaria que se convierten en prisioneros de guerra. Deben respetar al personal sanitario, pero éste tiene la obligación de no participar en las hostilidades. Los beligerantes no deben tirar contra las ambulancias y los hospitales. Cuando el material sanitario cae en poder de los enemigos, éste debe restituir el material móvil, pero puede conservar el material fijo, con la obligación de no cambiar su destino.

Las Convenciones de Ginebra adoptaron un signo de protección que cubriera al personal y a las formaciones sanitarias (emblema de la cruz roja sobre fondo blanco). La universalidad del emblema, por desgracia, no es total en la época contemporánea, ya que los Estados musulmanes le atribuyeron equivocadamente una significación religiosa, y adoptaron sucesivamente la media luna roja o una combinación del sol y del león rojos. Corresponde a cada Estado tomar las medidas internas destinadas a asegurar la protección del signo limitando su empleo al personal y a los establecimientos designados por las convenciones (cf. a este respecto, para Francia, las leyes del 24 de julio de 1913 y del 4 de julio de 1939 sobre la utilización del emblema de la Cruz Roja).

372. — Invasión y ocupación. Teoría jurídica de la ocupación de guerra. La práctica contemporánea, tanto interna como internacional, ve en la ocupación de guerra un estado de hecho más que un estado de derecho. Pero ese estado de hecho no es indiferente con respecto al derecho. Puede producir ciertas consecuencias jurídicas, y fue precisamente para sancionarlas que se redactó el reglamento de La Haya anexado a la Convención IV de 1907, cuya sección III (art. 42-56) está consagrado a "la autoridad militar sobre el territorio del Estado

enemigo". Podemos unir el efecto jurídico esencial de la ocupación de guerra (u *occupatio bellica)* a las dos ideas siguientes: a) esa ocupación no es traslativa de soberanía; b) pero provoca una sustitución de competencias provisoria y limitada en las relaciones del Estado ocupante y del Estado ocupado.

A. – *Carácter no traslativo de soberanía de la ocupación de guerra.* El principio fundamental consiste en que la ocupación de guerra no produce ninguna transferencia de la soberanía estatal.

A pesar del estado de hecho engendrado por la ocupación, el soberano legal conserva el ejercicio de sus diferentes competencias: a) el principio fue enunciado en varias ocasiones en lo que concierne al ejercicio por el Estado ocupado de la *competencia legislativa* (Rec. 1º de febrero de 1837, S. 1837.1.457 y Metz, 29 de julio de 1871, S. 1872.2.34). La ocupación *de facto* del territorio nacional no impide que continúe siendo regido por las leyes del Estado ocupado, especialmente por las leyes prohibitivas y penales; b) el principio es igualmente verdadero tratándose de la *competencia administrativa;* c) por el contrario, frecuentemente se presentaron dificultades entre el Estado ocupante y el Estado ocupado, tocantes al ejercicio de la *competencia jurisdiccional* (V. p. ej.: Nancy, 8 de setiembre de 1870, S. 1872.2.33, y 8 de enero de 1920, D. P. 1920.2.415).

Esto no impide que el principio fuera frecuentemente desconocido, especialmente por Alemania.

En el curso de la primera guerra mundial, Alemania trasgredió el principio: a) en Bélgica, por el establecimiento de una separación administrativa entre Flandes y Valonia (sentencia del 27 de marzo de 1917) y la creación de un Consejo de Flandes realizado con el apoyo de los "activistas" flamencos; b) en Rusia, con la proclama del reino de Polonia (5 de noviembre de 1916) y la institución de un Consejo de regencia que ejercía el poder supremo (patente del 12 de setiembre de 1917), y con la proclama efímera (25 de enero-28 de abril de 1918) de la independencia de Ucrania por la "Rada" proalemana de Kiev.

La segunda guerra mundial vio reproducirse los mismos errores. Destacaremos a este respecto: la institución por el Reich de gobiernos "colaboracionistas" en Noruega, Grecia y Yugoslavia; la anexión efímera de Eslovenia por Italia (2 de mayo de 1941); la incorporación a la U.R.S.S. de la región de Koenisberg convertida en Kaliningrado (decreto del 17 de octubre de 1945 dictado en base a las decisiones secretas de Postdam); la unión de Sakhaline y de las Kuriles a la U.R.S.S. (acuerdo secreto de Yalta del 11 de febrero de 1945); la incorporación a Polonia de los territorios alemanes del este (ley del 11 de enero de 1949 promulgada sobre la base de la parte IX de las precitadas decisiones de Postdam).

B. – *Sustitución de competencias en las relaciones entre el Estado ocupante y el Estado ocupado.* El principal efecto de la ocupación de guerra es provocar una sustitución provisoria y limitada en el ejercicio de las competencias relativas al arreglo y al funcionamiento de los servicios públicos. Las necesidades de seguridad del ocupante —y de las que éste será único juez— serán las que ordenarán la distribución de las competencias, es decir, la limitación de los poderes del soberano legal y la extensión correlativa de los poderes de la autoridad ocupante. Este principio fundamental domina toda la materia de la ocupación de guerra. Su importancia fue reconocida por la jurisprudencia internacional (Corte permanente de arbitraje, sentencia del 9 de junio de 1931 en el asunto Chevreau, que ve en la facultad de un Estado ocupante de tomar las medidas propias para asegurar su seguridad un "derecho que pertenece en general, de acuerdo con el derecho internacional, a las fuerzas beligerantes que ocupan un territorio enemigo", *Recueil O.N.U.*, vol. II, p. 1123).

Las competencias del Estado ocupante aparecen, sobre todo, en el orden reglamentario y en el orden jurisdiccional.

1º *Ejercicio de la competencia reglamentaria.* De acuerdo con la reglamentación de La Haya de 1907, la competencia reglamentaria del ocupante debe tender, ante todo, a salvaguardar el orden público y a afirmar la seguridad del ejército de ocupación. El Estado ocupante debe proveer a la administración del

territorio ocupado. Debe percibir los impuestos conforme a las leyes en vigor.

Se presentan, sin embargo, dos clases de dificultades entre el ocupante y el ocupado a propósito del respeto a la propiedad tanto pública como privada.

a) *Respeto a los bienes públicos del Estado ocupado.* El artículo 55 del Reglamento de La Haya consagra a este respecto la teoría algo arcaica del usufructo, especificando que el Estado ocupante sólo será considerado como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas pertenecientes al Estado ocupado (cf. como aplicaciones Rec. 16 de abril de 1873, S. 1873.1.400 y Crim. 11 de febrero de 1927, S. 1928.1.369, nota Roux).

b) *Respeto a la propiedad privada.* Este principio fue presentado en términos formales por el Reglamento de La Haya de 1907, cuyo artículo 46, § 2, dispone que "la propiedad privada no puede ser confiscada", y cuyo artículo 47 prohíbe formalmente el pillaje, es decir, la apropiación individual. Las destrucciones están prohibidas. También aquí fueron graves y repetidos los atentados contra el principio, en el curso de las dos guerras mundiales, especialmente por Alemania. Durante la guerra de 1914, podemos destacar el embargo de víveres, de caballos y de ganado en Francia y en Bélgica, el desmantelamiento de fábricas en Bélgica y en el norte de Francia y la transferencia en Polonia de ferrocarriles de las compañías privadas belgas. Durante la segunda guerra mundial, la técnica del despojamiento por el ocupante fue perfeccionada utilizándose simultáneamente dos métodos: 1º) embargo directo de la propiedad privada (confiscación sin indemnización; embargo de haberes extranjeros y de depósitos privados en los bancos, "arianización" de los bienes israelitas, participación en las sociedades, pillaje de obras de arte y de objetos muebles); 2º) práctica de los embargos indirectos (creación de tasas de cambio arbitrarias, empleo sistemático del *clearing*, establecimiento de una unión aduanera entre Alemania y los Países Bajos, etc.). El derecho convencional (art. 52 del Reglamento de La Haya) aporta, sin embargo, una excepción notable al principio de la

intangibilidad de la propiedad privada en los territorios ocupados, relativa a las requisiciones, actos coercitivos impuestos a la población civil por la autoridad ocupante para la satisfacción de las necesidades nacidas de la beligerancia, mediante el pago de una indemnización compensatoria.

2º *Ejercicio de la competencia jurisdiccional.* Aunque deja subsistentes los tribunales locales, el Estado ocupante tiene indiscutiblemente competencia para organizar tribunales destinados a conocer en los actos que atenten contra la seguridad del ejército de ocupación. Esta práctica fue aplicada en todas las guerras. Graves abusos fueron cometidos a este respecto por Alemania: a) en el curso de la primera guerra mundial, en Bélgica ocupada (creación de jurisdicciones civiles y criminales alemanas como consecuencia de la huelga de magistrados belgas en 1918); en el curso de la segunda guerra mundial (negativa de las garantías elementales de la defensa de los acusados, supresión de la apelación contra las decisiones de las cortes especiales, exclusión de los miembros del colegio de abogados local como defensores, institución de los tribunales especiales de los S.S. y de la Gestapo, aplicación retroactiva de las leyes penales, etcétera).

Como consecuencia de la gravedad de los abusos cometidos por Alemania en el curso de la segunda guerra mundial (generalización de la práctica de los rehenes, prohibida sin embargo por el artículo 50 del Reglamento de La Haya, deportación de poblaciones civiles, etc.), la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativa a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (*R. G.*, 1950, p. 110-158) efectuó una revisión del derecho positivo de la ocupación.

Esta convención obedece a dos ideas esenciales:

a) *Limitación de las competencias del ocupante.* La convención prohibe especialmente la detención de rehenes (art. 34), las deportaciones y transferencias forzosas de poblaciones (art. 49), las penas colectivas, las represalias, torturas, actos contra la dignidad humana, ejecuciones arbitrarias, etc. Todo tratamiento diferencial (fundado sobre la nacionalidad, la raza, la religión y las opiniones políticas) está prohibido. El trabajo

obligatorio no puede ser impuesto por la autoridad ocupante más que a las personas mayores de 18 años, y únicamente para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos (art. 51). En cuanto a las condenas a muerte, no podrán pronunciarse sino en casos limitativamente previstos, siendo ejecutoria la sentencia únicamente después de la expiración de un plazo de seis meses después de la comunicación de la sentencia a la potencia protectora (art. 68-75).

b) *Institución de medidas de protección especiales para ciertas personas determinadas* (mujeres encintas o parturientas, madres de niños de menos de 15 meses, huérfanos, ancianos, heridos y enfermos, lisiados); al efecto, la convención previó la creación facultativa de zonas de seguridad o de zonas sanitarias total o parcialmente neutralizadas.

Además, una convención especial firmada en La Haya el 14 de mayo de 1954 por 37 Estados organizó la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

§ 3. – *Fin de la guerra*[6]

373. — IDEAS GENERALES. El fin de la guerra implica: a) la cesación de las hostilidades; b) el restablecimiento de la paz; desarrollándose las dos operaciones sucesivamente. En la técnica tradicional, las dos operaciones conservan —por lo menos formalmente un carácter convencional. Esto se esfuma cada vez más en la época contemporánea para desaparecer completamente con el procedimiento de la capitulación incondicional. Esta evolución es la que estudiaremos aquí.

374. — LA TÉCNICA TRADICIONAL: EL ARMISTICIO. En la técnica clásica, fuera del caso de *debellatio* (guerra del Transval de 1899-1902, guerra ítalo-etíope de 1935-1936) y algunos casos de cesación de hecho, tanto el fin de las hostilidades como el

---

[6] V. M. SIBERT, *L'armistice dans le droit des gens* (R. G., 1933, p. 654-715), y R. MONACO, *Les conventions entre belligérants* (Rec. de los Cursos, 1949, II, p. 277-362).

restablecimiento de la paz se efectúan por un acto jurídico de forma convencional.

El armisticio se presenta como una *suspensión provisoria y convencional de las hostilidades*. Es una convención establecida entre los beligerantes que, sin poner fin a la guerra, comporta una cesación temporaria, o definitiva, de las hostilidades. Ella puede ser: a) local, y no tiene entonces más que un carácter provisional, desprovisto de significación política; b) general —el caso más frecuente—; se presenta entonces como el preludio al fin de la guerra. Acto mixto o complejo —militar por sus disposiciones y político por su finalidad—, difiere a la vez de la suspensión del fuego, simple tregua de algunas horas destinada a permitir a un beligerante evacuar sus heridos o enterrar a sus muertos, y de la capitulación, convención militar que pone fin a la resistencia de una tropa encerrada en una plaza fuerte o cercada en un campo raso.

El armisticio es objeto de una reglamentación muy general en el Reglamento de La Haya de 1907 (art. 36-41). Es el producto de negociaciones más o menos largas, frecuentemente efectuadas por iniciativa de terceros Estados que ofrecen sus buenos oficios o su mediación. El armisticio se concluye por medio de los jefes militares —el principio será recordado por el presidente Wilson a Alemania en su nota del 5 de noviembre de 1918— pero, debido a su excepcional importancia política, éstos están siempre autorizados por sus gobiernos respectivos. A diferencia de la suspensión del fuego, que se acuerda entre los comandantes de los sectores interesados, el armisticio es suscripto por los jefes supremos del ejército (generalísimos o comandantes en jefe). A partir de 1815, es ejecutorio desde su firma.

El efecto esencial del armisticio es suspender las hostilidades sin poner fin al estado de guerra, que subsiste con todas sus consecuencias de derecho. El principio es constante (V. para la jurisrudencia francesa, Soc. 14 de enero de 1944, S. 1944.1.112; Cas. Ch. Tempor., 3 de noviembre de 1944, S. 1945.1.29, con nuestra nota).

Se procede, por lo general, a la constitución de una Comisión permanente internacional de armisticio para vigilar la ejecución de la convención; esta Comisión, mixta en cuanto a su composición, funciona de hecho bajo la autoridad del beligerante victorioso (Comisión de Spa para el armisticio de 1918 con Alemania, Comisiones de Wiesbaden y de Turín para los armisticios de 1940, Comisión de Bari para el armisticio italiano de 1943).

La práctica contemporánea de la guerra total vio desarrollarse la técnica del *armisticio-capitulación*, por el cual el beligerante victorioso impone al Estado vencido condiciones que, normalmente, surgen del tratado de paz: a) ya el armisticio de Rethondes de 1918 comportaba cláusulas políticas tales como la renuncia de Alemania a los tratados de Bucarest y de Brest-Litovsk (art. 15); b) el armisticio franco-alemán de 1940 retomó ese método agravándolo, imponiendo, por ejemplo, a Francia la interrupción provisional del tráfico marítimo y aéreo (art. 11-12) y de las emisiones de T.S.F. (art. 14), así como la entrega al Reich de los refugiados políticos (art. 10); c) la misma técnica inspiró en 1943 la cesación de las hostilidades entre las Naciones Unidas e Italia (Convención de Siracusa del 3 de setiembre de 1943 o "pequeño armisticio", disposiciones adicionales efectuadas en Malta el 29 de setiembre de 1943, o "gran armisticio"); d) constituyen también "casi capitulaciones" las diversas convenciones de armisticio impuestas en 1944-1945 a los satélites del Eje.

El armisticio contemporáneo implica siempre la ocupación de una parte más o menos extensa del territorio del Estado vencido por las fuerzas armadas del beligerante adversario. Esta ocupación presenta dos caracteres: a) es una ocupación de guerra, ya que el armisticio no provoca más que una suspensión provisional de las hostilidades, pero en derecho continúa existiendo el estado de guerra; b) es una ocupación convencional, ya que reposa sobre un instrumental jurídico, la convención de armisticio. Como toda ocupación militar de un territorio extranjero, no produce, por supuesto, ninguna transferencia de sobe-

ranía e implica solamente el ejercicio de competencias habitualmente reconocidas al Estado ocupante en territorio enemigo (Crim. 13 de noviembre de 1919, D. 1920.1.77, nota Nast).

375. — La técnica reciente: la capitulación incondicional. Tal como fuera expuesta por el Primer Ministro británico en la Cámara de los Comunes el 22 de febrero de 1944, la teoría de la capitulación sin condición *(unconditional surrender)* significaba que las potencias victoriosas tendrían las manos enteramente libres al fin de las hostilidades y no estarían ligadas por ningún compromiso de orden jurídico hacia Alemania y sus aliados, siendo sus únicas obligaciones, en este caso, las de orden moral hacia la civilización.

La teoría de la rendición incondicional aplicada al cese de las hostilidades, no provocó la conclusión de acuerdos de apariencia convencional del tipo armisticio, sino la adhesión del beligerante vencido —dada por un simple acto unilateral— al conjunto de las condiciones que le eran impuestas por las Naciones Unidas. Fue aplicada, en efecto: 1º) para Alemania, por el acta de rendición de Reims del 7 y por el acta de capitulación de Berlín del 8 de mayo de 1945 (Colliard, I, p. 630-631); 2º) para el Japón, por el acta de rendición del 14 de agosto y por el acta de capitulación del 2 de setiembre de 1945 (ibid., p. 657-658). Con respecto a Italia, la aplicación de la teoría fue menos sensible por la conclusión formal de las convenciones de armisticio. Pero no cabe duda de que los principios fueron los mismos. En lo que concierne a Alemania, los dos instrumentos precitados fueron completados por la declaración de Berlín del 5 de junio de 1945 referente a la asunción de la autoridad suprema por las cuatro potencias aliadas (ibid., p. 632-637), de acuerdo con cuyos términos éstas, verificando la ausencia en Alemania de todo gobierno central capaz de mantener el orden y administrar el país, decidían asumir la autoridad suprema, comprendidos todos los poderes ostentados por el gobierno alemán, el alto comando alemán y las autoridades locales, para realizar los objetivos fundamentales de la ocupación y preparar el nuevo estatuto político de Alemania.

SECCIÓN II

La guerra marítima [7]

376. — DEFINICIÓN Y FUENTES DE LA MATERIA. Hay guerra marítima desde el momento en que el acto hostil se cumple por medio de una fuerza naval, aunque sea dirigida contra el interior de las tierras, como el bombardeo de un puerto por una escuadra.

Podemos clasificar las fuentes de derecho de guerra marítima en dos categorías, tal como las propias fuentes del derecho de gentes.

1º *Costumbres.* El derecho de guerra marítima constituyó en su origen, un derecho consuetudinario, fundado sobre costumbres que no eran necesariamente uniformes, existiendo sensibles divergencias sobre ese punto entre las concepciones continentales y las anglosajonas. Entre esas costumbres, debe hacerse un lugar importante: a) a ciertos tratados internacionales cuyo objeto no es tanto dictar una regla nueva sino enunciar el derecho existente, tal como la Declaración de Londres del 26 de febrero de 1909, que no entró en vigor como consecuencia de la negativa de ratificación de Gran Bretaña, aunque fuera aplicada a título consuetudinario por los gobiernos francés y británico al comienzo de la primera guerra mundial, entre el 25 de agosto de 1914 y el 7 de julio de 1916; b) a ciertos actos internos (en Francia, ordenanza de agosto de 1681 sobre la marina, reglamento del 26 de julio de 1778, Instrucciones sobre la aplicación del derecho internacional en tiempo de guerra dirigidas por el ministro de Marina a los comandantes de las fuerzas navales).

2º *Tratados.* Los textos esenciales en la materia son: la declaración de París del 16 de abril de 1856 relativa a la prohi-

---

[7] V. CH. DUPUIS, *Le droit de la guerre maritime d'après les conférences de La Haye et de Londres*, París, 1911; H. A. SMITH, *Le développement moderne des lois de la guerre maritime* (Rec. de los Cursos, 1938, I, p. 607-692); R. SANDIFORD, *Evolution du droit de la guerre maritime et aérienne*, *ibid.*, 1939, II, p. 561-686).

bición de la piratería y a la reglamentación del bloqueo; el tratado anglo-americano de Washington del 8 de mayo de 1871 relativo al asunto del *Alabama* (obligaciones de los Estados neutrales); las Convenciones de La Haya del 18 de octubre de 1907 —de las que siete sobre trece son relativas a la guerra marítima—; el artículo 22 del tratado naval de Londres del 22 de abril de 1930 y el protocolo de Londres del 6 de noviembre de 1936 sobre la reglamentación de la guerra submarina; la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para el mejoramiento de la suerte de los heridos, de los enfermos y de los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (revisión de la Convención X de La Haya de 1907 para la adaptación de la guerra marítima a los principios de la Convención de Ginebra de 1906).

377. — Plan de la sección II. El dominio de la guerra marítima debe ser objeto de una triple delimitación —*ratione loci, ratione personæ, ratione materiæ*—; estudiaremos en tres párrafos la determinación del teatro de las hostilidades, de los beligerantes y de sus medios de acción (medios de hostilidades propiamente dichos y derecho de captura).

§ 1. – *El teatro de la guerra y los beligerantes*

378. — El teatro de la guerra. Conviene examinar sucesivamente las zonas comprendidas en el teatro de la guerra en el mar y aquellas que están excluidas.

A. – *Zonas comprendidas en el teatro de la guerra.* – El teatro de la guerra en el mar comprende esencialmente dos zonas espaciales: las aguas territoriales de los beligerantes y alta mar.

1º *Aguas territoriales de los beligerantes.* Ninguna dificultad particular puede presentarse aquí, siendo esta zona, podemos decir, la zona tipo de la guerra en el mar, como lo es el territorio de los beligerantes en la guerra terrestre.

2º *Alta mar.* El alta mar constituye un elemento esencial en el teatro de las hostilidades, circunstancia que, como lo vimos más arriba (*supra*, nº 240), presenta un gran interés para la determinación de su naturaleza jurídica (confirmación de la teoría del alta mar *res nullius*).

Las repúblicas americanas realizaron un esfuerzo en el derecho positivo para reducir el dominio de la beligerancia en alta mar, al comienzo de la segunda guerra mundial. Ese esfuerzo recibió su consagración en la declaración de Panamá del 3 de octubre de 1939, elaborada por una Conferencia de los 21 Estados americanos. Según ese texto, se establecía una *zona de seguridad*, de una amplitud que varía entre 50 y 300 millas alrededor de las costas del continente americano, que englobaba especialmente las Bermudas, Cuba y las islas Galápagos, y las sustraía a todo acto hostil de cualquier potencia no americana beligerante. Semejante tentativa quedó sin aplicación efectiva, debido a que los dos grupos de beligerantes rehusaron aceptar esa limitación espacial de sus prerrogativas, que no podía serles oponible, sin su consentimiento.

B. – *Zonas excluidas del teatro de la guerra.* – Podemos agrupar esas zonas en dos sectores:

1º Aguas territoriales de los Estados neutrales. El principio consagrado en derecho positivo por el artículo 2º de la Convención XIII de La Haya de 1907, afirma que se hallan prohibidos todos los actos de hostilidad en sus aguas neutrales. La aplicación de esta regla está condicionada, sin embargo, a la actitud del Estado neutral mismo, no respetando los beligerantes sino una neutralidad que se hace respetar (Consejo de los tribunales franceses, 22 de noviembre de 1917, asunto del *Tinos*, *R. G.*, 1918, *Jurisp.*, p. 3-6).

2º Espacios convencionales. Están igualmente sustraídos a la beligerancia ciertos espacios marítimos que fueron objeto de convenciones internacionales de neutralización: canales de Suez y de Panamá, estrecho de Magallanes, archipiélago de Aland.

379. — LOS BELIGERANTES. Encontramos en la guerra marítima la distinción (ya examinada *supra*, nº 368) entre com-

batientes y no combatientes. Ella adquiere, sin embargo, un relieve particular.

Aquí interviene, en efecto, un elemento de gran importancia en todo el derecho marítimo, o sea la nave, base esencial de la actividad marítima. En consecuencia, el problema de los beligerantes regulares en el mar consiste en determinar cuál es la nave que tiene derecho a cometer actos de hostilidad y que, correlativamente, está expuesta al ataque de la parte adversaria. Los navíos que tienen el derecho a combatir son exclusivamente los de guerra en el sentido del derecho internacional (sobre los elementos de la definición, V. *supra*, nº 242).

A. – *Prohibición de la piratería.* – Durante mucho tiempo, se reconoció en el mar la cualidad de beligerante de los corsarios. El corsario era un navío privado que pertenecía a un armador y quedaba bajo la dirección de éste. En tiempo de paz se dedicaba a operaciones comerciales, y, en tiempo de guerra, recibía de su gobierno nacional una autorización —otorgada en forma de cartas de marca o de comisión de corso— para "perseguir" a los navíos enemigos con el fin de apoderarse de ellos, es decir, efectuar presas en su provecho. Este procedimiento, que tuvo gran aceptación en la guerra marítima de los siglos XVII y XVIII, fue abolido después de la guerra de Crimea por la declaración de París del 16 de abril de 1856.

B. – *Transformación de los navíos mercantes en buques de guerra.* – La abolición de la piratería no eliminó las preocupaciones a las que respondía la institución, es decir, la búsqueda de los medios que permitieran compensar la ausencia o la insuficiencia de flota militar por la organización de una fuerza marítima supletoria. La práctica posterior a 1856 aportó dos soluciones sucesivas a ese problema de orden general: la de las flotas voluntarias y la de los cruceros auxiliares.

1º La práctica de las *flotas voluntarias* se refiere a la incorporación de los navíos mercantes a las flotas de combate, asimilándose esos navíos a los buques de guerra bajo el punto de vista de la disciplina y de la responsabilidad del Estado. Fue utilizada por Prusia en el curso de la guerra franco-alema-

na; por Rusia, después de la guerra ruso-turca de 1877; por España, en el curso de la guerra hispano-americana de 1898; por Rusia y el Japón durante la guerra de 1904-1905.

2º El derecho de los Estados beligerantes a poseer una flota auxiliar al lado de su marina militar regular debía ser definitivamente consagrado por la Convención VII de La Haya del 18 de octubre de 1907 relativa a la transformación de los navíos comerciales en buques de guerra *(cruceros auxiliares)*. De acuerdo con esa convención, tal transformación está subordinada a un conjunto de condiciones que implican la unión efectiva del buque a la marina de guerra. En lo que respecta al lugar en que puede efectuarse la transformación, no hay ninguna dificultad en admitir que ésta puede cumplirse en los puertos y aguas territoriales de los beligerantes, y que, a la inversa, no se realice en los puertos y aguas neutrales. Pero el punto de saber si ésta puede efectuarse en alta mar no fue resuelto por la Convención VII de La Haya, como lo manifiesta su preámbulo, debido a las divergencias de opinión de los Estados participantes.

C. – *Armamento defensivo de los navíos mercantes.* – La cuestión del armamento defensivo de los navíos mercantes es muy compleja. La doctrina y la práctica siempre permanecieron divididas sobre este problema, siendo Francia e Inglaterra favorables al armamento defensivo de los navíos comerciales (que vinculaban ya al derecho de necesidad, ya al de legítima defensa), mientras que Alemania siempre asimiló a un acto ilícito la eventual resistencia armada de los navíos mercantes. Las dos guerras mundiales vieron acentuarse esta oposición al máximo, ya que el desarrollo de la guerra submarina volvió inevitable ese armamento defensivo, aun por parte de las potencias que, como los Estados Unidos, habían comenzado por negar su legitimidad.

§ 2. – *Los medios de hostilidad*

380. — PROHIBICIÓN DE LOS MEDIOS PÉRFIDOS. El deseo de mantener un mínimo de lealtad en la lucha condujo aquí, como

para la guerra terrestre, a la prohibición de los medios pérfidos. La astucia, por el contrario, es un procedimiento de guerra lícito. Son considerados como pérfidos todos los actos que comportan una violación de la palabra dada, expresa o tácitamente. Mientras en tierra está prohibido usar el pabellón nacional del enemigo, sus insignias militares o su uniforme, en el mar las reglas son menos estrictas. Una distinción esencial domina la materia: a) *navegación bajo un falso pabellón.* En lo que concierne a los navíos de guerra beligerantes, el hecho de navegar bajo un falso pabellón constituye una astucia de guerra permitida. El procedimiento es empleado corrientemente en las guerras contemporáneas; b) *beligerancia bajo un falso pabellón.* Por el contrario, está prohibido cometer un acto de beligerancia —es decir, abrir las hostilidades o ejercer el derecho de visita— bajo un falso pabellón.

Constituía igualmente una astucia lícita el uso por Gran Bretaña, en el curso de la primera guerra mundial, en 1916-1917, de barcos camuflados (barcos trampa), cargueros transformados en buques de guerra, pero cuyo armamento estaba disimulado para servir de carnada a los submarinos alemanes, a los cuales atacaban en cuanto se aproximaban.

381. — Respeto de la vida de los no combatientes. Esta cuestión tiene tres aspectos: el del bombardeo naval, el del anclaje y el del empleo de submarinos.

A. – *Bombardeo naval.* – El bombardeo naval está reglamentado en la Convención IX de La Haya de 1907, que simplemente extendió a la guerra en el mar las reglas relativas al bombardeo terrestre, las que están fundadas sobre la distinción entre ciudades abiertas y ciudades defendidas. La Convención IX aporta dos reservas a la inmunidad de bombardeo de las ciudades abiertas. Autoriza, en efecto, excepcionalmente, a una escuadra a bombardear una ciudad abierta: a) a fin de destruir las obras militares y navíos de guerra que se encuentren en un puerto (art. 2º); b) en el caso en que las autoridades locales rehusen aceptar las requisiciones de víveres o de aprovisionamientos necesarios para las necesidades de la flota enemiga (art. 3º). Especifica, por otra parte, que en todos los casos en

que el bombardeo naval es lícito deben tomarse ciertas medidas para restringir las consecuencias dañinas (arts. 5 y 6: advertencia previa, respeto a los hospitales, edificios religiosos, de caridad, científicos, históricos, etcétera).

B. – *Anclaje de minas.* – La mina submarina es una máquina que contiene una carga muy fuerte de explosivo, destinada a explotar bajo el agua de acuerdo con procedimientos particulares de encendido. Desde el punto de vista técnico podemos distinguir las minas con comando eléctrico y las minas automáticas de contacto (minas fijas, minas flotantes, minas magnéticas).

El empleo de las minas submarinas está reglamentado en la actualidad por la Convención VIII de La Haya, de 1907. Esa Convención reposa esencialmente sobre la distinción entre los dos tipos técnicos de minas submarinas automáticas de contacto: a) el empleo de las minas fijas está permitido, salvo si ellas pueden ser peligrosas después de la ruptura de sus amarras; b) el empleo de las minas flotantes se halla prohibido "a menos que estén construidas de manera que se conviertan en inofensivas, como máximo, una hora después de haber perdido su control quien las colocó". Por otra parte, la convención prescribe a los beligerantes tomar todas las precauciones posibles para mantener la seguridad de la navegación pacífica (notificación de las regiones peligrosas, establecimiento de un servicio de pilotaje, vigilancia de los campos de minas, etc.). En el curso de las dos guerras mundiales, los beligerantes hicieron un uso intensivo de las minas (600.000 minas ancladas entre 1939 y 1945, de las cuales 500.000 lo fueron en el noroeste de Europa).

C. – *Empleo de los submarinos.* – Sobre la utilización del arma submarina, para la cual no existía en 1914 ninguna reglamentación jurídica particular, se afirmaron tradicionalmente tres posiciones: la teoría alemana de la guerra submarina integral, fundada sobre el argumento de la necesidad y sobre el carácter defensivo del sumergible, arma de los débiles contra las potencias que poseen el dominio del mar; la teoría inglesa de la prohibición del empleo del submarino contra el comercio enemigo, por constituir un arma ofensiva de carácter pérfido,

imposibilitada por sus características técnicas para cumplir con las reglas del derecho de captura concernientes a la amonestación, la visita o el salvamento de la tripulación y de los pasajeros; y la teoría francesa de la utilización reglamentada, que se presenta como un sistema de transacción entre las dos tesis precedentes.

Alemania recurrió, en el curso de la primera guerra mundial, primero de una manera limitada (memorándum del 4 de febrero de 1915, *R. G.*, 1915, p. 181-184 en nota) y luego limitada (nota del 31 de febrero de 1917, *ibid*, 1917 en 368 en nota), a la utilización sistemática del arma submarina contra la navegación comercial de los Aliados y de los neutrales, en violación manifiesta de los usos consuetudinarios de la guerra marítima. Para un tonelaje mercante mundial de 40 millones de toneladas, las pérdidas causadas por la guerra submarina se elevaron a 11.115.000 toneladas, de las cuales cerca de la mitad pertenecen a un solo año: 1917.

Después de la primera guerra mundial, el empleo del arma submarina habría de ser objeto de una doble reglamentación, elaborada por las Conferencias de limitación de los armamentos navales reunidas en 1921-1922 y en 1930.

1º El principio de la prohibición del empleo del submarino para la destrucción del comercio fue enunciado por el tratado de Washington del 6 de febrero de 1922, cuyas disposiciones son a veces denominadas resoluciones Root, por el nombre de su promotor. De acuerdo con los términos de ese tratado, el submarino está sometido a las reglas del derecho internacional que rigen la protección de la vida de los neutrales y de los no combatientes (obligación de proceder a la advertencia y a la visita y prohibición de destruir los navíos mercantes, excepto el caso de resistencia a la visita y, en esa eventualidad, obligación de poner previamente en seguridad a la tripulación y a los pasajeros). El artículo 3º establecía una sanción rigurosa (asimilación al crimen de piratería) contra todo individuo que violara una de dichas reglas. Ese tratado no entró jamás en vigor, ya que ninguna potencia lo ratificó. Además de desconocer el principio de la obediencia jerárquica, la sanción dictada por el

artículo 3º (asimilación a la piratería por analogía) constituía, en efecto, un error desde el punto de vista de la técnica jurídica (V. a este respecto, *supra*, nº 248).

2º Después de ese fracaso, la Conferencia naval de 1930 se decidió por proposiciones más modestas, pero más eficaces. El artículo 22 del tratado naval de Londres del 22 de abril de 1930, que forma la parte IV de ese tratado, se limita a asentar el principio general de la asimilación de los submarinos a los buques de superficie en su acción de combate (obligación de la advertencia y de la visita; límite de la destrucción de los navíos mercantes en caso de negativa persistente a detenerse o de resistencia activa a la visita, después de la puesta previa en lugar seguro de la tripulación, de los pasajeros y de los papeles de a bordo).

3º Conforme con su párrafo final, ese texto —puesto en vigor el 31 de diciembre de 1930— fue ofrecido a la adhesión entre los Estados en tercería por el protocolo de Londres del 6 de noviembre de 1936, a menudo denominado protocolo para la humanización de la guerra submarina y que no hizo más que retomar las disposiciones. En vísperas de la segunda guerra mundial, esta reglamentación obligaba a 36 Estados (entre ellos todas las grandes potencias navales, Alemania y la U.R.S.S.).

La guerra de 1939 habría de caracterizarse, desgraciadamente, por una utilización sistemática y generalizada del arma submarina, agravada por el número de unidades puestas en combate, el empleo de nuevos métodos de ataque, de reparación y de reaprovisionamiento y la extensión del radio de acción de los sumergibles. El *shipping* mundial en 1945 se redujo, por esta causa, a la mitad, habiendo alcanzado el tonelaje destruido a 39.300.000 toneladas sobre un tonelaje global de 69.439.000 toneladas en 1939. Europa perdió, así, la tercera parte de su flota mercante; Inglaterra, las dos terceras partes; Francia, las dos terceras partes; Alemania, las tres cuartas partes; Noruega, la mitad; Italia, el 85 %; Japón, el 88 %; Los Estados Unidos, el 25 %. Esa acción era tanto más grave por cuanto todos los beligerantes recurrieron progresivamente a ella, ejerciéndola —contrariamente

a lo que sucedió en 1914-1918— en violación formal de una regla de derecho positivo.

382. — El bloqueo. El bloqueo es una forma de hostilidad propia de la guerra en el mar: es una medida por la cual un beligante declara la prohibición de las comunicaciones, de entrada o de salida, entre alta mar y el litoral enemigo, prohibición sancionada por la detención y la captura de navíos que se hallen en contravención. No debe confundirse ni con la policía ordinaria de las aguas costeras, ni con el cierre de los puertos.

A. – *Condiciones de validez.* – La existencia previa de un estado de guerra no es una condición necesaria para el establecimiento del bloqueo, ofreciendo la práctica internacional numerosos ejemplos de bloqueo pacífico con fines coercitivos. La validez del bloqueo está sometida, en realidad, a dos condiciones, una de fondo (la efectividad) y una de forma (la notificación).

1º La regla de la *efectividad* resulta del párrafo 4º de la declaración de París del 16 de abril de 1856, de acuerdo con el cual "los bloqueos, para ser obligatorios, deben ser efectivos, es decir, mantenidos por una fuerza suficiente como para prohibir realmente el acceso del litoral del enemigo".

Al bloqueo efectivo se opone el *bloqueo ficticio* (o bloqueo sobre papel, o bloqueo de gabinete), que es perfectamente irregular. Consiste en una orden escrita declarando bloqueado el litoral enemigo, cuando ningún barco de guerra se envía al lugar. Si el bloqueo ficticio es peligroso, lo es en razón de su doble corolario (derecho de prevención y derecho de persecución), que permite capturar en cualquier lugar a todo navío "sospechoso" de ir hacia los lugares bloqueados o de venir de allí. Inaugurado por los Países Bajos con respecto a los puertos de Flandes en los siglos XVI y XVII, retomado por Inglaterra contra Francia durante la guerra de la Independencia americana, el procedimiento provocó las reacciones de los neutrales (organización de las Ligas de neutralidad armada en 1693 y 1780). Pero son sobre todo las guerras de la Revolución y del Imperio las que marcaron el desarrollo del sistema (orden en consejo británico del 16 de mayo de 1806, decreto de Berlín del 21 de

noviembre de 1806 y por el cual Napoleón establecía el bloqueo continental, decretos de Milán del 23 de noviembre y del 17 de diciembre de 1807).

2º En cuanto a la segunda condición de validez del bloqueo, la exigencia de *notificación* es una medida de publicidad: el principio fundamental que domina la materia es, en efecto, que el bloqueo no resulta oponible a los neutrales hasta que éstos no lo conozcan.

En la práctica se distinguen tres clases de notificaciones: a) la notificación general, dirigida por vía diplomática a los Estados en tercería (art. 11-1º de la declaración de Londres de 1909); b) la notificación sobre los lugares, que completa a la precedente y que se efectúa por el comandante de la fuerza bloqueante a las autoridades locales, marítimas y consulares del litoral o del puerto bloqueado (art. 11-2º de la declaración de Londres); c) la notificación especial, destinada a los navíos mismos y que incumbe a los buques de la escuadra bloqueante (inscripción en los libros de a bordo de los navíos encontrados en las vecindades de la zona bloqueada). Este último tipo de notificación, antiguamente utilizado por la práctica francesa, ha caído en desuso.

B. – *Efectos del bloqueo.* – Tres ideas dominan la materia: a) el efecto inmediato del bloqueo es impedir toda comunicación con los lugares bloqueados; b) por consiguiente, constituye delito de ruptura de bloqueo el intento de los navíos neutrales de pasar por alto la prohibición; c) la violación del bloqueo produce para su autor sanciones apropiadas, específicamente la captura del navío, pudiendo efectuarse ésta antes que el navío contraventor haya franqueado la línea del bloqueo (derecho de prevención) y durante el viaje de retorno (derecho de persecución).

Las formas mismas que revisten las operaciones navales en la época contemporánea disminuyeron considerablemente la eficacia del bloqueo, no debiendo subestimarse en esta circunstancia los peligros de ataque de los submarinos contra la escuadra bloqueante. Esta consideración explica la decadencia de los bloqueos regulares en la época contemporánea.

§ 3. – *El derecho de captura*[8]

383. — Ideas generales. A diferencia de lo que constituyó largo tiempo regla en la guerra terrestre, la propiedad privada no se respeta en la guerra en el mar. En la lucha naval, se considera como legítimo el mantenimiento de la vieja costumbre de apropiarse de los bienes ajenos, ya que, según se dice, es el único medio de romper la resistencia del enemigo interceptando sus comunicaciones marítimas, sin las cuales ningún país podría vivir. Los Estados Unidos, por el contrario, se opusieron siempre al principio del derecho de captura. Podemos preguntarnos si la adhesión tradicional de los Estados Unidos a la inembargabilidad de la propiedad privada se mantendrá ante los imperativos de la guerra total.

Convendrá estudiar sucesivamente el dominio de aplicación del derecho de captura, su forma de ejercicio y el juicio de las presas.

384. — Dominio de aplicación del derecho de captura. Las condiciones de aplicación del derecho de captura deben precisarse tanto en el tiempo como en el espacio, y tanto respecto de los navíos como de las mercaderías.

A. – *Condiciones de aplicación "ratione temporis"*. – Es el problema del nacimiento y de la extinción del derecho de captura. Presenta, entonces, un doble aspecto.

1º Después de la guerra de Crimea se aportó una atenuación al principio tradicional según el cual el derecho de captura puede ejercerse sobre los navíos comerciales enemigos desde el comienzo de las hostilidades. Se inició una práctica más liberal, según la cual es posible acordar a los navíos enemigos sorprendidos en los puertos del adversario al comienzo de las hos-

---

8 V. R. P. Reuter, *Etude de la règle "toute prise doit être jugée"*, tesis, Nancy, 1933; R. Jambu-Merlin, *La jurisprudence des prises maritimes et le droit international privé*, tesis, París, 1947. Sobre la práctica jurisprudencial, V. J. H. Verzijl, *Le droit des prises de la Grande Guerre*, Leyde, 1924; A. Gergvais, *Le droit des prises maritimes dans la seconde guerre mondiale* (R. G., 1948, p. 82-161; 1949, p. 201-274 y 425-480; 1950, p. 251-316 y 433-504; 1951, p. 481-546).

tilidades un plazo de estadía de extensión variable, fijado por el Estado antes del ejercicio efectivo del derecho de captura. Esta práctica del *indulto* fue consagrada en el derecho positivo por la VI Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907. Pero se la aplicó en escaso grado en el curso de las dos guerras mundiales, debido a que se trata, ante todo, de un simple favor y no de una obligación estricta, a que numerosos Estados pusieron reservas a su aceptación y, finalmente, a que Inglaterra denunció esa convención en 1925.

2º El aspecto práctico de la extinción del derecho de captura concierne a su ejercicio en período de armisticio. La opinión dominante, de acuerdo con la cual el ejercicio de ese derecho queda entonces suspendido, no concordó con las convenciones de armisticio de 1918 (art. 26 de la convención con Alemania), con la práctica germano-italiana posterior a 1940, ni con la práctica inglesa posterior a la capitulación alemana de 1945.

B. – *Condiciones de aplicación "ratione loci"*. – El derecho de captura se ejerce: a) en el mar (es entonces la acción de las fuerzas navales beligerantes); b) en los puertos (es entonces la acción de las autoridades marítimas); respecto del navío se procede a la captura, y en cuanto a las mercaderías, al embargo. De acuerdo con las Instrucciones navales francesas de 1934, la *captura* es el acto por el cual el comandante del buque de guerra sustituye su autoridad a la del navío mercante, dispone del buque, de su tripulación y de su carga. En cuanto al *embargo*, es el acto por el cual el comandante del navío de guerra dispone de las mercaderías transportadas en el barco con o sin el asentimiento del capitán.

No cabe volver aquí al ejercicio del derecho de captura en alta mar, habiendo sido examinado el problema con anterioridad, con motivo de la determinación del teatro de las hostilidades (*supra*, nº 367). Destacaremos simplemente que, de acuerdo con la práctica de las dos guerras mundiales, ese derecho puede ejercerse tanto sobre las vías de agua interiores (puertos y cuencas fluviales) como en tierra, en las dependencias de los puertos (docks, muelles, almacenes, entrepuentes, etcétera).

C. – *Navíos sometidos al derecho de captura.* – El derecho de captura se ejerce, y no puede ejercerse, sino sobre los navíos, que son los únicos aptos para navegar, es decir, para andar sobre el mar; están por lo tanto sometidos a aquél los restos y los cascos sin terminar, pero no los pontones.

Sin embargo, la fórmula debe precisarse. Unicamente están sometidos al derecho de captura: a) los navíos privados, sea cual fuere su naturaleza y denominación, comprendidos los yates y los navíos de placer, pero con exclusión de los buques de guerra y los del Estado afectados a un servicio público; b) los navíos privados enemigos no exceptuados del derecho de captura por una disposición convencional (la Convención XI de La Haya del 18 de octubre de 1907 estipuló la inmunidad de captura en provecho de los buques afectados a la pesca costera o a servicios de cabotaje, así como a los navíos encargados de misiones religiosas, científicas o filantrópicas, y la Convención X de 1907 —hoy reemplazada por la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949— extendió el mismo régimen a los buques-hospitales).

El carácter enemigo de los navíos se determina por su bandera (art. 57 de la declaración de Londres de 1909), aun cuando la jurisprudencia de las capturas de las dos guerras mundiales infringió un principio que, oponible siempre a los propietarios del navío, no compromete más al captor de una manera absoluta. En cuanto a las transferencias de pabellón (arts. 55 y 56 de la declaración de Londres de 1909), son inoponibles al captor cuando fueron realizadas para eludir las consecuencias que provoca el carácter de navío enemigo (caso de las transferencias efectuadas a menos de 60 días antes de la apertura de las hostilidades, durante el curso del viaje del navío o en un puerto bloqueado; cf como aplicación Consejo de los tribunales franceses, 5 de agosto de 1915, asunto del *Dacia*, D. P. 1916-.2.97).

D. – *Mercaderías sometidas al derecho de captura.* – Los derechos del captor se extienden al máximo sobre las mercaderías encontradas a bordo de los navíos enemigos: el derecho de captura concierne tanto a las mercaderías públicas como

a las mercaderías privadas enemigas; por otra parte, constituye una vieja regla consuetudinaria el que, salvo prueba en contrario, todas las mercaderías encontradas a bordo de un navío enemigo se presuman enemigas.

El carácter neutral o enemigo de las mercaderías encontradas a bordo de un navío enemigo se determina por el carácter neutral o enemigo de su propietario (art. 58 de la declaración de Londres de 1909); Francia, a ese respecto, da preferencia al criterio de la nacionalidad, e Inglaterra al del domicilio. En cuanto a las transferencias *in transitu* (transferencias de mercaderías efectuadas por un súbdito enemigo a un ciudadano neutral, nacional o aliado, mientras esas mercaderías se encontraban en el mar), son inoponibles al captor.

La única excepción notable al derecho de captura con respecto a las mercaderías se refiere a los efectos personales de la tripulación y a la inviolabilidad de la correspondencia postal estipulada por el capítulo 1º de la Convención XI de 1907, quedando de hecho sin aplicación por la práctica de los contendores de las dos guerras mundiales.

385. — FORMA DE APLICACIÓN. El ejercicio del derecho de captura origina tres operaciones sucesivas: la captura del navío (o el embargo de las mercaderías), la visita, el juicio. A ese derecho están sometidos tanto los navíos mercantes neutrales como les enemigos (Corte permanente de arbitraje, sentencia del 6 de mayo de 1913, en el asunto del *Manouba*, *R. G.*, 1913, docum, p. 34).

A. – *Captura.* – Se trata esencialmente de captura, y no de destrucción del navío encontrado en el mar por el beligerante. La destrucción de las presas es autorizada a título excepcional por la declaración de Londres de 1909: a) en el caso en que la conducción de la presa al puerto beligerante para su visita pueda comprometer el éxito de las operaciones a las que está entregado el buque captor; b) a condición de que, previamente, la tripulación, los pasajeros y los papeles de a bordo sean puestos en seguridad o trasbordados al buque captor. Esas reglas, enunciadas en los artículos 49 y 50, están sancionadas por la

obligación —para el Estado beligerante— de indemnizar al Estado neutral cuyos navíos fueren destruidos sin necesidad (art. 51). Las reglas de la declaración de Londres fueron desconocidas radicalmente en el curso de las dos guerras mundiales, entre 1914 y 1918 por Alemania, entre 1939 y 1945 por la mayor parte de los beligerantes *(supra*, nº 381, letra c).

B. – *Visita.* – Después de 1914, la visita de los navíos mercantes advertidos rara vez tiene lugar en el mar y en el lugar debido al peligro de los ataques submarinos y aéreos. Los navíos son dirigidos bajo la conducción del captor hacia un puerto de control, donde se efectuará la visita. Para remediar la complicación ocasionada a los navíos neutrales por los cambios de ruta abusivos o por las prolongaciones de escalas injustificadas, un decreto del 2 de setiembre de 1939 (D. P. 1939.4.460) atribuyó competencia a este fin al Consejo de capturas, para conocer en las reclamaciones presentadas por los armadores neutrales e indemnizarlos eventualmente (V. como aplicación Consejo de capturas, 19 de diciembre de 1947, navíos *Belgique* y *Bruxelles*, S. 1948.3.77, nota Gervais).

C. – *Juicio.* – El estudio de esta última fase de la puesta en ejecución del derecho de captura demanda desarrollos especiales.

386. — Juicio de las capturas. Es un principio fundamental del derecho de captura que el juicio de la validez de la captura pertenece a los tribunales del Estado captor, y que le pertenece de manera exclusiva. Técnicamente, esta puesta en ejecución reviste la forma de una división de competencias entre el personal navegante de la marina nacional y las autoridades administrativas y jurisdiccionales terrestres del Estado captor.

Hasta aquí, la jurisdicción de las presas ha quedado como una institución puramente interna, ya que no existe en la materia ningún recurso internacional. La Convención XII de La Haya, del 18 de octubre de 1907, había previsto, sin embargo, la institución de una Corte internacional de presas encargada de juzgar en apelación las decisiones de los tribunales ordinarios de presas. Pero la negativa de ratificación del Gobierno británico a la declaración de Londres de 1909 —que debía

constituir lo esencial del derecho aplicado por la Corte— impidió la constitución de la Corte internacional de presas.

Cada Estado tiene competencia para determinar por sí mismo la organización y el funcionamiento de sus propios tribunales de presas. La fórmula francesa se aparta, al mismo tiempo, del sistema anglosajón de las jurisdicciones de derecho común (en Inglaterra, Alta Corte de justicia, con apelación ante el comité judicial del Consejo privado) y del sistema continental de las jurisdicciones especiales (Cortes de presas alemanas, Tribunal de presas italiano). Es al *Consejo de presas* —jurisdicción especializada creada por el Consulado y reorganizada por el decreto del 28 de noviembre de 1861— que se atribuyó el juicio de las mismas. Comprende siete miembros (un consejero de Estado presidente, dos abogados del Consejo de Estado, dos representantes del ministerio de Marina, dos representantes del ministerio de asuntos exteriores), y es constituido al comienzo de cada guerra. Sus decisiones se pueden apelar ante el jefe de Estado, que estatuye por decreto, lo que constituye uno de los raros casos de justicia retenida que subsiste desde la ley del 24 de mayo de 1872: esta solución fue confirmada expresamente por el artículo 20-7° del decreto del 31 de julio de 1945 con reglamento interior del Consejo de Estado (D. P. 1945.201), interpretado por el dictamen del Consejo de Estado con fecha 6 de febrero de 1947 (*R. G.*, 1948, p. 91-92, nota 7), y por el artículo 3° del decreto del 28 de noviembre de 1953, con carácter de reglamento de administración pública para la aplicación del decreto del 30 de setiembre de 1953 sobre la reforma de lo contencioso administrativo (D. 1953.527.)

En consecuencia, es inadmisible el recurso por exceso de poder contra el decreto del Consejo de Estado dictado en apelación de una decisión del Consejo de capturas, ya que ésta no constituye un acto administrativo, sino un acto jurisdiccional (Cons. de Estado, 14 de marzo de 1924, *Lloyd de Trieste*, S. 1926.3.53).

Cuando examina la validez de una captura, el Consejo puede declarar la presa buena y válida y pronunciar la confiscación, o declararla no válida y ordenar su restitución. La confiscación comporta la atribución, en provecho del Estado, de la

propiedad de la presa. A este respecto, la práctica francesa conoció tres regímenes sucesivos: a) atribución exclusiva del producto de las presas al captor (sentencias consulares del 9 vent. año IX y 2 prair año XI); b) atribución del producto de las presas a una institución de asistencia marítima, la Caja de los inválidos de la Marina, fondo especial destinado a repartir indemnizaciones entre los marinos víctimas de la guerra o entre sus deudos necesitados (L. del 15 de marzo de 1916, D. P. 1916.4.328); c) división entre el Tesoro público (tres cuartos) y el captor (un cuarto) (Decr.-ley del 1º de setiembre de 1939, D. P. 1939.4.459).

Sección III

La guerra aérea [9]

387. — Ausencia de reglamentación convencional. La guerra aérea es la que se efectúa en los aires. Comprende todas las operaciones militares (actos de observación y de destrucción) efectuadas por las aeronaves (globos, dirigibles, aviones, hidroaviones, helicópteros) y dirigidas contra el enemigo. La reglamentación era casi inexistente antes de 1914 fuera de: a) la prohibición —por otra parte limitada a cinco años— del lanzamiento de proyectiles desde lo alto de los globos, dictada por la declaración de La Haya del 29 de julio de 1899; b) la prohibición general de bombardear "por cualquier medio posible" las ciudades abiertas, contenida en el artículo 25 del reglamento de La Haya de 1907.

Recién después de la primera guerra mundial se emprendieron esfuerzos para reglamentar la guerra aérea por intermedio de una Comisión de juristas designada por la Conferencia de Washington para la limitación de los armamentos navales, reunida con ese fin en La Haya entre el 11 de diciembre de 1922 y el 19 de febrero de 1923. Pero el informe adoptado por

---

[9] V. J. W. Garner, *La réglementation internationale de la guerre aérienne*, R. G. 1923, p. 372-401; M. Sibert, *Les bombardements aériens et la protection des populations civiles*, *ibid.*, 1930, p. 621-658 y 1955, p. 177-192.

la Comisión no tuvo ninguna consecuencia práctica. Abandonando la distinción tradicional entre las ciudades abiertas y las ciudades defendidas, el proyecto de 1923 limitaba el bombardeo aéreo únicamente a los "objetivos militares", es decir, a los objetivos cuya destrucción total o parcial constituye para el beligerante una ventaja militar neta (fuerzas y obras militares, fábricas de guerra, líneas de comunicación o de transporte utilizadas con fines militares).

De hecho, las operaciones militares se orientaron hacia la *guerra aérea total*, que ya había tenido sus teóricos en Italia antes de 1939, con los trabajos del general Douhet y que, practicada de 1939 a 1945 de una manera casi ilimitada por los dos grupos beligerantes, originó una regresión completa del derecho internacional en ese dominio.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Capítulo II

LA NEUTRALIDAD

388. — Ideas generales y evolución histórica.[10] En la teoría clásica, tal como fuera enunciada por las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, la neutralidad aparece a la vez: a) como un acto de libre decisión, acto discrecional que surge de la competencia exclusiva del Estado interesado; b) como un régimen jurídico que comporta un conjunto de derechos y de obligaciones. Es, en realidad, un acto-condición que determina la aplicación de un estatuto de derecho positivo. Nacida en el medio marítimo, y expresión de una actitud libremente elegida, esa neutralidad —denominada voluntaria, ocasional o temporal— se distinguía de la neutralidad llamada convencional, permanente o perpetua, que era la de los Estados obligados por tratado a observar la neutralidad en todos los casos y a no emprender jamás una guerra ofensiva. Encarada en su concepción tradicional, la neutralidad implica, para los Estados que reivindican esa calificación, deberes y derechos.

A. – *Deberes de los Estados neutrales.* – Se resumen en la doble idea de abstención e imparcialidad.

1º *Abstención.* El deber de abstención, que se precisó a partir de fines del siglo XVIII, tiende a prohibir al Estado neutral el otorgamiento de cualquier ayuda a uno u otro de los beligerantes, sea directamente por sí mismo, sea indirectamente por particulares, con su tolerancia.

Sin embargo —por aplicación del principio general según el cual la neutralidad, como la guerra, es una relación de Es-

---

10 V. R. Kleen, *Lois et usages de la neutralité*, 2 vol, París, 1898; P. de la Pradelle, *L'evolution de la neutralité* (R. I., 1934, p. 197-221); N. Politis, *La neutralité et la paix*, París, 1935; A. Gervais, *La pratique de la neutralité dans la seconde guerre mondiale* (Friedenswarte, 1948, p. 4-17).

tado a Estado—, los Estados neutrales no quisieron asegurar por sus propios medios la represión interna de los actos de sus ciudadanos contrarios a la neutralidad. La doctrina y la práctica prefirieron atenerse a la noción de la aventura, según la cual los particulares neutrales obran por su cuenta y riesgo y se exponen a sanciones por parte del beligerante lesionado si contravienen en su detrimento el deber general de abstención. Así, el Estado neutral no se ocupa de las "aventuras" de sus súbditos; no asume a su respecto ninguna responsabilidad ante los beligerantes; su único deber es retirar su protección a sus súbditos y dejar al beligerante lesionado proveer solo contra ellos en defensa de sus intereses.

2º *Imparcialidad.* La neutralidad implica en segundo lugar, por parte del Estado neutral, la estricta igualdad de tratamiento de todos los beligerantes. La concepción de la neutralidad benevolente es inaceptable ya que los actos de benevolencia hacia uno de los adversarios son actos de malevolencia hacia el otro.

B. – *Derechos de los Estados neutrales.* – Se resumen en dos términos principales: a) la inviolabilidad de su territorio, que será examinada a propósito de la guerra terrestre; b) la libertad de sus relaciones comerciales entre ellos y con cada uno de los beligerantes, que interesa sobre todo a la guerra marítima. El reconocimiento y el ejercicio de esos derechos siempre dieron lugar a grandes dificultades.

SECCIÓN I

La neutralidad en la guerra terrestre

389. — DEBERES DE LOS ESTADOS NEUTRALES. Aun cuando los Estados neutrales insisten habitualmente sobre sus derechos, el estatuto de neutralidad se manifiesta para ellos, sobre todo, en obligaciones nuevas. Esos deberes proceden de dos ideas indicadas precedentemente, abstención e imparcialidad. El deber de imparcialidad fue recordado en términos formales por el preámbulo de la Convención XIII de La Haya de 1907: "Es

un deber reconocido para las potencias neutrales aplicar imparcialmente, a los diversos beligerantes, las reglas adoptadas por ellas."

A. – *Abstención de toda participación directa o indirecta en las hostilidades.* – La Convención V de La Haya de 1907 concerniente a los derechos y los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre, consagra la prohibición, para el Estado neutral, de reclutar tropas en favor de los beligerantes, por ejemplo formando cuerpos de combatientes o abriendo oficinas de enrolamiento en su territorio (art. 4). Pero el Estado neutral no está obligado a prohibir la acción individual de sus súbditos y su responsabilidad no queda comprometida por el hecho de que individuos aislados pasen la frontera para ponerse al servicio de uno de los beligerantes (art. 5).

B. – *Licitud de los préstamos y créditos a los beligerantes.* – El derecho clásico de la neutralidad (Convención V, art. 7) admite, por el contrario, que un Estado neutral no esté obligado jurídicamente a prohibir la exportación o el tránsito, por cuenta de uno u otro de los beligerantes, de armas, municiones y, en general, de todo lo que pueda ser útil para un ejército o una flota; y el artículo 18 precisa expresamente que los aprovisionamientos hechos o los empréstitos consentidos a uno de los beligerantes, procedentes de un país neutral, no serán considerados como "actos cometidos a favor de uno de los beligerantes" en el sentido del artículo 17-b. Es así que los Aliados hicieron numerosas compras a los Estados Unidos durante la primera guerra mundial, de 1914 a 1917, por un monto total de 7 millones de dólares. Pero los Estados neutrales siempre pueden adoptar una reglamentación más estricta, prohibiendo pura y simplemente los préstamos y la apertura de créditos a los beligerantes (*Neutrality Act.* americano de 1935).

390. — Deberes de los Estados beligerantes. A su vez, el territorio neutral debe ser respetado: los Estados beligerantes tienen el deber de no hacer penetrar sus tropas, sino aquellas desarmadas e internadas (ej.: internación por Suiza de los

90.000 hombres del ejército francés del Este el 1º de febrero de 1871, de los 40.000 hombres del 45º cuerpo del ejército francés y de la división polaca el 20 de junio de 1940, y de elementos italianos en setiembre de 1943).

SECCIÓN II

La neutralidad en la guerra marítima

§ 1. – *Deberes de los Estados beligerantes*

391. — PLAN DEL § 1. En la guerra en el mar, los deberes de los Estados beligerantes con respecto a las potencias neutrales se resumen en: a) por una parte, la prohibición para ellos de cumplir actos de hostilidad en las aguas neutrales; b) por otra, la obligación de respetar la reglamentación interna e internacional concerniente a la estadía de los navíos beligerantes en las aguas de los puertos neutrales.

392. — PROHIBICIÓN DE LAS HOSTILIDADES EN LAS AGUAS NEUTRALES. La prohibición formulada por los artículos 1º y 2º de la Convención XIII de La Haya de 1907, concerniente a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima, es muy amplia. Tiende esencialmente a prohibir el cumplimiento de actos de beligerancia en las aguas territoriales de los Estados neutrales. Esta fórmula exige ser precisada desde un triple punto de vista.

A. – *Prohibición del cumplimiento de actos hostiles "stricto sensu" en las aguas y puertos neutrales.* – Aunque fue categóricamente enunciada por el derecho positivo, esta prohibición resultó desconocida a menudo por los beligerantes, ya antes, ya después de 1907, especialmente en 1904 por Japón respecto de China, en 1915 por Inglaterra respecto de Chile y por Alemania respecto de los países escandinavos, así como por los dos grupos beligerantes entre 1939 y 1945, en particular respecto de España, Suecia y Turquía.

B. – *Prohibición de ejercer el derecho de captura en las aguas territoriales neutrales.* – El principio es verdadero, pero no se aplica sino bajo tres importantes reservas: 1º) debe tratarse de aguas territoriales en el sentido internacional de la palabra (V. Consejo de capturas francés, 29 de setiembre de 1915, vapor noruego *Heina, R. G.*, 1916, Jurispr., p. 10-14); 2º) el Estado neutral debe haber protestado contra la captura; 3º) debe tratarse de aguas efectivamente neutrales (V. Consejo de capturas francés, 29 de noviembre de 1917, navíos *Tinos* y otros, *ibid.*, 1918, Jurispr., p. 3-6 y las observaciones presentadas *supra*, nº 378, B-1º).

C. – *Prohibición de conducir las presas a los puertos neutrales.* – Si en principio está prohibido a los Estados beligerantes ejercer el derecho de captura en las aguas territoriales de las potencias neutrales, no les está tampoco permitido conducir a título de presas los navíos mercantes capturados por ellos. Si semejante hecho se produce, el Estado neutral interesado debe inmediatamente liberar al navío capturado e internar a la tripulación capturada, así como al buque captor (arts. 2 y 3 de la Convención XIII de 1907).

Dos precedentes ilustran el principio: a) durante la primera guerra mundial, el *Appan* (liberación por las autoridades americanas de un vapor inglés capturado por un crucero alemán a 130 millas de Madeira y llevado el 1º de febrero de 1916 con una tripulación de captura y bajo bandera alemana al puerto de Newport-News, en la bahía de Chesapeake); b) en el curso de la segunda guerra mundial, el del *Sity of Flint* (liberación por las autoridades noruegas de un navío americano capturado el 9 de octubre de 1939 por un crucero alemán en el Atlántico norte y llevado el 3 de noviembre con una tripulación de captura al puerto de Haugesund).

393. — REGLAMENTACIÓN DE LA ESTADÍA DE LOS NAVÍOS BELIGERANTES EN LAS AGUAS NEUTRALES. Este problema presenta dos aspectos: uno, clásico, que concierne a la estadía de los navíos de guerra; el otro, puesto en evidencia por las dos guerras mundiales, relativo a la estadía de los navíos comerciales.

A. – *Navíos de guerra beligerantes.* – Se presentan numerosas cuestiones a este respecto.

1º En lo que concierne al acceso de los navíos de guerra beligerantes, el principio básico es el de la competencia discrecional del Estado neutral, que puede a voluntad admitir o prohibir la entrada de los navíos en sus puertos. La prohibición puede ser general o especial, y aplicarse por ejemplo, en este último caso, únicamente a los submarinos beligerantes, en razón de los peligros mayores de violación de neutralidad que implica la presencia de tales naves (práctica seguida por los Estados escandinavos y España en el curso de la primera guerra mundial, por los Estados Unidos entre 1939 y 1941, por Suecia y Turquía entre 1939 y 1945). Aclaremos que la prohibición debe aplicarse a todos los beligerantes.

2º En cuanto al problema de la *estadía* en sí, es muy complejo.

a) En lo que respecta a la *duración de la estadía*, el artículo 12 de la Convención XIII de 1907 la limita a 24 horas para los navíos de guerra beligerantes en los puertos, radas y aguas territoriales de las potencias neutrales, "en defecto de otras disposiciones especiales de la legislación de la potencia neutral". Debemos destacar el carácter supletorio de esta disposición, que no se aplica sino ante el silencio o la insuficiencia de la reglamentación interna dictada por la potencia neutral. La regla así enunciada, o regla de las veinticuatro horas, es muy antigua. Ciertos Estados adoptan a veces una actitud más liberal: tal como, antes de 1907, Francia, que acordaba asilo sin limitación de duración. Tal liberalidad no está siempre exenta de inconvenientes, como debía mostrarlo en 1904-1905 la prolongada estadía de la flota rusa en los puertos franceses de Madagascar (durante 79 días) y de Indochina (durante 34 días).

En caso de que un navío de guerra beligerante prolongara su estadía en las aguas neutrales más allá del plazo asignado por el Estado local, éste tiene el derecho de proceder al desarme del navío y a la internación de la tripulación: sanción aplicada en 1904-1905 a ciertos buques rusos por las autoridades fran-

cesas, chinas y americanas, y en 1915 a dos cruceros auxiliares alemanes por las autoridades americanas.

b) Con respecto a la utilización del *puerto de refugio*, destacaremos que está prohibido a los navíos beligerantes utilizar los puertos neutrales como base de operaciones; la adopción de una reglamentación especial (art. 5 de la Convención XIII) fue necesaria después de los diversos incidentes ocurridos en el curso de la guerra ruso-japonesa de 1904-1905.

c) En cuanto a la *reparación de los navíos de guerra beligerantes*, odebece al artículo 17 de la Convención XIII de 1907. Efectuada tan rápidamente como sea posible bajo la vigilancia de las autoridades neutrales, debe proveer únicamente a la seguridad de la navegación y no a aumentar la fuerza militar de los buques. Se presentaron dificultades a ese respecto por la breve estadía del acorazado alemán *Admiral-Graf-Spee* en Montevideo del 13 al 16 de diciembre de 1939.

d) El problema más delicado se refiere al *aprovisionamiento de combustible de los navíos de guerra beligerantes*. La Convención XIII de La Haya dictó a este respecto las dos reglas siguientes.

α) Primera regla (art. 19). El Estado neutral debe proveer de combustible (carbón, limaduras) al navío de guerra beligerante en cantidad estrictamente necesaria para volver al puerto nacional más cercano. Esta regla es equívoca, ya que no discierne en qué sentido debe entenderse la proximidad del puerto nacional, si es de una manera absoluta o simplemente de una manera relativa, teniendo en cuenta el destino del navío. En la primera interpretación, los resultados pueden ser muy arbitrarios y sobre todo desiguales, como lo demostró antes de 1907, en la guerra hispano-americana, la actitud del Gobierno egipcio, no acordando a la escuadra española en ruta hacia las Filipinas más que el carbón necesario para volver a sus bases de partida (julio de 1898).

6) Segunda regla (art. 20). El Estado neutral no debe renovar la provisión de combustible al mismo navío antes de un plazo de tres meses. La justificación de esta regla en aparien-

cia arbitraria se concibe fácilmente, ya que, repitiendo con breves intervalos su aprovisionamiento de carbón en las aguas neutrales, los beligerantes darían al territorio neutral el carácter de una base de operaciones.

B. – *Navíos de comercio beligerantes.* – Sobre todo después de 1914, la práctica internacional elaboró un régimen jurídico destinado a conciliar el ejercicio respectivo de las competencias de las potencias neutrales y de los Estados beligerantes. Ese régimen se construyó alrededor de las dos ideas siguientes: a) libertad de acceso y de estadía, haciendo reserva del caso de los navíos mercantes armados, para los cuales la práctica permanece variable (*supra*, nº 379, c), y de los navíos beligerantes capturados y llevados a título de presas (*supra*, nº 392, c); b) ejercicio eventual, por el Estado neutral, de su competencia de requisición para un uso público y mediante indemnización: es la práctica de la *requisición*, utilizada por Portugal (L. del 7 de febrero de 1916) y por los Estados Unidos (L. del 6 de junio de 1941) con respecto a los navíos alemanes en el curso de la primera guerra mundial y a los navíos de los países del Eje en el curso de la segunda.

§ 2. – *Deberes de los Estados neutrales*

394. — PLAN DEL § 2. Las dos obligaciones esenciales de las potencias neutrales son, siempre, la abstención y la imparcialidad. Revisten, sin embargo, una importancia particular en la guerra en el mar. La prohibición de facilitar navíos de guerra a los beligerantes y de prestarles asistencia hostil constituyen sus dos aspectos más conocidos.

395. — PROHIBICIÓN DE PROVEER NAVÍOS DE GUERRA A LOS ESTADOS BELIGERANTES. Esta prohibición fue dictada originalmente por las célebres reglas de Washington (tratado anglo-americano del 8 de mayo de 1871 enunciando los principios de derecho aplicables en el arbitraje del *Alabama*), según las cuales un gobierno neutral está obligado: 1º) a utilizar la debida diligencia para impedir, en su jurisdicción, la puesta en estado

de navegabilidad, el equipamiento o el armamento, de todo navío destinado a un Estado beligerante; 2º) a no permitir la utilización de sus puertos como base naval por uno de los Estados beligerantes; 3º) a ejercer la debida diligencia en sus puertos y aguas, y respecto de todas las personas que se encuentran en su jurisdicción, para impedir cualquier violación de las obligaciones y de los deberes precitados. La prohibición fue retomada por el artículo 6 de la declaración de Londres del 26 de febrero de 1909 que prohibe "la entrega, a cualquier título, hecha directa o indirectamente por una potencia neutral a una potencia beligerante, de barcos de guerra, municiones o cualquier otro material de guerra".

Debe destacarse —y es paradojal— la comprobación de que esta regla, que había sido introducida en 1871 en el derecho positivo por iniciativa de Estados Unidos, fue repudiada por este país en el curso de la segunda guerra mundial al efectuarse el intercambio de notas anglo-americano del 2 de setiembre de 1940 concerniente a la transferencia de 50 destructores, por los Estados Unidos, al gobierno británico y el otorgamiento a aquél de facilidades navales y aéreas en ciertos territorios británicos del hemisferio occidental.

396. — Prohibición de la asistencia hostil. Se entiende por asistencia hostil *(unneutral service)* la provisión o prestación a un beligerante de servicios incompatibles con la neutralidad y que, técnicamente, no se confunden ni con la violación de un bloqueo ni con el transporte de contrabando de guerra. Desde un principio, la práctica internacional estimó que tales actos exponían al navío neutral —y *a fortiori*, nacional o aliado— que era culpable, a la sanción normal en el caso, o sea a la captura y a la confiscación.

La teoría tradicional distinguía: a) la asistencia hostil indirecta (transporte ocasional de personas o de despachos a destino o por cuenta del enemigo); b) la asistencia hostil directa, que se consideraba como una transferencia del navío en las hostilidades (participación directa en las hostilidades, aceptación de las órdenes o del control del enemigo, servicios específicos rendidos de manera exclusiva al enemigo, tales como los de reaprovisio-

namiento o de informaciones). Esa distinción no posee hoy sino un interés didáctico, tratando los Estados beligerantes de la misma manera los dos casos de asistencia hostil. Especialmente en el curso de las dos guerras mundiales, Inglaterra y Francia asimilaron, siempre, el simple transporte de reservistas que se unían a su centro de movilización o de reclutamiento, al transporte de pasajeros individuales "incorporados" a las fuerzas armadas enemigas de acuerdo con el artículo 45-1º de la declaración de Londres de 1909 y pasibles, como tales, de captura y arresto. Destacaremos que una excepción tradicional concierne a los agentes diplomáticos enemigos encontrados en un navío neutral, sustraídos a la captura en razón de su misma calidad (asunto del *Trent* ocurrido en 1861 en el curso de la guerra de Secesión y que desembocó en la libertad de los agentes sureños encontrados a bordo de un paquebote británico por un crucero americano).

397. — PROHIBICIÓN DEL TRANSPORTE DE CONTRABANDO DE GUERRA. La historia de la guerra en el mar es la de una lucha continua entre los Estados beligerantes y las potencias neutrales: los primeros, tratando de interrumpir todas las comunicaciones económicas entre sus adversarios y el resto del mundo; las segundas, reivindicando la libertad de mantener sus relaciones comerciales con todos los Estados —comprendidos los beligerantes— a pesar de las hostilidades. La conciliación de esos intereses antagónicos dio lugar, en el curso de los siglos, a una serie de compromisos sucesivos que tendieron constantemente a reducir los derechos de los neutrales y a extender las prerrogativas de los beligerantes. Es que, en efecto, no hay siempre unidad de estatuto jurídico entre el navío y la carga. Sobre un navío neutral pueden encontrarse mercaderías enemigas; e, inversamente, un navío enemigo puede transportar mercaderías neutrales. ¿Qué decidir en semejante caso?

a) Originalmente, y hasta 1689, Inglaterra siguió el sistema del Consulado del mar, recopilación de costumbres redactada en Barcelona en el siglo XIV, según el cual todo lo que era enemigo era confiscable y todo lo que era neutral era inembargable.

b) Después de la guerra de Crimea, la declaración de París del 16 de abril de 1856 dictó dos reglas: 1º) el pabellón neutral cubre la mercadería enemiga; 2º) el pabellón enemigo no confisca la mercadería neutral. Se las resume a menudo con la frase "el pabellón cubre la mercadería y no la confisca". Debemos, entonces, distinguir cuatro eventualidades: 1º) mercaderías enemigas en un navío enemigo: todo es confiscable; 2º) mercadería neutral en un navío neutral: nada es confiscable; 3º) mercadería enemiga en un navío neutral: nada es confiscable (el pabellón cubre la mercadería); 4º) mercadería neutral en un navío enemigo: captura del navío pero respeto de la carga (el pabellón no confisca la mercadería). Existe, sin embargo, una importante excepción a estas reglas con la institución del contrabando de guerra.

La expresión "contrabando de guerra" (del italiano *contrabando*, literalmente: contra el bando, contra la ordenanza) designa a las mercaderías que, tanto en razón de su naturaleza como de su destino, un neutral no puede transportar o expedir a un beligerante sin violar los deberes de la neutralidad y exponerse por ese hecho a su embargo y confiscación. La declaración de París de 1856 enunció expresamente el principio. Art. 2: "El pabellón neutral cubre la mercadería enemiga, con excepción del contrabando de guerra." Art. 3: "La mercadería neutral, con excepción del contrabando de guerra, no es embargable bajo pabellón enemigo." La materia fue minuciosamente reglamentada por la declaración de Londres de 1909 (arts. 22-24).

El contrabando de guerra comprende tradicionalmente: 1º) el contrabando absoluto, confiscable ya que está destinado al territorio enemigo (lo que se denomina destino de dirección); 2º) el contrabando relativo (o condicional, ocasional, accidental, o por analogía), confiscable únicamente si está destinado al uso de las fuerzas armadas o a la administración del Estado enemigo (lo que se denomina destino de empleo).

La determinación del objeto del contrabando se efectúa de manera unilateral por cada beligerante, poseyendo las disposiciones de la declaración de Londres a ese respecto sólo un valor indicativo en razón de su falta de fuerza obligatoria. De hecho, la distinción entre contrabando absoluto y contrabando relativo, clásica

por largo tiempo, perdió gran parte de su significación primera. A partir de 1914, y sobre todo de 1939, la práctica de los Estados beligerantes tendió, uniforme y sistemáticamente, por procedimientos técnicos variados (transferencia a la lista de contrabando absoluto de los objetos colocados antiguamente en el contrabando condicional, generalización de la presunción de empleo por el enemigo), a suprimir de hecho la distinción entre las dos clases de contrabando.

Inicialmente, el *contrabando absoluto* no comprendía más que las armas, las municiones y el material de guerra; el artículo 22-7º de la declaración de Londres había agregado los caballos y bestias de carga, en razón de su utilización por la caballería, la artillería y los transportes militares. En vísperas de la primera guerra mundial, el contrabando condicional comprendía, entre otros, los artículos siguientes: víveres, carbón, metales preciosos, algodón, caucho. Esta lista habría de ampliarse considerablemente en el curso de la primera guerra mundial para no dejar en la lista libre sino los artículos de moda, los objetos de arte y los juguetes. Los Estados beligerantes conservan una competencia exclusiva para la *determinación del contrabando de guerra* (cf. un ejemplo de lista francesa de contrabando en *R. G.*, 1918, docum., p. 46-59). La técnica al respecto es variable: enumeración detallada (1914-1918) o adopción de una fórmula general muy amplia puesta en ejecución por el juez de presas (cf. sobre el particular la notificación francesa del 4 de setiembre de 1939, D. P. 1939.4.435).

La aplicación de la represión se rodea de ciertas garantías en beneficio de los neutrales: a) una costumbre constante (art. 40 de la declaración de Londres) limita la confiscación del navío neutral que transporta contrabando de guerra en el caso en que éste forme, por su valor, su peso, su volumen o su flete, más de la mitad de la carga; b) la captura de un navío que transporta contrabando sólo puede tener lugar *in delicto*, es decir, durante el cumplimiento del transporte culpable; no puede ocurrir en el curso del viaje de retorno, salvo la excepción del fraude (art. 58 de la declaración de Londres).

El punto más delicado concierne a la *determinación del destino enemigo*. De acuerdo con la concepción clásica, consagrada por

los artículos 30 y 31 de la declaración de Londres, el destino hostil resulta: a) para el contrabando absoluto, de la simple dirección geográfica de las mercaderías hacia el territorio enemigo (u ocupado por el enemigo); b) para el contrabando relativo, además de la dirección de las mercaderías hacia el territorio enemigo, la prueba de su empleo por las fuerzas armadas o administrativas del Estado enemigo. Los tribunales de captura multiplicaron las presunciones a este respecto, reservándose buscar —en caso de insuficiencia de la fuerza probatoria de las piezas embargadas a bordo del navío—, en las circunstancias del caso, todo hecho que pueda servir para determinar el verdadero destino de la carga. Las principales presunciones extraídas de los tribunales de captura para establecer el destino enemigo de las mercaderías resultan de las siguientes circunstancias: envío de las mercaderías con destino a una plaza fortificada enemiga; expedición de las mercaderías a ciertos puertos neutrales que sirven habitual o notoriamente como puertos de tránsito hacia el enemigo; ausencia de reclamación de los expedidores o de los destinatarios; consignación a la orden; ausencia de conocimiento; negativa de los reclamantes o del consignatario de tomar un compromiso o de proveer una garantía de no reexportación de las mercaderías; control del reaprovisionamiento o de las importaciones del artículo en causa por el Estado enemigo; aumento anormal de las importaciones de los Estados neutrales limítrofes de los países enemigos; actos fraudulentos manifiestos, etcétera.

A las presunciones que acabamos de indicar se agregan, desde hace largo tiempo, otras dos: a) *teoría del viaje continuo o de la continuidad del viaje*, según la cual las mercaderías de contrabando pueden ser embargadas en su viaje entre dos puertos neutrales si su destino final es: para el contrabando absoluto, el territorio enemigo; para el contrabando relativo, el uso de los poderes públicos o de las fuerzas armadas del enemigo. De acuerdo con esta concepción, el navío neutral cargado de contrabando de guerra destinado al enemigo, pero que hace en el intervalo escala en un puerto neutral, está sujeto a la captura desde su partida, ya que se considera que la escala neutral intermedia no es más que un simple incidente de ruta y que el viaje forma un todo continuo con finalidad enemiga. Esta teoría recibió frecuentes aplicaciones en

la práctica internacional (asunto del *Springbock* en 1863 en el curso de la guerra de Secesión, asunto del *Doelwyk* en 1896 durante la guerra ítalo-etíope, etc). Limitada únicamente al contrabando absoluto por el art. 30 de la declaración de Londres, la teoría se extendió a los transportes de contrabando condicional por todas las potencias beligerantes desde el comienzo de la guerra de 1914; b) *doctrina de la infección hostil* (art. 42 de la declaración de Londres). Esta doctrina permite a los beligerantes embargar mercaderías que no tengan el carácter de contrabando, sino que pertenezcan al mismo propietario de mercaderías que poseen ese carácter y viajan en el mismo navío.

SECCIÓN III

La neutralidad en la guerra aérea

398. — ESTADO DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. En ausencia de reglamentación convencional, los Estados neutrales prohibieron, en el curso de las dos guerras mundiales, el sobrevuelo de su territorio a las aeronaves —tanto civiles como militares— pertenecientes a las potencias beligerantes, imponiendo como sanción la internación de los contraventores: entre 1939 y 1945, por ejemplo, Suiza internó 203 y abatió 26 aviones beligerantes que habían violado su espacio aéreo. Los Estados beligerantes no presentaron ninguna protesta contra esas medidas y aceptaron, en ciertos casos, indemnizar los daños causados a las personas y a los bienes neutrales por su aviación (pago, el 21 de octubre de 1949, de una indemnización de 16 millones de dólares por los Estados Unidos a Suiza en reparación de los bombardeos efectuados por error en 1944-1945 contra Schaffhouse, Basilea y Zurich).

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador

LISTA DE LAS ABREVIATURAS

Cas.	Corte de casación.
C.E.C.A.	Comunidad europea del carbón y del acero.
C.I.J.	Corte internacional de justicia.
Colliard	C. A. Colliard, *Droit international et histoire diplomatique* (Documentos escogidos), 2 vol., París, 1950 y 1957.
Confl.	Tribunal de Conflictos.
Cons. de Est.	Consejo de Estado.
C.P.J.I.	Corte permanente de justicia internacional.
D.	Recopilación Dalloz.
Doc. Fr.	Documentación francesa.
G. Pal.	Gaceta del Palacio.
Guggenheim	P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2 vol., Ginebra, 1953-54.
J.C.P.	Jurisclasificador periódico.
O.I.T.	Organización internacional del trabajo.
O.N.U.	Organización de las Naciones Unidas.
R.D.P.	Revista de derecho público.
R.G.	Revista general de derecho internacional público.
R.I.	Revista de derecho internacional.
R.L.	Revista de derecho internacional y de legislación comparada.
Rec.	Recopilación de las sentencias del Consejo de Estado.
Rec. de los Cursos	Recopilación de los cursos de la academia de derecho internacional.
Rev. Crit.	Revista crítica de derecho internacional.
S.	Recopilación Sirey.
S.D.N.	Sociedad de las Naciones.
T.A.M.	Tribunales arbitrales mixtos.
Trib. civ.	Tribunal civil.


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

INDICE ALFABETICO

A

Abordaje: 246.
Abstención: 101.
Aceptación: 48.
Acuerdos (en forma simplificada): 19.
Adquisición:
— del territorio: 164-180.
Adhesión: 47.
Adjudicación: 171.
Acuerdos: 42.
Aire (Régimen del):
—en tiempo de paz: 284-293.
—en tiempo de guerra: 387-398.
Alabama (Asunto del): 148, 316, 395.
Amigable componedor: 323.
Antártida: 180.
Arbitraje: 311-335.
—(Corte permanente de): 330-332.
—(Acta general de): 334.
Artico: 179.
Armisticio: 374.
Asistencia hostil: 396.
Abuso de justicia: 127-128.
Aguas interiores: 254-258.
Agotamiento de los recursos internos: 117.

B

Bahías: 273-276.
Belts: 282.
Bloqueo: 382.
Bombardeo:
—Guerra terrestre: 369.
—Guerra marítima: 381.
—Guerra aérea: 387.
Buenos oficios: 297.
Bósforo: 283.
Bryan (Tratados): 303.

C

Cables:
—Submarinos: 251.
Calvo (Cláusula): 121.
Canales internacionales: 233-236.
Capitulación: 375.
Cattegat: 282.
Cesión:
—por contrato: 160.
—territorial: 169.
Cláusula:
—de la nación más favorecida: 66.
—*rebus sic stantibus:* 73.
—Calvo: 121.
—Compromisoria: 319.
—facultativa de competencia obligatoria: 344, 352.
Codificación: 83.
Combatientes: 368.
Comisiones:
—fluviales: 224, 227, 228.
—de investigación: 302-304.
—de conciliación: 305-307.
—mixtas arbitrales: 315-322.
Comunicaciones internacionales: 209-293.
—camineras: 211-214.
—ferroviarias: 215-218.
—fluviales: 219-236.
—marítimas: 237-283.
—aéreas: 284-293.

Compatibilidad:
—de los tratados: 54.
Competencia:
—personal: 95-98.
—relativa a los servicios públicos: 99-100.
—territorial: 152-208.
—extensión y modalidades: 153-163.
—formas de establecimiento: 164-180.
—delimitación: 181-187.
—modificación: 188-208.
—exclusiva del Estado: 309.
—nacional: 310.
—de los tribunales de arbitraje: 323.
Compromiso: 319.
Concesiones:
—en China: 161.
—(suerte de las) en cada caso anexión: 196.
Conciliación: 305-307.
Condominio: 159.
Conflictos:
—jurídicos y políticos: 294.
Congo: 230.
Conquista: 172.
Consejo de la S.D.N.: 308-309.
Consejo de seguridad: 310.
Contigüidad: 173-180.
Continuidad:
—del viaje: 397.
Contrabando de guerra: 397.
Corte:
—internacional de justicia: 350-355.
—internacional de presas: 386.
—de justicia arbitral: 333.
—permanente de arbitraje: 330-332.
—permanente de justicia internacional: 337-349.
Corso: 379.
Costumbre: 75-83.
Cruceros auxiliares: 379.
Cruz Roja: 371.
Consejos consultivos: 345-346, 353.
Captura (Derecho de): 383-386.

D

Danubio: 228.
Dardanelos: 283.
debellatio: 172.
Declaración:
—de guerra: 363.
Derogación: 69.
Descubrimiento: 167.
Delimitación: 182-185.
Demarcación: 185.
Denuncia: 70.
Desplazamiento: 385.
Deudas públicas (Suerte de las) en caso de anexión: 197-200.
Doctrina: 84.
Dominio reservado: 309-310.
Daños:
—indirectos: 148.
Derecho internacional. Relaciones con el derecho interno: 1-13.
Derecho interno. Relaciones con el derecho internacional: 1-13.
Derechos adquiridos: 196.
Dualismo: 2-4.

E

Efectividad:
—en materia de nacionalidad: 116.
—en materia de ocupación: 168.
—en materia de bloqueo: 382.
Endoso:
—de las reclamaciones internacionales: 114-121.
Equidad: 88-89.
Escalda: 229.
Espionaje: 368.
Exceso de poder:
—del árbitro: 323.

Estrechos: 277-283.
Estipulación para los demás: 66.

F

Francotiradores: 368.
Frontera: 181-187.
Ferrocarriles: 213-218.
Firma: 30.
—diferida: 47.
Fuentes:
—del derecho internacional: 14-85.

G

Gentlemen's agreements: 19.
Gibraltar (Estrecho de): 280.
Guerra (Efectos de la):
—sobre los tratados: 72.
—aérea: 387.
—civil: 133-140.
—justa: 358.
—marítima: 376-386.
—terrestre: 362-375.
—total: 359.

H

Hostilidades:
—sin guerra: 363.
—(teatro de las): 367-378.

I

Ilicitud: 113.
Incompatibilidad:
—de los tratados: 54.
Independencia: 102-105.
Indulto: 384.
Infección hostil: 397.
Influencia (Zonas de): 177.
Interpretación:
—de los tratados: 62.
Igualdad: 101.
Investigación: 302-304.

J

Jay (tratado): 315.

K

Kiel (Canal de): 236.

L

Lengua (Elección de la):
—en la redacción de los tratados: 29
Libertad:
—de los mares: 239-240.
—del aire: 285-288.
Leyes (Conflictos de las) y de los tratados: 61.
Lotus (Asunto del): 246.

M

Magallanes (Estrecho de): 281.
Mediación: 299-301.
Mar (Alta): 239-253.
—territorial: 259-276.
Mosa: 229.
Minas: 381.
Monismo: 5-9.
Mosela: 229.

N

Nacionalidad:
—en materia de reclamaciones: 116.
—de los navíos en tiempo de paz: 241-243.
—de los navíos mercantes y de las mercaderías en tiempo de guerra: 384.
Nacionalidades (Principio de las): 190.
Navíos:

—mercantes; condición en tiempo de paz: 243 y 257-258.
—(transformación de los) mercantes en tiempo de guerra: 379.
—mercantes armados: 379.
—sometidos al derecho de captura: 384.
—beligerantes en las aguas neutrales: 393.
—de guerra; condición en tiempo de paz: 242 y 255-256.
—condición en tiempo de guerra: 379 y 393.
Negociación: 26-28.
Neutralidad:
—en la guerra terrestre: 389-390.
—marítima: 391-397.
—aérea: 398.
Nigeria: 230.
Nilo: 230.
No alienación (Promesa de): 174.
No combatientes: 368.
Notificación:
—en materia de ocupación: 168.
—en materia de bloqueo: 382.

O

Ocupación:
—de los territorios sin dueño: 166-168.
—de guerra: 372.
—convencional de guerra: 374.
—pacífica: 162.
Oder: 229.
opinio juris: 78.
Opinión disidente: 347.
Opción: 193.

P

Panamá (Canal de): 235.
Pasaje: 30.
—inocente: 272.
Pabellón:
—competencia exclusiva (del Estado que enarbola el): 244.
—(uso de un falso) en tiempo de guerra: 380.
—(transferencia de): 384.
Pesca: 252.
Piratería: 248.
Plataforma continental: 253.
Plebiscito: 190-192.
Plenos poderes: 28.
Polos: 178-180.
Porter (Convención de): 328.
Puertos:
—Condición de los navíos extranjeros en tiempo de paz: 255-258.
—(navíos beligerantes en) neutral: 393.
Preámbulo:
—de los tratados: 33.
Preferencia (Derecho de): 176.
Prescripción:
—adquisitiva: 170.
Principios generales del derecho: 85-87.
Prisioneros de guerra: 370.
Promulgación:
—de los tratados: 58.
Protección diplomática: 114-121.
Publicación:
—de los tratados: 58.

R

Ratificación: 35-44.
Reparación:
—del acto internacionalmente ilícito: 141-148.
Represalias: 357.
Reservas:
—en los tratados: 50.
—en materia de arbitraje: 321.

Responsabilidad internacional: 107-148.
—definición: 108.
—naturaleza jurídica, caracteres generales y fundamento: 109-113.
—puesta en ejecución: 114-121.
—aplicaciones: 122-140.
—efectos: 141-148.
Revisión:
—de los tratados: 74.
—de las sentencias arbitrales: 327.
Rin: 227.
Ruptura:
—de las relaciones diplomáticas: 365.
Requisición: 393.
Registro:
—de los tratados: 51.
Ríos interiores: 220-232.

S

San Lorenzo: 323.
Sectores (Teoría de los): 179-180.
Sentencia arbitral: 325-328.
Servidumbres internacionales: 163.
Skagerrak: 282.
Submarino: 381.
Soberanía:
—territorial: 154-156.
Sucesión de Estados: 188-208.
Suez (Canal de): 234.

T

Territorio: 149-208.
—caracteres generales y naturaleza jurídica: 150-163.
—formas de adquisición: 164-180.
—delimitación: 181-187.
—mutaciones territoriales: 188-208.
Thalweg: 183.
Trata:
—de negros: 250.
Tratados: 16-74.
—definición: 16-18.
—celebración: 22-52.
—efectos: 53-67.
—extinción: 68-74.
—efectos de las mutaciones territoriales: 205-207.
Trabajo (Convenciones internacionales del): 49.
Tribunales arbitrales: 320.

U

Usucapión: 170.
uti possidetis: 183.

V

Visita (Derecho de):
—en tiempo de paz: 244, 248-249.
—en tiempo de guerra: 385.
Vecindad: 186-187.
Viaje continuo: 397.

W

Wimbledon (Asunto del): 236.

Z

Zambeze: 230.
Zona:
—contigua: 268-269.
—de seguridad: 378.
Zonas:
—francas franco-suizas: 66, 187.

Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

INDICE GENERAL

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Pág.

PREFACIO 9

PRIMERA PARTE

UBICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

SECCIÓN I

Posición teórica del problema 11
1. — Observaciones generales 11

§ 1. — EL DUALISMO

2. — Exposición de la teoría 12
3. — Consecuencias de la teoría dualista 13
4. — Crítica 14

§ 2. — EL MONISMO

5. — Ideas generales 16
6. — El monismo con primacía del derecho interno. Exposición ... 17
7. — Crítica 17
8. — El monismo con primacía del derecho internacional. Exposición 18
9. — Crítica 18

SECCIÓN II

Estado de la práctica internacional 20
10. — Observación previa 20
11. — Fluctuaciones de la práctica internacional en lo que concierne a la confirmación del monismo o del dualismo 20
12. — Confirmación de la primacía del derecho de gentes por la práctica internacional 22
13. — Conclusión. Alcance exacto del debate 25

SEGUNDA PARTE

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

14. — El problema de las fuentes en sus relaciones con la teoría general del derecho internacional 27
15. — Clasificación de las fuentes 28

CAPITULO I

LOS TRATADOS

Pág.

16. — Definición de los tratados 31
17. — Definición del tratado internacional en sentido amplio 31
18. — Definición del tratado internacional en sentido restringido .. 32
19. — Los acuerdos en forma simplificada 33
20. — Clasificación de los tratados 34
21. — Plan del capítulo I 35

SECCIÓN I

Conclusión de los tratados 36
22. — El tratado internacional, operación con procedimiento 36
23. — Determinación de los órganos competentes para concluir tratados internacionales 36
24. — Plan de la sección I 37

§ 1. — PROCEDIMIENTO CLÁSICO DE CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS

25. — Plan del § 1 37

A. — *Negociación*

26. — Formas de la negociación 37
27. — Organos estatales competentes para negociar 37
28. — Los plenos poderes 38

B. — *Firma*

29. — Elección del lenguaje 38
30. — Firma de los tratados 40
31. — Composición de los tratados 40
32. — Invocaciones preliminares 40
33. — Preámbulo 40
34. — Parte dispositiva 42

C. — *Ratificación*

35. — Definición e ideas dominantes 42
36. — Régimen jurídico de la ratificación 44
37. — Formas de la ratificación 45

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Pág.
38. — Carácter discrecional de la competencia de ratificación 45
39. — Reglamentación interna de la ratificación 47
40. — I. Competencia exclusiva del ejecutivo 47
41. — II. Competencia exclusiva del legislativo 48
42. — III. División de competencias entre el ejecutivo y el legislativo 48
43. — Estudio especial del sistema francés 51
44. — Las ratificaciones imperfectas 53

§ 2. — MODIFICACIONES RECIENTES EN EL PROCEDIMIENTO TRADICIONAL DE CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS

45. — Ideas generales 56
46. — Búsqueda de un procedimiento autónomo de conclusión de los tratados multilaterales 56
47. — Adhesión y firma diferida 58
48. — Sustitución de la ratificación por la aceptación 61
49. — Conclusión de las convenciones internacionales del trabajo .. 61
50. — Sistema de las reservas 62
51. — Registro de los tratados 65
52. — Apreciación crítica 67

SECCIÓN II

Efectos de los tratados 68
53. — Carácter obligatorio de los tratados 68
54. — Caso especial de la concurrencia de las reglas convencionales 68
55. — Plan de la sección II 70

§ 1. — EFECTOS DE LOS TRATADOS EN EL ORDEN INTERNO DE LAS PARTES CONTRATANTES

56. — Efectos de los tratados internacionales en el territorio de los Estados contratantes 70
57. — Plan del § 1 71

A. — *Efectos de los tratados con respecto a los gobernantes*

58. — I. Efectos de los tratados con respecto al órgano ejecutivo (promulgación y publicación de los tratados) 72
59. — II. Efectos de los tratados con respecto al órgano legislativo 73
60. — III. Efectos de los tratados con respecto al órgano jurisdiccional 74
61. — A) Aplicación de los tratados 74
62. — B) Interpretación de los tratados 76

B. — *Efectos de los tratados con respecto a los gobernados*

Pág.

63. — Ausencia de efectos directos de los tratados con respecto a los individuos 80

§ 2. — EFECTOS DE LOS TRATADOS SOBRE TERCEROS

64. — Principio de la relatividad de los tratados 81
65. — Casos excepcionales en que los tratados tienen efectos con respecto a los Estados en tercería 82
66. — I. Tratados que benefician a los Estados en tercería 82
67. — II. Tratados que obligan a los Estados en tercería 83

SECCIÓN III

Extinción de los tratados 84
68. — Diferentes causas de extinción de los tratados 84
69. — I. Extinción de los tratados por la voluntad común de las partes (derogación) 84
70. — II. Extinción de los tratados por la voluntad unilateral de una de las partes (denuncia) 85
71. — III. Extinción de los tratados bajo la influencia de acontecimientos determinados 87
72. — A) Efectos de la guerra sobre los tratados 87
73. — B) Cambio radical e imprevisible de las circunstancias. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* 91
74. — IV. Revisión de los tratados 93

CAPITULO II

FUENTES DISTINTAS DE LOS TRATADOS

SECCIÓN I

La costumbre 95

§ 1. — CARACTERES GENERALES Y FUNDAMENTO

75. — Caracteres generales de la costumbre internacional 95
76. — Fundamento de la costumbre internacional 96

§ 2. — CONDICIONES DE EXISTENCIA

77. — Existencia de un elemento material 97
78. — Existencia de un elemento sicológico 98

§ 3. — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Pág.
79. — Posición del problema 99
80. — Elementos constituidos por actos estatales 99
81. — Elementos constituidos por actos interestatales 100

§ 4. — RELACIONES DEL DERECHO CONSUETUDINARIO CON EL DERECHO CONVENCIONAL

82. — Autoridad respectiva de los tratados y de las costumbres 101
83. — Codificación del derecho internacional 102

SECCIÓN II

Las fuentes subsidiarias 104
84. — Posición del problema. Elementos a excluir 104

§ 1. — LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

85. — Naturaleza jurídica 106
86. — Contenido 106
87. — Ubicación en la jerarquía de las reglas jurídicas 107

§ 2. — LA EQUIDAD

88. — Observaciones generales 108
89. — Papel de la equidad en derecho internacional 109

TERCERA PARTE

COMPETENCIA Y TERRITORIO DE LOS ESTADOS

TITULO I

COMPETENCIA DE LOS ESTADOS

90. — Ideas generales y plan del título I 111

CAPITULO I

TEORIA GENERAL DE LAS COMPETENCIAS

91. Ideas generales 113
92. — Plan del capítulo I 113

SECCIÓN I Pág.

Determinación de las competencias 114

93. — Plan de la sección I 114

§ 1. — LA COMPETENCIA TERRITORIAL

94. — Remisión del título II 114

§ 2. — LA COMPETENCIA PERSONAL

95. — Definición 114

96. — Extensión de la competencia personal 115

97. — Efectos de la competencia personal 115

98. — Relaciones entre la competencia territorial y la competencia personal 116

§ 3. — LA COMPETENCIA RELATIVA A LOS SERVICIOS PÚBLICOS

99. — Extensión de esta competencia 116

100. — Conflictos de competencia 117

SECCIÓN II

Ejercicio de las competencias 118

101. — Principios rectores en la materia. Remisión al curso de relaciones internacionales 118

§ único. — PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

102. — Nociones generales 118

103. — Primer elemento de la independencia: la exclusividad de la competencia 119

104. — Segundo elemento de la independencia: la autonomía de la competencia 120

105. — Tercer elemento de la independencia: la plenitud de la competencia 121

SECCIÓN III

Ubicación del estudio de las competencias en la teoría general del derecho internacional 122

106. — Ensayo de sistematización 122

CAPITULO II

SANCION DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS

Pág.
107. — Definición e ideas generales 125
108. — Plan del capitulo II 126

SECCIÓN I

Naturaleza jurídica, caracteres generales y fundamento de la responsabilidad internacional 126

§ 1. — NATURALEZA Y CARACTERES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

109. — Carácter de la relación de Estado a Estado 126
110. — Responsabilidad directa y responsabilidad indirecta 127

§ 2. — FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

111. — Estado de la doctrina 128
112. — Apreciación crítica 129
113. — Exigencia del incumplimiento del Estado a una regla de derecho internacional 130

SECCIÓN II

Aplicación de la responsabilidad internacional 131
114. — Plan de la sección II 131

§ 1. — CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA (O CONDICIONES DE RECEPCIÓN DEL ENDOSO)

115. — Plan del § 1 132
116. — I. Primera condición: nacionalidad del reclamante 132
117. — II. Segunda condición: agotamiento de los recursos internos 135
118. — III. Tercera condición: conducta correcta del reclamante .. 136

§ 2. — EFECTOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA (O EFECTOS DEL ENDOSO)

119. — Idea general 136
120. — Consecuencias del principio 137

Pág.

120 bis. — La reacción realista en la época contemporánea 138
121. — Posibilidad de una renuncia a la protección diplomática. Cláusula Calvo 139

SECCIÓN III

Aplicaciones de la responsabilidad internacional 140
122. — Plan de la sección III 140

§ 1. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS

123. — Ideas generales 140
124. — Aplicaciones en la práctica internacional 141

§ 2. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS ADMINISTRATIVOS

125. — Alcance del principio 142
126. — Aplicaciones en la práctica internacional 142

§ 3. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS JURISDICCIONALES

127. — Ideas generales 142
128. — Aplicaciones en la práctica internacional 143

§ 4. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS DE LOS PARTICULARES

129. — Naturaleza de esta responsabilidad 144
130. — Contenido de la obligación estatal 145
131. — I. Deber de prevención 145
132. — II. Deber de represión 146

§ 5. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CASO DE GUERRA CIVIL

133. — Plan del § 5 146
134. — I. El derecho común 146
135. — A) Daños que resultan del combate en sí 147
136. — B) Daños que resultan de las medidas tomadas por las autoridades gubernamentales 147

Pág.

137. — C) Daños que resultan de las medidas tomadas por los insurrectos 147
138. — II. Los arreglos excepcionales 149
139. — A) Arreglos que implican un debilitamiento de la responsabilidad 149
140. — B) Arreglos que implican una agravación de la responsabilidad 149

SECCIÓN IV

Efectos de la responsabilidad internacional 150
141. — La reparación, consecuencia de la responsabilidad internacional 150
142. — Plan de la sección IV 151

§ 1. — NATURALEZA DE LA REPARACIÓN

143. — Ausencia de carácter penal de la responsabilidad internacional 151

§ 2. — MODALIDADES DE LA REPARACIÓN

144. — Diversas modalidades a distinguir 151

§ 3. — ALCANCE DE LA REPARACIÓN

145. — Principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio 152
146. — Consecuencias del principio 152
147. — Primera idea: la reparación no debe ser inferior al perjuicio 152
148. — Segunda idea: la reparación no debe exceder al perjuicio. Problema de los daños indirectos 154

TITULO II

EL TERRITORIO

149. — Plan del título II 157

CAPITULO I

CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA JURIDICA

SECCIÓN I

El territorio 159
150. — Caracteres generales del territorio 159
151. — Naturaleza jurídica del territorio 161

SECCIÓN II

La competencia territorial 163
152. — Plan de la sección II 163

§ 1. — ALCANCE DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Pág.
153. — Definición 164
154. — La soberanía territorial 164
155. — Aspecto positivo 164
156. — Aspecto negativo 165

§ 2. — MODALIDADES DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

157. — Ideas generales 165
158. — Protectorado, mandato y tutela 165
159. — Condominio 167
160. — Cesión por contrato de locación 167
161. — Concesiones 168
162. — Ocupación militar 168
163. — Servidumbres internacionales 169

CAPITULO II

ESTABLECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS

164. — Posición del problema. Plan del capítulo II 171

SECCIÓN I

Formas jurídicas de establecimiento de la competencia territorial 171
165. — Plan de la sección I 171

§ 1. — FORMAS TRASPUESTAS POR ANALOGÍA CON LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO

166. — A) Ocupación. Caracteres generales 172
167. — Condiciones de validez. Evolución de las concepciones jurídicas 173
168. — Estado del derecho positivo 174
169. — B) Cesión 176
170. — C) Prescripción adquisitiva 177

§ 2. — FORMA TRASPUESTA POR ANALOGÍA CON LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PÚBLICO

171. — Adjudicación 178

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA OMNIUM
QUITO

SECCIÓN II Pág.

Forma históricopolítica de establecimiento de la competencia territorial 179
172. — La conquista o *debellatio* 179

SECCIÓN III

Forma geográfica de establecimiento de la competencia territorial: la contigüidad 180
173. — Diferentes funciones de la contigüidad 180

§ 1. — LA CONTIGÜIDAD, OBSTÁCULO PARA EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL POR UN ESTADO EN TERCERÍA

174. — Promesa de no alienación 180

§ 2. — LA CONTIGÜIDAD, TÍTULO PREFERENCIAL PARA EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

175. — Situaciones que debemos distinguir 181
176. — A) Derecho de preferencia 182
177. — B) Zonas de influencia 182

§ 3. — LA CONTIGÜIDAD, TÍTULO ACTUAL Y EFECTIVO PARA EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

178. — La adquisición de las regiones polares 183
179. — A) El Artico y la teoría de los sectores 184
180. — B) La Antártida 185

CAPITULO III

DELIMITACION DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

181. — La noción de frontera 189

§ 1. — LA DELIMITACIÓN

182. — Importancia del problema 189
183. — Preparación de la delimitación 190
184. — Operación de delimitación propiamente dicha 191
185. — Ejecución de la delimitación 192

§ 2. — La vecindad

Pág.
186. — Ideas generales 192
187. — Régimen jurídico de la vecindad 192

CAPITULO IV

MODIFICACIONES DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

188. — Posición del problema 195

Sección I

Influencia de las mutaciones territoriales sobre la condición de los habitantes 196
189. — Principio general: cambio de nacionalidad, sus límites 196

§ 1. — El plebiscito

190. — Evolución histórica 197
191. — Aplicaciones en la época contemporánea 198
192. — Reglamentación del plebiscito 200

§ 2. — El derecho de opción

193. — Evolución histórica 201

Sección II

Influencia de las mutaciones territoriales sobre el medio económico 203
194. — Plan de la sección II 203

§ 1. — Sucesión en los bienes públicos

195. — Estado de la práctica internacional 203
196. — Limitación de la competencia del Estado sucesor. Principio del respeto internacional a los derechos adquiridos 204

§ 2. — Sucesión en las deudas públicas

197. — Diferentes aspectos del problema 205
198. — ¿Hay obligación de suceder en las deudas? 205

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST QUAM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1826
QUITO

Pág.
199. — Distinción entre las deudas 208
200. — Modalidades de la repartición 209

SECCIÓN III

Influencia de las mutaciones territoriales sobre el orden jurídico del Estado desmembrado 211
201. — Plan de la sección III 211

§ 1. — INFLUENCIA DE LAS MUTACIONES TERRITORIALES SOBRE LOS ACTOS JURÍDICOS DE ORDEN INTERNO

202. — Caso de los actos administrativos 211
203. — Caso de los actos jurisdiccionales 212

§ 2. — INFLUENCIA DE LAS MUTACIONES TERRITORIALES SOBRE LOS ACTOS JURÍDICOS DE ORDEN INTERNACIONAL

204. — División de la materia 212
205. — I. Caso de los actos convencionales (problema de la sucesión en los tratados) 212
206. — Orientaciones doctrinales 212
207. — Examen de la práctica internacional 213
208. — II. Caso de los actos ilícitos 215

CUARTA PARTE

COMUNICACIONES INTERNACIONALES

209. — Observación previa 217
210. — Sentido general de la evolución y división de la materia .. 217

CAPITULO I

COMUNICACIONES TERRESTRES

211. — Ideas generales 219

SECCIÓN I

Comunicaciones por carretera 219
212. — Reglamentación internacional de la circulación por carretera 219

SECCIÓN II Pág.
Comunicaciones ferroviarias 221
213. — Importancia de los ferrocarriles en las relaciones internacionales 221

§ 1. — FUENTES DE LA MATERIA

214. — Elementos de la reglamentación convencional 222

§ 2. — ASPECTOS ESENCIALES DE LA COLABORACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA FERROVIARIA

215. — División del § 2 222
216. — Coordinación de las redes 223
217. — Colaboración tarifaria 223

§ 3. — INSTRUMENTOS DE LA COLABORACIÓN FERROVIARIA INTERNACIONAL

218. — Los organismos internacionales en materia ferroviaria 224

CAPITULO II

COMUNICACIONES FLUVIALES

219. — Plan del capítulo II 227

SECCIÓN I

Los ríos internacionales 227
220. — Plan de la sección I 227

§ 1. — EVOLUCIÓN HISTÓRICA

221. — Definición 227
222. — Evolución histórica 228

§ 2. — RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

223. — La conferencia de la paz de 1919 230
224. — La convención de Barcelona del 20 de abril de 1921 230
225. — Utilización industrial de los ríos internacionales 232

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM SUPERIOR ESTUDIORUM PARENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

§ 3. — PRINCIPALES REGÍMENES CONVENCIONALES

Pág.

226. — A) Ríos europeos 232
227. — El Rin 232
228. — El Danubio 234
229. — Otros ríos europeos 236
230. — B) Ríos africanos 238
231. — C) Ríos asiáticos 239
232. — D) Ríos americanos 239

SECCIÓN II

Los canales internacionales 240
233. — Definición y caracteres generales 240
234. — El canal de Suez 241
235. — El canal de Panamá 245
236. — El canal de Kiel 247

CAPITULO III

COMUNICACIONES MARITIMAS

237. — Importancia del mar en las relaciones internacionales 249
238. — Plan del capítulo III 250

SECCIÓN I

Alta mar 250

§ 1. — NATURALEZA JURÍDICA DEL ALTA MAR

239. — Principio de la libertad de los mares. Evolución histórica ... 250
240. — Sentido del principio 251

§ 2. — CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS BARCOS EN ALTA MAR

241. — Nacionalidad de los barcos 253
242. — Barcos de guerra (o públicos) 254
243. — Barcos comerciales (o privados) 255

§ 3. — POLICÍA DE ALTA MAR

244. — I. Policía general de alta mar. Competencia exclusiva del Estado que enarbola el pabellón 256

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO

Pág.

245. — Reglamentación internacional de la seguridad en el mar 257
246. — Problema del abordaje 257
247. — II. Policías especiales de alta mar 259
248. — A) Excepción consuetudinaria al principio de la competencia exclusiva del Estado del pabellón. Represión de la piratería .. 259
249. — B) Excepciones convencionales 261
250. — 1°) Represión de la trata de negros 261
251. — 2°) Protección de los cables submarinos 263

§ 4. — UTILIZACIÓN ECONÓMICA DEL ALTA MAR

252. — Reglamentación de la pesca 264
253. — Protección y conservación de las riquezas del mar. Régimen de la plataforma continental 267

SECCIÓN II

Las aguas interiores 270
254. — Principio de la soberanía del Estado ribereño 270

§ 1. — CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS NAVÍOS DE GUERRA EXTRANJEROS

255. — Acceso de los navíos de guerra extranjeros 271
256. — Régimen jurídico de la estadía 272

§ 2. — CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS NAVÍOS COMERCIALES EXTRANJEROS

257. — Derecho de acceso de los navíos privados 274
258. — Régimen jurídico de la estadía 274

SECCIÓN III

El mar territorial 276
259. — Plan de la sección III 276

§ 1. — NATURALEZA JURÍDICA DEL MAR TERRITORIAL

260. — Definición 276
261. — Sistemas doctrinales que unen el mar territorial al territorio 276
262. — Sistema doctrinal que une el mar territorial a alta mar 277
263. — Estado del derecho convencional 278
264. — Actitud de la jurisprudencia francesa 278

§ 2. — EXTENSIÓN DEL MAR TERRITORIAL

Pág.
265. — Evolución histórica 280
266. — Estado de la práctica internacional 280
267. — Ausencia de reglamentación general 281

§ 3. — PROBLEMA DE LA ZONA CONTIGUA

268. — Definición. Ideas generales 282
269. — Intereses susceptibles de ser protegidos 283

§ 4. — RÉGIMEN JURÍDICO DEL MAR TERRITORIAL

270. — Idea general 284
271. — Ejercicio de la soberanía por el Estado ribereño 284
272. — Obligación del Estado ribereño de dejar pasar a los navíos extranjeros 286

§ 5. — CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS BAHÍAS

273. — Nociones generales 286
274. — Bahías de pequeña apertura 287
275. — Bahías de gran apertura 287
276. — Bahías históricas 288

SECCIÓN IV

Régimen de los estrechos 288
277. — Plan de la sección IV 289

§ 1. — GENERALIDADES

278. — Definición. Ideas generales 289

§ 2. — RÉGIMEN DE LOS PRINCIPALES ESTRECHOS INTERNACIONALES

279. — Plan del § 2 290
280. — Estrecho de Gibraltar 290
281. — Estrecho de Magallanes 290
282. — Estrechos daneses 290
283. — Estrechos turcos 291

CAPITULO IV

COMUNICACIONES AEREAS

Pág.
284. — Plan del capitulo IV 299

SECCIÓN I

Las tendencias doctrinales 299
285. — Las teorías actuales 299

SECCIÓN II

El derecho positivo 300
286. — Plan de la sección II 300

§ 1. — LA CONVENCIÓN DE PARÍS DEL 13 DE OCTUBRE DE 1919

287. — Generalidades 301
288. — Régimen del aire 301
289. — Régimen de las aeronaves 303
290. — Valor del régimen establecido por la convención 303
291. — Evolución del régimen de 1919 304

§ 2. — LA CONVENCIÓN DE CHICAGO DEL 7 DE DICIEMBRE DE 1944

292. — Orígenes de la convención 305
293. — Contenido de la reglamentación adoptada 306

QUINTA PARTE

ARREGLO PACIFICO DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

294. — Distinción entre conflictos jurídicos y conflictos políticos 309
295. — Plan de la parte V 310

CAPITULO I

FORMAS DIPLOMATICAS DE ARREGLO DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

296. — Procedimientos de acuerdo directo 311
297. — Buenos oficios 311

Pág.

298. — Plan del capítulo I 313

SECCIÓN I

La mediación 313
299. — Definición y caracteres generales 313
300. — Aplicaciones 315
301. — Evolución de la mediación en la época contemporánea 315

SECCIÓN II

La investigación 316
302. — Caracteres generales y aplicaciones 316
303. — Los tratados Bryan 317
304. — Evolución del procedimiento de investigación en la época contemporánea 318

SECCIÓN III

La conciliación 320
305. — Ideas generales 320
306. — Economía general del sistema 321
307. — Principales aplicaciones 322

CAPITULO II

EL ARREGLO POLITICO

SECCIÓN I

Arreglo de los diferendos internacionales en el pacto de la S. D. N. 325
308. — Análisis del pacto 325
309. — Observaciones críticas 326

SECCIÓN II

Arreglo de los diferendos internacionales en la Carta de las Naciones Unidas 328
310. — Análisis de la carta 328

CAPITULO III

EL ARBITRAJE

311. — Definición y caracteres generales 331
312. — Plan del capítulo III 332

SECCIÓN I

Evolución histórica del arbitraje 332
313. — Plan de la sección I 332

Pág.
314. — Arbitraje por un jefe de Estado 332
315. — Arbitraje por comisión mixta 333
316. — Arbitraje por tribunal 334

SECCIÓN II

El derecho consuetudinario arbitral 335
317. — Plan de la sección II 335

§ 1. — FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE

318. — Carácter voluntario del arreglo arbitral 335
319. — Diversas formas del consentimiento del Estado 335

§ 2. — OBJETO DEL LITIGIO

320. — Litigios a los cuales se aplica el arbitraje 336
321. — Problema de las reservas 338

§ 3. — EL TRIBUNAL ARBITRAL

322. — Formas actuales del arbitraje 339
323. — Poderes del tribunal arbitral 340
324. — Procedimiento arbitral 342

§ 4. — LA SENTENCIA ARBITRAL

325. — Forma y efectos de la sentencia 342
326. — Carácter obligatorio de la sentencia 342
327. — Carácter definitivo de la sentencia 343
328. — Carácter no ejecutorio de la sentencia 344

SECCIÓN III

Institucionalización del arbitraje 345
329. — Sentido de la evolución 345

§ 1. — LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

330. — Orígenes 345
331. — Organización 346
332. — Actividad y resultados 347

§ 2. — EL PROYECTO DE LA CORTE DE JUSTICIA ARBITRAL

Pág.
333. — Fracaso de la tentativa de 1907 348

§ 3. — TENTATIVAS RECIENTES DE ORGANIZACIÓN DEL ARBITRAJE

334. — El acta general de arbitraje 348
335. — La organización del arbitraje después de 1945 349

CAPITULO IV

EL ARREGLO JUDICIAL

336. — Plan del capítulo IV 351

SECCIÓN I

La Corte permanente de justicia internacional 352

§ 1. — ORÍGENES DE LA CORTE PERMANENTE

337. — Elaboración del estatuto de la Corte 352

§ 2. — ORGANIZACIÓN DE LA CORTE PERMANENTE

338. — Forma de nombramiento de los jueces 353
339. — Institución del juez nacional 354
340. — Funcionamiento de la Corte 355

§ 3. — COMPETENCIA CONTENCIOSA

341. — Plan del § 3 355
342. — El principio: competencia facultativa 356
343. — La excepción: caso de competencia obligatoria 356
344. — El correctivo al principio: la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria 357

§ 4. — COMPETENCIA CONSULTIVA

345. — Ideas generales 359
346. — Tendencia de la Corte a asimilar las opiniones a las sentencias 359

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

§ 5. — PROCEDIMIENTO

Pág.
347. — Nociones generales 361

§ 6. — ACTIVIDAD DE LA CORTE PERMANENTE Y RESULTADOS CONSEGUIDOS

348. — Actividad de la Corte 362
349. — Revisión del estatuto de 1920 363

SECCIÓN II

La Corte Internacional de Justicia 364
350. — Elaboración del estatuto de la nueva Corte 364
351. — Organización de la Corte 365
352. — Competencia contenciosa 366
353. — Competencia consultiva 367
354. — Ejecución de las decisiones de la Corte 367
355. — Actividad de la Corte 368

SEXTA PARTE

LA GUERRA Y LA NEUTRALIDAD

CAPITULO I

EL DERECHO DE GUERRA

356. — Definición e ideas generales 371
357. — Distinción entre guerra y represalias 372
358. — Evolución de las concepciones jurídicas. Teoría de la guerra justa 373
359. — La guerra total 374
360. — Fuentes del derecho de guerra 375
361. — Plan del capítulo I 376

SECCIÓN I

La guerra terrestre 376
362. — Plan de la sección I 376

§ 1. — COMIENZO DE LA GUERRA

363. — Exigencia de la declaración de guerra 376
364. — Efectos de la declaración de guerra 378

Pág.

365. — I. Ruptura de relaciones diplomáticas entre los Estados beligerantes 378
366. — II. Condición jurídica de los ciudadanos de los Estados beligerantes 379

§ 2. — CONDUCCIÓN DE LA GUERRA

367. — Teatro de las hostilidades 385
368. — Distinción entre combatientes y no combatientes 386
369. — Medios de hostilidades 389
370. — Condición jurídica de los prisioneros de guerra 391
371. — Régimen de los enfermos y heridos 392
372. — Invasión y ocupación. Teoría jurídica de la ocupación de guerra 393

§ 3. — FIN DE LA GUERRA

373. — Ideas generales 398
374. — La técnica tradicional: el armisticio 398
375. — La técnica reciente: la capitulación incondicional 401

SECCIÓN II

La guerra marítima 402
376. — Definición y fuentes de la materia 402
377. — Plan de la sección II 403

§ 1. — EL TEATRO DE LA GUERRA Y LOS BELIGERANTES

378. — El teatro de la guerra 403
379. — Los beligerantes 404

§ 2. — LOS MEDIOS DE HOSTILIDAD

380. — Prohibición de los medios pérfidos 406
381. — Respeto de la vida de los no combatientes 407
382. — El bloqueo 411

§ 3. — EL DERECHO DE CAPTURA

383. — Ideas generales 413
384. — Dominio de aplicación del derecho de captura 413

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

Pág.

385. — Forma de aplicación 416
386. — Juicio de las capturas 417

SECCIÓN III

La guerra aérea 419
387. — Ausencia de reglamentación convencional 419

CAPITULO II

LA NEUTRALIDAD

388. — Ideas generales y evolución histórica 421

SECCIÓN I

La neutralidad en la guerra terrestre 422
389. — Deberes de los Estados neutrales 422
390. — Deberes de los Estados beligerantes 423

SECCIÓN II

La neutralidad en la guerra marítima 424

§ 1. — DEBERES DE LOS ESTADOS BELIGERANTES

391. — Plan del § 1 424
392. — Prohibición de las hostilidades en las aguas neutrales 424
393. — Reglamentación de la estadía de los navíos beligerantes en las aguas neutrales 425

§ 2. — DEBERES DE LOS ESTADOS NEUTRALES

394. — Plan del § 2 428
395. — Prohibición de proveer navíos de guerra a los Estados beligerantes 428
396. — Prohibición de la asistencia hostil 429
397. — Prohibición del transporte de contrabando de guerra 430

SECCIÓN III

La neutralidad en la guerra aérea 434
398. — Estado de la práctica internacional 434
LISTA DE LAS ABREVIATURAS 435
INDICE ALFABETICO 437

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO
Universidad Central
INSTITUTO de DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

ESTE LIBRO SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA PRIMERA QUINCENA DE DICIEMBRE DE 1966 EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S. A. EDITORA E IMPRESORA", BRASIL 139 - BUENOS AIRES.

15/12/66

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM SCIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SIB - UCE

FECHA DE DEVOLUCIÓN		

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SIB - UCE

341
R864
Rousseau Ch.
Derecho Internacional Público Profundizado.

FECHA	NOMBRE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1826
QUITO