

## DERECHO INTERNACIONAL

ANIYAR DE CASTRO, Lolita, "Los derechos humanos como entidad jurídica", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre de 1987, pp. 29-45.

Comienza la autora del artículo que reseñamos, por dejar claramente sentado que los derechos humanos proclamados o reconocidos implican "una cierta idea del hombre". Esto que parece una verdad de perogrullo, no lo es, ya que con mucha frecuencia se olvidan las posturas filosóficas e ideológicas que están en el fondo de las ideas y conceptos jurídicos, hoy de uso cotidiano.

Señala la autora el hecho de que los derechos humanos resultan en ocasiones contradictorios entre sí, por lo que es necesario concebirlos como sistema y no individualmente. Indica que los derechos humanos hacen referencia a una ética suprajurídica, pero rechaza que ésta se resuelva forzosamente en un problema de si existe o no un derecho natural y señala que "una ética política puede construirse en términos de racionalidad objetiva, aun cuando no deje de significar una toma de posición".

Y en relación con la eticidad de los derechos humanos, aborda el tema central del artículo, que es el fenómeno que se ha dado en el derecho hoy día, donde los derechos humanos al *juridizarse* se han convertido en el parámetro ético del derecho; en palabras de la autora, en "la regla para decidir qué es derecho y qué no lo es". E identifica siete útiles aplicaciones de esta regla:

1. Su identificación con "los principios generales de derecho".
2. Su utilidad como modelo para construir la base constitucional.
3. Su orientación para llenar lagunas del derecho y para hacer compatibles normas penales y constitucionales.
4. Su función para el llamado "uso alternativo del derecho".
5. Su significación para hacer compatible, en el plano internacional, la realidad del pluralismo jurídico de las diferentes naciones.
6. Su necesaria operacionalización garantista, como fundamentación de la normativa procesal penal, y de la misma función policial, de la cual establecería los límites; es decir, su esencia originaria de instrumento defensivo contra el poder abusivo del Estado.
7. Su capacidad para definir "lo criminalizable".

Esta vigencia de los derechos humanos incidirá, de acuerdo con la opinión de la autora, de manera importante en la aplicación del dere-

cho penal y en la judicativa, que habrá de abandonar la interpretación judicial automatizada, con lo que se enriquecerá la administración de justicia.

Una de las funciones más relevantes de los derechos humanos dentro del ámbito penal estará en la definición de lo "criminalizable". Aquí aborda la autora las distintas corrientes y teorías que tratan el tema de la cuestión criminal, especialmente las doctrinas relativistas en relación con los valores, como opuestas del iusnaturalismo que sostiene una objetividad al respecto de qué y cuáles son bienes jurídicos tutelables.

En los positivistas subyace respecto a esta valoración la idea de un consenso colectivo y un supuesto pacto social. La absoluta relatividad se encuentra en *interaccionistas* como Hulsman, para quien "el Derecho no tendría legítimamente la autoridad de hacer valer uno solamente entre los múltiples puntos de vista posibles", y por tanto nada sería criminalizable.

Para autores como Garófalo, la cuestión criminal tendría su fundamento en "sentimientos medios de piedad y probidad", *i. e.*, lo que podríamos llamar "moral social", que nos indicaría lo que es delito. En cambio, autores como Hart y Fleming se fundamentan en hechos o condiciones naturales que determinan las normas de convivencia y la protección necesaria de las personas.

Señala la autora que la mayoría de estas teorías fundamentan más bien el derecho a castigar, la pena, pero no permiten elaborar una ética política total que permita una penalización objetiva independiente de los intereses de clase en el poder.

La autora analiza después la posición de Herman y Julia Schwendinger, quienes definen al delito sobre la base de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de 1948. Continúa con Niklas Luhman, quien rechazando la vigencia de un derecho natural plantea la "*verificabilidad y el acuerdo intersubjetivos*" en relación con los valores para el desarrollo de una política criminal.

Finalmente se refiere a Baratta, quien acercándose al utilitarismo, desarrolla el intersubjetivismo con base en las necesidades básicas fundamentales, pero necesidades puramente físicas y de especie, y relacionándolas con las condiciones del medio cultural.

Concluimos esta reseña recomendando la lectura del artículo que aporta la visión de los derechos humanos, muy especialmente desde el campo del derecho penal, que, siendo de la mayor importancia en relación con la vigencia de estos derechos, es generalmente dejado de lado

en la formulación de las teorías de derechos humanos por constitucionalistas y filósofos.

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI

CAMPINOS, Jorge, "«Igualdade jurídica» e «desigualdade económica» em direito internacional público contemporâneo", *Boletim do Ministerio da Justiça*, Lisboa, núm. 334, marzo de 1984, pp. 5-33.

Como bien lo indica su título, el artículo que hemos de considerar a continuación puede ser inscrito dentro de lo que se llama el derecho internacional moderno, contemporáneo, noción joven que contrapone el orden jurídico internacional de la posguerra al de antaño, es decir, al denominado como clásico. Aun cuando siempre es atractivo y útil incursionar en este problema de delimitación material, no hemos de referirnos a él sino en la medida que se comente el artículo del profesor de la Universidad de Lisboa, Jorge Campinos.

Para Campinos —quien es además director del Centro de Estudios e Investigaciones de Derecho Internacional de la Academia de La Haya— no deja de ser sorprendente que alguien se proponga disertar sobre uno de los principios ancilares del derecho internacional, como es el de la igualdad y, de manera simultánea, hacer referencia al problema de la desigualdad económica, que desde hace ya algunas décadas es preocupación de importantes juristas. Para ser tratadas, estas nociones exigen audacia al investigador por ser en ocasiones desconocidas o no estar definidas con mínima precisión. Así lo reconoce el autor cuando destaca que mientras la ciencia económica profundiza en sus métodos y se vale de los adelantos tecnológicos actuales para automatizarse, en materia jurídica no hay un concepto claro de lo que se entiende por desigualdad económica. Para afirmar esto, dice que hace apenas un cuarto de siglo era común confundir crecimiento con desarrollo. En alguna medida difiere del profesor Campinos; por un lado, a la ciencia jurídica debe interesarle la noción de desigualdad en la medida en que ésta actúe como categoría jurídica en un fenómeno legal empírico, porque para dibujar su contorno en un plano económico ni se tienen las herramientas ni le compete al derecho internacional. Me parece que cada ciencia particular tiene su propio campo de estudio y puede auxiliarse de otras pero no suplantarlas. Por otro lado, y en lo tocante a esta identificación entre desarrollo y crecimiento, no estaría yo muy seguro

de que se hubiera tratado de una mera confusión debida al poco avance teórico de la economía. Desde las famosas ideas del crecimiento lineal y las de Rostow, se creyó que las naciones evolucionaban siguiendo ciertos caminos, mismos que eran descritos con visas de fatalidad, y que por tanto aquellos que hoy eran desafortunados y miserables, mañana serían ricos y felices. En mi opinión modesta, estas ideas no eran sino formas de justificación de la enorme brecha entre subdesarrollados y desarrollados, que, me parece, aún se utilizan con vigor en algunos de nuestros países.

Es cierto que no hay una definición jurídica de lo que es subdesarrollo; pero esto no se debe a una inmadurez del derecho internacional, sino a la falta de acuerdo entre los diferentes Estados para usar un parámetro uniforme que permita otorgar tratamientos diferenciales justos a aquellos Estados atrasados.

Esta terrible desigualdad material pone en entredicho el principio de igualdad. El autor se refiere en unas cuantas páginas a la evolución de este principio, pero como no es su objeto central no le concede mucha atención y la bibliografía que cita no es de primer orden, aunque en las notas a pie de página a lo largo del trabajo hay abundantes referencias que pueden resultar del interés del lector especialista.

Como se sabe, el principio de igualdad ha sufrido una profunda adecuación o transformación ya que al aparecer en el derecho internacional positivo la noción de países en vías de desarrollo, éstos, por medio de negociaciones y tratados internacionales, consiguieron de parte de los países industrializados un tratamiento diferencial sobre la base de que la compensación acortaba la brecha entre ambos.

El profesor Campinos considera que los dos puntos capitales de apoyo de la noción de desigualdad económica son: los países en vías de desarrollo (noción que ha sido calificada como falsificadora e hipócrita) o subdesarrollados, y aquella de nuevo orden económico internacional.

Con respecto a la primera hemos dicho que no existen criterios ciertos de clasificación. En un principio las organizaciones internacionales proponen índices que son vistos con reticencia. Al parecer, incluso hay críticas de los países atrasados a la noción de cuarto mundo (países muy atrasados) porque se considera que aceptar esta categoría le restará perspectivas a los países medianos en cuanto a que los tratamientos diferenciales no serían repartidos de manera equitativa. Esto me recuerda aquella figura literaria que emplea André Gide cuando describe cómo los naufragos que han logrado ocupar un lugar en las balsas

de salvamento cortan frenéticos con hachas las manos desesperadas de aquellos que luchan por subir.

En otro orden de ideas, es formidable la enorme proliferación de normas modernas, entre ellas el llamado derecho internacional del desarrollo, con el que la clasificación antigua de un derecho de la guerra y uno de la paz, quedaría superada por una magna frontera de lo que sería un derecho clásico y uno moderno. Por supuesto que no se trataría sólo de una barrera histórica sino en mucho conceptual y de contenido normativo.

La clasificación de países se hizo por medio de listas negociadas y luego las diferentes modalidades de la autoelección. El autor afirma que dada la inexistencia de un criterio de clasificación con naturaleza jurídica, las potencias están negociando con el otorgamiento de la clasificación o de la categoría de país en vías de desarrollo (p. 9).

Por otro lado, se refiere a las resoluciones que dieron origen a lo que se llama nuevo orden económico internacional y a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 1974. De manera colateral se hace referencia al candente problema del valor de las resoluciones de los organismos internacionales. Para Campinos estas dos nociones han fomentado la metamorfosis de las normas internacionales clásicas. En una dualidad de normas o en la derogación de principios como el de reciprocidad se torna evidente este cambio estructural en ciertos campos: comercio, inversión y transferencia de tecnología.

Para el autor, el principio de igualdad aparece como atributo de su soberanía y observa diferencias marcadas entre los diferentes siglos. En este punto difiero del autor. Se considera una discusión no cerrada aquella que se refiere al nacimiento del derecho internacional. Por supuesto que hay quienes afirman que éste ha existido desde los tiempos más remotos; hay otros, la mayoría, que dicen que se conforma entre los siglos XV y XVI. El profesor Redslob, en su obra monumental *Histoire des grands principes du droit des gens* de 1923, basado en fuentes de primer orden, *i. e.*, autores grecolatinos, demuestra que hubo práctica inequívoca de actos entre las distintas *polis* o *civitas*, que si bien no se pueden reconocer como derecho internacional público como lo entendemos ahora, sí constituyen basamento de aspectos como diplomacia, declaración de guerra, libertad de navegación y consulados.

Finalmente, el autor hace referencia a la discusión de algunos presupuestos económicos del derecho moderno, como el de la soberanía sobre los recursos naturales y el discutido derecho y mecanismo de expropiación. Igualmente se menciona el derecho de los pueblos a la au-

todeterminación. El artículo resulta muy interesante, es un tema vigente, ameno y de lectura agradable. Es ideal para divulgación.

Antonio CANCHOLA CASTRO

DINSTEIN, Yoram, "International Law as a Primitive Legal System", *New York University Journal of International Law and Politics*, Nueva York, vol. 19, núm. 1, otoño de 1986, pp. 1-33.

El presente trabajo es una investigación jurídica profunda e interesante. El autor comienza por mencionar que se considera al derecho internacional como un orden jurídico primitivo. Sin elaborar ningún tipo de conclusión *a priori*, el profesor Dinstein trata esta hipótesis a partir de que muchos conceptos y principios tienen su raíz en el derecho primitivo, varios de los cuales, según él, aún subsisten.

Con el objeto de aplicar estos principios al derecho internacional, primero presenta, con base en una profusa bibliografía, misma que con discreción asienta en notas breves a pie de página, los principales atributos de los sistemas jurídicos primitivos, a saber: falta de certidumbre y seguridad, rango limitado de las normas legales, importancia de la costumbre, represalias, responsabilidad colectiva, liga a la religión, ordalías y combates como forma de juicio, ficciones legales, formalismo, y responsabilidad de objetos inanimados.

A partir del manejo de estas características, procede a comparar por separado cada rasgo, de forma que aparecen lado a lado el derecho primitivo y el derecho internacional, con un obvio énfasis en el segundo.

Mencionemos, a guisa de ejemplo, algunas de las reflexiones que plantea el profesor Dinstein en su artículo. Respecto a la falta de certidumbre y seguridad, afirma que en las sociedades que viven con un orden jurídico primitivo no existe anarquía y que sus normas son derecho en la medida en que persiguen introducir soluciones a los problemas sociales. En el caso del derecho internacional, hace consistir cierta incertidumbre en que la soberanía es un concepto deslavado. Piensa que es poco exacta la comparación porque difícil es equiparar una comunidad pequeña con otra habitada por millones, aunque acepta que en el marco internacional hacen falta legislación, adjudicación y ejecución de la ley. Considera que se vive una situación cuasi legislativa. Hace refe-

rencia al discutido punto de la ausencia de un tribunal con jurisdicción compulsiva y comenta que, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia sólo ha conocido, desde su creación, 43 casos y ha emitido 18 opiniones.

En relación con el alcance limitado de las normas, se apoya en que la sociedad primitiva conoció tres leyes: no matar, no robar y no cometer adulterio. En cambio, a nivel internacional la situación es distinta. Se conocen casi 17,000 tratados, mismos que ocupan casi 205 volúmenes. Hay un importante cuerpo consuetudinario no codificado y una evolución cualitativa de los sujetos del derecho internacional.

Otro rasgo al que hace referencia es el de la costumbre, misma que tiene gran relevancia en los órdenes primitivos, mientras que a escala internacional declina. El autor recuerda la polémica actual sobre el rechazo o acatamiento de la costumbre por parte de los países nuevos.

Con respecto a las represalias, recrea las instituciones como la ley del talión y describe, a nivel internacional, los procedimientos de autoayuda, a la vez que examina la doctrina de Kelsen en relación con el uso de la fuerza en una dimensión de justicia privada y descentralización.

En lo que toca a la religión, menciona —en el terreno internacional— muchos principios que se derivan no sólo de los fundadores de la doctrina del derecho internacional sino de aportaciones actuales. Para ello ofrece una amplia gama de notas donde se encuentran obras que ponderan la relevancia que las creencias budistas, católicas, hebreas o musulmanas han tenido en el derecho internacional.

Hace alusión también a la cuestión de las ficciones legales que tienen el objeto de flexibilizar al derecho, y luego de describir algunas figuras del derecho primitivo se refiere, en lo que respecta a las normas internacionales, a Grocio y a las nociones de extraterritorialidad y al propio Estado como ficción.

La cantidad de bibliografía en que se apoya el autor es amplia, y a lo largo del artículo, lejano por demás de erudiciones inútiles, se percibe constante reflexión. Aunque el trabajo no es extenso, no menguan ni rigor ni profundidad.

Por lo que toca a la metodología, el autor parte de una hipótesis principal definida y cada hipótesis secundaria, en este caso las cualidades del orden primitivo en relación con el derecho internacional, responde al objetivo y, de manera eventual, pueden ser la base de investigaciones singulares.

Una vez que analiza cada una de las diez cualidades en ambos sistemas jurídicos, nos ofrece una conclusión no exhaustiva en la que

afirma que el derecho internacional tiene algunos rasgos de derecho primitivo, pero que en términos generales ha evolucionado. En este sentido, el trabajo es atractivo porque el lector puede muy bien formarse una conclusión propia o emplear estos datos como punto de partida para ulteriores pesquisas en este debatido tema sobre el grado de desarrollo del derecho internacional.

Antonio CANCHOLA CASTRO

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, "El derecho y la justicia resguardos de la libertad", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 1, enero-junio de 1985, pp. 25-38.

El doctor Jiménez de Aréchaga, distinguido internacionalista uruguayo, examina de manera magistral en este breve estudio el papel primordial que desempeñan el derecho y la justicia como baluartes o resguardos de la libertad, entendida ésta en su más amplia acepción.

Así, en primer término y por lo que hace al derecho, el profesor Jiménez de Aréchaga examina bajo una perspectiva histórica el esfuerzo del ordenamiento jurídico por ir protegiendo los derechos y libertades fundamentales del ser humano por medio de instrumentos cada vez de mayor jerarquía.

Tales instrumentos han sido, sucesivamente, el contrato, la ley, la constitución y el tratado, a cuyo origen, manifestaciones, trascendencia y limitaciones, pasa rápida revista el autor, para después referirse, con mayor amplitud y detalle, a los antecedentes más relevantes y a los instrumentos jurídicos universales y regionales más importantes en materia de protección internacional de los derechos humanos, es decir, entre los primeros, la intervención humanitaria y la protección de minorías, y, entre los segundos, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, uno sobre derechos civiles y políticos y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966, así como las convenciones regionales, europea y americana, sobre derechos humanos, de 1950 y 1969, respectivamente.

En segundo lugar, por lo que toca a la función que a la justicia corresponde desempeñar en tanto resguardo de la libertad, el doctor Jiménez de Aréchaga la entiende y la analiza en dos sentidos o aspectos,

o sea, como órganos encargados de impartirla y como valor ético que constituye la finalidad suprema a alcanzar por todo orden jurídico.

De ahí que, en cuanto al primer aspecto, el autor se refiere tanto a las funciones del juez como defensor nato de la libertad en la esfera interna, como a la competencia y contribuciones de la justicia internacional en esta materia, para terminar analizando, en relación con el segundo aspecto, la justicia como resguardo de la seguridad, el contenido de la noción o idea de justicia y ésta y la perspectiva temporal del derecho.

El profesor Jiménez de Aréchaga concluye su brillante y aleccionadora exposición con la rotunda afirmación de que la justicia, en tanto valor fundamental que el ordenamiento jurídico intenta plasmar, constituye en definitiva el resguardo último de la libertad.

Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ

LIMA, Ma. de la Luz, "Derechos humanos en la experimentación", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre de 1987, pp. 47-72.

El desarrollo científico y tecnológico de la humanidad, requiere como su método por excelencia a la experimentación, la cual tiene especial relevancia en el campo de las ciencias biológicas, en cuanto el sujeto de experimentación es un ser vivo. Dicha experimentación cobra una nueva dimensión cuando se refiere a la salud humana, ya que se trata de preservar la vida misma del hombre; sin embargo, el sujeto de la experimentación es el hombre mismo, que de esta manera es "utilizado", con lo que puede fácilmente ser vulnerada su dignidad. Es a esta experimentación y a los problemas relativos a la misma, que se refiere el artículo que reseñamos.

La experimentación en seres humanos no es algo nuevo; la autora cita diversos ejemplos históricos de casos en que los condenados a muerte eran entregados previamente a la experimentación, permitiendo importantes desarrollos a la medicina de su tiempo. Ejemplos en la historia hay innumerables, desde los casos heroicos de aquellos médicos que se inocularon a sí mismos alguna bacteria, a fin de conocer los efectos—por lo cual algunos de ellos murieron con la calidad de mártires de la medicina—, hasta las atrocidades cometidas por los científicos nazis

durante la Segunda Guerra Mundial, que utilizaron hombres, mujeres y niños en los más aberrantes experimentos, sin ningún respeto para su calidad de seres humanos y su dignidad.

Indudablemente la experimentación es necesaria y debe realizarse, pero ha de hacerse de manera que no se vulnere la dignidad de las personas, pues es ésta una materia en la que la posibilidad de violar los derechos humanos de los individuos es constante, y más aún en cuanto es mucha todavía la indefinición existente en las normas que la regulan, al establecer los requisitos para su realización sin atentar contra la calidad de ser humano y su dignidad.

Resalta la autora la condición especial que, en relación con la experimentación en humanos, existe en los países subdesarrollados, donde toda la población y especialmente algunos grupos más vulnerables son altamente susceptibles de sufrir violaciones con sus derechos humanos por medio de la experimentación generada y producida en los países capitalistas, en los que sus altos niveles en la calidad de vida no permiten la realización de determinados experimentos, y en los que además demandan constantemente órganos y tejidos humanos, ya sea para experimentación o trasplantes, que son obtenidos de aquellos países donde los niveles de desarrollo son menores. Un ejemplo son las recientemente descubiertas redes de tráfico de menores para ser usados en la experimentación e incluso como reemplazos vivos; también son ampliamente conocidas las pruebas generalizadas de medicamentos y vacunas en países del Tercer Mundo, por no hablar de los constantes abusos en los grupos vulnerables, como presos, enfermos mentales, menesterosos, etcétera.

Gran parte de estos abusos se posibilitan, comenta la autora, por la grieta en la seguridad jurídica que representa la carencia en la legislación de "tipos penales que específicamente mencionen dichas violaciones".

Al respecto se analiza nuestra vigente Ley General de Salud, a partir de la cual se encuentra la tipificación de seis grupos de delitos: el primero de ellos está referido directamente a la experimentación ilícita en cualquiera de sus dos tipos: pura o terapéutica; los grupos dos a cinco son aplicables también a actividades relacionadas con la experimentación, como el tráfico de órganos, cadáveres, la aplicación de tratamientos médicos sin consentimiento del paciente, etcétera.

Es de observarse que los delitos ahí establecidos, en opinión de la autora, requieren de la capacitación de las autoridades judiciales para

permitir su manejo, además de que, en nuestra opinión, no todas las conductas establecidas lo están con la precisión que se requiere para su efectiva aplicación.

Más adelante, la autora identifica los principales fines con que se ha realizado la investigación en humanos. En primer lugar se encuentra el terapéutico y el científico puro, y se rechazan otros como los bélicos y los que funcionan como estrategias económicas o tácticas comerciales. De la misma manera, presenta de forma ejemplificativa algunos de los métodos usados en la experimentación en humanos.

A continuación se aborda la materia legal, estableciendo, en primer lugar, el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud, y señalando que los dos principales cuerpos legales relacionados con la materia son la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Resalta la autora que ambos ordenamientos utilizan el término investigación para la salud, sin hacer referencia especial a la experimentación como el método de investigación más fácilmente agresivo contra la dignidad humana. Analiza de forma muy general y desgraciadamente poco precisa, los contenidos normativos de dichos cuerpos legales, haciendo algunas propuestas para su modificación y listando algunas conductas que, en su opinión, deben criminalizarse en relación con el tema.

Concluye el artículo con la presentación de treinta principios básicos que, señala la autora, "a manera de infraestructuras servirán para la elaboración o remisión de leyes y reglamentos penales o administrativos, relacionados con la experimentación humana".

Concluiremos esta reseña con algunos comentarios críticos, ya que nos parece que a pesar de tratarse de un tema de gran actualidad, su tratamiento fue muy pobre al intentar abarcar una temática demasiado amplia y que no fue metodológicamente delimitada con claridad, pues aunque en algún momento (p. 52) se señala que el trabajo sólo se referirá a la "experimentación multidisciplinaria llevada a cabo sobre seres humanos", nunca se conceptúa cuál es esa experimentación y el trabajo en general no hace más referencia a la multidisciplinarietà.

Asimismo, la formulación de los principios básicos al final del trabajo, resulta tal vez demasiado pretensiosa y aborda puntos y temas que no han sido desarrollados en el artículo, apareciendo así como afirmaciones gratuitas. Baste como ejemplo el principio siete, que aborda un tema tan controvertido como la fecundación *in vitro* y que sin mayor análisis es calificada de no tolerable.

Es, sin lugar a dudas, necesaria la elaboración de trabajos más profundos y documentados sobre esta materia, que como antes señalamos, sufre de grandes ambigüedades que propician constantes violaciones de derechos fundamentales en todo el orbe.

Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI

PHARAND, Donat, "Canada and the OAS: The Vacant Chair Revisited", *Revue Générale de Droit*, Ottawa, vol. 17, núm. 3, 1986, pp. 429-454.

Este es un artículo que ahora recupera toda su actualidad (noviembre de 1989), ya que se reúne nuevamente la Asamblea General de la OEA y se vuelve a discutir la admisión de Canadá al sistema interamericano casi con la inminencia de su admisión a la Organización de Estados Americanos.

El autor —quien es profesor de derecho internacional de la Universidad de Ottawa— emplea un método singular para referirse al pasado de Canadá con respecto al sistema interamericano. Divide su trabajo en dos partes: la primera toca lo referente a por qué no ha aceptado integrarse a este sistema a partir de 1910 y la segunda, a si debe hacerlo. El artículo es de 1986. Esto por supuesto que ya queda superado, ya que ha sido aceptada como nuevo miembro, pero comentamos este trabajo porque hay cierto desconocimiento de la política exterior canadiense, que hoy día conviene conocer y aquilatar, y además enterarnos de la visión regional que se ha tenido desde una perspectiva de observación.

En la parte inicial del trabajo hay un bosquejo histórico sobre las distintas posturas que en el lapso de 1910 hasta 1986 adoptó Canadá frente a la Organización de Estados Americanos. Para fundamentar esta perspectiva el autor divide este amplio lapso en cuatro periodos bien determinados y con rasgos muy específicos: de 1910 a 1957, lapso de poco interés y de mucha indecisión; de 1957 a 1968, de interés moderado pero todavía de indecisión; de 1968 a 1984, fuertemente interesado pero parcialmente decidido, y finalmente, de 1984 a 1985, interesado moderadamente y decidido de manera parcial.

En el primer periodo privó un interés bilateral sobre un esfuerzo de regionalización, amén de que el autor sostiene la hipótesis, compartida

por otros teóricos respecto al sistema en su conjunto, de que los Estados Unidos no estaban dispuestos a aceptar la interferencia en América de un miembro del Protectorado Británico.

Debe decirse también, de acuerdo con la posición de Pharand, que Canadá no se siente parte de América por sus raíces culturales.

Además, es al final de este periodo que se establecen todas las formas institucionales por medio de los Tratados de Bogotá y de Río y el Pacto de Bogotá, el primero en 1947 y los segundos en 1948.

En la segunda etapa hubo cierto interés, pero la crisis cubana y luego algunas declaraciones presidenciales por parte de los Estados Unidos, lastimaron un poco a los miembros del gabinete canadiense, que al parecer era conservador, por lo cual privó la indecisión. Al interior de la sociedad canadiense hay vaivenes partidistas.

Es en el tercer periodo, entre 1968 y 1984, en el que hay gran interés pero poca decisión. El autor menciona las variaciones de la política exterior canadiense a partir de la formación de un gobierno liberal. Es de destacarse que en este lapso se alientan algunas misiones comerciales, pero impera en funcionarios y diplomáticos canadienses la intención por establecer intercambios de tipo cultural e intelectual. Es en este tiempo que se genera un documento llamado *Foreign Policy for Canadians* en el que se dice que la preponderancia estadounidense no debía ser obstáculo para la participación de Canadá en los asuntos interamericanos y con el objeto de que expuesto ese país al rico mundo cultural, esto les permitiría ensanchar su soberanía y formarse una íntegra visión del mundo. Durante este periodo se establecen algunos contactos con América Latina sobre la base del respeto mutuo y sobre esa base forma parte de algunos organismos interamericanos, sin ser miembro de la OEA, con el propósito de fortalecer a la organización para su desarrollo y promover acciones como la readmisión de Cuba al seno de la Organización de los Estados Americanos.

El periodo siguiente, el más corto en tiempo, está caracterizado, según el autor, por una ausencia de interés y habla de "pros y contras", pero se analiza la posibilidad que tiene Canadá de tener una influencia positiva en la solución pacífica de los conflictos del Caribe y centroamericanos.

*Pros y contras sobre el ingreso de Canadá al sistema interamericano:* En el grupo de las razones que tradicionalmente se han expuesto como opuestas al ingreso de Canadá, el autor menciona: la deficiencia de la OEA; una preferencia del bilateralismo; un interés insuficiente de la opinión pública y finalmente lo que considera el problema norteamer-

ricano. Cabe decir que el autor desarrolla cada uno de estos argumentos en su perspectiva histórica y a muchos de ellos los encuentra desacertados o inexactos.

En el grupo de los argumentos a favor señala: el deseo de los países miembros de la OEA de que Canadá se integre; el creciente regionalismo que caracteriza a la etapa actual; un aumento de independencia; y finalmente participar en la seguridad hemisférica.

Con respecto a la ineffectividad, ya que se busca paz y seguridad y esto no ha sido posible, parece que la OEA no está funcionando bien, y ello se traduce en esfuerzos institucionales que se hacen fuera del marco de la Organización. De acuerdo con el autor, y coincido ampliamente, en un futuro será de mayor importancia la promoción del desarrollo económico. El profesor Pharand reconoce importantes avances en materia de derechos humanos y habla con encomio de la gestión de la Comisión y de la Corte.

En lo que toca al bilateralismo, aun cuando se ha dicho que para Canadá había sido más favorable el trato con cada país dependiendo de la diversidad de circunstancias, el hecho de ingresar no le impediría seguir teniendo relaciones bilaterales.

En relación con que no existe interés público, dice el autor que aun cuando muchas veces la opinión pública no se manifiesta, no debe esperarse a que por la desbordada fuerza de los acontecimientos haya que sufrir presión.

Finalmente, al argumento disuasivo del problema de la presencia norteamericana, se dice que las crisis que involucran a Estados Unidos agudizarían los problemas que Canadá tiene con ellos e incluso que Canadá jugará un triste papel de "pajarito del badminton" en las relaciones entre Estados Unidos y América Latina.\* Otro de los temores en este sentido, es que Estados Unidos intente usar a Canadá como intermediario en sus relaciones con América Latina. El argumento se viene abajo con el supuesto de que en Canadá no son ni ingenuos ni torpes para caer así.\*\*

Finalmente, el artículo enumera las razones que animan a Canadá y que seguramente ahora que han sido admitidas pueden considerarse como que fueron determinantes. Por un lado, lo hemos dicho ya, el

\* "As someone has put it, Canada would be like the innocent bird in a badminton game, knocked about back and forth between the United States and Latin America on issues which could be of little, if any, interest to it", p. 443.

\*\* First, as one of our former permanent observers to the OAS has remarked about the comparison with the innocent bird in the badminton game. "We are not quite that innocent, we are not that stupid and we are not powerless", p. 444.

deseo de los miembros de la OEA; la tendencia hacia organizaciones regionales por las ventajas que éstas representan. En esta parte el trabajo contiene una nota a pie de página con abundante bibliografía relativa a los problemas que surgen de la inserción de una organización regional, como la OEA, en una organización universal como lo es la ONU.

En otro sentido, en materia de responsabilidad hemisférica, se dice que es tiempo de reconocer que Canadá es un país americano; sin embargo, constituye una razón de inquietud el hecho de que, al parecer, al firmar la Carta de Bogotá de alguna manera está un Estado nuevo aceptando los efectos del Tratado de Río. Se habla de una seguridad pero que es equivalente a una actividad militar y no económica. No obstante, y esto constituye una de las actuales facetas del sistema interamericano, esa vinculación al Tratado de Río ha sido dejada de lado ya por ocho países que firmaron la Carta de Bogotá.

Ahora, con la admisión de Canadá, hay que suponer que el sistema recibirá nuevos aires y que las discusiones sobre problemas económicos y sociales tomarán el lugar de aspectos que ya no tienen razón de ser.

El trabajo es de gran interés y está muy bien documentado, lo que constituye, como lo dijimos más arriba, una excelente oportunidad de echar un vistazo a los procesos internacionales de un país cercano.

ANTONIO CANCHOLA CASTRO

SIDJANSKI, Dusan, "La Suisse face à la Communauté Européenne", *Pouvoirs*, París, núm. 43, 1987, pp. 139-149.

De hecho, Suiza "está profundamente integrada a la Comunidad Europea"; sin embargo, tres motivos principales explican que quede afuera de la misma: su federalismo, su democracia semidirecta y su neutralidad. En efecto, pese a la estrecha cooperación existente entre el club europeo y la Confederación Helvética, Suiza no es miembro de la CE. Ahora bien, ¿qué sucederá con el desarrollo de la unión económica y también jurídica y política que prevé, para 1992, "un aspecto europeo sin fronteras"? ¿debe mantenerse el modelo actual de cooperación o debe contemplarse la adhesión de Suiza a la CE?

### 1. Integración de hecho y modelo de cooperación

Si bien es uno de los países más estrechamente imbricado en las actividades socioeconómicas de la CE, Suiza ha escogido, sin embargo, una vía mediana entre el aislamiento y la adhesión, es decir una participación activa en el proceso de unión sin por ello convertirse en un miembro de la Comunidad.

La Europa occidental es el centro de gravedad de las relaciones comerciales de Suiza: el 80% de las importaciones provienen de esta parte del continente que, a su vez, absorbe el 65% de las importaciones helvéticas. En este contexto, la CE constituye, pues, el principal polo de atracción con su mercado de 320 millones de personas. En efecto, Suiza ocupa el tercer lugar como inversionista extranjero, después de la República Federal de Alemania y de Francia, principalmente en el territorio de la química y de los seguros; además, las transnacionales suizas desarrollan no solamente actividades de producción y de distribución sino también de investigación. En resumidas palabras, Suiza es el segundo cliente de la CE, después de los Estados Unidos.

1) *¿Cómo se lleva a cabo la cooperación Suiza-CE?* Se realiza mediante dos vías formales: una vía multilateral y una vía bilateral.

*La vía multilateral*, a través de la AELE, tiende a la instauración de un gran espacio europeo de libre cambio y de un espacio económico europeo dinámico, tal como fue definido durante el primer encuentro ministerial común, el 9 de abril de 1984, entre los países de la AELE y la CE. Este objetivo a largo plazo tiende, en primer lugar, a realizar la libre circulación de los bienes; con este fin, se han dictado medidas tendentes a mejorar la cooperación en materia de normas técnicas y a simplificar las formalidades aduaneras. Este proceso multilateral se desarrolla bajo la responsabilidad, la vigilancia y el control de un grupo de altos funcionarios que representan los países de la AELE y la Comisión de la CE.

*La cooperación bilateral* consiste en una amplia red de acuerdos cuyo foco central es el Acuerdo de Libre Cambio, firmado en julio de 1982 y aprobado por referéndum en diciembre del mismo año. Por otra parte, una serie de acuerdos de segunda generación han reforzado el acercamiento Suiza-Ce: seguros, intercambios de informaciones, acuerdos de cooperación científica y tecnológica. Se trata de un proceso continuo de prenegociaciones y de negociaciones de acuerdos que permiten resolver, sector por sector, los problemas que surjan (textil, bancos de datos, sistemas de traducción, STABEX, etcétera). Gracias a esta red de acuerdos, Suiza ha logrado asentar una cooperación muy activa con la

Comunidad, sin por ello tener que renunciar a su autonomía de decisión. Pero, a largo plazo, ¿seguirá siendo posible este *modus vivendi*?

2) *Los límites de la cooperación.* Esta política activa de la Confederación Helvética para con la CE tropieza, sin embargo, con varios límites. Por una parte, la CE no dispone sino de un margen estrecho de negociación que no está dispuesta a discutir al tratar con Suiza. Por otra parte, pese al doble afán de entendimiento, la CE no puede admitir a Suiza a su mesa de negociación, junto con sus propios miembros: el diálogo se abre solamente después de que la CE haya llegado a una decisión en su seno. De ahí que Suiza está confrontada con una serie de actos y de políticas que la afectan directamente, pero en cuya elaboración no ha podido participar; además, no tiene alternativa, pues si quiere preservar sus relaciones privilegiadas con la Comunidad, no puede sino aceptar las decisiones comunitarias. A la larga, el desarrollo europeo podría significar para Suiza, dado el caso, una pérdida de independencia mayor de la que implicaría una adhesión. ¿Sería entonces inevitable escoger entre adhesión o satelización?

Es evidente que las decisiones tomadas en Bruselas afectan directamente numerosos dominios de actividades económicas y sociales en Suiza, como los de la política científica y tecnológica, la seguridad y la polución, automóviles, las telecomunicaciones, los transportes aéreos, la política cultural, etcétera.

Frente a estos múltiples desafíos, existen para la Confederación Helvética tres actitudes posibles: 1) cooperación positiva que implica alineamiento; 2) cooperación activa conforme al modelo actual, y 3) adhesión total o con ciertas condiciones a la CE. En efecto, puede uno preguntarse si, con el tiempo, el presente modelo de acuerdos de cooperación podrá garantizar la salvaguardia de los intereses suizos en la CE.

## 2. *Los principales obstáculos a la adhesión*

En el caso de Suiza, son tres los obstáculos mayores: la neutralidad, el federalismo y la democracia semidirecta. Existen otros obstáculos de alcance general que conciernen a todos los Estados independientes, como por ejemplo la reducción de las competencias de las jurisdicciones de los Estados que adhieren a la CE, así como la disminución de los poderes de los parlamentos nacionales. Sin embargo —destaca el autor— ello no impidió que los parlamentos francés o inglés ratificaran la adhesión de sus países a la Comunidad.

1) *¿Es la neutralidad un obstáculo mayor para la adhesión?* Reconocida por la Declaración de Viena de 1815, la neutralidad forma parte

de los "valores helvéticos" y figura en la Constitución entre las competencias del Parlamento y del Consejo Federal (artículos 85 y 102) —si bien "la neutralidad suiza no está mencionada entre los fines de la Confederación, tales como los enumera el artículo 2 constitucional"—. De hecho, en nombre del principio de neutralidad, Suiza se abstiene de toda intervención en los conflictos internacionales y renuncia a celebrar alianzas. Pero, por lo demás, conserva la libertad de determinar su política.

¿Es el estatuto de neutralidad incompatible con la adhesión a la CE? Las opiniones son divididas y matizadas al respecto. P. Guggenheim estima que la neutralidad y el orden jurídico suizo son compatibles con la transferencia de derechos de soberanía a organismos internacionales o supranacionales. Es evidente que Suiza depende mucho de la Europa occidental, de la que forma parte. Desde este punto de vista, la política de Suiza está abiertamente comprometida. Por otra parte, es preciso no olvidar el desarrollo de la dimensión política de la CE, principalmente en el caso de Afganistán, de la guerra de las Malvinas, etcétera. Es por ello que el análisis de una eventual adhesión de Suiza a la CE deberá considerar la hipótesis de una evolución política a largo plazo.

2) *¿Implicaría la adhesión una disminución del federalismo?* Existe en Suiza un amplio consenso respecto del federalismo, pero sus defensores aspiran ante todo a preservar la autonomía de los cantones que consideran amenazada por la extensión de los poderes federales. En este enfoque, la participación del Consejo Federal en los consejos de la CE llevaría a reforzar los poderes del Ejecutivo federal en detrimento de los del Parlamento y de los cantones; de ahí una reducción de los poderes y de la autonomía de los cantones.

En primer lugar, es importante tener en cuenta la experiencia del federalismo de la República Federal de Alemania en la CE. Por otra parte, ésta no tiene sino pocas competencias centrales exclusivas, como la fijación de los precios agrícolas o la política comercial común. Además, muchas de sus decisiones son directivas que reservan "un espacio de autonomía" a las autoridades nacionales de los Estados miembros. En este contexto, ¿no sería preferible que Suiza participara en el proceso de decisión comunitaria que, de todos modos, la afecta?

3) *¿Cuál sería el impacto de la adhesión sobre la democracia semidirecta?* Los referendos y las iniciativas son a la vez el motor y el freno del proceso político en Suiza. Durante el periodo 1977-1985, de las 76 votaciones populares federales, 16 versaban sobre las competencias transferidas a la CE, en materia de TVA (o sea de IVA), economía lechera,

régimen de trigo, derechos aduanarios sobre los vehículos, automóviles de carga, etcétera. Sin sacar conclusiones generales, el autor estima que, en el sentido actual, "el proceso comunitario no afectaría fundamentalmente la democracia semidirecta en Suiza"; pero su influencia podría ser más determinante con la extensión y la intensificación probables de las competencias de la CE.

Según una encuesta realizada en noviembre de 1986, la opinión suiza, por su parte, es en su mayoría favorable a una unión europea, pero dividida respecto de la adhesión de su país a la CE: el 62% está dispuesto a aprobar la creación de una confederación europea, pero solamente el 42.8% desea que Suiza se adhiera a la CE "algún día", mientras que el 42.5% lo rechaza. Por otra parte, dos suizos de cada tres, estiman que al quedarse afuera de la CE, su país no corre el peligro de aislarse del resto de Europa. En suma —destaca el autor—, la mayoría de las personas interrogadas estiman que la adhesión de Suiza a la CE no podría perjudicar su neutralidad (el 56.7%) ni su independencia política y económica (el 52.3%).

Hoy en día, si bien existe un consenso respecto de la integración de hecho de Suiza a la CE, en cambio hay divergencia sobre la interpretación de esta unión de hecho: mientras unos insisten en la interdependencia por oposición a la integración, otros ponen el acento en la dependencia creciente.

Al parecer, Suiza podrá seguir escogiendo sus modos de colaboración con la CE tanto como ésta siga siendo una comunidad socioeconómica en plena evolución; pero el progreso de la unión política podría hacer más difícil la adhesión de Suiza a la CE. Tanto más cuanto que al mantenerse afuera, la Confederación Helvética tiene muy poca posibilidad de influir el proceso de unión de aquélla. De ahí que una adhesión eventual tardía podría tener un impacto aún más perturbador en el sistema suizo.

Monique LIONS

WOLFKE, Karol, "International Law-Making Factors. An Attempt at Systematization", *Polish Yearbook of International Law*, Varsovia, vol. XV, 1986, pp. 243-251.

El autor menciona que la proliferación de las organizaciones internacionales, el ensanchamiento de sus funciones normativas, y el interés

por la codificación y el desarrollo del derecho internacional han iniciado una nueva aproximación al estudio del proceso de creación del derecho internacional.

Junto a los instrumentos tradicionales, tratados y costumbre, y a partir de la interpretación del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, nuevas instituciones y procedimientos se han convertido en objeto de discusión en la teoría de las llamadas "fuentes del derecho" (T. O. Elías, Tunkin, M. Bos, Van Hoof).

A pesar del esfuerzo, el autor reconoce que los avances comunes en este terreno son magros, resultado que tiene su origen no sólo en la ausencia de un concepto común de derecho internacional, sino en sus términos y en una falta de precisión en ellos. El caso que nos ocupa es el de "fuentes del derecho internacional", ya que no es unívoco, pues por esta expresión se pueden entender diversas situaciones jurídicas en nivel y proceso. Strebel, por ejemplo, cree que por "fuente" puede entenderse el proceso creativo y el terreno de validez de una norma, así como el resultado del proceso creador, la norma misma.

El autor critica que estas fuentes se hayan dividido sin un criterio preciso: fuentes formales y materiales; primarias y secundarias. Algún autor divide fuentes típicas y atípicas. Si bien es cierto que este término ha sido criticado, se usa aún y no ha sido reemplazado sino por términos no concretos y estrechos. El profesor Wolfke reconoce que una remoción del término, tanto en la teoría como en la práctica, es algo irreal, pero considera que debe reservarse para fines generales y que, en cambio, si se usa en la discusión de aspectos concretos en el proceso de creación del derecho internacional, el vocablo "fuente" no permite llegar a conclusiones científicas. El artículo propone, pues, un término que siendo inequívoco, abarque todos los posibles instrumentos y factores que juegan o puedan jugar un papel en la creación del derecho. Como término universal se propone "factor de creación de derecho internacional" (*international law-making factor*).

Entre estos factores uno debe detectar a ese pequeño grupo que ha sido descrito o mencionado en el derecho internacional positivo y a los que se podría denominar "factores jurídicos en la creación de derecho internacional"; por ejemplo, Carta de Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dentro de éstos estarían los autosuficientes (tratados y costumbre) y los no autosuficientes (recomendación a la asamblea general, principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, etcétera).

A diferencia de ciertos factores formales se podría hablar de los "informales", tales como "los modos subsidiarios para la determinación de las reglas de derecho o la función de la doctrina de los publicistas de los diversos países". Con el fin de sostener su posición, el profesor Wolfke menciona como ejemplo, que incluso las opiniones de los expertos se han convertido en un factor de creación, ya que se hayan contenidas expresamente en el procedimiento de la Comisión de Derecho Internacional.

Por lo que respecta a las resoluciones no vinculantes, su carácter depende de su contenido. Para poder ubicar aquellos factores sean legales o no legales, expresos o tácitos o bien de orden meramente técnico, el autor propone un pequeño esquema sinóptico.

Paradójicamente, ya cuando culmina su artículo, reconoce que su esquema no es quizá el mejor remedio que pueda servir para que el término fuente sea más aceptable; propone entonces que se proporcione una división clara de las fuentes del derecho internacional.

El artículo exhibe así cierta debilidad. Comienza por mencionar la multivocidad de "fuentes" y sugiere para sustituirlo "factores de creación". Luego se nos presenta un esquema atrayente, para después reconocer que tal vez no sea útil y que incluso sí podemos emplear el tan vituperado concepto a condición de proveerlo de su contenido semántico jurídico preciso, que en rigor debiera ser el objetivo del artículo. Sin embargo, éste no deja de ser interesante en cuanto aborda un tema capital, y su aportación es que aun cuando en apariencia se trata un tema sencillo, en realidad es muy intrincado.

Antonio CANCHOLA CASTRO

## DERECHO MERCANTIL

BENNETT, H. T., "Anticipatory Breach and Instalment Contracts", en BONELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 513-537.

Trevor Bennett, jefe de la delegación australiana a la Conferencia de Viena (1980), que aprobó la Convención sobre Compraventa Internacional, comenta en el trabajo citado los artículos 71 a 73 de dicha con-