

772

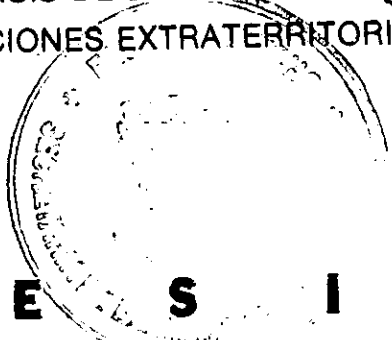
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

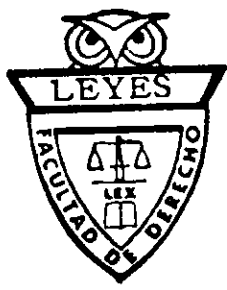
FACULTAD DE DERECHO

"ANALISIS DE LA VALIDEZ DE LAS LEGISLACIONES EXTRATERRITORIALES"



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
KATYA MINERVA SOMOHANO SILVA



DIRECTOR DE TESIS: LICENCIADO VICTOR CARLOS GARCIA MORENO

CIUDAD UNIVERBITARIA.

1998.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

262805



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

Ciudad Universitaria, a 7 de mayo de 1998.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

Estimado señor Director:

Por medio de la presente, comunico a usted que la alumna **KATYA MINERVA SOMOHANO SILVA**, con número de cuenta 9035260-1, ha concluido satisfactoriamente su investigación intitulada **"ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LAS LEGISLACIONES EXTRATERRITORIALES"**, misma que presenta para obtener el grado de Licenciado en Derecho en esta Facultad, la cual fue dirigida por el suscrito.

Considero que el trabajo de referencia reúne los requisitos exigidos por la legislación y reglamentación universitarias aplicables, por lo que tengo a bien otorgar mi **APROBACION**, para todos los efectos académicos correspondientes.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Ruego a usted que reciba lo más distinguido de mis consideraciones

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO


VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

*A mis padres,
Simón y Lilia
por su cariño,
entrega y apoyo incondicional.*

*A mis hermanos,
José Simón, José Manuel y Lilián*

*A Fernando Solana,
por permitirme aprender de él,
y por transmitirme el amor al estudio y al trabajo.*

A mis tios, primos y sobrinos

*A mis maestros:
Victor Carlos Garcia Moreno,
Rafael Rocher Gómez,
Mauricio Rossell y
Fernando Serrano Migallón*

*A mis amigos,
y muy especialmente
a Adriana, Andrea y Sara*

“ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LAS LEGISLACIONES EXTRATERRITORIALES”

INTRODUCCIÓN

I

CAPÍTULO PRIMERO EL ESTADO Y SUS ATRIBUTOS

1. Noción de Estado	1
1.1 Evolución histórica del concepto	2
2. Noción de soberanía como atributo del Estado	2
2.1 Evolución histórica del concepto	10
3. Implicaciones actuales del concepto de soberanía en el Derecho Internacional	13
4. Soberanía territorial	18
5. Jurisdicción	26
5.1 Bases para el ejercicio de la Jurisdicción	30
6. Competencia	33
7. Inmunidad del Estado	37
7.1 Inmunidad de Jurisdicción	38
7.2 Inmunidad de Ejecución	42
8. Cláusula Calvo	43
9. Soberanía económica	46

CAPÍTULO SEGUNDO EL ESTADO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Fuentes del Derecho Internacional	51
1.1 Tratados Internacionales	52
1.2 Costumbre Internacional	53
1.3 Principios Generales del Derecho Internacional	54
1.4 Decisiones judiciales y doctrina de los publicistas	55
2. Formas de manifestación de la voluntad de un Estado	57
2.1 Reconocimiento	58
2.2 Aquiescencia	59
2.3 Doctrina Estoppel	59
10. Principios Generales del Derecho Internacional	60
3.1 Coexistencia pacífica	61
3.2 Solución pacífica de controversias	64
3.3 Igualdad soberana de los estados	65

3.4 No Intervención	69
3.5 Autodeterminación	77
3.6 Cooperación	80
4. Vigencia de los Principios Generales de Derecho Internacional en el mundo contemporáneo	81

CAPITULO TERCERO

LEGISLACIONES EXTRATERRITORIALES Y MEDIDAS DE DEFENSA ANTE ELLAS

1. Jurisdicción Extraterritorial	88
1.1 Jurisdicción basada en la territorialidad	89
1.2 Jurisdicción basada en la nacionalidad	91
1.3 Jurisdicción basada en la protección y seguridad del Estado	94
1.4 Jurisdicción basada en el principio de universalidad	94
2. Mecanismos de solución de controversias	97
3. Empleo de procedimientos diplomáticos	100
3.1 Negociación	101
3.2 Buenos oficios y mediación	105
3.3 Investigación	106
3.4 Conciliación	108
4. Empleo de procedimientos jurídicos o judiciales	109
4.1 Arbitraje	110
4.1 Procedimientos jurisdiccionales	115
5. Medidas unilaterales adoptadas como respuesta a las legislaciones extraterritoriales.	123
5.1 Doctrina Stimson	124
5.2 Empleo de medidas económicas coactivas	125
5.2.3 Retosión	129
5.2.4 Represalias	132
5.3 Bloqueo pacífico	135
5.4 Derecho de autodefensa	137
6. Legislaciones antidoto	138

CAPÍTULO CUARTO

ESTUDIO DE CASO: LEY HELMS-BURTON

1. Antecedentes	141
2. Legislaciones precedentes	144
2.1 Ley Torricelli	145
3. Contexto en el que se expide	150

4. Estructura y contenido	152
4.1 Secciones	153
4.2 Títulos	160
4.2.1 Título I	160
4.2.2 Título II	164
4.2.3 Título III	167
4.2.4 Título IV	172
5. Efectos jurídicos de la aplicación de los Títulos III y IV	174
5.1 Título III Protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos de los Estados Unidos	175
5.2 Título IV Expulsión de ciertos extranjeros	184
6. Incongruencia con convenciones internacionales de naturaleza comercial	188
6.1 TLCAN	188
6.2 GATT y OMC	192
7. Reacciones Internacionales	199
8. Ley antidoto mexicana	200

CONCLUSIONES	202
BIBLIOGRAFÍA	209
INDICE ANALÍTICO	215

INTRODUCCION

*"No tenemos una idea justa y clara de lo que es verdadero derecho y justicia; nuestras leyes no son más que imágenes y sombras ¡pero ojalá las guardáramos! porque son sacadas de los mejores ejemplos de la verdad y la naturaleza.
Cicerón*

En los últimos tiempos, el mundo ha experimentado transformaciones sustantivas. La globalización, como proceso de integración de elementos anteriormente exclusivos de cada Estado, ha ocasionado que se replanteen algunos conceptos propios de las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional.

La nueva realidad del mundo, ha hecho necesario la modificación de posturas cerradas y proteccionistas de los estados, con el fin de lograr integrarse a los nuevos escenarios internacionales y poder así participar de los beneficios de éstos nuevos esquemas geográficos y políticos de la realidad internacional.

En la actualidad resulta difícil concebir la existencia de un Estado aislado, que no participe de alguna forma de cualquier tipo de mecanismo de globalización o regionalización, que suponen el intenso intercambio de flujos de bienes, de servicios, de información, e incluso de ideologías.

Sin embargo, el Derecho Internacional sigue teniendo como principal objetivo, regular la actuación de los estados y de los organismo internacionales, y garantizar su convivencia pacífica dentro de un clima de respeto y tolerancia. Para lograrlo, resulta fundamental conservar las estructuras básicas de la organización internacional. Es decir, los estados deben continuar siendo la célula fundamental de la sociedad mundial, y se debe asegurar además la preservación de sus atributos y características, mismas que les permiten interactuar con otros sujetos del Derecho Internacional, sin poner en peligro su existencia como entidades soberanas.

Por ello, las nuevas formas de convivencia internacional, deben ante todo, garantizar la preeminencia del orden jurídico y de los postulados que le dan sustento. Resulta inadmisibles que bajo el pretexto del acercamiento de los estados, en especial de sus economías, se pretenda encubrir actos de intervencionismo que vulneran y lastiman la soberanía de las naciones.

Desde hace algún tiempo, algunos estados han intentado imponer arbitrariamente sus intereses, a través del empleo de subterfugios jurídicos que regulan conductas que bajo ningún argumento ni justificación les corresponde normar. El empleo de legislaciones extraterritoriales unilaterales, que pretenden pasar por alto a los ordenamientos internos de los estados y a los postulados

fundamentales del Derecho Internacional, ha sido una constante amenaza para la convivencia y el respeto que debe existir entre los estados.

Una de las principales formas de expresar la soberanía de los estados, es mediante su capacidad de legislar dentro de su ámbito espacial. Esta facultad emanada del derecho de autodeterminación de los pueblos, permite a cada nación tomar sus decisiones fundamentales sobre su sistema económico, político y social, sin intervención de ningún ente extraño, y con las únicas restricciones que el respeto a las otras naciones y a sus propias decisiones.

La extraterritorialidad *per se* no es condenable, ya que como se señalará en este estudio, se recurre a ella frecuentemente con el fin de solucionar conflictos, que por contener elementos de dos o más estados, requieren ser abordados desde la perspectiva y -jurisdicción- de los sujetos involucrados.

Sin embargo, es fundamental que exista en estos supuestos el consentimiento de los estados, que al permitir recurrir a estos mecanismos conflictuales, no sólo protegen y preservan su soberanía, sino que por el contrario la fortalecen.

El objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto, la inadmisibilidad de la jurisdicción extraterritorial, cuando en virtud de ella se pretende imponer

principios o intereses ajenos y frecuentemente contrarios a los valores de un Estado extranjero y a los de la Comunidad Internacional.

En el primer capítulo se analizará al Estado y a sus atributos, primero desde el punto de vista de la Teoría del Estado, que de forma general sostiene como una característica esencial del Estado su dualidad. Esta dualidad le permite actuar de forma soberana y exclusiva hacia su interior, y por otro lado, le permite participar en el sistema internacional como una entidad jurídica, sujeta desde luego al Derecho Internacional.

En ese mismo capítulo se analizarán algunos conceptos esenciales del Derecho Internacional, que resultan indispensables para comprender el alcance y las limitaciones de la actuación del Estado en su dimensión externa, tales como la soberanía territorial y económica, jurisdicción, competencia e inmunidad estatal, entre otros.

El segundo capítulo se refiere principalmente a las fuentes que dan origen al Derecho Internacional y respecto de las cuales, las legislaciones extraterritoriales resultan contrarias. En él también se examinarán los principios generales del Derecho Internacional, que norman la convivencia entre las naciones y que deben ser observados a cabalidad por los estados. De manera particular se pretende enfatizar la falta de conformidad de las legislaciones

extraterritoriales respecto de ellos, aún en el contexto de la nueva realidad internacional.

En el tercer capítulo se analizará el alcance del concepto de extraterritorialidad y se intentará distinguir la jurisdicción y la aplicación de leyes extraterritorialmente por parte de un estado, cuando existe el consentimiento del Estado extranjero y la legitimación del Derecho Internacional, de aquellas legislaciones que arbitrariamente pretenden hacerse valer de forma unilateral. Respecto de estas mismas, en este capítulo se señalen los recursos con que cuenta un Estado para hacerles frente y evitar que surtan sus efectos.

El cuarto y último capítulo se enfoca al análisis de un caso en particular, que es el de la Ley *Helms-Burton*. Esta ley contiene características peculiares que la ubican como el ejemplo más claro de la pretensión intervencionista, y por tanto, violatoria del Derecho Internacional, expresada mediante disposiciones jurídicas. Debido a lo reciente de esta ley, su estudio se hace a partir del análisis detallado de la misma y a la luz de los instrumentos internacionales que viola. Por ser una ley de naturaleza eminentemente política, dos de sus cuatro capítulos se refieren a enunciaciones políticas, por lo que el análisis se enfoca principalmente a sus títulos III y IV que contienen disposiciones de carácter normativo.

Finalmente en este mismo capítulo se hace referencia a las reacciones internacionales en torno a la misma, que por su contundencia y consenso representan un ejemplo ilustrativo de la vigencia del Derecho Internacional y de la disposición de la Comunidad Internacional por garantizar su preservación. En este sentido, también se repasa de manera general a la legislación antidoto emitida por México, y que constituye un eficaz medio de defensa de la dignidad, de la soberanía y de los intereses de nuestro país.

A pesar de que la extraterritorialidad, es una nociva tentación a la que seguramente se intentará volver a recurrir, sobre todo por parte de las potencias económicas, resulta fundamental no claudicar en el esfuerzo de la Comunidad Internacional por poner de manifiesto su rechazo y su inadmisibilidad, para debilitar así los efectos que pudiera traer consigo.

La vigencia y preservación del Derecho Internacional y de la soberanía de los estados como sujetos del mismo es la única forma de garantizar la convivencia armónica internacional, por lo que debe ser fomentada y promovida, no sólo como un derecho de los estados, sino también como un deber indeludible.

CAPITULO PRIMERO

EL ESTADO Y SUS ATRIBUTOS

El Derecho Internacional es "el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales".¹ Los estados, como entidades soberanas son los sujetos del Derecho Internacional más importantes. El orden jurídico internacional reconoce como característica esencial del Estado una dualidad en sus esferas de acción. Esta dualidad se expresa, en su dimensión interna mediante la supremacía de sus órganos e instituciones, y en su dimensión externa al ser el Estado un ente con derechos y obligaciones frente a los otros sujetos del Derecho Internacional.

Desde siempre, las funciones del Estado y su capacidad de actuación han sido para la mayoría de los estudiosos de la actividad pública, objeto de polémica. Ello ha dado origen a diversas escuelas de pensamiento que van desde aquellas que le reconocen al Estado poder ilimitado, hasta otras que le atribuyen una capacidad de actuación limitada y sujeta a la voluntad popular.

¹ SEARA VAZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*. 15º Ed., México, Ed. Porrúa, 1994, p. 25

1. Noción de Estado

1.1. Evolución histórica del concepto.

La existencia del Estado moderno no data de mucho tiempo atrás. En el pensamiento clásico no se registra la concepción de un ente abstracto o de una instancia en la que estuviera depositado el poder público y la autoridad sobre los individuos asentados en un determinado espacio geográfico.²

La cultura griega por ejemplo, reconoció diversas formas de gobierno de sus *polis* - término empleado por la civilización helénica como sinónimo de ciudad no de Estado - como lo refiere Platón en su obra la República. Así Mario de la Cueva señala que en el pensamiento griego, no se planteó el problema de la existencia del Estado, sino la cuestión del poder político, por lo cual, es posible afirmar que los atenienses vivieron la concepción realista del Estado.³

Si bien dentro del pensamiento romano tampoco se reconoció la existencia de un ente real o ficticio superior a las personas jurídicas privadas, si se admitió en cambio, la existencia de un orden jurídico diverso al privado, que era la *Res publica*, es decir, *la noción de existencia común*.⁴

² DE LA CUEVA, Mario, *Idea del Estado*. 3a Ed., México, UNAM, 1986, p. 4-5

³ *Ibidem*

⁴ *Ibidem*

El pensamiento político romano si reconoció implícitamente la existencia del concepto de soberanía, sin embargo este concepto fue modificándose a través de las diferentes etapas de la historia de ésta civilización. Así, mientras en la monarquía la facultad de organizar políticamente a la comunidad o *civitas* pertenecía al rey; durante la república se depositó en el pueblo y, más tarde, en el imperio, nuevamente se le arrebató al pueblo para atribuírsele al emperador.

Durante la Edad Media, surgieron una serie de instituciones que lograron concentrar el poder y la autoridad, logrando con ello crear una relación de subordinación entre súbditos y autoridad. Así:

"El concepto del estado como una vida orgánica común para el fomento de las finalidades vitales comunes, no existió en la Edad media. El pensamiento básico del Imperio germánico Sacro y romano, era esencialmente teórico y poseía una significación inmediata únicamente para las relaciones entre la Iglesia y el Imperio."⁵

Sin duda, fue la presencia de los diversos factores de poder, lo que ocasionó la fragmentación de la idea de un ente abstracto en el que convergiera de manera exclusiva la potestad de autoridad. De acuerdo con Heller, la Edad media era una auténtica poliarquía, en la que existía un orden jerárquico de los poderes políticos que iba de los estamentos hasta los reyes,

⁵ MOLH, Robert, cit. por Mario de la Cueva, *Ibid* p. 35

el emperador y el Papa.⁶

La primera aparición del término *Estado*, en su acepción de Estado moderno, en la literatura política se da en la obra *El Príncipe* de Maquiavelo. Así, el Estado moderno es, a decir de la mayoría de los historiadores, producto de las pugnas políticas entre los poderes medievales. Surge entonces, teniendo como características el ser territorial, nacional, monárquico, centralizador de los poderes públicos y soberano en la doble dimensión (interna y externa).⁷

La territorialidad como característica del Estado moderno, se identifica con la existencia de un espacio geográfico sobre el cual se constituye la asociación de ciudadanos. Por tanto, se entiende a la soberanía como la potestad que ejercen los reyes dentro de sus reinos. Esta idea de delimitación de facultades en virtud de un espacio físico, fue la que llevó al surgimiento del Derecho Internacional, entendido como la disciplina que se encargaría de regular la actuación de las potestades soberanas entre sí.⁸

Más adelante aparece el llamado Estado contemporáneo. Nace durante los siglos XVIII y XIX debido las transformaciones originadas por la

⁶ *Ibid*, p.39

⁷ *Ibid*, p 45

⁸ GOMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, p. 9

Revolución francesa, la independencia de las colonias de Norteamérica y de las colonias europeas en América. Es durante esta etapa histórica cuando aparece el concepto de Federación, Confederación, Estado central y Estado unitario.

Sin embargo, en el siglo XVIII, como parte de las ideas de la Ilustración, que marcan la aparición del Estado contemporáneo, Rousseau, relega al concepto de Estado a un segundo término, privilegiando en cambio, la existencia de un ente denominado "nación", cuyo principal elemento era la soberanía. Para este filósofo, la existencia de un poder soberano no es sino el producto de la suma de fuerzas que logra crear una comunidad política o sociedad civil. Dentro de ésta concepción, la soberanía posee como atributo esencial su inalienabilidad. El verdadero ente soberano es pues la nación, la cual con el objeto de realizar las tareas de administración, delega ciertas facultades a un jefe, pero conserva en todo momento la facultad de retirárselas. Burgoa interpreta esta afirmación en el sentido de que la nación, expresada en ella la voluntad general nunca se compromete a dejar de ser soberana.⁹

Para Locke, la comunidad política es formada voluntariamente por los individuos, quienes al buscar la protección de tales derechos, crean una

⁹ BURGOA; Ignacio. *Derecho constitucional mexicano*, 10 Ed., México, Edit. Porrúa, p. 206

autoridad encargada de hacer respetar los valores de esa comunidad. Este órgano de gobierno o autoridad no debe ser confundido con la comunidad política, que es otro ente de quien recibe el mandato, cuya actuación se encuentra por tanto, limitada a lo establecido por la ley natural. Afirma por otro lado, que en todo caso, el órgano supremo del Estado es la asamblea legislativa, a la que deben someterse los poderes ejecutivo y judicial.¹⁰

Hegel por su parte define al Estado como un ser que abarca todo. Para este filósofo el Estado es un organismo real, histórico, distinto del pueblo en el que reside la soberanía. La aparición de los estados en el devenir histórico es, para él, la consecuencia inmediata de las ideas que han transformado al mando y que han producido los diversos fenómenos culturales. Hegel emplea el proceso dialéctico para explicar la existencia del Estado, y al respecto lo propone como la síntesis de la familia y de la sociedad civil.¹¹

Para el pensamiento marxista-leninista, "Estado" es confundido con "gobierno" al referirse a él como parte de la organización de la sociedad ideal, en la que existe una estricta igualdad entre todos sus miembros. No hay lugar por tanto, para un ente superior, ni aún de expresión abstracta, encargado de dirigir le destino de los individuos que la integran. Ni siquiera lo hay para un ordenamiento normativo. Al afirmar esto, Marx parece afirmar que la sociedad

¹⁰ BURGOA, *Ob. cit.*, p. 202

¹¹ DE LA CUEVA, *Ob. cit.*, p. 274

carece de un ente en el cual se deposite el mandato para gobernar su destino y para fungir como su representante ante la Comunidad Internacional

Jellinek sostiene que el Estado no es otra cosa que "la corporación territorial dotada de un poder de mando originario". Por '*corporación territorial*' este tratadista entiende la existencia de una comunidad humana organizada socialmente y asentada en un espacio geográfico. Al hablar de '*mando originario*' se refiere a los órganos del poder público, es decir a la autoridad legítimamente reconocida.

Para él, el Estado se explica en función de la relación de dominación que se establece entre los sujetos que habitan dentro de un territorio y un ente dotado de poder para mantenerlos unidos con causas y fines comunes. Por lo cual, según esta teoría, el Estado existe siempre y cuando converjan en él los tres elementos: territorio, población y gobierno. En cambio, considera que la soberanía no es elemento esencial para su existencia, aunque en sus reflexiones sobre la relación de dominación del gobierno sobre la población, reconoce que ésta se expresa mediante el ejercicio del poder soberano. Este poder debe asegurarse de llevar a cabo dos funciones fundamentales: por un lado mantener, si es preciso por medios coactivos, la unidad entre los sujetos que forman la población, y debe también, otorgar garantías para que esa población pueda ejercer sus derechos como

miembros de su comunidad.¹²

Ya en este siglo, León Duguit identificó como requisito indispensable para la formación de un Estado, la existencia de una relación de mando - obediencia que garantice el ejercicio del poder político -, cuyo cometido fuera realizar el Derecho. Sin embargo, negó la posibilidad de que el Estado fuera una persona jurídica, reconociéndola en cambio como un hecho real y positivo, cuya esencia radica en el poder político. Reconoció sin embargo que, pese a que "el territorio no es un elemento indispensable para la formación del estado"¹³, en virtud de la existencia del concepto de autoridad aún en las ancestrales tribus nómadas, el denominador común de todas las sociedades ha sido vivir sobre un territorio determinado, sobre el cual sus gobiernos ejercen su acción y que constituye al mismo tiempo, la base para la aplicación del Derecho Internacional.

Por último, el jurista alemán Hans Kelsen concibe la existencia del Estado en función del Derecho. Identifica al orden jurídico como el punto neurálgico de un Estado, que no es otra cosa que un ente espiritual cuya esencia es un sistema de normas. Rechaza la afirmación de que es el Estado el creador del Derecho, ya que a su juicio, el Derecho es el verdadero depositario de la soberanía; es decir identifica a la soberanía como la

¹² BURGOA, *Ob. cit.* p. 221-223

¹³ DE LA CUEVA, *Ob. cit.* p. 50

supremacía del orden jurídico estatal.¹⁴ A este respecto dice:

"Un Estado es soberano cuando el conocimiento de las normas jurídicas demuestra que el orden personificado en el Estado es un orden supremo, cuya validez no es susceptible de ulterior fundamentación (...) No hay fin alguno que el Estado pueda perseguir si no es en la forma del Derecho"¹⁵

Para Kelsen, el Estado es pues, por principio diferente del Derecho, sin embargo llega a asimilar al Derecho a tal punto de convertirse en una persona jurídica cuyo poder ilimitado deriva del orden jurídico.¹⁶

Hasta aquí se han expuesto las teorías de algunos pensadores que más han influido en la evolución del concepto de Estado dentro del campo de estudio del Derecho Público y de la Ciencia y Filosofía Políticas. No es la intención de este trabajo repasar de manera exhaustiva todas las escuelas de pensamiento que se han ocupado del tema, sino simplemente, destacar las transformaciones que ha sufrido la concepción del término y algunas de los atributos del Estado que han permanecido inmutables pese a la evolución del pensamiento jurídico-político.

¹⁴ KELSEN, Hans, Teoría General del derecho y del estado, 2a. Ed. Trad. por Eduardo García Maynez, México, UNAM, p. 238, (Textos Universitarios)

¹⁵ KELSEN, *Ob. cit.*, p. 240-241

¹⁶ *Ibidem*

2. Noción de soberanía como atributo del Estado.

El concepto de soberanía ha evolucionado a la par que el concepto de Estado. La idea de soberanía como atributo del Estado continúa vigente y resulta de vital importancia en el análisis de los derechos y obligaciones de los estados en su dimensión externa, es decir en el marco de la interacción en la Comunidad Internacional.

Como se expuso en el punto anterior, la mayoría de las teorías que buscan explicar la naturaleza de la soberanía, intentan también precisar el papel del Estado y las limitaciones - o ilimitaciones - que se le imputan en función de la afirmación de que si es o no, un ente soberano.

2.1 Evolución histórica del concepto

El concepto de soberanía es un término equivoco. En la Grecia antigua, se empleaba el vocablo "autarquía" para referirse a la capacidad de un pueblo para proveerse sus satisfactores, y garantizar con ello, la independencia en sus decisiones. "En Roma se empleaban las expresiones '*maiestas*'; '*potestas*' o '*imperium*' que significaban la fuerza de dominación y mando del pueblo romano"¹⁷.

¹⁷ BURGOA, *Ob. cit.*, p. 238-239

Durante la Edad Media, la soberanía fue atribuida a aquél poder - rey, señor feudal o papa - que lograra la supremacía sobre los otros poderes, aunque era generalmente al monarca en quien finalmente se depositaba. Dentro de esta etapa, destaca de manera especial, la teoría de Hobbes, que proclama la legitimación del absolutismo real, atribuyendo al monarca la soberanía, en virtud de la cesión del poder y de la fortaleza lograda mediante la unión de la multitud de hombres.

Juan Bodino por su parte, basó su teoría en la afirmación de que la soberanía pertenece al monarca absoluto, llegando incluso al extremo de afirmar que el poder concedido al monarca es susceptible de transmitirse a sus descendientes por vía hereditaria. Para él, el monarca no tenía ningún tipo de restricción jurídica respecto de su actuación frente al pueblo, sin embargo éste debía conducirse dentro de los límites éticos que exige el respeto y culto a la institución de la familia. Su obra los *Seis Libros de la República* es considerada como la máxima apología del absolutismo monárquico.¹⁸

Ya en el siglo XVII aparecen las teorías que sostienen la llamada soberanía popular. El primer tratadista que se ocupa del tema es Althusius,

¹⁸ DE LA CUEVA, *Ob. cit.*, p. 64

quien atribuye la soberanía al pueblo, entendido éste como "la comunidad política producto de la unión voluntaria de los hombres, como titular del mencionado poder".¹⁹

Dentro de esta misma categoría de teorías, se encuentra la de Rousseau, según la cual, la soberanía se asimila a la voluntad general "que reside en el pueblo o en la naturaleza y que constituye la fuente de la información jurídica".²⁰ Para Rousseau la soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general, por lo que al ser el soberano un ente colectivo, es imposible que la soberanía se enajene, caso diferente del poder, el cual si es susceptible de ser transmitido. Otra característica de la soberanía que puede identificarse en la teoría roussiana, es la indivisibilidad, producto de la imposibilidad de enajenarse; así como la idea de que corresponde a las leyes regular las relaciones entre el particular y el soberano.

Existe por otro lado, una corriente de pensadores que sostiene que la soberanía corresponde al Estado. Destacan de forma particular, las teorías postuladas por Bluntschli, Jellinek, Esmein, y de los tratadistas mexicanos De la Cueva, Serra Rojas y Burgoa. Todos ellos coinciden en que la soberanía es indiscutiblemente un atributo del Estado, ya que por

¹⁹ Burgoa, *Ob. Cit.*, p. 240

²⁰ *Ibid.*, p. 245

medio de ella, el Estado puede ejercer su poder y autoridad, al mismo tiempo que hace valer sus decisiones en la esfera de la convivencia con otras naciones.²¹

Indudablemente, como se abordará más adelante en este mismo trabajo,²² en la actualidad la idea de soberanía ha sufrido modificaciones a raíz del surgimiento de procesos político-económicos, que han llevado a la conformación de bloques regionales con fines comerciales o políticos. A este respecto resulta plenamente válido lo expresado por Burgoa en el sentido de que:

"la soberanía estatal se revela en la independencia de éste frente a otros Estados en cuanto que ninguno de ellos debe intervenir en su régimen interior, el cual sólo es esencialmente modificable o alterable por su mismo elemento humano que es el pueblo o la nación, a los que corresponde la potestad de autodeterminación".²³

3. Implicaciones actuales del concepto de soberanía en el Derecho Internacional.

Hasta el momento se ha analizado el concepto de soberanía desde el punto de vista de la teoría del Estado. Sin embargo, como se anticipa de

²¹ DE LA CUEVA, *Ob. cit.* P. 126-138

²² *Vid infra*, Capítulo 3

²³ *Ob. cit.*, p. 245

la propia definición de soberanía estatal, éste término es aplicable también a la actuación del Estado en los escenarios internacionales. Es por esto que enseguida se abordará este concepto desde la óptica del Derecho Internacional.

El Estado, como ya se ha dicho es un fenómeno histórico, sociológico y político reconocido por el Derecho. La doctrina señala casi de forma unánime que los elementos constitutivos del Estado son el territorio, la población y el gobierno. A pesar de que la soberanía no se ubica en esta categoría primaria de elementos del Estado, es reconocida como un atributo sin el cual, un ente que tenga las demás características no podría ser considerado como Estado.

Para el internacionalista Shaw, la soberanía no es si no la forma en que un Estado expresa hacia el interior la supremacía de las instituciones gubernamentales y hacia el exterior la supremacía del Estado como persona jurídica.²⁴

Seara Vázquez por su parte, identifica en la soberanía dos cualidades propias del Estado: la independencia, que consiste en la no injerencia de los otros estados en los asuntos que son de su competencia

²⁴ SHAW, Malcolm. N., *International Law*, 4th Ed., Cambridge. Grotius Cambridge University Press, 1997, p. 331

exclusiva; y la igualdad de todos los Estados, lo cual implica un tratamiento jurídico igualitario a la luz del Derecho Internacional.²⁵

El principio de soberanía estatal en el Derecho Internacional encuentra su fundamento en el artículo 2 párrafo 1 de la Carta de Naciones Unidas²⁶ que establece: "la Organización está fundada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros."

Este precepto ha llevado a algunos autores a sostener que la soberanía estatal no es absoluta, y que por el contrario, esta se ve acotada por limitantes que no se desprenden de la voluntad de los propios Estados, sino de la necesidad de coexistencia de los sujetos del Derecho Internacional. La soberanía es por lo tanto, la fuente de la que emanan las competencias que el Estado tiene dentro del Derecho Internacional, mismas que si bien no son ilimitadas, tampoco se encuentran supeditadas a la actuación de ningún ente de mayor jerarquía.

Por otro lado, es necesario establecer la diferencia entre los conceptos de soberanía e independencia de un Estado. Si bien ambos términos están íntimamente relacionados, es necesario afirmar que a través del principio de igualdad soberana, (que será analizado en el siguiente

²⁵ SEARA VAZQUEZ, *Ob. cit.*, p. 91-92

²⁶ Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

capítulo)²⁷, se reafirma el sentido de independencia de un Estado, en lo que atañe a la libertad de actuación de sus órganos sin interferencia de factores externos. La doctrina voluntarista señala al respecto que ni la independencia ni la soberanía de un Estado se ven menoscabadas por la existencia de obligaciones internacionales a las que el mismo se hubiera comprometido.²⁸

Es importante destacar que la soberanía no implica de ninguna manera la posibilidad de eximir a un Estado del cumplimiento de sus compromisos internacionales, por el contrario, la teoría internacional establece que ningún Estado puede ser considerado como sujeto del Derecho Internacional, y por tanto ente soberano, sin someterse de manera directa e inmediata al orden jurídico internacional.

Sin embargo, existen situaciones de excepción en las que un Estado puede ejercer su soberanía, haciendo efectivo su derecho de autodeterminarse, sin ser del todo independiente al mantener un vínculo político con otro Estado.²⁹

En la terminología jurídica el concepto de soberanía es frecuentemente

²⁷ *Vid infra*, cap. 2

²⁸ QUOC DINH, Nguyen et al., *Droit International Public*, 5a Ed., París, L.G.D.J., 1994, p. 410

²⁹ *Condominiuma*, p.20

empleado como sinónimo de algunas otras facultades del Estado. Así, resulta necesario diferenciar por ejemplo entre soberanía y propiedad; a este respecto Brownlie emplea un silogismo para dejar claro la diferencia entre ambos conceptos. Mientras que a la soberanía le corresponde el *imperium*, entendido como el poder general de gobierno, administración y disposición que tiene un Estado, a la propiedad le es atribuible únicamente la capacidad de dominio, que implica la disposición específica de los bienes materiales sobre los que ejerce tal derecho.³⁰

Otro concepto frecuentemente confundido con el de soberanía es el de administración. Esta figura jurídica es común dentro del Derecho Internacional, cuando en virtud de la existencia de una situación bélica un Estado es ocupado por otro. En estos casos la soberanía continúa perteneciendo al Estado ocupado, a pesar de que su administración se encuentre en manos del Estado ocupante.³¹

El término "jurisdicción" es también usado erróneamente como sinónimo de soberanía, al ser analizado más adelante en este mismo capítulo, se acotarán las diferencias existentes entre ambos conceptos.³²

³⁰ BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th ed. Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 108-109

³¹ *Ibidem*

³² *Vid infra* p.26

Pese al reconocimiento y protección del Derecho Internacional al concepto de soberanía, éste es a decir de varios autores objeto de constante polémica. Quoc Dinh ve en el propio Derecho Internacional una posible amenaza,³³ al establecer disposiciones que pretenden limitar en forma creciente el ejercicio de las competencias estatales. Sin embargo, como se pretende demostrar en este trabajo, en la actualidad la principal amenaza puede provenir también de otros estados, cuando intentan traspasar el campo de ejercicio de sus competencias, en principio reservado exclusivamente a su territorio, con el fin de lograr el control sobre los actos soberanos, los representantes del poder público o los recursos correspondientes a otro Estado. Como una vía para evitar estas situaciones, los estados suelen practicar la llamada política de autolimitación, esperando provocar con ello una reacción recíproca en los otros estados, y preservar así, la convivencia pacífica entre las naciones.

4. Soberanía territorial

Como ya se había adelantado, el Derecho Internacional surge precisamente a raíz de la idea de que un Estado tiene libertad de actuación dentro de un territorio *vis-a-vis* los demás estados de la Comunidad Internacional. Así, la soberanía puede definirse como "el

³³ *Ob. cit.* , p. 219

poder de actuación exclusiva que el Estado tiene sobre un territorio con los únicos límites que establece el propio Derecho Internacional.³⁴

La mayoría de los autores, pese a otras diferencias en sus respectivas teorías sobre la personalidad del Estado, coinciden en afirmar que sin territorio, una persona jurídica no puede ser considerada como tal. La teoría clásica del Derecho Internacional proclama la exclusividad de actuación de una autoridad dentro del territorio de una nación. Por ello, es posible afirmar que, al menos en la doctrina tradicional, el territorio constituye el elemento esencial que justifica la existencia de ordenamientos jurídicos internacionales. Esta aseveración es fácilmente comprobable con tan sólo constatar el número de disposiciones internacionales que proscriben la violación del territorio de un Estado

El concepto de territorio se extiende sobre la tierra, mar territorial, fondos marinos y subsuelo, así como sobre islas, isletas, rocas y arrecifes. Este elemento espacial, junto con el gobierno y la población asentada dentro de sus fronteras, constituyen los elementos físicos y sociales del Estado.

Kelsen sostiene que el territorio de un Estado se circunscribe al

³⁴ SEARA VÁZQUEZ, *Ob. cit.*, p. 249

espacio dentro del cual sus órganos se encuentran autorizados por el Derecho Internacional para ejecutar los ordenamientos jurídicos nacionales. Más adelante reconoce que ésta limitación se acentúa en lo que concierne a los actos coactivos del Estado, ya que el Derecho Internacional consigna la prohibición a los estados de hacer valer su jurisdicción en lo concerniente a la competencia penal dentro del territorio de otro Estado.³⁵ Existen desde luego, excepciones a este principio general. Así, en virtud de un tratado internacional, es posible que un Estado lleve a cabo actos coactivos en territorio de otro, como en el caso de la ocupación militar o del llamado *condominium* o *coimperium*, figura que se presenta cuando dos o más estados comparten sus atribuciones sobre un tercer Estado.

La doctrina internacional reconoce como características de la soberanía territorial las enunciadas en la llamada sentencia Max Huber, pronunciada en 1928 con motivo de la disputa entre Estados Unidos y Holanda sobre la Isla de Palmas, que en su parte medular dice:

“La soberanía en las relaciones entre los Estados, significa la independencia. Esta independencia se traduce en el derecho de ejercer, con exclusión de cualquier otro Estado, sus funciones estatales, el desarrollo de la organización nacional y, como consecuencia de ello, el desarrollo del Derecho Internacional, estableciendo así, el principio de la competencia exclusiva del Estado en lo que concierne a su propio territorio, hasta llegar a convertirse en el punto de partida para la resolución de la

³⁵ KELSEN, *Ob. cit.*, p. 250

mayoría de las cuestiones relativas a las relaciones entre los Estados.”³⁶

Más adelante, se señala en esta doctrina que las dos características de la soberanía territorial son: la plenitud en su contenido y la exclusividad en su ejercicio.

a) La plenitud en el contenido. Esta primera característica se refiere a que el Derecho Internacional reconoce en los estados el derecho de ejercer, según su propia apreciación, todas las funciones de mando destinadas a favorecer las actividades lícitas que se llevan a cabo dentro de su territorio. El dominio material de las competencias resulta, al menos potencialmente, ilimitada. El Estado es libre de generar y reglamentar las actividades y crear las instituciones más diversas dentro de su territorio.

b) La exclusividad en el ejercicio. La segunda característica enunciada en la sentencia Huber nos remite al derecho exclusivo de los estados de ejercer sus actividades “estatales”. Así la exclusividad en el ejercicio de la soberanía territorial implica que cada Estado ejerce, por el único conducto que sus propios órganos, las facultades de legislación, de administración, de jurisdicción y de coacción dentro de su territorio.³⁷

Este criterio ha sido reafirmado por diversas instancias arbitrales,

³⁶ QUOC DINH, *Ob. cit.* p. 446

³⁷ *Ibid*, p. 449-453

incluso por la Corte Internacional de Justicia. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que:

"la principal limitación que impone el Derecho Internacional al Estado es la relativa a excluir, salvo la existencia de una disposición internacional contraria, cualquier manifestación del ejercicio de su poder sobre otro Estado"³⁸

Conforme a este criterio, el derecho de exclusividad en la soberanía territorial confiere a su titular - el Estado - el derecho de oponerse a las actividades que otros estados pretendan llevar a cabo dentro de su territorio. Los estados han interpretado este principio de forma literal en lo referente al ejercicio de la jurisdicción y más aún en lo relativo al empleo de medios coactivos. De esta manera, los estados pueden disponer incluso el cierre de sus fronteras, siempre y cuando no incurran en violación de alguna norma internacional o de algún compromiso asumido previamente.

Así, cualquier acto que provenga de un Estado y que implique el uso de la fuerza dentro del territorio de un Estado extranjero resulta, a la luz del Derecho Internacional, claramente ilegal. Existen numerosos antecedentes de la actuación ilícita de los gobiernos en este sentido. Un ejemplo ilustrativo es el caso conocido como Alvarez Macháin, referente a un secuestro transfronterizo cometido en contra de un nacional mexicano, perpetrado por el gobierno de los Estados Unidos en territorio de México. En este caso la

³⁸ C.P.J.I., Lotus, serie A. Nº 10, p.18-19. *Cit. por Quoc Dinh, Ob. cit.*, p. 449

Suprema Corte estadounidense pretendió extender la jurisdicción penal de su sistema judicial a territorio extranjero mediante la aplicación de la llamada Doctrina Ker, según la cual una detención o arresto ilegal no anula la jurisdicción de la Corte, sino en el caso de que se demuestre de forma contundente que el acusado fue víctima de "barbaridades exageradamente crueles e inusuales" por parte de agentes del gobierno de los EUA.^{39 40}

En este mismo sentido, el reporte arbitral de Huber señala que:

"tradicionalmente ha sido admitido que hasta cierto punto, el interés de un Estado de proteger a sus nacionales y a sus bienes debe respetar en primer lugar la soberanía territorial, incluso aún en ausencia de compromisos convencionales".⁴¹

Existen desde luego excepciones al principio de soberanía territorial. Tal es

³⁹ SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Limites de la Jurisdicción Nacional* (Documentos y Resoluciones Judiciales del caso Alvarez Macháin), México 1992 p.112 y HENKIN, *Ob. cit.* p. 890

⁴⁰ El Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos mediante Resolución CP/RES. 586 (909/92) de 15 de julio de 1992 solicitó al Comité Jurídico Interamericano su opinión sobre este caso. Las conclusiones a las que llegó el Comité son las siguientes: 12. El análisis de la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos lleva al Comité a la conclusión de que la misma es contraria a las normas del Derecho Internacional por las siguientes razones; a) Porque al afirmar la jurisdicción de los Estados Unidos de América para juzgar al ciudadano mexicano Humberto Alvarez Machain, sustraído por la fuerza en su país de origen, desconoce la obligación de los Estados Unidos de restituirlo al país de cuya jurisdicción fue secuestrado. b) Porque al sostener la tesis de que los Estados Unidos de América son libres de juzgar personas secuestradas a través de la acción de su gobierno en territorio de otros Estados, a menos de que ello esté expresamente prohibido por un tratado vigente entre Estados Unidos y el país de que se trate, desconoce el principio fundamental de Derecho Internacional que es el respeto a la soberanía territorial de los Estados. c) Porque al interpretar el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y México, en el sentido de que no es impedimento para el secuestro de personas, hace caso omiso del precepto según el cual los tratados deben interpretarse de conformidad con su objeto y fin, y en relación a las normas aplicables y principios del Derecho Internacional. 13. {...} si los principios invocados en la sentencia en estudio fueran llevados a sus últimas consecuencias, quedaría irremediablemente quebrantado el orden jurídico internacional, al atribuirse cada Estado la facultad de violar impunemente la soberanía territorial de los demás Estados.

⁴¹ *Ibid.*, p. 452

caso del llamado régimen de capitulaciones, aceptado de *facto* por la Comunidad Internacional y que implicaba acuerdos para modificar el orden jurídico de los estados, cuya legislación no garantizaba a sus habitantes el modo de vida al estilo occidental. Esta práctica, que implicaba intervenir en las atribuciones de otro Estado llegó a su fin, y en la actualidad es rechazada por el Derecho Internacional, marcando con ello el fin de los regímenes extraterritoriales legítimos.

Por otro lado, en lo relativo a las relaciones entre los estados y los organismos internacionales, las excepciones aplicables a la exclusividad del ejercicio de la soberanía territorial, suponen el consentimiento de los estados para que los organismos internacionales lleven a cabo funciones. De esta forma, el Estado debe manifestar su voluntad, ya sea de manera expresa o mediante la adhesión a dicho organismo, para permitirle a éste llevar a cabo las actividades que suponen tales funciones.

A este respecto, Quoc Dinh señala que es frecuente encontrar el fundamento de las funciones que desarrollan estos organismos, en instrumentos internacionales o en actos unilaterales emanados de los mismos organismos. De tal suerte, la ejecución directa de sus tareas dentro del territorio de un Estado, implica que los organismos internacionales están autorizados para llevar a cabo funciones operativas, o por lo menos, acciones

de investigación y control de los actividades de los estados miembros.⁴²

Por otra parte, en lo que atañe a la competencia de los órganos de un Estado para hacer vales las leyes internas en el territorio extranjero, es necesario aclarar que esto es no sólo posible sino también muy común; siempre y cuando, la legislación del segundo Estado contemple la posibilidad de aplicarlas como solución a los frecuentes casos de conflicto de leyes. En este caso se estaría en presencia de las llamadas "normas conflictuales", que se aplican con objeto de resolver una situación que involucre elementos de derecho o de hecho de más de dos estados.

En la actualidad existe una tendencia derivada de factores como la creciente interdependencia, sobretudo en materia tecnológica y económica, que sugieren la necesidad de reducir la exclusividad territorial, Un elemento de enorme importancia que incide en esta tendencia, es la proliferación de organismos y organizaciones internacionales y regionales, así como la consolidación de principios como el de patrimonio común de la humanidad, sobretudo en lo referente al derecho marítimo y espacial. Todos estos factores obligan a los estados a tomar en consideración el parecer de otros Estados y demás agentes internacionales en su actuación en los rubros en los que se involucran elementos

⁴²*Ibid.*, p. 452

transnacionales.

Pese a todas estas consideraciones, es evidente que la soberanía territorial continuará siendo en el futuro un concepto de vital importancia dentro del Derecho Internacional.⁴³

5. Jurisdicción.

En el sistema de tradición romanista, el término "jurisdicción" tiene diferentes connotaciones. Así, el procesalista Couture ha señalado que el término jurisdicción es empleado erróneamente como sinónimo de: 1) ámbito territorial de validez de las leyes, 2) competencia, y 3) conjunto de órganos jurisdiccionales pertenecientes a un mismo sistema o con competencias en la misma materia. Para él, la acepción correcta es simplemente la función pública de hacer justicia.⁴⁴

Por su parte, Ovalle Favela, define a la jurisdicción como "la función que ejercen los órganos del Estado de forma independiente para conocer de litigios o controversias que le sean planteadas a las partes y emitir su resolución al respecto"⁴⁵ Para este autor, la jurisdicción es ante todo una

⁴³ *Vid infra*, cap. 2

⁴⁴ OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, México, Edit. Harla, 1991, p. 105-106. (Colección Textos Jurídicos Universitarios)

⁴⁵ *Ob. cit.*, *supra* nota 35, p. 107

función pública, en el sentido que implica facultades o poderes pero también significa un conjunto de deberes u obligaciones. Esta función debe ser ejercida de manera independiente, o al menos con autonomía funcional, por parte del órgano en quien recaiga. La independencia de actuación se traduce en una situación institucional que permite a los juzgadores emitir sus decisiones conforme a su propia certeza de los hechos, sin la interferencia de ninguna otra consideración además de la aplicación del derecho.

La función jurisdiccional es por lo general, desempeñada por el Poder Judicial mediante un proceso. Este proceso incluye en la mayoría de los casos, dos actividades principales: en primer lugar la llamada *cognición* que implica la presentación al juzgador de los hechos planteados por las partes, así como las argumentaciones y excepciones sobre los mismos, la valoración de las pruebas y la decisión conforme a lo ante él expuesto y a la aplicación del derecho; y en segundo término, la *ejecución forzosa*, que se da en los casos en que la parte en contra de la cual se dio la sentencia se resista a acatar su condena.⁴⁶

La jurisdicción en estricto sentido, no es más que la impartición de justicia por un órgano del Estado al cual se le ha encomendado esta

⁴⁶ *Ibidem*

función y que debe actuar de manera independiente y con apego a Derecho, en ejercicio de su soberanía.

En el mismo sentido, el Diccionario Jurídico Mexicano, define a la jurisdicción como:

"una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano gubernamental para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales por un oficio objetivamente competente y un agente imparcial"⁴⁷

El *Black's Law Dictionary* establece que jurisdicción es "el poder de los tribunales previamente establecidos de decidir sobre un asunto en controversia y sobre las partes en ella". La jurisdicción se refiere también al "área geográfica en la cual una corte tiene poder de actuación o sobre el tipo de asuntos de los cuales una corte puede conocer"⁴⁸

En Derecho Internacional todavía no se ha desarrollado un conjunto de normas eficaces que permitan precisar el alcance de la jurisdicción de los estados y de las demás personas del Derecho Internacional en las diferentes materias. Sin embargo, la mayoría de las disposiciones existentes se refieren a la jurisdicción de un Estado y de sus órganos ejecutivo, legislativo y judicial en asuntos de naturaleza penal.

⁴⁷ *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM-, p. 1885 Voz: *jurisdicción*

⁴⁸ *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 6th edition, 1990 Voz: *Jurisdiction* p. 853.

En la práctica, se emplean los mismos criterios para establecer la jurisdicción de un Estado en materia civil y penal, observando desde luego las peculiaridades de cada campo del Derecho. Así el ejercicio de la llamada *executive jurisdiction* o ejecución forzosa en el territorio de otro Estado es considerada de forma general como limitada por el Derecho Internacional, independientemente de la naturaleza de la medida.⁴⁹

La naturaleza y el ámbito de validez de la jurisdicción dentro del Derecho Internacional varía en función del sujeto de derecho de cuya jurisdicción se trate. Así la propia Corte Internacional de Justicia ha establecido en una opinión consultiva que las facultades de un sujeto de Derecho se determinan en la medida del papel que desempeñe en la Comunidad Internacional.⁵⁰ Sin embargo al definir los límites de la jurisdicción, el Derecho Internacional se ha enfocado principalmente a la limitación de la jurisdicción de los estados.

Así pues, la jurisdicción de un Estado depende del interés de un Estado, en atención a su naturaleza y propósitos, pueda tener en ejercicio de la jurisdicción en particular y en la necesidad de reconciliar su interés

⁴⁹ HENKIN Louis, *et al.*, *International Law, Cases and Materials*, St. Paul, Minn., 1987. p. 822

⁵⁰ Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia "*Reparación de daños ocasionados al Servicio de Naciones Unidas*", 1949 I.C.J. 174 en HENKIN, Ob. cit. p. 322 y 822

con los de los otros estados.

5.1 Bases para el ejercicio de la jurisdicción.⁵¹

De acuerdo con Henkin, para el Derecho Internacional los siguientes principios guardan estrecha relación con la jurisdicción de un Estado.⁵²

1. Principio de territorialidad. Cualquier evento que ocurra dentro del territorio de un Estado determinado concierne en primer lugar a ese Estado.

2. Principio de nacionalidad. Un Estado tiene un interés directo en las personas o bienes que posean su nacionalidad.

3. Principio de nacionalidad pasiva. Un Estado mantiene interés en proteger a sus nacionales.

4. Principio de protección. Un Estado tiene interés en protegerse de actos evidentes que amenacen su existencia o su apropiado funcionamiento, aun en el caso de que estos actos sean ejecutados fuera de su territorio.

5. Principio universal. Cualquier Estado puede validamente pretender ejercer su jurisdicción para combatir actos que son unánimemente condenados por la Comunidad Internacional.

⁵¹Estos principios será analizados con mayor detalle en el Cap. 3

⁵² *Ibid* p. 823-25

En otras palabras, un Estado puede ejercer su jurisdicción en los siguientes casos:

- a) sobre los actos o parte sustancial de los mismos que tengan lugar dentro de su territorio;
- b) sobre el status de las personas y la situación de los bienes que se encuentren dentro de su territorio;
- c) sobre los actos cometidos fuera de su territorio, que pretendan tener efecto dentro de su territorio;
- d) sobre las actividades, status, intereses o relaciones de sus nacionales que se encuentren dentro y fuera de su territorio;
- e) sobre los actos de sujetos extranjeros cometidos fuera de su territorio que afecten de forma directa la seguridad del Estado;
- f) sobre los actos considerados como ofensas por la Comunidad Internacional como piratería, terrorismo, tráfico de esclavos, etc.

Sin embargo, el Derecho Internacional consigna de forma específica ciertas limitantes para el ejercicio de la jurisdicción por parte de los estados.

1. Aún en el caso de que se presentara alguna de las hipótesis señaladas anteriormente, un Estado no puede ejercer su jurisdicción respecto de las actividades, relaciones, status o intereses de personas o bienes que tengan algún tipo de conexión con otro Estado o estados donde el ejercicio de tal jurisdicción no sea "razonable".

2. La "racionalidad" del ejercicio de la jurisdicción debe determinarse tomando en consideración lo siguiente:

- a) el alcance del acto se extiende hasta el Estado que pretende ejercerla, o bien si lo afecta de forma directa y sustancial.
- b) todo tipo de vínculos existentes entre el Estado y la persona jurídica regida por las leyes del Estado, tales como nacionalidad, residencia o actividad económica.
- c) el carácter de la actividad que se pretenda regular, la importancia de tal regulación para el Estado, el alcance de la regulación que otros estados hagan de la misma actividad, así como el grado de regulación considerada como ideal por la Comunidad Internacional.
- d) la existencia de expectativas justificadas que sean susceptibles de ser protegidas o afectadas por dicha regulación;
- e) la importancia de la regulación en función del sistema político, económico y jurídico en el ámbito internacional.
- f) la medida en que tal regulación es compatible con las costumbres del sistema internacional.
- g) la medida en que otro Estado pueda tener interés en regular esa misma actividad, y
- h) el grado de aceptación del conflicto dentro de las legislaciones de otros estados.

3. Cuando existe más de un estado que tenga una base racional para ejercer su jurisdicción sobre una persona o actividad, pero sus intereses estén en conflicto, cada uno de los estados está obligado a evaluar tanto su pretensión como la del otro Estado a la luz de todos los factores relevantes antes mencionados, y declinar su postura en favor del otro Estado, cuando reconozca que el interés del otro es más legítimo.

Debido a que cada Estado es parte integrante de la Comunidad Internacional, las reglas para definir su jurisdicción deben tomar en cuenta las necesidades de la misma, y particularmente la forma en que los intereses de sus miembros no rebasen a los de los otros para evitar conflictos en su ejercicio.

6. Competencia.

Frecuentemente son confundidos los términos de jurisdicción y competencia. Esto se debe quizá a la estrecha relación que existe entre ambos conceptos. Sin embargo, es importante destacar que mientras que la jurisdicción es una función del Estado, la competencia es "el límite de esa función", es decir, "el ámbito de validez de la misma".⁵³

⁵³ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 8a. ed., México, Edit. Harla 1990, p. 174

De forma general, la doctrina se refiere a la competencia como "la idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos"⁵⁴

En derecho interno, éste término es empleado frecuentemente en materia judicial, y más específicamente en el derecho procesal. En este sentido, la competencia implica la distribución de las tareas jurisdiccionales en virtud de razones prácticas y atendiendo a diversos criterios. Uno de esos criterios es el del territorio, mismo que, como se ha visto, reviste gran importancia para el Derecho Internacional.

En el ámbito internacional, se puede definir a la competencia del Estado como "un poder jurídico conferido o reconocido por el Derecho Internacional a un Estado (...) para conocer un asunto, tomar una decisión o arreglar una diferencia"⁵⁵

Quoc Dinh señala que como regla general, el concepto de competencia está íntimamente ligado a la noción espacial, es decir, tiene como fundamento las actividades que un Estado puede realizar dentro de su territorio. Por lo tanto, este criterio nos lleva a diferenciar las funciones que

⁵⁴ FLORES GARCIA, Fernando *Diccionario Jurídico Mexicano*. México-Porrúa-UNAM, 1995 T. I p. 542, Voz: *Competencia*

⁵⁵ Diccionario de terminología de Derecho Internacional, Sirey, 1960, p.132. Cit por Quoc Dinh, *Ob. cit.* p. 443

un Estado ejerce dentro su territorio, de aquellas que lleve a cabo fuera del mismo.⁵⁶

Así, dentro de su territorio, el Estado actúa normalmente como ente soberano; la unidad de éstas competencias está dada por la llamada fórmula de "la soberanía territorial" o "la competencia territorial mayor". Fuera de su territorio, las funciones que un Estado puede llevar a cabo y que son reconocidas por el Derecho Internacional tiene su origen en diferentes circunstancias. Por ejemplo, en el caso del desempeño de las funciones diplomáticas, si bien es cierto que la representación de un Estado es un derecho que se deriva del reconocimiento que de él hace la Comunidad Internacional, esta facultad no se fundamenta en el principio de soberanía territorial, sino en un principio de soberanía que le es atribuible a los estados como parte de su personalidad jurídica.

Algunos autores coinciden en oponer a la soberanía territorial las llamadas competencias no territoriales. Como se ha visto, en virtud de la soberanía territorial, un Estado ejerce el conjunto de sus competencias internas, comportándose como poder público dotado de facultad de mando, sus competencias son por lo tanto, inigualables. Mientras que, en virtud de las llamadas competencias no territoriales o externas, un Estado es susceptible de entablar relaciones con otros sujetos de Derecho

⁵⁶ *Ob. cit.* p. 465

Internacional, como en el caso de las relaciones interestatales o con los organismos internacionales, de donde queda excluida la voluntad de autoridad o de mando unilateral.

Para ésta corriente, es pues, en virtud del ejercicio de las competencias externas, como un Estado puede entablar relaciones diplomáticas con otros sujetos de Derecho Internacional, ejercer su derecho de contraer compromisos por medio de convenciones internacionales o actos unilaterales; participar en organismos internacionales y recurrir al uso de la fuerza dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional.

Sin embargo, se puede afirmar de manera general, que las competencias externas no se basan en la existencia del territorio como elemento de un Estado, sino que encuentran su fundamento en los grandes principios que rigen la actuación de los estados dentro de los escenarios internacionales.

Quoc Ninh señala también que debido a la coexistencia de los estados, a su interdependencia creciente y al nuevo rol de los organismos internacionales respecto de la actuación de los estados, la línea que tradicionalmente establecía los límites de la actuación exclusiva de un Estado dentro de su territorio, se torna en la mayoría de los casos, cada vez

más sutil.⁵⁷

Es precisamente esta nueva realidad, la que obliga a los gobiernos a redefinir su actuación, con el fin de poderse conducir en concordancia con los requerimientos del nuevo mundo global, pero consideramos que es esencial reforzar la actuación independiente y soberana de sus instituciones en los asuntos que son de su exclusiva competencia.

7. Inmunidad del Estado.

Los conceptos de soberanía y jurisdicción aquí analizados, remiten necesariamente al estudio de la llamada Teoría de inmunidad soberana del Estado.

El origen de esta teoría se remonta a la etapa feudal y se expresaba mediante la locución latina *par in paribus non habet imperii* (entre iguales no hay imperio). En la etapa del Estado moderno y al proclamarse la igualdad entre los estados, se establece mediante esta regla la prohibición para que un Estado sea demandado ante los tribunales de otro Estado, al ser entes jurídicos iguales e independientes uno del otro.⁵⁸

⁵⁷ *Ob. cit.* p. 472

⁵⁸ SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1992, p. 413.

Quoc Dinh señala también que por medio de la inmunidad de que goza un Estado, se garantiza el respeto de su soberanía, de sus agentes, de su legislación y de sus bienes, cuando estos se encuentren relacionados directamente con la soberanía territorial de otro Estado.⁵⁹

En virtud del principio de inmunidad del Estado, los actos de un Estado no pueden ser materia de procedimiento de carácter judicial ni sus bienes pueden embargados o ejecutados sin su consentimiento. Así la inmunidad del Estado contiene dos elementos fundamentales: la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución.⁶⁰

7.1 Inmunidad de Jurisdicción

La inmunidad de que goza un Estado a su interior, se expresa, mediante la supremacía de los órganos estatales frente a todas las demás instancias que se encuentren dentro del territorio estatal.

Por lo que respecto a la inmunidad de jurisdicción en el ámbito externo, esta cualidad del Estado es plenamente reconocida por el Derecho Internacional, al establecer que los estados son inmunes frente a los demás

⁵⁹ *Ob. Cit.* p 433

⁶⁰ SALDAÑA PEREZ, Juan Manuel, *Análisis jurídico de la contratación de deuda pública externa mexicana*. Tesis doctoral, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de posgrado, 1995

estados, en lo que respecta a la posibilidad de ser juzgados ante tribunales de estos últimos.

Cuando esta inmunidad es rechazada por el derecho interno de un Estado, a pesar de ser reconocida por el Derecho Internacional, se presenta un serio problema práctico. Esto ha ocasionado que algunos países, en especial Estados Unidos y el Reino Unido hayan formulado leyes sobre esta materia.

La inmunidad jurisdiccional de un Estado fue en algún momento considerada como absoluta. Un Estado podía invocarla indistintamente del tipo de actos de que se tratara. Esta concepción absoluta fue afirmada mediante la sentencia del caso *The Schooner Exchange V. M'Faddon*⁶¹. En este caso la Suprema Corte de los Estados Unidos falló en el sentido de reconocer la inmunidad soberana del Estado extranjero, considerando que una resolución en sentido contrario, violaría los principios de independencia y libertad de los estados. Por lo que al admitir que los tribunales de un Estado extranjero juzguen los actos de otro, "esto no sólo sería un signo de superioridad y coacción de un Estado sobre otro"⁶², sino que "lo colocaría al

⁶¹ *Supreme Court of the United States*, 1812 11 U.S. (7 Cranch) 116, 3 L.Ed. 287 En este caso dos ciudadanos norteamericanos demandaron en tribunales de Estados Unidos al gobierno francés quien les había confiscado, a su parecer ilegalmente, un barco que era de su propiedad. Los norteamericanos solicitaban a los tribunales el embargo del buque que se encontraba en puerto de los Estados Unidos. El gobierno Francés opuso la excepción de inmunidad soberana, por lo que no podía ser demandado ante tribunales extranjeros.

⁶² SALDAÑA, *Ob. Cit.* p. 140

mismo y a sus derechos soberanos bajo la jurisdicción de otro Estado⁶³

Este criterio perduró en los tribunales de los Estados Unidos, y en los de la mayoría de los otros países, por casi siglo y medio. Sin embargo, a raíz del fin de la Primera Guerra Mundial, debido a los numerosos casos de responsabilidad internacional de los estados frente a particulares, la teoría de la inmunidad de jurisdicción absoluta fue abandonada, para abanderar entonces a la llamada "teoría de las inmunidades restringidas", que continúa vigente hasta nuestros días. Por medio de esta teoría sólo se le reconoce inmunidad a los actos de los estados, cuando éstos actúen en calidad de entes de derecho público y no al realizar actos como sujetos de derecho privado.⁶⁴

En otras palabras, cuando un Estado realiza actos de los llamados *jure imperii*, no es susceptible de ser demandado, en cambio al llevar a cabo actos *jure gestionis*, los particulares sí pueden entablar juicios en su contra. El criterio para diferenciar cuando se este en presencia de un acto de derecho público o de derecho privado fue claramente establecido dentro del sistema judicial norteamericano en 1964, mediante el fallo de la Corte en el caso *Victory Transports Inc. V. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes*, en la que se definió que los actos respecto de los cuales un

⁶³ HENKIN Louis, *et al.*, *International Law*, Cases and Materials, St. Paul, Minn., 1987, p. 894

⁶⁴ SALDAÑA, *Ob. Cit.* p. 142

Estado goza de inmunidad soberana son los administrativos internos, los militares y los relativos a su deuda externa.⁶⁵

En este sentido el artículo 5 del proyecto de reglamento de la Comisión de Derecho Internacional de 1991 establece que "Un Estado goza tanto el mismo como sus bienes de la inmunidad de jurisdicción frente a los tribunales extranjeros". De esta manera, salvo consentimiento expreso del Estado demandado, este no podrá ser juzgado por una instancia extranjera. El beneficio de esta inmunidad se entiende concedido a los órganos gubernamentales, al llevar a cabo funciones de poder público. Sin embargo esta inmunidad no puede ser invocada por los estados cuando se trate de actos que involucren transacciones comerciales.⁶⁶

En 1976, el Congreso de los Estados Unidos expidió la *Foreign Sovereign Immunities Act* o Ley de Inmunidad Soberana, por medio de la cual se establece claramente los criterios bajo los cuales los estados extranjeros son sujetos de responsabilidad judicial frente a particulares dentro del territorio de los Estados Unidos.

"De acuerdo al derecho Internacional, los estados no son inmunes de la jurisdicción de tribunales extranjeros respecto de los actos comerciales que realicen, y sus propiedades pueden por tanto, ser embargadas como medio para garantizar el cumplimiento de

⁶⁵ HENKIN, *Ob. Cit.* p. 910

⁶⁶ QUOC DIHN, *Ob. Cit.* p. 434-435

sentencias emitidas en su contra, en relación con esas actividades comerciales⁶⁷

Las excepciones establecidas por la Ley de Inmunidad Soberana, es decir los supuestos en los que no se reconoce la inmunidad soberana a los estados extranjeros son los siguientes:⁶⁸

- a) renuncia expresa o tácita del Estado extranjero
- b) conflictos derivados de actividades comerciales
- c) controversias sobre derechos de propiedad del Estado extranjero, que hayan sido adjudicados en violación al Derecho Internacional, siempre que esa propiedad se encuentre en territorio de los Estados Unidos
- d) daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil del Estado extranjero
- e) controversias relacionadas con buques marinos, en lo referente a actividades comerciales.

7.2 Inmunidad de ejecución

La inmunidad de ejecución en el plano internacional, es una consecuencia natural de la inmunidad de jurisdicción. Por medio de ella se establece la

⁶⁷ En su exposición de motivos la FSIA establece lo siguiente: "The Congress finds that the determination by United States courts of claims of foreign states to immunity from the jurisdiction of such courts would be serve the interests of justice and would protect the rights of both foreign states and litigants in United States Courts. Under international law, states are not immune from the jurisdiction of foreign courts insofar as their commercial activities are concerned, and their commercial property may be levied upon for the satisfaction of judgments rendered against them in connection with their commercial activities." *Ibidem*.

⁶⁸ SALDAÑA, *Ob. Cit.* p. 150-151

prohibición de hacer efectivas las sentencias en contra de un Estado extranjero y en particular de sus propiedades.

De tal forma, los estados gozan de inmunidad de ejecución respecto de sus bienes, ante posibles embargos preventivos y secuestros previos al fallo, o incluso ante una sentencia dictada por un tribunal extranjero, por la cual se pretenda hacer efectiva la confiscación de los bienes del Estado.

A este respecto, vale la pena tan sólo mencionar, a manera de excepción, aunque cuestionada y cuestionable por el Derecho Internacional, los convenios de contratación de empréstitos que se celebran entre los estados y los organismo financieros internacionales, en los cuales es muy frecuente que se otorgue como garantía los valores o cualquier otros bienes, en algunos casos el petróleo, ante un posible incumplimiento de la obligación de pago ante el Estado acreedor, en cuyo caso el acreedor podrá adjudicarse dichos bienes. Además, en la mayoría de los casos se establece como tribunales y legislación aplicable aquella que la parte acreedora señale, generalmente un centro financiero ubicado en su territorio.

8. Cláusula Calvo

En este contexto resulta pertinente el estudio de la Cláusula Calvo que debe

su nombre a su precursor, el publicista y diplomático argentino Carlos Calvo y que ha sido abanderada por muchos países de América Latina. En virtud de esta cláusula, se obliga a los extranjeros que lleven a cabo actividades de derecho privado dentro del territorio de un Estado a que, en caso de conflicto que pudiera derivarse de la interpretación y aplicación de dichos actos, "no recurrirán a la protección diplomática de sus estados, y deben considerarse para esos efectos, como nacionales del país en cuestión."⁶⁹

En la actualidad la conveniencia de que la Cláusula Calvo continúe vigente ha sido puesta en tela de juicio, debido principalmente a los nuevos esquemas integradores de las economías que buscan atraer inversiones extranjeras a su territorio, eliminando las limitaciones que representen cualquier tipo de incomodidad a los capitales foráneos.⁷⁰

Sin embargo, es preciso reconocer el valor de esta previsión, ya que por medio de ella se garantiza la supremacía de los órganos del Estado y se establece un régimen en el que tanto los nacionales como los extranjeros se

⁶⁹ SEARA VAZQUEZ, *Ob. Cit.*, . 354

⁷⁰ A este respecto cabe hacer mención de los instrumentos por medio de los cuales se otorga a los inversionistas extranjeros mejor derecho en la resolución de los conflictos con un Estado extranjero, como en el caso de la *Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)*, que es una instancia que en caso de que un extranjero sufra un menoscabo en su propiedad en territorio de un tercer Estado, en virtud de riesgos no comerciales (expropiación, disturbios civiles, etc.), esta Agencia otorgará una compensación, o en el caso del *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, agencia del Banco Mundial ante la que se dirimen las controversias en materia de inversión extranjera directa, cuando así se ha establecido en una convención internacional, sin que se ventilen estos casos ante la jurisdicción nacional competente. En ambos casos se otorga un trato preferencial y violatorio del derecho de igualdad de los nacionales de un país. (Ambos instrumentos están contemplados en el TLCAN)

encuentren en igualdad de condiciones.

El principal argumento de los detractores de esta figura jurídica, es que se pretende hacer nugatorio la institución de protección diplomática ampliamente reconocido por la Comunidad Internacional, pero como Seara Vázquez señala:

"esto es falso, puesto que el extranjero no estaría renunciando al derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, sino al suyo propio de pedirla, lo cual es perfectamente lícito, y entra en el ámbito de la libertad de contratación, que lleva siempre a una limitación de las facultades de los contratantes" ⁷¹

Adicionalmente, la protección diplomática del Estado podrá hacerse valer si el país en el que se encuentre el extranjero, comete un acto de denegación de justicia y no lleva a cabo el debido procedimiento legal previsto por su propia legislación y que es aplicable a todos sus nacionales⁷²

Aunque es preciso reconocer, que el origen de esta cláusula se remonta a una época en la que las potencias, al menor pretexto realizaban actos de invasión en contra de los países débiles, aún en nuestros días, su existencia sigue teniendo sentido, ya que como se dijo, constituye un valladar a la actuación prepotente y arbitraria que no en raras ocasiones hacen patente las naciones poderosas.

⁷¹ *Ob. Cit.* p. 355

⁷² BROWNLIE; *Ob. Cit.*, p. 546

9. Soberanía económica

Pese a que algunos autores niegan la posibilidad fáctica de fragmentar a la soberanía, por lo menos en lo que respecta al discurso político-económico, es común encontrar diferentes enfoques de este concepto. Algunos de estos términos han sido recogidos también por la doctrina jurídica como es el caso del de soberanía económica.

Quoc Dinh define a la soberanía económica como "la unidad de competencias económicas de los Estados que emanan de su soberanía"⁷³. Las competencias a que se refiere este autor son amplias en relación con el Derecho Internacional, incluso las resoluciones provenientes de la propia Naciones Unidas coinciden en calificar a la soberanía económica como permanente, plena e inalienable. Desde luego, es necesario que los estados que buscan reivindicar su soberanía económica, estén dotados de los medios e instrumentos necesarios para desarrollar con independencia su actividad económica.

Algunos de los instrumentos jurídicos internacionales que hacen referencia a la soberanía económica, la atribuyen de manera exclusiva a los

⁷³ *Ob. Cit.* p. 453

estados, como en el caso de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁷⁴, mientras que en otros se establece que ésta reside en los pueblos, o como lo señala por el Pacto de los Derechos del Hombre: "Para lograr sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus recursos y de sus riquezas naturales". De cualquier forma, pareciera que la postura de Naciones Unidas se inclina sobre esta última aseveración, al sostener que cualquier poder que prive a los pueblos coloniales del ejercicio de sus derechos legítimos sobre sus recursos naturales o que anteponga los intereses económicos o extranjeros a los de estos pueblos, viola las obligaciones solemnes que le impone la Carta de Naciones Unidas.

A este respecto, resulta relevante lo establecido por la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1974, al reconocer la existencia de una nueva realidad en las relaciones económicas entre los estados a la que le llama "*nuevo orden económico internacional*".

Aunque en la actualidad esté término ha perdido vigencia, es importante el precedente establecido en el punto 4 de este ordenamiento que señala que:

"El nuevo orden económico internacional debe basarse en el pleno respeto de los

⁷⁴ Adoptada como Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, 12 de diciembre de 1974., en SZEKELY, Alberto (comp.) *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*. 2a. ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989 T.II, , p. 1108.

siguientes principios:

a) La igualdad soberana de los Estados, la libre determinación de todos los pueblos, la inadmisibilidad de la adquisición de territorios por la fuerza, la integridad territorial y la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados;

d) El derecho de cada país a adoptar el sistema económico y social que considere mas apropiado para su propio desarrollo...

e) La plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y las actividades económicas. A fin de salvaguardar esos recursos, todo Estado tiene derecho a ejercer un control efectivo sobre ellos y sobre su explotación {...}, incluso el derecho de nacionalización o transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena soberanía permanente del Estado.⁷⁵

Por su parte, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, en un afán de protección de los derechos de los países sobre sus recursos y actividades económicas dispone en su artículo 1º que:

"Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como sus sistemas político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenazas externas de ninguna clase."⁷⁶

En el mismo sentido, establece en el artículo 2 la libertad de todo Estado para ejercer libremente su soberanía de forma plena y permanente,

⁷⁵ Resolución 3201 (s-VI) de la Asamblea General de la ONU, en su Sexto Período Extraordinario de Sesiones, 1º de mayo de 1974, en SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. II, p. 1103

⁷⁶ *Ibid.*, *vid supra* nota 45.

incluyendo la posesión, el uso y la disposición sobre su riqueza, recursos naturales y actividades económicas.

Definitivamente, el mundo vive hoy una nueva realidad, en la cual la economía desempeña el papel principal en las relaciones que se dan entre los estados, y entre estos y los organismos internacionales. Para adaptarse a estos nuevos escenarios, es necesario que los estados modifiquen sus posturas cerradas y busquen formar parte de los esquemas integradores de las economías que ocupan ya la mayoría, si no es que a todas, las regiones del mundo.

La búsqueda del bienestar económico de los pueblos debe llevar a sus gobernantes a desarrollar las actividades interestatales, sobre todo en materia económica, con base en estrategias inteligentes y eficaces que busquen suprimir, o al menos aminorar, "los estridentes contrastes y desequilibrios entre naciones pobres y naciones ricas"⁷⁷ y que garanticen en primer lugar, el respeto a la soberanía de cada Estado, así como su derecho de existir como miembro de la Comunidad Internacional; de preservar y disponer de sus recursos naturales; de suscribir convenciones internacionales; y de planear e instrumentar, con independencia de otros estados, las políticas económicas que estime convenientes.

⁷⁷BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *Filosofía del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, p. 221

Es necesario asegurar que la prioridad de los estados continúe siendo el bienestar de sus habitantes, por lo que no se puede dejar en segundo término el derecho - y obligación - de los gobiernos, de ejercer responsablemente la potestad de rectoría del desarrollo nacional, entendida ésta como "el conjunto de facultades específicas para regular y orientar el desarrollo político, económico y social de sus sociedades, conforme a sus normas constitucionales y legales, y de acuerdo a las estrategias y políticas que determine la propia sociedad a través de sus instituciones representativas"⁷⁸

⁷⁸ DE LA MADRID HURTADO, Miguel. Soberanía Mundial y Mundialización en "*El papel del Derecho Internacional en América*" La soberanía nacional en la era de la integración regional, México, IJ; UNAM, 1997, p. 39

CAPITULO SEGUNDO

EL ESTADO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

La soberanía es, como aquí se ha afirmado repetidamente, un atributo esencial de la personalidad del Estado. Sin embargo, un Estado, entendido como una entidad sometida y reconocida por el orden jurídico internacional, no puede pretender ejercerla de forma absoluta. El Derecho Internacional, es por tanto, el regulador indispensable de la coexistencia de los estados en el plano internacional. El Derecho Internacional, lejos de ser incompatible con la soberanía de los estados, resulta ser el corolario necesario para su existencia y reconocimiento dentro de la Comunidad Internacional.

Como Quoc Dinh señala es imposible concebir a un Estado de forma aislada. La interacción del Estado con otras entidades del sistema jurídico internacional, es precisamente la característica que lo distingue del imperio.¹ De tal suerte, la soberanía de un Estado implica también el acatamiento de las normas fundamentales del Derecho Internacional, por medio de las cuales se garantiza el respeto a los otros estados.

¹ *Ob. Cit.* p. 83

1. Fuentes del Derecho Internacional.

Si bien el Derecho Internacional se crea, a diferencia del derecho interno, con base en resoluciones y costumbres, sin que necesariamente se observe un proceso cierto y determinado, esto no implica que carezca de efectividad. Ciertamente, no existe una institución encargada de emitir los ordenamientos de aplicación general, es decir se carece de un órgano legislativo que como tal, sea el responsable de crear las normas, ni existe tampoco un sistema apropiado de cortes con jurisdicción obligatoria para interpretar y ampliar el Derecho.

Sin embargo, existen fuentes reconocidas de universalmente, que dan origen a las disposiciones internacionales.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente:⁸⁰

“la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

⁸⁰Firmado en San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de 1945, SZEKELY, *Ob. Cit.*, p. 54

- c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas,
- d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las naciones; como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.”

Si bien este artículo se refiere técnicamente a los instrumentos que deben ser aplicadas por la Corte al emitir sus resoluciones, estas mismas son consideradas como las fuentes del Derecho Internacional, que rigen la actuación de los estados y de los organismos internacionales. Esto debido a que al ser la función de la Corte el dirimir los conflictos entre los miembros de la ONU con apego al Derecho Internacional; y como todos los estados que la integran, son *ipso facto* parte del Estatuto, estos criterios son aceptados como las fuentes que dan sustento al orden jurídico internacional.

1.1 Tratados internacionales.

El primer inciso del artículo 38 se refiere a los tratados internacionales, definidos por Seara Vázquez como “todo(s) (los) acuerdo(s) concluidos entre dos o más sujetos de Derecho Internacional”. La formación, aceptación y aplicación de los tratados internacionales se fundamenta en lo previsto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁸¹

⁸¹ Firmada en Viena el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980 en SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. I, p. 177

No existe consenso en la doctrina sobre si el orden en el que aparecen las fuentes en el artículo 38 del Estatuto, corresponde al orden jerárquico en que deben ser aplicadas. Sin embargo, es lógico pensar que los tratados tienen prioridad sobre las demás fuentes del Derecho, ya que implican el consentimiento expreso y evidente de las partes que lo suscriben.

1.2 Costumbre internacional

La segunda de las fuentes referidas en el Estatuto corresponde a la costumbre internacional. Para que un acto sea considerado como costumbre, debe en primer lugar repetirse continuamente y esta repetición debe ser percibida por los demás estados como una práctica general y consistente. Es decir, debe ser aceptado de forma tácita o expresa, como consecuencia de una obligación legal. Así, se puede decir que para que una práctica sea considerada como costumbre se requiere que estén presentes los siguientes elementos: a) duración, b) uniformidad de la conducta; c) generalidad y d) reconocimiento de la obligatoriedad (*opinio juris seu necessitatis*).⁸²

1.3 Principios Generales del Derecho Internacional

⁸²BROWNLIE, *Ob. Cit.* P. 5-7

Los principios generales del derecho aparecen en tercer término como fuente del Derecho Internacional. Por resultar de gran relevancia para el objeto de estudio de este trabajo, serán abordados con mayor profundidad en el siguiente apartado. Por ahora sólo cabe apuntar que la referencia que se hace en el Estatuto respecto a que deben ser aceptados por las "naciones civilizadas", es a los ojos de varios autores desafortunada, ya que el concepto "civilización", resulta de compleja definición. La connotación de éste término podría atender sólo a criterios de poder económico y político que no reflejan equidad y justicia, valores a los que tanto se aspira en el sistema internacional.⁸³

1.4 Decisiones judiciales y doctrina de los publicistas

El último inciso del artículo 38 establece los llamados medios auxiliares o subsidiarios. En esta categoría quedan comprendidas tanto las decisiones judiciales como la doctrina de los estudiosos del Derecho Internacional.

A pesar de que no existe dentro del Derecho Internacional la llamada *rule of precedent*, por la cual se establece la obligación de las cortes de seguir los precedentes fijados por otras cortes ante casos similares, las decisiones

⁸³BUERGENTHAL, Thomas et al. *Manual de derecho internacional público*. México, FCE, Política y Derecho, 1990, p. 30-31 Señalan que un mejor término sería "principios generales de derecho reconocidos o compartidos por los principales sistemas jurídicos del mundo.

judiciales revisten gran importancia. Desde luego, estas decisiones judiciales se refieren a aquéllas emanadas de tribunales internacionales, particularmente de los constituidos de manera permanente, y pese a que sus resoluciones no son fundamentales para orientar la actuación de los sujetos del Derecho Internacional.

Las decisiones judiciales a que se refiere este inciso, comprenden también a las decisiones de los tribunales arbitrales, ya que como señala Burgenthal "los hechos que originan tales controversias giran a menudo en torno a quejas presentadas por nacionales de un Estado contra otro Estado; [respecto de las cuales] los Estados [suelen] hacer suyas las reclamaciones de sus nacionales".⁸⁴ Sin embargo, es preciso señalar que la trascendencia de los laudos está sujeta a la importancia y características particulares de los tribunales que los emitieron.

Por otro lado, en lo referente a la doctrina, cabe aclarar, que se trata de un medio subsidiario que no reviste la importancia de las decisiones judiciales, sin embargo se debe tener en mente que el trabajo académico de muchos autores ha influido, e incluso creado, al Derecho Internacional. Basta recordar a algunos de los célebres internacionalistas de los siglos XVI al XVIII, a quienes se les debe en gran medida la existencia del orden jurídico internacional tal y

⁸⁴ *Idem*, p.66

como lo conocemos en nuestros días. Además en muchos casos los estudiosos del Derecho Internacional son los que integran los organismos internacionales especializados, como es el caso de la propia Comisión de Derecho Internacional de la ONU.

Existen sin embargo otras consideraciones que deben ser tomadas en cuenta por los jueces que imparten el Derecho Internacional. Brownlie, por ejemplo reconoce como factores primordiales en la impartición de justicia a la equidad, a los intereses legítimos y a las consideraciones de humanidad.⁸⁵

Hay, por otro lado, algunos otros elementos que no sólo sirven como evidencia del Derecho Internacional, sino que también lo orientan e incluso lo determinan. Tal es el caso de la Asamblea General de Naciones Unidas, que si bien no es un cuerpo legislativo, sus resoluciones y los argumentos esgrimidos por los estados ante ella son incorporados como parte valiosa del Derecho Internacional. Así mismo, las medidas que adopta el Consejo de Seguridad paradójicamente, resultan también de gran trascendencia ya que influyen poderosamente en la conformación y orientación del Derecho de las Naciones.

2. Formas de manifestación de la voluntad de un Estado

⁸⁵Ob. Cit. p.26-28

Antes de entrar al análisis de los principios que rigen el orden jurídico internacional, resulta conveniente hacer referencia a las formas en las que un Estado expresa su aprobación o rechazo de los actos de los otros sujetos del Derecho Internacional. Así, la voluntad de un Estado puede manifestarse de diversas formas. La doctrina reconoce que un Estado expresa su voluntad de hecho, mediante el reconocimiento, la aquiescencia o bien a través de la llamada doctrina Estoppel.

Ciertamente, por cualquiera de estas vías un Estado puede hacer patente su postura respecto de determinada situación, sin embargo existen diferencias conceptuales que hacen necesario determinar a cual de ellas se debe atribuir el consentimiento expresado por un Estado.

2.1 Reconocimiento

El reconocimiento implica la existencia de un acto positivo proveniente de un Estado, por medio del cual se manifiesta el conocimiento y la aceptación de una situación particular, la cual puede incluso inferirse de todas las circunstancias relevantes que la rodean. Es considerada como la afirmación de la existencia del estado fáctico de una situación determinada.

2.2 Aquiescencia

La aquiescencia, se presenta en circunstancias en las que un Estado realiza un acto a través del cual se convalida un acto anulable. Dicho acto puede ser por voluntad expresa o tácita, o bien por el simple transcurso del tiempo. En otras palabras, la aquiescencia implica la existencia de una situación que posibilita el que una parte afectada manifieste su desacuerdo y al no hacerlo, se entiende que dicho Estado ha aceptado de facto la nueva situación.

2.3 Doctrina Estoppel

La doctrina Estoppel por el contrario, proclama que una parte está impedida por sus propios actos para reclamar un derecho en contra de otra parte, cuando dichos actos implican que esa parte previamente ha aceptado conductas o actos similares.⁸

La mención de las formas de emisión de la voluntad en este capítulo, pretende poner de manifiesto la importancia que reviste el que los estados condenen los actos violatorios de su soberanía o en general de cualquiera de los principios generales del Derecho Internacional que aquí serán expuestos.

⁸ *Black's Law Dictionary*, p. 551. Voz *Estoppel*. Traducido por la autora

De tal suerte, si un Estado pasa por alto un acto que le perjudique, como puede ser la emisión de una legislación extraterritorial que vulnera su soberanía o la capacidad de autodeterminarse, y omite denunciarlo mediante los conductos correspondientes,⁸⁷ dicho acto se considera tácitamente aceptado, perdiendo, por tanto, el derecho de proclamarse en lo sucesivo en contra, no sólo del mismo acto violatorio, sino respecto de cualquier otra situación que se presente y que esté rodeado de las mismas circunstancias que acompañaron al acto implícitamente consentido.

3. Principios generales del Derecho Internacional.

La convivencia pacífica y armónica de los estados sólo puede lograrse mediante el respeto de los principios que rigen al Derecho Internacional. Como se señaló anteriormente, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ se refiere a los principios generales del derecho y no a los principios generales del Derecho Internacional. Respecto de los primeros se puede afirmar que el Derecho Internacional moderno depende cada vez menos de estos, ya que la gran mayoría han sido recogidos en convenciones multilaterales y/o han sido asimilados por los cuerpos legislativos internos, convirtiéndose por tanto en derecho escrito, o bien

⁸⁷ *Vid infra*. Medios pacíficos de solución de controversias. Cap. 3, 2.

en derecho consuetudinario.

Algunas veces resulta fácil confundir a la costumbre internacional con los principios generales de Derecho Internacional, sin embargo, según Seara Vázquez el único criterio de distinción entre ambos conceptos, es la característica de permanencia, pues mientras que la costumbre evoluciona constantemente, los principios del Derecho Internacional, por su propio carácter de principios, permanecen inmutables.

Los principios generales del Derecho Internacional, poseen en la interacción cotidiana de los estados gran importancia para la resolución de sus problemas. Constituyen al mismo tiempo, la base legal para el desarrollo de las relaciones entre los países, el fortalecimiento de la paz y la distensión.

Son muchos los principios generales del Derecho Internacional que están vigentes en el sistema jurídico internacional, entre ellos destacan por su grado de aceptación y asimilación los siguientes:

3.1 Coexistencia pacífica

Durante la Guerra Fría este principio resultó fundamental para lograr el mantenimiento de la paz entre las naciones. Este postulado consagra el deber

de los estados de buscar la convivencia pacífica, respetando en todo momento las diferencias que existan entre los sistemas político, económico y social de cada uno de ellos.

Como reconoce el soviético Tunkin⁸⁸, el término "coexistencia pacífica" no se encuentra consagrado literalmente en la Carta de Naciones Unidas, sin embargo la convocatoria que en este documento se hace a los estados para practicar la tolerancia y convivir en paz como buenos vecinos, implica obviamente, la aceptación y el respeto a cada Estado, independientemente de sus políticas internas.

Desde luego, la observancia de este principio, no puede hacerse de manera aislada, sino que involucra otros principios tales como el de la proscripción del uso o amenaza de fuerza, el respeto a la soberanía y el de la no intervención en asuntos internos de otros estados, entre otros, que en seguida serán abordados.

Los principios generales del Derecho Internacional basan su existencia en lo establecido en la Carta de Naciones Unidas, sin embargo han sido reproducidos en otros instrumentos internacionales de gran importancia. En la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las

⁸⁸TUNKIN, G.I. *El Derecho y la Fuerza en el Sistema Internacional*, México, UNAM, 1989, p. 43

Relaciones de Amistad y a la Cooperación de los Estados de acuerdo con la Carta de la Organización de Naciones Unidas,⁸⁹ (en adelante Declaración de 1970) estos postulados son recogidos y explicados con más detalle.

El artículo 1 del capítulo I de la Carta de Naciones Unidas titulado "Propósitos y principios", establece en su primer párrafo que: "los propósitos de las Naciones Unidas son:

"Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz y lograr por medios pacíficos (...) el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz"⁹⁰

En este párrafo se encuentran contenidos al menos dos principios generales del Derecho Internacional que son: la proscripción del uso o amenaza de la fuerza y la solución pacífica de controversias.

El primero de ellos es reafirmado por el artículo 2, párrafo 4 que establece que los miembros de Naciones Unidas se abstendrán de recurrir a "la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de

⁸⁹Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 24 de octubre de 1970, SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. I, p. 166

⁹⁰*Idem*, Vol. I, p.17

cualquier Estado...⁹¹

Este texto es reproducido a su vez en la Declaración de 1970. En este documento se establece además que ésta abstención deberá hacerse respecto de las fronteras internacionales, las líneas internacionales de demarcación y en general sobre cualquier tipo de controversias que surjan entre dos o más estados. También se señala que los estados deberán abstenerse de llevar a cabo actos de represalias que impliquen el uso de la fuerza.⁹²

A este respecto el término "fuerza" no se limita únicamente a la fuerza física o militar que un estado puede ejercer sobre otro, sino como se establece en el preámbulo de la propia Declaración, "los estados deben abstenerse, en sus relaciones internacionales, de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de cualquier otro Estado."⁹³

3.2 Solución pacífica de controversias

El principio de solución pacífica de las controversias será objeto de estudio en el próximo capítulo. Por ahora sólo cabe hacer mención de lo que establece la

⁹¹ *Ibidem*

⁹² *Vid infra*, "represalias". Capítulo 3

⁹³ *Ibidem* p. 168

Carta de Naciones Unidas en su artículo 2 párrafo 3: "Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia."⁹⁴

El contenido de este principio, según la Declaración de 1970, es el siguiente:⁹⁵

- a) Los estados están obligados a resolver sus disputas sólo por medios pacíficos, y de acuerdo con disposiciones relativas de la Carta de Naciones Unidas;
- b) Los estados son libres de seleccionar los medios pacíficos para solucionar esta disputas;
- c) En caso de que un medio específico no lleve a la solución de la disputa, los estados deben emplear otros medios pacíficos.

3.3 Igualdad soberana de los estados

Como se analizó en el capítulo precedente, el principio de igualdad soberana resulta fundamental en las relaciones entre las naciones, ya que a través del mismo se garantiza, al menos en teoría, un trato igualitario.

⁹⁴ *Idem*, p.17

⁹⁵ TUNKIN, *Ob. Cit.* p.50

Entre los estados que integran a la Comunidad Internacional hay diferencias innegables: hay estados grandes y pequeños, ricos y pobres, poderosos y débiles. Sin embargo ante el Derecho Internacional todos ellos gozan de los mismos derechos y obligaciones.

Así, el principio de la igualdad soberana de los estados contiene dos premisas fundamentales: el respeto a la soberanía de todos ellos y la igualdad en sus relaciones internacionales. En la Carta de Naciones Unidas artículo 2, párrafo 1, se establece expresamente que "la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de sus miembros."⁹⁶

En el mismo sentido, la Declaración de 1970 señala que los estados "tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole"⁹⁷ y más adelante establece que este principio contiene los siguientes elementos:

- a) Los estados son iguales jurídicamente;
- b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
- c) Cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás

⁹⁶SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol I, P.17

⁹⁷*Idem*, p. 174

estados;

- d) La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;
- e) Cada Estado tiene el derecho a elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural;
- f) Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás estados.

El principio de igualdad soberana de los estados, establece la obligación de respetar el poder de cada uno de ellos otro para actuar dentro de su territorio, así como su independencia respecto de otros sujetos de Derecho Internacional.

Según Tunkin en el moderno Derecho Internacional, este principio contiene los siguientes elementos:⁹⁸

- a) la obligación de respetar la soberanía de otros estados;
- b) la obligación de respetar la integridad territorial y la independencia política de otros estados;
- c) el derecho de cada pueblo de escoger libremente y desarrollar su propio sistema político, social, económico y cultural;
- d) todos los estados son jurídicamente iguales, ellos poseen los mismos derechos y obligaciones como miembros de la comunidad internacional,

⁹⁸ *Ob. Cit.* p. 60

- independientemente de las diferencias en sus sistemas económico, social y político;
- e) en las conferencias y organizaciones internacionales cada Estado tiene derecho a un solo voto;
 - f) las normas de Derecho Internacional son creadas por los estados por la vía del acuerdo de voluntades y sobre la base de igualdad. Ningún grupo de estados puede imponer a los demás, normas de Derecho Internacional que el mismo cree.

Respecto de este último inciso, es oportuno señalar que efectivamente, puesto que el Derecho Internacional es creado y aceptado por la vía de coordinación de voluntades de los estados, en su calidad de entidades soberanas e iguales, cualquier norma proveniente de un Estado, en lo individual o de un grupo de estados que actúen sin un mandato internacional específico y atendiendo únicamente a sus intereses, no puede ser impuesta a los demás estados sin su consentimiento, como pretende hacerse con las legislaciones extraterritoriales.

La independencia de los estados en el entorno internacional no es excluyente del hecho de que cada uno se encuentra obligado a sujetarse al Derecho Internacional.

La vigencia de este principio resulta de vital importancia para los estados pequeños, ya que esto les permite asegurar el libre desarrollo de sus políticas sin la intromisión de estados poderosos.

En resumen, este principio garantiza a unos y otros, el respeto de sus decisiones internas. Así, incluso las resoluciones emanadas de los organismos internacionales no pueden tener sino el carácter de recomendaciones.

3.4 No intervención

Estrechamente vinculado al principio del respeto a la soberanía de los estados y a su igualdad en las relaciones internacionales, se encuentra el principio de la no intervención. Este principio está consagrado en el artículo 2 párrafo 7 de la Carta de Naciones Unidas, al establecer la prohibición a la propia ONU, y desde luego, a los demás estados, de intervenir en "los asuntos que son esencialmente de jurisdicción interna de los estados."⁹⁹

La Declaración de 1970 reproduce este principio y al respecto establece lo siguiente:

"Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro. Por lo tanto,

⁹⁹SZEKELY, *Ob. Cit.*, p.18

no solamente la intervención armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, son violaciones del derecho internacional.

Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden. Todos los Estados deberán abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado.

El uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención.

Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado.¹⁰⁰

Para el Derecho Internacional la intervención es "el acto por medio del cual un Estado, mediante la presión política o la fuerza, obliga o trata de obligar a otro Estado a conducirse en determinado sentido en sus actividades internas o externas."¹⁰¹ Puede también definirse como "la injerencia dictatorial en la jurisdicción de un Estado soberano"¹⁰².

La intervención puede llevarse a cabo por un solo Estado, por un grupo

¹⁰⁰ *Idem*, p. 172

¹⁰¹ SEARA VAZQUEZ, *Ob. Cit.*, p. 371

¹⁰² OPPENHEIM, L. *International Law*, (adiciones de H. Lauterpatch), Londres, vol. I 1955, p., 305

de ellos o aún, por un organismo internacional. En la mayoría de los casos el sujeto interventor es notoriamente superior en cuanto a poder respecto del ente intervenido, lo cual hace que la intervención, como regla general sea calificada de ventajosa y abusiva.

La Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía¹⁰³ establece en su párrafo primero que:

"ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen están condenadas."¹⁰⁴

A decir de algunos autores,¹⁰⁵ la definición más acabada del principio de la no intervención recogida en un instrumento internacional es la contenida en la Carta de la Organización de Estados Americanos,¹⁰⁶ que establece al respecto:

"Artículo 15. Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o

¹⁰³ Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de la ONU, 21 de diciembre de 1965, en SZEKELY., *Ob. Cit.*, Vol. IV, p. 1976

¹⁰⁴ *Idem.*, p. 1977

¹⁰⁵ SEPULVEDA AMOR, Bernardo, "No intervención y Derecho de injerencia", en *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, Modesto Seara Vázquez (comp); México, FCE, p. 17

¹⁰⁶ Firmada en Bogotá el 30 de abril de 1948, y entró en vigor el 27 de febrero de 1970 en SZEKELY., *Ob. Cit.*, Vol. I, p. 78

indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro.

Artículo 16. Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventaja de cualquier naturaleza¹⁰⁷

Desde luego, existen diferentes tipos de intervención, entre los que pueden encontrarse: intervención directa e indirecta; militar, diplomática y política; interna y externa, individual y colectiva; intervención por causa de humanidad; por propaganda; por reconocimiento o no reconocimiento de estados, etc.

Hay quienes justifican en algunos casos la intervención, arguyendo que los estados que llevan a cabo estos actos intervencionistas "no pretenden violar la integridad territorial de un Estado o su independencia política, sino tan solo proteger bienes y personas, evitar el caos, defender otros intereses nacionales o salvaguardar la seguridad internacionales."¹⁰⁸

La doctrina sostiene en algunos casos la licitud de la intervención, cuando ésta se hace en cumplimiento de los compromisos internacionales y a petición del gobierno legítimo. Esta intervención debe sin embargo, ser tomada con extremas reservas. Baste recordar que durante la Guerra Fría, esta afirmación

¹⁰⁷ *Idem*, p. 82

¹⁰⁸ SEPULVEDA, *Ibidem*

servió como pretexto para que las potencias apoyaran a los gobiernos cuyas ideologías les resultaban favorables, restringiendo o violando incluso el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.¹⁰⁹

En los últimos años el tipo de intervención que ha prevalecido y que ha sido defendida por no pocos, es la llamada intervención humanitaria. La intervención humanitaria es "aquella que tiene como objetivo la protección de los derechos humanos de los ciudadanos del Estado intervenido sin el consentimiento de éste."¹¹⁰ A pesar de que este recurso ha sido empleado por los países poderosos desde el siglo XIX, este supuesto derecho de injerencia no ha llegado al grado de convertirse en regla del Derecho Internacional. La razón es que han sido numerosos los abusos cometidos bajo el pretexto de garantizar la protección de los derechos humanos de los nacionales de otro Estado.

Así, varios autores coinciden en afirmar que este derecho constituye un gran avance para llegar a la tan anhelada organización internacional civilizada, en donde el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales del hombre sean las premisas básicas. Sin embargo, existe una corriente de la

¹⁰⁹ Es oportuno mencionar a la llamada doctrina *Johnson-Brezhnev*, proclamada por los gobiernos de E.U. y la URSS en diferentes momentos, pero coincidentes en su razonamiento. Ambas posturas pretendían arrogarse el derecho de impedir que cualquiera de los países pertenecientes a su órbita decidieran cambiar de forma de gobierno, resultando esta postura violatoria del Derecho Internacional, en especial de la Carta de la ONU, al violar el derecho de cada Estado de determinar su forma de gobierno, en SEARA VÁZQUEZ, *Ob. Cit.*, p.374

¹¹⁰ SEPULVEDA AMOR, *Ob. Cit.* p. 184

doctrina que manifiesta cierto escepticismo sobre la conveniencia de este pretendido derecho, cuyo ejercicio implicaría, invariablemente conductas extraterritoriales. Quoc Dinh al tratar el tema de los dominios reservados a los estados señala al respecto:

"La exclusión, indiscutible, de los derechos del hombre del dominio reservado a los Estados ha conducido a ciertos autores y ciertos Estados a proponer la consagración de un deber o de un derecho de injerencia o de intervención humanitaria, en virtud de que los Estados o las organizaciones no gubernamentales podrían aportar una ayuda urgente a las poblaciones en estado de miseria o desamparo. Las incertidumbres terminológicas, la ambigüedad de los objetivos, las dudas de numerosos Estados ante los términos (injerencia o intervención), que tiene para ellos una connotación negativa han impedido hasta el presente que la noción reciba una consagración jurídica indiscutible."¹¹¹

Tomar una postura respecto del derecho de injerencia resulta complejo. Desde luego, el fundamento moral que da lugar a la existencia de este derecho es válido y justo, sin embargo el admitirlo sin reserva alguna, puede llevar a que - como ha sucedido en numerosas ocasiones - sea empleado como instrumento de dominación e imposición de los valores e intereses de las potencias, sobre las naciones débiles.

En todo caso, de admitir este derecho, habría que asegurarse de que al

¹¹¹Ob. Cit. P. 427

ejercerlo, la acción constituya, en primer término una ayuda estrictamente humanitaria, sin que se involucren otras razones o intereses y sin que se ejerza por medio de métodos o procedimientos diversos a los propios de una acción de esta naturaleza. En segundo lugar esta asistencia debe prodigarse sin ningún tipo de discriminación a los titulares del derecho. Y desde luego, debe hacerse con respeto a los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad, para que "la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional no sean violadas o afectadas."¹¹²

Sin embargo, con excepción del derecho de injerencia humanitaria, tema por definición polémico, existe en la Comunidad Internacional, una inclinación casi unánime por erradicar las prácticas intervencionistas. El corolario de esta tendencia ha sido las reiteradas resoluciones de la Corte Internacional de Justicia en contra de la intervención. Una de ellas establece que:

"El pretendido derecho de intervención no puede ser considerado más que como (una) manifestación de una política de fuerza, política que en el pasado, ha dado lugar a los abusos más graves y que no podría, cualesquiera que sean las deficiencias presentes de la Organización Internacional, encontrar ningún lugar en el Derecho Internacional. La intervención es quizá menos aceptable en la forma particular que ha adoptado en este caso, ya que reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más poderosos, podría fácilmente conducir a socavar la propia administración de la justicia

¹¹²GROSS ESPIELL, Héctor, El llamado "derecho de injerencia humanitaria" en un mundo interdependiente, en *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*, Ob. Cit., p. 216 y 217

internacional.¹¹³

Más adelante en otro caso, la Corte reiteró su postura al resolver que:

"La Corte ha constatado por lo tanto que no existe en el Derecho Internacional contemporáneo un derecho general de intervención de ese género en favor de la oposición existente dentro de otro Estado. Su conclusión es que los actos que constituyan una violación al principio consuetudinario de la no intervención que impliquen, en forma directa o indirecta, el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, constituirán también una violación al principio que lo prohíbe."¹¹⁴

Así pues, la intervención, cualquiera que sea su fundamento, constituye un riesgo de dimensiones inmensas. Como señala Sepúlveda Amor:

"Al abrir la puerta a las excepciones se frustra un fin del orden jurídico que es la seguridad y la certidumbre. Además se introduce un elemento de arbitrariedad, al ser la potencia intervencionista la que juzga y califica la razón de ser de su injerencia. La legitimidad de un régimen legal no puede admitir esos grados de discrecionalidad."¹¹⁵

En resumen, el sistema internacional no puede condicionar el reconocimiento de la legitimidad de un Estado, ni de sus decisiones, a una calificación externa. De ser así, la intervención estaría justificada, en especial la de las potencias, en los

¹¹³ Caso de Canal de Corfú. United Kingdom vs Albania. *Merits, Judgement, I.C.J. Reports* 1949, p.35 Cit. por SEARA VÁZQUEZ, en *Ob. cit.* p. 372

¹¹⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua vs United States of America, *Merits, Judgements, I. C. J. Reports*, 1986, pp. 98-100 Cit por SEPÚLVEDA AMOR, *Ob. cit.* p. 177

¹¹⁵ *Ob. Cit.* p. 198

asuntos internos de los países más débiles. Por lo tanto, resulta inaceptable pretender imponer un derecho por la vía de la fuerza vulnerando los derechos de otro Estado, el hacerlo implicaría el fin del sistema jurídico internacional.

3.5 Autodeterminación.

Existe una gran conexión entre todos los principios hasta ahora analizados. El caso del principio de la autodeterminación de los pueblos, no es la excepción.

El artículo 1, párrafo 2 de la Carta de la ONU, establece como propósito de la organización, "fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos."¹¹⁶

Tanto en la doctrina como en las normas de Derecho Internacional, este principio se reconoce de manera conjunta con el de la igualdad de derechos. Así en la Declaración de 1970 se establece que:

"todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar ese derecho de conformidad con las disposiciones de la

¹¹⁶SZEKELY, *Ob. Cit.*, T. I p. 17

Así, el principio de la libre determinación o autodeterminación de los pueblos, está íntimamente relacionado con el de descolonización. Algunos autores, incluso sostienen que el derecho de autodeterminación pasó de la obligación de los estados, especialmente de las potencias colonizadoras, de respetar la decisiones fundamentales de las colonias, a ser uno de los llamados "derechos humanos".¹¹⁸

Sin embargo, la connotación de este principio va más allá del contexto de la descolonización, dentro del marco territorial de la independencia de los estados. Así, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que el principio de autodeterminación de los pueblos constituye una condición esencial para garantizar la observancia de los derechos humanos individuales. A pesar de este señalamiento, la autodeterminación es considerada como un derecho humano de dimensiones colectivas y no sólo individuales.¹¹⁹

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹²⁰

¹¹⁷*Idem*, p. 174

¹¹⁸HIGGINS; Rosalyn, *Problems & Process. International Law and how we use it*, Oxford, Clarendon Press, p. 114

¹¹⁹SHAW, *Ob. Cit.*, p. 215

¹²⁰Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea de la ONU, 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, en SZEKELY, *Ob. Cit.*, Vol. I. p. 255

establece en su artículo 1 párrafo 1, que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación y que en virtud de este derecho, pueden establecer libremente su condición política y proveerse el desarrollo económico, social y cultural.

El Acta Final de Helsinki de 1975¹²¹ se refiere al "principio de igualdad de derechos y autodeterminación" y establece al respecto que todos los pueblos tienen el derecho pleno y libre de determinar su *status* político externo e interno, sin ningún tipo de interferencia externa y de pugnar por su desarrollo político, económico, social y cultural de acuerdo a su voluntad.

La Carta Africana de Banjul sobre Derechos Humanos y de los Pueblos,¹²² por su parte señala en su artículo 20 que "todos los pueblos tiene el derecho de existencia y gozan del derecho incuestionables e inalienable de autodeterminación."

En términos generales, lo que este principio consagra es la facultad de los pueblos de darse el tipo de gobierno que deseen. Esta facultad no implica necesariamente independencia, ya que los pueblos son libres para determinar su sistema político y económico que más les convenga, pudiendo optar por la

¹²¹ Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, adoptada en Helsinki el 10 de agosto de 1975, *idem*, Vol. IV, p. 2558

¹²² Adoptada en la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya 24 a 27 de junio de 1981, entró en vigor el 22 de octubre de 1986. *idem*, Vol. IV, p. 2163

independencia, la libre asociación, la integración con un Estado independiente o cualquier otro sistema, siempre y cuando conserven el derecho de modificarlo en cualquier momento.

3.6 Cooperación

Al igual que los demás principios, el de cooperación está consagrado en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración de 1970, de cuyas disposiciones se desprenden los siguientes postulados:

- a) Los estados están obligados a cooperar unos con otros en diferentes esferas de las relaciones internacionales, con la finalidad de mantener la paz y la seguridad internacionales y promover la cooperación internacional y el progreso;
- b) La cooperación entre los estados debe ser llevada a cabo, independientemente de su sistema político, económico y social, y;
- c) Los estados deben cooperar contribuyendo al crecimiento económico en todo el mundo, sobre todo la de los países en desarrollo.

4. Vigencia de los principios generales del Derecho en el mundo contemporáneo.

El fin de la Guerra Fría provocó la modificación de la forma tradicional en que los estados se relacionaban entre sí. El fracaso de los sistemas de economía planificada, revivió la pretensión de imponer en todo el mundo los valores considerados como victoriosos de esta contienda, que como es obvio, son los inherentes al sistema capitalista: la democracia liberal y la economía de mercado o lo que algunos llaman los relativos a las "doctrinas demoliberales".⁴⁵

Evidentemente, este cambio en la ideología de la mayoría de los actores del sistema internacional, es una de los elementos que ha acelerado el proceso de interdependencia entre las naciones. Así, las economías estatales se han "globalizado", es decir han intensificado sus intercambios comerciales, de inversiones, financieros, turísticos y tecnológicos, especialmente en el área de comunicaciones y de transporte.

"La globalización es, sin duda el rasgo distintivo que caracteriza a la economía internacional de fin de siglo.(...) La globalización es, por ello, el fenómeno alrededor del cual los países tratan de consolidar su proyectos nacionales y de hacer frente, en ejercicio pleno de su soberanía, a los retos que plantea una realidad mundial que se

⁴⁵ DE LA MADRID, *Ob. Cit.* p.15

caracteriza por el dinamismo de los mercados, por la generalización de las zonas de libre comercio y por la emergencia de novedosos circuitos económicos que involucran a todos los países y regiones del planeta¹²⁴

Así, los sujetos del Derecho Internacional se han visto obligados a modificar sus estrategias, con objeto de buscar alianzas que les permitan hacer frente a situaciones de debilidad ante las cuales corren el riesgo de quedar inermes, sobre todo en el área económica. A este respecto De la Madrid señala que:

"como resultado del aumento en el número de miembros de los organismos internacionales y de su debilidad financiera y política, que dificultan y hacen más complejos los procesos de diálogo y negociación, y sobre todo la toma de decisiones eficaces, se ha optado por el establecimiento de diferentes grupos relativamente reducidos de países en los que discuten y negocian estrategias y lineamientos de acción para hacer frente a los grandes problemas mundiales."¹²⁵

En el contexto de esta creciente interdependencia, cada vez se hace más difícil para los estados, en especial para los débiles, subsistir en los escenarios mundiales haciendo valer su derecho soberano que incluya la posesión, el uso y la disposición de todas sus riquezas, viéndose frecuentemente obligados a tomar en cuenta los intereses de las potencias, o incluso de entidades privadas de gran peso que influyen en la toma de decisiones, sobre todo en materia

¹²⁴GREEN, Rosario, *Memoria Seminario Internacional. Estrategias económicas para el nuevo milenio: Globalización con justicia social*. México, Fundación Colosio, A.C. 1997 p. 5

¹²⁵*Ob. Cit.* p. 15

económica. Como lo sostuvo Fernando Solana respecto de la postura de la Cancillería mexicana:

"En nuestra lucha por fortalecer la autodeterminación debemos observar atentos, también la evolución de los nuevos ejes y fuentes de poder económico internacional, representados por las gigantescas corporaciones supranacionales. En la hora actual nuestra independencia también se ve amenazada por intentos de debilitar el derecho internacional. Hay quienes pretenden someter a revisión los principios fundamentales que regulan la convivencia entre los estados. Al principio de soberanía se le quiere subordinar a la idea de interdependencia. Al principio de no intervención se le relega, argumentando una supuesta contradicción con el deber internacional de tutelar derecho y conductas nacionales. Nos oponemos al retroceso del derecho internacional. Precisamente por la globalización de muchos fenómenos -económicos, ecológicos, criminales, culturales, etcétera- es tiempo de fortalecer y ampliar el ámbito de vigencia del derecho no de disminuirlo."¹²⁶

Es un hecho incuestionable que la estructura tradicional de las naciones se ha visto alterada por fenómenos como la globalización y la regionalización que se han presentado de manera simultánea en los escenarios internacionales. Sin duda estos procesos inciden directamente en la toma de decisiones que afectan a toda la Comunidad Internacional, incluso a aquellas que se dan en el seno de los organismos internacionales.

¹²⁶ SOLANA, Fernando, *Cinco años de Política Exterior. La soberanía y la independencia mexicanas frente a los cambios mundiales*" Palabras en la ceremonia del CLXXX aniversario de la Independencia de México, el 16 de septiembre de 1990, México, Edit. Porrúa, 1994, p.10

Sin embargo, pese a las evidentes desigualdades que existen entre los estados, no es posible concebir un sistema jurídico que justifique y más aún, asegure una "desigualdad compensatoria, privilegiada o preferencial", con el fin de evitar un trato inequitativo basado en relaciones desiguales de poder."¹²⁷ El único camino que queda por tanto, es el de la igualdad jurídica y la vigencia de todos los demás principios de Derecho Internacional.

El principio de cooperación es uno de los postulados del Derecho Internacional de mayor relevancia en la actualidad dentro de las relaciones interestatales. Su importancia radica en que gran parte de las relaciones que se establecen entre las naciones tienen como objetivo, o al menos así debería ser, tender puentes de acercamiento económico y político, debido a que la mayor parte de los estados, actuando de forma individual o en bloque, tienen como objetivo prioritario en sus agenda internacionales, ampliar su presencia en los otros estados, vía comercio, inversión o transferencia de tecnología.

En la década de los setenta, ya el llamado Nuevo Orden Económico Internacional reflejaba la necesidad de modificar las estructuras económicas internacionales existentes. Este Nuevo Orden Económico Internacional se manifestó por primera vez en 1974 mediante la Declaración y Programa de

¹²⁷CASTAÑEDA, Jorge, *Derecho Internacional económico*, México, FCE, p. 14-15

Acción sobre un Nuevo Orden Económico Internacional.¹²⁸

A partir de entonces ha surgido una gran variedad de estrategias internacionales que contienen programas de asistencia técnica que implican un cierto grado de inducción política, de reestructuración de los poderes del Estado y de las organizaciones sociales.

De igual forma, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados pretendió en la década de los setenta, sentar las bases sobre las que debería establecerse "el nuevo entendimiento" entre los estados, a fin de garantizar que en el marco de las nuevas relaciones interestatales, se preservara a toda costa, la soberanía sobre sus actividades económicas. El artículo 2o de la Carta señala en su primer párrafo que "todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas".¹²⁹

Más adelante señala respecto de la inversión extranjera que un Estado tiene "el derecho de reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a las leyes y a

¹²⁸Resolución 3201 (S/VI) de la Asamblea General de la ONU, 1o. de mayo de 1974, SZEKELY, *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1103

¹²⁹SZEKELY, *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1108

reglamentos y prioridades nacionales".¹³⁰

Si bien tanto el concepto de Nuevo Orden Económico Internacional, como la vigencia de la Carta de Deberes y Derecho Económicos, ya han sido superados en la actualidad, desde entonces a la fecha, el mundo ha continuado experimentando muchas transformaciones, y curiosamente la mayoría de ellos tienen que ver con el tema de las relaciones económicas entre los estados.

Es innegable el hecho de que esta nueva configuración mundial hace necesario idear nuevos esquemas y estrategias que permitan a los estados hacer frente a los retos que les impone un mundo, en el cual la competencia y la competitividad se han revelado como los principales valores. Esta exigencia es sin duda, más apremiante para las naciones económica y políticamente más débiles.

Sin embargo, como reiteradamente se ha afirmado en este trabajo, el orden jurídico internacional, y en especial los principios que le dan sustento, deben permanecer normando la interacción internacional, cuyo valor radica principalmente en que representan el cúmulo de experiencias de la historia global de la sociedad.

¹³⁰ *Ibidem*

Las modificaciones que los estados hagan a sus estrategias económicas o políticas, tanto externas como internas, con objeto de progresar o incluso subsistir en el nuevo contexto internacional, deben en primer lugar, asegurar la conservación de su derecho de tomar las decisiones fundamentales que le corresponden como ente político, jurídico y cultural autónomo.

CAPITULO TERCERO

LEGISLACIONES EXTRATERRITORIALES Y MEDIDAS DE DEFENSA ANTE ELLAS

Como se señaló en el capítulo 2, un Estado ejerce la jurisdicción dentro de su territorio - tanto vertical como horizontalmente-, respecto de prácticamente cualquier acto que allí ocurra. Esta hipótesis constituye el ideal del funcionamiento del sistema jurídico, ya que al aplicar exclusivamente leyes nacionales en territorio nacional, no habría lugar a conflictos de jurisdicción ni de aplicación de leyes.

Sin embargo, la realidad es otra. La constante interacción entre los estados y sus nacionales, hace necesario que frecuentemente las leyes extranjeras deban ser consideradas, e incluso aplicadas, por los jueces en la resolución de conflictos o en el reconocimiento de situaciones jurídicas.

1. Jurisdicción extraterritorial

El que un Estado contemple la aplicación de normas extranjeras dentro de su territorio, es lo que hace posible la convivencia internacional. Sin embargo, es fundamental que sean los propios estados los que consientan de forma expresa, mediante el reconocimiento en su legislación interna, en aceptar y dar efecto a estas normas. De lo contrario, se estaría en presencia de legislaciones

extraterritoriales que violan, no sólo la legislación interna, sino la propia soberanía de ese Estado y en consecuencia al Derecho Internacional.

La mayoría de los estados contemplan la posibilidad de que dentro de su sistema jurídico sean aplicadas leyes extranjeras. Esta aplicación extraterritorial de las leyes de un Estado puede tener diversas fuentes.

1.1 Jurisdicción basada en la territorialidad

El principio de la territorialidad supone que un Estado puede ejercer su jurisdicción únicamente en virtud de los actos que ocurran en su territorio, y que sean de su competencia. Sin embargo, el ejercicio de esta jurisdicción no es únicamente respecto de los actos, personas, o bienes dentro del territorio físico, sino que puede extenderse sobre actos o situaciones producidas por personas que se encuentren fuera de él.

Así, un Estado tiene jurisdicción respecto de las personas y los bienes que se encuentren dentro de su territorio, así como sobre los actos que ocurran en el mismo, por lo cual la legislación aplicable será, desde luego la del propio Estado. Existen casos de excepción como los relativos a situaciones en las que alguno de los elementos goza de inmunidad o bien cuando es el propio Derecho Internacional el que señala la necesidad de aplicar normas conflictuales, que

permitan resolver la situación jurídica de un hecho o acto, que tenga conexión con dos o más jurisdicciones.

Por lo tanto, la jurisdicción de un Estado dentro de su territorio es totalmente exclusiva y absoluta. No es susceptible de limitación alguna, ni aún si esta proviene del propio Estado. Cualquier restricción, y en especial las emanadas de una fuente externa, implicaría una disminución de su soberanía y un incremento injustificado e ilegítimo del poder del Estado que impusiera dicha limitante, en detrimento del primero. Todas las excepciones al poder pleno e ilimitado de un Estado dentro de su territorio, deben ceñirse al consentimiento del mismo.¹³¹

Cuando se está en presencia de un acto, de una persona o de un bien relacionado con otro Estado, algunas veces, la jurisdicción puede no ser exclusiva ni absoluta. En estos casos, la doctrina reconoce dos tipos de situaciones. En la primera, el Estado puede hacer valer sus leyes respecto de actos iniciados dentro de su territorio, pero consumados fuera de él; en esta hipótesis se aplicaría el llamado principio de territorialidad subjetiva. En la segunda situación, un Estado tiene jurisdicción sobre los actos iniciados fuera de su territorio pero consumados dentro de él. Aquí se estaría en presencia del principio de territorialidad objetiva.¹³²

¹³¹ *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136 (1812) HENKIN, *Ob. Cit.* p. 826

¹³² HENKIN, *Ídem.* p. 828-829

El segundo de estos principios -el de territorialidad objetiva- es frecuentemente identificado cuando el acto "produce efectos" dentro del territorio del Estado.¹³³ Sin embargo, la simple noción de "producir efectos", sin matizar el grado de su incidencia o de la clase de efectos de que se trate, podría llevar a una peligrosa ambigüedad, en donde cualquier tipo de nexo causal por más alejado que esté del acto original, podría dar pie a un Estado para intervenir en un asunto en donde, desde un planteamiento racional, no debería intervenir. Como señalan algunos autores, en este caso "no existiría virtualmente ningún límite a la jurisdicción de un Estado"¹³⁴

Así, la jurisdicción de un Estado basada en el territorio, debe ejercerse sólo cuando lo que ha ocurrido dentro del mismo, esté relacionado con la esencia del propio acto, es decir cuando el acontecimiento, el sujeto o el objeto de que se trate, sea un elemento constitutivo del propio acto, sin el cual éste o sus efectos inmediatos y directos, no hubieran podido consumarse.

1.2 Jurisdicción basada en la nacionalidad

La nacionalidad entendida como el lazo político y jurídico que une a un individuo

¹³³ *Vid infra* 1.4 "Doctrina de los efectos"

¹³⁴ JENNINGS, *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws* 33, Brit. Y. B.I.L. 146, 159 (1957) Cit, por HENKIN. *Ob. cit.* p.829

con un Estado,¹³⁵ legitima a un Estado para extender su jurisdicción sobre los sujetos -y objetos- que sean sus nacionales, atribuyéndoles el llamado "Estatuto personal", que en principio plantea que una persona lleva consigo a cualquier parte, la legislación que conforme a su Estado le es aplicable.

La doctrina de la personalidad absoluta, implica que todas las leyes deben aplicarse a las personas donde quiera que éstas se encuentren y cualesquiera que sea la materia de que se trate. Según esta teoría, que resulta opuesta a la de territorialidad absoluta, todas las leyes son extraterritoriales. Desde luego que este planteamiento no puede ser aceptado, porque de hacerlo, se abstraería totalmente al factor territorio, y con ello al principio de soberanía territorial.

Respecto de las personas jurídicas, la regla tradicional seguida por la mayoría de los estados, es que éstas están sujetas a la jurisdicción y legislación de los estados bajo cuyas leyes se constituyeron. Sin embargo, muchos estados además ejercen su jurisdicción sobre las entidades que tienen su principal domicilio o asiento social dentro de su territorio. Otros estados llegan incluso a aplicar sus leyes sobre las personas jurídicas, que aún sin cumplir con ninguno de los requisitos anteriores, estén controladas o pertenezcan de forma mayoritaria a sus nacionales. Y en esta hipótesis en particular, es en donde se encuentran las principales cuestionamientos sobre la capacidad de un Estado para regular los

¹³⁵ ARCE G. Alberto. *Derecho Internacional Privado. México*. Edit. Universidad de Guadalajara, 1990. p. 13

actos de estos entes, considerados por muchos como extranjeros.

Existe otra situación en la que un Estado tendría, al menos en principio, legitimidad para pretender aplicar su legislación. Se trata de los casos en los que la víctima de un delito cometido fuera de su territorio era su nacional. Esta hipótesis es reconocida por Brownlie como un principio independiente, el de la "personalidad pasiva".¹³⁶ Establece que un extranjero está sujeto a la jurisdicción de un Estado, en virtud de haber cometido actos en el extranjero en contra de uno de sus nacionales. La doctrina cuestiona la validez de esta fuente de jurisdicción, sin embargo, en años recientes se ha recurrido a ella sin que se hayan presentado reclamos serios por parte de sujetos internacionales.¹³⁷

El último de los apartados relativos a la vinculación de nacionalidad, que autoriza a un Estado para ejercer su jurisdicción, corresponde a la nacionalidad que ostentan las embarcaciones marítimas y las naves aéreas o espaciales. De manera general es posible afirmar, que no basta que el pabellón que ostenten sea el de un país determinado, para considerar que posee su nacionalidad. El Derecho Internacional requiere además, que exista un "*authentic link*" entre la nave y el Estado, es decir que haya elementos sustantivos que los vinculen para

¹³⁶ BROWNLIE, *Ob. Cit.* p.303

¹³⁷ En el llamado "caso Cutting" entre México y EUA, un tribunal mexicano condenó a un nacional norteamericano por haber publicado información difamatoria en un periódico de Texas en contra de un sujeto de nacionalidad mexicana. El tribunal aplicó en su resolución el principio de la personalidad pasiva. Pese a que el gobierno de EUA interpuso una nota de protesta diplomática, no se continuó con el procedimiento. *Idem.* p. 303

poder suponer una relación estrecha entre ellos. A este respecto existen numerosos instrumentos internacionales que establecen las bases para determinar la jurisdicción de un Estado sobre estos medios de transporte, regulados por el Derecho el Mar y el Derecho Aéreo.

1.3 Jurisdicción basada en el principio de protección y seguridad del Estado.

El principio de protección y seguridad establece que un Estado tiene jurisdicción sobre los actos cometidos fuera de su territorio, por personas que no sean sus nacionales, cuando estos actos sean en contra de su seguridad o de su integridad. Según Brownlie, generalmente se trata de "ofensas políticas" aunque no sólo de actos políticos.

Frecuentemente se aplica este principio en casos de actos de falsificación de moneda o de documentos oficiales, migración ilegal y ofensas económicas, además de los actos que atenten contra la seguridad, la integridad territorial o la independencia política.

1.4 Jurisdicción basada en el principio de universalidad

Muchos estados han adoptado este principio, aunque con ciertas limitaciones, por el cual es posible ejercer jurisdicción sobre actos cometidos por individuos extranjeros, que sean condenados por la Comunidad Internacional, como el secuestro, terrorismo, etc., en el caso de que no existe ninguna otra jurisdicción aplicable, o que el Estado responsable de aplicar su jurisdicción, se negare a hacerlo.

Brownlie¹³⁸ ubica en una categoría aparte a los delitos de Derecho Internacional, en donde se distingue de forma especial a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. Ya que a su parecer, se diferencian de los reconocidos en el principio universal, por que el propio Derecho Internacional ha creado una rama especial, el Derecho de Guerra que se ocupa de ellos.

Hasta aquí se han expuesto las formas reconocidas por el Derecho Internacional, por la cuales un Estado puede ejercer su jurisdicción y aplicar sus leyes sobre actos y situaciones que tengan lugar fuera de su propio territorio. Como se mencionó, la extraterritorialidad no es en si misma objeto de condena. Es por el contrario, una práctica muy recurrida -y efectiva- en las relaciones entre los diversos estados y sus individuos.

¹³⁸*Idem* p. 305

En cambio, lo que si constituye un acto reprobable y condenable por el sistema jurídico internacional y por los estados como entes soberanos, es el pretender normar unilateral y arbitrariamente las conductas de extranjeros fuera del territorio de un Estado, pasando por alto las legislaciones de los estados a los que les corresponde ejercer su jurisdicción.

Pese a la evidente violatoriedad del Derecho Internacional, de sus principios, y de las legislaciones internas de los estados, han existido y existen en la actualidad leyes extraterritoriales emitidas por estados que pretenden imponer sus intereses a los demás, vulnerando así el sistema de convivencia internacional.

A este respecto, Shaw señala que cuando la jurisdicción extraterritorial que ejerce un estado, se basa en las teorías de nacionalidad y de territorialidad que aquí se han analizado, por lo general no se presentan grandes conflictos, en cambio cuando éste ejercicio pretende fundarse en la llamada teoría de los efectos en la mayoría de los casos surgen controversias¹³⁹. La doctrina de los efectos sugiere que el principio de territorialidad puede ser rebasado cuando un acto que tiene lugar fuera del territorio de un estado produce "efectos" dentro de éste, incluso en el supuesto de que dicho acto se hubiese iniciado y consumado en el extranjero¹⁴⁰.

¹³⁹SHAW, *Ob Cit.* p. 484

¹⁴⁰Esta doctrina ha sido enérgicamente sostenida por E.U. particularmente en lo relativo a regulaciones antimonopolios. La Corte declaró en el caso *US vs. Aluminum Co. of America* que "cualquier estado tiene jurisdicción incluso sobre personas fuera de su competencia por actos cometidos fuera de sus fronteras que tengan consecuencia dentro de su territorio y que sean sancionados por éste". *Cit.* por SHAW *Ibidem*

Esta polémica doctrina pretendió ser acotada introduciendo el requisito de la intención de producir dichos efectos, que además debían ser de contenido sustancial. Ante el rechazo casi unánime de los demás estados, el criterio de las cortes de Estados Unidos (principal estado promotor de ésta doctrina), fue modificado, introduciendo además el requisito de una "*jurisdictional rule of reason*", es decir, el deber de tomar en consideración el interés de los demás estados involucrados, así como la naturaleza y el estado de la relación entre los sujetos afectados.

Cada vez que se se pretende aplicar este tipo de leyes, como es lógico, se suscitan conflictos derivados del rechazo de la Comunidad Internacional o particularmente el Estado afectado. Esta situación ha hecho necesario recurrir a diversos instrumentos para contener los pretendidos efectos de estas legislaciones.

2. Mecanismos de solución de controversias

Uno de los principales cometidos del Derecho Internacional es servir como mecanismo para solucionar las controversias que se susciten entre los estados. Esta función se lleva a cabo a través del empleo de medios pacíficos, que buscan

asegurar el establecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad mundiales.

El presente capítulo pretende enfocarse al estudio de los instrumentos jurídicos reconocidos y tutelados por el sistema internacional, con los cuales cuentan los estados para hacer frente a actos violatorios de sus derechos como miembros de la Comunidad Internacional.

La Carta de Naciones Unidas en su artículo 1, señala como uno de los propósitos de la Organización:

"Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin...lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz"¹⁴¹

De manera más específica el artículo 33 del mismo ordenamiento establece:

"1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su

¹⁴¹ *Ídem*, Vol. I. p. 17

elección

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios¹⁴²

En el mismo sentido, la Carta de la OEA, retoma lo señalado por la ONU y dispone en su artículo 21, que son procedimientos pacíficos de solución de controversias los siguientes:

"...la negociación directa, los buenos oficios, la mediación la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las partes"¹⁴³

La mayoría de los tratadistas coinciden en identificar dos grandes categorías de mecanismos para la resolución de controversias internacionales: los procedimientos diplomáticos y los judiciales.

Dentro del primer grupo se encuentran la negociación diplomática; los buenos oficios; la mediación; la conciliación; y la investigación. El segundo grupo se compone principalmente por el arbitraje y la intervención de órganos judiciales.

El estudio que de estos mecanismos de solución de controversias se haga en este capítulo será a la luz de su eficacia como medios de contención de las

¹⁴² *Idem*, p. 26

¹⁴³ *Idem*, p. 83

legislaciones extraterritoriales violatorias del Derecho Internacional.

3. Empleo de procedimientos diplomáticos

La mayoría de los autores reconocen como procedimientos de solución de controversias diversos a los judiciales los siguientes: la negociación diplomática; los buenos oficios, la mediación; la conciliación; y la investigación.

El artículo 33.1 de la Carta de la ONU establece la libertad de los estados para elegir el tipo de procedimiento a emplear en la solución pacífica de controversias con otros estados. Esta libertad no tiene más limitantes que las establecidas en virtud de algún acuerdo bilateral o multilateral, por el cual los propios estados se hubieran comprometido a que, de existir alguna controversia, ésta se dirimiría a través de algún procedimiento allí previsto.

La libertad a la que aquí se hace referencia, posibilita a los estados elegir alguno de los llamados procedimientos políticos, identificados por la doctrina como los "no jurisdiccionales", dejando a un lado los recursos jurídicos o jurisdiccionales. Estos procedimientos se caracterizan por considerar argumentos de carácter circunstancial.

Sin embargo, la experiencia ha demostrado que dentro de un litigio las

partes recurren de manera simultánea o conjunta a diversos procedimientos. En algunos casos, ciertos métodos no son empleados sino ante el fracaso de otro procedimiento al que se hubiese recurrido previamente. Es decir, existe una especie de jerarquía en torno a la complejidad de la diferencia, lo que lleva generalmente a agotar un procedimiento antes de acudir a otro.

3.1 Negociación mediante instrumentos diplomáticos.

El orden jurídico internacional consagra la obligación de los sujetos del Derecho Internacional de buscar un cauce pacífico para la solución de sus controversias. Este deber, se expresa en términos jurídicos, a través de la obligación de negociar las diferencias que se presenten entre los sujetos internacionales. La negociación tiene como origen a la costumbre, y constituye a la vez una condición indispensable, tanto en la formulación de acuerdos bilaterales y multilaterales, como en el arreglo de las diferencias derivadas de ellos o surgidas incluso al margen de los mismos.

Por instrumentos diplomáticos debe entenderse entonces, según Brownlie¹⁴⁴ “todos los medios por los cuales los Estados establecen o mantienen relaciones recíprocas, comunicaciones o llevan a cabo diligencias políticas o legales, a través de agentes autorizados”.

¹⁴⁴ *Ob. Cit.* p. 346

Las negociaciones diplomáticas bilaterales o multilaterales, pueden llevarse a cabo por medio de correspondencia diplomática, o bien por medio de reuniones personales entre enviados diplomáticos permanentes o negociadores nombrados expresamente para ese fin¹⁴⁵.

Desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho Internacional, los métodos de resolución de controversias por excelencia, son sin lugar a duda, aquéllos que involucren procedimientos e instrumentos diplomáticos, en los cuales los agentes de los estados-parte en el conflicto, hagan uso, de manera un tanto discrecional de sus facultades para negociar, incluso reforzar o flexibilizar sus posiciones en aras de lograr la solución de la controversia.

La negociación consiste básicamente en sostener discusiones entre las partes interesadas, tendientes a reconciliar sus intereses divergentes, o al menos, lograr el entendimiento de las diferentes posturas sostenidas. La principal diferencia con las otras formas de solución pacífica de controversias por medios diplomáticos, estriba en que en ésta, no involucra a terceros, sino que las comunicaciones se hacen directamente entre las partes.

Así, "en la negociación, las partes controlan el proceso, y cualquier

¹⁴⁵ BUERGENTHAL. *Ob. Cit.*, p. 61

resolución que se establezca debe estar basada en el mutuo acuerdo entre aquéllas".¹⁴⁶

En términos generales, cuando se está ante la presencia de una controversia se acude a la negociación, según Mikel Akerkust, debido a cualquiera de las siguientes razones: a) la ausencia de legislación; b) la costumbre internacional, y c) la necesidad de los Estados de adquirir reputación y confianza.¹⁴⁷

Otra característica esencial de la negociación, es que en ella, son las partes involucradas las encargadas de llevar a cabo el proceso, por lo que cualquier determinación que se tome a este respecto, requiere del consentimiento de ambas partes.¹⁴⁸

Es importante destacar que aunque el nombre de este procedimiento es "negociación diplomática", la serie de consultas que se establecen entre los sujetos del Derecho Internacional involucrados en una controversia, no son necesariamente llevadas a cabo a través de los agentes diplomáticos. Sin embargo, el artículo 3 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas reconoce como una de las principales funciones de los agentes diplomáticos a la

¹⁴⁶ SERRANO MIGALLON, Fernando, "El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte". *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, Jorge Witker (Coord.), México, UNAM, 1994, p. 78

¹⁴⁷ Cit. por Serrano, *Ob. Cit.* p. 79

¹⁴⁸ *Ibidem*

negociación con el Estado acreditante.¹⁴⁹

Así, ante un conflicto internacional derivado de la emisión de una legislación extraterritorial que daña los intereses de uno de ellos, el empleo de las negociaciones diplomáticas a nivel de agentes diplomáticos acreditados en cada uno de los estados, resulta muy poco recurrido. En estos casos, en virtud de la trascendencia del asunto, las comunicaciones diplomáticas se establecen directamente entre los cancilleres de los estados, o incluso entre jefes de gobierno, ya que este asunto constituye un punto prioritario en las agendas de política exterior de las partes involucradas.

Por lo general la primera reacción de un gobierno que considera violada su soberanía por una legislación extraterritorial es la emisión de notas de protesta diplomática en las que manifiesta su rechazo.

De cualquier forma, el éxito de una negociación diplomática bilateral encaminada a persuadir a un Estado a abrogar o derogar una ley extraterritorial violatoria del Derecho Internacional, radica en los elementos de negociación, o mejor dicho de presión, con que cuenta un Estado frente al otro. Lo mismo sucede cuando la pretendida negociación diplomática es hecha por varios estados

¹⁴⁹ Adoptada en Viena el 18 de abril de 1961 y entró en vigor el 24 de abril de 1964. SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. II, p. 1005

perjudicados. Aunque en estos casos, se dispone de más elementos de presión por ser todo un bloque de países el que manifiesta su rechazo, es decir, se echa mano de lo que en la doctrina internacional se conoce como "*peers pressure*" o presión de pares.

3.2 Los buenos oficios y la mediación

Los buenos oficios y la mediación son procedimientos de solución de controversias a los que en términos generales se llega ante el fracaso de la negociación. Una característica común, es que en ambos procedimientos interviene un tercer sujeto de Derecho Internacional, considerado por las partes como neutral. La intervención del tercero puede darse de forma espontánea, o bien a petición de las partes.

La principal diferencia entre los buenos oficios y la mediación, consiste en que en el primer caso, el tercero, no propone una solución al conflicto; su papel se limita exclusivamente a acercar a las partes, buscando con ello lograr la negociación directa entre ellas; constituye por lo tanto, el grado más modesto de intervención de un tercero en la solución de controversias. En cambio, en la mediación el tercero interviene de un modo más activo; es él el que propone las bases de la negociación y la conduce, presentando además de manera informal,

posibles soluciones al problema, pero sin intentar imponerlas a las partes.¹⁵⁰

Generalmente una misión exitosa de buenos oficios, llevará a solicitar al tercero que amplíe su participación y conduzca de un modo más formal la negociación, es decir que actúe en calidad de mediador. Por ello, es factible decir que, en la mayoría de los casos, la mediación lleva aparejado a los buenos oficios.

En términos generales, en el caso de conflictos ocasionados por legislaciones extraterritoriales, ninguno de estos dos procedimientos es muy recurrido, debido a que como se ha analizado, generalmente el Estado emisor de la disposición violatoria, es un Estado fuerte que no acepta de tan buen grado la intromisión de un tercero, quien en efecto, pocas veces, goza de la misma fortaleza que él dentro de la Comunidad Internacional.

3.3 La investigación

Este método de solución de controversias se emplea cuando subsiste una diferencia conceptual sobre alguna de las posturas asumidas por las partes. En este procedimiento, se designa a una comisión de peritos, quienes emitirán un informe técnico sobre la controversia. Por ser un método no jurisdiccional de solución de controversias, la investigación consiste en un exámen de los hechos

¹⁵⁰ QUOC DINH, *Ob. Cit.* p. 785

que pueden llevar a determinar el origen del litigio, su naturaleza, así como las circunstancias que lo acompañan.¹⁵¹

El informe presentado por la comisión no tiene fuerza vinculatoria para las partes, ya que sólo se enfocará a los aspectos técnicos de la diferencia, sin tomar en cuenta ningún otro factor de naturaleza política o los intereses particulares de las partes.¹⁵²

En la práctica, se recurre frecuentemente a la investigación como un medio adicional a cualquier otro procedimiento de resolución de controversias. Su valor radica en que los juicios derivados del informe que presente la comisión son de carácter técnico, además de ser objetivos e imparciales.

Para el caso de las legislaciones extraterritoriales, como se verá en el capítulo correspondiente al estudio de caso,¹⁵³ la investigación es un recurso muy recurrido debido a la complejidad técnico-jurídico de los argumentos esgrimidos por las partes, en particular en lo que corresponde a las circunstancias que justifican o reprobaban la existencia de este tipo de legislaciones.

¹⁵¹ *Idem*, p. 787

¹⁵² SHAW, *Ob. Cit.* p. 724

¹⁵³ *Vid. Infra* cap. 4

3.4. Conciliación

La conciliación es un procedimiento en el cual un órgano preconstituido o aceptado previamente por las partes, examina una diferencia existente entre dos o más estados, y a partir de las consideraciones surgidas de ese exámen, presenta propuestas de solución al problema.¹⁵⁴

El procedimiento de conciliación involucra, por tanto, a un tercer sujeto, quien es el encargado de llevar a cabo la investigación y la ponderación de las circunstancias que rodean a la disputa, para finalmente presentar una propuesta de solución. La resolución emitida por el conciliador puede o no, ser aceptada por las partes, sin embargo un aspecto relevante de la conciliación es que las partes se comprometen a no emprender ninguna acción relacionada con la controversia, en tanto el conciliador no emita su resolución.¹⁵⁵

Una ventaja que presenta el acudir a este procedimiento y no optar por acatar simplemente el resultado de un informe, es que el conciliador debe, antes de emitir su juicio, ponderar todas las circunstancias, además de los aspectos técnicos, que acompañan a la situación controvertida. Sin embargo, en lo que respecta al objeto de este estudio -las legislaciones extraterritoriales- nuevamente se presenta la misma situación que en el caso de los buenos oficios y la

¹⁵⁴ QUOC DINH, *Ob. Cit.* p. 789

¹⁵⁵ SHAW, *Ob. Cit.* p. 726

mediación, consistente en la negativa de las potencias -a las que en la mayoría de los casos se atribuyen las legislaciones extraterritoriales violatorias del Derecho Internacional- a someterse al juicio de un tercero, aun cuando la resolución que este emita, no tenga fuerza vinculatoria.

4. Empleo de procedimientos jurídicos o judiciales

Dentro del segundo grupo de procedimientos de resolución de controversias, correspondiente a los procedimientos jurídicos o judiciales se encuentran, el arbitraje y la decisiones judiciales.

Contrariamente a los instrumentos políticos o no judiciales, los procedimientos jurídicos, conducen a la imposición de una resolución que debe ser acatada por los estados-parte y que debe haber sido pronunciada por un órgano independiente de las partes y del litigio. Esta resolución es emitida previo procedimiento seguido conforme a lo establecido en un ordenamiento jurídico o en un acuerdo aceptado previamente por las partes, que garantice la posibilidad de defensa, la imparcialidad y la equidad del órgano.

Sin embargo, existen algunas peculiaridades de los procedimientos judiciales que se sustancian en Derecho Internacional que las distinguen de

aquellos que se siguen en derecho interno. Una diferencia esencial es que mientras en derecho interno cualquier individuo es capaz de recurrir a estos procedimientos para buscar el arreglo de sus diferencias, en Derecho Internacional, esta facultad esta reservada a los estados, en virtud de ser las únicas entidades dotadas de soberanía. Esta restricción puede hacerse extensiva incluso a los organismos internacionales en lo referente a procedimientos judiciales en estricto sentido. Por otro lado, en derecho interno, cuando alguna de las partes en un litigio acude ante los tribunales a entablar una demanda judicial, la otra parte tiene la obligación de comparecer para exponer su punto de vista.

En Derecho Internacional, ninguna de las partes puede iniciar un procedimiento sin que exista acuerdo previo, tácito o expreso de ambas partes para someterse a la autoridad de un órgano. El objeto de esto es servir como vía para garantizar la preservación de su soberanía.

4.1 Arbitraje.

El arbitraje, que aunque no es propiamente un método jurisdiccional, en el sentido de ventilarse ante tribunales, resulta de gran importancia por sus características particulares.

A este respecto, Seara Vázquez, ha sostenido que:

en Derecho Internacional, el arbitraje es una institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales, y que se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten sus diferencias a la decisión de una persona (árbitro) o varias personas (comisión arbitral) libremente designada por los Estados, y que deben resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerden señalarles ¹⁵⁶

El auge del arbitraje como procedimiento de solución de controversias se dio durante el siglo pasado y se prorrogó hasta principios del presente. La mayoría de los casos relevantes eran entonces, sometidos a la consideración de la Corte Permanente de Arbitraje. ¹⁵⁷

La composición y naturaleza de los tribunales arbitrales puede variar. Así una instancia arbitral puede ser unitaria y estar por tanto, constituida por un solo árbitro o bien, puede tratarse de un cuerpo colegiado. En este caso, cada parte señala un número igual de árbitros, y el presidente del tribunal puede ser designado por cualquiera de ellas o por los demás árbitros previamente nombrados. ¹⁵⁸

Las reglas del procedimiento son establecidas desde un principio por las

¹⁵⁶ *Ob. Cit.* p. 321

¹⁵⁷ En su forma moderna el arbitraje se consolidó a partir del Tratado Jay firmado entre Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794, que preveía el establecimiento de comisiones mixtas para la resolución de controversias legales entre ambas partes." SHAW, *Ob. Cit.* p. 737

¹⁵⁸ BROWNLIE, *Ob. Cit.* p. 710

partes y deben hacerse constar en un documento denominado *compromiso*. En ausencia de estipulación expresa serán aplicados los principios de la Primera Convención de la Haya.

Una vez que el tribunal emitió su decisión final, las partes y acatarla, a menos que alguna de ellas solicite la nulidad de la resolución por exceso de facultades (*excés de pouvoir*); corrupción de uno de los miembros del tribunal; desapego a una regla esencial del procedimiento, o bien por error esencial.¹⁵⁹

Otra de las ventajas del arbitraje como método de solución de controversias, es que combina elementos tanto de procedimientos diplomáticos como de los judiciales. En el arbitraje, además de las reglas del Derecho Internacional, los árbitros pueden tomar en cuenta otros aspectos de carácter circunstancial, siempre que así los soliciten alguna o ambas partes.

Desde luego, el procedimiento de arbitraje debe involucrar una cierta dosis de buena voluntad de la partes en la elaboración del *compromiso*, en la elección de los árbitros y por supuesto, en el acatamiento del laudo

A pesar de las ventajas que presenta este procedimiento, tales como flexibilidad, economía y rapidez, es cada vez menos frecuente que se recurra a

¹⁵⁹ QUOC DINH, *Ob. Cit.* p. 827

este método. Para algunos autores, este hecho está estrechamente relacionado con el establecimiento y consolidación de la Corte Permanente Internacional de Justicia a la que se someten desde 1920 la mayoría de los conflictos¹⁶⁰

En la práctica existen tres formas de llegar a un arbitraje. La primera de ellas consiste en incluir una cláusula arbitral en el texto de un tratado bilateral o multilateral. De esta forma se prevé que en caso de surgir un conflicto derivado de la aplicación de dicho tratado, en el mismo estén contenidos los procedimientos de solución de tales controversias, que deberán aplicarse para su resolución, en este caso el arbitraje. Un claro ejemplo lo constituye los mecanismos de resolución de controversias establecidos en la gran mayoría de los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, como es el caso de los previstos en la Organización Mundial de Comercio y en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

La segunda forma consiste en un acatar acuerdo arbitral establecido por un tratado multilateral, cuya única función es precisamente esa, fijar las bases para el arreglo de disputas que puedan suscitarse entre las partes. Entre los acuerdos arbitrales más recurridos destacan entre otros, la Convención de la Haya de 1899 sobre el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales enmendada por la Convención de la Haya de 1907, y el Acta General de 1928 para el Arreglo

¹⁶⁰ SHAW, *Ob. Cit.* p 741

Pacífico de las Disputas Internacionales que fue reformada en 1949.¹⁶¹

El tercer tipo de acuerdo arbitral consiste en convenciones arbitrales celebradas con el fin de solucionar conflictos que las partes no hayan podido resolver por otros medios. Es decir, cuando las partes en conflicto no tienen previsto un método de solución de controversias, ni desean someterse a lo establecido por una convención internacional, pueden optar por establecer sus propias condiciones para seguir un procedimiento arbitral, al cual puedan recurrir en cualquier etapa del conflicto.

Actualmente, el órgano arbitral para la resolución de controversias internacionales ante el que se presentan más casos es la Corte Permanente de Arbitraje, creada mediante la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Desde entonces, numerosos e importantes casos de diferencias entre los estados han sido resueltas mediante la intervención de la CPA, cuya efectividad ha implicado que en la actualidad un número considerable de casos continúen ventilándose ante ella.

Sin embargo, al igual que en otros procedimientos de solución de controversias, en el arbitraje se requiere no sólo la aceptación de la jurisdicción arbitral, sino también se debe contar con el consentimiento de las partes para

¹⁶¹ BUERGENTHAL, *Ob. Cit.* p. 64

llevar su controversia ante el seno de la Corte. Por tal motivo, en los conflictos derivados de legislaciones extraterritoriales, el arbitraje es una práctica poco efectiva y por lo tanto, no se recurre a ella.

En la actualidad un gran número de disputas de orden comercial, de inversión y de otra índole son frecuentemente ventilados ante instancias arbitrales. La mayoría de los acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales sobre comercio e inversión prevén a los llamados paneles arbitrales, como las instancias ante las que se dirimirán las controversias de este orden.

4.2 Procedimientos jurisdiccionales.

Los procedimientos jurisdiccionales de solución de controversias internacionales, se sustancian a través de órganos judiciales internacionales o regionales previamente establecidos, que desarrollan sus tareas con apego a los principios y reglas de Derecho Internacional.

En 1945 los representantes de los estados elaboraron la Carta de las Naciones Unidas y en ese mismo momento crearon una jurisdicción universal, incluida dentro de la estructura de la ONU: la Corte Internacional de Justicia. A partir de ese momento, se crearon diversos organismos regionales que establecieron dentro de su organización sus propias cortes regionales, a las que

someterían los conflictos que surgieran entre sus estados-miembro.

Sin lugar a dudas, el órgano jurisdiccional de mayor importancia para el Derecho Internacional es la Corte Internacional de Justicia. El artículo 92 de la Carta de San Francisco establece que:

"La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta."¹⁶²

La Corte Internacional de Justicia es una institución judicial que decide sobre los casos que le sean sometidos en base al Derecho Internacional. Sus resoluciones no constituyen disposiciones normativas, ya que la CIJ no tiene carácter de órgano legislativo, sin embargo, éstas están dotadas de la más alta autoridad judicial, por lo que frecuentemente son invocadas como precedentes no obligatorios para ser considerados en casos sucesivos.¹⁶³

En lo que toca a los estados sobre los cuales la Corte tiene jurisdicción, el artículo 93 de la misma Carta establece que: "a) todos los miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes de ella; b) Los otros Estados pueden serlo según las condiciones que determine en cada caso, la Asamblea General

¹⁶² SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. I. p. 42

¹⁶³ SHAW, *Ob. Cit.* p. 749

a recomendación del Consejo de Seguridad”

Así, los miembros de las Naciones Unidas se comprometen a cumplir las decisiones de la CIJ en los litigios en que sean parte, por lo que, de no hacerlo, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual está facultado para emitir recomendaciones o dictar medidas destinadas a respetar la decisión de la Corte.¹⁶⁴

Existen tres vías para someterse a la jurisdicción de la CIJ. La primera de ellas es mediante la aceptación de la competencia de la Corte de manera *ad hoc* para resolver un litigio presente. En segundo lugar, pueden adherirse a un tratado, ya sea bilateral o multilateral, por medio del cual se establezca competencia de la Corte, en el caso de surgir conflictos derivado de ese acuerdo entre los estados-parte. En tercer lugar puede aceptarse la competencia de la Corte mediante la llamada cláusula facultativa o de jurisdicción obligatoria.¹⁶⁵

La cláusula de jurisdicción obligatoria tiene como finalidad convertir en obligatoria la competencia de la Corte cuando existe consentimiento previo de los estados involucrados. Esta cláusula está prevista en el artículo 36, párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁶⁶ que establece lo siguiente:

¹⁶⁴ SEARA VÁZQUEZ, *Ob. Cit.* p. 329

¹⁶⁵ QUOC DINH, *Ob. Cit.* p. 846-847

¹⁶⁶ Firmado en San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de 1945, en SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. I, p. 54

"Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convención expresa, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en las controversias de orden jurídico"¹⁶⁷

Por conflictos de "orden jurídico", debe entenderse las controversias referentes a la interpretación de un tratado internacional; la existencia de todo hecho, que de presentarse constituiría la violación de una obligación internacional y la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse en virtud del quebrantamiento de esa obligación.

Como regla general, los estados aceptan plenamente la jurisdicción de la CIJ, sin embargo, el propio Estatuto establece la posibilidad de hacer excepciones a la declaración de aceptación plena, ya que dispone que ésta podrá hacerse de forma incondicional, bajo condición de reciprocidad por parte de un grupo de estados, o bien por tiempo determinado.

La excepción de reciprocidad respecto de la plena aceptación, es aplicable a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación. Burgenthal señala que "al formular esta declaración, el Estado acepta la competencia de la Corte sobre la base de reciprocidad, [sin embargo] esta excepción sólo opera

¹⁶⁷ *Idem*, p. 62

es sólo respecto de Estados que hayan hecho declaraciones análogas.¹⁶⁸

Por tanto, en virtud del principio de reciprocidad, el Estado demandado puede interponer las mismas excepciones invocadas por el Estado actor. Es decir, si una de las partes formuló una reserva a la aceptación de la jurisdicción de la CIJ, la otra parte puede hacer valer las mismas reservas, a pesar de haber aceptado previamente la competencia de la Corte sin limitación alguna. Al lado de la competencia obligatoria, el Estatuto establece también la competencia consultiva, es decir la facultad de la Corte para emitir su opinión consultiva sobre cualquier aspecto jurídico sobre el que exista alguna diferencia o que requiera interpretación. Esto puede hacerse a solicitud del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, o bien a petición de alguno otro de los órganos especializados de la ONU, cuando así lo autorice la Asamblea General. De esta forma, ni los estados en lo individual, ni los particulares pueden pedir a la CIJ emitir su opinión consultiva.¹⁶⁹

Las resoluciones de la CIJ emitidas en su carácter de órgano consultivo carecen de fuerza vinculatoria. Así, es facultad del órgano que solicite la intervención de la CIJ decidir sobre la forma de hacer cumplir dicha resolución. Generalmente el acuerdo se toma por votación de los miembros de dicho órgano, y de ésta manera, se decide si se acepta como obligatoria o se toma

¹⁶⁸ BUERGENTHAL. *Ob. Cit.* p. 70

¹⁶⁹ QUOC DINH, *Ob. Cit.* P. 857-858

simplemente como un elemento de consideración. Desde luego, dicha resolución tiene un valor jurídico de gran importancia, en función de la autoridad del órgano que la emite. De hecho, en la práctica estas resoluciones gozan del mismo valor que las resoluciones de la Corte emitidas en su carácter de instancia contenciosa.

Además de la CIJ existen otros órganos jurisdiccionales de significativa importancia. Se trata de tribunales constituidos al tenor de organismos políticos regionales o bien de cortes regionales permanentes de competencia altamente especializada.¹⁷⁰

En una primera lectura, tal pareciera, que ante la existencia de un conflicto entre estados, recurrir a la jurisdicción internacional de éstos órganos internacionales o regionales, garantizaría indefectiblemente su resolución. Sin embargo en la práctica la realidad es otra.

Como se vió, en virtud de lo establecido por el artículo 36 del Estatuto de

¹⁷⁰ Tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional que se instaló formalmente en 1979. Tiene su sede en San José de Costa Rica. Su existencia se deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1978. Esta Corte tiene la facultad de emitir opiniones de carácter consultivo que versen sobre la interpretación de la Convención, así como sobre tratados de derechos humanos de carácter regional. Estas opiniones son pronunciadas a petición de los órganos de la Organización de Estados Americanos y de sus estados miembros, pero a los particulares esta facultad no les es reconocida.

la CIJ, un Estado puede formular diversos tipos de reservas a la aceptación de la jurisdicción de la Corte. A pesar de que ésta disposición tuvo su origen en el principio de soberanía de los estados, por medio del cual se buscaba no interferir en las decisiones internas de los mismos, en la práctica esto frecuentemente ha servido como pretexto para manipular a su conveniencia las resoluciones emitidas por la Corte.

Un claro ejemplo de esta actitud, lo constituye la postura fijada por los Estados Unidos mediante la llamada "Enmienda Conally", mediante la cual se establece que quedan excluidas de la competencia de la Corte "las disputas relativas a asuntos que corresponden esencialmente a la competencia interna de los Estados Unidos de América".¹⁷¹ Esta enmienda conocida en la doctrina como la "cláusula autojuzgante", tiene como objetivo asegurar que sea el propio gobierno de los Estados Unidos el encargado de decidir sobre la posibilidad de considerar a una disputa como una controversia internacional, o bien atribuirle la calidad de controversia interna, aunque esté involucrado otro sujeto de Derecho Internacional. Desde luego, cualquier Estado demandado por los Estados Unidos puede hacer suya ésta cláusula y decidir unilateralmente, sobre el carácter de la controversia.

Para algunos tratadistas ésta enmienda resulta claramente violatoria del

¹⁷¹ SEARA VAZQUEZ, *Ob. Cit.* p. 331

Estatuto de la Corte, que en su artículo 36 párrafo 6 dispone que "en caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte [será la que] decidirá".¹⁷² Sobre ésta situación, sólo algunos jueces se han pronunciado, sin embargo, todos ellos han coincidido en la violatoriedad de la enmienda.¹⁷³

Otro problema relacionado con las resoluciones de la CIJ tiene que ver con la forma en que pueda garantizarse su cumplimiento. A este respecto de nada sirve lo establecido por artículo 60 del Estatuto, en el sentido de que estos fallos tienen al carácter de "definitivo(s) e inapelable(s)".¹⁷⁴ A pesar de que debería ser el propio Estatuto el que dispusiera la forma en que éstos podrían ser ejecutados, no existe disposición alguna a este respecto. La única previsión alusiva a esta situación es la contenida en el artículo 94 párrafo 1 de la Carta de la ONU que dispone que "cada miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte".¹⁷⁵

Más adelante, el artículo 94 párrafo 2 del mismo ordenamiento establece la facultad de las partes en un litigio de apelar cualquier incumplimiento ante el Consejo de Seguridad de la ONU, "el cual podrá, si lo cree necesario hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la

¹⁷² *Ibidem*, Vol. I p. 63

¹⁷³ *Ibidem*

¹⁷⁴ *Ídem*, p. 67

¹⁷⁵ *Ídem*, p. 42

ejecución del fallo"⁴⁶

Para Buergenthal, esta facultad otorgada al Consejo de Seguridad sigue resultando vaga, ya que el Consejo "puede o no tomar dichas medidas". Más aún, en el caso en que decidiera tomarlas, podría hacerlo por medio de una recomendación o de una decisión y "solamente ésta última [sería] obligatoria"⁴⁷.

5. Medidas unilaterales adoptadas como respuesta a las legislaciones extraterritoriales.

Hasta el momento, se han expuesto las formas de solución de controversias por medios pacíficos, que implican en primer lugar, la voluntad de las partes involucradas para encontrar solución a la controversia existente y en segundo lugar, un procedimiento con reglas previamente acordadas. Sin embargo, en el caso de las legislaciones extraterritoriales, en la mayoría de los casos los estados que las emiten, no prestan su consentimiento para someterse a las resoluciones emanadas de estos procedimientos. Es por ello que los estados que consideran violada su soberanía por disposiciones extraterritoriales, hayan optado por emplear métodos que consideran más efectivos para contener los daños causados a sus intereses.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ BUERGENTHAL p. 73

5.1 Doctrina Stimson

Una vía a través de la cual los estados han buscado evadir los efectos perjudiciales de estas legislaciones extraterritoriales, ha sido mediante la proclamación de la llamada "Doctrina Stimson".

Esta doctrina también conocida como "del no reconocimiento de efectos jurídicos a los actos de fuerza", fue enunciada el 7 de enero de 1932, por el secretario de Estado de los Estados Unidos, Henry Stimson, con motivo de la intervención de las tropas japonesas en Manchuria.¹⁷⁸

En una de las partes más importantes de la doctrina Stimson se menciona lo siguiente:

"El gobierno americano considera que es su deber notificar tanto al gobierno de la República China como al gobierno imperial japonés, que no admite la legalidad de cualquier situación '*de facto*', ni tiene la intención de reconocer tratados o acuerdos concluidos entre estos gobiernos o sus agentes, que puedan perjudicar a los derechos adquiridos mediante tratados por los Estados Unidos o sus ciudadanos en China (...) y que no tiene la intención de reconocer una situación, tratado, o acuerdo a los que se pueda llegar por medios contrarios a las estipulaciones y obligaciones del Pacto de París

¹⁷⁸ SEARA VAZQUEZ, *Ob. Cit.* p. 376

del 27 de agosto de 1928...¹⁷⁹

Por medio de esta doctrina, según Seara Vázquez, los Estados Unidos pretenden dejar de manifiesto su rechazo a cualquier acto que desde su origen sea ilegal, por lo que aunque los gobiernos de las naciones que pretenden dar validez a una situación ilegal, empleen instrumentos del Derecho Internacional, para justificar su proceder, estos instrumentos deben ser desconocidos por la Comunidad Internacional.¹⁸⁰

La Doctrina Stimson fue posteriormente recogida y ampliada en diversas convenciones internacionales. Incluso el gobierno de México, siguiendo ésta doctrina, se negó a reconocer la desaparición del Estado Etiope, ante la invasión de fuerzas italianas, argumentando que este acto implicaba la violación del Pacto Argentino de no Agresión y Conciliación, firmado en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933 y del que México formaba parte.

5.2 Empleo de medidas económicas coactivas.

El artículo 2 párrafo 4 de la Carta de la ONU establece:

¹⁷⁹ *Ibidem*

¹⁸⁰ *Ibidem*

"Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas" ¹⁸¹

Este artículo fue retomado en calidad de principio de Derecho Internacional en la Declaración de 1970. De su análisis se desprenden las siguientes afirmaciones:

1. Las guerras o cualquier tipo de agresión injustificada contra un Estado constituyen atentados contra la paz mundial.
2. Los estados deben abstenerse del uso o amenaza de la fuerza en lo referente a fronteras internacionales y en general, respecto de la solución de conflictos internacionales.
3. Los estados están obligados a abstenerse de llevar a cabo actos de represalia que involucren el uso de la fuerza.
4. Los estados no deben usar la fuerza para privar a los pueblos de su derecho de autodeterminación e independencia.
5. Los estados deben abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos que impliquen enfrentamientos civiles o actividades de terrorismo para otros estados. Ni deben tampoco fomentar la formación de ejércitos armados para incursionar en el territorio de otros estados.

¹⁸¹ SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. I, p. 17

Respecto del principio contenido en el artículo 2 párrafo 4 de la Carta de la ONU, cabe preguntarse si el término "fuerza" se refiere exclusivamente a fuerza armada o si se trata de igual forma de la presión o violencia económica. El criterio aquí sostenido es que el término "fuerza" no es aplicable únicamente a los actos de agresión física, sino a cualquier acto que implique vulneración a la soberanía de un Estado.

En este caso estaría en tela de juicio la legalidad de los embargos y boicots económicos a la luz del Derecho Internacional, tema al que se hará referencia más adelante.

La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados señala que "ningún Estado debe emplear o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra clase para obtener de otro Estado su subordinación o la del ejercicio de sus derechos soberanos"¹⁸²

En repetidas resoluciones, la Corte Internacional de Justicia ha resuelto que la coacción a través del empleo de medidas económicas se puede interpretar como una forma de violencia contra los estados.

La doctrina considera en general, que en algunas situaciones el empleo de

¹⁸² SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. II, p. 1108

medidas económicas o políticas como reacción a las acciones consideradas como injustas o violatorias del Derecho Internacional, es aceptada por el orden jurídico internacional.

A continuación se hará referencia a dos de las medidas frecuentemente empleadas por los estados cuando consideran dañados sus intereses o violados sus derechos como sujetos de Derecho Internacional.

La retorsión y la represalia.

La adopción por parte de los estados de contramedidas diversas al empleo de la fuerza armada, cuyo objetivo es ejercer presión contra un Estado que ha cometido una acción que lo perjudica, no ha pasado inadvertida para el Derecho Internacional.

En primer término, es necesario aclarar el alcance del término "contramedidas" y las diferencias que guarda con el de "sanción". Así, por contramedidas, se entiende las acciones tomadas como reacción a los actos provenientes de un Estado. Mientras que, el vocablo sanción, está reservado a las acciones tomadas por un organismo internacional en contra de un Estado que ha cometido actos contrarios al orden internacional.

Las contramedidas han sido divididas por los publicistas en dos clases: retorsión y represalias. Ambas son medidas a las que acude un Estado con el fin de presionar a otro y obligarlo a reparar los daños causados por su actuación, o bien a desistirse de continuar con las acciones que originaron tales daños.

5.2.1 La retorsión

La retorsión "es una medida de presión, no contraria al derecho internacional, tomada por un Estado para responder al acto de otro Estado que el primero considera perjudicial para sus intereses o su prestigio".¹⁸³

Para Shaw la retorsión no es sino "la adopción por parte de un Estado de una disposición ofensiva o perjudicial, pero legal, dirigida a otro Estado como una forma de repudio ante las acciones violatorias cometidas por ese Estado"¹⁸⁴

Rivier por su parte ha sostenido que "un Estado respecto del cual, otro Estado ha tomado una medida, que resulta ilícita, descortés y perjudicial, puede a su vez, tomar respecto de ese Estado, medidas con las mismas características de

¹⁸³ SEARA VÁZQUEZ, *Ob. Cit.* p. 377

¹⁸⁴ SHAW, *Ob. Cit.* p. 785

la repudiada, a fin de contener el daño".¹⁸⁵ Así, Quoc Dinh identifica dos características particulares en la retorsión: la primera que trata de actos que no implican el uso de la fuerza armada y la segunda que estos actos son ilícitos a la luz del Derecho Internacional. Estas dos características, son de forma general las que distinguen a la retorsión de las represalias.¹⁸⁶

A decir de este autor, si bien es cierto que un Estado es libre para entablar una relación con otros sujetos del Derecho Internacional, y por tanto, para conducir libremente sus relaciones internacionales, también lo es, el que ésta libertad no es absoluta. Este derecho está limitado por un lado, por el deber de respetar las normas imperativas de Derecho Internacional y por el otro, por la prohibición de actuar bajo la figura de "abuso del derecho". Estas dos limitaciones sirven también como parámetro para establecer la licitud y legitimidad de una contramedida de retorsión. Desde luego, el factor de proporcionalidad juega un papel de vital importancia en el empleo lícito de las contramedidas.¹⁸⁷

Sin embargo, a pesar del consenso que existe tanto en la práctica como en la jurisprudencia internacional, en el sentido de que la retorsión no debe ser desmesurada ni en relación al objeto perseguido ni respecto de la medida atacada, subsiste una laguna en los criterios que deben emplearse para definir un

¹⁸⁵ QUOC DINH, *Ob. Cit.* p. 895

¹⁸⁶ *Idem* p. 895 y 896

¹⁸⁷ *Ibidem*

parámetro en el empleo de ésta contramedida.

Así, la retorsión puede ir, desde el endurecimiento de las relaciones diplomáticas y la expulsión o control por medios migratorios de los nacionales de ese país que se encuentren dentro del territorio del Estado que aplica las medidas, hasta la adopción de acciones de presión de índole económica.¹⁸⁸

En este sentido Quoc Dinh señala que:

"Las medidas de retorsión pueden revestir formas extremadamente diversas. Estas pueden ir desde la expulsión de periodistas o diplomáticos nacionales del Estado contra el que se dirige la contramedida, hasta, las hoy tan frecuentes, acciones de carácter comercial o económico.

Ejemplos de estas acciones son numerosos:

-1) suspensión o reducción del financiamiento público por parte de los Estados Unidos a los Estados que durante los años sesenta sobrepasaron sus zonas de pesca exclusiva más allá de los límites de su mar territorial o contra los Estados que nacionalizaron las inversiones de nacionales estadounidenses sin que mediara a su juicio una adecuada indemnización.

-2) embargo comercial; este puede ser total como en el caso del congelamiento de las relaciones comerciales de los Estados Unidos con Irán seguido del asunto de los rehenes en el año de 1980; o puede ser parcial, como en el caso del embargo de cereal por parte del gobierno de Estados Unidos en contra de la U.R.S.S. como respuesta a la invasión

¹⁸⁸ Un ejemplo típico es la elevación de tarifas aduanales respecto de un producto, cuando el Estado del cual provienen dichos productos, ha impuesto algún tipo de medida arancelaria a un producto exportado por el país que hace uso de su Derecho de retorsión.

soviética a Afganistán.

-3) expulsión de diplomáticos o de ciudadanos provenientes del país con el que se tiene la controversia. Como en el caso de la expulsión de los estudiantes iraníes durante el caso de los rehenes americanos retenidos en Teherán.

-4) negativa de participar en ciertas actividades en señal de protesta; como el caso del 'boicót' contra los juegos olímpicos de Moscú por los Estados Unidos en 1979 y el de los soviéticos contra los realizados en los Angeles en 1984.¹⁸⁹

Sin embargo, para que una medida de retorsión pueda ser considerada como legal y legítima, ésta debe estar plenamente justificada y reconocida por la Comunidad Internacional. Para ello, es necesario que en los actos condenados concurren las siguientes características: 1) que afecten directamente al Estado que aplica la contramedida, 2) que sean actos plenamente injustos o sin fundamento en el Derecho Internacional; y 3) que exista una relación de proporcionalidad entre el acto ilícito y la retorsión.

5.2.2 Las represalias.

Las represalias a diferencia de la retorsión "son actos ilícitos realizado por un Estado para responder al acto ilícito que, en perjuicio suyo, realizó otro Estado".¹⁹⁰

La diferencia principal con la retorsión radica en que las represalias son consideradas como ilegales, además de que generalmente se trata de actos que

¹⁸⁹ *Ob. Cit.* p. 896-897

¹⁹⁰ SEARA VÁZQUEZ, *Ob. Cit.* p. 377

involucran el uso de la fuerza armada.

En alguna etapa de la evolución del Derecho Internacional se consideró lícito recurrir a las represalias, siempre y cuando éstas fueran proporcionales al acto condenado y, siempre que el Estado que las pusiera en práctica hubiese agotado antes, todos los medios adecuados para obtener satisfacción a su demanda de reparación.¹⁹¹

A partir de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco, este recurso ha sido considerado ilegal, debido a que como anteriormente se expuso, el artículo 2 párrafo 4 de la misma proscribía el uso de la fuerza o amenaza de ella, aún en los casos en que se pretendía responder a un acto ilícito, con la excepción establecida en el artículo 51 del mismo ordenamiento, relativa a los casos de legítima defensa.

Para muchos autores, la única excepción que puede y debe hacerse respecto de la ilegalidad de las represalias, es cuando se recurre a ellas como parte del ejercicio del derecho de autodefensa. En este trabajo se considera que al reconocerse el derecho del Estado afectado para responder a la agresión, doctrinalmente se estaría en presencia de la retorsión y no de la represalia.

¹⁹¹ *Ibidem*

Sin embargo, la doctrina presenta posturas divididas respecto de la posibilidad de que existen represalias no armadas. Los autores que las reconocen, basan su afirmación en algunas resoluciones emanadas de tribunales arbitrales, como en el caso del laudo emitido respecto de la interpretación del Acuerdo entre Francia y los Estados Unidos relativo al transporte aéreo internacional, en donde se llama represalias a las acciones de contramedida que no implican el uso de la fuerza armada.¹⁹²

En el mismo sentido, la Corte Permanente de Arbitraje Internacional ha señalado que las represalias son legítimas cuando tengan por objeto responder a un acto ilícito internacional, y siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) que sean dirigidas contra el estado autor del acto ilícito; b) que no estén fuera de proporción del acto ilícito al que se esté respondiendo; c) que se actúe en caso de necesidad, es decir sólo ante la imposibilidad de obtener satisfacción por otros medios; y d) que la conminación a la solución de la controversia hubiese sido infructuosa.

A pesar de que si bien en este supuesto, la ilicitud de las represalias no es evidente, el aceptar la existencia de las represalias no armadas, y más aun de la posibilidad de que éstas sean legítimas, acarrearía enormes problemas para diferenciarlas de la retorsión.

¹⁹²SHAW, *Ob. Cit.* p. 786

En todo caso, convendría quizá, adoptar una postura ecléctica que podría resolver la polémica que considerara que la diferencia entre ambas medidas es de orden subjetivo y atiende al ánimo de la contramedida. Es decir, cuando la contramedida buscarse únicamente contener los efectos perjudiciales de la acción, se estaría en presencia de la retorsión, pero si ésta pretendiese ir más allá y "sancionar" la conducta del Estado con el que se tiene la controversia, incluso en asuntos futuros o en aquellos que no guardasen relación alguna con el acto de agresión, efectivamente se estaría en presencia de represalias no armadas.

En la práctica, el empleo de contramedidas ha sido muy recurrido cuando se está en presencia de legislaciones extraterritoriales. Numerosos son los casos en que se ha echado mano de estas medidas para contener los efectos nocivos de este tipo de legislaciones. Sin embargo, en realidad pocas veces se logra progresar en la resolución de la controversia de fondo, debido a que la actuación de los estados involucrados se enfrasca en una "guerra fría", misma que supone la adopción de medidas cada vez más perjudiciales para los estados, sin lograr llegar a la solución del verdadero litigio.

5.3 El bloqueo pacífico.

La llamada "institución del bloqueo pacífico" se desarrolló principalmente durante el siglo XIX. En un principio fue muy recurrida como instrumento de presión dirigido a los países débiles, con objeto de persuadirlos para que asumieran la actitud deseada por el país bloqueante.

Por medio del bloqueo pacífico se impide al país bloqueado mantener relaciones comerciales o de cualquier otra índole, cuando éstas impliquen la entrada o salida de mercancías y personas a y de su territorio.

El bloqueo pacífico se caracteriza por ser un medio de fuerza distinto de la guerra, destinado a forzar la voluntad del país cuyas costas han sido bloqueadas.¹⁹³

Este recurso cayó en desuso durante el presente siglo. Más tarde, fue retomado por el gobierno de los Estados Unidos en 1962 al imponer el bloqueo naval sobre la isla de Cuba. El objetivo de este bloqueo era obligar a la Unión Soviética a retirar las bases de misiles nucleares que empezaban a ser construídas en la isla.¹⁹⁴

El bloqueo o "cuarentena"¹⁹⁵ impuesto sobre Cuba fue fuertemente

¹⁹³ SEARA VAZQUEZ, *Ob. Cit.* p 378

¹⁹⁴ *Vid Infra* Cap. 4

¹⁹⁵ A pesar de que en ocasiones se emplea el término de cuarentena como sinónimo esto no es correcto, ya la "cuarentena" es una institución que tiene como fin evitar la propagación de epidemias de virus o bacterias. Es reconocida por el Derecho Internacional.

cuestionado en cuanto a su validez por parte de la Comunidad Internacional. Una de las principales críticas que se vertieron, fue que por medio del bloqueo no sólo se controlaba el tránsito de barcos del país bloqueado, sino que éste control se hacía extensivo a las embarcaciones de terceros países. Este hecho constituía pues, una clara medida extraterritorial en perjuicio de los terceros Estados.

En realidad, el bloqueo pacífico es una medida de retorsión, ya que constituye una acción dirigida a un Estado que ha realizado una conducta violatoria del Derecho Internacional. El objetivo de ésta medida, o quizá mejor, contramedida, es repeler la agresión sufrida y contener sus efectos, buscando además presionar para lograr el cese de dicha conducta.

En cuanto a su efectividad, en el caso de las disposiciones extraterritoriales, objeto de este estudio, son pertinentes los mismos comentarios hechos respecto de las contramedidas, referentes al peligro que supone su puesta en marcha, ya que fomentan la creación de un clima cada vez más hostil entre las partes del conflicto, lo cual hace sumamente difícil lograr la resolución de la controversia de fondo.

5.4. El derecho de autodefensa

El proclamado derecho de autodefensa implica el derecho de un Estado a

reaccionar de manera casi instantánea, sin que haya lugar a un lapso de análisis para deliberar y valorar los medios destinados a emplearse ante una agresión. Sin embargo, este derecho, es aceptado únicamente si la reacción del Estado agredido es de magnitud proporcional al acto de agresión y siempre y cuando exista conexión causal entre ambos actos.¹⁹⁶

Las principales críticas a este supuesto derecho, surgen a la luz del análisis del artículo 51 de la Carta de San Francisco que establece lo siguiente:

“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de Naciones Unidas, hasta tanto (sic) que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.¹⁹⁷

6. Legislaciones antidoto

La existencia de legislaciones extraterritoriales violatorias del Derecho Internacional, no es, en la práctica, tan fácilmente condenable desde un punto

¹⁹⁶ SHAW, *Ob. Cit.* p. 794

¹⁹⁷ SZEKELY, *Ob. Cit.* vol. 1 p. 30

-de vista jurídico formal, o aún atendiendo a los mecanismos políticos o no jurisdiccionales de solución de controversias.

Ante esta situación un instrumento muy recurrido últimamente, y al parecer efectivo, son las llamadas legislaciones "bloqueo o antídoto". Desde finales de los años setenta, los estados afectados por disposiciones extraterritoriales han reaccionado a la "doctrina de los efectos" elaborando este tipo de legislaciones. En 1980, Gran Bretaña emitió la Ley de Protección de Intereses Comerciales (*Protection of Trading Interest Act 1980*), en la que se establece entre otras cosas la prohibición de proporcionar información requerida por autoridades extranjeras que apliquen leyes extraterritoriales.⁶⁸

Otro ejemplo ilustrativo de los medios formales de defensa contra conflictos de extraterritorialidad, aunque de naturaleza bilateral es el Acuerdo sobre la aplicación de la competencia de las leyes firmado entre la Comisión Europea y Estados Unidos el 23 de septiembre de 1991. En él se preveía que ambas partes se mantendrían informadas y trabajarían de forma coordinada con el objeto de respetar los ámbitos de aplicación de sus respectivas legislaciones. Sin embargo este acuerdo fue denunciado por parte de Europa, debido a que la Corte Europea de Justicia sostuvo que la Comisión había actuado en *ultra vires* (exceso de facultades), en la firma de este acuerdo.

⁶⁸ *Vid infra* cap. 4.7

En el siguiente capítulo se analizarán otros ejemplos de legislaciones "bloqueo" empleadas para contener los efectos violatorios de las legislaciones extraterritoriales unilaterales.

Pese a lo cuestionable que puedan parecer las leyes antidoto o bloqueo en cuanto a su eficacia real frente a las disposiciones extraterritoriales, éstas han resultado ser instrumentos muy valiosos de defensa de la soberanía de los estados. En ellas se establece la prohibición de acatar cualquier tipo de regulación que viole la legislación nacional. Por ello, los nacionales de un Estado afectado por la extraterritorialidad de estas leyes, tienen la obligación de acatar sus propias leyes y cuentan a la vez con argumentos jurídicos formales para defenderse ante tribunales extranjeros, en caso de ser demandados al tenor de estas leyes.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO DE CASO. LEY HELMS-BURTON

1. Antecedentes.

La pretensión de Estados Unidos de expandir su poder e influencia más allá de los límites de su propio territorio no es nueva. Desde principios del siglo XIX, la idea de controlar lo que ocurría más allá de sus fronteras, comenzó a tener forma, mediante el abanderamiento de la política del llamado "Destino Manifiesto", que buscaba justificar su proceder en el apoyo a la libertad e independencia de los estados.

El corolario de esta política fue la proclamación de la "Doctrina Monroe" en 1823, con la cual se buscaba persuadir a Europa - y en especial a España - de intervenir en los "asuntos americanos". El entonces presidente Monroe advirtió a las potencias europeas que Estados Unidos "consideraría toda extensión del poder europeo a cualquier parte de este hemisferio como algo peligroso para nuestra paz y nuestra seguridad."¹

¹ Mensaje del Presidente Monroe al Congreso, 2 de diciembre de 1823, en Rhul J. Barlett (Comp). *The Record of American Diplomacy* (Nueva York: Alfred Knopf, 1956) p. 182. Cit. Por KISSINGER, Henry. *La Diplomacia*. México, FCE, 1995. p.30

dividido en dos bloques ideológicos. Así, la llamada Guerra Fría ocupó durante más de 40 años las agendas de política exterior de las potencias mundiales.

Cuba paso a formar parte de la periferia del bloque soviético. Existía entre la isla y la Unión Soviética una relación de dependencia económica, misma que se vio fortalecida como consecuencia del embargo norteamericano impuesto contra la nación caribeña. Cuba adquirió, por tanto, gran importancia como una prioridad en la agenda de política exterior de los Estados Unidos. El que la isla recibiera apoyo de la Unión Soviética y el que a raíz del triunfo de la Revolución Cubana se hubiese instaurado un autoproclamado gobierno socialista, significó un peligro para el poder hegemónico que Estados Unidos ejercía sobre el continente americano.

Desde el triunfo de la Revolución Cubana en 1959, el gobierno de los Estados Unidos emprendió una serie de acciones encaminadas a lograr la caída del gobierno de Fidel Castro. El principal instrumento de que se ha valido el gobierno norteamericano, respaldado en gran medida por la comunidad cubana radicada en Miami, ha sido el bloqueo económico y comercial impuesto a la isla.

Al triunfo de la Revolución, el régimen castrista tomó una serie de medidas

que afectaban los intereses económicos norteamericanos, tales como la intervención y expropiación de algunas filiales de empresas estadounidenses establecidas en territorio cubano. Como respuesta a esta situación, Estados Unidos decidió disminuir, y en algunos casos suspender, el suministro y compra de productos estratégicos. De esta forma, en octubre de 1960 el Departamento de Comercio de Estados Unidos, aplicó lo dispuesto en la Ley de Control de Exportaciones (*Export Control Act*), decretando con ello, el embargo comercial a Cuba. Para febrero de 1962 el embargo se extendió incluso a los productos cubanos procedentes de terceros países

De manera paralela a las decisiones comerciales tomadas respecto de Cuba, el gobierno norteamericano llevo a cabo acciones militares en contra del gobierno cubano. Tal es el caso de la célebre invasión de Bahía de Cochinos por tropas estadounidenses en abril de 1961, las cuales fueron repelidas por el ejército castrista. A partir de este fracaso, el gobierno del presidente Kennedy intentó desestabilizar al régimen castrista, recrudeciendo las presiones económicas y políticas.

Durante el otoño de 1962, Estados Unidos se percató de la construcción de plantas soviéticas para lanzamiento de misiles en territorio cubano. Ante tal descubrimiento, el gobierno americano, contando con el apoyo de la OEA, declaró una cuarentena en el movimiento de material bélico hacia Cuba,

empleando para ello fuerzas de aire, mar y tierra.²⁰⁰ Siguieron días de extrema tensión en la relación entre los gobiernos de Estados Unidos y la Unión Soviética, hasta que finalmente con la intervención del Secretario General de Naciones Unidas, y sin tomar en cuenta la opinión de Cuba, se logró un acuerdo por el que Estados Unidos se comprometía a retirar los bombarderos de la zona, a cambio del desmantelamiento y embarque del material bélico soviético que se encontraba en Cuba.

Este conflicto constituyó uno de los episodios de mayor tensión en la historia de la Guerra Fría. Desde entonces Estados Unidos ha continuado con una política de castigo al gobierno castrista. El embargo comercial sobre la isla decretado desde 1962 se ha mantenido, siendo incluso reforzado en numerosas ocasiones. Así, en mayo de 1964, el Departamento de Comercio emitió una disposición por la cual revoca la expedición de licencias para embarque de alimentos y medicinas a Cuba.

2. Legislaciones precedentes

Durante el periodo de 1987-1991 y pese al fin de la ayuda que Cuba recibía de la Unión Soviética, el gobierno americano realizó una serie de enmiendas a su legislación comercial, cuyo objetivo era forzar la caída del régimen

²⁰⁰*Vid supra* cap. III 3.3

castrista, entre las que destacan las siguientes:

Enmienda Pepper, realizada a la Ley de Comercio, por la cual se facultaba al representante comercial de Estados Unidos a solicitar a las agencias ejecutivas del gobierno, instrumentar un conjunto de acciones de recrudescimiento del embargo a Cuba. En principio, proponía restringir el acceso a los puertos norteamericanos de los buques que hubieran pisado un puerto cubano y realizado allí negocios.

Enmienda Mack, en ella se prohibía a las subsidiarias de compañías estadounidenses establecidas en terceros países, llevar a cabo cualquier tipo de operación comercial con Cuba.

Enmienda Smith, hecha al proyecto de Ley de Ayuda Externa para 1991. Esta enmienda planteaba la prohibición a las subsidiarias estadounidenses de realizar cualquier tipo de transacción con Cuba. Proponía también la incautación, decomiso, y venta de los barcos que, habiendo tocado puerto cubano, ingresaran dentro de los 60 días de promulgada la ley o 180 después de la partida de territorio cubano a puerto estadounidense con objeto de realizar actividades comerciales.

2.1 Ley Torricelli

El más claro antecedente de la *Ley Helms Burton* lo constituye la *Ley Torricelli*, que consagra un conjunto de disposiciones de carácter extraterritorial, cuyo objetivo es restringir la libertad de comercio de los nacionales estadounidenses y de los de otros estados con Cuba, para de esta forma, inducir la caída del régimen de Fidel Castro al frente del gobierno de la isla.

En 1992 el congresista demócrata de New Jersey, Robert Torricelli presentó la iniciativa de la *Cuban Democracy Act of 1992*, por la que se compilaban las medidas económicas contenidas en diversas legislaciones relativas al embargo cubano y se establecían nuevas sanciones para las empresas que sostuvieran relaciones comerciales con la isla. Esta ley conocida como *Ley Torricelli*, fue aprobada por las dos terceras partes en la Cámara de Representantes y en el Senado en septiembre del mismo año y fue firmada por el entonces presidente de los Estados Unidos, George Bush. En ella se buscaba recrudecer el bloqueo contra Cuba, prohibiendo a las subsidiarias de compañías con casa matrices en Estados Unidos, establecidas en terceros países, realizar operaciones comerciales con la isla, bajo la pena de anular los beneficios fiscales conferidos por el gobierno estadounidense.

El impacto de esta Ley fue significativo, ya que antes de su expedición, cerca del 75 por ciento de la mercancía que ingresaba a territorio cubano lo hacía por conducto de las subsidiarias estadounidenses.

Entre las justificaciones dadas por el Congreso norteamericano al emitirla, destacan las consideraciones sobre los casos de violación de derechos humanos cometidos por el régimen castrista; el bajo nivel de vida de la población, producto del indebido manejo de la economía por la asignación de recursos a operativos militares intervencionistas; y la negativa del gobierno a transitar hacia un sistema de elecciones democráticas, entre otras más.

Los propósitos que perseguían los legisladores al aprobar dicha ley, fueron expresados en el texto de la misma y destacan entre otros:

- 1) Fomentar la transición pacífica hacia la democracia y el crecimiento económico de Cuba, mediante la aplicación de sanciones al gobierno.
- 2) Impedir la asistencia de cualquier tipo proveniente de alguno de los estados independientes de la ex-Unión Soviética.
- 3) Solicitar la interrupción inmediata de asistencia militar o técnica, subsidios, o de cualquier otra forma de ayuda al gobierno de Cuba proveniente de otros país.

4) Hacer del conocimiento de otros estados que el gobierno americano tomaría en cuenta su desempeño respecto de la política de aislamiento de Cuba, en la determinación de la intensidad de sus relaciones bilaterales.

Entre algunas de las restricciones que se prevén en esta Ley, destacan las referentes a las embarcaciones de comercio. A este respecto, se establece que a partir del día número 61 después de promulgada la misma, se haría efectiva la prohibición a cualquier embarcación que hubiera tocado algún puerto cubano con fines comerciales o de servicio de realizar acciones de carga o descarga en puerto estadounidense, dentro de los 180 días de haber abandonado territorio cubano.

De igual forma, se prohíbe a los barcos que tengan como origen o destino Cuba o que transporten bienes en los que el gobierno o algún nacional cubano tenga interés, ingresar a cualquier puerto de Estados Unidos, a menos que cuente con licencia de la Secretaría del Tesoro, para el caso de asistencia alimenticia o de donaciones provenientes de organizaciones no gubernamentales.

Otros de los rubros libres de estas prohibiciones son los relativos a medicinas y provisiones, instrumentos o equipos médicos, así como los servicios de telecomunicaciones, cuyas señales provengan de Estados

Unidos y el servicio de correos desde y hacia Cuba.

En otra sección, la *Ley Torricelli* describe la política que el gobierno de los Estados Unidos instrumentaría ante la presencia de un gobierno de transición en Cuba, la cual se caracterizaría por el compromiso expreso que se hiciera ante la Cámara de Representantes y ante el Senado de Estados Unidos respecto de los siguientes aspectos: 1) celebrar elecciones libres y justas en un plazo máximo de 6 meses, 2) respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente y las libertades básicas de la democracia 3) no suministrar armas o fondos a ningún grupo, que tenga como objetivo el derrocamiento del gobierno de cualquier otro país. Ante esta situación, el propio gobierno americano suministraría de forma regular alimentos y medicamentos para la población cubana.

En otro apartado se prevé que de instaurarse en Cuba un gobierno democrático, el cual cumpliera, además de los requisitos señalados anteriormente, con la condición de implementar una política de libre mercado, el gobierno de los Estados Unidos pondría en marcha diversas acciones en beneficio de la isla, tales como: promover la admisión o readmisión de Cuba en los organismos e instituciones financieras internacionales; proveer de ayuda de emergencia hasta que la instauración y consolidación de un sistema económico viable; y tomar medidas encaminadas a dar por concluido el

embargo.

Por su contenido, esta Ley es el más claro antecedente de la *Ley Helms-Burton* y al igual que ésta, deja de manifiesto la actitud violatoria del Derecho Internacional por parte del gobierno de los Estados Unidos, al trasgredir de forma expresa la Carta de Naciones Unidas y las declaraciones de este organismo sobre la inadmisibilidad de la intervención en asuntos internos de los estados; los deberes y derechos económicos de los países miembros; los principios de amistad y cooperación entre las naciones, y de manera particular los postulados del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), hoy Organización Mundial de Comercio.²⁰¹

3. Contexto en el que se expide.

No obstante el evidente fracaso de la *Ley Torricelli*, por lo menos en lo que respecta a los objetivos relativos al fin del régimen castrista y a la instauración de un gobierno democrático, la política de los Estados Unidos hacia Cuba no experimentó variaciones. Por el contrario, se recrudeció. De esta forma, el gobierno norteamericano decidió llevar a la práctica una medida unilateral que se convirtió en un acto extremadamente violatorio del Derecho Internacional: la promulgación de la "Ley de Solidaridad Democrática

²⁰¹ *Vid infra* 6.2

y Libertad Cubana de 1996”.

De tal suerte, en octubre de 1995 el senador Jesse Helms y el representante Dan Burton diseñaron una legislación cuyo cometido era reforzar y endurecer el bloqueo económico contra Cuba. Esta ley, mejor conocida por los nombres de sus autores como *Ley Helms-Burton* es, en gran parte, el resultado de la presión ejercida por los sectores más reaccionarios de la migración cubana y de la extrema derecha norteamericana, que veían en esta iniciativa un instrumento eficaz para forzar el desplome del sistema y el derrocamiento de Fidel Castro.

El antecedente inmediato en la relación entre Cuba y Estados Unidos previo a la promulgación de esta Ley, es el derribo de dos avionetas de la agrupación cubano-norteamericana "*Hermanos al rescate*", ocurrido el 24 de febrero de ese mismo año, por parte de naves de combate cubanas, que según la versión del gobierno cubano sobrevolaban el territorio de la isla sin permiso.

Tomando este hecho como pretexto, el 6 de marzo de 1996 el Congreso de Estados Unidos aprobó esta controvertida legislación, bajo el argumento de que era necesario sancionar al gobierno cubano por las acciones cometidas en contra del Derecho Internacional y obligarlo a restituir

los daños causados a los nacionales estadounidenses desde la llegada al poder del régimen castrista. Su objetivo era por tanto, fortalecer y ampliar el embargo económico contra la isla. Sin embargo, la votación de los legisladores fue menos contundente que en el caso de la *Ley Torricelli*, ya que en la Cámara de Representantes obtuvo dos terceras partes de la votación y en el Senado sólo el sesenta por ciento de los sufragios. Esto, a pesar de la intensa promoción de uno de sus más fervientes impulsores, el senador Helms, quien además ocupaba la presidencia del Comité de Asuntos Internacionales. Debido a este hecho, la discusión sobre su contenido, en especial sobre los títulos III y IV, se hizo mediante el formato de conferencia, el cual posibilita un intercambio más ágil entre los miembros de ambas cámaras.

Desde antes de su promulgación la *Ley Helms-Burton* fue rechazada y condenada por gran parte de los miembros de la Comunidad Internacional, ya que como se analizará más adelante sus disposiciones resultan ostensiblemente contrarias al régimen jurídico internacional y vulneran la soberanía de los estados.

4. Estructura y contenido

La *Ley Helms-Burton* comprende cinco secciones. La sección 1 se refiere al

título breve por el cual puede ser enunciada (Ley Libertad) y el índice de la misma. La sección 2 llamada "Hechos" consigna los antecedentes y demás datos fácticos que llevaron a su expedición. La sección 3 contiene una extensa lista de propósitos perseguidos mediante la misma. La sección 4 contiene las definiciones de los conceptos empleados con más frecuencia y que por lo general, remiten a otras legislaciones o disposiciones administrativas. Por último, la sección 5 prevé el llamado "principio de divisibilidad", por el cual se establece que, en caso de que alguna de sus disposiciones o enmiendas fuera declarada inválida, el resto de la Ley no se verá afectada por dicha invalidación.

La estructura de la parte sustancial se encuentra dividida en los siguientes cuatro títulos. Título I *Refuerzo de las sanciones internacionales contra el gobierno de Castro*; Título II *Ayuda a una Cuba libre e independiente*; Título III *Protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos de los Estados Unidos* y Título IV *Expulsión de algunos extranjeros*.

4.1 Secciones

En la sección 2, en la que se establecen los hechos tomados en cuenta por el Congreso, destaca de manera particular, la consideración sobre la

estrepitosa caída de la economía cubana, como resultado del fin de los subsidios provenientes de la ex Unión Soviética y en general de la reducción del comercio entre la isla y los países del ex-bloque soviético. De igual manera, sobresalen las consideraciones referentes al deterioro del bienestar del pueblo cubano, producto de la crisis económica y de la mala administración de los recursos por parte del gobierno.

En lo que atañe a los argumentos políticos, el Congreso destaca la negativa del régimen castrista a transitar, a un gobierno "democráticamente electo" en el que se ponga fin a la represión de los habitantes y a la violación de sus derechos humanos fundamentales. A este respecto, se hace referencia al histórico rechazo del Congreso hacia el gobierno revolucionario y su solidaridad con el pueblo, expresada incluso en la Ley para la Democracia Cubana de 1992 (*Ley Torricelli*) y las enmiendas realizadas a la Ley de Ayuda Exterior de 1951, por la cual se condiciona la ayuda que el gobierno norteamericano proporcione a los países del exbloque comunista, a la disminución de sus relaciones a Cuba.

En otro de los 28 incisos de esta sección, se invoca al Derecho Internacional, al señalar la falta de cumplimiento por parte del gobierno cubano de lo establecido en la Convención Interamericana sobre el Asilo

Político²⁰² y en el Convenio sobre Derecho Civiles²⁰³, en lo concerniente al derecho de cualquier individuo de abandonar su propio país. Más adelante se relata lo ocurrido en Haití y el mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para reestablecer el gobierno electo democráticamente sugiriendo que es necesario actuar de la misma forma en el caso de Cuba.

En la sección 3 se establecen los propósitos que persigue la ley y que son de forma general los siguientes:

- 1) ayudar al pueblo cubano a lograr su libertad y a sumarse a los democracias occidentales; 2) reforzar las sanciones internacionales contra el gobierno de Castro; 3) proteger la seguridad nacional de los Estados Unidos de los actos de terrorismo, robo de propiedades de ciudadanos estadounidenses y de las amenazas de migración masiva provenientes del gobierno castrista; 4) alentar la celebración de elecciones democráticas supervisadas por observadores internacionales; 5) crear un sustento para la ayuda que el gobierno americano proporcionaría a un gobierno de transición; y 6) proteger a los ciudadanos estadounidenses de confiscaciones y tráfico ilegal de propiedades.

²⁰² Firmada el 20 de Febrero de 1928. Entró en vigor el 21 de mayo de 1929 COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Jesús Rodríguez y Rodríguez Comp.) *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos* México, 1994, T. III p. 1135

²⁰³ Adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, entró en vigor el 28 de abril de 1935 en SZEKELY, *Ob. Cit.* Vol. II, p. 1088

De las definiciones contenidas en la sección 4, destacan de manera especial las siguientes:

1) "*Confiscado*: tal como se emplea en los títulos I y II, este término se refiere a :

(A) la nacionalización, expropiación u otro apoderamiento de propiedad o de control de propiedad efectuado por el gobierno cubano el 1 de enero de 1959 o después de esa fecha.

(i) sin que la propiedad haya sido devuelta o se haya proporcionado una indemnización adecuada y efectiva; o

(ii) sin que se haya zanjado el reclamo de derecho a la propiedad, de conformidad con un acuerdo internacional para la conciliación de las demandas u otro procedimiento conciliatorio mutuamente aceptado; y

(B) el repudio del gobierno cubano del pago, el incumplimiento del pago por parte del gobierno cubano, o la falta de pago por el gobierno cubano el 1° de enero de 1959 o después de esa fecha.

(ii) de una deuda de cualquier empresa que haya sido nacionalizada, expropiada o de alguna otra forma incautada por el gobierno cubano;

(iii) de una deuda garantizada por propiedad nacionalizada, expropiada o de alguna otra forma incautada por el gobierno cubano; o

(iv) de una deuda en la que el gobierno cubano incurrió como

indemnización o pago de un reclamo sobre una propiedad confiscada.

2) "*Bloqueo económico de Cuba*"; este término se refiere a :

(A) el bloqueo económico (con inclusión de todas las restricciones al comercio o las transacciones y los viajes a Cuba o desde Cuba, y todas las restricciones sobre las transacciones de propiedades en las cuales Cuba o los ciudadanos de Cuba tienen un interés) que fue impuesto contra Cuba de conformidad con la Ley de Ayuda Externa de 1961, Ley de Comercio con el Enemigo, Ley para la Democracia Cubana de 1992 o cualquier otra disposición jurídica.

(B) las restricciones impuestas por la Ley de Seguridad de los Alimentos de 1985.

3) "*propiedad*"

(A) Cualquier propiedad (con inclusión de patentes, derechos de propiedad intelectual o derechos de autor, marcas registradas y cualquier otra forma de propiedad intelectual) bien sea muebles, inmueble, o mixta y cualquier derecho sujeto a condición suspensiva, título de deuda, u otro interés en ella, con inclusión del interés del locatario.

(B) Para los fines del título III de esta Ley, el término "*propiedad*" no incluye

la propiedad inmueble usada con propósitos residenciales a menos que, en la fecha de promulgación de esta Ley:

(i) la reclamación de la propiedad haya sido hecha por un ciudadano de los Estados Unidos y que haya sido certificada bajo el título V de la Ley de Conciliación de Demandas Internacionales de 1949; o

(ii) la propiedad esté ocupada por un funcionario del gobierno cubano o del partido político que gobierna en Cuba.

4) "Trafica"

(A) Tal como se usa en el título III, y exceptuando lo que se dispone en la fracción (B), una persona "trafica" con propiedad confiscada si a sabiendas e intencionalmente:

(i) vende, transfiere, distribuye, dispensa, actúa como corredor, administra o de alguna

(ii) otra forma compra, arrienda, recibe, posee, obtiene el control de, administra, usa o de otro modo adquiere o tiene un interés en una propiedad confiscada.

(iii) se dedica a una actividad comercial usando o beneficiándose de alguna otra manera de una propiedad confiscada, o

(iv) causa, dirige, participa en o se aprovecha del tráfico o de alguna otra forma se dedica a traficar por medio de otra persona sin la autorización de un ciudadano en los Estados Unidos que tenga una reclamación de la

propiedad.

(B) El término "tráfico" no incluye:

(i) el envío de señales de telecomunicación internacional a Cuba;

(ii) la compra venta o la tenencia de valores que se negocien o se tengan en la bolsa, salvo si esa negociación se hace con, o es hecha por, una persona que el Secretario del Tesoro haya determinado que es ciudadano especialmente designado;

(iii) transacciones y usos de propiedad incidentes a un viaje lícito a Cuba, en la medida en que tales transacciones y usos de la propiedad sean necesarios para ese viaje; o

(iv) transacciones y usos de propiedad por una persona que es tanto un ciudadano como residente de Cuba y que no es funcionario del gobierno cubano o del partido político que gobierna en Cuba.

5) "Ciudadano de los Estados Unidos" se refiere a:

(A) cualquier ciudadano estadounidense; o

(B) cualquier entidad legal que esté constituida de conformidad con las leyes de los Estados Unidos, o de cualquier estado, el Distrito de Columbia, o cualquier comunidad, territorio o posesión de los Estados Unidos y que tenga su domicilio social principal en los Estados Unidos.

4.2 Títulos

Entrando al análisis de la parte dispositiva de la Ley, se estudiarán algunas de las disposiciones contenidas en los cuatro títulos que forman el cuerpo de la ley.

4.2.1 Título I

El Título I llamado "*Reforzamiento de las sanciones en contra del gobierno de Castro*" establece en la sección 101, como enunciación política, que el Congreso estima que la existencia del gobierno de Castro constituye una amenaza a la paz internacional, por lo que el Ejecutivo debe promover que la ONU declare un embargo internacional obligatorio en su contra. Considera perjudicial el intento por parte de cualquier Estado ex integrante de la ex Unión Soviética, de poner en actividad las instalaciones nucleares ubicadas en territorio de la isla.

En el artículo 102 se reafirma lo establecido en la *Ley Torricelli* en el sentido de sancionar a los países que, alentados por el Presidente de los Estados Unidos a restringir sus relaciones comerciales y crediticias con Cuba, continúen propocionándole ayuda. En este mismo artículo, se retoman las

sanciones previstas en la Ley sobre el Comercio con el Enemigo dirigidas a las personas que comercien con Cuba. Así, se faculta al Secretario del Tesoro para decretar una multa pecuniaria, que no será mayor de \$50,000 dólares o bien, el decomiso de los bienes objeto de la operación comercial o crediticia. También se prohíbe a cualquier persona de los Estados Unidos invertir en servicios de telecomunicaciones, y se reitera la vigencia del bloqueo económico a la isla, mismo que se declara codificado en esta Ley.

De igual manera, en el artículo 103 queda establecida la prohibición a cualquier persona u organismo estadounidense o con la calidad de residente permanente de financiar, incluso de forma indirecta, transacciones relacionadas con una propiedad confiscada objeto de una demanda conforme al derecho conferido por esta misma Ley, en tanto no se decrete el fin del embargo económico contra la isla.

Los artículos 104 y 105 consignan la obligación del Ejecutivo de pronunciarse en contra de la admisión de Cuba como miembro de los organismos financieros internacionales (como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.) y del fin de la suspensión de la membresía de Cuba en la Organización de Estados Americanos (vigente desde 1961), en tanto no se encuentre en el poder un gobierno democráticamente electo. De esta forma, se establece que en caso

de que un organismo financiero contraviniera esta disposición, el Ejecutivo retendrá del pago a la misma una cantidad igual al préstamo concedido al gobierno cubano. Más adelante, la Ley prevé que se alentará la creación de un Fondo de Emergencia de la propia OEA con el fin de desplegar observadores de derechos humanos y de apoyo y observación de elecciones democráticas en Cuba.

En lo referente a las restricciones comerciales, el artículo 110 titulado *Salvaguardia de importación contra algunos productos cubanos*, prohíbe las transacciones, aun fuera de los Estados Unidos, con productos que sean de origen cubano, que estén o hayan estado localizados, transportados desde o a través de Cuba; o estén hechos o deriven, en todo o en parte, de cualquier artículo que sea originario, producto o manufactura de Cuba. En este artículo resalta de forma particular, la afirmación relativa a que la adhesión al Tratado de Libre Comercio de América del Norte no altera las sanciones impuestas por los Estados Unidos contra Cuba, en virtud de lo previsto por el artículo 309.3 del propio TLCAN.²⁰⁴ En este mismo rubro, se requiere al Presidente a suspender la importación de azúcar proveniente de un país que a su vez importe dicho producto de Cuba.

²⁰⁴ “ En los casos en que una Parte adopte o mantenga una prohibición o restricción a la importación o exportación de bienes de o hacia un país que no sea Parte, ninguna disposición del presente Tratado se interpretará en el sentido de impedirle: a) limitar o prohibir la importación de los bienes del país que no sea Parte, desde territorio de otra Parte; o b) exigir como condición para la exportación de esos bienes de la Parte a territorio de otra Parte, que los mismos no sean reexportados al país que no sea Parte, directa o indirectamente, sin ser consumidos en territorio de la otra Parte”.

En otro punto de este título, se conmina al Ejecutivo a retener los montos de ayuda asignada a cualquier país que proporcione asistencia al gobierno cubano para la construcción de la central electronuclear en Jaragua, excepto si estas asignaciones tienen como objeto asistencia humanitaria, fomento de reforma política democrática, creación de organizaciones no gubernamentales o establecimiento de sistema económico de libre mercado, entre otros.

En este título se autoriza también la realización de actividades de los organismos de inteligencia de los Estados Unidos, encaminados a la ejecución de esta Ley. De igual forma, se hace expresa la condena enérgica de lo que se llama "el acto de terrorismo del régimen de Castro, al derribar las aeronaves de hermanos al Rescate" y se exhorta al Presidente a denunciar formalmente este hecho ante la Corte Internacional de Justicia.

Finalmente se consagra la obligación del Ejecutivo de presentar ante el Congreso diversos informes relacionados con el gobierno cubano y el desempeño de otros países respecto de lo establecido en esta legislación. Entre otros informes a cargo del Ejecutivo destacan los siguientes:

- 1) un informe semestral sobre los pagos hechos al gobierno cubano en

materia de telecomunicaciones por cualquier persona de los Estados Unidos, cualquiera que sea el título bajo el cual se hubieren realizado.

2) un informe en el que se describan las actividades de inteligencia de Rusia, llevadas a cabo en territorio cubano, y las condiciones en las que se realizan los pagos al gobierno cubano por el uso de las instalaciones de inteligencia.

3) un informe trimestral a partir de los 45 días de vigencia de la ley sobre los avances sobre la conversión de la frecuencia UHF en materia de radiodifusión.

4) un informe que deberá presentarse dentro de los 90 días de promulgada la Ley y a partir de entonces de forma mensual, en el que se detalle las relaciones de comercio y ayuda que otros estados mantengan con Cuba y que contendrá información sobre ayuda bilateral humanitaria, intercambio comercial, establecimiento de empresas mixtas, el monto de la inversión extranjera y la ubicación de las instalaciones empleadas, y si estas son o no objeto de reclamo por parte de algún ciudadano estadounidense, pormenores de la deuda de Cuba con cada país y los convenios respecto de su liquidación o intercambio, e información sobre los acuerdos de compra de armamento, entre otros.

4.2.2 Título II

El título II lleva por nombre *Ayuda a una Cuba libre e independiente* y

pretende, según la declaración explicativa de la Conferencia, enviar un mensaje al pueblo cubano de que los Estados Unidos están preparados para ayudar a Cuba a lograr una transición pacífica y democrática con respeto a su derecho de autodeterminación y sin interferencia del gobierno de cualquier otro país. Por tal motivo, se instruye al Presidente que proporcione ayuda humanitaria y asistencia para el desarrollo económico y para la preparación de fuerzas militares, tanto a un gobierno en transición como al democráticamente electo.

En los primeros artículos de este título se declara que la política de Estados Unidos, consistirá en: no proporcionar un trato favorable ni influir en la selección del gobierno; en negociar con un gobierno democráticamente electo la situación de la ocupación de la Bahía de Guantánamo por las tropas estadounidenses; en terminar el bloqueo económico cuando se determine el fin del gobierno dictatorial; y en considerar la extensión de mecanismos de libre comercio. De igual forma se requiere al Presidente para que promueva entre otros países, instituciones financieras internacionales y organizaciones multilaterales la asistencia a un gobierno de transición y a un gobierno democráticamente electo

Como se ha repetido, el principal objetivo de la ley es lograr la caída del régimen de Fidel Castro y la instauración de un gobierno democrático, por

lo cual, en este título se establece de manera categórica que el bloqueo económico dirigido a la isla, incluyendo las sanciones que contempla esta ley, quedaría sin efecto si se cumplieran las siguientes condiciones:

- que se instaure un gobierno de transición o democrático en el que no esté incluido Fidel ni Raúl Castro;
- que se lleve a cabo la extradición de los individuos considerados como prófugos por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos;
- que se indemnicen a las ciudadanos norteamericanos cuyos bienes hubieren sido confiscados por el régimen revolucionario;
- que se permita la participación de inversión privada en los medios de comunicación;
- que se reconozca la existencia de partidos políticos independientes;
- que se libere a los presos políticos y se permita la investigación de organizaciones de derechos humanos;²⁰⁵
- que no se interfieran las transmisiones de Radio Martí;
- que se permita la intervención de observadores internacionales en la instauración del nuevo gobierno;
- que se inicie la adopción de una economía de mercado;
- que se reconozcan los derechos humano del pueblo cubano.

Respecto de cada uno de estos puntos, el Congreso insta el Ejecutivo

²⁰⁵ A raíz de la visita del Papa Juan Pablo II a Cuba, el Presidente de la Asamblea Nacional, declaró que se estaba analizando la petición del Pontífice para liberar a los presos políticos.

a realizar un seguimiento y evaluación puntual, con el fin de presentar ante él un informe en el que se detalle el avance de Cuba en estos puntos.

4.2.3 Título III

El título III consagra el tan discutido derecho de los ciudadanos americanos de iniciar acción judicial en contra de quienes se benefician de los bienes decomisados. De esta forma, el artículo 301 establece una serie de hechos relacionados con el reconocimiento que hace el Congreso de los Estados Unidos al derecho de posesión, goce y propiedad de que gozan los individuos, a la obligación del gobierno de proteger sus ciudadanos de confiscaciones ilícitas y a la falta de recursos idóneos dentro del Derecho Internacional para denunciar la violación de estos derechos fundamentales. A este respecto, el Congreso justifica el carácter extraterritorial de esta legislación, argumentando que el Derecho Internacional reconoce el derecho y capacidad de un Estado para expedir disposiciones jurídicas que normen conductas fuera de su territorio, cuando éstas lo afecten de manera sustancial²⁰⁶.

De acuerdo con las declaraciones explicativas del Comité de la Conferencia, estas disposiciones no tienen como fin suplantar o socavar el

²⁰⁶ *Vid supra* cap. 3 Jurisdicción sobre el principio de protección y seguridad.

proceso de conciliación de reclamaciones en el exterior, sino proporcionar un remedio adicional a los ciudadanos de los Estados Unidos por medio del cual puedan entablar acciones para proteger sus reclamaciones sobre propiedades confiscadas en Cuba.

En este sentido, el artículo 302 dispone que cualquier persona que después de tres meses contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley, trafique con propiedades que hayan sido confiscadas por el gobierno cubano a partir del 1 de enero de 1959 a ciudadanos estadounidenses, será responsable de las reclamaciones hechas por éstos, y estarán, por tanto, obligados a pagar la cantidad certificada por la Comisión de Conciliación de Reclamaciones en el Exterior (CCyRE) bajo la Ley de Conciliación de Reclamaciones Internacionales de 1949; la determinada por un funcionario judicial; o bien el monto considerado como el valor justo de mercado. Y en cualquier caso los intereses, costas judiciales y honorarios "razonables de los abogados". Si una vez notificada de la reclamación y de las sanciones a que es acreedora, una persona continúa traficando con la propiedad confiscada dentro de los 30 días siguientes, su responsabilidad aumentará hasta el triple del monto por concepto de daños y perjuicios.

En cuanto a la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en este título, el inciso a) (4) del artículo 302 establece que para hacer valer el

derecho a entablar acción, es necesario poseer la "reclamación de la propiedad" previo a la promulgación de esta Ley. De esta forma, una acción intentada por concepto de pago de daños y perjuicios quedará sin efecto si el demandante adquirió este derecho por medio de una cesión después de haber sido expedida esta Ley. Las personas morales constituidas después de su promulgación tampoco gozarán del derecho de entablar el juicio.

El mismo artículo 302 establece un apartado llamado *Tratamiento de ciertas acciones*, en el que dispone que los ciudadanos de los Estados Unidos no podrán usar este recurso si: 1) previamente les fue negada la certificación por la CCyRE o, 2) reunían los requisitos necesarios para presentar su reclamación ante esta Comisión y no lo hicieron. La enmienda sustitutiva de la conferencia añadió a este inciso la posibilidad de que los ciudadanos estadounidenses que cuenten con la certificación, puedan iniciar la acción de reclamo después de dos años de la promulgación de esta Ley.

De igual forma, se establece que los tribunales no podrán rechazar o desestimar las acciones presentadas conforme a los derechos conferidos en este título bajo el argumento de que se trata de actos de gobierno.²⁰⁷

También se requiere al Procurador General para que publique en el *Federal*

²⁰⁷ *Voz Governmental Act*. Por acto de gobierno se entiende "un acto en ejercicio de un poder público o de un poder constitucional, legislativo, administrativo o judicial, conferidos al gobierno federal, estatal o local para el beneficio público. Cualquier acto del gobierno federal o estatal realizado dentro del ámbito del poder constitucional". *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co. 1990, St. Paul Min. 6th. Edition. p. 695

Register un resumen de las disposiciones de este título III dentro de los 60 días siguientes a la promulgación de la Ley. Como cantidad mínima por la que se puede demandar conforme a este título, se establece el monto de \$50,000 dólares, sin incluir los intereses, costas judiciales y honorarios de abogados. Se excluyen de la aplicación de las sentencias las condenas en contra de un organismo o instrumento del gobierno en transición o un gobierno democráticamente electo, así como las demandas respecto de bienes usados con fines diplomáticos por un tercer Estado.

En otro inciso de este mismo artículo, se establece la obligación de elegir entre este recurso y cualquier otro conferido por la legislación estadounidense, para reclamar el mismo concepto de violación. Así mismo, se establece que en caso de consolidación, el reclamante certificado tendrá prioridad sobre los demás. En cuanto a la oportunidad para entablar acciones, se señala que este derecho podrá ser suspendido por el Presidente una vez que haya determinado la existencia de un gobierno de transición y se dará por terminado cuando un gobierno democráticamente electo ascienda al poder en Cuba.

El artículo 303 de este mismo título dispone que los tribunales considerarán como medio idóneo para probar la propiedad de las reclamaciones, las certificaciones hechas por la CCyRE, de conformidad con

el título V de la Ley de Conciliación de Reclamaciones Internacionales de 1949. En el caso de que una reclamación no hubiera sido certificada, el tribunal podrá designar un funcionario judicial para que determine la cantidad y validez de la propiedad reclamada, pudiendo incluso solicitar a la CCyRE su opinión al respecto, sin que esta determinación sea considerada como una certificación. También se prohíbe a los tribunales aceptar la sentencia de algún tribunal u organismo extranjero o recomendaciones de organizaciones internacionales, a menos de que la determinación provenga de un árbitro internacional al que los Estados Unidos o el reclamante hubiera sometido la reclamación.

Por su parte, el artículo 305 establece que las reclamaciones no serán válidas después de dos años de que hubiere cesado el tráfico de la propiedad. El último artículo del título III (306) se refiere a la fecha de entrada en vigor de este título, prevista para el 1 de agosto de 1996, sin embargo establece la facultad del Presidente de: 1) suspender la entrada en vigor por periodos de hasta seis meses, siempre que informe a las comisiones parlamentarias correspondientes que esa suspensión es "necesaria para los intereses nacionales de los Estados Unidos y acelerará la transición a la democracia en Cuba", y 2) suspender la vigencia de este título durante periodos similares a los del supuesto anterior, siempre que cumpla igualmente con los requisitos de la primera hipótesis. Sin embargo, se

establece que estas suspensiones no afectarán de modo alguno las acciones entabladas previamente.

4.2.4 Título IV

El título IV lleva por nombre "*Expulsión de ciertos extranjeros*" y consta únicamente de un artículo, en el que se establece las circunstancias y condiciones bajo las que se expulsarán de los Estados Unidos a los extranjeros que hayan confiscado propiedades de ciudadanos estadounidenses o que trafiquen con ellas.

Se establece también que el Secretario de Estado denegará la visa y determinará a los extranjeros que deberán ser expulsados por el Procurador General, siempre que después de la fecha de promulgación de esta Ley, el extranjero.

1) haya efectuado, dirigido o supervisado la confiscación de una propiedad o se hubiere apropiado ilícitamente de una propiedad confiscada sobre la que un ciudadano de los Estados Unidos hubiere presentado una reclamación,

2) a sabiendas e intencionalmente trafique con bienes confiscados a un ciudadano de los Estados Unidos después de la promulgación de esta Ley, entendiéndose por traficar A) 1) la transferencia, distribución, dispensa, la

realización de actividades de corretaje o cualquier otra forma de disposición; II) la compra, recepción, obtención del control o cualquier otra forma de adquisición de propiedad confiscada; III) las mejoras o inversiones, el arrendamiento, administración, posesión, uso o cualquier interés en una propiedad confiscada; B) la celebración de un arreglo comercial usando o beneficiándose de una propiedad confiscada; C) la causación, dirección, participación o aprovechamiento del tráfico por otra persona sin autorización del ciudadano estadounidense que hubiere presentado la reclamación de la propiedad. Las excepciones a que se refiere este artículo deben ser congruentes con lo previsto en la sección 4 correspondiente a las definiciones.²⁰⁸

3) sea un funcionario, empleador o accionista de una empresa con interés mayoritario en una corporación involucrada con la confiscación o el tráfico de propiedad confiscada; o

4) sea cónyuge, hijo menor de edad o agente de una persona que se encuentre en alguna de las hipótesis anteriores.

De acuerdo con lo establecido en la sección 4, el término "confiscado" se refiere a: la nacionalización, expropiación u otra clase de apoderamiento de propiedad por el gobierno cubano, siempre que esta propiedad no hubiere sido devuelta ni se hubiera proporcionado indemnización adecuada y

²⁰⁸ *Vid Supra* 4.1.

efectiva' o que no se hubiera celebrado un acuerdo de conciliación de reclamaciones internacionales. Este rubro incluye a las deudas, ya sean principales o accesorias que el gobierno cuando se hubiere negado a cubrir y que se vinculen directamente con propiedad confiscada.

Quedan exentas las personas que aún encuadrándose en alguno de los supuesto previstos, se encuentren en los Estados Unidos por razones médicas o para los fines de un litigio entablado conforme a lo establecido en el título III.

Es oportuno señalar que la definición de tráfico para los fines de este título, es ligeramente más restringida que la aplicable al título III contenida en la sección 4(13) de esta misma Ley, en virtud de las siguientes consideraciones: 1) en el título IV no se contemplan los actos actuales de tráfico sino unicamente aquellos que se lleven a cabo a partir de la fecha de su promulgación, y; 2) el Congreso consideró pertinente alentar a los inversionistas en Cuba a deshacerse de las propiedades confiscadas, por lo que se excluyó de éste título la referencia a la venta y al abandono de las mismas.

5. Efectos jurídicos de la aplicación de los títulos III y IV.

A pesar de que los títulos I y II contienen una serie de disposiciones que atentan contra los principios del Derecho Internacional, éstas previsiones son en esencia de naturaleza política y van dirigidas específicamente en contra de un solo Estado, es por eso que los títulos III y IV son los que más indignación han provocado en la Comunidad Internacional. En ellos se establecen una serie de sanciones a los nacionales de terceros estados, que en ejercicio de las libertades consagradas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos y por el Derecho Internacional, realicen actos de comercio e inversión con Cuba. Por esta razón el análisis jurídico de esta Ley se enfocará exclusivamente a los títulos III y IV.

En primer lugar, es necesario poner de manifiesto el carácter extraterritorial de la ley, mismo que se acentúa en estos dos títulos. En este sentido, el primer blanco de las condenas dirigidas contra esta Ley, es la flagrante violación a la soberanía de los estados, al desconocer el principio de la soberanía territorial.²⁰⁹

5.1 Título III Protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos de los Estados Unidos

1. El artículo 302 del título III establece un nuevo recurso para los nacionales

²⁰⁹ *Vid Supra* Cap. 1, 4.1

estadounidenses, personas físicas o morales, cuyos bienes fueron confiscados por el régimen castrista y que en la actualidad estén siendo objeto de cualquier tipo de actividad comercial. Una primera cuestión digna de considerarse, es que se protege a todos los ciudadanos que al momento de la promulgación de la Ley poseían la nacionalidad estadounidense. En esta hipótesis, gozan del derecho de demandar a quienes trafiquen con propiedades confiscadas, incluso aquellos individuos y corporaciones que en el momento en que se produjo tal confiscación eran ciudadanos cubanos y que adquirieron con posterioridad la nacionalidad estadounidense.

En este sentido, tal pareciera ser que el argumento de Estados Unidos para conceder este derecho a sus nacionales es que se trata de un caso de protección diplomática. Sin embargo, existen tres requisitos sin los cuales no puede hacerse valer esta figura de protección jurídica.

En primer término, un Estado sólo puede ejercer esta protección respecto de personas que tengan su nacionalidad al momento en que tuvo lugar el acto reclamado; las únicas excepciones permitidas por el Derecho Internacional, se dan en los casos en que exista "un lazo de protectorado entre el Estado que va a ejercer la acción diplomática y el Estado al que pertenece la persona perjudicada; lo mismo ocurre en el caso de la tutela".²¹⁰

²¹⁰ SEARA VÁZQUEZ, *Ob. Cit.*, p. 353

Un segundo requisito se refiere a que la persona que sufrió al acto reclamado, acuda previamente ante los tribunales del Estado infractor, y agote todas las vías legales disponibles sin obtener satisfacción del daño. Por último es necesario que el demandante observe una conducta recta, respecto del acto que esta reclamando.

En el caso de los actos reclamados del gobierno cubano y respecto de los cuales el gobierno de los Estados Unidos pretende ejercer la protección diplomática, no se cumple el segundo de los requisitos referente al deber de agotar los recursos internos previstos por el propio Estado que cometió el acto reclamado. Por otro lado, cuando el juicio sea entablado por algún ciudadano estadounidense que hubiese adquirido esta nacionalidad con posterioridad a la confiscación de su propiedad, tampoco quedará satisfecho el primero de los requisitos necesarios para que un Estado ejerza la protección diplomática de sus nacionales. La Opinión del Comité Jurídico Interamericano, a este respecto resalta que uno de los puntos en los cuales esta legislación no guarda conformidad con el Derecho Internacional, es el aspecto en que "el Estado no tiene el derecho de arrogarse reclamaciones de personas que no eran sus nacionales en el momento de ocurrir el daño."²¹¹

²¹¹ Opinión del Comité Jurídico Interamericano en cumplimiento de la resolución AG/DOC.3375/96 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, titulada "*Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio*". Río de Janeiro, 23 de agosto de 1996

2. De acuerdo a la propia Opinión del Comité Jurídico Interamericano,²¹² la pretendida actuación de protección de sus nacionales y de sus bienes en territorio extranjero hecha por Estados Unidos, debería tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La expropiación, nacionalización o cualquier medida equiparable a estas hecha por un Estado debe tener como fin una causa de utilidad pública, debe realizarse en forma no discriminatoria entre nacionales y extranjeros, debe hacerse mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, otorgando al expropiado recursos administrativos y judiciales efectivos en relación con la medida y el monto de la compensación.

b) La responsabilidad de un Estado por actos de expropiación consiste en la obligación de restituir el bien expropiado o indemnizar el daño causado.

c) En caso de que el particular no hubiere obtenido una reparación efectiva, el Estado del cual es nacional puede arrogarse su reclamación en un proceso de reclamación oficial de Estado a Estado, siempre que el particular haya sido sin interrupción nacional del Estado que asume la reclamación y no haya tenido la nacionalidad del Estado expropiante.

d) Las reclamaciones contra un Estado por la expropiación de la propiedad de nacionales extranjeros no se pueden hacer efectivas contra la propiedad de personas de naturaleza privada, salvo cuando dicha propiedad sea, en sí, el bien expropiado, y se encuentre bajo la jurisdicción del Estado reclamante. En este sentido los frutos que se obtengan de la misma, no constituyen de acuerdo con el derecho internacional, bienes expropiados.

e) La utilización por nacionales extranjeros de bienes expropiados ubicados dentro del estado expropiantes, no infringe el derecho internacional, siempre

²¹² *Idem*

que dicha utilización se haga de conformidad a la legislación de ese lugar.

f) Los nacionales de Estados extranjeros tiene derecho al debido proceso legal en todos los procedimientos judiciales y administrativos que pudieren afectar su propiedad²¹³.

3. El derecho conferido en este título III, no tiene precedente, en el sentido de que permite interponer un acción judicial contra nacionales de terceros países, quienes en ejercicio de sus derechos, realizan actos de comercio y de inversión en Cuba, cuando lo que en realidad se busca es sancionar al gobierno expropiante. Esta disposición convierte, lo que en origen se trataba de una reclamación de un Estado a otro Estado, en un recurso interno en contra de ciudadanos de otros estados. Resulta inadmisibles pretender fincar responsabilidad a una persona de naturaleza privada nacional de un tercer Estado, en virtud de actos del Estado extranjero que cometió la confiscación. En este sentido, es evidente que los tribunales nacionales de un Estado reclamante no son el foro competente para resolver las controversias entre dos estados.

4. De los criterios resaltados por la Opinión del CJI es posible concluir que el Estado reclamante no tiene derecho a atribuir responsabilidad a nacionales de terceros estados por la utilización de bienes expropiados ubicados en territorio del Estado expropiante, si esa utilización se hace de acuerdo a las

²¹³ *Ibid*

leyes de este último, ni por la utilización de productos o bienes intangibles que no constituyeren el mismo bien expropiado. El Estado reclamante tampoco tiene derecho a atribuir responsabilidad a terceros no involucrados en una nacionalización, "creando en su detrimento motivos de responsabilidad no vinculados a la nacionalización, o no reconocidos por el Derecho Internacional"²¹⁴

5. Otros aspecto en el que la *Ley Helms-Burton* viola los principios del Derecho, es que permite que reclamaciones que deberían dirigirse contra un Estado extranjero, se pretendan hacer efectivas contra particulares de terceros países, sin conferirles los medios adecuados para garantizar un debido proceso, es decir, sin otorgarles el derecho de defensa, bajo el argumento de que se tratan de resoluciones técnicas emitidas por un organismo especializado (CCRE), siendo, sin embargo, este organismo una comisión interna de carácter administrativo.

6. En cuanto al monto de la compensación e indemnización autorizada para ser reclamada, ésta resulta desproporcionada e inequitativa, ya que se prevé que dicho monto pueda fijarse hasta por el triple de la cuantificación de los daños causados por el acto de expropiación (art. 302 (3) c ii). De igual forma, al cuantificar el monto por el que el particular es responsable, se toma como

²¹⁴ *Ibid*

base el valor total del bien, sin tomar en cuenta, el valor del beneficio que el particular haya amortizado de su uso o del supuesto daño infringido al propietario originario. Por lo tanto, dicha cuantificación resulta ser arbitraria y desproporcionada.

7. En caso de que alguna de las acciones presentadas por los nacionales de Estados Unidos prosperara y algún tribunal interno decretara la ejecución efectiva de una reclamación contra los bienes de un particular extranjero, se estaría en presencia de una medida con efectos similares a una expropiación, por la que el Estado reclamante podría ser sujeto de responsabilidad internacional.

8. El artículo 302, señala como presuntos responsables a cualquier persona física o moral, que "trafique" con propiedad confiscada. Sin embargo, a este respecto es necesario puntualizar que conforme al propio derecho constitucional de los Estados Unidos, el requisito esencial para ejercer jurisdicción sobre una compañía de un tercer Estado, es que ésta mantenga contacto de negocios con este país de manera "sistemática y continua".²¹⁵

De tal suerte, una empresa extranjera no puede ser objeto de jurisdicción a

²¹⁵ United States Supreme Court en Helicópteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 208, 414 (1984) en Henkin Louis, et al.: *International Law*, Cases and Materials, St. Paul, Minn., 1987, p. 327

menos que esos contactos "sistemáticos y continuos" sean del tipo y la amplitud que, de acuerdo con este criterio, hagan razonable una demanda en contra de la misma por reclamos relativos a sus actividades en los Estados Unidos. Así, este precedente judicial establece que no puede ejercerse jurisdicción sobre una compañía de un tercer Estado, si esta compañía: a) participa ocasionalmente en proyectos de negocios dentro de los Estados Unidos, aun si estos proyectos son de magnitud considerable; b) exporta productos a los Estados Unidos o demanda la realización de ciertos negocios; c) compra bienes dentro de territorio estadounidense; d) obtiene financiamiento proveniente de alguna institución norteamericana, o; e) sus inventarios son comercializados en los mercados de los Estados Unidos. En todo caso, antes de entablar acción judicial contra una empresa extranjera, deberá hacerse un análisis detallado de sus vínculos de negocios, para determinar si es o no susceptible de ser demandada.

9. De acuerdo a lo previsto en la *Ley Helms-Burton*, no es suficiente el hecho de que exista propiedad confiscada por el gobierno cubano y que ésta sea objeto de tráfico por parte de un individuo privado, para entablar una demanda en contra de éste. Adicionalmente la propia ley establece que deben quedar satisfechos a cabalidad los siguientes requisitos:

- a) el demandante deber ser un ciudadano de los Estados Unidos o una persona moral constituida bajo las leyes de los Estados Unidos.

b) el demandante debió de haber adquirido el derecho a reclamar la propiedad confiscada previamente a la promulgación de esta Ley, el 12 de marzo de 1996.

c) en caso de que los reclamantes no hubieran sido nacionales estadounidenses al momento de la expropiación o si no obtuvieron la certificación sobre la procedencia y monto de su reclamo, será necesario esperar hasta el 12 de marzo de 1998 para iniciar las acciones judiciales.

d) los individuos que al momento de la confiscación de la propiedad poseían la nacionalidad española, canadiense, francesa, suiza, británica o irlandesa, no pueden entablar juicios para reclamar la compensación de los bienes que en esa época eran de su propiedad, debido a que Cuba concluyó satisfactoriamente acuerdos de solución de controversias por estos reclamos y el propio título III excluye del derecho que confiere a los individuos que se encuentren en esta hipótesis.

e) la propiedad confiscada utilizada con fines residenciales no es objeto de acciones judiciales, a menos que ésta sea ocupada por un alto mando del Partido Comunista Cubano o del propio gobierno de Cuba.

f) sólo las expropiaciones realizadas por el gobierno cubano que no hayan sido objeto de una indemnización son susceptibles de reclamo, ya que en algunos casos, el gobierno cubano otorgó una compensación.

10. Desde el punto de vista del propio derecho interno de los Estados Unidos existen algunos puntos cuestionables en torno a la constitucionalidad de la *Ley Helms-Burton* tales como los siguientes:

j) Al emitir esta Ley, el Congreso asume funciones judiciales que no le corresponden ya que decreta *a priori* que las confiscaciones realizadas por el gobierno cubano fueron ilegales, en lugar de crear un recurso para determinar si éstas se llevaron a cabo conforme a derecho.

k) En la propia Ley se establece la prohibición a los tribunales de aceptar como argumento la doctrina de Acto de Gobierno,²¹⁶ que es admitida en el derecho interno de los Estados Unidos como jurisprudencia establecida por sus propios tribunales. Esta doctrina admite la validez de los actos de Estados soberanos extranjeros respecto de sus nacionales y de los bienes ubicados dentro de su territorio.²¹⁷

5.2 Título IV Expulsión de ciertos extranjeros.

Este título contempla la expulsión del territorio de los Estados Unidos de las personas que "trafiquen" con propiedad confiscada o que sean directivos o accionistas de alguna compañía que trafique con ella. Sin embargo, tal pareciera que en realidad se busca evitar la aplicación de este

²¹⁶ *Vid Supra* 4.2.3

²¹⁷ Siqueiros, José Luis, "Proyecto de la opinión que debe presentar el Comité Jurídico Interamericano, sobre la validez conforme al derecho internacional de la legislación conocida como *Helms-Burton*" en *Ars Juris*: Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Núm. 16, México, 1996

título o hacerlo sin violar ningún compromiso internacional.²¹⁸ Por ello, cabe la reflexión sobre las siguientes consideraciones:

1. A la fecha, Estados Unidos ha celebrado tratados con 61 países, por medio de los cuales se autoriza a sus nacionales y a sus cónyuges e hijos, la entrada a territorio estadounidense con propósitos de negocios²¹⁹. A este respecto la propia Suprema Corte de los Estados Unidos ha decretado que "ninguna ley emitida por el Congreso será construída con el objeto de violar el derecho de las naciones, cuando exista otra vía para instrumentar la misma disposición."²²⁰

2. Aún desde el punto de vista práctico, existen ciertos limitantes para hacer efectivo lo previsto en este título. Tal es el caso de la obligación del Secretario de Estado de elaborar una lista con las personas excluibles del territorio estadounidenses. Para poder hacerlo, será necesario primero, identificar a los directivos y accionistas de las empresas que "trafiquen" con

²¹⁸ "It is the intent of the committee that this provision be enforced consistent with U.S. treaty obligations, including trade agreements" House of Representatives. Report No. 104-202, p.42

²¹⁹ Los países con los que Estados Unidos tiene tratados para permitir la entrada de su nacionales con propósitos de comercio e inversión son los siguientes: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Colombia, Costa Rica, España, Etiopía, Filipinas, Finlandia, Francia y sus territorios, Holanda y sus territorios, Honduras, Irán, Irlanda, Italia, Japón, Korea, Liberia, Luxemburgo, México, Noruega, Oman, Pakistán, Paraguay, Reino Unido, Surinam, Suiza, Suecia, Taiwan, Tailandia, Togo, Turquía, Yugoslavia. II. Los países con los que tiene tratados para permitir la entrada con propósito de comercio únicamente son: Bolivia, Brunei, Dinamarca, Estonia, Grecia, Israel y Latvia. III Los países con los que tiene tratados para permitir la entrada con propósito de inversión únicamente son: Blangadesh, Bulgaria, Camerún, Egipto, Grenada, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Marruecos, Panamá, Polonia, República Checa, República Eslova, Rumania, Senegal, Sri Lanka, Túnez y Zaire.

²²⁰ *Sale v. Haitian centers Council, Inc.*, 113 S. Ct. 2549, 2562 (1993) en Henkin *Ob. Cit.* Trad. por la autora.

propiedad confiscada, así como a sus cónyuges e hijos. Además de lo arduo que resultará esta tarea, será sumamente difícil allegarse la información necesaria para hacerlo, en virtud de que sin duda, las personas que puedan resultar afectadas se negarán a proporcionarla, más aun cuando los actos a que se refiere este título son los que se lleven a cabo a partir de la promulgación de la Ley.

3. La disposición contenida en este título mediante la que se instruye al Secretario de Estado para denegar la visa, y/o al Procurador General para expulsar a los extranjeros que sean funcionarios, empleadores, o accionistas de una empresa involucrada con el tráfico de propiedad confiscada, o bien sean cónyuges, hijos menores de edad, o agentes de alguno de ellos, resulta ser, de acuerdo con la Convención Americana de Derecho Humanos violatoria de los derechos humanos. El llamado Pacto de San José establece en el numeral 3 del artículo 5, referente al derecho a la integridad personal, que "la pena no puede trascender de la persona del delincuente". Lo previsto en el artículo 401 de la *Helms-Burton* contradice este precepto, ya que la sanción a la que se hacen acreedores quienes violen esta ley, trasciende a los familiares y colaboradores del mismo.

4. De igual forma, este capítulo es violatorio del principio de Derecho

Internacional relativo a la libertad de tránsito internacional, ya que las razones por las que se permite al Ejecutivo restringir el acceso o expulsar a los extranjeros señalados como "traficantes" de propiedad confiscada, van más allá de las limitantes que, conforme al Derecho Internacional, un Estado puede establecer a este respecto y que se refieren a cuestiones de salubridad pública y seguridad nacional. Este principio está contemplado en el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²²¹

"Art. 12 1.Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2....

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones cuando éstas se hallen previstas en la ley, sea necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto."

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, prevé de igual forma en su artículo 22 relativo al derecho de circulación y de residencia, este principio general del Derecho Internacional.

²²¹ SZEKELY, Alberto (comp.) *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989 T.I, 2da edición, p. 239.

6. Incongruencia con convenciones internacionales de naturaleza comercial.

Al ser la *Ley Helms-Burton* una legislación de naturaleza extraterritorial, le son aplicables todas las consideraciones hechas en los capítulos precedentes respecto de su violatoriedad de los tratados de los que, incluso el propio Estados Unidos es parte contratante, y en general de numerosos principios del Derecho Internacional. Sin embargo, su violatoriedad no se limita a estas convenciones de naturaleza pública, ya que trasgrede de igual forma otros compromisos hechos en el ámbito comercial tales como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994), lo estipulado en la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

6.1 Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

A pesar de que en el propio texto de la *Helms-Burton*²²², se establece que en virtud de lo dispuesto en el artículo 309.3 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte,²²³ se permite a los Estados Unidos asegurar que los productos o bienes hechos con materiales cubanos no sean importados a los

²²² Artículo 110(b) 2.

²²³ *Vid Supra* 4.2.1.

Estados Unidos desde México o Canadá y que los productos de los Estados Unidos no sean exportados a Cuba a través de esos países. Es cuestionable la validez de este precepto a la luz de las siguientes consideraciones:

Respecto de las obligaciones contraídas por los Estados Unidos con sus socios, en el marco del TLCAN algunas de las disposiciones que son violadas por la *Ley Helms-Burton* son las siguientes:

1. Artículo 102 en el que se establecen los objetivos del Tratado. De forma particular resultan trasgredidos los incisos a) y c) que se refieren respectivamente a la eliminación de los obstáculos al comercio y la facilitación de circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las Partes y al aumento sustancial de las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes. El segundo párrafo de dicho artículo prevé que las Partes deben interpretar este Tratado conforme a sus propios objetivos y de acuerdo a las normas aplicables del Derecho Internacional.

2. Artículo 309 del Capítulo III titulado *Trato nacional y acceso de bienes al mercado*. Este artículo localizado en la sección C de este capítulo relativo a las *Medidas no arancelarias*, establece las restricciones a la importación y a la exportación y dispone que ninguna de las Partes podrá adoptar prohibiciones o restricciones a la importación de cualquier bien de la otra

Parte, o a la exportación o venta para exportación de cualquier bien destinado a territorio de otra Parte, con excepción de lo previsto en el artículo XI del GATT, en el que quedan fuera los supuesto contenidos en la *Helms-Burton*.

3. Artículo 1103 referente a las disposiciones sobre inversión; previene que cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de la otra Parte el "trato de la nación más favorecida", en lo que se refiere al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones. Por *trato de nación más favorecida* se entiende un trato no menos favorable que el que se otorgue, en circunstancias similares, a cualquier otra Parte o a un país que no lo sea.

4. Artículo 1105 también ubicado en el capítulo de inversión, preconiza que cada una de las Partes brindará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte un trato acorde con el Derecho Internacional.

5. Artículo 1601 del capítulo 16 que lleva por nombre *Entrada de personas de negocios*. Este precepto establece que en unión con lo establecido en los objetivos, en este capítulo se reflejará la relación comercial preferente entre las Partes, así como la conveniencia de facilitar la entrada temporal

conforme al principio de reciprocidad, y establecer, para ello, criterios y procedimientos transparentes. Según este precepto, la obligación de las Partes a este respecto debe hacerse "de manera expedita para evitar demoras o perjuicios indebidos en el comercio de bienes y servicios, o en las actividades de inversión comprendidas en el TLC (1602)"²²⁴

6. Artículo 1603. Este artículo se refiere a la entrada temporal de personas de negocios y establece en la sección A que cada una de las partes autorizará la entrada temporal a personas de negocios que cumplan con las medidas migratorias existentes y acrediten su nacionalidad y las actividades de negocios de carácter internacional que pretendan realizar. En la sección B se prevé la misma disposición respecto de comerciantes e inversionistas.

7. De acuerdo a lo establecido en el artículo 2004 del propio TLC, cuando una de las Partes estime que una medida adoptada por otra Parte es incompatible con las obligaciones del Tratado o que puede causar anulación o menoscabo de sus objetivos, se podrá acudir a los recursos y procedimientos de solución de controversias previstos en el mismo (Capítulo XX sección B).

²²⁴ MALPICA, Luis "Reflexiones sobre la Ley Helms-Burton y las posibles defensas contra su aplicación en Derecho Interno e Internacional" en *La ley Helms Burton a la luz del derecho*. Mesa redonda, México, D.F., 17 de julio de 1996, Partido Revolucionario Institucional, p.42

A este respecto, Canadá y México, en una acción conjunta solicitaron al amparo del capítulo XX, la formulación de consultas sobre la validez de esta Ley en lo relativo a inversión y a la entrada temporal de personas en territorio de los Estados Unidos. Hasta la fecha, aun no se ha emitido alguna opinión por parte de la instancia competente.

6.2 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y Organización Mundial de Comercio

Como se había dicho, la *Helms-Burton* también resulta violatoria del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Según Siqueiros, en el GATT se establecen principios de vital importancia como el de cláusula de nación más favorecida, la no discriminación, el tratamiento nacional y la reciprocidad, contenidos en los artículos I, II, III, XII y XVII respectivamente. De igual forma en el artículo XXIII se establecen los mecanismos a los que se puede acudir para restablecer el equilibrio entre las Partes, en el caso de que una de las Partes aplique o pretenda aplicar medidas que nulifiquen o menoscaben los beneficios de las otras.

Por otro lado, en el Acuerdo de Marrakesh por el cual se establece la

Organización Mundial de Comercio y en el Marco de sus Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, sobre el Comercio de Servicios y sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionada con el Comercio, se recogen los principios mencionados en el párrafo anterior contenidos en el GATT, y se establece que en el caso de infringirse se aplicará el Anexo 2 o Anexo sobre el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias.

De hecho, al promulgarse la *Helms-Burton*, la Unión Europea presentó ante un órgano de solución de controversia comerciales de la OMC, una denuncia sobre la extraterritorialidad de esta ley en perjuicio de sus nacionales, arguyendo la violatoriedad de las normas multilaterales de comercio previstas en la Organización. Por su parte, Estados Unidos, argumentó que esta legislación no afecta de ninguna manera el comercio e invocó la aplicación de la cláusula de seguridad nacional prevista en el artículo XXI del Tratado Constitutivo de la OMC, que establece que "cualquier miembro puede tomar cualquier acción que estime necesaria para su seguridad nacional".

Como se ha mencionado anteriormente tal parece ser que Estados Unidos considera la política interior y exterior de Cuba como amenazas a su

seguridad nacional.²²⁵

7. Reacciones Internacionales.

En virtud de la evidente naturaleza extraterritorial y por tanto violatoria de la soberanía de otras naciones y en general del Derecho Internacional, la *Ley Helms-Burton* fue condenada energicamente por diversos organismos, organizaciones internacionales y naciones.

Entre los organismos internacionales que manifestaron su reprobación a esta ley, destaca de manera particular la resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, de noviembre de 1996, en la que se demanda la derogación de la misma. Esta resolución fue aprobada por 137 sufragios a favor, 25 abstenciones y 3 votos en contra.

De igual forma, la Comisión de Derechos Humanos de la propia Naciones Unidas, mediante una votación de 32 votos a favor, 14 en contra y 7 abstenciones, condenó a la *Helms-Burton* y en su resolución conminó a los estados a:

"abstenerse de adoptar o aplicar toda medida unilateral que no respete la ley internacional y la Carta de Naciones Unidas, en particular aquellas de naturaleza

²²⁵ STINSON, Yvonne. "Crisis en la OMC por la Helms-Burton" en el Financiero, marzo 6 de 1997.

coercitiva con efectos extraterritoriales, que crean obstáculos para las relaciones comerciales entre los estados*

En el continente americano numerosos foros se proclamaron en contra de esta Ley; destacan por su importancia los siguientes: la Organización de Estados Americanos, el Grupo de Río, el Parlamento Latinoamericano; el Grupo de los Presidentes Centroamericanos; la XI Cumbre de Jefes de Estados y Jefes de Gobierno; la V Cumbre Iberoamericana; los Jefes de Gobierno de CARICOM-Canadá, y la Asociación de Estados del Caribe entre otros.

En el caso de la Organización de Estados Americanos, la reprobación de la ley se hizo patente de forma contundente. En su XXVI Asamblea General²²⁶ 32 de los 34 países miembros votaron en su contra y decidieron instruir al Comité Jurídico Interamericano para examinar la validez de esta legislación a la luz del Derecho Internacional. El documento presentado por el Comité²²⁷ se centra su análisis en dos aspectos de esta ley: I. la protección de los derechos de nacionales y, II. los efectos extraterritoriales de la jurisdicción y concluye por unanimidad de sus miembros que *los fundamentos y la eventual aplicación de la legislación objeto de est Opinión, en las areas anteriormente descritas, no guardan conformidad con el Derecho*

²²⁶ Celebrada en Panamá el 4 de junio de 1996

²²⁷ Opinión del Comité Jurídico Interamericano *Ibidem*

*Internacional*²²⁸. Esta resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria de la Asamblea General de la OEA el 23 de agosto de 1996.²²⁸

Así mismo, los miembros del Grupo de Río y la Unión Europea firmaron la declaración de Cochabamba, en la que se condena enérgicamente a esta ley. Otras organizaciones como la Conferencia Permanente de Partidos Políticos en América Latina (COOPPAL) y la *Human Rights Watch* también expresaron su rechazo a la misma.

Por otra parte, entre los países que respondieron inmediatamente, interponiendo una protesta por la vía diplomática resaltan: la Unión Europea, Canadá, México, India, Japón, Rusia, Costa Rica, Chile, Uruguay, Guatemala, Honduras y Panamá.

En este sentido, uno de los países que destaca por haber manifestado su postura de forma contundente y decidida, tanto por la vía diplomática como en diversos foros internacionales, ha sido Canadá.

En el ámbito interno, Canadá realizó reformas a la Ley sobre Medidas Extranjeras Extraterritoriales (*Foreign Extraterritorial Measures Act*), conocida

²²⁸ Resolución sobre la Opinión del Comité Jurídico Interamericano en cumplimiento de la Resolución AG/DOC:3375/96 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, titulada "Libertad de Comercio e Inversión en el hemisferio".

como FEMA de febrero de 1984. Esta ley tiene como objetivo defender los intereses de los nacionales canadienses de las pretensiones de cualquier instancia extranjera de aplicar de forma arbitraria sus disposiciones.

Las reformas adoptadas a raíz de la entrada en vigor de la *Helms Burton*, prevén la posibilidad de denegar la ejecución en territorio canadiense de las resoluciones tomadas por los tribunales extranjero en base a legislaciones extraterritoriales. También se concede el derecho a las empresas canadienses de entablar juicio en las cortes nacionales contra sus demandantes, así como reclamar de ellos indemnización por los daños sufridos.

Otro país que posee una legislación "antídoto" es Reino Unido.²²⁹ Esta ley llamada "Ley de Protección de los Intereses Comerciales" (*Protection of Trading Interests Act*) data de 1980. Inicialmente fue concebida como un mecanismo para contrarrestar otras medidas extraterritoriales previas a la *Ley Helms Burton*. En ella se prohíbe a los ciudadanos ingleses y a las empresas con residencia en territorio inglés, proporcionar información requerida por instancias extranjeras en base a disposiciones extraterritoriales. También impide que los tribunales del Reino Unido ejecuten sentencias o, en general, cualquier tipo de resolución dictada por un jurisdicción extranjera que tenga

²²⁹ *Vid Supra* Cap. 3, 3.6

por objeto aplicar medidas extraterritoriales.

En esta misma ley se faculta a los perjudicados por el fallo de alguna corte extranjera basado en disposiciones extraterritoriales, para demandar la compensación del daño sufrido en su persona o en su patrimonio.

La Ley para la Protección de los Intereses Comerciales fue modificada en octubre de 1992. La reforma tuvo por objeto proteger a los nacionales del Reino Unido y a las empresas residentes en su territorio de las disposiciones contenidas en la *Ley Torricelli*". Al contener mecanismos de defensa contra leyes extraterritoriales, esta ley resulta también un medio eficaz de protección contra la Ley Helms Burton.

Por otra parte, el 28 de octubre de 1996, la Comisión de las Comunidades Europeas aprobó una iniciativa de Reglamento del Consejo de las Comunidades Europeas. Esta propuesta contiene elementos que permiten atribuirle el carácter de legislación antidoto contra la *Helms Burton*. En ella se establecen disposiciones similares a las previstas en las legislaciones de Canadá y Gran Bretaña.

En su exposición de motivos se destacan los beneficios de la respuesta legislativa comunitaria. Esta legislación constituye una clara señal

respecto de la política extraterritorial de Estados Unidos. Es también un mecanismo eficaz de coordinación de los esfuerzos de cada una de las naciones europeas.

8. Ley antídoto mexicana

El gobierno de México, por su parte, emitió pronunciamientos de condena a esta Ley, en los que se defendía su soberanía y la libertad para desarrollar libremente su comercio internacional. En diversos foros intergubernamentales e interparlamentarios se sostuvo la postura de defender el derecho de cada parlamento de formular sus propias legislaciones, cuya validez debe circunscribirse exclusivamente al ámbito de sus respectivos países.

En este sentido se planteó la necesidad de elaborar una legislación que prohibiera la aplicación de la *Ley Helms Burton* en nuestro país y que al mismo tiempo, sentara las bases para la actuación conjunta con otros gobiernos para impedir sus efectos. Así, la ley que lleva por nombre "Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional,"³² fue aprobada por el Congreso en septiembre de 1996.

³² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de octubre de 1996.

Su objetivo es establecer normas claras y precisas que sirvan, en primer lugar, como instrumento para preservar los principios e instituciones fundamentales de la política exterior de México, y por otro lado garantizar el libre desarrollo de las relaciones comerciales y de inversión con otros países.

Esta ley antidoto prohíbe a las personas que se encuentren en el territorio nacional, a las que realicen actos en él y a las que se sometan a leyes nacionales, realizar actos derivados de legislaciones extranjeras con efectos extraterritoriales que afecten el comercio o la inversión. Prohíbe también proporcionar información que al tenor de estas leyes, les sea requerida por un gobierno o instancia extranjera.

Por otro lado, se faculta a los tribunales nacionales para denegar el reconocimiento y ejecución de cualquier tipo de resolución judicial fundada, de manera directa o indirecta, en legislaciones extranjeras extraterritoriales.³³ De igual forma, confiere el derecho a los afectados por una resolución de esta naturaleza, de demandar ante tribunales nacionales la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en virtud de tal resolución.

³³ A este respecto García Moreno señala que es necesario tener presente los compromisos internacionales sobre cooperación interjudicial de los que México es parte, como son la Convención de Naciones Unidas de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.

Una de las principales críticas que se hicieron a esta Ley es que no prevé ningún tipo de medida contra las contenidas en la Helms-Burton relativas a la denegación de visas y expulsión de extranjeros del territorio de los Estados Unidos.

De cualquier forma, la decisión del Poder Legislativo mexicano de expedir una legislación de esta naturaleza constituye una respuesta clara, necesaria y eficaz para defender los intereses de los mexicanos y en general, la preservación de la soberanía del país.

La existencia de una ley como la *Helms-Burton* resulta inaceptable ya que pretende imponer valores universales, cuyo fin es imponer políticas intervencionistas que vulneran la soberanía de los estados y el Derecho Internacional. Como en la mayoría de actos de esta naturaleza, éstos se escudan en simples pretextos que permiten a las potencias actuar en países débiles para garantizar la preeminencia de sus intereses particulares.

Por ello es inadmisibles que un sólo Estado, independientemente del papel que desempeñe en los escenarios internacionales, trate de imponer por la fuerza sus valores, criterios e incluso intereses. El intervencionismo, aún encubierto en instrumentos formales, vulnera la soberanía de los estados y el Derecho Internacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desde su aparición, el Estado ha constituido la entidad suprema entre los sujetos de Derecho. Sus características y atributos lo colocan como la máxima autoridad en su dimensión interna, en donde goza de todo el poder de actuación, limitado solamente por su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, en casi todas las etapas de la historia, se le ha reconocido también como la célula fundamental del sistema internacional, respecto del cual debe conducirse con apego al orden jurídico internacional.

SEGUNDA.- Desde el pensamiento clásico hasta la actualidad, la soberanía ha constituido uno de los principales atributos del Estado. En ella se reconoce la base de su capacidad para decidir de forma exclusiva e independiente, las principales cuestiones que determinan su existencia y su naturaleza. Uno de las manifestaciones más importantes de esta capacidad de los estados, se expresa a través de la facultad de emitir sus propias legislaciones.

TERCERA.- El territorio, al lado de la población y del gobierno, es un elemento esencial del Estado, ya que sirve para delimitar el espacio en el que puede ejercer su poder en calidad de ente soberano y constituye a la vez, el factor que dio origen al Derecho Internacional. La soberanía territorial por tanto, implica la exclusividad y plenitud de la actuación y del ejercicio de las atribuciones de un

Estado y de sus órganos; y como regla general, el ámbito dentro del cual pueden aplicarse válidamente sus leyes.

CUARTA.- El Derecho Internacional garantiza la igualdad soberana de los estados, por lo que pretender pasar por alto las facultades soberanas de los mismos, resulta inadmisibile. Lo es también, la intención de cualquier estado de intervenir en los asuntos de la competencia exclusiva de los estados. La intervención, cualquiera que sea su fundamento o justificación, resulta reprobable. No es posible establecer criterios discrecionales que mermen la seguridad jurídica consagrada en el orden jurídico internacional.

QUINTA.- Como parte del ejercicio de su soberanía, un Estado puede consentir que dentro de su territorio se apliquen legislaciones extranjeras en casos muy concretos y determinados. Así, los organismos internacionales pueden también llevar a cabo sus funciones dentro de los estados, cuando existe un instrumento internacional en el que conste su consentimiento. Las disposiciones de otros estados pueden válidamente ser aplicadas en territorio de un Estado, cuando la propia legislación interna así lo prevea. La extraterritorialidad *per se* no es violatoria del Derecho Internacional, pero se requiere inexorablemente y bajo cualquier circunstancia la previa y expresa aprobación de los estados.

SEXTA.- La existencia de legislaciones extraterritoriales unilaterales y de imposición arbitraria, no emana de ninguna de las fuentes del Derecho Internacional. Resultan por el contrario, violatorias de los tratados internacionales, de la costumbre internacional. Son contrarias a los principios de Derecho Internacional, a las decisiones judiciales y a la doctrina. Ni siquiera es posible asociarlas con alguna de las cuestionadas "nuevas fuentes del Derecho Internacional", como son las resoluciones de organismos internacionales.

SEPTIMA.- Los actos encaminados a la aplicación de legislaciones extraterritoriales representan una forma de violencia política -y en la mayoría de los casos económica-, atentando así contra la coexistencia pacífica de las naciones. Resultan también contrarios al principio de solución pacífica de las controversias, ya que ante la existencia de una diferencia de intereses entre dos estados, se debe recurrir a procedimientos legítimos para dirimirla y no pretender imponer sus criterios de forma arbitraria.

OCTAVA.- Ante una controversia que resulte de la aplicación extraterritorial de una ley, debe recurrirse de forma simultánea a diferentes procedimientos para solucionarla. El empleo de un sólo medio, especialmente de los de naturaleza diplomática, resultaría ser ineficaz, ya que el Estado que emitió dicha ley, ignorará una resolución que carezca de obligatoriedad, o bien simplemente

evitará otorgar su consentimiento para someterse a ellos, lo que hará imposible su sustanciación.

NOVENA.- Es fundamental que los estados que consideran vulnerada su soberanía y violado el Derecho Internacional, en virtud de jurisdicciones extraterritoriales que pretendan ejercerse en su territorio, manifiesten expresamente su rechazo y desacuerdo con las mismas. De lo contrario, su silencio podría ser interpretado como una validación tácita de esa conducta, lo cual ocasionaría que se perdiera el derecho a reclamar situaciones similares en el futuro.

DECIMA.- El recurrir a medidas económicas coactivas como reacción a estas leyes, algunas veces resulta ser eficaz. A pesar de que éstas medidas deben tener como objeto únicamente contener los efectos perjudiciales de las mismas, y no sancionar al Estado que las emite, existe el peligro de que la controversia persista o se agrave, y no se logre solucionar la controversia de fondo. Sin embargo, debido a la complejidad de la naturaleza de estas leyes, es uno de los caminos más aconsejables para los estados afectados.

DECIMO PRIMERA.- Hasta la fecha, un medio que ha mostrado cierta eficacia política, y alguna práctica, para repeler el daño que las legislaciones extraterritoriales pueden infringir a un Estado y a sus nacionales, es la emisión

de legislaciones antidoto o bloqueo, por medio de las cuales se crea un instrumento jurídico de plena validez interna, que prohíbe el cumplimiento de las disposiciones extraterritoriales y se deniega el acatamiento de resoluciones judiciales fundadas en ellas. Estas leyes constituyen además la expresión jurídica de la preeminencia de la legislación -y de la soberanía- del Estado afectado.

DECIMO SEGUNDA.- La Ley Helms-Burton constituye el ejemplo más destacado de la política intervencionista, unilateral y arbitraria de Estados Unidos respecto de los demás estados de la Comunidad Internacional. Es inaceptable el que pretender restringir las relaciones comerciales y de inversión de otros países, en base a la existencia de un conflicto bilateral con otro Estado. Más aún cuando el interés perseguido con la emisión de la misma implica la intervención y la vulneración de la soberanía de un Estado.

DECIMO TERCERA.- Las disposiciones contenidas en esta ley, son en si mismas contrarias al Derecho Internacional, ya que pretenden reivindicar un derecho de sus ciudadanos, violando los principios de protección diplomática de nacionales. Además pretende fincar responsabilidad a una persona jurídica privada por actos originalmente cometidos por un Estado extranjero, respecto de los cuales no se interpuso el recurso previsto por el Derecho Internacional en tiempo y forma. Las disposiciones relativas al tratamiento que se dará a los

extranjeros que no acaten a la Ley Helms-Burton, son también contrarios a los instrumentos internacionales de derechos humanos y civiles y políticos,

DECIMO CUARTA.- Estados Unidos, al emitir esta ley viola sus compromisos internacionales suscritos en materia de comercio y de inversión, especialmente del TLCAN y de lo establecido en la OMC. En ellos se obliga a proporcionar trato de nacionales a sus socios comerciales y de inversión y a permitir la entrada y libre tránsito de sus nacionales. En esta ley, no se exceptúa su aplicación sobre los estados con los que se tenga suscrito estos convenios.

DECIMO QUINTA.- Aún en el contexto de la nueva conformación internacional, es preciso preservar la vigencia de los postulados del Derecho Internacional, especialmente de la soberanía de los estados. La integración de las economías y aún de algunas decisiones políticas, no implica que se puedan imponer sin el consentimiento del Estado, decisiones e intereses que atenten contra su existencia, como sujeto de Derecho. La convivencia entre las naciones a la luz de esta nueva realidad, debe más que nunca fundarse en el orden jurídico, como la única vía para mantener un sistema internacional justo, equilibrado y armónico.

DECIMO SEXTA.- Ningún Estado puede vivir por si y para sí. La interdependencia de los estados es una realidad insoslayable. Esta debe basarse en la solidaridad y la cooperación. Solidaridad sin supremacías; cooperación sin servidumbres. De ello dependerá que esa interdependencia sea justa y armónica o injusta y enemistosa. Y sin embargo, la mejor forma de garantizar esta convivencia es el orden internacional, que al fin de cuentas no debe depender de las manifestaciones de la voluntad de los estados, sino de las instituciones jurídicas de la vida internacional.

BIBLIOGRAFIA

ALPONTE, Juan María (pról.). *La Política exterior de México en el nuevo orden económico mundial*. Antología de principios y textos. México, 1993, 428p.

ARCE, Alberto G. *Derecho Internacional Privado*, México, Universidad de Guadalajara, 1973, 313p.

BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín. *Filosofía del derecho Internacional. Ius Filosofía y Positofía de la Sociedad Mundial*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989, 396 p.

BASTID, s. et al. *La personnalité morale et ses limites. Etudes de droit comparé et de droit international public*, Paris, L.G.D.H., 1960, 216p.

BLACK, Henry C., *Black's Law Dictionary*, 6a. ed. St. Paul Minn. West Publishing, 1990. 1621 p.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*. 4th edition, Oxford, Clarendon Press, 1990, 747 p.

BUERGENTHAL, Thomas et al. *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1994, 168 p.

BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 10a. ed. México, Edit. Porrúa, 1996, 1083 p.

COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos*, Jesús Rodríguez y Rodríguez (comp.), México, 1994, T I-III

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El TLC: Controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, McGraw-Hill, 1997, 178 p.

DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*, México, UNAM, 1986, 414 p.

DE LA PERGOLA, Antonio, *Constitución el Estado y normas internacionales*. Tr. Jose Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez Zapata. México, UNAM, 1985, 454 p.

DELBES, Louis, *Les principes généraux du Droit International Public, Droit de la Paix, droit Préventif de la guerre, Droit de la Guerre*, 3ème edition, Paris, L.G.D.J., 1964, 66 p.

DIAZ; Luis Miguel y Ben Lenhart, *Diccionario de Términos Jurídicos. Español-Inglés.*, México, Edit. Themis, 1996, 399 p.

DIAZ MÜLLER, Luis, *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humano.*, 2a ed., México, FCE, 1991, 386 p.

FALK, Richard A., *The future of international legal order*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1972, 128 p.

FARRELL, R. Barry, *América Latina y Canadá frente a la política exterior de los Estados Unidos*, México, FCE, 1975, 362 p.

FENWICK, Charles G., *Foreign policy and international law*, New York, Ocean Publications Inc., 1968, 142 p.

FUNDACION COLOSIO, *Estrategias económicas para el nuevo milenio: Globalización con justicia social*, Memoria Seminario Internacional, México, FC, A.C., 1997, 465p.

GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del proceso*. 8a. ed., México, Edit. Harla, 1990, 429 p.

GOMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989, 180 p.

GOMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. *Temas Selectos de Derecho Internacional.*, 2a. ed. México, UNAM, 1994, 469 p.

HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la Teoría Estatal y de Derecho Internacional*. Trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1965, 313 p.

HENKIN, Louis and others, *International Law. Cases and Materials*, 2nd ed. West Publishing Co., 1987, 1516 p. American Casebook Series.

HOLBRAAD, Carsten, *Las potencias medias en la política internacional*, México, FCE, 1989, 244 p.

HIGGINS Rosalyn, *Problems and Process. International Law and how we use it*. Oxford, Clarendon Press, 1994, 272 p.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico mexicano*, México, UNAM, 8a. edición, UNAM/ Edit. Porrúa, 1995

-----*Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, Coord. Jorge Witker, México, UNAM, 1994, 272 p.

JUENGER, Friedrich, *General Course on Private International Law*, 1983, Dordrecht The Netherlands Martinus

KELSEN, Hans, *Teoría General del derecho y del estado*. Tr. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, 461p.

-----, *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Tr. Ariel Peralta García Morelos, México, Universidad de Morelos, 1962, 35 p. (Col. Ensayos, Cuaderno 2).

KISSINGER, Henry, *La Diplomacia*, México, FCE, 1995, 919 p.

LOWENTHAL, Abraham F. y Gregory F. Treverton. (comps.) *América Latina en un nuevo mundo*. México, FCE, 1996, 314 p.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Introducción al Derecho Internacional Público*. 7a. ed., Madrid., Gráficas Yagues., 1979, 702 p.

MIRANDA, Olga, *Cuba/USA: Nacionalizaciones y bloqueos.*, La Habana Cuba., Edit. de las Ciencias Sociales, 1996, 119 p.

OPPENHEIM, I., *Tratado de Derecho Internacional Público*, 7a. Ed. inglesa a cargo de H. Lauterpach. Tr. Por Antonio Marín López., Barcelona Bosch, Casa Editorial, 1967

OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*. México, Edit. Harla, 1991, 348 p.

PELLICER, Olga. comp., *La seguridad internacional en América Latina y el Caribe. El debate contemporáneo*, México. Instituto Matías Romero/ Universidad de Naciones Unidas, 1995., 247 p.

PEREZ-NIETO CASTRO, Leonel, *La tradition territorialiste en droit internationale privé dans les pays d'Amérique Latine*. Pays-Bas; Martin Nijhoff Publishers, 1985, Académie de Droit International établié avec le course de la dotation Carnegie pour la Paix Internationale.

QUOC DINH, Nguyen, *Droit International Public*. Patrick Dailler et Alain Pellet. 5e. Edition. Paris, L.G.D.J. 1994, 1317p.

RABASA, Oscar, *El Derecho angloamericano*. México, Edit. Porrúa, 1982, 668 p.

SALDAÑA PEREZ, Juan Manuel, *Análisis jurídico de la contratación de deuda pública externa mexicana*, México, 1995, 251 p. Tesis doctoral Facultad de Derecho UNAM, México

SEARA VAZQUEZ, Modesto (comp.), *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*. México. FCE, 1995, 420 p.

----- *Derecho Internacional Público*, 9a edición, México, Edit. Porrúa, 1990, 741 p.

SECOFI, *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Texto oficial, México, Edit. Porrúa, 1993, 1218 p.

----- *Diccionario básico de libre comercio*, Español-inglés, inglés-español, Edit. Porrúa, 1993, 255 p.

SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES, *Límites de la Jurisdicción Nacional. Documentos y Resoluciones Judiciales del caso Alvarez Macháin*, México 1992 T. I y II

SEKELY, Alberto (comp.), *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, 2a edición, Tomos I-V, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989 p.

SEPULVEDA, César., *Curso de Derecho Internacional Público*. 6a ed., México, Edit. Porrúa, 1974, 557 p.

_____, (comp.) *La política internacional de México en el decenio de los ochenta*. México, FCE, 1994, 656 p.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, 4th ed., Cambridge, Grotious Cambridge University Press, 1997, 1246 p.

SOLANA, Fernando, *Cinco años de política exterior*, México, Edit. Porrúa, 1993, 840 p.

TUNKIN, G. I., *El derecho y la fuerza en el sistema internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989, 205 p.

URQUIDI, Victor L., *México en la globalización. Informe de la Sección Mexicana del Club de Roma*, México, FCE, 1996, 206 p.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO y The American Society of International Law, *El papel del derecho internacional en América*, La soberanía nacional en la era de la integración regional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, 454p.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, *Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho*. Sección especial. La Ley Helms- Burton y el Derecho Internacional, Núm 16, México, 1996

WITKER, Jorge, *La investigación jurídica*, México, McGraw-Hill, 1995, 94 p.

LEGISLACION Y TRATADOS INTERNACIONALES

Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (1975)

Acta General de 1928 para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales (reformada en 1949)

Acuerdo sobre la Aplicación de la Competencia de las Leyes entre la Comisión Europea y Estados Unidos (1991)

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

Carta de la Organización de Naciones Unidas (1945)

Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de (1974)

Conferencia de la Paz de la Haya (1899)

Convención Americana de Derechos Humanos (1978)

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)

Convención Interamericana sobre el Asilo Político (1928)

Convención sobre Derechos Civiles (1933)

Convención sobre Relaciones Diplomáticas (1961)

Convención de la Haya sobre el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales (1899)

Cuban Democracy Act of 1992 (EUA)

Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996 (EUA)

Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de Amistad y a la Cooperación de los Estados de acuerdo con la Carta de la Organización de Naciones Unidas (1970)

Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía (1965)

Declaración y programa de acción sobre un Nuevo Orden Económico Internacional (1974)

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945)

Export Control Act of 1960 (EUA)

External Assistance Act of 1991 (EUA)

Foreign Immunities Act of 1976 (EUA)

Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan al Derecho Internacional

Pacto Argentino de No Agresión y Conciliación (1933)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)

Protection of Trading Interest Act of 1980 (Gran Bretaña)

INDICE ANALITICO

- administración,17
Akerkust, Mikel. 103
Althesur 11
aquiescencia 59
Alvarez Macháin, caso 23
arbitraje 99,100110-115
Arce, Alberto. 92
authentic link 93
autodeterminación 77-80
Banco Interamericano de Desarrollo
161
Banco Mundial 44, 161
Basave Fernández del Castillo, A. 49
bloqueo pacífico 135, 136,140
Bluntschli 12
Bodino, Juan 11
Brownlie, Ian 16,17,45,54,57,93-
95,101,111
buenos oficios 99,105,106
Buergenthal 55,56,102,114,118,
119,123
Bush, George 147
Burgoa, Ignacio 5-7,10-13
Burton, Dan 151
Canadá 192,196
Centro Internacional de Arreglo de
Disputas de Inversión, (CIADI) 44
Carta de Deberes y Derechos
Económicos de los Estados
46,48,85,86,127
Castañeda, Jorge 84
Castro Fidel 142,146,163,166
Castro Raúl 166
cláusula autojuzgante 121
cláusula Calvo 43-45
cláusula facultativa de jurisdicción
obligatoria 117
coimperium 20
Comisión de Derechos Humanos de
Naciones Unidas 78,155,194
Comisión de Conciliación de
Reclamaciones del Exterior 194
competencia 26, 33-35
compromiso 112
condominium 20
Comisión de Derechos Humanos de NU
194
conciliación 99,108,109
decisiones judiciales 55, 56
De la Cueva, Mario. 2,3,6,8,11-13
De la Madrid, Miguel. 50,81
derecho de autodefensa 137
derecho de injerencia humanitaria 73-
77
Destino Manifiesto 141
doctrina 53,55,56
Doctrina de Acto de Gobierno 169,184
Doctrina de los Efectos 91,96,98
Doctrina Estoppel 58-60
Doctrina Johnson-Brezhnev 73
Doctrina Ker 23
Doctrina Monroe 141
Doctrina Stimson 124, 125
Duguit, Leon 8
Enmienda Conally 121
Enmienda Mack 145
Enmienda Pepper 145
Enmienda Smith 145
Esmein 12

Estado: Grecia,2,3,10, Roma 10, Edad
Media 3,11, moderno 2, 4, 37
contemporáneo 4,5
estatuto personal 92
expropiación 178,179
Flores García, Fernando 33,34
Fondo Monetario Internacional 161
funciones diplomáticas 34,100-105
García Moreno, Victor Carlos 200
GATT 150,188,192,193
globalización 81,83,86
Gómez Lara, Cipriano 33
Gómez Robledo, Antonio 4
Gran Bretaña 112,137,197,198
Grecia antigua 2,10
Green, Rosario. 82

Gross Espiell, Héctor 75
 Grupo de Río 195,196
 Guantánamo 165
 Guerra Fría 81,141,142
 Haití 155
Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. v. Hall 181
 Hegel 6
 Heller, Hermann. 3,6
 Helms, Jesse 151,152
 Henkin, Louis 29,40,90
 Hermanos al rescate 151,163
 Higgins, Rosalyn 78
 Hobbes, Tomas 11
 Humans Rights Watch 196
 igualdad soberana 15,47,65-68
 imperium 10,17
 independencia 15,16,20,26,39
 inmunidad del Estado: de jurisdicción, 36,42 de ejecución 42
 investigación 99,100,106,107
 intervención humanitaria 73-75
 Jaragua (central electronuclear) 163
 Jellinek 7,12
 Jennings 91
 Juan Pablo II 166
 jurisdicción 17,22,23,26,27, extraterritorial 88-95
jurisdictional rule of reason 97
 Kelsen, Hans 8,9,19,20
 Kennedy, John F. 143
 Kissinger, Henry 141
 legislaciones antidoto 138-141,195-201
 Ley de Ayuda Externa 145,154,157
 Ley de Comercio con el Enemigo (EUA) 157,161
 Ley de Conciliación de Reclamaciones Internacionales (EUA)158,168,171
 Ley de Control de Exportaciones 143
 Ley de Inmunidad Soberana (EUA) 41
 Ley Helms Burton 141-201
 Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional 199
 Ley de Protección de Intereses Comerciales (RU)139,197,198
 Ley de Seguridad de los Alimentos de 1985 (EUA)
 Ley sobre Medidas Extranjeras Extraterritoriales (Canadá)196,197
 Ley Torricelli 146-150,152,160,198
 Locke 5
 Malpica de la M., Luis. 191
 Maquiavelo, Nicolás. 4
 Marx, Karl 6
 mediación 99,100,105,106
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua v United States of America
 Milh, Robert 3
Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) 44
 nacionalidad 30,31,91-94,176
 negociación 99,101-105
 no intervención 69-77
 normas conflictuales 25,89
 nuevo orden económico internacional 47,84,86
 OEA 23,72,99,143,161,162,195,196
 OMC 113,150,188,192,194
 ONU 99,100,144 Consejo de Seguridad 57,117,119,122,138,155, Asamblea General 57,119,194
 Oppenheim, L. 70
 Ovalle Favela, José 26
 Parlamento Latinoamericano 195
 Partido Comunista Cubano 183
 Platón 2
 principio de nacionalidad pasiva
 principio de territorialidad 29
 principio universal 30
 propiedad 16, 17
 protección diplomática 43, 44,176,177
 Quoc Dinh, Nguyen 16-18,20,21,24, 34-37,41,45, 106-109,117,130

radio Martí 166
régimen de capitulaciones 23
represalia 127,132
retorsión 127,129
Revolución Cubana 142
Rousseau, Juan Jacobo. 5, 12
Saldana Pérez, Juan M. 37- 41
Sale v. Haitian Center Council, Inc. 185
Schooner Exchange v. M'Faddon 39,90
Seara Vázquez M.
,14,15,19,44,45,53,70,76,110,117,121,1
29,132,176
Sentencia Max Huber 20
Sepúlveda A, Bernardo. 72,73,74,76
Serra Rojas, Andrés 12
Serrano Migallón, Fernando.103
Shaw, Malcom 14,78,98,107-
109,113,116,129,134,138
Siqueiros, Jose Luis. 184
soberanía económica 45,46
soberanía popular 11,
soberanía territorial 18,20,35
Solana, Fernando 83
Sorensen 37
Stimson, Henry 124
Stinson, Yvonne 194
Suprema Corte EUA 9,185
teoría de inmunidad soberana del
Estado 37
teoría de inmunidades restringidas 40
territorialidad: 4 teoría objetiva 91,
teoría subjetiva,91
Tratado de Libre Comercio para
América del Norte 113,162,188-192
Torricelli, Robert 146
trato de nación más favorecida 190
trato nacional 189
Tunkin, G. I. 62,65,67
Unión Europea 196,198
Unión Soviética 142,144,154,160
United Kingdom v. Albania 76
US. V. Aluminum Co. of America 96
*Victory Transports Inc. V. Comisaria
General de Abastecimiento y
Transportes* 40