PABELLONES DE CONVENIENCIA

I. Planteamiento

Seguramente uno de los problemas de mayor trascendencia dentro del derecho internacional marítimo de nuestros días lo constituye el de los pabellones de conveniencia. La dificultad de su estudio surge desde su propia configuración terminológica; no existe uniformidad en cuanto a la denominación de esta práctica. Se habla de “pabellones de conveniencia” que es tal vez el término más difundido; de “pabellones de necesidad”, concepto utilizado tanto por los países que a través de sus legislaciones liberales han establecido esta práctica, como por los armadores que para reducir los costos de operación acuden a la benevolencia de estos pabellones. Las flotas mercantes colocadas bajo estos regímenes generosos son popularmente conocidas como flotas Panlibhon. Esta palabra incluye las letras iniciales de los países que otorgan generosamente su bandera: Panamá, Liberia y Honduras.¹

Sin embargo, independientemente de la ausencia de uniformidad en la nomenclatura, todas las denominaciones se refieren a una realidad que se caracteriza por el registro de buques mercantes en países que exigen requisitos mínimos en diversos aspectos: la nacionalidad de la tripulación, los salarios, cuotas extremadamente reducidas en materia de impuestos, etcétera. El registro de buques mercantes en estas condiciones tiene como consecuencia que los países tradicionalmente marítimos se vean desplazados por los países Panlibhon al grado de que Liberia tiene hoy, con 25 mil millones de toneladas, la flota mercante más grande del mundo.²

Los rasgos distintivos de las flotas Panlibhon son señalados por Mender³ en la siguiente forma:

a) Casi el 100% de los buques Panlibhon son financiados y operados por no ciudadanos y no residentes de los países Panlibhon.

b) El 100% de los buques son manejados por marinos y oficiales de nacionalidad distinta a estos países.

¹ Es frecuente encontrar la palabra “Panlibhonco” que incluye las iniciales de Costa Rica, sin embargo este país abandonó en 1958 esta práctica.

² Brindle-Wood-Williams, Digby, *What makes the flag convenient*, en “The Times”, marzo 19, 1970.

³ Mender, Georg, *Nationality of Ships, Politics and Law*, Arkin fon Sjoret, junio, 1961.

c) Ninguno de los tres países Panlibhon tiene sindicatos o asociaciones de marinos, o federaciones de propietarios.

d) Ninguno de los tres países tiene actividades marítimas secundarias.

e) Ninguno de los tres países tiene una política de integración de su marina a su sistema interno, industrial y económico.

f) Ninguno de los tres países tiene una política de control técnico sobre los buques o una agencia de inspección a nivel gubernamental.

g) Ninguno de los tres países tiene un programa social y educacional para los marinos de las flotas Panlibhon.

h) No existe propiamente un sistema interno de derecho marítimo.

Los propietarios y las compañías que hacen uso de las banderas de conveniencia son primordialmente norteamericanos que detentan entre un 40% y un 45% de estas flotas.⁴ Para el año de 1964, aproximadamente tres cuartas partes de los buques propiedad de americanos navegaban bajo bandera extranjera.⁵ Los propietarios norteamericanos han registrado sus buques en los países Panlibhon por las ventajas económicas que esto representa: los costos en los Estados Unidos de Norteamérica son sumamente altos en razón del elevado nivel de los salarios. El registro de los buques en los países Panlibhon brinda también una reducción de los costos en lo referente al mantenimiento y a la reparación de los buques. Esto significa un ahorro aproximado de un 25%. La legislación de los Estados Unidos de Norteamérica demanda que los buques con bandera americana deben ser reparados en el país.⁶ Los lineamientos extremadamente favorables en materia impositiva son seguramente el atractivo mayor que brindan los países Panlibhon. Estos países establecen cuotas muy bajas por concepto de derecho de matrícula, así como impuestos anuales notablemente bajos. De la misma manera, los países Panlibhon aseguran a los propietarios que los impuestos no serán aumentados por un número determinado de años, normalmente entre 15 y 30.⁷ Las compañías petroleras norteamericanas que poseen un amplio porcentaje de los buques tanques del mundo han señalado que operar bajo la bandera americana subiría sus costos en un 60%.⁸

Los armadores griegos acuden también al amparo de los pabellones de conveniencia y detentan un porcentaje similar al de los norteamericanos: 40% o 45%.

⁴ Mendez, *op. cit.*, p. 283.

⁵ Coleman, Lynn, *Flags of Convenience and National Labor Policy*, "Texas Law Review", julio, 1964, p. 843.

⁶ Vázquez Escobedo, Marco, *Las banderas de conveniencia, fuente de conflictos*, Tesis profesional, Facultad de Derecho, UNAM, 1969, p. 42.

⁷ Véase Hernández Izal Santiago, *Pabellones de conveniencia*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1960, p. 6.

⁸ Coleman, Lynn, *op. cit.*, p. 846.

Por otro lado, los países que se distinguen por ofrecer pabellones de conveniencia, según expresábamos en párrafos anteriores son Panamá, Liberia y Honduras. El número de Estados que siguen esta práctica tiende a aumentar con la adopción de regímenes liberales en Líbano y Singapur.⁹

Históricamente se han presentado casos que guardan similitud con el moderno problema de las flotas Panlibhon. En el siglo xvi muchos aventureros ingleses navegaron bajo bandera española con el objeto de evadir las regulaciones monopolistas que gobernaban el comercio en las Indias Occidentales.¹⁰ A finales del siglo xix se repitió esta práctica por parte de propietarios británicos para navegar bajo bandera noruega; a través de este artificio, los pescadores británicos escapaban a las prohibiciones de la propia legislación de la Gran Bretaña.¹¹

Esta práctica en favor del uso de otros pabellones se vio estimulada por ciertos acontecimientos como la guerra en que ciertas embarcaciones utilizaban la bandera de otros Estados para gozar del régimen de neutralidad.

En su proyección actual encontramos como primeros antecedentes el registro de buques norteamericanos en Panamá el 5 de diciembre de 1922. Tal suceso tuvo lugar en virtud de que la legislación panameña permitía la venta de bebidas alcohólicas a bordo de sus buques. Esta primera experiencia se vio seguida por el registro de nuevos buques norteamericanos bajo bandera panameña, motivado por la presión de los sindicatos estadounidenses que pedían mejores salarios. Para 1924 había 15 buques norteamericanos enarbolando la bandera panameña.¹²

Sin embargo, el auge arrollador de los pabellones de conveniencia se inicia en el periodo de la Segunda Guerra Mundial, antes de que los Estados Unidos participaran en las hostilidades. Con el objeto de poder transportar productos petroleros a la Gran Bretaña, y al mismo tiempo mantener la neutralidad del país, el gobierno norteamericano propició la transferencia de buques americanos a la bandera de Panamá.¹³

En la era de la postguerra los propietarios americanos no únicamente continuaron la tendencia de transferir sus buques a otras banderas sino inclusive construyeron nuevos buques en el extranjero y los registraron en los países Panlibhon. Las circunstancias que llevaron a esta práctica surgieron principalmente del mundo resquebrajado de la postguerra en el que algunos pabellones como el alemán, el italiano y el japonés habían virtualmente desaparecido; el pabellón griego se había reducido a una cuarta parte en comparación al periodo anterior a la guerra; una situación parecida se había apreciado en el caso del pabellón inglés; el francés y

⁹ Hernández Izal, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰ Boczet, *Flags of Convenience*, Harvard University Press, Cambridge, 1962, p. 6.

¹¹ Boczet, *op. cit.*, p. 7.

¹² Boczet, *op. cit.*, p. 10.

¹³ Karmel, Roberta S., *Labor Law, International Law and the Panlibhon Fleet*, en *New York University Law Review*, vol. 36, núm. 7, noviembre, 1961, p. 1341.

el holandés eran demasiado elevadas. Estos factores obligaban a los países tradicionalmente marítimos a pedir cuotas e impuestos altos.¹⁴

Otra circunstancia de interés que favoreció la formación de flotas Panlibhon en la época de la postguerra es que durante el tiempo de las hostilidades se produjo un gran número de buques y surgió posteriormente el problema de su reemplazo. El programa "Trade-Out and Build" en los Estados Unidos de Norteamérica fue un decidido impulso para los pabellones de conveniencia. El programa permitía originalmente el traslado de aquellos buques a un registro extranjero condicionado a que el propietario lo reemplazara con un buque nuevo de semejante utilidad que navegara bajo bandera americana. Los lineamientos de este programa norteamericano se liberalizaron en 1960 y la transferencia de los buques se permitió sin demandar la construcción de nuevos buques.¹⁵

El aumento del tonelaje de los países Panlibhon es realmente estratosférico. En el año de 1948 Liberia tenía únicamente 2 buques registrados, que representaban solamente 772 toneladas. Actualmente Liberia es la primera flota mercante del mundo con 25 millones de toneladas. Panamá en 1965 contaba con 692 buques que representaban 4 756 154 toneladas.¹⁶ Panamá fue hasta 1954 el principal país que otorgaba pabellones de conveniencia, sin embargo a partir de este año ha sido desplazado por Liberia. La razón aparente por la que Liberia capta la mayor parte de los buques es que goza de una mayor estabilidad política.

Hemos visto que los armadores y los propietarios tienen un franco interés en ampararse bajo los pabellones de conveniencia. El interés de los países Panlibhon es no menos importante. El argumento central lo enunciaba el representante de Panamá en la Conferencia de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar: son países subdesarrollados que necesitan urgentemente atraer divisas y medios de financiamiento, así como incorporar nuevos procedimientos tecnológicos.¹⁷

II. La nacionalidad de los buques

Aun cuando el término de la nacionalidad se ha reservado técnicamente para definir el vínculo político-jurídico que une a un individuo con un Estado,¹⁸ el empleo del concepto nacionalidad de los buques se

¹⁴ Hernández Izal, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵ Vázquez Escobedo, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶ Vázquez Escobedo, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷ Naciones Unidas. *Conferencias sobre el Derecho del Mar*, Ginebra, 1958, vol. iv, p. 70.

¹⁸ Niboyet ha enunciado con estas palabras la definición tradicional de nacionalidad: "La nacionalidad es el vínculo político-jurídico que relaciona a un individuo con un Estado." (Niboyet, J. P., *Principios de Derecho Internacional Privado*, Editora Nacional, S. A., México 1954, p. 1.)

encuentra ampliamente difundido.¹⁹ Así lo ha destacado el profesor Sobarzo Loaiza al señalar que la mayor parte de las convenciones e instrumentos internacionales sobre la materia aluden invariablemente a la "nacionalidad de los buques".²⁰

Antiguamente la relación entre un buque y su Estado se basaba en la noción del territorio flotante. Esto es, se veía al buque como parte integrante del territorio del Estado.²¹ Esta concepción de la territorialidad de un buque se basa estrictamente en una ficción o metáfora.²² Actualmente esta teoría del territorio flotante no puede sostenerse ya que dentro del territorio de un Estado, en virtud del principio de la soberanía estatal, no pueden darse interferencias. Es el caso de los buques en el alta mar, en ciertas circunstancias se permiten interferencias por otros Estados; esto se aprecia en el derecho de reconocimiento a buques que se sospecha se dedican al tráfico de esclavos o a la piratería; la persecución continua (*hot pursuit*) en el alta mar a buques infractores de las leyes de un Estado en sus aguas territoriales; la inspección de barcos neutrales en tiempo de guerra por buques militares de los beligerantes.

El fundamento de la nacionalidad de los buques descansa en una explicativa menos elaborada y es la de darle jurisdicción al alta mar. En razón de no haber en el alta mar un poder supranacional que controle el cumplimiento de los preceptos internacionales, cada Estado que otorga su pabellón tiene la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de estos preceptos por sus buques. De aquí, el interés y la trascendencia de la nacionalidad. La importancia de la nacionalidad de los buques se apoya en las siguientes consideraciones:²³

a) Las relaciones jurídicas que tienen lugar a bordo de un buque se rigen por la ley del Estado que otorga su nacionalidad.

b) El barco se encuentra al amparo del Estado del pabellón y puede reclamar su protección diplomática y consular.

c) Le son aplicables los tratados concluidos por el Estado de que depende.

El derecho de los Estados de otorgar su pabellón y su nacionalidad se encuentra consagrado en el artículo 4 de la Convención de Ginebra

¹⁹ Para citar un caso, el autor Danjon dice: "En todos los países civilizados no se concibe que un buque no tenga nacionalidad." Danjon, Daniel, *Tratado de Derecho Marítimo*, Madrid Editorial Reus, 1931, p. 45.

²⁰ Sobarzo Loaiza, Alejandro, *Apuntes del Seminario sobre pabellones de Conveniencia*, Doctorado en Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 1969.

²¹ *Panlibhon Registration of America Owned Merchantships; Government Policy and the Problem of the Courts*, "Columbia Law Review", 1961, p. 712.

²² Colombos, John C. *Derecho Internacional Marítimo*, Madrid, Ed. Aguilar, 1961, p. 194.

²³ Murguía Rosete, Antonio, *Pabellones de conveniencia*, 1969, p. 5 (Estudio inédito facilitado gentilmente por el autor).

sobre el Alta Mar de 1958, que a la letra dice: "Todos los Estados con litoral o sin él tienen el derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera."

El pabellón es el signo aparente que prueba la nacionalidad de un buque, sin embargo de ninguna manera es el testimonio definitivo de la nacionalidad.²⁴ En este sentido Mc Dougal apunta que la bandera es un medio fácil de alterar, lo mismo que la documentación, lo que obliga a tener como auténtica prueba de la nacionalidad al registro.²⁵

El registro se encuentra universalmente aceptado como el instrumento probatorio de la nacionalidad. Su aparición en el tiempo se remonta a la época del imperio romano.²⁶ Su configuración moderna se da en las Leyes de Navegación dictadas en el siglo xvii en Inglaterra que establecieron como obligatorio el registro de los buques.

El derecho internacional no señala específicamente cuáles son los documentos necesarios para comprobar la nacionalidad de un buque; tal cuestión la deja a la competencia del derecho interno de cada Estado.²⁷ La Convención de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958 en su artículo 5 dejó a los Estados signatarios la posibilidad de determinar estos documentos al expresar: "Cada Estado expedirá, para los buques a los que haya concedido el derecho de enarbolarse su pabellón, los documentos procedentes."

El caso *Virginus*²⁸ marcó el principio de que únicamente el Estado que otorga la nacionalidad puede juzgar si el buque lleva la debida documentación y si obtuvo adecuadamente el pabellón.

Criterio formal y substancial. Se ha dicho que cada Estado tiene facultad para fijar las condiciones conforme a las cuales otorga su registro y con él su nacionalidad. La facultad exclusiva del Estado en esta materia deriva del principio de la soberanía de los Estados. Esto lleva a una gran diversidad de prácticas y tendencias por parte de los Estados que brindan su nacionalidad. Es posible ubicar esta abundante variedad de prácticas en dos criterios principales: el criterio substancial y el criterio

²⁴ Don Justo Sierra destacaba en el siglo pasado: "... pero este signo (la bandera), no es bastante, porque si lo fuera nada sería más fácil que suplantar la bandera. Por tanto tienen que llevar los papeles del buque que así lo acrediten". Citado por Sierra Manuel, *Derecho Internacional Público*, 4ª ed., México, Porrúa, 1963.

²⁵ Mc Dougal y otros, *Maintenance of Public Order at sea and the Nationality of Ships*, "American Journal of International Law", vol. 54, núm. 1, enero, 1960, p. 97.

²⁶ Mc Dougal, *op. cit.*, p. 98.

²⁷ Murguía Rosete, *op. cit.*, p. 10.

²⁸ El *Virginus* fue incautado en 1873 por un crucero español, por sospechase que violaba las leyes de navegación de los Estados Unidos y navegaba bajo pabellón norteamericano rumbo a Cuba con el propósito de ayudar a los insurgentes de aquella isla. Véase Colombos, John, *The International Law of the Sea*, Longmans, sexta edición, 1967, p. 296.

formal.²⁹ El primero para otorgar su nacionalidad demanda el cumplimiento de numerosos requisitos: la nacionalidad de los propietarios, la nacionalidad del capitán y los oficiales, la nacionalidad de la tripulación, la obligación de visitar los puertos nacionales y de realizar las reparaciones necesarias en los astilleros del país. El criterio formal es el opuesto y es el seguido por los países Panlibhon; para otorgar su nacionalidad piden únicamente el trámite administrativo del registro, mismo que puede hacerse en los consulados de estos países, en cualquier lugar del mundo. En este orden de ideas resulta de interés detenernos en los regímenes adoptados por los países Panlibhon para la concesión de su nacionalidad.

A. *Panamá*. La legislación de Panamá requiere, para otorgar la matrícula panameña, el registro de cualquier buque con un tonelaje superior a 500 toneladas; el registro puede efectuarse en algún puerto de la República o en un consulado en el extranjero.³⁰

El artículo 1008 del Código de Comercio de Panamá autoriza el registro de buques si pertenecen a propietarios panameños o a extranjeros con cinco años de residencia en la República, o si son sociedades comerciales que tengan su dirección en Panamá. Los buques pueden matricularse en un consulado panameño en el extranjero y pueden ser dispensados de navegar hasta Panamá.

Los derechos de matrícula en Panamá son de una balboa por tonelada neta o fracción de tonelada. Anualmente los buques son gravados con 10 centavos por tonelada.

La entrega de permisos provisionales tiene lugar con el pago de 20 balboas; los permisos permanentes pagan 25 balboas.

B. *Honduras*. El Decreto de 3 de marzo de 1943, número 55, establece que los capitanes de ciertos puertos deberán encargarse de mantener un registro de la marina en donde serán matriculados los navíos de propiedad privada que deban o deseen adquirir la nacionalidad hondureña.

Todo armador, hondureño o extranjero, de un buque mercante que desee matricularlo para enarbolar el pabellón de Honduras debe presentar al gobierno por intermedio del ministerio de Guerra, de la Marina y la Aviación, una solicitud por escrito acompañada de otros documentos como la prueba de la propiedad del navío, los poderes del mandatario en caso de que el armador no se presente en persona, certificado del tonelaje y peso del buque. Si la solicitud es correcta el gobierno autoriza a la capitania de puerto correspondiente a matricular el navío en el registro de la marina mediante el pago de los derechos y a entregarle al interesado un certificado permanente de matrícula.

²⁹ Mender, *op. cit.*, p. 338.

³⁰ Roux, Jean Marc, *Les pavillons de complaisance*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961, p. 40.

El mismo Decreto en el artículo 19 apunta que todos los buques o yates de nacionalidad hondureña tienen la obligación de cubrir al Tesoro los derechos e impuestos siguientes:

- a) En el momento de matricularse el buque paga 50 centavos de dólar por tonelada bruta o por fracción de tonelada.
- b) Veinticinco dólares por el permiso del radio
- c) Un impuesto anual de 10 centavos por tonelada o fracción de tonelada.

Estos impuestos no pueden ser aumentados por un término de 30 años que se cuentan a partir del momento en que se realiza la matrícula.

C. *Liberia*. La Sección II del Título V del Código Marítimo de Liberia estipula que todo navío que haya sido construido o que pertenezca a un ciudadano de Liberia o de un país extranjero puede registrar sus buques en Liberia. El registro puede concederse a todo tipo de navío sin importar el lugar de construcción, ni la nacionalidad o lugar de residencia del propietario si cubre los impuestos correspondientes.

Los buques matriculados bajo el pabellón de Liberia están sujetos a una nota de 1.20 dólar por tonelada neta y una tasa anual de 10 centavos de dólar por tonelada. El Código Marítimo de Liberia señala que los impuestos no pueden ser aumentados por 20 años.³¹

Para tener una base comparativa sobre los lineamientos legislativos de estos países, podemos detenernos en los regímenes de algunos países que siguen el criterio substancial.

A. *Estados Unidos de Norteamérica*. La Ley de 31 de diciembre de 1792 exigía para el registro de un buque:

- a) ser construido en los Estados Unidos,
- b) ser propiedad de ciudadanos americanos,
- c) ser propiedad de personas morales norteamericanas.

En el año de 1920 se estableció para que una sociedad fuese considerada con nacionalidad norteamericana que por lo menos la mitad del capital perteneciese a ciudadanos norteamericanos.

Esta misma ley de 1920 dispone que el presidente y los directores de la sociedad, así como los oficiales y la tripulación de los buques, deben ser nacionales de los Estados Unidos de Norteamérica.³²

B. *México*. La Ley de Vías Generales de Comunicación exige a los interesados para poder obtener la suprema patente de navegación que acredite la nacionalidad mexicana de un buque:

- a) Ser propiedad de mexicanos, personas físicas o morales.

³¹ Roux, *op. cit.*, p. 117.

³² Datos tomados del estudio de Murguía Rosete, *op. cit.*, p. 41.

- b) La nacionalidad mexicana de los oficiales y la tripulación.
- c) Que desarrollen actividades de carácter industrial en la República Mexicana.

Como se puede apreciar de los regímenes bosquejados en párrafos anteriores no existe ningún grado de uniformidad en los sistemas domésticos de los Estados. En el ámbito internacional sigue imperando el principio de la soberanía estatal: cada Estado fija los requisitos conforme a los cuales concede su nacionalidad a un buque, sin embargo, se advierte un vigoroso movimiento de ideas en favor de una reglamentación internacional sobre la materia. Prueba palpable de esto es la posición sostenida por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en la preparación de las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar que culminó en el artículo 5 de la Convención sobre Alta Mar que contiene el enunciado de la "Relación Auténtica".

III. La relación auténtica

La aparición de las flotas Panlibhon y las consecuencias económicas que producen han obligado a los juristas a intentar una fórmula de solución. Esta fórmula se encuentra representada por el principio de la "relación auténtica".

La noción de la "relación auténtica" surge desde el año de 1896 en el Instituto de Derecho Internacional. Se estableció por un lado la regla general de la libertad absoluta de los Estados para otorgar su nacionalidad, pero por otro lado se contemplaba la posibilidad de que una determinada legislación de un Estado que brindara la nacionalidad a un buque fuese inefectiva y no reconocida por otros Estados.³³ El desconocimiento de la nacionalidad de un buque podría darse cuando las normas conforme a las cuales se había otorgado obedecieran a lineamientos más liberales que los de la mayoría de los Estados.³⁴ Esta tendencia de exigir un mínimo de requisitos para considerar operativa la nacionalidad de un buque en el orden internacional no sería resucitada hasta los trabajos desarrollados de 1950 a 1955 por la Comisión de Derecho Internacional.

En las sesiones de la Comisión fue ardientemente defendido el concepto de la "relación auténtica" por los países tradicionalmente marítimos como los Países Bajos que fueron los principales promotores de la idea. La "relación auténtica" exige de los Estados, además del trámite administrativo del registro, una conexión real con los distintos órdenes del Estado, social, económico, jurídico, etcétera.

³³ "Para que la legislación de un Estado pueda ser eficaz en cualquier circunstancia es necesario que no se aparte demasiado de los principios que han aceptado la mayoría de los Estados y que pueden, por este mismo hecho, considerarse como constitutivos, a este respecto, de un elemento de Derecho Internacional." Citado por Vázquez Escobedo, *op. cit.*, p. 116.

³⁴ Boczet, *op. cit.*, p. 210.

La nacionalidad de los buques mercantes fue incluida en la primera sesión de la Comisión en 1949; el informe presentado a ésta en 1950 por el relator especial, el jurista holandés J. P. A. François expresó:

La atribución a las naves marítimas de una identidad y de una nacionalidad es el corolario del principio de la libre navegación de alta mar: de manera general incumbe a todo Estado soberano decidir a quién concederá el derecho de enarbolar su bandera y fijar las reglas a que estará sometido el otorgamiento de este derecho. Sin embargo, para que la legislación de un Estado sobre esta materia pueda ser eficaz en cualquier circunstancia, es necesario que no se aparte demasiado de los principios que han adoptado la mayoría de los Estados y que pueden, por este mismo hecho, considerarse como constitutivos, a este respecto, de un elemento del derecho internacional. Sólo así la libertad reconocida a los Estados no dará lugar a abusos ni a fricciones con otros Estados.³⁵

La Comisión de Derecho Internacional, en el segundo periodo de sesiones de 1950, en el tercero de 1951 y en el sexto de 1955, destacó que un buque para enarbolar una bandera debía cubrir con determinados requisitos, principalmente: I. Que la nave fuese en más de la mitad propiedad de: a) nacionales o de personas establecidas en el territorio del Estado de la bandera; b) de una sociedad colectiva o en comandita simple, de la que más de la mitad de los socios personalmente responsables sean nacionales o personas establecidas en el territorio del Estado; c) de una sociedad nacional por acciones con domicilio social en el territorio del Estado de la bandera. II. El capitán debe ser nacional del Estado de la bandera.

El requisito referente a la nacionalidad del capitán fue rechazado tanto en 1951 como en 1955 fundamentalmente porque en los países subdesarrollados no existen técnicos capacitados para desarrollar esta labor.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su octavo periodo de sesiones adoptó finalmente el artículo 29 que encuadraba la exigencia de la "relación auténtica". El mencionado artículo, que sería posteriormente sometido a la consideración de los miembros de las Naciones Unidas en 1958, quedó redactado en la siguiente forma:

I. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en un registro y tengan el derecho de enarbolar su bandera. Los buques

³⁵ Yearbook of the International Law Commission 1949, pp. 280-281. Véase también Vázquez Escobedo, *op. cit.*, p. 119.

poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar. No obstante, para que el carácter nacional del buque sea reconocido por los demás Estados deberá existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.

Como se ve, en la estructura del artículo aparecen concebidas dos tendencias respecto a la nacionalidad de los buques. En primer lugar la que postula la soberanía de los Estados: cada Estado puede determinar libremente conforme a qué condiciones concede su nacionalidad y su registro. En segundo lugar demanda de los Estados el cumplimiento de una relación auténtica. Sin embargo es evidente la deficiencia del artículo 29 al no precisar en forma alguna lo que se entiende por "relación auténtica".³⁶

En 1958 se adoptó la Convención sobre el Alta Mar cuyo artículo 5 se inspira en el modelo del artículo 29 del proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. El artículo 5 conserva la posición dualista a la que aludíamos en el párrafo anterior y aun cuando trata de presentar una noción más precisa de la "relación auténtica", el artículo no logra satisfacer plenamente las exigencias técnicas.

En el seno de la Conferencia de Ginebra de 1958 se presentaron posiciones en contra de la "relación auténtica". En este sentido puede apreciarse la postura de Panamá que pedía la supresión de cualquier mención de este principio. A su vez la delegación de los Estados Unidos de Norteamérica siguió un camino semejante y propuso el rechazo de la "relación auténtica" por su escasa posición. No obstante, la mayor parte de las delegaciones se manifestaron a favor de la "relación auténtica". Inclusive, la propia delegación de Liberia expresó que la concesión del pabellón no podía ser simplemente una formalidad administrativa.³⁷

El artículo 5 fue aceptado en los siguientes términos.

1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en su territorio en un registro y tengan el derecho de enarbolar su

³⁶ Algunos miembros de la Comisión, como el yugoslavo proponían que se especificara más claramente el sentido de la "Relación Auténtica": "... para que el carácter nacional del buque sea reconocido por otros Estados, será necesario: Párrafo 3: Que el fletador sea nacional del Estado de que se trate o una persona jurídica constituida con arreglo a lo dispuesto en las leyes de dicho Estado y que resida efectivamente en el territorio de ese Estado"; Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, p. 15.

³⁷ Welchs, de la delegación de Liberia, señaló en la Conferencia de Ginebra de 1958 que su país: "... Está de acuerdo en que para evitar abusos y conflictos debe establecerse que la concesión del pabellón por un Estado no debe ser una simple formalidad administrativa sin las consiguientes garantías." Naciones Unidas, *Conferencia sobre el Derecho del Mar*, Ginebra 1958, vol. IV, p. 22.

bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque; en particular el Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolen su pabellón, en los aspectos administrativo, técnico y social.

2. Cada Estado expedirá, para los buques a los que haya concedido el derecho de enarbolar su pabellón los documentos procedentes.

La relación auténtica, según es conceptuada en el artículo 5, se dirige hacia las materias administrativa, técnica y social. No existe ninguna alusión al aspecto judicial, en ninguno de sus órdenes, civil, penal o laboral. La interpretación que se desprende de tal cosa es que la comunidad internacional estima que estos asuntos son de interés primordial para el Estado y tienen reducida repercusión en el ámbito internacional.³⁸

La inclusión del principio de la "relación auténtica" es digna de elogio desde el momento en que trata de imponer requisitos para la concesión de la nacionalidad, sin embargo, por la forma en que es bosquejado este principio, aparece incompleto y es enunciado muy tímidamente. Existen otros presupuestos indispensables para que la relación auténtica pueda operar prácticamente: *a*) los requisitos que debe llenar todo buque para que tal vínculo exista; *b*) la sanción a la que se hará acreedor el buque en caso de que no exista el vínculo requerido; la sanción se sobrentiende que no puede ser otra que el desconocimiento de la nacionalidad; *c*) la situación en que habrá de quedar el buque cuya nacionalidad sea desconocida.³⁹

La confección incompleta del artículo 5 dio lugar a comentarios que no carecen de cierta fuerza argumental.

El concepto lleva a diversos conflictos de naturaleza jurídica. Una posible consecuencia bajo el régimen del artículo 5 sería el otorgar a un Estado que no fuese el del pabellón, el derecho de dictar reglas y normas a un barco "extranjero" cuando éste cumpliera los requisitos de nacionalidad, aunque sin tener por ello una "relación auténtica" con el Estado del pabellón. Por otro lado, señaló Liberia en la Conferencia de Ginebra, un Estado puede reclamar el derecho de ejercer jurisdicción penal sobre un barco extranjero, negando la nacionalidad demostrada por su pabellón y sus documentos, en caso de haber una relación auténtica entre el barco y el Estado reclamante. La imperfección técnica del artículo 5 puede dar lugar a que barcos sin una nacionalidad específica surcaran los mares; igualmente puede producir una inesperada y perjudicial extensión del derecho de visita en tiempos de paz.⁴⁰

³⁸ Malvagni, Atilo, *Los buques de bandera de conveniencia y la juridicidad del mar*, "Revista Jurídica de Buenos Aires", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, enero-junio de 1961, p. 113.

³⁹ Malvagni, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁰ *Conferencia sobre el Derecho del Mar*, vol. iv, p. 22.

Por su parte, el internacionalista mexicano Padilla Nervo, en el octavo periodo de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional se pronunciaba en contra del defectuoso concepto de la relación auténtica por no establecer a cargo de quién quedaba la prueba de la "autenticidad de la relación".

IV. La práctica jurídica internacional ha brindado algunos casos en los que el principio de la relación auténtica ha sido aceptado, o bien rechazado. Consideramos pertinente detenernos en estos casos.

1. *Caso Nottebohm*. El caso Nottebohm es seguramente el más relevante. Los hechos esenciales del caso son los siguientes: Friedrich Nottebohm era nacional alemán de origen y había mantenido siempre relaciones con los miembros de su familia que permanecían en Alemania, así como relaciones de negocios con dicho país. Por 34 años radicó en Guatemala donde desempeñó sus actividades y donde estaba el centro principal de sus intereses. Nottebohm se naturalizó en Liechtenstein sin tener ahí ningún domicilio, ni ninguna residencia prolongada al momento de la solicitud de la naturalización. No existió intención alguna de radicar en Liechtenstein en ningún momento, por el contrario, Nottebohm regresó a Guatemala poco después de haber obtenido la naturalización con la intención de permanecer en dicho país. Nottebohm fue expulsado de Guatemala como medida de guerra en 1943. El caso fue a la Corte Internacional de Justicia el 17 de diciembre de 1951 cuando el Principado de Liechtenstein presentó una demanda contra la República de Guatemala en la que pedía indemnización por algunas medidas de guerra tomadas por Guatemala contra la persona de Nottebohm que comprendían, arresto, expulsión del país, rechazo a su readmisión y confiscación de sus propiedades sin compensación.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia estableció que había una falta de relación entre Nottebohm y Liechtenstein, y como contrapartida, que existía una íntima conexión entre Nottebohm y Guatemala. La Corte señaló que Guatemala no estaba obligada a reconocer la naturalización de Nottebohm en Liechtenstein. El argumento central manejado por la Corte fue que debía necesariamente existir una conexión real y efectiva entre un individuo y la jurisdicción doméstica de un país. La sentencia dice textualmente en uno de sus puntos:

... Han hecho prevalecer la nacionalidad efectiva, la que concuerda con la situación de hecho y que se basa en un vínculo de hechos más fuertes entre el interesado y uno de los Estados cuya nacionalidad está en disputa. Los factores tomados en consideración son diversos y su importancia varía de un caso a otro: *el domicilio del interesado tiene gran importancia, pero existe también la sede de sus intereses, sus*

*vínculos de familia, su participación en la vida pública, el amor a un país determinado manifestado por él o inculcado a sus hijos, etcétera.*⁴¹

No cabe duda que los lineamientos del caso *Nottebohm* inspiraron la secuencia jurídica que dio lugar al artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar. Write, representante de Nueva Zelanda, hizo alusión al celebrado fallo destacando la similitud entre el caso en cuestión y los pabellones de conveniencia.⁴² Sin embargo, el trasplante de los enunciados surgidos en el Caso *Nottebohm* a otro tipo de problemas ha sido severamente atacado por algunos autores. Las críticas se inspiran en el hecho de que el Caso *Nottebohm* se refiere exclusivamente a personas físicas y no a otro tipo de objetos como los buques.⁴³ Si recordamos las palabras de la Corte, que nosotros destacábamos en cursivas, alude a "...vínculos de familia, su participación en la vida pública, el amor a un país determinado manifestado por él o inculcado a sus hijos, etcétera".

2. *El caso de la Organización Internacional Marítimo-Consultiva.* El problema de las flotas Panlibhon se hizo sentir en el seno de la IMCO. El conflicto surgió en la primera conferencia de esta organización celebrada en Londres el 6 de enero de 1959, cuando las potencias marítimas europeas bloquearon la designación de Panamá y Liberia para el Comité de Seguridad de la IMCO. Liberia y Panamá se contaban entre los 8 países con el tonelaje registrado más elevado; contaban respectivamente con el tercer y octavo lugar mundiales.⁴⁴ Esto les daba, de acuerdo con el artículo 28 (a),⁴⁵ de la Carta Constitutiva de la Organización, la posibilidad de ser designados automáticamente como miembros del Comité de Seguridad. Francia y la República Federal de Alemania por contar con el noveno y el décimo lugar se veían desplazados en la designación de Liberia y Panamá por la Asamblea; se pidió una Opinión Consultiva

⁴¹ Las letras cursivas son nuestras.

⁴² *Conferencia sobre el Derecho del Mar*, Ginebra 1958, vol. iv, p. 65.

⁴³ The Criteria which the Court specifies for siving content to its concept of genuine link are, again, quite clearly relevant only to human beings and wholly inapplicable to inanimate objects, like ships" Mc. Dougal y Burke, *op. cit.*, p. 1030.

⁴⁴ Goldie, L. F. E., *Recognition and Dual Nationality, A problem of Flags of Convenience*, "The British year Book of International Law", 1963, Oxford University Press, p. 270.

⁴⁵ El Artículo 28 fracción a), dispone: "El Comité de Seguridad Marítima se compondrá de catorce miembros elegidos por la Asamblea entre los gobiernos de los países que tengan un interés importante en las cuestiones de seguridad marítima, de los cuales 8 por lo menos deberán ser aquellos países que poseen las flotas mercantes más importantes; los demás serán elegidos de manera que se asegure una representación adecuada, por una parte a los Gobiernos de los otros países con importantes intereses en las cuestiones de seguridad marítima, tales como los países nacionales entran, en gran número, en la composición de las tripulaciones o que se hallen interesados en el transporte de un gran número de pasajeros con cabina o sin ella, y, por otra parte, a los países de mayor área geográfica."

a la Corte Internacional de Justicia. La Corte fue requerida de opinar únicamente sobre la validez de la elección de acuerdo con los términos de los instrumentos constitutivos de la organización y no sobre el principio de la "relación auténtica", o sobre la legalidad de las flotas Panlibhon.⁴⁶

En junio 8 de 1960 la Corte emitió su opinión que fue aprobada por nueve votos contra cinco. Declaró que las elecciones para el Comité se habían desarrollado de una manera contraria a lo dispuesto por el artículo 28 de la Convención de la IMCO. La Corte resolvió que el criterio para reconocer a un país el derecho de ser miembro del Comité debería basarse en los índices derivados del tonelaje registrado.⁴⁷ La Corte rechazó para este efecto, otros criterios como la nacionalidad de los propietarios, de los accionistas o de otras personas interesadas. Es oportuno destacar que la Corte Internacional de Justicia en ningún momento estudió el problema en concreto de los Pabellones de Conveniencia.

3. *Barcelona Traction, Light and Power Company*. Otra materia donde puede aparecer insertado el principio de la relación auténtica es en el apartado de las sociedades, especialmente en el terreno conectado con la protección diplomática en favor de los accionistas y no de la corporación en sí. El caso recientemente fallado por la Corte Internacional de Justicia (febrero 1970) ilustra ampliamente en este sentido.

La Barcelona Traction, Light and Power Company fue creada y registrada en Toronto, Canadá, en 1911; estableció empresas subsidiarias para desarrollar actividades en España y aproximadamente un 88% del capital estaba detentado por nacionales belgas. Surge aquí una relación triangular entre los Estados, Bélgica, Canadá y España. Ante actos ilegales cometidos por España en contra de la compañía y ante la ausencia de ejercicio de protección diplomática por parte de Canadá, Bélgica argumenta la posibilidad de proteger a los accionistas, independientemente de la personalidad jurídica de la sociedad, que sin lugar a dudas tenía la nacionalidad canadiense.⁴⁸ En este sentido se manejó el principio

⁴⁶ Simonds, K. R. *The Constitution of the Maritime Safety Committee of IMCO*, "International and Comparative Law Quarterly", enero, 1963, p. 85.

⁴⁷ "The Court Appears to have accepted the arguments that registration itself provides the best evidence of a link between vessel and State and that registration itself is essentially a sovereign act. It was not necessary for the Court in view of its exclusion of elective discretion to consider the highly controversial genuine link theory." Simonds, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁸ En el derecho internacional público han existido tradicionalmente tres principios para el ejercicio de la protección diplomática: a) La nacionalidad. Esto es, que la persona física o moral objeto de la protección tenga la nacionalidad del Estado que ejerce dicha protección. La protección en favor de los accionistas ha sido muy discutida; la Corte Internacional de Justicia en su fallo de 5 de febrero de 1970, consideró en extremo peligroso abrir las compuertas a la protección diplomática para los accionistas pues tal medida podría originar una multiplicidad caótica de reclamaciones. La única oportunidad para proteger a los accionistas —señaló la Corte—

de la "relación auténtica". Bélgica sostuvo que, para poder ejercer la protección diplomática, no era necesario basarse en el principio tradicional de la nacionalidad de la sociedad, sino que tal protección podría ser ejercida por el Estado con el que la sociedad tuviese vínculos más estrechos como la nacionalidad de los accionistas. Algunos autores⁴⁹ coinciden con la postura adoptada por Bélgica y propusieron la extensión del principio concebido en el caso *Nottebohm*. Como se recordará el caso *Nottebohm* gira en función de personas físicas; los vínculos que se mencionan son el amor al país, la participación en la vida pública, los lazos de familia, etcétera. No obstante, los abogados en favor de la aplicación de este principio apuntan que en una compañía hay ciertos elementos que pueden ofrecer semejanza, como su contribución a la economía nacional, la nacionalidad de los accionistas, la nacionalidad de los directores de la empresa, etcétera.⁵⁰

La Corte Internacional de Justicia rechazó estos planteamientos y negó la aplicación de los principios establecidos en el caso *Nottebohm* a la protección diplomática de los accionistas. La razón primordial de esta posición se debe al peligro potencial de una multiplicidad de reclamaciones por parte de los Estados que consideraran afectados los intereses de sus nacionales accionistas.

Conclusiones

La problemática originada por las flotas Panlibhon descansa no únicamente en los intereses económicos opuestos de los países tradicionalmente marítimos y los nuevos países que brindan generosamente su pabellón. Existe en el fondo, otro interés esencial que es la seguridad del alta mar; en razón de no existir un poder supranacional en alta mar que controle la actividad de los buques. El Estado que otorga su pabellón es el encargado de vigilar el cumplimiento de las medidas internacionales en materia de navegación, señales, condiciones laborales, seguridad de los buques, etcétera. La interrogante fundamental es si los Estados Panlibhon pueden cumplir con esta responsabilidad y garantizar la seguridad de la navegación internacional.

Los países Panlibhon carecen de obras de infraestructura marítima; dispensan inclusive a los buques interesados en registrarse, de ir al país, y pueden hacerlo en cualquier consulado del Estado. Una estadística elaborada en 1953,⁵¹ sobre el porcentaje de accidentes de flotas con bandera

en forma separada a la sociedad es cuando la sociedad deja de existir. *b*) El agotamiento de los recursos internos, y *c*) El "clean hands", esto es, que el protegido no haya provocado con su conducta el acto que se reclama.

⁴⁹ Harris, David, *The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case*. "International and Comparative Law Quarterly", abril, 1969, vol. 18.

⁵⁰ Harris, *op. cit.*, p. 294.

⁵¹ Roux, *op. cit.*, p. 113.

de conveniencia indica que ofrecen el índice más alto: frente a la *Commonwealth* británica que tenía 32 accidentes con 2 990 navíos, que representaban un porcentaje de 1.1, y frente a los Estados Unidos de Norteamérica con 17 accidentes, en 1 640 buques que representaba un porcentaje de 1.0%, Liberia y Panamá brindaban el siguiente panorama: Liberia 2 accidentes con 92 navíos, lo que equivale a un porcentaje de 2.0%, y Panamá con 8 accidentes y 517 navíos, lo que se traduce en 1.5 de porcentaje.

Debe mencionarse en este orden de ideas el desastre del buque-tanque Torrey Canyon hace tres años que constituye el accidente más espectacular de la marina mercante. Este buque-tanque de 118 000 toneladas estaba registrado en Liberia, pertenecía a propietarios norteamericanos, y los oficiales eran italianos.

Actualmente Panamá, Liberia y Honduras han substituido su control gubernamental con los servicios de las compañías aseguradoras internacionales en todas las cuestiones de seguridad, y buenas condiciones del navío y su administración. Sin embargo, en las palabras de Vázquez Escobedo, esas agencias privadas de información no gozan del poder coercitivo que sólo las autoridades nacionales tienen para exigir el cumplimiento de sus disposiciones. El escaso control sobre los buques lo ilustra el caso de Costa Rica que otorgó banderas de conveniencia del año de 1941 a 1958. La imposibilidad de ejercer jurisdicción, en todos los aspectos de los buques, llevó a un caos extraordinario que se tradujo en actividades de contrabando, violaciones a los derechos de los trabajadores del mar, etcétera. Por esta circunstancia, Costa Rica abolió el régimen liberal que tenía para la concesión de su nacionalidad a los buques.

Se ha dicho que el otorgar la nacionalidad es un atributo soberano de los Estados. De conformidad con este enunciado cada Estado concede su nacionalidad con base en su propio criterio, sin embargo, la soberanía no puede ser concebida como una facultad ilimitada. Así, la tendencia existente en materia de nacionalidad de los buques, de imponer un mínimo de requisitos en el orden internacional, de exigir una "relación auténtica" entre el buque y el Estado que otorga su pabellón nos parece plausible.

El principio de la "relación auténtica" ha sido criticado desde dos ángulos: Primero, porque representa en gran medida el transporte de un principio originalmente dirigido a las personas físicas, según el célebre caso *Nottebohm*; segundo por su escasa precisión técnica de acuerdo con los términos del artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958. Pensamos al respecto que negar la posibilidad de extensión del principio de la "relación auténtica" a otras realidades es encerrarse en una visión literal, rígida y estéril. Es el mismo caso de ciertos autores que pretendieron negar a las organizaciones internacionales la calidad de sujetos del derecho internacional por no contar con un territorio, con una

población y con un poder soberano. En el caso de los individuos la “relación auténtica” podrá encontrarse en sus vínculos de familia, de amor al país, de participación en la vida pública, etcétera. En el caso de los buques la relación podrá hallarse en la nacionalidad de los propietarios, la nacionalidad de la tripulación, etcétera. Aun en el caso de las sociedades, en circunstancias especiales, la relación auténtica, puede aparecer en la nacionalidad de los accionistas, el monto de capital que detentan, etcétera. En este sentido se pronunció en su Opinión Individual anexa a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Barcelona Traction Company, el juez Fitzmaurice. Por último, el argumento de las deficiencias técnicas del artículo cinco debe obligar a buscar una fórmula más idónea y perfectible, pero no a suprimirla.

Ricardo MÉNDEZ SILVA