

El Caso Fujimori:
Apuntes para una estrategia jurídica
frente al Japón

A mi Laly

Por Raul Villanueva Pasquale
Licencié en Droit international

Introducción	i
Principales abreviaciones empleadas	iv
1. Competencia de la Corte Internacional de Justicia	1
1.1. Limitaciones rationae temporis	3
1.1.1. ¿Cuándo nace el diferendo?	3
1.1.2. El principio de Reciprocidad en relación a la entrada en vigor de la cláusula facultativa	7
1.1.3. Retroactividad	13
1.1.4. Conclusión	17
2. La cuestión de la nacionalidad	18
2.1. Los hechos	18
2.2. La doctrina de la nacionalidad efectiva	20
2.3. Críticas a la doctrina de la nacionalidad efectiva	25
2.3.1. Precedentes	27
2.4. Confirmación de la jurisprudencia posterior	52
2.5. Alcance de la doctrina de la nacionalidad efectiva	63
2.5.1. En la Jurisprudencia:	66
2.5.2. En los Tratados	69
2.5.3. En la Doctrina	71
2.5.4. ¿Y en caso de extradición?	77
2.6. Conclusiones	83
3. La posición del Japón	85
3.1. Con respecto a la nacionalidad de Fujimori	85
3.1.1. El reconocimiento	85
3.1.2. El Estoppel	93
3.1.2.1. El Japón durante diez años ha guardado silencio sobre la pretendida nacionalidad nipona de Fujimori dejando creer de manera verosímil que su única nacionalidad es la peruana	95
3.1.2.2. El Perú ha sido inducido a actuar o abstenerse de actuar	105
3.1.2.3. Perjuicio	110
3.1.2.4. Japón ha revertido su posición inicial	110
3.1.3. La Jurisprudencia	111
3.2. Con respecto al principio de la Nacionalidad Efectiva y de la doble nacionalidad	114
3.2.1. Vis-à-vis de la comunidad internacional	114
3.2.1.1. Población y migración	115
3.2.1.2. Convención de La Haya de 1930	118
3.2.1.3. El borrador japonés	119
3.2.1.4. Las “Bases de Discusión”	121
3.2.1.5. ¿Cual es el valor jurídico de estos actos?	127
3.2.2. Vis-à-vis del Perú	128
3.2.2.1. Valor jurídico del memorando	135
3.2.2.1.1. Desde el punto de vista de la forma: el memorando como instrumento de la diplomacia	135
3.2.2.1.2. Desde el punto de vista del fondo: El acto unilateral	136
3.2.2.1.2.1. Validez del acto	137
3.2.2.1.2.2. Interpretación	138
3.3. Conclusiones:	141
4. Extradición	142

4.1.	Concepto.....	142
4.2.	Definiciones	145
4.3.	El deber de extraditar	146
4.4.	La Competencia Discrecional o Dominio Reservado	150
4.5.	Límites al dominio reservado.....	153
4.5.1.	Abuso de derecho:.....	155
4.6.	Recepción de la teoría del abuso de derecho en la jurisprudencia internacional 158	
4.7.	Quidquid est in territorio est etiam de territorio.....	179
4.8.	Elementos objetivos del abuso de derecho: la prueba.....	181
4.8.1.	Intención de causar daño	184
4.8.1.1.	Intención.....	184
4.8.1.2.	Presencia de daño (injury).....	190
4.8.2.	Desvío del objetivo social o exceso de poder	191
4.8.3.	Desproporción manifiesta de interés	194
4.8.4.	Lo arbitrario, insensato, irrazonable.....	196
4.8.4.1.	Análisis de lo razonable	197
4.8.4.1.1.	Verificación de la existencia de un motivo legítimo que justificaría el comportamiento del Estado japonés.....	198
4.8.4.1.1.1.	Necesidad de justificar: existencia de motivo.....	198
4.8.4.1.1.2.	Carácter legítimo del motivo.....	199
4.8.4.1.2.	Nexo de causalidad entre el motivo invocado y el comportamiento del Estado	200
4.8.4.1.2.1.	Eficacia de la posición adoptada por el Japón.....	201
4.9.	Anulación del acto calificado como abuso de derecho	205
4.10.	Conclusión.....	206
	Conclusiones finales.....	208
	Anexo I Tratados y Convenios Internacionales	211
	Adhesión al sistema de la cláusula facultativa de la CPIJ.....	211
	Anexo II Documentos Varios.....	220
	QUESTIONNAIRES ADOPTED BY THE COMMITTEE AT ITS SECOND SESSION, HELD IN JANUARY 1926.	222
	Respuesta del Japón	224
	ANALYSES OF REPLIES RECEIVED FROM GOVERNMENTS TO QUESTIONNAIRES SUBMITTED BY MEMBERS OF THE COMMITTEE.....	226
	Borrador japonés	229
	Bases de discusión.....	231
	MEMORANDUM.....	239
	CUESTIONARIO FORMAL POR ESCRITO SOBRE EL EX-PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DEL PERU, SR. FUJIMORI.	243
	El Caso Fujimori y la postura del Japón	250
	Sobre la extradición del ex presidente Fujimori.....	251
	Tablas de la jurisprudencia anotada	257
	Bibliografía selectiva.....	259

Introducción

El 17 de Noviembre del año 2000, el hasta entonces Presidente en funciones de la República del Perú, Alberto Fujimori, arribaba a Tokio en una escala imprevista, proveniente de Brunei donde había tenido lugar la Cumbre Presidencial del Foro de Cooperación Asia Pacífico. La gira presidencial comprendía inicialmente una escala en Panamá donde el Presidente debía asistir a la Cumbre Iberoamericana. En Panamá, el canciller de ese país, Miguel Alemán, se encargaría de anunciar que Fujimori no asistiría a la Cumbre. El mandatario había cambiado repentinamente sus planes y desviado su ruta hacia el Japón, dando como excusa la gestión de un crédito de ese país con el objeto de equilibrar el presupuesto de la República para el año 2001. Días antes había perdido el control del Congreso, debido a la censura de la que fue objeto la presidenta de esa cámara, Martha Hildebrandt.

Mientras tanto en el Perú arreciaban los rumores de una posible renuncia luego de que el congresista Barba Caballero difundiera la versión de que el Presidente estaba negociando el asilo en Malasia.

Según la revista Caretas, “el sábado 18 las noticias se tornan aún más borrosas. Surge la versión de que está agripado y que no regresará al Perú hasta el miércoles 22. En El Peruano aparece una resolución que termina de mover el avispero: se encarga la presidencia al vicepresidente Márquez "en tanto dure la ausencia del Presidente"”.

Todo había empezado un par de meses antes cuando, a mediados de Setiembre, el líder del Frente Independiente Moralizador, Fernando Olivera, presentara a la opinión pública un video en el cual aparecía el asesor del Servicio de Inteligencia Nacional y brazo derecho del Presidente, Vladimiro Montesinos Torres, en flagrante delito de soborno al diputado Alberto Kouri recientemente “adquirido” por el oficialismo luego de haber resultado electo por un partido de la oposición en las controvertidas elecciones generales del 2000. El impacto de la noticia hizo remecer hasta los cimientos del régimen y un par de días después el Presidente anunciaba la realización de nuevas elecciones para el año siguiente y la desactivación del SIN. Era el comienzo del fin.

El fin tendría lugar el 19 de Noviembre en Tokio cuando mediante fax¹, el ciudadano Fujimori consuma el delito de abandono de cargo. Comienza entonces otra historia; la historia de una huida que pretende burlar – una vez más – a la justicia peruana, la historia inédita de un país – el Japón – que se asocia a esa burla extendiéndole el manto de la impunidad bajo el cobijo de una nacionalidad de conveniencia, la historia de las acusaciones constitucionales, las comisiones congresales y las investigaciones judiciales a las que se viene sometiendo al ex mandatario prófugo y, finalmente, las historias de los rumores, declaraciones, notas periodísticas y artículos de prensa sobre las posibilidades de obtener la extradición de Fujimori.

El “caso Fujimori”, como ya ha empezado a llamársele, se presenta como un asunto complejo que involucra diversas ramas del derecho como el derecho constitucional, penal, civil, administrativo, internacional público y privado y que plantea no pocas interrogantes, tanto a nivel teórico como práctico, en cada una de ellas.

¹ Ver anexo I

El propósito del presente estudio es el de ofrecer algunas respuestas, desde el punto de vista del derecho internacional público, a las múltiples interrogantes que el caso plantea, sin por ello pretender abarcar la totalidad del problema en sus diferentes facetas. El enfoque elegido se limita a dar una replica a las afirmaciones hasta ahora avanzadas por la contraparte japonesa en el sentido de que Fujimori es japonés y que el Japón no extradita a sus nacionales. La perspectiva adoptada es la de un recurso ante la Corte Internacional de Justicia para contradecir tales afirmaciones.

La eficacia de un recurso ante la Corte de La Haya ha sido puesta en duda por algunos juristas en artículos publicados recientemente sobre el tema². Otros, en cambio, proponen acudir a la Corte para que esta “anule” la nacionalidad japonesa de Fujimori³. En ambas tesis se pone énfasis en la polémica y supuesta nacionalidad nipona reconocida por ese gobierno, olvidando quizás que el objetivo de la justicia y el Estado peruano es conseguir la extradición del ex mandatario y no la determinación de su nacionalidad, predominante o no. Dentro de esta perspectiva la pretendida nacionalidad nipona se presenta como un obstáculo que, bien es cierto, es necesario superar, sin embargo no por ello debe confundirse con el objetivo final. En relación a esto, quizás no este demás recordar que dentro del ámbito del derecho internacional, tal y como lo afirmaba la sentencia de la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso de los Intereses alemanes en la Alta Silesia, “*municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States*”⁴. Comentando este pasaje, la Comisión Italo-americana en el caso Flegenheimer precisaba: “*The results is that, in an international dispute, official declarations, testimonials or certificates do not have the same effect as in municipal law. They are statements made by one of the Parties to the dispute which, when denied, must be proven like every other allegation.*”⁵. En tal sentido, los argumentos esgrimidos por el Japón en función de su propia ley de nacionalidad, el Koseki de Fujimori o las limitaciones que le impone su ley de extradición, no tienen ningún poder vinculante frente a una jurisdicción internacional, no son sino simples alegaciones cuya validez y pertinencia deben ser probadas.

Teniendo en cuenta lo que antecede, nuestro trabajo se ha centrado en la perspectiva de un recurso ante la CIJ para que esta declare la ilegalidad de una negativa japonesa a extraditar si esta se basara en los pretextos hasta ahora esgrimidos, es decir: que Fujimori es japonés, que el Japón no extradita a sus nacionales y que no existe tratado de extradición entre Perú y Japón.

La primera interrogante que plantea la proposición de un recurso ante la CIJ es la cuestión de su competencia y en particular en este caso, las excepciones *ratione temporis* que pudieran surgir por el hecho de no haber efectuado, el Perú, la declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte. El primer capítulo aborda el tema desde la perspectiva de la posición peruana actual y de las dificultades que de ella pudieran surgir. En razón de las particularidades del affaire, la competencia *ratione materiae* de la Corte no es abordada, en cambio, de manera explícita en este capítulo. En efecto, los dos asuntos que dominan toda la

² OLIVARES MARCOS, Gustavo Adolfo. “El caso Fujimori ante el Derecho internacional y el Derecho japonés sobre nacionalidad”, *Cátedra*, Lima, 2001. Ver también; ANDERSON, Kent, “An Asian Pinochet?-Not Likely: The Unfulfilled International Law Promise of Japan’s Treatment of Former Peruvian President Alberto Fujimori”, 38 *Stanford J. Int’l L.*

³ TAFUR, Juan Carlos. ¿Lo quieren traer?, Diario *Correo*, 13-02-03. Ver igualmente las declaraciones del congresista Mauricio Mulder recogidas por el diario La República edición del 26-12-2002.

⁴ CPIJ, sentencia del 25 de mayo de 1926 en el Caso relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, Series A, N° 7, pág. 19.

⁵ RSA XIV, págs. 337-338.

cuestión, a saber: el problema de la nacionalidad y la extradición, pertenecen ambos al llamado “Dominio Reservado” de competencia exclusiva o discrecional del Estado y en consecuencia la competencia de la Corte debe ser deducida en cada uno de estos temas y la cuestión es abordada en los capítulos correspondientes. Por lo que se refiere a la cuestión de la nacionalidad, la competencia de la Corte viene establecida por los preceptos que se desprenden del caso *Nottebohm* que es analizado en detalle en el punto 2.2. En cuanto a la competencia de la Corte sobre el tema de la extradición, esta se deduce por vía indirecta en base a la jurisprudencia internacional (puntos 4.6 y 4.7). En ninguno de los dos casos es puesta en duda la competencia discrecional del Estado japonés pero la argumentación retenida obligaría a la Corte, en caso de que una excepción de inadmisibilidad fuera interpuesta, a resolver la excepción junto al fondo del asunto.

El segundo capítulo se centra en el tema de la nacionalidad y la doctrina del vínculo genuino o nacionalidad efectiva sin pasar por alto las críticas de que fuera objeto en su momento el precedente que juega el rol de *leading case* en la materia. Un análisis detallado de los precedentes jurisprudenciales demuestra que la doctrina tiene vigencia internacional desde por lo menos el primer tercio del siglo XIX. La diversidad de casos de figura en que la noción es aplicada prueba que más que una doctrina, de lo que se trata es de un principio general del derecho y como tal, perfectamente aplicable a nuestro caso.

En el tercer capítulo estudiamos la posición del Japón en relación a la cuestión de la nacionalidad de Fujimori y de la doble nacionalidad tanto de cara a la comunidad internacional como frente al Perú. La investigación realizada nos permite constatar la incongruencia entre la posición que ese gobierno viene adoptando en este asunto y la mantenida tradicionalmente y que se desprende de la evolución operada en su legislación interna así como de las declaraciones de sus autoridades y manifestaciones su política exterior.

Finalmente en el último capítulo abordamos el tema de la extradición, las dificultades que plantea y algunos de los argumentos que podría desarrollar el Perú ante la jurisdicción internacional frente al abuso de la excepción de no extradición de nacionales que significa, por parte del Japón, al dar amparo a una nacionalidad de conveniencia.

El propósito que nos ha guiado a lo largo de la investigación que hoy día presentamos es el de contribuir, desde nuestra modesta posición de ciudadano de a pie, al esclarecimiento de algunos temas que encienden el debate nacional en torno a este controvertido asunto que empaña la honra y entorpece el actuar de la justicia de nuestra nación. Al margen de nuestras carencias propias, nuestro trabajo se ha visto limitado por la falta de acceso, que la distancia impone, a las dos principales fuentes de referencia que involucra el caso, a saber, los archivos de las cancillerías de ambos países que sin duda aportarían la luz necesaria a más de uno de los puntos tratados y permitirían desarrollar otros que han quedado en el tintero faltos de mayor información. Debemos lamentar igualmente la poca información que hemos podido encontrar en lo referente a la legislación japonesa, particularmente en lo que se refiere a la ley de extradición ella es nula en la bibliografía occidental. Finalmente, al enfocar el trabajo desde el punto de vista del derecho internacional, abstracción hecha de los cargos imputados y las investigaciones en curso contra el ex mandatario, hemos obviado toda referencia al tema de las violaciones a los derechos humanos, que está llamado a jugar un rol preponderante en caso de que el gobierno peruano decidiera contestar internacionalmente la decisión japonesa en caso que esta fuera negativa.

Bruselas, 08 de mayo del 2003

Principales abreviaciones empleadas

AFDI	Annuaire français de droit international
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
AJIL	American Journal of International Law
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ASIL	American Society of International Law
BYBIL	British Yearbook of International Law
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPIJ	Corte Permanente Internacional de Justicia
GYIL	German Yearbook of International Law
HILJ	Harvard International Law Journal
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de droit international
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
JDIP (Clunet)	Journal de droit international privé
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
RAI	Recueil des arbitrages internationaux
RBDI	Revue Belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RDILC	Revue de droit international et de la législation comparée
RDIP	Revue de droit international privé
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RSA	Recueil des sentences arbitrales
RSCDPC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

1. Competencia de la Corte Internacional de Justicia

De manera general, la competencia de la CIJ está fundada en el artículo 36 de su Estatuto el cual dispone que dicha competencia se extiende a todos los litigios que las partes le sometan. La misión de la CIJ es la de resolver, según las reglas del derecho internacional, los diferendos de orden jurídico que los Estados le sometan. Un diferendo jurídico internacional es, como lo ha dicho la CPJI, “*un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses*”⁶ (competencia *ratione materiae*). Esta competencia *ratione materiae* está definida por el numeral 2º del mismo artículo que establece que la Corte puede conocer de cualquier controversia que verse sobre: la interpretación de un tratado; cualquier cuestión de derecho internacional; la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

Sólo los Estados tienen capacidad para plantear litigio frente a la Corte, y sólo contra otros Estados (competencia *ratione personae*, artículo 34) pero la CIJ no puede avocarse a un litigio si previamente los Estados en causa no han aceptado su competencia. Este consentimiento por parte de los Estados es una regla básica en derecho internacional y puede manifestarse de tres maneras⁷:

- a- por medio de un *compromiso* por el que dos o más Estados acuerdan someter un determinado diferendo a la decisión de la Corte
- b- Por medio de una *cláusula contenida en un tratado* (cláusula de compromiso) que establezca que todo diferendo entre las partes sobre la interpretación del tratado que la contiene deberá ser sometido a la Corte.
- c- Por medio de una *declaración unilateral*, esta posibilidad está reservada a los Estados que forman parte del Estatuto de la Corte⁸. Este sistema, llamado de la cláusula facultativa, establece la competencia obligatoria de la CIJ para todo diferendo que surja entre los Estados que hayan formulado dicha declaración.

A primera vista, la vía del compromiso quedaría descartada si el Japón mantiene la posición cerrada que ha sido la suya desde el inicio de este diferendo⁹. En efecto, las autoridades japonesas han afirmado reiteradamente que el asunto será tratado de acuerdo a las leyes japonesas exclusivamente no dejando entrever ninguna posibilidad de acuerdo en el terreno internacional.

⁶ Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, sentencia del 30 de Agosto de 1924 CPIJ Serie A N° 2, pág. 11.

⁷ Ver en: http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase/cbasic_whobringcases.html

⁸ Según el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, “Todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”

⁹ El Ministerio de Relaciones del Perú estuvo recopilando los recortes periodísticos sobre el tema en su página web hasta el mes de Mayo del 2001, las notas pueden ser consultadas en:

<http://www.rree.gob.pe/domino/nsf/binformativo.nsf/76ec0a7219aeffd4052569d9005a999b/349080d31a78441605256a470055ffe5?OpenDocument>

La segunda vía restringiría el acceso a la CIJ sólo para aquellos casos en los que existiera un tratado ratificado por Perú y Japón y que contuvieran la cláusula de compromiso¹⁰

La tercera posibilidad es la que presenta mayores ventajas por ser la más abierta, ningún acuerdo previo con la otra parte es necesario, ninguna limitación en cuanto a la materia del litigio más allá de las establecidas por el artículo 36 del Estatuto de la CIJ. Esta vía, sin embargo, impone la condición de que los Estados en causa hayan aceptado previamente la cláusula facultativa que le otorga a la Corte la competencia necesaria para ejercer su jurisdicción de manera obligatoria.

Como consecuencia de las obligaciones que le fueron impuestas al término de la Segunda Guerra Mundial por el Tratado de San Francisco de 1951¹¹, el Japón aceptó la competencia obligatoria de la Corte mediante declaración formulada en setiembre de 1958¹², en consecuencia, en todo momento el Japón puede demandar o ser demandado por otro Estado que haya aceptado la misma obligación. Cabe señalar, sin embargo, que al aceptar la cláusula facultativa, el Japón emitió una reserva que es necesario tener en cuenta y que invalida la competencia de la Corte para aquellos casos en que las partes hubieran decidido someter la cuestión a otro tribunal con carácter obligatorio y definitivo.

¹⁰ Es el caso de, por ejemplo, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (registro ONU N° 27627) ratificada tanto por Perú (16.01.1992) como por Japón (12.06.1992), cuyo artículo 32, (2) establece:

2. Toda controversia de esta índole que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo será sometida, a petición de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.

¹¹ Article 22

If in the opinion of any Party to the present Treaty there has arisen a dispute concerning the interpretation or execution of the Treaty, which is not settled by reference to a special claims tribunal or by other agreed means, the dispute shall, at the request of any party thereto, be referred for decision to the International Court of Justice. Japan and those Allied Powers which are not already parties to the Statute of the International Court of Justice will deposit with the Registrar of the Court, at the time of their respective ratifications of the present Treaty, and in conformity with the resolution of the United Nations Security Council, dated 15 October 1946, a general declaration accepting the jurisdiction, without special agreement, of the Court generally in respect to all disputes of the character referred to in this Article.

¹² 15 September 1958.

I have the honour, by direction of the Minister for Foreign Affairs, to declare on behalf of the Government of Japan, that in conformity with paragraph 2 of Article 36 of the Statute of the International Court of Justice, Japan recognizes as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation and on condition of reciprocity, the jurisdiction of the International Court of Justice, over all disputes which arise on and after the date of the present declaration with regard to situations or facts subsequent to the same date and which are not settled by other means of peaceful settlement.

This declaration does not apply to disputes which the parties thereto have agreed or shall agree to refer for final and binding decision to arbitration or judicial settlement.

This declaration shall remain in force for a period of five years and thereafter until it may be terminated by a written notice.

New York, 15 September 1958.

(Signed) Koto MATSUDAIRA,
Permanent Representative of Japan

to the United Nations.

<http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdocuments/basictext/basicdeclarations.htm#japo>

A diferencia del Japón, el Perú no ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Las razones de esta renuencia a aceptar la jurisdicción de la Corte fueron expuestas por el Embajador Luis Solari Tudela en sendos artículos publicados en la prensa nacional a mediados del 2001¹³. Según el Embajador, esta situación tendría su origen en el diferendo peruano ecuatoriano debido a las reticencias de este último a aceptar las obligaciones del Protocolo de Río. El “síndrome del Ecuador” – como lo llama el Embajador Solari – habría llevado a establecer una política sistemática de no-aceptación de la jurisdicción de la Corte en todos los tratados ratificados por el Perú que contienen la cláusula de compromiso¹⁴. Esta política habría devenido obsoleta, siempre según el Embajador Solari, luego de la firma de los acuerdos de 1998 con ese país. Abunda en ese sentido el hecho de que el Perú si aceptó la jurisdicción obligatoria del organismo antecesor de la actual Corte, vale decir, la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁵.

En todo caso, el Perú tiene siempre abierta la posibilidad de formular la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, a tenor del artículo 36 de su Estatuto.

Una primera pregunta nos viene a la mente entonces; a saber, si la Corte tendría competencia para conocer de un diferendo cuyos orígenes son anteriores a la aceptación de su jurisdicción por parte de uno de los Estados en causa.

1.1. Limitaciones rationae temporis

1.1.1. ¿Cuándo nace el diferendo?

El análisis de la competencia requiere que previamente se defina con precisión el momento en que nace el diferendo internacional. ¿Ha tenido lugar este hecho con el abandono de cargo en Tokio? ¿Con la invocación de la ciudadanía japonesa por parte de AFF? ¿Con el reconocimiento de la ciudadanía japonesa de AFF por parte de las autoridades japonesas? ¿Con los exhortos u otros documentos enviados a Japón por parte de las autoridades peruanas? ¿Con la orden de arresto internacional?

En primer lugar es necesario diferenciar los hechos y situaciones que están a la base del diferendo y el diferendo mismo. Los primeros forman parte de las condiciones necesarias para que surja el diferendo, sin ellos este no existiría. La acción u omisión de un Estado no constituyen un diferendo, incluso si otro Estado considera que son contrarias al derecho internacional. El diferendo sólo surge en el momento en que se manifiesta la oposición de puntos de vista de dos Estados con respecto a un objeto determinado.¹⁶

¹³ Ver anexo III, pág. 250 y 251

¹⁴ Es el caso de la convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes antes citada, el Perú introdujo la siguiente reserva al artículo 32:

“Acogiéndose a lo establecido en el párrafo 4 del artículo 32, el Perú declara al firmar la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas que no se considera obligado por los párrafos 2 Y 3 del artículo 32 por cuanto, para el caso de la presente convención, está de acuerdo en someter controversias a la Corte Internacional de Justicia siempre y cuando exista aceptación de las partes concernidas para ello, excluyendo toda forma unilateral.”

Esta política por parte del Estado peruano, estaría invalidando en la práctica la segunda vía evocada líneas arriba por cuanto habría eliminado de manera sistemática la posibilidad del recurso unilateral a la CIJ

¹⁵ Ver Anexo I, Pág. 211

¹⁶ DEBBASCH, Charles; La Compétence “ratione temporis” de la Cour Internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire. *RGDIP* 64, 1960, pág.. 236

La CIJ ha sentado jurisprudencia en la materia en el affaire Interhandel¹⁷ que oponía Suiza a los EEUU. En el caso de la especie, Suiza había demandado ante la CIJ que los EEUU devolvieran los haberes de la sociedad Interhandel por considerar a esa como una sociedad suiza y no alemana como estimaban los EEUU. La primera excepción preliminar planteada por los EEUU, tendía a que la Corte declarara su falta de competencia para conocer el caso argumentando que el diferendo se había originado antes del 26 de agosto de 1946, fecha en la cual entró en vigor la aceptación de los EEUU de la jurisdicción obligatoria de la Corte y que dicha aceptación contenía una reserva por la cual la competencia de la Corte estaría limitada a los diferendos que nacieran con posterioridad a esa fecha. El gobierno de los EEUU sostenía que el diferendo remontaba a mediados del año 1945 y que en múltiples oportunidades los dos gobiernos habían intercambiado opiniones divergentes antes del 26 de agosto de 1946¹⁸. La Corte rechaza esta excepción preliminar en razón de que¹⁹:

*El examen del expediente permite establecer que una demanda a esos efectos fue formulada por primera vez en nota de la Legación Suiza en Washington con fecha 4 de mayo de 1948. La respuesta negativa, que el Departamento de Estado califica como opinión definitiva, es del 26 de julio de 1948. Dos otras notas intercambiadas enseguida (el 7 de septiembre y el 12 de octubre del mismo año) confirman que las opiniones divergentes de los dos gobiernos, tuvieron por objeto un problema de derecho netamente definido, a saber, la restitución de los haberes del Interhandel en Estados Unidos y que las negociaciones llegaron rápidamente a un impasse. Así, el diferendo actualmente sometido la Corte se origina el 26 de julio de 1948, fecha de la primera respuesta negativa que el gobierno de los Estados Unidos presenta como su opinión definitiva consistente en desechar la demanda de restitución de los haberes. En consecuencia, el diferendo ha tenido lugar con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la declaración de los Estados Unidos.*²⁰

¹⁷ CIJ, sentencia del 21 de marzo de 1959, affaire del Interhandel.

Ver también en: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/csussommaire590321.htm>

¹⁸ “ While the United States has taken the position, ever since 1942, that Interhandel was a cloak for I. G. Farben of Germany and that the vested shares were property owned by or held for the benefit of I. G. Farben, the Swiss Government has taken the opposite view at least since the summer of 1945. As demonstrated above (*supra*, pp. 306), that opposite view was communicated by officials of the Swiss Government to several representatives of the United States Government on at least five occasions before August 26, 1946, namely in November 1945 and in May and early August of 1946. The conflicting views were exchanged by the two Governments, acting through representatives of the Swiss Federal Political Department and the Swiss Compensation Office, on the one hand, and representatives, of the United States Department Of State and Department of justice, ON the other, both in official discussions and by official correspondence dealing specifically with the Interhandel case” I.C.J. PLEADINGS, Interhandel Case (Switzerland v. United States of America

¹⁹ CIJ., Rec., 1959, pág. 21

²⁰ "L'examen du dossier permet d'établir qu'une demande à cet effet a été formulée par la Suisse pour la première fois dans la note de la Légation de Suisse à Washington en date du 4 mai 1948. La réponse négative, que le Département d'État qualifie d'opinion définitive, est du 26 juillet 1948. Deux autres notes échangées bientôt après (les 7 septembre et 12 octobre de la même année) confirment que les opinions divergentes des deux Gouvernements ont eu pour objet un problème de droit nettement défini, à savoir la restitution des avoirs de l'Interhandel aux États Unis, et que les négociations à ce sujet sont rapidement arrivées à une impasse. Ainsi, le différend soumis actuellement à la Cour se situe au 26 juillet 1948, date de la première réponse négative que le Gouvernement des Etats-Unis présente comme son opinion définitive consistant à rejeter la demande de restitution des avoirs. Par conséquent, le différend s'est élevé postérieurement à la date de l'entrée en vigueur de la déclaration des Etats-Unis”.

En el affaire del Derecho de Paso²¹, la India en su sexta excepción preliminar recusaba la competencia de la Corte en base a la limitación expresada en su propia declaración de la jurisdicción que otorgaba competencia a la Corte sólo para aquellos casos cuyo origen fuera posterior al 5 de febrero de 1930, la India pretendía que el diferendo era muy anterior a esta fecha²², mientras que el Portugal por su parte afirmaba que este databa de 1954. La tarea para la Corte era, entonces, la de fijar de manera indubitable la fecha en que la disputa tomó cuerpo.

De lo expuesto ante la Corte se desprende que antes de 1954 el pasaje había sido practicado de manera admitida como aceptable por ambas partes. Algunos incidentes se habían producido pero sin llevar a las partes a tomar posiciones de derecho netamente definidas y opuestas una a la otra... nada permite entonces de afirmar que el diferendo haya tenido su origen antes de 1954²³.

En la especie, la “toma de posiciones netamente definidas” había consistido en una respuesta negativa del Portugal al pedido de cesión territorial del gobierno de la India, concerniente a ciertos enclaves coloniales que ese país europeo mantenía en la región asiática. Frente a esta negativa, la India dispuso una serie de medidas (entre fines de 1953 y principios de 1954) que impedían el paso a las autoridades portuguesas para llegar a los enclaves.

En el caso de la “Compañía de Electricidad de Sofía”²⁴, el gobierno búlgaro se valía de la limitación *ratione temporis* contenida en la declaración belga de aceptación de la jurisdicción de la CPJI para contestar la competencia de la Corte. En este caso, el Estado búlgaro no contestaba que el momento en que se materializó el diferendo era posterior a la fecha a partir de la cual la declaración belga confería competencia a la Corte, pero alegaba en cambio que los hechos y situaciones sin los cuales el diferendo no hubiera tenido lugar, se produjeron con anterioridad a esa fecha. A este propósito, la Corte señaló:

La Corte no puede adoptar este punto de vista. Es exacto que puede afirmarse que las sentencias del Tribunal arbitral mixto han establecido, entre la Compañía belga de Electricidad y las autoridades búlgaras, una situación que es anterior a la fecha del 10 de marzo de 1926 y que se prolongan hasta el día de hoy. Sin embargo, no es a propósito de esta situación, ni de las sentencias que lo han establecido, que ha nacido el diferendo entre el gobierno belga y el gobierno búlgaro. La Corte recuerda aquí lo que dijo en su sentencia del 14 de junio de 1938 (Fosfatos de Marruecos, excepción preliminar). Las situaciones o los hechos que deben tomarse en cuenta, desde el punto de vista de la jurisdicción obligatoria aceptada en los términos de la declaración belga, son los únicos que

²¹ “Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond)”, arrêt du 12 avril 1960: C.I.J. Recueil 1960, pág. 6

²² “the Government of India reiterates its contention that during the whole of this period the British/Indian Government was continuously asserting a right to treat passage over Indian territory between Daman and the enclaves as a question falling exclusively within the jurisdiction of the territorial State; and it relies on that fact, together with any possible evidence of a Portuguese claim of right, as establishing that the dispute submitted to the Court is one with regard to a situation antecedent to 5 February 1930.

I.C.J. PLEADINGS, Case concerning Right of Passage over Indian territory (Portugal v. India) Vol I; pág. 186 Ver también en <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/cpoisommaire600412.htm>

²³ Il résulte, en effet, de ce qui a été exposé à la Cour qu’avant 1954 le passage avait été pratiqué d’une manière admise comme acceptable de part et d’autre. Quelques incidents s’étaient produits, mais sans amener les parties à prendre des positions de droit nettement définies et s’opposant l’une à l’autre... rien ne permet donc de dire que le différend ait pris naissance avant 1954 .

²⁴ “Compagnie d’Electricité de Sofia”; C. P. I. J. Série A-B, n° 77, pág. 81-82

*deben ser considerados como generadores del diferendo. Tal relación no existe entre el diferendo actual y las sentencias del Tribunal arbitral mixto; éstas constituyen la fuente de los derechos reivindicados por la sociedad belga, pero no son ellas las que han dado origen a diferendo: en efecto, las partes están de acuerdo en reconocer su carácter obligatorio y su aplicación no ha dado lugar a ninguna dificultad hasta la época de los hechos incriminados. No basta agregar, como lo hacen gobierno búlgaro, que sin esas sentencias el diferendo no habría tenido lugar, por la simple razón de que se podría también pretender que sin los hechos incriminados el diferendo tampoco se habría producido. Es verdad que un diferendo puede presuponer la existencia de una situación o de un hecho anterior, pero de ello no se deduce que el diferendo se haya originado a propósito de esta situación o de ese hecho. Es necesario que la situación o el hecho a propósito del cual se pretende que el diferendo ha tenido lugar, sea realmente la causa. Lo que en la especie está al centro de la discusión - y que debe ser considerado como los hechos a propósito de los cuales el diferendo tenido lugar - son los actos ulteriores reprochados por el gobierno belga a las autoridades búlgaras relativos a una aplicación particular de la fórmula que, en sí, no ha sido contestada en ningún momento. Las quejas formuladas a ese propósito por el gobierno belga apuntan a la decisión de la Administración de Minas del Estado búlgaro con fecha 24 de noviembre de 1934, así como a la sentencia de los tribunales búlgaros del 24 de octubre de 1936 y del 27 de marzo de 1937. Se trata, pues, de hechos posteriores a la fecha crítica. En consecuencia, la Corte estima que el argumento deducido de la limitación *ratione temporis* contenida en la declaración belga no es fundada.*²⁵

De los razonamientos de las diferentes citas expuestas se deduce entonces que un diferendo sólo nace cuando los puntos sobre los cuales recae la oposición de las tesis jurídicas constituyan una situación contenciosa claramente definida y determinada. En el presente caso,

²⁵ La Cour ne peut se rallier à cette manière de voir. Il est exact que l'on peut dire des sentences du Tribunal arbitral mixte qu'elles ont établi entre la Compagnie belge d'Électricité et les autorités bulgares une situation qui est antérieure à la date du 10 mars 1926 et qui se prolonge encore actuellement. Toutefois, ce n'est pas au sujet de cette situation ni des sentences qui l'ont établie qu'est né le différend entre le Gouvernement belge et le Gouvernement bulgare. La Cour rappelle ici ce qu'elle a dit dans son Arrêt du 14 juin 1938 (Phosphates du Maroc Exception préliminaire). Les situations ou les faits qui doivent être pris en considération au point de vue de la juridiction obligatoire acceptée dans les termes de la déclaration belge sont uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend. Une telle relation n'existe pas entre le différend actuel et les sentences du Tribunal arbitral mixte; celles-ci constituent la source des droits revendiqués par la société belge, mais ce ne sont pas elles qui ont donné naissance au différend: en effet, les Parties sont d'accord pour reconnaître leur caractère obligatoire, et leur application n'a donné lieu, à aucune difficulté jusqu'à l'époque des actes incriminés. Il ne suffit pas d'alléguer, comme le fait le Gouvernement bulgare, que, sans ces sentences, le différend ne serait pas né, pour la simple raison que l'on pourrait tout aussi, bien prétendre que, sans les actes incriminés, le différend ne se serait pas produit. Il est vrai qu'un différend peut présupposer l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend s'élève au sujet de situation ou de ce fait. Il faut que la situation ou le fait au sujet duquel on prétend que s'est élevé le différend en soit réellement la cause. Ce qui, dans l'espèce, est au centre de la discussion et doit être considéré comme les faits au sujet desquels le différend est né, ce sont les actes ultérieurs reprochés par le Gouvernement belge aux autorités bulgares relativement à une application particulière de la formule qui, en soi, n'a jamais été contestée. Les griefs formulés à ce sujet par le Gouvernement belge visent la décision de l'Administration des Mines de l'État bulgare en date du 24 novembre 1934, ainsi que les sentences des tribunaux bulgares du 24 octobre 1936 et du 27 mars 1937. Il s'agit là de faits postérieures à la date critique. En conséquence, la Cour estime que l'argument déduit de la limitation *ratione temporis* contenue dans la déclaration belge n'est pas fondé.

el diferendo con el Japón – si diferendo llega a haber – sólo se iniciará en el momento en que el Perú plantee formalmente una demanda de extradición y que esta demanda sea rechazada de la misma manera (formal) por parte del Japón. Por lo tanto, si el Perú llegara a aceptar la competencia de la Corte antes de que ese hecho se produzca, no habría en la especie ninguna dificultad con respecto a eventuales limitaciones *rationae temporis*.

1.1.2. El principio de Reciprocidad en relación a la entrada en vigor de la cláusula facultativa

La competencia obligatoria de la Corte está basada en el principio de reciprocidad, así lo establece el artículo 36 del Estatuto. El Japón por su parte, al aceptar la competencia de la Corte, lo ha hecho igualmente en términos de reciprocidad. La cuestión es de saber entonces si esta reciprocidad se extiende en el tiempo al momento de aceptación de la cláusula facultativa, es decir, si un Estado que ha aceptado la jurisdicción obligatoria con posterioridad a otro Estado, puede válidamente demandarlo ante la Corte.

Según Shabtai Rosenne²⁶:

*In the first place, the principle of reciprocity has no application whatsoever to the question of the entry into force or termination of the title of jurisdiction-that is to the simple element of time in the jurisdiction *ratione personae*. For this question, there must exist an element of mutuality, but this is not the same as reciprocity in the technical sense in which that term is used in relation to the compulsory jurisdiction. The entry into force and termination of the mutual obligations are governed exclusively by the general law of treaties as regards conventional titles of jurisdiction, and (today) by Article 36, paragraph 4, of the Statute as regards declarations accepting the compulsory jurisdiction. In each case the Court has to be satisfied that when the proceedings were commenced both parties were under the obligation to accept the jurisdiction of the Court. That - the factor of mutuality - is a *sine qua non* of the exercise of the jurisdiction and has nothing to do with reciprocity²⁷.*

En el affaire del Derecho de Paso, la Corte afirmaba:

Il n'est pas nécessaire que «la même obligation» soit définie de façon irrévocable au moment du dépôt de la déclaration d'acceptation pour toute la durée de celle-ci. Cette expression signifie simplement que, dans les rapports entre États qui adhèrent à la disposition facultative, tous et chacun sont liés par les obligations

²⁶ ROSENNE, Shabtai. *The time factor in the jurisdiction of the international court of justice*; 1960; pág. 50

²⁷ En primer lugar, el principio de reciprocidad no se aplica, en ninguna forma, a la cuestión de la entrada en fuerza o de la terminación del título de jurisdicción-esto es, al simple elemento del tiempo en la jurisdicción *ratione personae*. Sobre esta cuestión debe existir un elemento de mutuality, pero esto no es lo mismo que reciprocidad en el sentido técnico en el cual el término es usado con relación a la jurisdicción obligatoria. La entrada en fuerza y la terminación de las obligaciones mutuas son gobernadas exclusivamente por la ley general de tratados en lo que concierne a títulos convencionales de la jurisdicción y (hoy en día) por el artículo 36, párrafo 4, del Estatuto en lo que concierne a las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria. En cada caso será suficiente para la Corte que al momento de iniciarse el proceso, ambas partes se hallen bajo la obligación de aceptar la jurisdicción de la Corte. Esto, el factor de mutuality, es una condición *sine qua non* del ejercicio de la jurisdicción y no tiene nada que ver con la reciprocidad

*identiques qui existeraient à tout moment tant que l'acceptation les lie réciproquement.*²⁸

Este pasaje precisa el alcance de la frase “respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación” contenida en el párrafo 2, artículo 36 del Estatuto que establece el principio de reciprocidad dentro del sistema de la jurisdicción obligatoria. Esta “misma obligación” hace referencia al mero hecho de que las partes hayan aceptado dicha jurisdicción, sin importar el momento en el cual se haya materializado.

En opinión de Rosenne, al desestimar las primera, tercera y cuarta excepciones preliminares en el affaire del Derecho de Paso, la Corte habría establecido las siguientes proposiciones generales a propósito de la competencia obligatoria: 1) la reciprocidad no debe ser confundida con absoluta igualdad; 2) reciprocidad e igualdad deben ser enfocadas como relacionadas a ciertas previsiones del Estatuto o del título de jurisdicción; 3) la reciprocidad no tiene nada que hacer con el inicio del proceso y no opera como factor ecualizador en el momento en que el asunto es sometido a la Corte sino más bien para determinar el alcance de la jurisdicción.

Al respecto el mismo autor señala:²⁹

*The consequence is that the expression 'accepting the same obligation' has to be interpreted as referring to the obligation of judicial settlement in general terms, under Article 36 (2) of the Statute, and not to the content or scope of that obligation, which is the substance of the concept of reciprocity.*³⁰

Por su parte Charles Debbasch³¹ afirma:

*Il est évident que si un Etat a accepté la juridiction de la Cour antérieurement à un autre Etat, il ne peut, s'il est assigné par ce dernier, lui objecter qu'il est lié depuis moins de temps que lui. Entre deux Etats dont l'un a accepté la juridiction en 1950 et l'autre en 1960, la réciprocité permet seulement « à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre partie. Là s'arrête l'effet de la réciprocité ». Elle ne saurait permettre à l'Etat qui a accepté la juridiction en 1950 de déclarer qu'il n'est pas valablement obligé si une instance est formée contre lui en 1960, par celui qui a accepté la juridiction cette même année. Dès 1960 au moment où la Cour est saisie, les deux Etats sont liés l'un à l'égard de l'autre.*³²

²⁸ No es necesario que "la misma obligación" se encuentre definidas de manera irrevocable al momento del depósito de la declaración de aceptación para todo lo largo de su duración. Esta expresión significa simplemente que, en las relaciones entre los Estados que adhieren a la disposición facultativa, todos y cada uno de ellos se encuentra ligados por las obligaciones idénticas que pudieran ocurrir en cualquier momento mientras la aceptación los ligue recíprocamente.

²⁹ ROSENNE, Shabtai. *the law and practice of the international court of justice*, pág. 374

³⁰ La consecuencia es que la expresión "acepte la misma obligación" debe ser interpretada como haciendo referencia a la obligación de someterse a un arreglo judicial en términos generales, bajo el artículo 36 (2) del Estatuto, y no al contenido o al alcance de esa obligación, que es la sustancia del concepto de reciprocidad

³¹ DEBBASCH ; op cit ; pág. 252

³² Resulta evidente que si un Estado ha aceptado la jurisdicción de la Corte con anterioridad a otro Estado, aquél no puede, en caso de ser demandado por este último, objetable que se encuentra ligado por menos tiempo que él. Entre dos Estados de los cuales uno ha aceptado la jurisdicción en 1950 y el otro en 1960, la reciprocidad permite únicamente "al Estado que ha aceptado con mayor amplitud la jurisdicción de la Corte, de valerse de las reservas enunciadas por la otra parte. Allí termina el efecto de la reciprocidad" esta no podría permitir al Estado que aceptó la jurisdicción en 1950 de declarar que él no está válidamente obligado si un procedimiento le es

Estos comentarios vienen a propósito de la segunda excepción preliminar que los EEUU habían planteado en el affaire Interhandel³³ y según los cuales la Corte no era competente en razón de que el diferendo se había originado con anterioridad a la declaración suiza aceptando la competencia obligatoria.

D'après la deuxième exception préliminaire, le différend, même s'il est postérieur à la déclaration des Etats-Unis, s'est élevé avant le 28 juillet 1948, date d'entrée en vigueur de la déclaration de la Suisse; la déclaration des Etats-Unis contient une clause limitant la compétence de la Cour aux différends «qui s'élèveront à l'avenir», alors qu'il n'existe aucune clause de ce genre dans la déclaration suisse, mais le principe de réciprocité exigerait qu'entre les Etats-Unis et la Suisse la compétence de la Cour soit limitée aux différends nés après le 28 juillet 1948. La Cour observe que la réciprocité de déclaration portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permet à une partie d'invoquer une réserve qu'elle n'a pas exprimée dans sa propre déclaration mais que l'autre partie a exprimée dans la sienne. Par exemple, la Suisse pourrait, si elle était défenderesse, invoquer par réciprocité la réserve américaine contre les Etats-Unis si ceux-ci tentaient de porter devant la Cour un différend qui aurait pris naissance avant le 26 août 1946. Là s'arrête l'effet de la réciprocité; elle ne saurait autoriser un Etat, en l'espèce les Etats-Unis, à se prévaloir d'une restriction dont l'autre Partie, la Suisse, n'a pas affecté sa propre déclaration. La deuxième exception doit donc être rejetée en ce qui concerne la conclusion principale de la Suisse³⁴.

En el caso de la “Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria”³⁵, este último reprochaba el hecho de que su propia aceptación de la jurisdicción de la Corte databa de 1965, mientras que la de Camerún era solamente del 3 de marzo 1994 habiendo formulado demanda contra Nigeria el 29 del mismo mes y que actuando de tal forma, aquel país habría ignorado la condición de reciprocidad prevista en el artículo 36. la Corte señaló que:

entablado en 1960 por aquél Estado que ha aceptado la jurisdicción en esa misma fecha. Desde 1960, en el momento en que la Corte ha sido solicitada, los dos Estados se encuentran ligados el uno frente al otro

³³ CIJ; op cit; pág. 23. El párrafo ha sido extraído del resumen que aparece en la página Web de la Corte: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/csussommaire590321.htm>

³⁴ Según la segunda excepción preliminar, el diferendo, aún si es posterior a la declaración de los Estados Unidos, ha tenido su origen antes del 28 de julio de 1948, fecha de entrada en vigor de la declaración suiza; la declaración de los Estados Unidos contiene una cláusula limitando la competencia de la Corte a los diferendos "que tuvieran origen en el futuro" mientras que en la declaración suiza no existe ninguna cláusula de este tipo, pero el principio de reciprocidad exigiría entre los Estados Unidos y suiza la competencia de la Corte se encuentra limitada a los diferendos nacidos luego del 28 de julio de 1948. La Corte observa en la reciprocidad de la declaración sobre la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte permite a una de las partes de invocar una reserva ella no hubiera expresado en su propio declaración pero que la otra parte hubiera formulado en la suya. Por ejemplo, suiza podría, en el caso de que fuera la demandada, invocar por reciprocidad la reserva americana contra los Estados Unidos si estos intentarían llevar ante la Corte un diferendo que hubiera tenido su origen antes del 26 de julio de 1946. Allí se termina el efecto de la reciprocidad, éste no podría autorizar a un Estado, en la especie los Estados Unidos, a prevalerse de una restricción que la otra parte, en este caso suiza, no formulado en su propia declaración. La segunda excepción debe por tal motivo ser desechada en lo que concierne a la conclusión principal de suiza.

³⁵ ver en http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET/ccn/ccnjudgment/ccn_cjudgment_980611_frame.htm

*Tout Etat partie au Statut, en acceptant la juridiction de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36, accepte cette juridiction dans ses relations avec les Etats ayant antérieurement souscrit à la même clause. En même temps, il fait une offre permanente aux autres Etats parties au Statut n'ayant pas encore remis de déclaration d'acceptation. Le jour où l'un de ces Etats accepte cette offre en déposant à son tour sa déclaration d'acceptation, le lien consensuel est établi et aucune autre condition n'a besoin d'être remplie.*³⁶

Más adelante en la misma sentencia, la Corte precisa:

43. La Cour a eu à de nombreuses reprises à s'interroger sur le sens qu'il convient de donner à la condition de réciprocité pour l'application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. Dès 1952, elle a jugé dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. que, lorsque des déclarations sont faites sous condition de réciprocité, «compétence est conférée à la Cour seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer» (C.I.J. Recueil 1952, p. 103). La Cour a appliqué à nouveau cette règle dans l'affaire de Certains emprunts norvégiens (C.I.J. Recueil 1957, p. 23 et 24) et l'a précisée dans l'affaire de l'Interhandel où elle a jugé que :

«La réciprocité en matière de déclarations portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour permet à une partie d'invoquer une réserve à cette acceptation qu'elle n'a pas exprimée dans sa propre déclaration mais que l'autre partie a exprimée dans la sienne... La réciprocité permet à l'Etat qui a accepté le plus largement la juridiction de la Cour de se prévaloir des réserves à cette acceptation énoncées par l'autre partie. Là s'arrête l'effet de réciprocité.» (C.I.J. Recueil 1959, p. 23.)

En définitive, la notion de réciprocité porte sur l'étendue et la substance des engagements, y compris les réserves dont ils s'accompagnent, et non sur les conditions formelles relatives à leur création, leur durée ou leur dénonciation» (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 419, par. 62). Elle conduit seulement la Cour à vérifier si, au moment du dépôt de la requête introductive d'instance, «les deux Etats ont accepté «la même obligation» par rapport à l'objet du procès» (ibid., p. 420-421, par. 64).

*Ainsi, dans une instance judiciaire, la notion de réciprocité, comme celle d'égalité, «ne sont pas des conceptions abstraites. Elles doivent être rattachées à des dispositions du Statut ou des déclarations» (Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 145).*³⁷

³⁶ Al aceptar la jurisdicción de la Corte de acuerdo al párrafo 2 del artículo 36, todo Estado que forma parte de Estatuto, acepta esta jurisdicción en sus relaciones con los estados que anteriormente hayan suscrito la misma cláusula, al mismo tiempo que hace un ofrecimiento permanente a los otros Estados que forman parte del Estatuto y que todavía no han formulado la declaración de aceptación. El día que uno de esos Estados acepte este ofrecimiento, formulando a su vez la declaración de aceptación, el nexo consensual queda establecido **sin que se tenga que cumplir ninguna otra condición.**

³⁷ 43. La Corte ha tenido ocasión de interrogarse en diversas ocasiones sobre el sentido que conviene dar a la condición de reciprocidad en aplicación del párrafo segundo del artículo 36 del Estatuto. Desde 1952 ha considerado, en caso del Anglo-Iranian Oil Co que, cuando varias declaraciones son formuladas bajo condición de reciprocidad, "competencia es conferida a la Corte sólo en la medida en que ellas coincidan en conferir cerca" (C.I.J. Recueil 1952, pág. 103) la Corte ha aplicado de nuevo esta regla en el caso de ciertos préstamos noruegos (C.I.J. Recueil 1957, pág. 23 y 24) y ha tenido ocasión de precisarla en el caso del Interhandel en el que juzgo que:

Mas adelante en la misma decisión la Corte ha precisado que:

Dans le but de se protéger contre le dépôt de requêtes par surprise, le Nigeria aurait pu, en 1965, insérer dans sa déclaration une réserve analogue à celle que le Royaume-Uni avait ajoutée à sa propre déclaration en 1958. Une dizaine d'autres Etats ont procédé de la sorte. Le Nigeria ne l'a pas fait à l'époque. Il s'est borné, comme la plupart des Etats ayant souscrit à la clause facultative, à rappeler que les engagements qu'il prenait l'étaient, conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation. A la lumière de cette pratique, le membre de phrase additionnel «c'est-à-dire sous la seule condition de réciprocité» doit être considéré comme explicatif et ne posant aucune condition supplémentaire. Une telle interprétation «est en harmonie avec la manière naturelle et raisonnable de lire le texte» (C.I.J. Recueil 1952, p. 104) et la condition de réciprocité du Nigeria ne saurait être regardée comme une réserve racione temporis.³⁸

La reserva del Reino Unido³⁹ a que hace referencia la sentencia reza lo siguiente:

"La reciprocidad en materia de declaraciones que portan sobre la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte permite a una parte de invocar una reserva a esta aceptación que ella no ha formulado en su propio declaración pero que la otra parte ha formulado en la suya... la reciprocidad permite al Estado que ha aceptado de manera más amplia la condición de la Corte de valerse de las reservas a esta aceptación enunciadas por otra parte. Allí se termina el efecto de la reciprocidad" (C.I.J. Recueil 1959, pág. 23)

En definitiva, la noción de reciprocidad hace referencia a la extensión y la sustancia de las obligaciones, incluidas las reservas que las acompañan, y no a las condiciones formales relativas a su creación, su duración o su denuncia" (actividades militares y paramilitares en Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) competencia y admisibilidad., sentencia, C.I.J. Recueil 1984, pág. 419, par 62) la reciprocidad conducirá a la Corte únicamente verificar si, al momento de introducción de la demanda, "no dos Estados han aceptado "la misma obligación" en relación al objeto del proceso" (ibid., pág. 420421, par 64).

Así, en un procedimiento judicial, la noción de reciprocidad, como aquella de igualdad, "no son concepciones abstractas sino que deben estar en conexión a las disposiciones del Estatuto o de la declaraciones" (derecho de paso sobre territorio indio, excepciones preliminares, sentencia C.I.J. Recueil 1957, pág. 145).

³⁸ A fin de protegerse contra demandas sorpresivas, Nigeria hubiera podido insertar en su declaración de 1965 una reserva análoga a la que el Reino Unido había agregado a su propia declaración en 1958. Una decena de otros Estados han procedido de la misma manera. Nigeria no lo hizo en esa época sino que se ha limitado, como la mayor parte de Estados que han suscrito la cláusula facultativa, a recordar que las obligaciones que estaba aceptando, lo eran frente a cualquier otro Estado que aceptara las mismas obligaciones, conforme al párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto. A la luz de esta práctica, la frase adicional, "es decir bajo la sola condición de reciprocidad" debe ser considerada como explicativa sin que se pueda deducir ninguna condición suplementaria. Tal interpretación "está en armonía con la manera natural y razonable de leer el texto" (C.I.J. Recueil 1952 Pág. 104) y la condición de reciprocidad de Nigeria no podría ser tomada como una reserva **racione temporis**

³⁹ UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND
1 January 1969.

I have the honour, by direction of Her Majesty's Principal Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, to declare on behalf of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland that they accept as compulsory *ipso facto* and without special convention, on condition of reciprocity, the jurisdiction of the International Court of Justice, in conformity with paragraph 2 of Article 36 of the Statute of the Court, until such time as notice may be given to terminate the acceptance, over all disputes arising after 24 October 1945, with regard to situations or facts subsequent to the same date, other than:

- i. any dispute which the United Kingdom
 - a) has agreed with the other Party or Parties thereto to settle by some other method of peaceful settlement; or
 - b) has already submitted to arbitration by agreement with any State which had not at the time of submission accepted the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice;

...the Government of the United Kingdom... accept as compulsory ipso facto... the jurisdiction of the International Court of Justice... over all disputes... other than:

*iii disputes in respect of which any other Party to the dispute has accepted the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice only in relation to or for the purpose of the dispute; or where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other Party to the dispute was deposited or ratified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court.*⁴⁰

Resulta evidente que ante una tal reserva - que la misma Corte cita como ejemplo de restricción *ratione temporis* - el gobierno peruano no hubiera podido recurrir a la CIJ en el caso Fujimori. La declaración del Japón⁴¹, en cambio, no comporta ninguna reserva que pueda compararse a la del Reino Unido, por el contrario, ella se asimila a la de Nigeria⁴² que es comentada por la Corte.

En conclusión, el principio de reciprocidad en el sistema de la cláusula facultativa se limita al hecho de que la jurisdicción obligatoria haya sido aceptada por las partes en conflicto sin que se pueda objetar una falta a dicho principio por motivo de que una de las partes se hubiere sometido a la jurisdicción de la Corte con posterioridad a la otra parte. En ese sentido, la declaración de la Corte en el affaire del Derecho de Paso⁴³ es terminante:

En conséquence, tout État faisant une déclaration d'acceptation doit être censé tenir compte du fait qu'en vertu du Statut il peut se trouver à tout moment tenu des obligations découlant de la disposition facultative vis-à-vis d'un nouveau signataire, par suite du dépôt de la déclaration d'acceptation de ce dernier. Un État qui accepte la compétence de la Cour doit prévoir que une requête puisse

-
- ii. disputes with the government of any other country which is a Member of the Commonwealth with regard to situations or facts existing before 1 January 1969;
 - iii. disputes in respect of which any other Party to the dispute has accepted the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice only in relation to or for the purpose of the dispute; or where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other Party to the dispute was deposited or ratified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court.
2. The Government of the United Kingdom also reserve the right at any time, by means of a notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, and with effect as from the moment of such notification, either to add to, amend or withdraw any of the foregoing reservations, or any that may hereafter be added.
- New York, 1 January 1969.
(Signed) L. C. GLASS.

⁴⁰ ... el gobierno del Reino Unido... acepta como obligatoria ipso facto... la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia... sobre toda disputa... otra que:

iii disputas en relación a las cuales, cualquier otra Parte en diferendo hubiere aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia únicamente en relación o para los propósitos de esa disputa en particular; o cuando la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de la otra Parte haya sido depositada o ratificada menos de doce en meses antes denuncia que portó la disputa ante la Corte

⁴¹ *Ver supra, nota 14*

⁴² En 1998, luego de la sentencia que comentamos, Nigeria modificó su declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria introduciendo una serie de reservas, particularmente una análoga a la del Reino Unido que limita la competencia de la Corte frente a aquellos Estados que hayan formulado tal aceptación con menos de 12 meses de anterioridad a la introducción de la demanda

⁴³ CIJ, op cit; pág. 146

*être introduite contre lui devant la Cour par un nouvel Etat déclarant le jour même où ce dernier dépose une déclaration d'acceptation entre les mains du Secrétaire général. C'est en effet ce jour-là que le lien consensuel qui constitue la base de la disposition facultative prend naissance entre les États intéressés*⁴⁴.
[el resalte es nuestro]

1.1.3. Retroactividad

Como hemos podido observar, nada se opone a que el Perú tenga acceso a la jurisdicción de la Corte una vez que haya suscrito al sistema de la cláusula facultativa. Hasta aquí nuestro planteamiento ha sido simple. Hemos constatado en primer lugar que por el momento no existe ninguna disputa jurídica con el Japón, ningún diferendo susceptible de ser portado ante la Corte Internacional salvo el de una discusión puramente teórica sobre una cuestión de nacionalidad cuyo desenlace, en el momento actual y a falta de un pedido formal de extradición, no tendría en la práctica ningún efecto relevante. Hemos constatado enseguida que en previsión del diferendo que a todas luces debería surgir si las partes mantienen la postura hasta hoy adoptada, el Perú puede aplicar al sistema de la cláusula facultativa sin que este “retardo” en la aceptación de la competencia de la Corte pueda ser alegado por el Japón como medio de defensa para evadir la jurisdicción de la Corte. Pero ¿qué sucedería en el caso de que el Perú no hubiere aceptado la jurisdicción de la Corte antes de que el diferendo se materialice? ¿Tendría la Corte en ese caso competencia para conocer del affaire? ¿La jurisdicción de la Corte puede ser retroactiva?

Como norma general, una regla jurídica solo se vuelve obligatoria a partir del momento en que entra en vigor, este principio, aunque desprovisto de un carácter absoluto, tiene igual validez tanto dentro del orden interno como dentro del orden internacional.⁴⁵ En efecto, el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados establece:

28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Este mismo punto de vista fue sostenido por Sir Gerald Fitzmaurice durante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional⁴⁶:

⁴⁴ En consecuencia, todo Estado que formula una declaración de aceptación, debe ser tenido como ha advertido de hecho de que en virtud del Estatuto en cualquier momento puede encontrarse sujeto a las obligaciones que se desprenden de la disposición facultativa frente a un nuevo signatario como consecuencia del depósito de la declaración de aceptación de este último. Un Estado que aceptaba competencia de la Corte debe prever que una demanda en su contra puede ser introducida ante la Corte por un nuevo Estado que el mismo día ha depositado su declaración de aceptación entre las manos del Secretario General. En efecto, es en ese día mismo entre el nexo consensual que constituye la base de la disposición facultativa entre los Estados interesados tiene su origen

⁴⁵ ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*; vol.1, pág. 199

⁴⁶ Fourth Report on the Law of Treaties (The effect of Treaties), doc. A/CN.4/120, en *Annuaire de la Commission de Droit International* 1959, pág. 75. Citado por Rosenne en « The Time factor... » op cit ; pág. 54 (en inglés)

La question de la rétroactivité des traités risque de donner lieu à une certaine confusion. En un sens, un traité, quelle qu'en soit la teneur, ne peut jamais être rétroactif parce qu'il ne peut jamais entrer en vigueur avant la date qu'il prescrit ou, à défaut de précision à cet égard, avant la date qui résulte de l'application des principes déjà énoncés dans la première partie du chapitre premier du code. Toutefois, il est évident qu'un traité peut très bien stipuler que, nonobstant son entrée en vigueur à une date déterminée, il sera néanmoins réputé, dès son entrée en vigueur, se rapporter à certains égards à des événements antérieurs. Cependant, lorsqu'un traité a un effet rétroactif au sens ainsi indiqué, l'obligation de l'appliquer ou d'appliquer certaines de ses dispositions rétroactivement ne peut exister avant une certaine date, à savoir celle de l'entrée en vigueur dudit traité, ce qui n'empêche pas, mais au contraire explique, que l'obligation dont l'exécution doit avoir lieu rétroactivement naisse à cette date-là. Il est évident que ce résultat n'est possible que si le traité le prévoit expressément ou l'implique de façon absolument nécessaire. Quoi qu'il en soit, il y a toujours une présomption de non rétroactivité⁴⁷.

Sin embargo, esta presunción de no-retroactividad no parece jugar el mismo rol en lo que concierne a la jurisdicción de la Corte Internacional.

En el affaire Mavrommatis⁴⁸, la Corte permanente de Justicia Internacional señalaba que:

La Cour est d'avis que, dans le doute, une juridiction basée sur un accord international s'étend à tous les différends qui lui sont soumis après son établissement. ... La réserve faite dans de nombreux traités d'arbitrage au sujet de différends engendrés par des événements antérieurs à la conclusion du traité, semble démontrer la nécessité d'une limitation expresse de la juridiction et, par conséquent, l'exactitude de la règle d'interprétation énoncée ci-dessus⁴⁹.

El pasaje citado establece una norma general según la cual, en ausencia de reserva expresa sobre situaciones, hechos o disputas pasadas que la limiten, la jurisdicción de la Corte se extiende a todos aquellos hechos situaciones o disputas que fueren anteriores al establecimiento de la Corte o a la fecha del instrumento que le confiere jurisdicción. En otras palabras, en ausencia de limitación expresa, se presume la retroactividad de la jurisdicción.

⁴⁷ La cuestión de la retroactividad de los tratados puede dar lugar a una cierta confusión. En un sentido, un tratado, cualquiera sea su tenor, no puede nunca ser retroactivo porque jamás puede entrar en vigor antes de la fecha que él prescribe o, a falta de precisión sobre ese sujeto, antes de la fecha que resulte del aplicación de los principios enunciados en la primera parte del capítulo primero del código. Sin embargo, resulta evidente que un tratado puede muy bien estipular que nos ante su entrada en vigor en una fecha determinada, pueda ser reputado, desde su entrada en vigor, como refiriéndose a eventos anteriores en determinadas circunstancias. Sin embargo, cuando un tratado tiene un efecto retroactivo en el sentido indicado, la obligación de aplicarlo o de aplicar ciertas de sus disposiciones retroactivamente no puede existir antes de una cierta fecha, a saber, la de la entrada en vigor del dicho tratado, lo cual no impide, sino por el contrario explica, que la obligación cuya ejecución debe tener lugar retroactivamente, nazca en esta fecha. Es evidente que este resultado más posible sino cuando el tratado lo prevé de manera expresa o lo implica de manera absolutamente necesaria. Sea como fuere, existe siempre una presunción de no retroactividad

⁴⁸ CPIJ. Recueil; 1924 Serie A, N°2, Affaire Mavrommatis; pág. 35

⁴⁹ La Corte es de opinión que, en la duda, una jurisdicción basada sobre un acuerdo internacional se extiende a todos los diferendos que le sean sometidos luego de su establecimiento.... la reservas contenidas en numerosos tratado de arbitraje a propósito de diferendos engendrados por eventos anteriores a la conclusión del tratado parece demostrar la necesidad de una limitación expresa de la jurisdicción y, por consecuencia, la exactitud de la regla de interpretación arriba enunciada.

La misma opinión está contenida en la sentencia de la CPIJ en el affaire de los Fosfatos de Marruecos⁵⁰:

*La déclaration, dont l'instrument de ratification a été déposé par le Gouvernement français le 25 avril 1931, est un acte unilatéral par lequel ce Gouvernement a accepté la juridiction obligatoire de la Cour. La juridiction n'existe que dans les termes où elle a été acceptée. Dans l'espèce, les termes qui forment la base de l'exception ratione temporis présentée par le Gouvernement français sont parfaitement clairs*⁵¹

Y más adelante continúa:

*Si les termes qui expriment la limitation ratione temporis sont clairs, l'intention qui les a dictés n'en apparaît pas moins bien établie : en la formulant, on a entendu enlever à l'acceptation de la juridiction obligatoire tout effet rétroactif, soit pour éviter de façon générale de réveiller des griefs anciens, soit pour exclure la possibilité de voir déférés par requête à la Cour des situations ou des faits qui remontent à une époque où l'Etat mis en cause ne serait pas à même de prévoir le recours dont pourraient être l'objet ces faits et situations*⁵².

En este caso la Corte encontraría una efectiva limitación *ratione temporis* a su propia jurisdicción en la reserva formulada por Francia al adoptar el sistema de la cláusula facultativa. Se trata de un enfoque negativo de la cuestión, la Corte afirma que “al formularla (la limitación *ratione temporis*) se ha querido despojar de todo efecto retroactivo a la jurisdicción”, o lo que es lo mismo, a falta de reserva, la jurisdicción es retroactiva.

Sin embargo, suele citarse el caso *Ambatielos*⁵³ como contra ejemplo de las sentencias antes citadas, pero es necesario anotar que en dicho caso la Corte fue llamada a considerar la teoría – sostenida por el gobierno helénico – de las “provisiones sustantivas”, según la cual, las cláusulas contenidas en un tratado posterior que fueran similares a las contenidas en un tratado anterior devenido caduco y al que el nuevo instrumento venía a sustituir, debían considerarse como una extensión del antiguo tratado y podrían ser invocadas en el nuevo para deducir la competencia de la Corte. La CIJ consideró que aceptar esta opinión equivaldría a darle un efecto retroactivo al tratado posterior lo cual resultaba contradictorio con las provisiones del tratado mismo y por tal razón se rehusó a seguir esa vía declarando su falta de competencia, en otras palabras, la Corte no hizo sino ratificar la presunción de no-retroactividad de los tratados antes mencionada, pero deducir de allí que dicha sentencia

⁵⁰ CPIJ. Recueil; Serie A/B ; Affaire Phosphates du Maroc ; pags 23-24

⁵¹ La declaración, cuyo instrumento de ratificación fue depositado por el gobierno francés el 25 de abril de 1931, es un acto unilateral por el cual ese gobierno ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte. La jurisdicción sólo existe dentro de los términos en los que ha sido aceptada. El especie, los términos que forman la base de la excepción *ratione temporis* presentaba por el gobierno francés son perfectamente claros.

⁵² Si los términos que expresan la limitación *ratione temporis* son claro, la intención que los ha dictado aparece igualmente bien establecida: al formularla, se ha entendido despojar a la aceptación de la jurisdicción obligatoria todo efecto retroactivo, sea para evitar de manera general el despertar quejas antiguas, sea para excluir la posibilidad de que sean presentadas ante la Corte demanda sobre situaciones o hechos se remontan a una época en la que el Estado demandado no hubiera podido prever un recurso del cual pudieron ser objeto esos hechos y situaciones.

⁵³ CIJ; Recueil 1952, págs. 28 a 40. Ver también en: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/cguksommaire520701.htm>

reconocería la misma presunción en relación a la propia jurisdicción de la Corte sería, en nuestra opinión, una posición bastante aventurada.

Por lo demás, en el caso del Interhandel, la Corte dejó de lado la argumentación norteamericana contenida en la segunda excepción preliminar, según la cual aceptar la competencia de la Corte equivaldría a otorgarle un efecto retroactivo a la jurisdicción. En efecto, los EEUU sostenían que, en todo estado de causa, la disputa había tenido lugar antes del 28 de Julio de 1948, fecha de la declaración Suiza de aceptación de la jurisdicción de la Corte⁵⁴. Los EEUU por su parte habían formulado la misma declaración el 26 de Agosto de 1946 pero con la reserva de que la Corte sólo sería competente para conocer de los asuntos que tuvieran lugar a partir de esa fecha. El gobierno norteamericano pretendía que por la vía de la reciprocidad, esa misma reserva debía aplicársele a la Suiza, cuya declaración por su parte no contenía ninguna reserva en ese sentido. La Corte sentenció de la manera antes indicada⁵⁵, desechando el argumento de la supuesta reciprocidad y retomando la doctrina de la sentencia Mavrommatis: “...la jurisdicción basada sobre un acuerdo internacional se extiende a todos los diferendos que le sean sometidos luego de su establecimiento”⁵⁶ (el establecimiento de la Corte se entiende).

Retomando entonces nuestra pregunta inicial sobre lo que sucedería si el Perú no hubiere aceptado la jurisdicción de la Corte antes de que se origine el diferendo, y teniendo en cuenta que estaría demostrada “la necesidad de una limitación expresa de la jurisdicción”⁵⁷ y que la “jurisdicción sólo existe dentro de los términos en los que ha sido aceptada”⁵⁸ o lo que es lo mismo, la jurisdicción se presume establecida mientras no exista una limitación expresa contenida en una reserva;⁵⁹ y teniendo en cuenta igualmente que las reservas emitidas por el Japón⁶⁰ solo sustraen a la competencia de la Corte los asuntos que hubieren tenido lugar con anterioridad a la fecha de la misma aceptación (1958) y los que las partes hubieren convenido en someter a algún otro tribunal - ninguna de las cuales reservas despojarían de la competencia de la Corte al presente affaire – se deduce entonces que, dentro de la hipótesis planteada, la competencia de la Corte sólo dependería de las reservas eventuales que el Perú emitiera al momento de adherir al sistema de la cláusula facultativa.

En ese sentido resultaría interesante no perder de vista el desarrollo que puedan tener los distintos procesos de Legitimidad del uso de la fuerza⁶¹ entablados por Yugoslavia contra las potencias aliadas de la OTAN. En efecto, cinco de los Estados demandados en este caso⁶² han planteado excepción preliminar denegando jurisdicción a la Corte bajo el argumento de reciprocidad basado en la propia declaración de Yugoslavia (25 de Abril 1999) que limita la competencia de la Corte a los solos asuntos que pudieran sobrevenir luego de esa fecha mientras que los bombardeos aliados habrían comenzado días antes. En tal situación, la propia

⁵⁴ ICJ. Ver nota 18

⁵⁵ Ver Supra, pág. 10

⁵⁶ Ver Ch. DEBBASCH, op cit. Pág. 244

⁵⁷ Caso Mavrommatis, ver Supra pág.14

⁵⁸ Caso Fosfatos de Marruecos, ver supra pág.. 15

⁵⁹ En el mismo sentido opina Rosenne: “This is consistent with the major premise that the purpose of a clause of jurisdiction is always to confer jurisdiction on the Court and not to deprive the Court of jurisdiction.” S. ROSENNE, “The Time factor...” op cit; pág. 56

⁶⁰ Ver supra, nota 12

⁶¹ ver en: <http://www.icj-cij.org/cijwww/caffairespendantes.htm>

⁶² Canadá, Países Bajos, Portugal, España y Reino Unido. Ver en http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdocket/cyall/cyall_cr/cyall_ccr9925_19990512.html Sobre limitación ratione temporis ver párrafo 25 en: http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdocket/cyall/cyall_cr/cyall_ccr9916_19990510_translation.htm

reserva yugoslava estaría privando de jurisdicción a la Corte para conocer del caso y eso es lo que el Perú debería evitar de presentarse la hipótesis planteada.

1.1.4. Conclusión

En resumen podríamos anotar que la ley que gobierna la cuestión de la jurisdicción entre las partes y con relación a la Corte está compuesta de tres elementos de igual peso, a saber, el Estatuto y las dos declaraciones de aceptación de la jurisdicción.⁶³ En el caso que nos ocupa, dos de estos tres elementos están dados, la única variable la constituye la hipotética declaración del Perú aceptando la jurisdicción, de ella dependerá el conferir competencia a la Corte para conocer del caso.

Lo interesante de esta vía es el carácter obligatorio de la jurisdicción que ofrece la posibilidad de recurrir a la Corte sin necesidad de otro acuerdo de ninguna especie con la otra parte, lo cual, dada la reiterada posición del Japón, parece más que utópico en las actuales circunstancias. Por otro lado la Corte ofrece las garantías de un tribunal imparcial que aplicará exclusivamente las normas del Derecho Internacional.

⁶³ ROSENNE, “*The Law...*” op cit; pág. 411

2. La cuestión de la nacionalidad

2.1. Los hechos⁶⁴

Alberto Fujimori nació en Surco⁶⁵ (Lima, Perú) el 26 de julio de 1938⁶⁶, realizó sus estudios escolares en el colegio estatal Alfonso Ugarte. Ingresó a la Universidad Nacional Agraria de La Molina en 1956, titulándose en ingeniería agrónoma en 1961. Hizo estudios de postgrado en la Universidad de Wisconsin, EEUU y en la de Estrasburgo, Francia. Doctor Honoris Causa por las Universidades de Gleboux en Bélgica y San Martín de Porres en Lima.⁶⁷

En 1974 se casa la ciudadana peruana Susana Higuchi, con quien tendría cuatro hijos, todos nacidos en el Perú. Fue Jefe del departamento de matemáticas de la Universidad de La Molina, posteriormente ejercería de rector de esa misma universidad entre 1984 y 1989. En 1989 fundó el partido político Cambio 90 con el que ganó las elecciones generales del año siguiente. Fue reelecto en 1995 y en el 2000, luego de un controvertido proceso electoral. En noviembre de ese año fue dimitido del cargo por incapacidad moral permanente.

El artículo cuarto de la Constitución peruana de 1933 vigente a la época del nacimiento de AFF disponía lo siguiente:

Artículo 4.- Son peruanos los nacidos en el territorio de la República.

Por su parte, la ley japonesa de la nacionalidad (Nationality Act) de 1899 - vigente en 1938 con algunas modificaciones – basada en el principio del *ius sanguinis*, establecía que todo hijo de padre japonés adquiría esa nacionalidad desde su nacimiento.⁶⁸ De tal modo que nos encontramos ante el típico caso de doble nacionalidad debido a la superposición de los sistemas de *Ius Solis* y *Ius Sanguinis*.

⁶⁴ La sucinta recapitulación de los hechos que se expone a continuación está basada en documentos de segunda mano como artículos periodísticos o notas biográficas que figuran en la web, su propósito es únicamente el de ilustrar el tema y no puede ser tomada con la seriedad que otorga la consulta a la fuente directa.

⁶⁵ El lugar de nacimiento de AFF suscitó una fuerte controversia en el pasado a raíz de una investigación realizada por la periodista Cecilia Valenzuela que fuera publicada por la revista Caretas No 1475. Sin embargo, investigaciones posteriores parecen haber demostrado que Fujimori nació efectivamente en el Perú como lo aceptaba la propia revista Caretas en el No 1478.

⁶⁶ Según la revista Caretas: “Hay tres fechas de nacimiento documentadas: el 28 de julio, según la partida de nacimiento; el 4 de agosto, según la partida de bautizo; y el 26 de julio, según la inscripción en el Consulado del Japón que registra el "Koseki" familiar.” Caretas 1478, “El Fenómeno del Niño”, <http://www.caretas.com.pe/1478/fenomeno/fenomeno.htm> Nosotros hemos optado por la fecha del 26 de Julio que aparece en la edición del 20 de Junio del 2001 del diario La República: <http://www3.larepublica.com.pe/2001/JUNIO/pdf20/>

⁶⁷ Ver en <http://www.memo.com.co/scripts/fenonino/aprenda/diccionarios/biogresult.php3?bio=144> otros enlaces sobre el tema se encuentran en:

<http://nikkeinetas.japanref.com/spain/famosos/fujimori.htm> y <http://noticias.rcp.net.pe/noticia.phtml?NID=FG191100191442>

⁶⁸ HOSOKAWA, Kiyoshi. “Japanese nationality in international perspective” in *nationality and international law in Asian perspective*, T.M.C. ASSER INSTITUUT THE HAGUE; pág. 184 y ss. Ver también ULLOA, Alberto. *derecho internacional público*, pág. 435, par. 513

El principio según el cual a cada Estado le corresponde definir de manera autónoma la forma como se adquiere su propia nacionalidad y determinar quienes son sus nacionales, parece estar sólidamente establecido. Según la CPIJ^{69 70}:

« La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un Etat est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé. »

La Convención de La Haya de 1930⁷¹ sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad, en su artículo primero, recoge el mismo principio

“Corresponde a cada Estado determinar discrecionalmente, bajo su propia legislación, quiénes son sus ciudadanos. Esta legislación será reconocida por otros Estados en la medida que sea compatible con las convenciones internacionales y la práctica internacional, y con los principios de derecho generalmente reconocidos con respecto a la nacionalidad”

Sin embargo, la óptica cambia cuando la nacionalidad de un individuo afecta las relaciones entre dos Estados. En ese caso es al derecho internacional a quien le corresponde determinar las circunstancias que deben concurrir para que la nacionalidad haga surgir efectos jurídicos en el plano internacional⁷². En efecto, la CIJ ha señalado en el caso *Nottebohm*⁷³:

Lorsqu'un État a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre État a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces États, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces États reste jusque-là dans son ordre juridique propre.

Cette situation peut se trouver placée sur le terrain international et être examinée par un arbitre international, ou par le juge d'un État tiers. Si l'arbitre ou le juge de l'Etat tiers s'en tenait ici à l'idée que la nationalité relève uniquement de la

⁶⁹ CPIJ; avis consultatif; serie B n° 4; pág.. 24

⁷⁰ Ver también en *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649, 668 (1898) (“it is the inherent right of every independent nation to determine for itself, and according to its own constitution and laws, what classes of persons shall be entitled to its citizenship”); Advisory Opinion No. 4, *Tunis-Morocco Nationality Decrees*, 1923 P.C.I.J. (ser. B) No. 4, al 24 (questions of nationality are “in principle” within the “reserved domain” of domestic questions not subject to international law); *International Law Commission Survey of the Problem of Multiple Nationality*, International Law Commission, at 15, U.N. Doc. A/CN.4/84 (1954) (“*ILC Survey*”).

⁷¹ La Convención de La Haya del 12 de abril de 1930, entró en vigor el 1 de julio de 1937 y está registrada bajo el número 4137 en la Recopilación de Tratados de la Sociedad de Naciones. Fue ratificada por sólo doce Estados y posteriormente 7 otros accedieron a ella por sucesión. Canadá denunció la Convención en 1996. Ni Perú, ni Japón la han ratificado. No obstante las pocas ratificaciones que alcanzó esta Convención, a menudo es considerada como la expresión de una *communis opinio juris* (ver caso *Mergé*, RSA; XIV, pág. 242)

⁷² ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. “La responsabilidad internacional de l'individu”, *RCADI* 280, 1999; pág. 151

⁷³ CIJ *Affaire Nottebohm* (deuxième phase) Arrêt du 6 avril 1955 (*ICJ Reports*, 1955, 4)

Resumen del caso en la página Web de la CIJ <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/csummaries/clgsommaire550406.htm>.

Otro resumen en la Web en: <http://www.gwu.edu/~jaysmith/Nottebohm.html>

compétence nationale de l'État, il devrait constater qu'il est en présence de deux affirmations contradictoires émanant de deux États souverains, ce qui l'amènerait à les tenir pour égales et, en conséquence, à laisser subsister la contradiction sans trancher le conflit porté devant lui.

En consecuencia, el juez, o el árbitro internacional, debe dejar de lado la legislación interna de cada país y resolver la disputa en base a las reglas del derecho internacional.

2.2. La doctrina de la nacionalidad efectiva

La Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de sentar jurisprudencia en la materia con el Affaire Nottebohm⁷⁴.

⁷⁴ CIJ Affaire Nottebohm (deuxième phase) Arrêt du 6 avril 1955 (*ICJ Reports*, 1955, 4)

Resumen del caso en la página Web de la CIJ <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecision/csummaries/clgsommaire550406.htm>.

Otro resumen en la Web en: <http://www.gwu.edu/~jaysmith/Nottebohm.html>

Ver también:

- **Judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the case of Delalic et al. (I.T-96-21) "Celebici" 16 November 1998** apartado 257 y sigts : <http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/part3B.htm>
- **Celebici case, The Prosecutor v. Zejnail Delalic, Zdravko Mucic (a/k/a/ "Pavo"), Hazim Delic, Esad Landzo (a/k/a "Zenga")** Case No. IT-96-21-T <http://www.un.org/icty/Supplement/suppl1-e/celebici.htm>
- ver también el cuestionario dirigido al Profesor Economides en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia: <http://www.un.org/icty/transe21/971203it.htm> pág. 9482 y sigts.
- **The Iran - United States Claims Tribunal, Case A/18 Decision Concerning Jurisdiction over Claims of Persons with Dual Nationality** <http://www.gwu.edu/~jaysmith/Nottebohm2.html>
- ONU, **Economic and Social Council, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, FREEDOM OF MOVEMENT, IV. STATE SUCCESSION, NATIONALITY AND POPULATION TRANSFERS**, apartado 27: <http://www.hri.ca/forthecord1997/documentation/subcommission/e-cn4-sub2-1997-23.htm>
- **Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica**, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. A) No. 4 (1984). Apartado 37 y sigts. http://corteidh-oea.nu.or.cr/ci/PUBLICAT/SERIES_A/A_4_ING.HTM
<http://www.derechos.net/doc/cidh/nacio.html> (en castellano)
http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4ds.htm (en castellano)
http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4d.htm
- **LIODMILA KATKOVA vs THE MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION, Federal Court of Canada, VANCOUVER, B.C. May 2, 1997:** <http://www.fja.gc.ca/en/cf/1997/orig/html/1997fca20526.o.en.html>
- **Czech Republic, JUDGMENT, Constitutional Court of the Czech Republic; on the Acquisition and Loss of Citizenship of the Czech Republic**, apartado II : http://www.concourt.cz/angl_ver/decisions/doc/pág.-9-94.html
- **R. v. Cook**, ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA, apartado 139: http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1998/vol12/html/1998scr2_0597.html
- Jurisprudencia, Chipre. **Caglar v Billingham (Inspector of Taxes) and related appeals, Special Commissioners {Reported as [1996] 1 LRC 526}** <http://www.geocities.com/Paris/Cathedral/1193/caglar.txt>
- **Nationality, Expulsion, Statelessness and the Right to Return (Amnesty International)** apartados 2.1; 2.4.1 y 3.2 http://www.bhootan.org/amnesty/amnesty_09012000.htm
- **Part II: Diplomatic Protection v. Delocalization, Harvard Law School**, apartado 1.1.(a) <http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet/papers/97/97-13-Part-2.html>
- **ELIGIBILITY OF A NONCITIZEN DUAL NATIONAL FOR A PAID POSITION WITHIN THE DEPARTMENT OF JUSTICE:** <http://www.usdoj.gov/olc/dual.bd.htm#4b>

El litigio oponía a los gobiernos de Liechtenstein y Guatemala a propósito de la nacionalidad del Sr. Nottebohm.

Nottebohm había nacido en Hamburgo en 1881 y poseía la nacionalidad alemana. En 1905 establece en Guatemala su domicilio y la sede de sus negocios que con el tiempo prosperan y se vuelven importantes. Salvo algunos viajes esporádicos a Alemania y a Liechtenstein, donde desde 1931 vivía un hermano suyo, Nottebohm continúa residiendo en Guatemala hasta 1943.

En 1939, un mes después del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, y mientras se encontraba de paso por Liechtenstein, introduce una demanda de naturalización ante las autoridades de este país por medio de su apoderado. El procedimiento de nacionalización dura unos 2 meses, luego de lo cual, Nottebohm regresa a Guatemala con una visa de este país en su pasaporte de Liechtenstein.

En 1941 Guatemala entra en guerra contra las potencias del eje y en 1943 arresta y deporta hacia los EEUU a Nottebohm en tanto que súbdito peligroso de una potencia enemiga, posteriormente sus bienes serían embargados. Nottebohm permanece en EEUU hasta 1946, luego de lo cual se dirige a Liechtenstein después de habersele negado el ingreso a Guatemala.

En 1951 Liechtenstein demanda a Guatemala ante la Corte Internacional de Justicia pidiendo reparación por los perjuicios ocasionados por ese Estado contra la persona del Sr. Nottebohm, ciudadano de Liechtenstein, ciudadanía que Guatemala no le reconoce.

Al enfocar el asunto, la CIJ lo hizo en estos términos⁷⁵:

... la Cour doit rechercher si un tel octroi de nationalité par le Liechtenstein entraîne directement obligation pour le Guatemala d'en reconnaître l'effet, à savoir le titre du Liechtenstein à l'exercice de la protection. En d'autres termes, il s'agit de rechercher si cet acte émanant du Liechtenstein seul est opposable au Guatemala en ce qui concerne l'exercice de la protection. La Cour traitera de cette question sans examiner celle de la validité de la naturalisation de Nottebohm selon la loi du Liechtenstein.

Il appartient au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation. Il n'y a pas lieu de déterminer si le droit international apporte quelques limites à la liberté de ses décisions dans ce domaine. D'autre part, la nationalité a ses effets les plus immédiats, les plus étendus et, pour la plupart des personnes, ses seuls effets dans l'ordre juridique de l'État qui l'a conférée. La nationalité sert avant tout à déterminer que celui à qui elle est conférée jouit des

-
- **U.S. Sheinbein Extradition Request to Israel Raises Nationality Issues, International Enforcement Law Reporter**, <http://www.ielr.com/4c.htm>
 - **ASIL** (American Association of International Law) <http://www.asil.org/Insigh11.htm>
 - **Council of the Baltic Sea States**, Criteria and Procedures for Obtaining Citizenship in the CBSS Member States, 1996: 2. *Citizenship and the Significance of Citizenship* y 3. *Citizenship and the International Regulation of Citizenship*. <http://www.cbss-commissioner.org/surveys/survey2.htm#the%20significance>
 - **CITOYENNETÉ ET NATIONALITÉ DANS L'UNION EUROPÉENNE**, David Ruzié : <http://www.ecsanet.org/conferences/3druzi.htm>

⁷⁵ *ICJ Reports*, 1955, 4, pág 20

droits et est tenu des obligations que la législation de cet État accorde ou imposé à ses nationaux. Cela est implicitement contenu dans la notion plus large selon laquelle la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État.

Mais la question que la Cour doit résoudre ne se situe pas dans l'ordre juridique du Liechtenstein. Il ne dépend ni de la loi ni des décisions du Liechtenstein de déterminer si cet État a le droit d'exercer sa protection dans le cas considéré. Exercer la protection, s'adresser à la Cour, c'est se placer sur le plan du droit international⁷⁶.

En otras palabras, la CIJ no entra a analizar sobre la procedencia o no del otorgamiento de la nacionalidad por parte de Liechtenstein, ese es asunto exclusivo del derecho interno de ese país. Lo que le interesa a la Corte, y en lo que se va a centrar su veredicto, es de saber si ese acto del derecho interno de un Estado es de tal naturaleza que puede oponérsele de manera válida a otro Estado.

Esta es exactamente la situación ante la cual se encuentra el Perú frente al reconocimiento por parte del Japón de la nacionalidad nipona del ex Presidente Fujimori. El Japón está en su derecho de establecer sus propias normas con respecto a la nacionalidad de ese país, la cuestión para Perú es de saber si esas normas le pueden ser opuestas y si el Japón tiene el derecho de anteponer su propia nacionalidad – como de hecho lo está haciendo – para denegar los recursos que la justicia peruana expida al ex Presidente peruano.

Poco importa aquí que en el caso de Fujimori – y a diferencia de Nottebohm – no se trate de una naturalización propiamente dicha sino, más bien, de una pretendida nacionalidad que, por derecho de sangre, le hubiera sido adjudicada desde el nacimiento⁷⁷. Esas son consideraciones que emanan de la aplicación del derecho interno japonés. Lo que nos interesa saber es si esa situación surte sus efectos en el plano internacional de tal manera que puedan resultar vinculantes para el Perú, pues como lo señala la Corte⁷⁸:

⁷⁶ ... la Corte debe considerar si tal acto de conceder la nacionalidad de la parte de Liechtenstein implica directamente una obligación por parte de Guatemala de reconocer sus efectos, a saber, el derecho de Liechtenstein para ejercer su protección. En otros términos, debe determinarse si ese acto unilateral por parte de Liechtenstein es tal que puede oponérsele a Guatemala con respecto al ejercicio de dicha protección. La Corte tratará esta cuestión sin entrar a considerar la validez de la naturalización de Nottebohm según la ley de Liechtenstein.

Es potestad de Liechtenstein, como lo es para cada Estado soberano, establecer por su propia legislación las reglas que determinan la adquisición de su nacionalidad, y conferir esa nacionalidad por naturalización concedida por sus propios órganos de acuerdo con esa legislación. No es necesario determinar si la ley internacional impone cualquier limitación en su libertad de decisión en este dominio. Además, la nacionalidad tiene su más inmediato, su más de largo alcance y, para la mayoría de las personas, sus únicos efectos, dentro del sistema legal del Estado que la confiere. La nacionalidad sirve, sobre todo, para determinar que la persona a quien se la confiere disfruta los derechos y está limitado por las obligaciones que la ley de dicho Estado impone a sus nacionales. Esto está implícito dentro de la noción más amplia según la cual la nacionalidad está dentro de la jurisdicción doméstica del Estado.

Pero el problema que la Corte debe decidir no se sitúa dentro del sistema legal de Liechtenstein. No depende ni de la ley ni de las decisiones de Liechtenstein si ese Estado tiene el derecho de ejercer su protección, en el caso en cuestión. Ejercer esa protección, recurrir a la Corte, significa situarse dentro del plano del derecho internacional.

⁷⁷ SPIRO, Peter J. *Dual Nationality and the meaning of Citizenship*, (“But birthright dual nationals posed the same problems as naturalized ones, particularly where they sought to exploit the protection of a state with which they in fact had few ties”) <http://www.law.emory.edu/ELJ/volumes/fall97/spiro.html>

⁷⁸ ICJ, op.cit. pág..21

Lorsqu'un État a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre État a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces États, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces États reste jusque-là dans son ordre juridique propre.

Cette situation peut se trouver placée sur le terrain international et être examinée par un arbitre international, ou par le juge d'un État tiers. Si l'arbitre ou le juge de l'État tiers s'en tient ici à l'idée que la nationalité relève uniquement de la compétence nationale de l'État, il devrait constater qu'il est en présence de deux affirmations contradictoires émanant de deux États souverains, ce qui l'amènerait à les tenir pour égales et, en conséquence, à laisser subsister la contradiction sans trancher le conflit porté devant lui.

Le plus souvent, l'arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher, entre les États en cause, un conflit de nationalité, mais à déterminer si la nationalité invoquée par l'État demandeur était opposable à l'État défendeur, c'est-à-dire si elle donnait à l'État demandeur titre à exercer la protection⁷⁹.

Situado el diferendo dentro del ámbito internacional, y confrontadas dos proposiciones contradictorias del mismo peso y que por lo tanto se anulan mutuamente, el árbitro internacional se ha visto forzado a elucidar “*ciertos principios para determinar si se le debe reconocer pleno efecto en el campo internacional a la nacionalidad invocada*”⁸⁰.

Evocando la jurisprudencia internacional anterior, la CIJ anota que en casos similares, el árbitro internacional⁸¹:

*...a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des États dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre : le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc.*⁸² [el resalte es nuestro]

⁷⁹ Cuando un Estado ha conferido su nacionalidad a un individuo y otro Estado ha conferido su propia nacionalidad a la misma persona, puede ocurrir que cada uno de estos Estados, considerando que ha actuado en ejercicio de su propia jurisdicción, se atiene a su propia concepción y actúa conforme a ella. Cada uno de estos Estados queda, hasta allí, dentro de los límites de su jurisdicción doméstica.

Esta situación puede elevarse al plano internacional y ser examinada por un árbitro internacional o por las cortes de un tercer Estado. Si los árbitros o las cortes de tal Estado se confinasen a la concepción de que la nacionalidad se encuentra exclusivamente dentro de la jurisdicción doméstica del Estado, entonces se verían obligados a constatar que se encuentran confrontados a dos aserciones contradictorias formuladas por dos Estados soberanos, aserciones que tendrían que considerar como de igual peso y, en consecuencia, les obligaría a dejar subsistir la contradicción sin poder resolver el conflicto que se les ha sometido.

En la mayoría de los casos el árbitro internacional no ha tenido que decidir sobre el conflicto de nacionalidad entre Estados propiamente dicho, sino determinar si la nacionalidad invocada por el Estado solicitante podía oponerse al Estado demandado, es decir, si ella otorgaba un título al Estado solicitante para ejercer dicha protección.

⁸⁰ ICJ, op. cit. pág. 22

⁸¹ ibid. (el resalte en el texto es mío)

⁸² ...ha dado preferencia a la nacionalidad efectiva, a aquella que concuerda con la situación de hecho, aquella que reposa sobre un vínculo de hecho superior entre el interesado y uno de los Estados cuya

Siguiendo estos criterios, la CIJ ha encontrado que⁸³:

Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national⁸⁴. [el resalte es nuestro]

Continuando con el análisis del caso Nottebohm más específicamente, la Corte vuelve a señalar⁸⁵:

...la Cour doit examiner... si le rattachement de fait existant entre Nottebohm et le Liechtenstein... apparaît comme suffisamment étroit, comme si prépondérant par rapport au rattachement pouvant exister entre lui et tel ou tel autre État, qu'il permette de considérer la nationalité à lui conférée comme effective, comme l'expression juridique exacte d'un fait social de rattachement, préexistant ou se constituant ensuite⁸⁶.

De esta manera la Corte Internacional de Justicia consagra la doctrina del “vínculo efectivo” como el factor determinante de la nacionalidad dentro del campo de la jurisprudencia internacional. La Corte deja explícitamente de lado las consideraciones del derecho positivo interno de cada Estado, para fijar su atención en la situación real, en las consideraciones de hecho del caso que le es sometido. Así, a sus ojos, el Sr. Nottebohm no guarda ninguna relación efectiva, ningún vínculo real con Liechtenstein. Ni su pasado próximo o lejano, ni su avenir se encuentran ligados a ese Estado, ni sus lazos familiares ni la sede de sus intereses se encuentran allí. La Corte decide entonces, por 11 votos contra 3, que no existiendo ningún

nacionalidad estaba en causa. Los elementos tomados en cuenta son diversos y su importancia varía de un caso a otro: **el domicilio** ocupa un lugar importante, pero también entran en consideración el lugar donde tiene la **sede de sus intereses, los vínculos familiares, su participación en la vida pública, la afinidad manifestada a tal país e inculcada a sus hijos**, etc.

⁸³ ICJ, op. cit. pág.. 23 (el resalte en el texto es mío)

⁸⁴ Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones de la doctrina, **la nacionalidad es un vínculo legal que tiene como base un hecho social de unión, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos**. Puede decirse que **constituye la expresión jurídica del hecho que el individuo a quien se la confiere**, ya sea directamente por medio de la ley o como resultado de un acto de las autoridades, **se encuentra, de hecho, más estrechamente vinculado con la población del Estado que la confiere que con la de cualquier otro Estado**. Conferida por un Estado, sólo le da título a ese Estado para ejercer la protección frente a otro Estado, si ella es la traducción en términos jurídicos del vínculo del individuo con el Estado que le ha hecho su nacional.

⁸⁵ ICJ, op. cit. pág.. 24

⁸⁶ ...la Corte debe examinar... si el vínculo de hecho que existe entre Nottebohm y Liechtenstein... aparece como suficientemente estrecho, a tal punto preponderante con relación al vínculo que pudiera existir entre él y tal o tal otro Estado que le permita considerar esa nacionalidad como efectiva, como la expresión jurídica exacta de un hecho social de vinculación, pre-existente o que se constituya enseguida.

nexo real entre Mr. Nottebohm y el Estado de Liechtenstein, este último no posee ningún título que invocar frente a Guatemala.

Si bien es cierto que esta decisión ha recibido algunas críticas, no es menos cierto que en el estado actual del Derecho Internacional, la doctrina del “*vínculo efectivo*” sigue siendo *la* norma en materia de nacionalidad cuando dos Estados se disputan a propósito de la nacionalidad de un mismo individuo.

2.3. Críticas a la doctrina de la nacionalidad efectiva

La sentencia del affaire Nottebohm fue duramente criticada por cierto sector de la doctrina⁸⁷. “*Se adujo, en particular, que la Corte había trasladado el requisito del vínculo efectivo del contexto de la doble nacionalidad a una situación donde había una única nacionalidad, y que no debía considerarse que una persona que poseyera una sola nacionalidad careciera del derecho de hacerla valer ante otro Estado por no tener un vínculo efectivo con el Estado del que fuera nacional, sino sólo con un tercer Estado*”.⁸⁸ Esta crítica supone una manera ver extremadamente formalista. Es cierto que en el momento en que sus bienes le fueron confiscados, Nottebohm no poseía, al menos en apariencia, la ciudadanía alemana, que habría perdido al adquirir la de Liechtenstein, pero esa era una situación que el interesado podía revertir a simple demanda ante las autoridades alemanas y esa ciudadanía le sería restituida automáticamente. En efecto, como lo demuestra la defensa de Guatemala aportando las pruebas, el gobierno de Berlín había emitido una circular dirigida a todas sus representaciones diplomáticas y consulares en la cual se manifiesta la preocupación de las autoridades del Reich por sustraer las propiedades alemanas en el extranjero de las medidas que pudieran afectarlas como consecuencia de la guerra y dan instrucción a sus legaciones para autorizar, e incluso aconsejar, a los alemanes residentes en el extranjero la adquisición de otra nacionalidad, ya sea acordando la conservación de la ciudadanía alemana o bien dando la seguridad – en caso de que la renuncia a la nacionalidad precedente fuese un requisito para adquirir la nueva – que una demanda ulterior de re-naturalización sería acogida de manera favorable.⁸⁹ En ese sentido, la supuesta “pérdida” de la nacionalidad alemana no aparece sino

⁸⁷ La sentencia, en efecto, fue criticada por los publicistas de la época, ver al respecto: BASTID, S. *Revue critique de droit international privé*: 1956, pág. 607; C.EAGLETON, *American Journal of International Law*, 1956, pág.916 ; J. H. GLAZER, *Georgetown Law Journal* 1955/1956, pág. 313 ; M. GRAWITZ, *Annuaire français de droit international* 1955, pág.. 262 ; J. M. GROSSEN, *Ius et Lex, Festgabe für Max Gutzwiller*, 1959 ; J. L. KUNZ, *American Journal of International Law* 1960, pág.. 536 ; J. MERVYN JONES, *International and Comparative Law Quarterly* 1956, pág.. 230 ; E. LOEWENFELD, *Archiv des Völkerrechts* 1955/1956, pág.. 387 ; A. N. MAKAROV, « Das Urteil des Internationalen Gerichtshofes im Fall Nottebohm », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1956, pág..407; I.SEIDL-HOHENVELDERN, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1955, pág.. 147; J. B. VERSFELT, *Revue de droit international, de sciences, de sciences diplomatiques et politiques* 1957, pág. 32 ; J. H. W. VERZIJJ, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 1956, pág.. 34; P. DE VISSCHER, *Revue generale de droit international public*, 1956, pág. 243; B. KNAPP, *Annuaire suisse de droit international*, 1960, pág. 147
Mariano Aguilar Navarro, “Reglamentación internacional del Derecho de Nacionalidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1957, 333-372.

⁸⁸ Comisión de Derecho Internacional; Informe sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones; Suplemento No. 10 (A/54/10); pág.. 63, nota 104 en pie de página

⁸⁹ Contra memoria de Guatemala; C.I.J. Mémoires, Affaire Nothebohm (Liechtenstein c. Guatemala), vol. 1; pág. 194. En realidad, y como lo señala el alegato, esta no era sino ampliación de la ley Delbrouck de 1913 que

como un disfraz destinado a esquivar las posibles medidas que Estados terceros pudieran tomar en relación a sujetos que poseyeran la nacionalidad germana.

Pero más relevantes para nuestro estudio son las críticas elaboradas contra la doctrina del vínculo efectivo. En su momento se aseveró que la Corte había estatuido *ex novo*⁹⁰, que la sentencia no se habría limitado a aplicar el derecho vigente como le corresponde⁹¹ sino que habría innovado el derecho internacional introduciendo un concepto de nacionalidad que no existía previamente⁹² al respecto, Kunz señala:

*The Court was unable to quote treaties or to show any general principles of law.*⁹³

...

*The Court, like Guatemala, was unable to quote a single judicial precedent in favour of the genuine link theory as constituting positive international law*⁹⁴.

...

*The Court has not been able to prove a rule of customary general international law establishing the condition of a genuine link for other form of acquisition of nationality.*⁹⁵

...

*The Court has, therefore, been unable to quote precedents or to show a rule of customary general international law in favour of the requirement of a genuine link, particularly if we take into consideration the very stringent conditions which the Court laid down in the Asylum Case for the coming into existence of a rule of customary international law.*⁹⁶

...

*Thus, the new rule created by the Court replaces the objective criteria of nationality with vague and subjective criteria, a replacement that is bound to lead to uncertainty.*⁹⁷

La crítica es frontal y no puede ser pasada por alto, se señala que la Corte habría errado al no dictar su fallo sea en base a los tratados, a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia previa, a la costumbre o la doctrina y, en efecto, la sentencia se limita a señalar que los árbitros internacionales y jueces de terceros Estados han decidido - en el pasado - en

otorgaba a los alemanes que se vieran en la necesidad de adquirir una nacionalidad extranjera, la posibilidad de readquirir la alemana a simple demanda. Esta ley había sido fuertemente criticada en el extranjero, especialmente por tratadistas franceses. Ver René Le Conte; La politique de l'Allemagne en matière d'émigration; Revue de Droit public et Science politique, vol 38, pág. 468, citado en el alegato de Guatemala. Ver igualmente: Du moyen de rester allemand en se faisant naturaliser à l'étranger, *JDIP* vol 39, 1912, págs. 1095-1101 ; Des ambiguïtés de la dénationalisation allemande, *JDIP*, vol. 43, 1916, págs. 69-72. Charles LUTZ ; Du « Conge de Nationalité » dans la législation allemande, *JDIP*, vol 47, 1920, págs. 80-82.

⁹⁰ Ver por ejemplo el detallado artículo de Josef L. Kunz, "The Nottebohm Judgement", en el que se hace una crítica minuciosa de la sentencia. *AJIL*, Vol 54, 1960, pág. 536 a 571. Ver igualmente comentario sobre este artículo de Herbert W. Briggs "La Protection diplomatique des individus en droit international"; en el *Annuaire de la Commission de Droit International*, vol 51-1; 1965, pág. 76

⁹¹ Art. 38 del Estatuto de la Corte.

⁹² En realidad, las críticas nacen con la sentencia misma, en su opinión disidente el juez Read anotaba:

"I am bound, by article 38 of the Statute, to apply international law as it is - positive law - and not international law as it might be if a Codification Conference succeeded in establishing new rules limiting the conferring of nationality by sovereign States..." CII, op cit, pág. 39

⁹³ KUNZ, op cit, pág. 552

⁹⁴ Ibid, pág. 553

⁹⁵ Ibid, pág. 553

⁹⁶ Ibid, pág. 554

⁹⁷ Ibid, pág. 554

determinada forma, sin molestarse en citar ejemplos en apoyo de su tesis. La crítica es pues válida desde el punto de vista formal.

Pero los detractores de la sentencia Nottebohm caen en el mismo error al no presentar ningún precedente, doctrina o tratado en apoyo del pretendido criterio objetivo que pudiera restar validez al punto de vista adoptado por la Corte. Y sin embargo, un somero análisis de la jurisprudencia previa hubiera dado razón a la sentencia.

2.3.1. Precedentes

La primera traza de la doctrina de la nacionalidad efectiva podría estar en el affaire Drummond⁹⁸ del año de 1834. Drummond había nacido en Francia y era sujeto británico *jus sanguinis* por parte de su abuelo, un británico *jus solis* que había establecido domicilio en Francia. El reclamante había vivido en Francia hasta 1792, fecha en que fijó su residencia en Gran Bretaña, luego de lo cual sus propiedades en Francia le fueron confiscadas. Drummond introdujo un reclamo ante los “*commissioners for liquidating British claims on France*” para obtener reparación por los daños sufridos a causa de la confiscación de sus propiedades durante la Revolución francesa. Su demanda fue rechazada sobre la base de que el demandante no podía ser considerado como sujeto británico para los propósitos del tratado que había establecido la comisión de reclamaciones, en razón de lo cual interpuso apelación ante el “Judicial Committee” del “Privy Council”. Esta instancia desestimó la apelación considerando que:

*Admitting that . . . [J. L. Drummond] . . . technically speaking. . . was, according to the statutes of this country, a British subject, still treaties must be interpreted according to the law of nations, which requires words to be taken in their ordinary meaning, not in the artificial sense which may have been imposed upon them by the particular statutes of a particular nation. When, therefore a treaty speaks of the subjects of any nation it must mean **those who are actually and effectually under its rule and government**, not those, who although living, out of its dominions, and never having been subject to its government, it may choose to designate its subjects in its own municipal laws and statutes. It never could have been the intention of the framers of this treaty that the expression, 'British subjects,' should include persons who were also French subjects⁹⁹. How could, indeed, a French negotiator be acquainted with the technical rule of English law, by which a man, whose father and himself were born in France, is to be considered a British subject? [el resalte es nuestro]*

Por su parte, la defensa de Drummond había argüido que:

⁹⁸ (1834) 2 Knapp 295, in BILC, T IV, pág.. 561. Citado por GRIFFIN W. L. “International Claims of Nationals of Both the Claimant and Respondent States – The Case History of a Mith, *The international Lawyer*, 1966-1967, págs. 404-405.

⁹⁹ Esta es una cuestión que será planteada de manera reiterada en la mayoría de arbitrajes que veremos enseguida y que será incluso materia de decisiones genéricas sobre el tema de si un doble nacional tiene capacidad para presentar o no una queja contra uno de los Estados del cual él mismo es nacional (ver decisión A 18 del US-Iran Claim, infra, pág. 67). En el terreno de la protección diplomática esta cuestión dará nacimiento a dos posiciones frecuentemente contrapuestas; la teoría de la no-responsabilidad del Estado y la doctrina de la nacionalidad efectiva.

The simple question is, whether the expression 'British subjects,' occurring in a treaty entered into on behalf of the British nation, is to be interpreted to mean that class of individuals who are designated as such by the laws and statutes of Great Britain, or whether a restricted and confined sense is to be attributed to it, according to some new and undefined rule of international law, as has been contended for on the other side.

El Concejo Privado, confirmando la apelada, estatuyó que:

*But though formally and literally, by the law of Great Britain, he was a British subject, the question is, whether he was a British subject within the meaning of the treaty. . . . Their Lordships are therefore of opinion that although [Drummond] was technically a British subject [en el momento de la confiscación], yet he was also, **at the same time, in form and in substance, a French subject, domiciled in France, with all the marks and attributes of French character. He and his family had resided in France for more than a century; and the act of violence that was done towards him was done by the French Government in the exercise of its municipal authority over its own subjects.** [el resalte es nuestro]*

Nótese la similitud con el caso que nos ocupa. Al igual que Fujimori, Drummond había obtenido al mismo tiempo la nacionalidad de su padre y aquella del país donde nació. Ambos habían vivido en el país de nacimiento hasta la época en que ocurren los sucesos que dan nacimiento al diferendo. Ciertamente, la decisión del Consejo está limitada a los alcances que, dentro del tratado que instituye la *Claims Commission*, pueda dársele a la noción de nacionalidad, fuera de los límites del tratado, la nacionalidad británica no es contestada. La pregunta entonces es si la misma noción puede ser aplicada fuera del contexto de cualquier tratado. El affaire Canevaro nos dará la respuesta¹⁰⁰.

Nótese igualmente que el argumento de la “novedad” de la norma ya es esgrimido en esa época por la defensa de Drummond.

* * *

En 1853 se establece por convención la Comisión anglo-americana para tratar de las pérdidas sufridas por sujetos británicos a causa de las intervenciones de las fuerzas armadas americanas en territorio mexicano.

En 1854 los Señores T. y B. Laurent¹⁰¹, comerciantes británicos con veinte años de residencia en México apelaban a esta Comisión por los perjuicios sufridos. Tanto el comisionado británico como el norteamericano estaban de acuerdo en que la cuestión era de interpretar la convención a la luz de las normas del derecho internacional. Para ambos comisionados, la jurisprudencia del affaire Drummond era aplicable, con la diferencia de que en la opinión del comisionado británico, para que esta jurisprudencia fuera aplicable, debía probarse previamente que los Laurent habían adquirido la ciudadanía mexicana de alguna forma, mientras que para el norteamericano el simple hecho de una residencia prolongada hacía

¹⁰⁰ Ver infra, pág. 40

¹⁰¹ MOORE. *International Arbitrations*, vol. III, págs. 2671-2691

aplicable el principio de la sentencia Drummond. En opinión del comisionado americano¹⁰² Upham:

The international definition of 'subject' is also recognized and adjudged in Drummond's case. . . , where it was holden that though an individual might be formally and literally by the law of Great Britain a British subject, still there was a question beyond that, and that was whether he was a British subject within the meaning of the treaty then under consideration; and it was there contended that all treaties must be interpreted according to the law of nations, and that where a treaty speaks of the subjects of any nation it means those who are actually and effectually under its rule and government, and not those who for certain purposes under the mere, municipal obligations of a country may be held to maintain that character. . . . Suppose, for instance, that an American citizen whose grandfather was born in England should come before this commission . . . to enforce his claim here against his own country, will it answer for this commission to say that by the law of England he is -a British subject, and as such we must hear him? Surely not. . . .

Para esclarecer el punto de vista del comisionado quizás habría que agregar que si bien desde un inicio se consideró que Drummond había nacido en Francia, en algún momento su defensa adelantó el argumento que en realidad el nacimiento se había producido en Avignon, que en aquella época era dependencia del Estado Vaticano. La Comisión había estatuido que quedaba¹⁰³:

. . . satisfied, upon the facts that [Drummond y su padre], did sufficiently indicate by their conduct their intention to accept the character of French subjects; so that their estates could not be considered as "indument confisqués," within the meaning of the treaty of 1814; and their Lordships think that the fact of the birth of at Avignon does not vary the case.

El comisionado británico coincidía en su apreciación con la opinión del norteamericano en tanto que¹⁰⁴:

Drummond's case... has been especially relied on. The reasons, however, which are expressly given for the decision in that case, show it was not determined on the mere fact of the claimant being domiciled in France, but that from special circumstances-such as accepting military employment under the French crown-he had voluntarily taken upon himself the character of a French subject, and having done so, the new French Government had a right to treat him as such, and consequently that he -was not entitled to indemnity.

If there had been analogous circumstances in the present case, I might have felt bound to hold that the Messers. Laurent were not entitled to resume at pleasure, for their advantage-, the character of British subjects. . . . I can not find any force in the argument, that if the Messers. Laurent are admitted under this convention as British subjects, thousands of American citizens by birth having claims against the American Government, might also have presented them before the

¹⁰² Ibid, pág. 2680

¹⁰³ Citado por. GRIFFIN, Op cit, pág. 405.

¹⁰⁴ MOORE, op cit, pág. 2685-5687

Commissioners as British subjects by descent. If I am right in the rule of interpretation which I have adopted, it is clear that they could not. . . .

El Umpire Bates decidió que¹⁰⁵:

According to the municipal law of England, the Messrs. Laurent may be, for some purposes, still British subjects, but the language of the convention must be construed in accordance with the law of nations, and not according to the laws of any one nation in particular; and it is sufficiently clear that by the rules of international law and for the purposes of this commission, the Messrs. Laurent were, for the time being at least, Mexican citizens and not British subjects.

There are many authorities which bear on this question. Lord Stowell, in giving judgment in the case of the Matchless, (1. Haggard, page 97), said: "Upon such a question it has certainly been laid down by accredited writers on general law, and upon grounds apparently not unreasonable, that if a merchant expatriates himself as a merchant to carry on the trade of another country, exporting its produce, paying its taxes, employing its people, and expending his spirit, his industry, and his capital in its service, he is to be deemed a merchant of that country, notwithstanding he may in some respects be, less favored in that country than one of its native subjects. Our own country, which is charged with holding the doctrine of unextinguishable allegiance more tenaciously than others. is no stranger to this rule. Its highest tribunals which adjudicate the national character of property taken in war apply it universally. They privilege persons residing in a neutral country to trade as freely with the enemies of Great Britain in war as the native subjects of that neutral country, although our own resident merchants can not without special permission of the crown."

The words of Lord Stowell apply exactly to the case of the Messrs. Laurent. They, as far as in them lay, had expatriated themselves; they had resided twenty years in Mexico carrying on their business, and with every intention of remaining there, as is sufficiently evidenced by their wishing to buy the freehold of the house in which they were living; and, according to Lord Stowell's judgment, ought to be considered Mexican citizens.

La decisión resulta interesante a diferentes títulos. Lo que primero llama la atención es que los Señores Laurent jamás adquirieron la ciudadanía mexicana, no obstante lo cual, el Umpire se basa en el carácter mexicano de la reclamación para deducir su propia incompetencia para conocer el caso. Los alegatos de las partes hacen referencia indistintamente a las nociones de *ciudadano* (noción introducida por las entonces nuevas democracias) y *sujeto*, término empleado por los regimenes absolutistas y si bien ambos están relacionados a la noción de nacionalidad, en cambio tienen una especificidad distinta debido al origen conceptual diferente¹⁰⁶. La sentencia muestra claramente la importancia que la noción de domicilio permanente tenía para una época en que no estaba aun muy difundido el uso de registros públicos, en efecto, -si bien este no es el caso en el affaire Laurent – la mayoría de diferendos de esa época en los que se ve envuelta la noción de doble nacionalidad, se van a ver reducidos a la cuestión de la prueba de alguna de las nacionalidades invocadas.

¹⁰⁵ Ibid, pág. 2689-2691

¹⁰⁶ En la noción de "ciudadano" subyace el derecho subjetivo de un individuo a la posesión de una nacionalidad, en la de "sujeto" esta implícita una concesión soberana del Estado

Además del hecho de la residencia prolongada en el extranjero, la sentencia pone especial énfasis en que la actividad económica de los demandantes, el centro de sus intereses se encuentra en el extranjero y que su deseo ha sido el de expatriarse de manera permanente. Nótese igualmente, que la cita de Lord Stowell hace referencia a una doctrina que no aparece como novedosa, sino, por el contrario, ampliamente difundida y sostenida por acreditados tratadistas.

* * *

En el affaire Agnes Pollock later J. B. Halley¹⁰⁷, (1871) el rol de la efectividad a través de la elección del domicilio es puesto de manifiesto por el comisario americano Frazer en su opinión disidente. La comisión de Newport había acordado reparación por daños a los herederos anglo-americanos de un sujeto británico a pesar de que aquellos residían en los Estados Unidos. El comisario americano estimaba que la demanda debía ser declarada inadmisibile pues:

“one born in the United States of British parents residing here would be protected by the United States as fully as any American against wrongs from other countries [...] and if born here of British parents during a temporary sojourn, but afterwards domiciled in England and never residing here, the United States would practically treat him as not an American refusing to intervene on his behalf against any other government”

* * *

La importancia del centro de intereses, así como la intención del sujeto como elemento fundamental del vínculo con la nacionalidad alegada, son de nuevo puestos de manifiesto en la decisión del caso Leuret¹⁰⁸. La Sra. Leuret poseía las nacionalidades americana y francesa y reclamaba reparación por los perjuicios ocasionados a su propiedad en Louisiana durante la guerra de Secesión. La demanda fue declarada inadmisibile debido a que sus vínculos con Francia eran demasiado inconsistentes como para que pudiera pedir su protección. Para el comisario americano Alvis, los Leuret habían¹⁰⁹:

« accumulated a large property [...] they have never returned to France, and have never shown the last intention of returning there; have never contributed anything to aid France in Peace or War [...] ; she is 73 years old and-all her interests and relatives appear to be in this country»

En cuanto a la doble nacionalidad de la Sra. Leuret señalaba:

If we admit that there is a conflict of laws in this case, that she is American by American law and French by French law, then the rule of decision is, that she is deemed to be a citizen of the country in which she has her domicile, that is, the United States.

Por su parte el comisario francés M. de Geofroy aduce que¹¹⁰:

¹⁰⁷ MOORE. Op cit, pág. 2242.

¹⁰⁸ Ibid. pág.. 2488.

¹⁰⁹ Ibid. pág.. 2506

¹¹⁰ Ibid. pág.. 2496

« tout en invoquant la protection de la France pour ces intérêts foncièrement américains, elle n'a jamais manifesté aucune disposition à se rattacher d'une manière effective à la mère patrie, que depuis 40 ans elle n'a servie en aucune manière, ni en lui fournissant des citoyens au cas où elle a eu des enfants, ni en contribuant à ses impôts¹¹¹ ».

Y más adelante agrega¹¹²:

Je ne la déclare pas dénationalisée, je n'en aurais d'ailleurs pas le droit, mais je ne considère pas la France comme tenue de protéger indéfiniment une nationalité aussi platonique [...] ni d'engager son action en faveur de tels ressortissants et de tels intérêts¹¹³ ».

* * *

En el caso Manuel del Barco y Roque Garate vs. México¹¹⁴, (1876) el árbitro encontró que no existía ninguna relación efectiva entre el primero de los reclamantes y los EEUU como para alcanzar la protección diplomática de esta nación:

“The umpire must first take into consideration the citizenship of the claimants. With regard to Manuel del Barco, he does not consider that the mere fact of his birth within the United States is sufficient of itself to give him citizenship of the United States. It appears that his parents were both foreigners and that he was certainly not of age, and was still under the tutelage of his parents, when he left the United States, nor has he since that time taken any steps to acquire United States citizenship”.

* * *

En el caso Petit¹¹⁵ el special counsel resumía los hechos y sus argumentos de la siguiente manera:

The evidence in the case shows that Petit was born in Bordeaux, France, in 1818; that he remained a citizen of France until October, 1868, when he was naturalized as a citizen of the United States; that in 1870 he returned to France with his family and all his means, resumed his native nationality by his declaration and acts, and that he and his family have resided there continuously since, claiming to have resumed his native citizenship, and that he has been recognized as a French citizen. The certificate of reintegration as a French citizen (issued by the French authorities in 1881, five months after his claim was

¹¹¹ Al tiempo que invoca la protección de Francia por sus intereses básicamente americanos, [la reclamante] no ha manifestado jamás ninguna disposición para asociarse de alguna manera efectiva a la madre patria que desde hace 40 años no ha servido en ninguna forma, ni proporcionándole ciudadanos en el caso que haya tenido hijos, ni contribuyendo con sus impuestos

¹¹² Loc cit. pág.. 2497

¹¹³ Yo no lo declaró desnacionalizada, ni tendría derecho para hacerlo, pero no considero que Francia esté obligada a proteger indefinidamente una nacionalidad tan platónica,... ni de comprometer una acción en favor de tales nacionales y de tales intereses.

¹¹⁴ MOORE. Op. cit. vol. III, pág. 2449

¹¹⁵ BOUTWELL, Rep, pág.. 86. Citado por William L. GRIFFIN, op cit. pág.. 414-415

filed) was only the completion of all evidence on that point to meet any technical question that might be raised.

El comisario Americano argüía que Petit no había recobrado la nacionalidad francesa antes de setiembre de 1881 y que por tal razón, la Comisión no tenía jurisdicción sobre el asunto. La Comisión dio la razón a Petit en sentencia no motivada, el agente americano comentaba la decisión de esta forma:

As the Commission entertained jurisdiction notwithstanding the naturalization of Petit in the United States in the year 1868, it is to be assumed that the views of the special counsel were accepted. It is not to be inferred, however that the Commission reached the conclusion that the reinstatement of Petit as a French citizen in the year 1881 was accepted as justifying jurisdiction, but that the jurisdiction was found in the fact that he returned to France in 1870, and had acted as a French citizen and had been accepted as a French citizen for the period of ten years and more previous to his formal reinstatement in citizenship by the duly-constituted authorities.

En otras palabras, la sentencia se habría basado en los vínculos efectivos establecidos entre Petit y su patria de origen.

* * *

La residencia y la intención de permanecer en un determinado lugar son de nuevo tomadas en consideración en el affaire Hammer y De Brissot¹¹⁶ (1885). En este caso, las dos demandantes, venezolanas de nacimiento y americanas por matrimonio, así como sus hijos mayores de edad venezolanos *jus solis* y americanos *jus sanguinis*, reclamaban reparación a Venezuela por los daños resultantes del hecho que sus respectivos maridos fueran asesinados por elementos facciosos del ejército venezolano. El comisario venezolano Andrade opinaba que ante una corte americana o venezolana, los demandantes debían ser considerados como americanos o venezolanos respectivamente pero que ante un tribunal internacional, la cuestión de la nacionalidad debía elucidarse a la luz del derecho internacional y concluía que la demanda debía ser declarada inadmisibile en base a que¹¹⁷:

«(while [. .] they have, after becoming widows, continued to reside in Venezuela without having ever made any declaration whatever as to their desire of preserving such [American] citizenship or without having ever come to the United States, which seems to show not only by the fact of their birth but also by their own free will that they prefer the Venezuelan citizenship...Supposing, finally, that an individual united in his person several nationalities, it would be necessary to apply the law best agreeing with his actual position, otherwise the question would be insoluble.

As to the children . . . they were also born in Venezuela where they have been residing since the death of their fathers. Having attained their majority they have not claimed the paternal citizenship nor have they fixed their domicile in the United States. This conjuncture of circumstances seems to clearly indicate that they, too, have renounced the citizenship of their filiation and chosen that of their birthplace and permanent domicile. According to the principles already invoked.

¹¹⁶ MOORE. Op cit, pág.. 2456 y ss.

¹¹⁷ Ibid, pág.. 2458-2459

. . . that in case of conflict between several citizenships that is to be preferred which is more in accordance with the actual position of the person, namely, that of the place of his actual residence and domicile, the said children as well as their mothers must be held to be Venezuelans and to have no standing before this Commission.

Y la comisión declara por unanimidad no tener jurisdicción para resolver el caso¹¹⁸:

Resulta interesante el apartado que hace referencia a la situación de los hijos, la sentencia no alude a ninguna reglamentación interna que establezca los procedimientos o mecanismos para renunciar a alguna de las dos nacionalidades pero asume que esta renuncia se ha producido al alcanzar los aludidos su mayoría de edad y continuar residiendo en el país natal. No otra es la situación de Alberto Fujimori.

* * *

(1901)

Como consecuencia de los desordenes provocados durante la revolución de 1894-1895, los italianos residentes en Perú reclamaban una serie de indemnizaciones por los daños sufridos. No habiéndose llegado a un acuerdo para solucionar directamente los reclamos, los gobiernos de Italia y Perú suscribieron un acuerdo¹¹⁹ por el cual sometían la solución al arbitraje de Ramiro Gil de Urbarri, Ministro de España en Lima. Rafael Canevaro, limeño, de padre italiano, reclamaba ante el árbitro el pago de una suma de 141,614 soles con 84 ctvs. como indemnización por concepto de las contribuciones que le fueron impuestas por las fuerzas coaligadas y por las requisiciones en armas, caballos, mulas y vacas, por el pillaje de sus mercaderías, por la destrucción de sus bienes, el incendio de sus plantaciones en los fundos de Cautivilla, Pampa Libre y otros, y por los daños ocasionados por las fuerza mencionadas y las tropas del gobierno del general Cáceres.

El gobierno peruano contestaba la nacionalidad italiana del reclamante quien, por haber nacido en territorio peruano, era considerado peruano por las leyes del país.

Si bien el árbitro no se pronuncia de manera clara y decisiva sobre la nacionalidad de Canevaro¹²⁰, en cambio declara inadmisibile la demanda en razón de la falta de “carácter neutro” del reclamante¹²¹, falta de neutralidad que se pone de manifiesto a través de la participación activa de Canevaro en la política peruana al presentar su candidatura por dos veces (1876 y 1878) al senado. El árbitro estatuyó que¹²²:

attendu qu'il n'est point parvenu à exercer la fonction de Sénateur, mais que lesdits faits ont donné lieu cependant de présumer légalement qu'il était de nationalité péruvienne et qu'il le serait devenu ipso facto si le vote de la, junte préparatoire du Sénat ne l'avait pas repoussé, seule circonstance qui l'a empêché

¹¹⁸ Ibid, pág. 2461

¹¹⁹ Véase texto de protocolo en anexo, pág. 212 y sigts.

¹²⁰ Se trata del mismo árbitro que decidió en el caso Arata, ver comentario en pie de página en nota 157, infra pág. 43.

¹²¹ En esta oportunidad el árbitro Urbarri se enfrenta a la dificultad que le plantea el hecho de que Rafael Canevaro haya sido por dos veces candidato a una senaduría y que llegara a defender su elección en la cámara de senadores de acuerdo a la ley entonces vigente. Su preferencia por el *jus sanguini* titubea frente al manifiesto ejercicio de la nacionalidad peruana por parte de Canevaro y “tour à tour” lo declara como italiano, como peruano y nuevamente como italiano

¹²² RSA XV. Págs. 424-425

*d'exercer pleinement les fonctions législatives péruviennes; que cette présomption a subsisté en 1894-1895, pour le Gouvernement du Pérou, sans détruire il est vrai sa nationalité; que cette présomption légale a persisté par suite de cette circonstance que Don Rafael Canevaro n'a produit aucun document ni aucun acte notoire ou officiel susceptible d'infirmar les effets résultant du fait officiel et notoire d'avoir défendu, au Sénat, son élection en 1878, et que la neutralité du réclamant en a été affectée puisque ses faits et gestes à ce sujet et plus spécialement par la défense qu'il a faite, démontrent son désir d'être élevé à la plus haute magistrature éminemment politique du pays et son immixtion dans la politique de celui-ci, tous faits qui constituent, autant de charges, contraires à l'idée de neutralité, neutralité en faveur de laquelle le réclamant n'a produit aucune preuve et que tout étranger doit observer pour pouvoir faire respecter ses droits*¹²³.

Bien que convencido de la preeminencia del *jus sanguinis* como lo demuestran sus sentencias en los casos Arata¹²⁴, Yon¹²⁵ y Creseri¹²⁶, el árbitro Uriberri señala que el ejercicio de la función pública hubiera afirmado definitivamente la nacionalidad peruana de Canevaro. Para el árbitro el hecho de que el reclamante haya nacido dentro del territorio de un Estado que adhiere al sistema de *jus solis*, no significa ninguna “presunción” de la nacionalidad peruana. En cambio, el eventual ejercicio de una función pública si da lugar a “presumir legalmente que (Canevaro) estaba en posesión de la nacionalidad peruana”. Decidido a hacer primar la concepción europea del derecho de la nacionalidad¹²⁷, pero confrontado al ejercicio patente de la ciudadanía peruana por parte de Canevaro, el árbitro se refugia en la noción de “neutralidad”, que no es otra cosa que el principio de “clean hands”¹²⁸ cuyo origen se halla en el derecho anglo sajón y que es empleado en otros arbitrajes. Este principio implica la pérdida

¹²³ Considerando que [Canevaro] no llegó a ejercer la función de senador pero que tales hechos han dado lugar, sin embargo, a presumir legalmente que tenía la nacionalidad peruana y que la hubiera tenido ipso facto si el voto de la junta preparatoria del Senado no lo hubiera rechazado, única circunstancia que le ha impedido de ejercer plenamente las funciones legislativas peruanas, que esta presunción ha subsistido en 1894-1895 para el Gobierno del Perú, sin destruir, es cierto, su nacionalidad; que esta presunción legal ha persistido en razón de la circunstancia que don Rafael Canevaro no ha producido ningún documento ni ningún acto notorio u oficial susceptible de desvirtuar los efectos resultantes del acto oficial y notorio de haber defendido, en el Senado, su elección en 1878, y que la neutralidad del reclamante se ha visto afectada puesto que esos hechos y gestos a ese propósito y más especialmente por la defensa que hizo, demuestran su deseo de verse elevado a la más alta magistratura eminentemente política del país y su intromisión en la política de este país, hechos todos estos que constituyen otras tantas cargas contrarias a la idea de neutralidad, neutralidad en favor de la cual el reclamante no ha producido ninguna prueba y que todo extranjero debe observar para poder hacer respetar sus derechos.

¹²⁴ RSA, vol XV, pág.. 401-042

¹²⁵ Ibid, pág.. 446-448

¹²⁶ Ibid, pág.. 449-452

¹²⁷ El del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Venecia de 1896 había efectivamente proclamado la preeminencia del *jus sanguinis* sobre el *jus solis*, la nacionalidad en este último caso sólo tendría prioridad si el padre y el hijo hubieran nacido en el país extranjero, véase en Pierre-Louis Lucas, Les conflits de nationalités, RCADI 64, 1938, págs. 55-57

¹²⁸ Por clean hands se entiende: Under “clean hands » doctrine, equity will not grant relief to a party, who, as actor, seeks to set judicial machinery in motion and obtain some remedy, if such party in his prior conduct has violated conscience or good faith or other equitable principle. BLACK’S DICTIONARY FIFTH EDITION. O bien, A man must come into a court of equity with clean hands, i.e., he must in the matter of his claim be free from taint of fraud, etc. JOWITT’S DICTIONARY OF ENGLISH LAW SECOND EDITION Dellapradelle señala: Toute.s les fois que par son attitude contraire au droit il aura servi la cause de l’un des belligérants le neutre aura perdu l’accès de l’instance internationale. Recueil des arbitrages internationaux, Paris 1954, vol III, pág.. 110

del derecho a la protección diplomática para el reclamante que hubiere de alguna manera participado en los acontecimientos que ocasionan la controversia.

Esta invocación a la falta de “carácter neutro” del reclamante aparece más bien como un recurso del árbitro para evitar cualquier situación que pudiera poner en entredicho la supuesta supremacía del *jus sanguinis* y que al mismo tiempo le permite desechar una demanda cuya admisión hubiera resultado injusta dado el manifiesto ejercicio de la ciudadanía peruana por parte de Canevaro. En efecto, el protocolo por el cual se somete al arbitraje los diferendos entre Italia y Perú hace referencia expresa a que estas reclamaciones tienen su origen en los hechos producidos “en la última guerra civil de 1894-95”. El artículo 2 del mismo instrumento obliga al árbitro a investigar el “carácter neutral del reclamante”, carácter neutral que, se entiende, esta en relación a los hechos que ocasionaron la reclamación italiana, vale decir, la guerra civil de 1894-95. Ahora bien, los hechos que le son reprochados a Canevaro como evidencia de su falta de neutralidad (su participación como candidato al Senado en dos ocasiones), tuvieron lugar entre 1876 y 1878, es decir, entre dieciséis y dieciocho años antes de los eventos que son materia del diferendo.

La fuerza teórica de la doctrina de la nacionalidad efectiva queda así de manifiesto en la sentencia de un árbitro cuya convicción de la absoluta preeminencia del *jus sanguinis* se ve reflejada en las otras sentencias dictadas por él mismo pero que, sin embargo, se ve obligado a retroceder frente a la constatación del ejercicio de una nacionalidad activa.

* * *

El mismo Canevaro presentaría ante el mismo árbitro (1901) una reclamación¹²⁹ en nombre propio y en el de su hermano Felipe por los daños sufridos en el dominio de Huaito que ambos poseían en sociedad. El árbitro rechazó la demanda y declaró que el Perú no estaba obligado a pagar compensación por daños invocando nuevamente la falta de carácter neutro de Rafael declarada en el affaire anterior. En cuanto a Felipe Canevaro, el árbitro encontró que este tampoco no llenaba el requisito de neutralidad por haber servido durante dos años en la guardia nacional del Perú (la fecha de este servicio no es indicada en la sentencia) aun cuando esta guardia no era una fuerza regular del Estado peruano.

* * *

En el caso Mathison¹³⁰, (1903) el demandante había nacido en Venezuela el 14 de Setiembre de 1858. Su padre, hijo de un ciudadano británico, había nacido en Trinidad. El demandante era sujeto británico de acuerdo a la ley de ese país y venezolano según la ley de este último y había vivido toda su vida en Venezuela. El árbitro Plumey estatuyó en aquella ocasión que en tales circunstancias, la ley del domicilio prevalece. La particularidad en este caso está en la interpretación que el agente británico hacía de la Constitución venezolana en vigor a la época del nacimiento de Mathison y que, según su opinión, no concedía necesariamente la nacionalidad venezolana a las personas nacidas dentro de su territorio pero de padres extranjeros y que es sólo con la Constitución de 1864 que se introduce una fórmula compulsiva que establece claramente que los hijos de extranjeros nacidos en Venezuela, son venezolanos. Luego de un prolijo análisis de las constituciones venezolanas y de la doctrina pertinente, el árbitro decidió que el demandante era también venezolano y que desde el punto de vista del derecho internacional y a efectos de la demanda, el reclamante debía ser

¹²⁹ RSA XV. Págs, 426-428

¹³⁰ RSA, vol IX pág. 485 a 494

considerado únicamente como venezolano debido a los vínculos estrechos que mantenía con el país de su residencia. Refiriéndose a la corriente de inmigración que vivía Venezuela, el árbitro Plumey expresa la siguiente observación que nos parece pertinente citar aquí¹³¹:

It can not wisely have a large, foreign, cancerous growth of unaffiliated and unattached population alien to the country, its institutions, and its flag, but in due regard to its own safety it must fix a time when the domicile of the parent's choice shall create a citizen out of the son of his loins born within that domicile. It is the test of nature; it is the test of Venezuela. If citizenship is thereby imposed it is through the father's voluntary, intelligent selection. There must be an end to the citizenship of the national of a country when he is resident and domiciled in some other country. If the father can retain his foreign nationality and impart that to his own son on the soil of the country of his domicile, then may not the son of the son, and so on ad infinitum?

* * *

En el affaire Stevenson¹³², (1903) la demandante era venezolana de nacimiento y británica por matrimonio. A la muerte de su marido había recobrado su nacionalidad original de acuerdo a la ley venezolana. Basándose en la autoridad del caso Mathison, el árbitro señaló:

. . . In the opinion of the umpire, where, as in this case, there appears to be a conflict of laws constituting Mrs. Stevenson a British subject under British law and a Venezuelan under Venezuelan law the prevailing rule of public law, to which appeal must then be taken, is that she is deemed to be a citizen of the country in which she has her domicile; that is Venezuela

El árbitro llega a la conclusión de que sus vínculos con Venezuela eran más importantes que los que pudiera tener con Gran Bretaña¹³³:

In Venezuela is found the home of her parents, her own birthplace, the old family roofter, the graves of her family, and of her kindred and all of the tender associations which cluster around the home of one's youth. Here she found her husband; here her children were born; here she erected her own family altar; here remained the friends of her childhood, and here were all children when her husband died; here were all the familiar scenes which had become woven into the warp and woof of her life [...]. There is not the slightest evidence that she ever had a thought of allegiance to Great Britain or ever suggested to her sons in their strength that their hearts should be fixed in loyalty to the British sovereign and their hands ready for his defense

Más adelante el árbitro Plumley precisa que si la demandante hubiera vivido en Gran Bretaña, aun cuando la ley venezolana le devolviera esa nacionalidad, la protección diplomática británica le hubiera sido acordada¹³⁴:

Had Mr. Stevenson taken his wife within the dominions of Great Britain to reside, and had he there remained and died leaving her domiciled there, and were she

¹³¹ Ibid, pág.. 494

¹³² Ibid, pág. 494.

¹³³ Ibid, pág.. 498-499

¹³⁴ Ibid, pág.. 500

asserting a claim before this tribunal as one still domiciled in Great Britain or its dependencies, in the opinion of the umpire the law of Great Britain might well be taken as the controlling law and she be held to be a citizen of Great Britain as against Venezuela, notwithstanding the law of Venezuela reestablishing her citizenship in that country after the death of her husband

* * *

En el caso Brignone¹³⁵ (1903) presentado ante la comisión mixta ítalo-venezolana, se trataba de la herencia de Sebastiano Brignone, ciudadano italiano con varios años de residencia en Venezuela, donde contrajo matrimonio con una venezolana. No habiendo tenido descendencia, la herencia debía repartirse entre la viuda y los ascendentes de Brignone residentes en Italia. El comisionado venezolano objetaba el derecho de la viuda Brignone de recurrir a la comisión en razón de su ciudadanía venezolana. La ley venezolana establecía que la mujer venezolana casada a un extranjero, adquiría la nacionalidad de su marido mientras durara el matrimonio. Por su parte la legislación italiana estatuyó que la mujer extranjera casada a un italiano, adquiría la ciudadanía italiana y la conservaba aun en caso viudez. Por el concurso de ambas legislaciones, la viuda Brignone había, al casarse, adquirido la nacionalidad italiana y dejado de ser venezolana y, a la muerte de Sebastiano, había readquirido la nacionalidad venezolana en virtud a la ley de este país y conservado la italiana para los efectos de esa ley. El árbitro se encontraba entonces ante un caso de doble nacionalidad y el consecuente conflicto de leyes. Refiriéndose a la doctrina y a los precedentes jurisprudenciales que dan primacía al domicilio en estos casos, el *umpire* estatuyó que:

The claimant, Madame Brignone, is a citizen of Venezuela, and is without standing before this Commission

* * *

En el caso Milani¹³⁶, (1903) los herederos del ciudadano italiano Michele Milani, todos nacidos en Venezuela, reclamaban ante la Comisión Mixta ítalo-venezolana el pago de unos “vales” o recibos emitidos a favor de Milani por diferentes jefes - ora revolucionarios, ora gubernamentales - durante los disturbios políticos acaecidos entre los años 1871-1872. El árbitro rechazó la demanda en razón de la nacionalidad predominantemente venezolana de los reclamantes, sin perjuicio de que estos pudieran hacer valer sus derechos ante la justicia de ese país. La sentencia consideraba que¹³⁷:

It follows from the foregoing that while the children of Miliani may with absolute legal propriety be recognized as Italians in Italy, or by Italy in any country other than Venezuela, in this country, and, as a consequence (following the decisions cited in the Brignone case, and accepting the domicile as furnishing the rule in case of conflict), before this tribunal, they must be considered, for the purposes of this litigation, as Venezuelans.

Y luego acotaba¹³⁸:

¹³⁵ Ibid, vol. X, pág. 542-551

¹³⁶ Ibid. pág. 584-591

¹³⁷ Ibid. pág.. 590

¹³⁸ Ibid, pág.. 591

Miliani came to Venezuela some time prior to 1871, and died in 1890 at the age of 56 years. He had married in 1872. His children were all born here, and, so far as appears, have never claimed Italian citizenship till now, or lived in Italy. It is scarcely to be supposed that they have any intention of living upon Italian soil. To declare them to be Venezuelans is not to deny them anything that they have ever felt in any essential way they possessed, and an option to choose Italian citizenship is scarcely to be inferred from the fact that their mother has seen fit in their names to file a claim before this Commission.

* * *

Por similares razones a los dos casos previos, la misma comisión mixta decidió en el affaire Poggioli¹³⁹ (1903) no amparar la demanda de la viuda y herederos de Americo Poggioli

* * *

En el caso Maninat¹⁴⁰ (1905) se reclamaba reparación a Venezuela a favor de los herederos de Jean Baptiste Maninat, algunos de los cuales eran a la vez venezolanos y franceses. La sentencia no retuvo la queja de los dobles nacionales en razón de que:

In a conflict of laws as to nationality the law of the place of domicile should prevail.

En apoyo a su decisión, el árbitro cita las sentencias de los casos Mathison y Stevenson y agrega una nota del publicista Bluntschili extraída de su Droit Public Codifié, sec. 374, donde se lee¹⁴¹:

Contrairement à mes opinions antérieures, je pense aujourd'hui qu'en cas de collision on doit, en faveur de la liberté d'émigration, accorder la préférence à la nationalité de fait, c'est-à-dire à celle qui s'unit au domicile¹⁴².

Un poco más adelante señala el árbitro¹⁴³:

When the nation insists that one who is native to the land shall under ordinary circumstances be a citizen, it is such a reasonable requirement that all nations should rest content. To all the world but Venezuela, France may follow each succeeding generation born in Venezuela, but of French origin, so long as her affections dictate or her laws require or permit, but to Venezuela, where the father established his domicile, raised his roof-tree, and reared his family, the sons and daughters there born are Venezuelans to all the world, until by emigration and selection they have foresworn allegiance to their native land and sworn allegiance to some other.

¹³⁹ *Ibid.* pág. 668-692

¹⁴⁰ *Ibid.* pág. 55-83

¹⁴¹ *Ibid.* pág. 78

¹⁴² Contrariamente a mis opiniones anteriores, yo pienso actualmente que, para favorecer la libertad de inmigración, en caso de colisión se debe acordar preferencia a la nacionalidad de hecho, es decir, aquella que coincide con el domicilio.

¹⁴³ *Loc cit.*, pág. 79

* * *

En el caso Massiani¹⁴⁴, (1905) se demandaba reparación a Venezuela a favor de la viuda y los hijos (nacidos todos en Venezuela) de Thomas Massiani, ciudadano francés. La sentencia decidió que¹⁴⁵:

The widow was born in Venezuela, achieved French nationality by the laws of both countries when she married Thomas Massiani, but by the laws of Venezuela was restored to her quality as a Venezuela citizen at his death. During their married life they remained in Venezuela; they were there domiciled when he died. It has always been her domicile. It is therefore her nationality, since such is the law of her domicile, which law prevails when there is a conflict as held by the umpire in the claim of Maninat heirs before this same tribunal. The children of this marriage were all born in Venezuela. By the voluntary action of their father this was their birthplace. It has always been their domicile, first through the paternal selection and later through their -own choice. Hence, governed by the laws of their domicile, they are Venezuelans. . . .

Y más adelante agrega¹⁴⁶:

*He [Thomas Massiani] voluntarily selected Venezuela as the country in which to make his fortune and to gain the properties for which the respondent Government is now the alleged lawful debtor to his estate. His life in that country was voluntary, free, a matter of choice. After weighing probabilities and anticipating results he remained. His children have attained full age and have also remained. **The ties of race on the paternal side have been to them less strong than the ties which bound them to the country of their birth and the land of their maternal nationality.** They have for their recourse the forum constituted for Venezuelans. They have all the rights, opportunities, and privileges common to their brethren of that nation. They easily could have been French had they preferred life in France to life in Venezuela. Having French paternity, and thereby having French nationality in France, they needed only to be domiciled therein to have a nationality which all the world must maintain to be French. For reasons dominant with them they have preferred to remain in Venezuela. Its laws and its courts are theirs. These they may invoke; with them they must be content. [el resalte es nuestro]*

* * *

El tercer affaire Canevaro (1912) tiene su origen en una serie de préstamos o avances de dinero concedidos por la Casa José Canevaro e Hijos al Estado peruano en diferentes épocas. La sucesión de estos avances y la naturaleza de los mismos dieron lugar a múltiples confusiones debido a la atribución que le daba el representante de la Casa Canevaro al origen

¹⁴⁴ Ibid, pág. 159-185

¹⁴⁵ Ibid, pág. 183

¹⁴⁶ Ibid, pág. 184

de dichos préstamos¹⁴⁷. Si seguimos la sentencia de la Corte¹⁴⁸, el origen de la deuda tiene lugar en un decreto emitido por Piérola el 12 de diciembre de 1880 en virtud del cual se crearon unos bonos (“libramientos”) a orden de la sociedad Canevaro, por una suma de 77,000 libras esterlinas. Este decreto se dio en razón de la deuda contraída por el Tesoro Público con la Casa Canevaro en 1875. El Gobierno de entonces había pasado un acuerdo con la Compañía Consignataria del Guano en los EEUU según el cual el Gobierno estaba autorizado a tirar una fuerte suma de dinero sobre los agentes de esa compañía en Londres, la tira quedaba garantizada por los haberes en guano. El gobierno tira letras de cambio por un monto de 100,000 esterlinas y las vende al público. Luego de un desacuerdo entre la Compañía Consignataria y el Gobierno, la primera deja protestar las letras comprometiendo el crédito del Estado peruano. En esas circunstancias, para salvar el crédito del Estado, Giuseppe Francisco Canevaro, hijo del fundador de la Casa Canevaro y amigo personal del Presidente peruano, recompra parte de la tira por un monto de 57,000 esterlinas pagados en cheques de la banca peruana firmados por la Casa Canevaro, comprometiéndose el gobierno a pagar ulteriormente.

Durante la Guerra del Pacífico, los administradores de la sociedad realizan gestiones destinadas a impedir que las letras de cambio caigan bajo la prescripción de cuatro años y obtienen del Dictador Piérola el decreto antes señalado. El decreto reemplazaba las letras por los bonos o libramientos que fijaban la liquidación del capital más los intereses en 77,000 esterlinas. En 1885, un pago parcial por un monto de 35,000 libras esterlinas fue girado a Londres a cuenta de Bernardo Canevaro. El pago del monto restante se vio complicado con la dación de la Ley de la Deuda Interna de 1899. En 1905 la Casa Canevaro es liquidada y los bonos son endosados a los hermanos Napoleone, Carlo y Raffaele Canevaro quienes, visto el tiempo transcurrido y las dificultades para obtener resarcimiento de la deuda, recurren a la Legación italiana a fin de que esta ampare su causa. El Gobierno propone entonces un acuerdo conocido bajo el nombre de protocolo Carletti-Prado en el cual los hermanos Canevaro renunciaban a los intereses vencidos y consentían a esperar dieciocho años para la liquidación completa de la deuda. El protocolo es aceptado por el Gobierno de Italia y aprobado por la Cámara de Senadores del Perú a finales de 1907 pero no fue discutido en Diputados durante la legislatura de 1908 y sólo el 20 de diciembre, en vísperas del cierre de la sesión, es presentado un dictamen favorable en esa Cámara. Al parecer, la insistencia enérgica del representante italiano ante el Gobierno peruano para que se de una pronta solución al asunto llegó a ser de conocimiento público lo cual suscitó un incidente diplomático y una viva reacción de la oposición en Diputados contra el Presidente de la República y el Gabinete, quienes, para calmar los ánimos, abandonan el proyecto del protocolo. El 9 de diciembre de 1909, por sesenta y un votos contra seis, el protocolo fue rechazado por la Cámara de diputados. Finalmente el Gobierno italiano propondría someter todo el asunto a arbitraje.

Tres fueron las cuestiones sometidas a la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya:

¹⁴⁷ El 30 de setiembre de 1890, el conde Giacometti, representante de la Sociedad Canevaro e hijos, se dirigía al Senado peruano para obtener el pago de 43,140 libras esterlinas que habrían sido proporcionadas para hacer frente a las necesidades de la guerra con Chile. En 1891 el mismo Giacometti indicaba que la deuda tenía no uno sino un triple origen: el saldo de un préstamo para la compra de armamentos en tiempo de guerra; Letras de cambio giradas por el gobierno peruano a cuenta de la Sociedad Consignataria del Guano de Estados Unidos que esta no habría honorado y sumas de dinero proporcionadas por el general Cesare Canevaro al Ejército del Sur, en Tacna. Rafael Canevaro aclararía posteriormente que las sumas reclamadas correspondían únicamente a las letras de cambio “*que no tienen ninguna relación con los aportes patrióticos que los Srs. José Francisco y Cesare Canevaro pudieran haber hecho*” (RGDIP; 1913; pág. 320-321)

¹⁴⁸ RSA X pág. 58

¿Debe el gobierno del Perú pagar en efectivo ó con arreglo a las disposiciones de la ley peruana de deuda interna de 12 de junio, de 1889, los libramientos de que son actualmente poseedores los hermanos Napoleón, Carlos y Rafael Canevaro y que fueron girados por el gobierno peruano á la orden de la casa José Canevaro é hijos por la suma de 43,140 libras esterlinas, y además los intereses legales de dicha suma?

¿Tienen los hermanos Canevaro derecho á exigir la totalidad de la suma reclamada?

¿Tiene don Rafael Canevaro derecho á ser considerado como reclamante italiano?

Por una cuestión de orden lógico, el árbitro comenzó por la tercera pregunta¹⁴⁹:

CONSIDERANT que, pour la simplification de l'exposé qui suivrait il vaut mieux statuer d'abord sur la troisième question posée par le compromis, c'est-à-dire sur la qualité de Raffaele Canevaro ;

CONSIDERANT que, d'après la législation péruvienne (art. 34 de la Constitution), Raffaele Canevaro est péruvien de naissance comme étant né sur le territoire péruvien,

Que, d'autre part, la législation italienne (art. 4 du code civil) lui attribue la nationalité italienne comme étant né d'un père italien;

CONSIDERANT qu'en fait Raffaele Canevaro s'est, à plusieurs reprises, comporté comme citoyen péruvien, soit en posant sa candidature au Sénat où ne sont, admis que les citoyens péruviens et où il est allé défendre son élection, soit surtout en acceptant les fonctions de consul général des Pays-Bas, après avoir sollicité l'autorisation du gouvernement, puis du Congrès péruvien ;

CONSIDERANT que, dans ce, circonstances, quelle que puisse être en Italie au point de vue de la nationalité, la condition de Raffaele Canevaro, le gouvernement du Pérou a le, droit de le considérer comme citoyen péruvien et de lui dénier la qualité de réclamant italien¹⁵⁰.

La referencia a la nacionalidad efectiva es clara en la sentencia. Para el árbitro Louis Renault¹⁵¹, el hecho de que Rafael Canevaro haya presentado su candidatura al Senado y, sobre todo, que se haya dirigido a las autoridades peruanas con el objeto de solicitar su autorización para ejercer el cargo de cónsul de los Países Bajos en el Perú, tienen un peso definitivo para hacer prevalecer la nacionalidad peruana de Canevaro. El abogado peruano en este affaire, no había dejado de señalar que el interesado se había dirigido al gobierno peruano

¹⁴⁹ SCOTT. Travaux de la Cour permanente d'arbitrage, Dotation Carnegie pour la paix internationale, pág. 306. La sentencia se encuentra igualmente reproducida en diversas revistas, manuales y enciclopedias de derecho internacional.

¹⁵⁰ Considerando que, para simplificar la exposición que sigue, es preferible estatuir en primer lugar sobre la tercera pregunta planteada en el compromiso, es decir sobre la cualidad de Rafael Canevaro; Considerando que de acuerdo a la legislación peruana (artículo 34 de la constitución), Rafael Canevaro esa peruano de nacimiento por haber nacido en el territorio peruano, Que, de otra parte, la legislación italiana (artículo 4 del código civil) le atribuye la nacionalidad italiana al haber nacido de un padre italiano; Considerando que en efecto Rafael Canevaro se ha comportado en diferentes oportunidades como ciudadano peruano, sea presentando su candidatura al Senado, donde sólo son admitidos los ciudadanos peruanos y a dónde ha ido a defender su elección; sea, sobre todo, al aceptar las funciones de cónsul general de los Países Bajos luego de haber solicitado la autorización del gobierno y después del Congreso peruano; Considerando que, en esas circunstancias, cualquiera que pueda ser en Italia la condición de Rafael Canevaro desde el punto de vista de la nacionalidad, el gobierno del Perú tiene el derecho de considerarlo como ciudadano peruano y de negarle la calidad de reclamante italiano.

¹⁵¹ Se trata del mismo jurista que años antes había intervenido en una cuestión de doble nacionalidad en Instituto de Derecho Internacional y cuya decisión formo escuela, ver infra, pág. 72

y no al italiano para ejercer esta función¹⁵², en la referida solicitud, Canevaro habría agregado que la formulaba “a efectos de no perder su calidad de ciudadano peruano”¹⁵³.

Quizás valga la pena citar aquí algunos pasajes del alegato del Dr. Mesones:

*“Don Rafael Canevaro, nacido en el Perú, hijo de madre peruana, casado con peruana, con domicilio permanente en la capital del Perú, lugar donde se encuentra la totalidad de sus bienes, intereses y negocios y, naturalmente, sus afecciones y quien, además, ha probado en un documento oficial, de valor indiscutible, ser peruano y no querer perder esta cualidad de la cual ha hecho uso para hacerse elegir senador de la República del Perú, no tiene otra nacionalidad que la nacionalidad peruana determinada desde su origen por la fuerza de los hechos y confirmada luego por su propia voluntad”*¹⁵⁴

El alegato del Dr. Mesones recoge en este pasaje la esencia de lo que viene configurándose, a través de la jurisprudencia acumulada hasta esa época, como la doctrina de la nacionalidad efectiva, cuya definición final la dará la sentencia Nottebohm unas cuatro décadas después.

No obstante su laconismo, la sentencia Canevaro es citada a menudo como uno de los *leadings case* en materia de doble nacionalidad. Los publicistas de la época ponían especial énfasis al valor que habría tenido esta sentencia para disipar los resquemores que en los países americanos suscitaba una Corte arbitral establecida en Europa y compuesta mayoritariamente por juristas europeos¹⁵⁵. Como muestra de estos resquemores se señalaban algunos pasajes del alegato del Dr. Mesones en los que este llamaba la atención sobre la necesidad, en interés de la institución del arbitraje, de “*que se destruya la creencia de algunos que el arbitraje es un medio para imponer a las naciones americanas la legislación europea, la que no siempre esta en conformidad con sus intereses económicos, políticos, con sus costumbres, sentimientos, hábitos y a su propia concepción de lo que es justo*”¹⁵⁶, a lo que agregaba más adelante que de esa manera se haría desaparecer “*la desconfianza de algunos pequeños Estados y se expandiría la plena confianza de la verdadera justicia entre los pueblos*”¹⁵⁷.

¹⁵² de M. de Boek; La sentence arbitrale de la Cour de la Haye dans l’affaire Canevaro; RGDIP; 1913 ; pág. 343.

¹⁵³ De Boek incluye en su artículo extractos de la solicitud dirigida por Canevaro al Gobierno peruano y que a continuación traducimos del francés : “Al nombrarme cónsul general de los Países Bajos, a mi que soy realmente peruano, Su Majestad el Rey de los Países Bajos, Guillermo III, ha querido brindar al Gobierno una prueba de deferencia y de consideración; y, por la misma razón, espero que Vuestra Excelencia consentirá en presentar los documentos anexos a Su Excelencia el Presidente de la República y que obtendrá el exequátur”... “Llamo la atención de Vuestra Excelencia, que al encargarme de la gerencia del consulado, no deseo perder mi calidad de ciudadano del Perú, y, para conservarla, he demandado la autorización para aceptar el cargo esperando que el Congreso reunido me autorice a cumplirla”.

¹⁵⁴ Ibid, pág. 347, el texto aparece en francés.

¹⁵⁵ GERMINY, Edouard de. *Les Conflits de Nationalités devant les juridictions internationales, thèse pour le doctorat*, 1916, págs. 286-287. Véase también el comentario de M. de Boek en La sentence arbitrale... op cit; pág. 317

¹⁵⁶ Alegato del Dr Mesones, pág. 38, citado por De Boeck, op cit, pág. 340

¹⁵⁷ Los escrúpulos del Dr. Mesones no eran del todo injustificados. En los anteriores casos Arata y Canevaro, el árbitro Español Uribarri había hecho prevalecer olímpicamente el *jus sanguinis* sobre el *jus solis*, desconociendo la nacionalidad peruana de los interesados, al tiempo que les denegaba la demanda basándose en consideraciones como la falta de neutralidad que, como hemos visto, no fue sino otra manera de aplicar la nacionalidad efectiva. A propósito de la sentencia Arata, podemos leer en a. De La Pradelle, J. Politis et A. Salomón; “Recueil des Arbitrages Internationaux” t. III, pág. 96: El árbitro es un español cuando elige partido, en el cual el se decide, como verdadero europeo, por la superioridad del *jus sanguinis* sobre el *jus solis*, indiscutible en aquella época”. En el caso Milani (supra pág. 38) el abogado italiano esgrimía un singular argumento. Haciendo referencia a una teoría entonces vigente pero aplicable solamente a los casos de nacionalidad adquirida por naturalización y según

Pero cualquiera que haya podido ser la importancia de esta decisión desde este punto de vista meramente político para la afirmación y credibilidad del Corte Permanente de Arbitraje, esto no explica para nada la reputación alcanzada por la sentencia Canevaro desde el punto de vista exclusivamente jurisprudencial en cuestiones de doble nacionalidad¹⁵⁸. A falta de haber encontrado mejor explicación, permítaseme el siguiente comentario.

Los precedentes hasta ahora pasados en revista son sentencias emanadas de comisiones mixtas o tribunales arbitrales erigidos para dar solución a los reclamos de ciudadanos extranjeros como consecuencia de los perjuicios sufridos a causa de desordenes públicos, revoluciones o guerras acaecidas en los países de su residencia¹⁵⁹. Así por ejemplo, el caso Drummond fue llevado ante la comisión franco-británica encargada de absolver las reclamaciones de sujetos británicos por los daños sufridos durante la Revolución Francesa, La Comisión Anglo-Americana que vio el caso Laurent fue creada luego de la Guerra de EEUU con México (1846-1848), los diferentes arbitrajes venezolanos corresponden a comisiones mixtas creadas luego de los disturbios políticos acaecidos en ese país a fines del siglo XIX, los dos primeros casos Canevaro y el caso Arata fueron llevados ante el Tribunal Arbitral creado por el protocolo ítalo-peruano a raíz de la revolución de 1895, etc. Todas esas comisiones y tribunales estaban gobernadas por los términos del tratado que las había instituido. Creadas en la mayoría de casos para permitir el ejercicio de la protección diplomática hacia sus propios ciudadanos, sólo podían presentarse ante ellas los nacionales del país extranjero parte en el tratado. Es por esta razón que en la mayoría de los casos revisados, la comisión o tribunal concluía no tener jurisdicción y desestimar la demanda pues “dentro de los términos del tratado” se hallaba que tal persona no tenía la nacionalidad requerida o no podía hacerla valer contra el Estado demandado.

Nada de esto ocurre en el caso Canevaro. La reclamación no tiene su origen en ningún daño sufrido por desordenes internos como los antes señalados, ninguna comisión mixta o tribunal fue creado para resolver este caso, ningún marco jurídico restringía la capacidad del árbitro para instituir en cuanto a la nacionalidad de Rafael Canevaro.

El affaire Canevaro fue llevado a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en virtud del Tratado General de Arbitraje¹⁶⁰ que ambos países habían firmado en Abril de 1905, inspirados quizás por las Conferencias de Paz de La Haya que propugnaban el método del arbitraje como manera de resolver los diferendos diplomáticos y que desterraron la vieja costumbre

la cual el juez o árbitro debía decidirse por la nacionalidad anterior, el Signor Agnionli, citando una sentencia de la Corte de Casación belga, deducía que mientras en el sistema del *jus solis*, la nacionalidad se adquiría al momento del alumbramiento, en el del *jus sanguinis*, que hace derivar en el hijo la nacionalidad del padre, esta se adquiría al momento de la concepción y que de tal manera, siendo la concepción anterior al nacimiento, el juez debía dar primacía a la nacionalidad anterior que sería siempre la del *jus sanguinis*. Hoy en día, los países europeos han pasado de ser países a emigración, a ser países a inmigración, en consecuencia hasta los más reacios de entre ellos han empezado a introducir en sus legislaciones aspectos del *jus solis* como una manera de dar solución a los agudos problemas de integración que sufren muchas comunidades de origen extranjero.

¹⁵⁸ El árbitro en el caso Salem se refería a él como “the famous Canevaro case” RSA, vol II, pág. 1187

¹⁵⁹ Véase el comentario del árbitro Parker en la Decisión Administrativa V del tribunal creado por el Acuerdo entre los USA y Alemania para la determinación del monto de las reclamaciones contra Alemania del 10-08-1922 en RSA; Vol VII, pág. 143 y sigts. “When the majority decisions in these cases come to be analyzed, it is clear that they were in each case controlled by the language of the particular protocol governing the tribunal deciding them”

¹⁶⁰ Ver texto del tratado en pág. 214 (versión italiana)

colonialista de cañonear los puertos¹⁶¹ en caso de desacuerdo diplomático. En base a lo estipulado en el artículo primero de dicho tratado, fue firmado en Lima el 25 de abril de 1910, un protocolo que sometía el asunto al arbitraje de la Corte de la Haya¹⁶²

En ese contexto, la pregunta sometida al árbitro sobre el derecho que pudiera tener Rafael Canevaro para presentarse como reclamante italiano, no estaba restringida por ningún instrumento jurídico, el árbitro gozaba de plena libertad para examinar el caso y estatuir conforme al derecho internacional vigente. He ahí, a nuestro entender, la verdadera importancia de la sentencia Canevaro, ella consagra plenamente doctrina de la nacionalidad efectiva dentro del marco del derecho internacional en tanto que principio general de ese derecho.

* * *

En el caso Hein¹⁶³ (1922) el reclamante era un ciudadano alemán, naturalizado inglés (1901) que reclamaba ante el TAM germano-británico el pago de una suma de dinero al Hildesheimer Bank. Las autoridades alemanas argüían la inadmisibilidad de la demanda a causa de la nacionalidad alemana del reclamante. Si bien este había adquirido la nacionalidad británica en 1901 – afirmaban – al mismo tiempo había efectuado reserva de su nacionalidad de origen de acuerdo a la ley alemana¹⁶⁴, que había quitado el territorio con un certificado que le permitía ausentarse de Alemania de 1905 a 1910 y que la ley alemana prescribía que una persona debía ausentarse por un periodo de diez años sin permiso para perder esa nacionalidad y por lo tanto al 10 de enero de 1920 – fecha de entrada en vigor del tratado que instituye el TAM – Hein poseía la nacionalidad alemana y su reclamo debía ser rechazado. El tribunal estatuyó que en la especie, a la adquisición de la ciudadanía británica se sumaba el

¹⁶¹ El Perú mismo no escaparía a esta costumbre. El 28 de mayo de 1872, el velero peruano María Luz quitaba la colonia portuguesa de Macao con destino al Callao, llevando a su bordo un cargamento de coolíes destinados a laborar las haciendas costeras. Averiado por una fuerte tempestad, se ve obligado a buscar refugio en el puerto japonés de Kanagawa. Ya en el puerto, los coolíes empiezan a fugar del barco. El 13 de julio es hallado sobre el muelle, cerca de un navío de guerra británico, un coolí en estado de fatiga extrema debido al maltrato sufrido a bordo. La persona es presentada al cónsul británico quien lo entrega a las autoridades japonesas, las que a su turno lo entregan al capitán del María Luz. Días más tarde, una segunda tentativa de fuga decide al encargado de affaires británico a llevar una inspección en la nave peruana y llega a la conclusión de que, más que de emigrantes, de lo que se trata es de un cargamento de esclavos, y envía una nota al Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón informando del caso. Presionadas por la potencia extranjera, las autoridades japonesas arrestan al capitán del navío peruano y lo someten a juicio. En Lima estas noticias causaron revuelo y se decidió organizar inmediatamente una expedición punitiva contra el Japón. El mando de esta fue confiado al marino García y García y estaba compuesta por dos barcos de guerra (probablemente el Huascar y la Independencia). Inquieto por el giro que va tomando el asunto, el Departamento de Estado americano interviene y consigue que la expedición punitiva sea cambiada por una misión diplomática a cargo del mismo García y García, quien llega al Japón como enviado plenipotenciario, con la doble misión de encontrar la mejor solución posible para el caso del María Luz y concluir un tratado de comercio con el Japón. La primera misión fue concluida con la firma de un protocolo de arbitraje que sería sometido al Zar Alejandro II – y que el Perú perdería – y la segunda mediante la firma de un tratado de paz, amistad y comercio el 1 de agosto de 1873. En dicho tratado, que marca el inicio de las relaciones diplomáticas y comerciales con el Japón, podía leerse en su artículo sétimo: ninguna restricción podrá ser impuesta, por uno u otro Gobierno, a la actividad legal de los sujetos y ciudadanos de una y otra Parte, quienes podrán ir y venir libremente de un país al otro, en las condiciones previstas por las leyes de los Estados respectivos”. De esta manera quedaron abiertas las puertas a la inmigración japonesa y, por vía de consecuencia, al asunto que nos ocupa. (fuente: Delapradelle et Politis; Recueil des Arbitrages Internationaux; vol III, pág. 581-595)

¹⁶² Ver protocolo en anexo, pág.. 218

¹⁶³ Rec. TAM; vol. II; pág. 71-73

¹⁶⁴ Ver supra pág.. 25 nota 89

hecho de que el reclamante tenía su residencia permanente en Gran Bretaña con anterioridad a la firma del tratado.

* * *

En el caso Barthez de Montfort¹⁶⁵, (1926) la reclamante Mme. Jeanne-Marie de Julián de Péguiroles, viuda de M. Marie-Louis-Léon de Barthez, barón de Monfort, quien en vida había adquirido la nacionalidad alemana, reclamaba ante el TAM franco-alemán, el pago de diversas sumas de dinero a organismos de la banca y la administración germana. La defensa del Estado alemán argumentaba que según la ley alemana la reclamante había adquirido esa nacionalidad por el hecho de la naturalización de su marido. Por su parte la jurisprudencia francesa establecía que el cónyuge de un francés que adquiría una nacionalidad extranjera, para perder la francesa debía igualmente naturalizarse en el extranjero y que la pérdida de la nacionalidad francesa por parte del marido no implicaba la pérdida automática de la nacionalidad francesa de la esposa. El tribunal estableció que:

Attendu qu'on se trouve[...] en présence d'un conflit de loi [sic], la requérante étant restée Française selon la législation, française et étant devenue Allemande selon la loi allemande;

Attendu que les tribunaux nationaux tranchent un tel conflit en appliquant leur propre législation, la lex fori;

Attendu qu'un tel système basé, non sur les principes généraux du droit et variant avec la nationalité du tribunal saisi du litige, ne saurait être adopté par le Tribunal arbitral mixte dont la juridiction n'est pas restreinte au territoire et à la législation d'un Etat mais s'étend aux territoires des Puissances ayant signé le Traité de paix;

Attendu donc qu'il y a lieu d'appliquer les principes généraux du droit international privé et que, sous ce rapport, il semble utile de rappeler une résolution de l'Institut du droit international¹⁶⁶ votée le 8 septembre 1888 dans sa session de Lausanne, sur la nationalité d'un Autrichien ayant, à la suite de sa nomination à une Université prussienne, acquis la nationalité allemande et qui se prononçait comme suit:

«Nous pensons qu'il est naturel de le considérer comme étant seulement le ressortissant de l'Etat auquel l'unissent le droit et le fait dont il est le national et sur le territoire duquel il réside et au service duquel il se trouve. C'est pour ainsi dire la nationalité active qui doit être envisagée et non la nationalité un peu théorique qui peut subsister à côté de celle-ci» (V. Annuaire de l'Institut, 1888-99, p. 25);

Attendu que le principe de la nationalité active qui a présidé à cette résolution forme une base adéquate pour trancher le présent conflit de loi;

Que sous ce rapport, il faut relever le fait que la requérante, née à Montpellier n'a jamais cessé d'avoir son domicile en cette ville et d'y remplir ses devoirs civiques;

Attendu que, d'autre part, pour juger des relations de la requérante avec l'Allemagne, il est seulement établi que, pendant la guerre, elle s'est réclamée de la nationalité allemande, afin de faire virer les intérêts de sa créance inscrite au Reichsschuldbuch à la Württembergische Vereinsbank;

¹⁶⁵ Rec. TAM; vol. VI; pág. 806-810

¹⁶⁶ Se trata de la decisión antes citada en el caso Canevaro tomada por el árbitro Louis Renalt, ver infra, pág. 72

*Attendu que, dans ces conditions, il y a lieu de considérer la requérante comme Française...*¹⁶⁷

Para Klein¹⁶⁸, en esta sentencia se expresa por primera vez de manera expresa la teoría de la nacionalidad efectiva.

* * *

En el caso del Baron de Born, (1926) el reclamante era un alemán, nacido en Berlín de padres alemanes y que había adquirido la nacionalidad húngara, siendo menor de edad, como consecuencia de la naturalización de su padre en ese país. Sin embargo el Estado Serbo-Croata-Esloveno argumentaba que el reclamante era alemán en base a diferentes documentos emitidos por autoridades alemanas que dejaban entender que el reclamante poseía esa nacionalidad. El TAM húngaro-servo-croata-esloveno determinó que:

Attendu qu'il résulte de ces faits qu'à la date de la mise en vigueur du Traité de Trianon, en ce qui concerne l'Etat S[erbel C[roatel S[ovène] et la Hongrie, le requérant pouvait réclamer, en Allemagne, là nationalité allemande, et, en Hongrie, se prévaloir de la nationalité hongroise;

...

Attendu que, dès lors, le T.A.M. chargé d'une juridiction internationale doit envisager comme un problème de conflit de lois la question de savoir si, sous ces circonstances, le requérant doit être considéré ou non comme ressortissant hongrois aux termes du Traité de Trianon;

Attendu que, pour résoudre ce conflit, il convient de rechercher dans lequel des deux Etats, l'Allemagne ou la Hongrie, se trouvait le lieu où le requérant avait

¹⁶⁷ Considerando que nos encontramos [...] en presencia de un conflicto de leyes, al haber conservado la reclamante la nacionalidad francesa según la legislación francesa y habiendo obtenido la alemana según la ley alemana; Considerando que los tribunales nacionales solucionan un tal conflicto aplicando su propia legislación, la lex fori;

Considerando que tal sistema, que no está basado en los principios generales del derecho y que varía según la nacionalidad del tribunal encargado del litigio, no podría ser adoptado por el Tribunal Arbitral Mixto cuya jurisdicción no está restringida al territorio y a la legislación de un Estado sino que se extiende a los territorios de las Potencias que han firmado el tratado de paz;

Considerando entonces, que cabe aplicar los principios generales del derecho internacional privado y que, bajo esta relación, parece útil recordar una resolución del instituto derecho internacional votada el 8 de septiembre de 1888 en su sesión de Lausana, sobre la nacionalidad de un austriaco que había adquirido la nacionalidad alemana luego de su nominación a una universidad prusiana y que se pronunciaba como sigue:

“Somos de la opinión que lo natural es considerarle únicamente como nacional del Estado al que lo unen los hechos y el derecho y del cual es nacional y sobre el territorio de del cual reside o al servicio del cual se encuentra. Es, por así decir, la nacionalidad activa que debe ser tomada en cuenta y no la nacionalidad un poco teórica que pueda subsistir al lado de ella”.

Considerando que el principios de la nacionalidad activa que ha presidido esta resolución forma una base adecuada para solucionar el presente conflicto de leyes;

Que bajo esta luz, es necesario subrayar el hecho de que la reclamante, nacida en Montpellier, no ha cesado nunca de tener su domicilio en esta ciudad y de cumplir con sus deberes cívicos;

Considerando que, de otra parte, para juzgar de las relaciones de la reclamante con Alemania, únicamente se ha establecido que durante la guerra ella se reclamó la nacionalidad alemana con el fin de hacer girar los intereses de su acreencia inscrita en el Reichsschuldbuch en la Wurtembergische Vereinbank;

Considerando que en esas condiciones hay lugar de considerar a la reclamante como francesa...

¹⁶⁸ KLEIN, Pierre. “La protection diplomatique des doubles nationaux”, *RBDI*, 1988, pág. 199

établi son domicile régulier, où il conduisait ordinairement ses affaires, où il exerçait habituellement ses droits publics et où il était saisi, à son tour, par l'autorité publique; que s'il est possible de déterminer ce lieu, la loi du, pays où cet endroit se trouve devra l'emporter sur la loi de l'autre pays en ce sens que la nationalité du demandeur doit être exclusivement déterminée par la première loi; que c'est, en effet, uniquement dans le domaine de cette loi-ci que se trouvent réunis les éléments de droit et de fait indispensables à faire naître un lien de nationalité effective et non seulement théorique,

Att. qu'il suit des documents versés aux débats ainsi que des réponses non contestées...

Que le requérant a quitté l'Allemagne à l'âge de six ans; que après avoir fait ses études à Lausanne et à Oxford, il s'est établi en 1899 définitivement à Budapest où il a conduit ses affaires sans interruption, que lorsqu'il s'est présenté, chez les autorités militaires de Budapest pour faire son service militaire, il n'a pas été, reçu uniquement à cause d'un examen de santé; que durant la période 1910-1919, il a été membre de la Chambre des députés de Hongrie, exclusivement réservée aux ressortissants hongrois; qu'il n'a jamais entretenu des rapports avec l'Allemane, abstraction faite de quelques visites de courte durée rendues à des parents domiciliés à Berlin.

...

Att. qu'il suit de ces considérations que le requérant est ressortissant hongrois et qu'il doit être considéré comme tel pour l'application des Traités de paix; que, de ce chef, la compétence du T.A.M. est établie¹⁶⁹

¹⁶⁹ Considerando que de los hechos resulta que a la fecha de entrada en vigor del tratado del Trianon, en lo que concierne al Estado serbocroata esloveno y a Hungría, el reclamante podía reclamar en Alemania la nacionalidad alemana, y en Hungría podía prevalerse de la nacionalidad húngara,

...

Considerando que desde que el TAM, encargado de una jurisdicción internacional, debe encarar como un problema de conflicto de leyes la cuestión de saber si, bajo esas circunstancias, el reclamante debe ser considerado o no como nacional húngaro dentro de los términos del tratado del Trianon.

Considerando que, para resolver este conflicto, es conveniente buscar en cuál de los dos estados, Alemania o Hungría, se encontraba el lugar donde el reclamante había establecido su domicilio regular, donde manejaba ordinariamente sus negocio, donde ejercía habitualmente sus derechos públicos y donde se encontraba, a su vez sometido a la autoridad pública; que, si es posible determinar dicho lugar, la ley del país donde se encontrará dicho lugar deberá prevalecer sobre la ley del otro país en el sentido de que la nacionalidad del demandante debe ser exclusivamente determinada por la primera ley; que es, en efecto, únicamente dentro del dominio de esta ley que se encuentran reunidos los elementos de derecho y de hecho indispensables para hacer nacer un vínculo de nacionalidad efectiva y no solamente teórica.

Considerando que los documentos presentados en los debates así como de las respuestas no contestadas, resulta...

Que el reclamante dejó Alemania a la edad de de seis años; que luego de haber realizado estudios en Lausana y Oxford, se establece definitivamente en Budapest en 1899, lugar donde ha conducido sus negocios sin interrupción, que cuando se presentó ante las autoridades militares de Budapest para hacer su servicio militar no fue recibido únicamente por causa de un examen de salud; que durante el periodo 1910-1919, ha sido miembro de la Cámara de Diputados de Hungría, reservada exclusivamente a ciudadanos húngaros; que nunca ha mantenido relaciones con Alemania, abstracción hecha de algunas visitas de corta duración a familiares domiciliados en Berlín.

...

Considerando que de lo antes señalado resulta que el reclamante es de nacionalidad húngara y que debe ser considerado como tal para la aplicación de los Tratados de paz; en base a esto la competencia del TAM queda establecida...

* * *

En el caso Tellech¹⁷⁰ (1928) Los Estados Unidos auspiciaban el reclamo de Alexander Tellech, nacido en ese país de padres austriacos y por lo tanto doble nacional, quien pedía reparación por los perjuicios sufridos de parte de las autoridades austro-húngaras durante la Gran Guerra. Cuando Tellech tenía cinco años de edad, quitó los EEUU con sus padres quienes viajaban de regreso a Austria donde el reclamante continuaría residiendo luego de alcanzada la mayoría de edad y donde ejercitaba la profesión médica. El Tribunal encontró que:

The action taken by the Austrian civil authorities in the exercise of their police powers and by the Austro-Hungarian military authorities, of which complaint is made, was taken in Austria, where claimant was voluntarily residing, against claimant as an Austrian citizen. Citizenship is determined by rules prescribed by municipal law. Under the law of Austria to which claimant had voluntarily subjected himself, he was an Austrian citizen. The Austrian and the Austro-Hungarian authorities were well within their rights in dealing with him as such. Possessing as he did dual nationality, he voluntarily took the risk incident to residing in Austrian territory and subjecting himself to the duties and obligations of an Austrian citizen arising under the municipal laws of Austria..

* * *

Max Fox (1928) había nacido en Estados Unidos el 1 de mayo de 1896 de padres húngaros. Cuando tenía tres años su familia retornó a Hungría. Max continuó viviendo en el país de sus padres aun después de la muerte de su madre y del retorno de su padre a los USA. Al estallar la guerra, fue enrolado en el ejército austro-húngaro a pesar de sus protestas de ser ciudadano americano. En 1916 fue herido en combate y ascendido al grado de teniente. En 1920 regresó a los USA. Fox demandaba reparaciones por los perjuicios sufridos durante la guerra. El TAM decidió que:

While he took an oath of allegiance to the Emperor of Austria and King of Hungary, he claims that this was under duress. While controverted, for the purposes of this decision the truth of his statement is assumed.

The facts in this case are very similar to those in the case of Alexander Tellech, claimant, docket No.2, this day decided. For the reasons therein set out neither Austria nor Hungary is obligated to make compensation on account of the damages alleged to have been sustained by claimant.

* * *

En el affaire Pinson¹⁷¹, (1928) el reclamante había nacido en México de padre francés. Al asumir su mayoría, Pinson afirmó su nacionalidad francesa cumpliendo con la obligación del servicio militar en Argelia luego de lo cual regresó a México. En 1914 regresó a Francia enlistándose en el ejército durante la Primera Guerra mundial. La ley mexicana de 1886

¹⁷⁰ RSA. Vol VI; pág.. 248-249

¹⁷¹ RSA; t. V; pág.. 327 sigts..

establecía que las personas nacidas en territorio mexicano de padres extranjeros serían considerados mexicanos a menos que durante el año siguiente al de su mayoría de edad, manifestaran su deseo de conservar la nacionalidad paterna.

El árbitro decidió que:

42.- Ma conclusion finale relative à la question de la nationalité du réclamant, M. Georges Pinson, se résume donc en les deux thèses suivantes, à savoir que sa nationalité française est prouvée, mais que sa nationalité mexicaine doit être niée.

Cette conclusion cadre, d'ailleurs, parfaitement avec la situation de fait, attendu que tous les éléments d'information que j'ai eu l'occasion de me procurer (tels que: inscriptions sur la liste électorale et au registre des étrangers) concordent pour confirmer ma conviction que les autorités mexicaines n'ont jamais, avant le présent procès international, considéré le réclamant comme sujet mexicain, mais qu'elles l'ont toujours regardé comme ressortissant français. La conclusion à laquelle je suis arrivé à la suite d'une analyse scrupuleuse des arguments multiples de nature juridique allégués par les deux agences, s'accorde donc parfaitement avec celle que j'aurais pu tirer, soit du "dictamen" de la Commission Nationale des réclamations, soit du certificat d'immatriculation consulaire, soit enfin de la "possession d'état" du réclamant, tant dans la colonie française que dans la société mexicaine.

Cette dernière constatation que, autant que j'ai pu m'en convaincre par tous les moyens à ma portée, les autorités mexicaines n'ont jamais, avant ce procès international, considéré M. Georges Pinson comme Mexicain, et que, par conséquent, elles n'ont commencé de le faire que maintenant, dans le seul but d'éviter une réclamation internationale, en se retranchant derrière l'exception de sa prétendue nationalité double, me ramène encore un instant, à l'observation que j'ai faite ci-dessus (§ 24) au sujet des conditions dont dépend le bien-fondé de pareille exception. En supposant même que le résultat négatif de l'examen de la nationalité mexicaine du réclamant n'eût pas été si certain qu'il ne l'est en réalité, j'aurais éprouvé des hésitations très sérieuses à reconnaître, dans le cas actuel, le caractère fondé de l'exception de double nationalité. Donner et retenir ne vaut¹⁷².

¹⁷² Mi conclusión final relativa a la cuestión de la nacionalidad del reclamante, M. Georges Pinson, se resume en las dos tesis siguientes, a saber, que su nacionalidad francesa ha quedado aprobada pero que su nacionalidad mexicana debe ser negada.

Esta conclusión cuadra perfectamente con la situación de hecho teniendo en cuenta que todos los elementos de información que he tenido la ocasión de procurarme (tales que: inscripciones en la lista electoral y en el registro de extranjeros) concuerdan para confirmar mi convicción que las autoridades mexicanas, antes del presente proceso internacional, no han considerado jamás al reclamante como sujeto mexicano sino que lo han tenido siempre por nacional francés. La conclusión a la que he llegado luego de un análisis escrupuloso de los múltiples argumentos de naturaleza jurídica alegados por las dos agencias está en perfecto acuerdo con aquella que yo hubiera podido tomar sea del "dictamen" de la Comisión Nacional de reclamaciones, sea del certificado de inscripción consular, sea, en fin, de la "posesión de estado" del reclamante tanto en la colonia francesa que dentro de la sociedad mexicana.

Esta última constatación de que - hasta donde he podido convencerme por todos los medios a mi alcance - las autoridades mexicanas, antes de este proceso internacional, no han jamás considerado a M. Georges Pinson, como mexicano y que, en consecuencia, no han empezado a hacerlo sino ahora, con la única finalidad de evitar una reclamación internacional, escudándose tras la excepción de su pretendida nacionalidad doble, me lleva a la observación antes notada a propósito de las condiciones de las cuales depende el fundamento de tal excepción. Suponiendo incluso que el resultado negativo del examen de la nacionalidad mexicana del reclamante no hubiera sido tan neto como lo es en realidad, yo hubiera tenidos serias dudas a reconocer, en el caso actual, el carácter

La peculiaridad de esta decisión está en que el *test* de nacionalidad se realiza desde el punto de vista no del individuo, sino del Estado demandado y el árbitro encuentra que las autoridades mexicanas han tratado a Pinson en tanto que extranjero. Idéntica es la situación del Japón en el caso que nos ocupa, que no ha cesado de tratar a Fujimori como peruano hasta antes de los hechos que vienen motivando el diferendo. Como lo señala el árbitro en este affaire, no se puede dar y retener al mismo tiempo.

* * * * *

Lejos se encontraba pues la CIJ de haber innovado al aplicar la doctrina de la nacionalidad activa al caso Nottebohm como lo prueban estos precedentes, más bien es la crítica de Kunz la que aparece desfasada. A la vista de estos precedentes, la sentencia de la Corte nos aparece como la afirmación de un principio general¹⁷³ que se ha venido delineando y moldeando a través del tiempo gracias a los sucesivos aportes de la jurisprudencia, la doctrina y el debate contradictorio. Ella muestra la tendencia actual en el derecho internacional moderno¹⁷⁴. Para Suzanne Bastid¹⁷⁵, con la sentencia Nottebohm, la Corte a entendido “*establecer la existencia de una costumbre internacional*” cuya regla sería “*el vínculo efectivo del individuo al Estado*”.

Única disonancia en este concierto jurisprudencial, el affaire Salem¹⁷⁶ (1932) en cuya sentencia puede leerse a propósito del principio de la nacionalidad efectiva:

*Il est vrai que ce principe a été appliqué dans le fameux cas Canevaro, mais la sentence prononcée par le Tribunal Arbitral institué à l'époque est restée isolée*¹⁷⁷.

Pero como lo señala Federico de Castro¹⁷⁸, esta afirmación no corresponde a los hechos ni el razonamiento del árbitro ha sentado ninguna autoridad. Es más bien la sentencia Salem la que aparece aislada.

Si la jurisprudencia que ampara el principio estudiado es numerosa, no menos se puede decir de la doctrina que es citada de manera abundante tanto en las sentencias como en los alegatos de las partes, recorrerla en detalle aquí resultaría redundante, bástenos con recordar la memorable cita – recogida en múltiples sentencias y alegatos – que a propósito de los, así llamados, arbitrajes venezolanos, escribiera el publicista Basdevant¹⁷⁹:

La nationalité c'est l'expression juridique du fait q'un individu est plus étroitement rattaché à la population d'un Etat déterminé que à celle de tout autre. Le lien juridique appelé nationalité a à sa base un lien social, un rapport de fait.

fundado de la excepción de doble nacionalidad. Dar y retener no vale.

¹⁷³ Comentando la sentencia Paul De Visscher afirma que esta ha “bel et bien entendu affirmer un principe general” *RCADI*, 1972, t. 136, pág. 163

¹⁷⁴ ZVONKO R. Rode, op cit, pág. 142

¹⁷⁵ BASTID, op cit, pág. 625

¹⁷⁶ RSA II pág. 1163-1237

¹⁷⁷ Es cierto que ese principio fue aplicado en el famoso caso Canevaro, pero la sentencia pronunciada por el Tribunal arbitral instituido en aquella época, ha quedado aislada.

¹⁷⁸ CASTRO, F. de. « Nationalité, double et supra nationalité », *RCADI*, 1961, pág. 578

¹⁷⁹ BASDEVANT, Jules. « Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905 », *RDIP* 5, 1909, pág.. 61

C'est dire que se lien juridique n'est pas la création arbitraire d'un Etat qui attribue à un individu sa nationalité. L'Etat, en attribuant sa nationalité, ne crée pas, à sa guise, le rapport juridique en question: il constate qu'en en fait tel individu se rattache étroitement à sa population et il place se fait dans les cadres de l'ordre juridique. Par suite s'impose à cet Etat le devoir juridique de n'attribuer à un individu sa nationalité que si cela correspond bien à la situation de fait, faute de quoi, son acte serait inopérant au point de vue international, ne s'imposerait pas au respect des autres Etats¹⁸⁰.

2.4. Confirmación de la jurisprudencia posterior

En 1956, al año siguiente de la sentencia Nottebohm, en su crítico artículo sobre esta, Suzanne Bastid¹⁸¹ se preguntaba en los términos siguientes por el futuro que la jurisprudencia y la práctica estatal le depararía a la regla de costumbre que ella veía definida por la Corte:

La réaction des Etats, le comportement d'autres juges internationaux permettront de constater si cette règle coutumière, avec toute la portée reconnue par la Cour, s'affermir, s'impose, ou si, au contraire, la résistance d'une partie de la doctrine correspond aux vues de ceux qui contribuent à la formation, du droit coutumier¹⁸².

Casi cincuenta años después, la ciencia jurídica está en capacidad de dar respuesta a las interrogantes planteadas por la Bastid y esa respuesta no parece darle la razón a la “resistencia” que “una parte de la doctrina” oponía a los principios que se desprenden de la sentencia de la Corte.

En el mismo año de la sentencia Nottebohm, la Comisión de Conciliación italo-americana creada con el propósito de satisfacer los reclamos por los daños sufridos en la guerra por los ciudadanos de esos dos Estados evacuaba una sentencia que serviría de línea de guía a todos los casos de reclamos de dobles nacionales que se irían presentando ante esa Comisión.

Se trata del caso *Mergé*¹⁸³ (1955), en el cual la reclamante, americana de nacimiento e italiana por matrimonio, demandaba reparación al Estado italiano por pérdidas materiales sufridas durante la guerra. Tras un minucioso examen de los hechos, de la letra y espíritu del

¹⁸⁰ La nacionalidad es la expresión jurídica del hecho que un individuo se encuentra más estrechamente ligado a la población de un Estado determinado que a la de cualquier otro. El vínculo jurídico llamado nacionalidad tiene en su base un vínculo social, una relación de hecho. Es decir que ese vínculo jurídico no es la creación arbitraria de un Estado que atribuye a un individuo su nacionalidad. Al atribuir su nacionalidad, el Estado no crea a su gusto la relación jurídica en cuestión: él se limita a constatar que en los hechos tal individuo se vincula estrechamente con su población y sitúa ese hecho dentro del marco de su orden jurídico. En consecuencia, se impone al Estado el deber jurídico de no atribuir su nacionalidad a un individuo sino en el caso en que esto corresponda con la situación de hecho, a falta de lo cual, su acto sería inoperante desde el punto de vista internacional y no se impondría al respeto de los otros Estados.

¹⁸¹ BASTID, op cit, pág. 630

¹⁸² La reacción de los Estados, el comportamiento de los jueces internacionales, permitirán constatar si esta norma de costumbre, con todo el alcance que le reconoce la Corte, se afirma, se impone, o si, al contrario, la resistencia de una parte de la doctrina corresponde a las vistas de aquellos que contribuyen a la formación del derecho consuetudinario.

¹⁸³ RSA; vol XIV; pág. 236-248

tratado que establece la Comisión de Conciliación ítalo-americana, de la literatura legal y de los precedentes jurisprudenciales, el árbitro decidió que:

the Commission holds that Mrs. Mergé can in no way be considered to be dominantly a United States national within the meaning of Article 78 of the Treaty of Peace, because the family did not have its habitual residence in the United States and the interests and the permanent professional life of the head of the family were not established there. In fact, Mrs. Mergé has not lived in the United States since her marriage, she used an Italian passport in travelling to Japan from Italy in 1937, she stayed in Japan from 1937 until 1946 with her husband, an official of the Italian Embassy in Tokyo, and it does not appear that she was ever interned as a national of a country enemy to Japan.

Inasmuch as Mrs. Mergé, for the foregoing reasons, cannot, be considered to be dominantly a United States national within the meaning of Article 78 of the Treaty of Peace, the Commission is of the opinion that the Government of the United States of America is not entitled to present a claim against the Italian Government in her behalf.

En sus consideraciones, el árbitro hace referencia expresa a la sentencia Nottebohm y, a diferencia de esta, realiza un examen prolijo tanto de los hechos como de las consideraciones de derecho, deteniéndose en algunos de los precedentes revisados en la tercera parte de este capítulo (casos Mathison, Milani, Stevenson, Massiani, Canevaro, Barthez de Montfort y Pinson) como subsanando los vacíos de la sentencia Nottebohm pero limitándose, en cuanto a la definición de la doctrina misma, a repetir la fijada por la CIJ en la referida sentencia.

En base a la jurisprudencia que se desprende del caso Mergé, la misma Comisión de Conciliación, estatuyó en los casos¹⁸⁴:

*Mazzonis*¹⁸⁵ (1955) (Winifred Cecil, viuda de Mazzoni)

Winifred Cecil was born in New York City on August 31, 1907, thereby acquiring United States nationality according to the law of the United States.

On November 26, 1942, at the age of 35, Winifred Cecil married Paolo Mazzonis in Turin, Italy. As Mr. Mazzonis was an Italian national, Winifred Cecil acquired Italian nationality by operation of Italian law, notwithstanding the fact that at the time of her marriage she was a national of a country then at war with Italy.

Mrs. Mazzonis, who had visited Italy for long periods prior to her marriage and who had remained in Italy at the outbreak of war between the United States and Italy, took up her residence with her husband at or near Turin following their marriage. She remained there after the war had ended and continued to reside with her husband in Italy until his death on June 8, 1948.

Shortly after her husband's death, Mrs. Mazzonis went to the United States for a brief period and on November 30, 1948 she returned to Italy for the purpose of settling the estate of her deceased husband.

¹⁸⁴ Según Briggs, fueron cincuenta y dos los casos de doble nacionalidad sometidos a esta Comisión cuyas sentencias están basadas, todas, en los principios que se desprenden de la sentencia Mergé. BRIGGS, « La Protection Diplomatique », op cit, pág. 170

¹⁸⁵ RSA, vol XIV, pág. 249-251

Examining the facts of the instant case in the light of the aforementioned principles, the Commission holds that Mrs. Mazzonis, by reason of her conduct as it appears from the record, cannot be considered to have been dominantly a United States national within the meaning of Article 7B of the Treaty of Peace, because...the family did not have its habitual residence in the United States, but in Italy where her husband's professional life was located, even after the end of hostilities when the family would have been able to move to the United States. If her husband had not died in 1948, Mrs. Mazzonis would presumably still be living in Italy.

Inasmuch as Mrs. Mazzonis, for the foregoing reasons, cannot be considered to have been dominantly a United States national.

*Spaulding*¹⁸⁶ (1956)

The Commission holds that Mrs. Alice Orpha Spaulding Paolozzi cannot be considered to be dominantly a United Nations national within the meaning of Article 78 of the Treaty of Peace, as interpreted in the Merge Decision, because the family did not have its habitual residence in the United States and the interests and personal professional life of the head of the family were not established there. In fact, Mrs. Paolozzi was married in Italy in 1938. From that point to May of 1943, when she established her permanent residence in Switzerland prior to her departure for America, she resided in Italy and went to America only long enough to have her child born there. The other times she left Italy, in her trips to Switzerland, she apparently travelled under an Italian passport exclusively. It is obvious that her Italian citizenship was dominant in that she remained in Italy and Switzerland with her husband, the head of her household, practically continuously from the date of her marriage until she returned to the United States in 1945.

Inasmuch as Mrs. Paolozzi, for the foregoing reasons, cannot be considered to be dominantly a United Nations national

*Zangrilli*¹⁸⁷ (1956)

The Commission considers that the American nationality of Francesco Saverio Zangrilli should be deemed prevalent.

Notwithstanding the fact that he resided in Italy from 1915 to 1929, the Commission, on the basis of the elements acquired during the proceedings, considers that this sojourn, although a lengthy one, was not accompanied by the intention to reside permanently in this country. Therefore, there is here involved the hypothesis provided for by point 7 (b) of the above-cited Decision in Case No.3, namely, an Italian national who reacquired his nationality of origin as a matter of law merely as a result of having sojourned in Italy for more than two years, without the intention of re-transferring his residence permanently to Italy.

¹⁸⁶ *Ibíd.* pág. 292-294

¹⁸⁷ *Ibíd.* pág. 294-296

*Cestra*¹⁸⁸ (1957)

The Commission is also of the opinion that the instant case does not involve a sojourn coupled with the intention of retransferring residence to Italy; in actual fact Cestra came to Italy periodically, where he had a family and interests, but always for limited periods of time, and if the duration of one of these periods exceeded two years it cannot be assumed without a doubt that claimant intended to resettle definitively in Italy.

The Commission therefore, considers that the claimant is entitled to receive compensation for damages...

*Salvoni*¹⁸⁹ (1957)

the Commission holds that Mrs. Salvoni cannot be considered to have been dominantly a United States national within the meaning of Article 78 of the Treaty of Peace, as interpreted in the Merge Decision, because the family did not have its habitual residence in the United States and the interests and personal professional life of the head of the family were not established there. In fact, Mrs. Salvoni came to Italy in 1937 and resided there until her death in 1951. During the war her husband was "recalled"-and the Commission must assume from this evidence that he was recalled to the Italian Armed Forces. She further stated as a reason for residing in Italy that she wanted to be near her husband who had his business there and would return to the United States as soon as circumstances would permit, From the facts it would seem that if she wanted to return to the United States before or after the war she would have had ample opportunity to do so. As a matter of fact, in a letter written to the Washington Loan and Trust Company, Washington, D.C., dated September 13, 1940, she apparently foresaw the possibility of war and asked for a year's income in advance. It is obvious that her intention, irrespective of her sentiment, was to be with her husband in Italy during those times. Her intention obviously continue after the war as can be seen from her correspondence and the fact that she did not return to America.

Inasmuch as Mrs. Salvoni, for the foregoing reasons, cannot be considered to be dominantly a United Nations national

*Vereano*¹⁹⁰ (1957)

The Commission finds that the claimant has a right to file a claim with this Commission, notwithstanding the fact that she may have been in possession of Turkish nationality: This question was already settled in the Merge Decision

*Puccini*¹⁹¹ (1957)

¹⁸⁸ Ibid. págs. 307-308

¹⁸⁹ Ibid. págs. 310-312

¹⁹⁰ Ibid. págs. 321-322

¹⁹¹ Ibid. págs. 323-325

In examining the facts of the case at bar which disclose that the claimant travelled on an American passport, that she was registered as an American with the Italian police, and that all her income and assets were always in the United States, the Commission must conclude that the claimant's sojourn of more than two years in Italy was not coupled with the intention of permanently retransferring her residence to Italy. As a matter of fact, when war broke out at the completion of the two-year period, Mrs. Mattei although she had an American passport, was confronted with difficulties in returning to the United States, At the cessation of hostilities she immediately returned to the United States (in 1946) where she presently resides. Therefore, the Commission considers that she is dominantly a United States national

*Graniero*¹⁹² (1959)

The Commission must then determine which of the two nationalities is dominant. The claimant resided in Italy from 1931 until 1946, the year of her return to the United States. She came to Italy with her children to be with her husband. She alleges that she made an attempt, in 1939, to return to America and in that regard made an application at the American Consulate in Rome. However, before obtaining clearance for her return the war broke out, leaving Mrs. Graniero and her family stranded in Italy. Her attempt to return to America in 1939 is merely set forth in a letter by the claimant's attorney, but no proof is presented to substantiate it. An examination of the Rome Consulate files reveals, on the contrary, that no such application was made by Mrs. Graniero in 1939. Investigation further revealed that, in connexion with a passport application at the same Consulate, Mrs. Graniero executed an affidavit, in March 1946, to overcome the presumption of non citizenship. She states therein that the reason for her foreign residence was to be with her husband in Italy. She makes no mention whatsoever of any previous application to return to America. Even though it would have been most logical to do so at that time. Furthermore, the claimant's husband, in a similar affidavit executed in January 1945, states: that he owned a mill in Italy which he operated during his stay there; that he did not have the intention of returning to the United States until 1945; that the reason he did not previously apply for a passport was because he was not ready to leave Italy; that he also owned some land and a house, in which he and his family lived while in Italy. It should also be pointed out that the claimant's husband lost his American citizenship in 1933 when he manifested a voluntary acceptance of Italian nationality by virtue of his membership in the Fascist Confederation of Artisans. From that date he possessed only Italian nationality, These facts clearly establish that the claimant, who was in possession of both nationalities but who was married to an Italian, was more closely related since 1931 with Italy than she was with America. Not only her conduct in economic, social, civic and family life, but also her husband's habitual residence, the centre of his business interests and of his professional life, clearly show that she was a dominant Italian national.

¹⁹² *Ibíd.* págs. 392-396

*Tucciarone*¹⁹³ (1959)

The Commission finds that the claimant and her husband have had habitual residence in the United States and the interests and the permanent professional life of the head of the family were established in the United States. Thus this case comes within the meaning of paragraph. 7 (c) of the Mergé Decision (The United States of America ex rel. Florence Strunsky Mergé vs. The Italian Republic Decision No. 55 1 in which the American nationality shall be considered prevalent. Therefore, since Mrs. Tucciarone's American nationality was her dominant one during the pertinent dates of the Treaty she is entitled to compensation for the damages to her property in Italy as a result of the war.

*Ganapini*¹⁹⁴ (1959)

In paragraph 7 of the Mergé Decision (The United States of America ex rel. Florence Strunsky Mergé vs. The Italian Republic, Decision No. 55) it is stated: "It is considered that in this connexion the following principles may serve as guides" ... for determining the dominant nationality of individuals vested with both nationalities at the same time, i.e., the Italian and American nationalities. In sub-paragraph (c) of the aforesaid paragraph reference is made to the nationality of the head of the family; but if the husband should be normally considered as the head of the family, there are nevertheless certain instances in which, even though this principle holds firm, it must be adapted to the particular circumstances of the case.

This is the proposition occurring in the instant case wherein it has been ascertained that Mrs. Ganapini, who supported her husband and daughter from 1937 to 1952, actually was the head of the family.

Having noted that during the entire period specified above the claimant has p

worked and resided uninterruptedly in the United States and that the business interests and the professional life of the family were established, therefore, in the United States, the Commission holds that the claimant's American nationality should be considered as dominant wherefore she is entitled to receive the compensation provided for in Article 78 of the Treaty of Peace.

Evacuado por esta misma Comisión, el caso Flegenheimer (1958)¹⁹⁵ es citado a menudo como ejemplo de los límites de la doctrina de la nacionalidad efectiva¹⁹⁶ pero estas críticas tienen más que ver con el alcance que pudiera tener esta teoría en casos no de doble sino de una sola nacionalidad¹⁹⁷, esta discusión teórica no nos interesa en realidad aquí puesto que el

¹⁹³ *Ibíd.* págs. 398-400

¹⁹⁴ *Ibíd.* págs. 400-402

¹⁹⁵ *Ibíd.* págs. 327-390

¹⁹⁶ Véase De Visscher, op. cit. *RCDAL*, pág. 163 ; Kunz, op cit, pág. 568. La Comisión que vio este caso estaba presidida por M. Sausser-Hall, quien fuera abogado de Liechtenstein en el caso Nottebohm.

¹⁹⁷ El hecho de que la sentencia Nottebohm no se pronunciara finalmente sobre la nacionalidad de este, ha motivado que la discusión persista pues, formalmente, para muchos tratadistas, Nottebohm no poseía, en el momento crítico, sino la nacionalidad de Liechtenstein. Los tratadistas que admiten, y dan la razón a la Corte cuando esta, al declarar que la cuestión del otorgamiento de la nacionalidad pertenece al dominio reservado del Estado, se exime de analizar las condiciones en las que la nacionalidad de ese principado fue otorgada a

nuestro es un caso de doble nacionalidad, bástenos con señalar que la sentencia Flegenheimer reconoce¹⁹⁸ el valor de la doctrina y que si esta fue puesta de lado al momento de decidir es porque el árbitro encontró que Flegenheimer no poseía sino una nacionalidad¹⁹⁹.

El Iran-US Claims Tribunal

Este Tribunal fue constituido como consecuencia de un acuerdo surgido para solucionar los diferendos que tuvieron lugar luego de las estatizaciones practicadas por el gobierno de Irán, el congelamiento consecuente de los haberes de ese país en los EEUU y la toma de la embajada de este último en Teherán. En el se vieron algunos casos de dobles nacionales que a continuación reseñamos.

Esphahanian²⁰⁰ (1983)

Nasser Esphahanian nació en Iran de padres iraníes, a los diez y siete años de edad dejó su país para hacer sus estudios en la universidad de Brigham Young en Utah, USA y luego en la de Tulsa, Oklahoma de la que se graduó en 1950 como Bachiller en Ciencias en ingeniería petrolera, mudándose luego a Texas donde empieza a trabajar en una compañía americana. En 1952 realiza un breve periodo de servicio en la Army. En 1953 se casa con Mary Kolander, ciudadana americana con quien tiene dos hijos, ambos nacidos en USA. En 1958 se naturaliza americano. Sus hijos fueron educados exclusivamente en colegios americanos, tanto en los USA como en Iran. Ni sus hijos ni su esposa hablan persa ni son miembros de la fe musulmana. Esphahnian ha participado regularmente en actividades culturales, cívicas y

Nottebohm, parecen olvidar que el mismo criterio sería aplicable a la cuestión de la pérdida de la nacionalidad alemana, es decir, que esta también pertenece al dominio reservado, que la Corte no tenía porque entrar en ese dominio y que, eventualmente, siguiendo el razonamiento de la sentencia, lo que hubiera cabido es determinar si esta pérdida de nacionalidad podía ser, en el terreno internacional, opuesta a otros Estados, pero esa era una cuestión que no había sido planteada por las partes y por lo tanto la Corte no podía pronunciarse al respecto. Paul Reuter lo señala claramente: “Si no es posible oponer la naturalización que no ha tenido cuenta de ciertas condiciones de efectividad, el retiro de una nacionalidad que violaría ciertas reglas del derecho internacional, tampoco puede ser opuesto”. REUTER, Paul. “Principes de droit international public”, *RCADI*, 1961, pág. 611. De igual opinión es Roger PINTO, “Les Problemas de nationalité devant le judge international”, *AFDI*, 1963, pág. 367

¹⁹⁸ La sentencia señala: “The right of challenge of the international court authorizing it to determine whether, behind the nationality certificate or the acts of naturalization produced, the right to citizenship was regularly acquired, is in conformity with the very broad rule of effectivity which dominates the Law of Nations entirely and allows the court to fulfil its legal function and remove the inconveniences specified”. *RSA*, op cit, pág. 338 Véase al respecto el comentario de Michel VERWILGHEN en “Conflits de nationalités”; *RCADI*; 1999; vol 277; pág. 461.

¹⁹⁹ Samuel Flegenheimer, el padre del reclamante, había nacido en el Gran Ducado de Baden (1848) y había emigrado a los USA a los 16 años (aparentemente con el propósito de escapar al servicio militar), en 1873 se había naturalizado americano y en 1874 regresó a Alemania, contrayendo matrimonio en 1876. En lugar de retornar a Baden, SF se estableció en Württemberg donde fue naturalizado en 1894 y donde residió hasta su muerte en 1929. Albert Flegenheimer (el reclamante), nació en esa localidad en 1890 y fue incluido, al igual que sus hermanos, en la naturalización actuada por su padre en Württemberg en 1894. Parece ser que luego de la ascensión de Hitler al poder y del inicio de la persecución judía, AF habría buscado recuperar la nacionalidad americana pero ninguna prueba de esto fue presentada a la Comisión. Después de haber errado por Italia, Suiza, Canada y de nuevo Suiza, en 1939 introduce su primera demanda formal para que la ciudadanía americana le sea reconocida, la cual fue rechazada. Finalmente en 1942 la nacionalidad americana le fue reconocida. El árbitro sin embargo encontró que en virtud de la aplicación de los tratados Bancroft que los EEUU habían pasado con diferentes Estados de Europa y América para regular la situación de las personas que adquirirían la nacionalidad americana, el padre del reclamante había perdido esa nacionalidad al obtener naturalización en Württemberg y esta pérdida habría acarreado la del reclamante al mismo tiempo, razón por la cual su demanda no fue admitida.

²⁰⁰ *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Grotius Publications Limited, Cambridge, Vol II, págs. 157-170

de negocios en los USA y ha votado regularmente en las elecciones americanas desde 1960 donde posee bienes inmuebles.

Entre 1953 y 1970, la familia ha vivido exclusivamente en Texas. Entre 1970 y 1978, la familia ha residido entre nueve meses por año en Iran debido al cargo de Esphahnian como gerente general para el área del Medio Oriente de la Houston Contracting Company.

En 1972 abre una cuenta de depósitos en certificados en Riales en el Iranian's Bank con su documento de identidad iraní, en esta cuenta efectúa depósitos por servicios prestados tanto en Irán como en otras localidades así como diferentes acciones y obligaciones a su nombre. En diciembre de 1978 redime los certificados de depósito cambiándolos por un cheque del banco por la suma de 704691.85 dólares. Presentado el cheque al Citibank en Nueva York, el título no fue honorado por falta de fondos. En 1979 el Iranian's Bank fue estatizado y posteriormente fusionado con el Bank Tejarat.

Esphahnian presenta reclamo por los perjuicios sufridos ante el Tribunal Arbitral irano-americano. El gobierno de Irán rechazaba la demanda bajo el argumento de la nacionalidad iraní del reclamante. El árbitro decidió que²⁰¹:

We may now frame the jurisdictional issue before us: Were Esphahnian's, factual connections with the United States "in the, period preceding, contemporaneous with and following his naturalisation as a United States citizen more effective than his factual connections with Iran during the same period? See Nottebohm, [1955] I.C.J. Rpts. at 24, Esphahnian's contacts with the United States were long and consistent. He has resided in the United States since 1946. He served in the U.S. armed forces. He became an American citizen in 1958. He is married to an American woman, and they have two children who are American, speak no Farsi and have been educated solely in American schools. Except for a limited time during the period 1970-78 (which is discussed below), his investments have all been in the United States. He bought four residences in the United States between 1957 and 1979. Since becoming a citizen of the United States, Esphahnian has paid U.S. taxes and has voted in U.S. elections, even during the, years 1970~78 when he was outside the United States most of the year.

Esphahnian's contacts with Iran since he went to the United States to study have been significant, but much more limited. Aside from contact with relatives still living in Iran, he has made many visits to Iran, has retained his Iranian passport, and most important, had his principal residence there for approximately nine months of each of the years 1970-77 where his family lived while the children attended the American school in Tehran. The evidence presented shows that, his American employer required him to divide his time among a number of countries in the Middle East and paid all of his and his family's living expenses. In effect, he operated out of Iran and spent only about one-third, of his, time there. The evidence also shows that the family returned to the United States each year for the summer months and, thus, maintained a secondary residence there. Esphahnian paid (or his employer paid for him) taxes to Iran on that part of his salary attributable to his work in Iran, whereas his U.S. taxes were based on his total

²⁰¹ Ibid. págs. 166-168

salary. All of Esphahanian's salary and reimbursements from his employer were paid to him in Iran in Rials, and he states that the total for the years 1970-78 amounted to approximately \$610,000 (of which he has documented \$478,345), most of which he invested in certificates of deposit, which were the source of funds for the dishonoured check that is the basis of this claim. His other income during those years stemmed from interest (\$174,000), reimbursement of expenses by his employer (some portion of \$165,000), consulting work (\$25,000), and money received from business transactions with his brother (\$50,000). There is, thus, sufficient evidence to believe that virtually all of the funds used to purchase the check in question were acquired legitimately from activities unrelated to Esphahanian's Iranian nationality.

...

It should be noted that Iranian law permits renunciation of Iranian nationality only with the approval of the Council of Ministers. Any person who receives such approval is thereafter allowed to travel to Iran only once, in order to sell or transfer his properties. With respect to Esphahanian's use of an Iranian passport to enter and leave Iran, the Tribunal notes that the laws of Iran in effect forced such use. Once Esphahanian had emigrated to the United States and had become an American citizen, the only way he could return lawfully to Iran was as an Iranian national, using an Iranian passport. If he insisted on using his U.S. passport to enter Iran, he would be turned away or, at least, his U.S. passport would be confiscated and he would be admitted only as an Iranian. In effect, Iran told its citizens that, if they took foreign nationality, they must also retain their Iranian nationality - which in Iran would be considered their sole nationality - or they would be forever barred from returning to Iran. Esphahanian asserts that he used his Iranian passport solely to enter and leave Iran, and a review of copies of his various passports largely supports those assertions. With the exception of one Lebanese and one Saudi Arabian visa, the visas and immigration stamps of countries other than Iran are all in his American passports.

On the basis of these facts, the Tribunal concludes that Esphahanian's dominant and effective nationality at all relevant times has been that of the United States,

Caso Golpira²⁰² (1983)

Golpira's contacts with the United States were long and consistent. He has resided in the United States since 1953 and has practiced medicine in Baltimore, Maryland since 1958. He became an American Citizen in 1964. Although married to an Iranian, they have two children who were born in the United States and have lived and been educated solely in the United States. His entire professional life and virtually all his investments have been centred in the United States. He owns both residential and commercial property in the United States. Since becoming a citizen of the United States, Golpira has paid U.S. taxes and has voted in U.S. elections.

²⁰² Ibid. págs. 171-177

Golpira's contacts with Iran since he went to the United States to complete his medical studies have been much more limited. He has made only three brief visits to Iran to see relatives still living there. He has retained his Iranian passport, which he used for his visits to Iran and has registered his children with Iranian consular authorities.

On the basis of these facts, the Tribunal concludes that Golpira's dominant and effective nationality at all relevant times has been that of the United States²⁰³

Caso Mahmoud²⁰⁴ (1985)

16. The evidence before the Tribunal of Claimant's activity during the relevant period is that she had voted in the United States elections in 1980 and that she continued to live with her husband in Arizona. The relevant period during which the Claimant was a U.S. national was a very short one. This period coincided with the Iranian Revolution. During that period, her contacts with Iran were obviously limited.

17. Looking to the evidence as a whole, in support of the Claimant's dominant U.S. nationality are the act of naturalization in August 1979, marriage to a U.S. naturalized citizen since 1969 and the residence in the United States since 1969 with her husband who enjoyed permanent employment there.

18. In support of a finding of dominant Iranian nationality are the facts that the Claimant had only Iranian nationality for the first 55 years of her life, that she sought U.S. nationality only after nine years or more of residence in the United States (although United States law would have permitted her to apply much earlier), that she became a u.s. national only eight months prior to the date her Claim arose and that she retained significant family ties in Iran particularly concerning the real estate at issue in this Case, prior to the date the Claim arose.

. 25. The Claimant, who lived in Arizona with her husband on whom she claims to have been totally dependant, maintained strong family ties in Iran, and continued to benefit from the fact that she had not become an American citizen until 1979. The Claimant was thereby able to benefit from her Iranian nationality which allowed her to continue to enjoy her rights as an owner of the real estate which she inherited from her mother in 1970. .

26. In the light of all the above considerations, the Claimant has failed to satisfy the Tribunal that her dominant and effective nationality during relevant periods was that of the United States.

Otros casos:

²⁰³ Ibid. pág. 174

²⁰⁴ Ibid. vol XIX, pág. 350-355

SAGHI v. IRAN²⁰⁵ (1987)
 MALEK v. IRAN²⁰⁶ (1988)
 BENEDIX v. IRAN²⁰⁷ (1989)
 DANIELPOUR (M.) v. IRAN²⁰⁸
 (1989)
 DANIELPOUR (S.J.) v. IRAN²⁰⁹
 (1989)
 HEMMAT v. IRAN²¹⁰ (1989)
 EBRAHIMI v. IRAN²¹¹ (1989)
 GOLSHANI v. IRAN²¹² (1989)
 PERRY-ROHANI v. IRAN²¹³
 (1989)
 PROTIVA v. IRAN²¹⁴ (1989)
 DIBA AND GAULIN v. IRAN²¹⁵
 (1989)
 ABRAHAMIAN v. IRAN²¹⁶
 (1989)
 NOURAFCHAN v. IRAN²¹⁷
 (1989)
 KHOSROWSHAHI v. IRAN²¹⁸
 (1990)
 NEMAZEE v. IRAN²¹⁹ (1990)
 GHAFFARI v. NIOC²²⁰ (1990)
 LAWRENCE v. IRAN²²¹ (1990)
 MOHAJER-SHOJAEI v. IRAN²²²
 (1990)
 ETEZADI v. IRAN²²³ (1990)
 BEROOKHIM v. IRAN²²⁴ (1990)
 BAKHTIARI v. IRAN²²⁵ (1990)
 NAZARI v. IRAN²²⁶ (1991)

KHAJETOORIANS v. IRAN²²⁷
 (1991)
 SAMRAD v. IRAN²²⁸ (1991)
 RIAHI v. IRAN²²⁹ (1992)
 MONEMI v. IRAN²³⁰ (1992)
 MALEKZADEH v. IRAN²³¹
 (1993)
 BOROUMAND v. IRAN²³²
 (1993)
 NIKPOUR v. IRAN²³³ (1993)
 MOIN v. IRAN²³⁴ (1994)
 KHATAMI v. IRAN²³⁵ (1994)
 BAVANATI v. IRAN²³⁶ (1995)

²⁰⁵ Ibid. vol 14; pág. 3-8

²⁰⁶ Ibid. vol 19, pág. 48-61

²⁰⁷ Ibid. vol 21, pág. 20-24

²⁰⁸ Ibid. vol 22, pág. 118-122

²⁰⁹ Ibid. pág. 123-127

²¹⁰ Ibid. pág. 129-134

²¹¹ Ibid. pág. 138-145

²¹² Ibid. pág. 155-160

²¹³ Ibid. pág. 194-199

²¹⁴ Ibid. vol 23, pág. 259-264

²¹⁵ Ibid. pág. 269-275

²¹⁶ Ibid. pág. 285-289

²¹⁷ Ibid. pág. 307-314

²¹⁸ Ibid. vol 24, pág. 40-46

²¹⁹ Ibid. vol XXV, pág. 153-163

²²⁰ Ibid. pág. 178-185

²²¹ Ibid. pág. 190-195

²²² Ibid. pág. 196-200

²²³ Ibid. pág. 264-272

²²⁴ Ibid. pág. 278-288

²²⁵ Ibid. pág. 289-297

²²⁶ Ibid. Vol 26, pág. 7-14

²²⁷ Ibid. pág. 37-43

²²⁸ Ibid. pág. 45-58

²²⁹ Ibid. vol. 28, pág. 176-188

²³⁰ Ibid. pág. 232-243

²³¹ Ibid. vol 29, pág. 3-13

²³² Ibid. pág. 59-65

²³³ Ibid. pág. 67-75

²³⁴ Ibid. vol. 30; pág. 70-75

²³⁵ Ibid. pág. 267-280

²³⁶ Ibid. vol. 31; pág. 36-43

2.5. Alcance de la doctrina de la nacionalidad efectiva

A diferencia del derecho interno, donde las normas jurídicas que rigen la vida del cuerpo social son elaboradas por un órgano especializado, en el derecho internacional – donde no existe tal órgano – esas normas se van construyendo en base a la voluntad de los Estados y, muy a menudo, esa voluntad sólo llega a expresarse cuando se produce un conflicto que enfrenta las posiciones dispares de dos o más Estados ante una situación dada. Es el caso de los principios que rigen cuestión de la doble nacionalidad, los cuales se han ido desarrollando casi exclusivamente en base a los conflictos que ha presentado y a la jurisprudencia internacional que se ha venido acumulando sobre la materia²³⁷.

Ahora bien, la gran mayoría de conflictos sobre la doble nacionalidad han tenido que ver principalmente con la cuestión de la protección diplomática, nada extraño resulta entonces que el desarrollo, tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia internacional, este centrado principalmente en torno a la protección diplomática. Se entiende como protección diplomática, la que extiende un Estado, más allá de sus fronteras, a favor de alguno de sus ciudadanos, más precisamente:

«[a]ction d'un Gouvernement auprès d'un Gouvernement étranger pour réclamer à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certaines autres personnes, le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages à leur profit
»²³⁸

Está claro entonces, que en el asunto que nos ocupa no se trata en modo alguno del ejercicio de la protección diplomática, sin embargo, como ya ha sido señalado, resulta casi imposible no hacer referencia a ella, tal es el rol que ha jugado en la elaboración y desarrollo de los principios que rigen a la doble nacionalidad en derecho internacional.

Nos corresponde entonces examinar si esta doctrina que ha nacido y se ha desarrollado en tales circunstancias, tiene alguna aplicación fuera del marco de la protección diplomática. Sobre todo teniendo en cuenta las precauciones tomadas por la CIJ en la sentencia Nottebohm y que apuntaban a delimitar su campo de aplicación:

"El consejero de Liechtenstein ha dicho a propósito de esto: "La cuestión central es de saber si Mr. Nottebohm, habiendo adquirido la nacionalidad de Liechtenstein, esta adquisición debe ser reconocida por los otros Estados". Esta fórmula es exacta, bajo la doble reserva que de lo que se trata, por un lado, no es de un reconocimiento a todos sus efectos, sino solamente a los efectos de la

²³⁷ La Convención de La Haya de 1930 antes citada sólo reúne a un reducido número de Estados que la han ratificado y en su momento fue considerada como un fracaso. Esto no obstante, a menudo es mencionada en disputas que envuelven el problema de la doble nacionalidad pero sólo a título de doctrina. Otras Convenciones tratan del tema de los doble nacionales pero sólo de manera incidente.

²³⁸ La acción de un Gobierno ante un Gobierno extranjero para reclamar a favor de sus nacionales o, excepcionalmente, de algunas otras personas, el respeto del derecho internacional y para obtener ciertas ventajas en su beneficio.

BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, pág.. 485

admisión de la demanda y, por otro lado, de un reconocimiento no de parte de todos los Estados sino solamente de Guatemala"

La Corte no se propone salir del alcance limitado de esta cuestión...

No obstante la cautela de la Corte, casi enseguida la doctrina tomo nota del carácter general que comportaba el principio sobre el que se asentaba la decisión Nottebohm.

Grawitz señalaba, el mismo año de la sentencia, que:

A pesar de la voluntad expresada por la Corte de limitarse al caso de la especie, esta sentencia nos parece de una importancia capital en razón de su alcance práctico... pero también, y sobre todo, por los principios encausados en lo que concierne a la nacionalidad²³⁹.

Un año más tarde Suzanne Bastid llamaba la atención sobre

... la autoridad que se adjudica a las decisiones de la Corte permite pensar que los principios en los que se ha inspirado la alta jurisdicción ejercerán una influencia sobre el conjunto de la materia²⁴⁰.

Y más adelante agrega que de la sentencia:

...se desprende una regla de un alcance más general susceptible de de jugar un rol incluso cuando la legislación del Estado en causa no levanta ninguna crítica.²⁴¹

El mismo año que la Bastid, J. M. Jones anotaba:

Esta decisión de la Corte es, por lo tanto, de la mayor importancia práctica y, por cuanto parece establecer un nuevo principio, requiere del más cuidadoso examen²⁴².

Un poco después, el mismo autor, vislumbrando que los principios que se desprenden de la sentencia pueden tener aplicación no sólo para los casos en los que - como el de Nottebohm - la nacionalidad en causa ha sido adquirida por naturalización sino incluso para aquellos en los que la nacionalidad puesta en duda es de origen, se pregunta con patriótica preocupación:

¿Qué sucederá por ejemplo con los cientos de miles de sujetos británicos en países extranjeros que nunca han visto su tierra natal (sic) y quienes, de generación en generación han adquirido la nacionalidad británica por descendencia?²⁴³

²³⁹ M. GRAWITZ, op. cit. pág.267

²⁴⁰ S. BASTID, op cit pág. 614

²⁴¹ ibid, pág. 626

²⁴² J. M. JONES, op cit, pág. 231

²⁴³ Ibid. pág.. 289. Jones se refiere más específicamente a aquellos ciudadanos británicos nacidos en países *jus sanguinis* y que por lo tanto no adquieren la nacionalidad del país donde han nacido. En esta hipótesis, su única nacionalidad, la británica, no cumpliría con las condiciones de efectividad y la persona interesada podría encontrarse eventualmente en calidad de apátrida. Nuevamente nos encontramos ante la suposición de que

Aun en el mismo año de 1956 – como puede apreciarse, la sentencia hizo correr ríos de tinta – Paul de Visscher, mucho menos crítico con la decisión, se preguntaba también por el verdadero alcance de la misma:

*¿La teoría de la nacionalidad efectiva es sólo un método de solución de conflictos de nacionalidad? o bien puede extenderse a todos aquellos casos en los que la nacionalidad es invocada por un Estado como base del ejercicio de una competencia de soberanía externa*²⁴⁴

Y más adelante concluye:

*...al asignarle límites a los efectos internacionales de de la nacionalidad, la Corte ha limitado indirectamente el poder discrecional de que disponen los Estados para el otorgamiento de su propia nacionalidad*²⁴⁵.

Un poco más tarde, en 1960, Knapp²⁴⁶ indicaba:

...los motivos expuestos por la Corte, desbordan de lejos el marco de la protección para influenciar toda la teoría de la adquisición de la nacionalidad. Entonces nada nos impide pensar que el vínculo debe también estar presente y efectivo para la adquisición de una nacionalidad de origen, un vínculo más poderoso que la ascendencia o el azar de una presencia sobre el territorio.

Federico de Castro afirmaba que:

*En realidad la decisión del tribunal tiene un alcance más grande y mucho más osado... La Corte llega a sostener la existencia de una concepción sustantiva (paralelamente a la concepción formal o legal) de la nacionalidad*²⁴⁷.

Como puede apreciarse, en su momento, la sentencia motivo una serie de interrogantes, especulaciones y expectativas y no pocas críticas, muchas veces ácidas que, sin embargo, con el paso del tiempo se fueron morigerando. Unos años después, en 1972, al volver sobre el tema, Paul de Visscher expresaría la opinión ya antes mencionada:

*“La mayoría de autores, por otro lado, parecen aceptar actualmente que al pronunciar la sentencia Nottebohm, la Corte Internacional ha buscado efectivamente afirmar un principio general”*²⁴⁸

Más concreta, y con la perspectiva que da el tiempo, esta misma cita sería recogida textualmente en la sentencia Esphahanian²⁴⁹.

Nottebohm no poseía sino la nacionalidad de Liechtenstein. Aun así, nos parece que la interrogante de Jones es muy pertinente para el caso que nos ocupa.

²⁴⁴ DE VISSCHER. op cit. pág. 260. De Visscher es partidario de que la teoría se aplique aun en casos de una sola nacionalidad

²⁴⁵ Ibid. pág. 266

²⁴⁶ B. KNAPP. op. cit. pág. 152

²⁴⁷ F. de CASTRO. op cit. pág. 580-581

²⁴⁸ DE VISCHER, op cit, pág. 163

²⁴⁹ Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol II, pág. 164

De manera que nos encontramos frente a un principio general del derecho²⁵⁰, es decir, de una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto, o si se prefiere,

*‘actual rules of international law which are, however, of so broad a description that it is not improper to call them principle’*²⁵¹

O bien, como aparece en el Dictionnaire de droit international public,

*Formulation globalisatrice des principales règles du droit international issues du droit coutumier ou du droit conventionnel*²⁵².

Sea cual sea la definición que se elija, el concepto hace referencia a una regla de aplicación general y de aceptación universal. Nos incumbe pues demostrar que dicha aplicación general y aceptación universal son efectivas y que la doctrina no se limita, en su campo de aplicación, a la mera protección diplomática.

Sin aspirar a un análisis sistemático del tema, el cual requeriría de un basto trabajo en equipo, presentamos a continuación una breve ojeada de la aplicación de la doctrina en diferentes ámbitos del derecho otros que la protección diplomática y que nos parecen suficientemente demostrativos del alcance general de esta teoría.

2.5.1. En la Jurisprudencia:

Si bien, como ya ha sido mencionado, la mayor parte de la jurisprudencia en lo que concierne a la doble nacionalidad se encuentra enmarcada dentro de los límites de la protección diplomática, no todos los affaires que hemos revisado se circunscriben a esa materia.

Es el caso del affaire Drummond, donde el reclamante no obtiene la protección demandada al gobierno Británico. Es igualmente el caso de todos los affaires llevados ante el tribunal irano-americano, así lo afirmó el propio tribunal²⁵³:

the agreement of the two Governments to create this Tribunal was not a typical exercise of diplomatic protection of nationals in which a State, seeking some form of international redress for its nationals, creates a tribunal to which it, rather than its nationals, is a party. In that typical case, the State espouses the claims of its nationals, and the injuries for which it claims redress are deemed to be injuries to itself, here, the Government of the United States is not a party to the arbitration of claims of United States nationals, not even in the small claims where it acts as counsel for those nationals.

²⁵⁰ A propósito de la nacionalidad efectiva, M. Verwilghen afirmaba recientemente: Voilà bien un principe général de droit qui, depuis la codification de 1930 et surtout de l’arrêt Nottebohm, semble avoir fait sa percée dans le droit de la nationalité et s’ y être installé fermement. Op cit, pág. 147 ver supra nota 198

²⁵¹ PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, 85 citado en el Encyclopedic Dictionary of international Law, 1986

²⁵² Formulación que engloba las principales reglas del Derecho Internacional que provienen del derecho consuetudinario o del derecho convencional

²⁵³ Iran-US, op cit, vol II, pág. 165

En realidad, y como lo explica la sentencia un poco más adelante, ese tribunal funcionaba como un sustituto de las cortes de cada uno de esos países y los ciudadanos de ambos podían acercarse a él para presentar sus reclamaciones como si lo hicieran ante la jurisdicción interna.

El empleo de la doctrina de la nacionalidad efectiva por este tribunal estuvo fuertemente contestado por Irán y el caso mereció una decisión administrativa del tribunal (Decisión A 18) en la cual la materia de litigio fue el valor *in abstracto* de la doctrina como método para resolver los problemas de doble nacionalidad. Evocando el artículo 31 de la Convención de Viena que habilitaba al tribunal a aplicar cualquier regla relevante del derecho internacional aplicable entre las partes, y respondiendo a las argumentaciones de Irán que apuntaban a afirmar que la jurisprudencia anterior mostraba el predominio de la teoría de la no-responsabilidad del Estado²⁵⁴ sobre la de la nacionalidad efectiva, el Tribunal afirma que²⁵⁵:

whatever the state. Of the law prior to 1945, the better rule at the time the Algiers Declarations were concluded and today is the rule of dominant and effective nationality

Refiriéndose a la sentencia Nottebohm, el tribunal señala:

While Nottebohm itself did not involve a claim against a State of which Nottebohm was a national, it demonstrated the acceptance and approval by the International Court of Justice of the search for the real and effective nationality based on the facts of a case, instead of an approach relying on more formalistic criteria

Retomando el texto de De Visscher antes mencionado, la sentencia amplía la cita para señalar cual es la norma vigente:

*De Visscher concluded that the decision in the Mergé Case' , . . . paraît résumer assez exactement l'état du droit applicable. . .*²⁵⁶

Y finalmente concluye:

Thus, the relevant rule of international law which the Tribunal may take into account for purposes of interpretation, as directed by Article 31, paragraph 3(c) of the Vienna Convention, is the rule that flows from the dictum of Nottebohm...

... In view of the pervasive effect of this rule since the Nottebohm decision, the Tribunal concludes that the references to "national" and "nationals" in the Algiers Declarations must be understood as consistent with that rule unless an exception is clearly stated. As stated above, the Tribunal does not find that the text of the Algiers Declarations provides such a clear exception

²⁵⁴ El representante de Irán llega a citar a favor de su posición el propio caso Canevaro. Según esta interpretación, la CPA habría desestimado el reclamo de Italia a favor de RC no tanto porque su nacionalidad dominante fuera la peruana sino más bien por cuanto al ser ciudadano de ambos Estados, Italia no tenía derecho a representar su queja. Dicho razonamiento no resiste el menor análisis, bastaría con mencionar la decisión tomada por el mismo árbitro Louis Renault en el Instituto de Derecho Internacional, ver infra, pág. 72

²⁵⁵ Iran-US claims... op cit, vol V, pág. 262-263

²⁵⁶ De Visscher concluye que la decisión en el caso Mergé, ... parece resumir de manera bastante exacta el estado del derecho aplicable

La decisión nos parece de suma importancia para nuestros propósitos. El Tribunal, que declara expresamente no ser uno – o no exclusivamente – de carácter a resolver cuestiones de protección diplomática, afirma de manera enfática que, salvo que se pueda hallar en el instrumento que lo instituye una excepción expresa que permita descartar la aplicación de la doctrina de la nacionalidad efectiva, esta es la regla que corresponde aplicar, confirmando de este modo su carácter de regla general.

* * *

En 1923 el Consejo de la Sociedad de Naciones se dirigía a la Corte Permanente de Justicia Internacional para que esta emitiera una opinión consultiva²⁵⁷ respecto a los desacuerdos surgidos entre Alemania y Polonia sobre la aplicación del artículo cuarto del tratado del 28 de junio de 1919 concluido entre las Principales Potencias Aliadas y Polonia. Dicho artículo establecía las condiciones de adquisición de la nacionalidad polaca para las minorías de origen extranjero domiciliadas en el territorio de ese Estado recién (re)creado. El gobierno polaco aplicaba una interpretación restrictiva del tratado, excluyendo de hecho de su nacionalidad a ciertos grupos de origen germano. El primer párrafo del artículo cuarto establecía lo siguiente:

“Polonia reconoce como sus nacionales de pleno derecho y sin ninguna formalidad a las personas de nacionalidad alemana, austriaca, húngara o rusa que hayan nacido sobre su territorio, de padres que se encuentren allí domiciliados, aun cuando a la fecha de entrada en vigor del presente tratado no se encuentren domiciliados sobre el territorio”.

Las autoridades polacas interpretaban este artículo como imponiendo la condición de que para que su propia nacionalidad les fuese acordada a las personas pertenecientes a las referidas minorías, los padres de las mismas debían haber estado domiciliadas sobre el territorio tanto el día de nacimiento del peticionario como a la fecha de entrada en vigor del tratado.

La Corte, al explicar el sentido del artículo cuarto, señala lo siguiente:

En formulant la condition relative au domicile des parents, les rédacteurs du traité ont voulu réduire autant que possible la part du hasard. Ce ne sera pas une naissance fortuite, survenue au cours d'un déplacement ou d'une villégiature, que celle qui se sera produite dans une famille ayant sur le territoire l'établissement régulier et permanent que suppose le domicile. Un tel établissement de ses parents crée entre l'enfant et son pays natal un lien moral qui justifie pour lui l'attribution de la nationalité de ce pays; il renforce le lien matériel déjà créé par le fait de la naissance et il complète ce lien²⁵⁸.

²⁵⁷ Opinión consultiva sobre la cuestión de la Nacionalidad polaca. CPIJ, Recueil des avis consultatifs, series B, N° 7

²⁵⁸ Al formular la condición relativa al domicilio de los padres, los redactores del tratado han querido reducir tanto que posible la parte del azar. De este modo no será un nacimiento fortuito, ocurrido en el curso de un viaje, de unas vacaciones, sino que será producto de una familia que tiene un establecimiento regular y permanente sobre el territorio que supone el domicilio. Un tal establecimiento de los padres crea entre el hijo y su país natal un vínculo moral que justifica la atribución de la nacionalidad de ese país y refuerza el vínculo material creado por el hecho del nacimiento y completa ese vínculo. Ibid, pág. 18.

Y concluyendo sobre la interpretación del artículo dijo:

*Il faut et il suffit qu'au jour de la naissance les parents aient eu, sur le territoire devenu plus tard polonais, leur domicile, c'est-à-dire un établissement sérieux, permanent, avec l'intention d'y rester*²⁵⁹.

La teoría también ha sido invocada por el Tribunal Penal internacional para la ex-Yugoslavia para determinar la pertenencia de determinados individuos a la categoría de “personas protegidas” en relación al artículo 4 de la IV Convención de Ginebra.²⁶⁰

2.5.2. En los Tratados

Algunos tratados han incorporado la doctrina ya sea como norma sustantiva o procedural. La sentencia Nottebohm²⁶¹ pone como ejemplo el segundo acápite del artículo tercero del Estatuto de la propia Corte que establece lo siguiente:

Artículo 3

2. Toda persona que para ser elegida miembro de la Corte pudiera ser tenida por nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza ordinariamente sus derechos civiles y políticos.

El novísimo Estatuto de la Corte Penal Internacional retoma la fórmula en el apartado sétimo del artículo 35.

7. No podrá haber dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado. Toda persona que, para ser elegida magistrado, pudiera ser considerada nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza habitualmente sus derechos civiles y políticos

El artículo quinto²⁶² de la Convención de la Haya Sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad recoge igualmente la doctrina.

Article 5

Dans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une. Sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'Etat tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur, cet Etat pourra, sur son territoire, reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il

²⁵⁹ Es necesario y suficiente y que al día de nacimiento, los padres hayan tenido su domicilio sobre el futuro territorio polaco, es decir, un establecimiento serio permanente con la intención de quedarse.

²⁶⁰ Casos Tadic y Celebici, véase en <http://www.un.org/icty/Supplement/suppl-e/celebici.htm>

²⁶¹ Op. cit. pág. 22

²⁶² Este artículo es invocado en la sentencia Mergé como “principio guía del sistema internacional” (caso Mergé, op. Cit. pág. 242). En el caso Esphahanian, haciendo referencia al mismo artículo, el tribunal afirma: “Al aplicar el derecho internacional, el Tribunal se encuentra en similar posición que la de la corte de un tercer Estado frente al reclamo de un doble nacional contra uno de los Estados de los cuales es nacional” (caso Esphahanian, op cit, pág. 162)

*a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait*²⁶³.

La cuestión del vínculo efectivo también es considerada en la Convención para la Reducción de casos de apatridia. En el apartado segundo del artículo primero, la Convención permite subordinar a algunas condiciones la obligación general para los Estados de conceder su propia nacionalidad a personas que de otro modo sería apátridas, dentro de estas condiciones figura la de la existencia de un vínculo efectivo:

2. Todo Estado contratante podrá subordinar la concesión de su nacionalidad según el apartado b del párrafo 1 del presente artículo a una o más de las condiciones siguientes:

...

b) Que el interesado haya residido habitualmente en el territorio nacional por un período fijado por el Estado contratante, sin que pueda exigirse una residencia de más de 10 años en total ni que el período inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud exceda de cinco años;

La doctrina es también es incorporada por la Convención sobre la Alta Mar (Ginebra 1958)²⁶⁴ en sus artículos quinto y sexto:

Artículo 5

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 bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica²⁶⁵ entre el Estado y el buque; en particular, el Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolan 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.

Artículo 6

1. Los buques navegarán con la bandera de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de un modo expreso en los tratados internacionales o en los presentes artículos, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. No se podrá efectuar ningún cambio de bandera durante un

²⁶³ En un tercer Estado, el individuo que posea varias nacionalidades deberá ser tratado como si no poseyera sino una. Si perjuicio de las reglas aplicadas en el tercer Estado en materia de estatus personal y bajo reserva de las convenciones en vigor, este Estado podrá, dentro de su territorio, reconocer de entre las nacionalidades que posea tal individuo, sea la nacionalidad del país en el cual tenga su residencia habitual, sea la nacionalidad del cual, según las circunstancias, aparezca como ligado de hecho.

²⁶⁴ Entró en vigor el 30 de setiembre de 1962 y se encuentra registrada bajo el número 6465 (Recueil des Traités Nations Unies, vol 450)

²⁶⁵ “Relación auténtica” es la expresión utilizada en esta convención, la cual es la traducción literal del texto inglés que emplea la fórmula *genuine link* que es como se conoce a la doctrina de la nacionalidad efectiva en ese idioma. El texto francés utiliza la expresión *lien substantiel*.

viaje ni en una escala, excepto como resultado de un cambio efectivo de la propiedad o en el registro.

2. El buque que navegue bajo las banderas de dos o más Estados, utilizándolas a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado como buque sin nacionalidad.

El artículo 16²⁶⁶ del capítulo sobre inversión del borrador del acuerdo del ALCA introduce igualmente el principio de la nacionalidad efectiva en el acápite tercero

Artículo 16: DEFINICIONES BÁSICAS

3. Inversionista

[inversionista de una Parte: [significa] una Parte o una empresa de la misma [o una persona física o jurídica] [o un nacional o [una] empresa] de [esa] [una] Parte, [que [celebre] [lleve a cabo los] [actos [jurídicos] [materiales] [en el territorio de otra Parte] tendientes a materializar [la inversión estando en vías de comprometer un monto [importante] de capital] [una inversión en ella, que comprometa capital]] [o, en su caso, realice o haya realizado una inversión en [el] territorio de [la] otra Parte] [que pretenda realizar, realice o ha realizado una inversión];]

[Inversionista significa:

(a) Una persona física que sea nacional de esa Parte conforme a su legislación, o

(b) Una sociedad de una Parte

que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión.

Una persona con ciudadanía doble se considerará ciudadano exclusivamente del estado de su nacionalidad dominante y efectiva.]

[A los efectos del presente Acuerdo se considera inversionista

2.5.3. En la Doctrina

La doctrina es, con toda seguridad, el terreno en el que la teoría ha sido evocada con mayor profusión, al punto que nos parece que un análisis detallado requeriría de un estudio aparte y exclusivo sobre el tema, la cantidad de citas anotadas y la noticia bibliográfica dan buena cuenta de ello. Es por eso que en este apartado sólo presentamos algunos ejemplos en los que la doctrina ha tenido algún efecto real y directo sobre asuntos concretos, dejando de lado la discusión teórica sin que esto signifique en modo alguno minimizar su importancia.

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Lausana de 1888²⁶⁷, se vio confrontado al problema de la elección de un nuevo miembro que poseía a la vez la nacionalidad austriaca y alemana. El artículo 6 del estatuto del mencionado organismo no permitía que más de un sexto de sus miembros fuera de la misma nacionalidad. La elección de M. Felix Stoerk²⁶⁸

²⁶⁶ El artículo del borrador ha sido extraído del sitio web del ALCA/ http://www.ftaa-alca.org/ftaadraft/spa/ngins_5.asp

²⁶⁷ AIDI, 1888-1889, pág. 23-25

²⁶⁸ M. Stoerk había nacido en Austria y adquirido posteriormente la nacionalidad alemana por el hecho de ejercer su cátedra en ese país. En el curso de la sesión de Lausana, el número de miembros del Instituto fue elevado a 42, de tal manera que la elección de Stoerk ya no representaba ningún problema de exceso del 1/6 pero quedaba pendiente la cuestión de la nacionalidad

portaba a un sexto la representación alemana y por lo tanto la cuestión fue sometida a una comisión formada por los Drs. De Bar, Brusa y Renault²⁶⁹, esta comisión decidió que:

Nous pensons qu'il est naturel de le considérer comme étant seulement le ressortissant de l'Etat auquel l'unissent le droit et le fait, dont il est le national et sur le territoire duquel il réside ou au service duquel il se trouve. C'est, pour ainsi dire, la nationalité active qui doit être envisagée et non la nationalité un peu théorique qui peut subsister à côté de celle-ci.

Si vous partagez cette manière de voir, la conclusion pratique sera que M. Stærk, notre nouvel associé, doit être considéré comme membre allemand, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la situation personnelle qu'il peut avoir en Autriche. Par le fait même des fonctions qu'il exerce à Greifswalde, il est sujet prussien; cela suffit pour qu'il doive être considéré comme un ressortissant de l'empire allemand dans le sens de nos statuts; peu importe, après cela, qu'en Autriche on le regarde comme étant encore sujet autrichien²⁷⁰.

* * *

En 1932, el gobierno Checo se dirigía a la CPIJ en recurso de apelación contra algunas de las sentencias emitidas por el TAM Húngaro-Checo. Si bien Checoslovaquia terminaría desistiéndose de la instancia, en el curso del proceso sometió a la consulta de destacados juristas, algunas de las cuestiones sobre las que versaba su demanda. La Consulta 6 “a propósito de dos cuestiones relativas a la nacionalidad checoslovaca” fue sometida a la opinión de J. Basdevant, G. Jèze y N. Politis. Respondiendo sobre “Los principios fundamentales en materia de nacionalidad”, los distinguidos juristas opinaban que²⁷¹:

5° Chaque État fixant en toute liberté les conditions et les modalités selon lesquelles s'acquiert et se perd sa nationalité, il peut se produire un conflit de législations touchant la nationalité d'un même individu. Ce conflit devra être tranché conformément aux traités entre les deux pays s'il en existe, et, à défaut de traité, par application des principes généraux du droit international, de manière à déterminer quelle est celle des deux législations en présence qui, dans l'espèce, doit prévaloir. La solution généralement adoptée par la jurisprudence internationale est que l'on doit donner la préférence à la nationalité active, c'est-à-dire à celle qui est à la fois de droit et de fait, à celle qui, dans un cas donné, correspond à la situation de fait de l'intéressé.²⁷²

²⁶⁹ Se trata del mismo Louis Renault que decidió en el caso Canevaro ante la CPJI ver supra, pág. 40

²⁷⁰ Somos de la opinión que lo natural es considerarle únicamente como nacional del Estado al que lo unen los hechos y el derecho y del cual es nacional y sobre el territorio de del cual reside o al servicio del cual se encuentra. Es, por así decir, la nacionalidad activa que debe ser tomada en cuenta y no la nacionalidad un poco teórica que pueda subsistir al lado de ella.

Si ustedes comparten esta manera deber, la conclusión práctica será que M. Stoerck, nuestro nuevo asociado, debe ser considerado como miembro alemán, sin que haya lugar de preocuparse de la situación personal que pueda tener en Austria. Por el hecho mismo de las funciones que ejerce en Greifswalde, es un sujeto prusiano; esto basta para que deba ser considerado como nacional del imperio alemán dentro del marco de nuestros estatutos; poco importa que en Austria sea considerado aun como sujeto austriaco.

²⁷¹ Apelaciones contra ciertas sentencias del Tribunal Arbitral Mixto Húngaro-Checoslovaco, CPIJ, Série C, N° 68, pág. 56

²⁷² Al fijar cada Estado en toda libertad las condiciones y modalidades según las cuales se adquiere y pierde su nacionalidad, puede producirse un conflicto de legislaciones sobre la nacionalidad de un mismo individuo. Dicho

Más adelante, al ocuparse de la “determinación del punto de partida de la nacionalidad checoslovaca”, los juristas regresan sobre la cuestión²⁷³:

[...] en l'absence de traité le conflit de nationalités doit être tranché en faveur de la nationalité active, c'est-à-dire de celle qui réunit le fait et le droit. Divers éléments peuvent être pris en considération pour constater quelle est la nationalité effective d'un individu déterminé : parmi eux, le domicile est l'un des plus probants et celui qui est le plus souvent invoqué; à côté de lui, le fait de résider dans le pays, d'y participer à la vie sociale, enfin l'exercice des droits civiques et politiques. Les individus qui se disputent la Hongrie et la Tchécoslovaquie pour la période transitoire ont, par hypothèse, l'indigénat sur un territoire devenu tchécoslovaque : ils ont vécu pendant cette période en Tchécoslovaquie; en outre, la plupart d'entre eux ont participé à la vie politique du pays soit comme électeurs, soit comme éligibles. C'est donc la nationalité tchécoslovaque qui est pour eux la nationalité active, effective, certaine. C'est celle qui, dans le conflit, doit l'emporter.

Si donc, pour résoudre le conflit résultant de la divergence des deux législations, on fait uniquement appel aux principes du droit des gens, on constate que, d'une part, il n'existait pour la Tchécoslovaquie aucune obligation de retarder jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Trianon l'acquisition de sa nationalité, et que d'autre part, dans ce conflit, la nationalité active, c'est-à-dire la nationalité tchécoslovaque, doit l'emporter²⁷⁴.

* * *

Un reciente reporte²⁷⁵ de la Comisión de Derecho Internacional²⁷⁶ sobre la Nacionalidad en Relación a la Sucesión de Estados pone de manifiesto la importancia de la teoría del vínculo

conflicto deberá solucionarse conforme a los tratados en vigor que existan entre los dos países y, a falta de tratado, por aplicación de los principios generales del derecho internacional, de manera a poder determinar cuál de las dos legislaciones en presencia debe prevalecer en la especie. La solución generalmente adoptada por la jurisprudencia internacional es que se debe dar preferencia a la nacionalidad activa, es decir, a aquella que es a la vez de hecho y derecho, a aquella que, en un caso dado, corresponde a la situación de hecho desinteresado.

²⁷³ Ibid, pág. 59

²⁷⁴ En ausencia de un tratado, el conflicto de nacionalidad debe solucionarse en favor de la nacionalidad activa, es decir aquella que reúne el hecho y el derecho. Diversos elementos pueden ser tomados en cuenta para constatar cuál es la nacionalidad efectiva de un individuo determinado: entre ellos, el domicilio es uno de los más convincentes y que es invocado más a menudo; pero también el hecho de residir en el país, de participar en la vida social o de ejercer los derechos cívicos y políticos. Los individuos que se disputan Hungría y Checoslovaquia por el periodo transitorio son, hipotéticamente, oriundos de un territorio convertido el checoslovaco: ellos han vivido durante ese periodo en Checoslovaquia; por otro lado la mayor parte de ellos han participado en la vida política del país sea como electores sea como elegibles. Es por tanto la nacionalidad checoslovaca que para ellos es la nacionalidad activa, efectiva, cierta. Es ella que dentro del conflicto debe prevalecer.

Si por lo tanto, para resolver el conflicto que resulta de la divergencia de las dos legislaciones se hace llamado únicamente a los principios del derecho de gentes, debemos constatar que, por un lado, no existía ninguna obligación para que Checoslovaquia retarde la adquisición de la nacionalidad hasta la entrada en vigor del tratado del Trianón que, por otro lado, en este conflicto, la nacionalidad activa, es decir, la nacionalidad checoslovaca, debe prevalecer.

²⁷⁵ Résumé des travaux de la Commission à sa quarante-neuvième session, Annuaire de la Commission de droit international, 1997, vol II, doc. A/52/10 (1997)

efectivo en esa materia y el rol preponderante que juega en la determinación de las nacionalidades en la formación de nuevos Estados. Así por ejemplo, el artículo cuarto, sobre la presunción de la nacionalidad, reposa enteramente sobre la base de la doctrina:

Article 4. – Présomption de nationalité

*Sous réserve des dispositions des présents articles, les personnes concernées qui ont leur résidence habituelle sur le territoire affecté par la succession d'États sont présumées acquérir la nationalité de l'État successeur à la date de cette succession*²⁷⁷.

En el comentario de la propia Comisión podemos leer lo siguiente²⁷⁸:

En cuanto al criterio sobre el cual reposa esta presunción, este se desprende del principio de la nacionalidad efectiva en el caso particular de sucesión de Estados. Como Rezek lo ha subrayado, “la relación jurídica de nacionalidad no debe estar fundado sobre la formalidad o el artificio sino sobre un vínculo real entre el individuo y el Estado”.

El segundo alinea del artículo décimo, que establece el derecho de las personas concernidas a optar por alguna de las nacionalidades nuevamente creadas como método para prevenir los casos de apatridia, restringe este derecho a las solas personas que pudieran tener un vínculo apropiado con la nueva entidad:

*2. Chaque État concerné accorde le droit d'opter pour sa nationalité aux personnes concernées ayant avec lui un lien approprié si, à défaut, elles devaient devenir apatrides du fait de la succession*²⁷⁹.

Entre los comentarios de la Comisión encontramos lo siguiente:

...la Comisión ha elegido la expresión “vínculo apropiado”, que debe ser interpretado en un sentido más amplio que la noción de vínculo efectivo.

Sin embargo el nuevo término, a decir del propio resumen, no ha dejado de suscitar críticas de la parte de algunos miembros que no veían razón para apartarse de la bien establecida noción de “vínculo efectivo”.

Quizás más interesante para el caso que nos ocupa, el artículo dieciocho consagra el principio – introducido por la sentencia Nottebohm – que limita el alcance internacional de una nacionalidad otorgada en ausencia de conexión relevante entre el individuo y el Estado. Es toda la cuestión de la oponibilidad de la nacionalidad.

²⁷⁶ Si bien conviene situar los trabajos de la Comisión dentro de la doctrina, no se debe soslayar que dada la metodología empleada por ese organismo, sus reportes constituyen un resumen o compendio de la costumbre de los Estados, lo cual la convierte en la más autorizada autoridad doctrinal

²⁷⁷ Artículo 4.-Presunción de la nacionalidad

Bajo reserva de las disposiciones de los presentes artículos, se presume que las personas concernidas que tienen su residencia habitual sobre el territorio afectado por la sucesión de Estados, han adquirido la nacionalidad del Estado sucesor a partir de la fecha de dicha sucesión

²⁷⁸ Op. Cit. pág. 22

²⁷⁹ 2. Cada Estado concernido acuerda el derecho de optar por su nacionalidad a las personas concernidas que tengan un vínculo apropiado si, a falta de ello, se convirtieran en apátridas por el hecho de la sucesión.

Article 18. – Autres États

1. Aucune disposition des présents articles n'oblige les États à traiter des personnes concernées n'ayant aucun lien effectif avec un État concerné comme des nationaux de cet Etat, sauf s'il devait en résulter que ces personnes seraient traitées comme des apatrides.

2. Aucune disposition des présents articles n'empêche les États de traiter des personnes concernées qui sont devenues apatrides par suite de la succession d'États comme des nationaux de l'État concerné dont elles seraient en droit d'acquérir ou de conserver la nationalité, si un tel traitement est à leur avantage²⁸⁰.

En el comentario de la Comisión encontramos lo siguiente²⁸¹:

El derecho internacional no puede, por sí sólo, invalidar o rectificar los efectos de la legislación nacional sobre la nacionalidad de los individuos pero en cambio permite ejercer “un cierto control sobre las atribuciones exorbitantes de nacionalidad por los Estados privándolas de una buena parte de su efecto internacional” porque “las condiciones en las cuales cada Estado confiere su nacionalidad no serán necesariamente aceptadas sin discusión en el plano internacional”²⁸²

2) La necesidad de “establecer una distinción entre el nexo de nacionalidad que puede ser opuesto a los otros Estados soberanos y aquel que no lo es no obstante su validez dentro del dominio de la jurisdicción del Estado concernido”²⁸³ es el origen o la base de la elaboración de la teoría de la nacionalidad efectiva.

El comentario pone especial énfasis en señalar que la terminología empleada (vínculo efectivo) ha sido extraída de la sentencia Nottebohm, agregando que la cuestión de la no-oponibilidad de una nacionalidad que no se encuentra basada en un vínculo efectivo es de carácter general y agrega más adelante que si bien, como ya ha sido mencionado, el Derecho Internacional:

...no puede corregir las imperfecciones de los actos internos de un Estado... Esto no significa que los otros Estados se vean condenados a la pasividad²⁸⁴.

²⁸⁰ Artículo 18.-Otros Estados

1. Ninguna disposición de los presentes artículos obliga a los Estados a tratar a las personas concernidas que no tengan ningún vínculo efectivo con un Estado concernido como nacionales de este Estado, salvo que, por este hecho, resultara que las personas fueran tratadas como apátridas.

2. Ninguna disposición de los presentes artículos impide a los Estados a tratar a las personas concernidas que se conviertan en apátridas por el hecho de la sucesión de Estados, como nacionales del Estado concernido del cual estuvieran en derecho de adquirir o de conservar la nacionalidad si tal tratamiento los beneficia.

²⁸¹ Ibid, pág. 33

²⁸² La cita entre comillas en el original ha sido tomada de Oppenheim's *International Law*, 1992, pág. 853

²⁸³ La cita entre comillas en el original ha sido extraída del *RCADI*, 1986 III, t 198 pág. 333 y sigts. “le Droit international de la nationalité” de F. Rezek

²⁸⁴ Op. cit. pág.. 34

La teoría de la nacionalidad efectiva, como puede observarse, forma la espina dorsal del borrador sobre la Nacionalidad en Relación a la Sucesión de Estados, los artículos 20, 22, 23, 24, 25 y 26 encuentran también su base en ella. La intervención del representante de México en el 52 periodo de sesiones de la Asamblea General con relación a este informe nos dispensa de mayores comentarios:

La aplicación del principio de la nacionalidad efectiva, sobre la base de un vínculo real y genuino, tomando como criterio principal, aunque no único, el de la residencia habitual, es un aspecto relevante que permite resolver muchos de los problemas derivados de una sucesión de Estados. Este principio encuentra un gran arraigo en el derecho internacional y su reconocimiento en el proyecto de artículos es una consecuencia necesaria de ese arraigo²⁸⁵.

* * *

Durante el proceso Celebici²⁸⁶ ante el Tribunal Peal Internacional para la ex-Yugoslavia, se trataba de establecer el estatus personal de ciertas víctimas para determinar si estas podían ser consideradas como “personas protegidas” en relación al artículo 4 de la IV Convención de Ginebra. En apoyo de su tesis, la acusación cita a comparecer al Profesor Constantine Economides²⁸⁷ en tanto que especialista en cuestiones de nacionalidad y lo somete al interrogatorio siguiente²⁸⁸:

Q. Thank you very much. Can I turn now please to the question of nationality and what the definition of that is in the context of international law? Would you agree with me that the classic definition of the word "nationality" is that set out in the Nottebohm case of 1955?

A. Yes.

Q. Perhaps I can just refresh your memory as to what the case actually says concerning that definition. Would you prefer me to do it in the French or the English version, which would assist you better?

A. I would prefer the French version.

Q. Then you shall have it in French: "As regards practice of states, the arbitral and judicial decisions and the decisions having to do with case law, nationality is a judicial link and at its base has a social desire to be attached to the effect of solidarity of existence, which is of interest of joint considerations, and the reciprocity of the right of duties. It is the legal expression of the fact that the individual on which it has been conferred is directly, by the law, or by an act coming from an authority, more closely linked to the population of a state conferring on it than it is to any other state, that has been conferred by a state, and gives it right to exist vis-à-vis another state, only if it can show that the individual is connected to that state which has made him its national." That is the accurate statement of the law, is it?

²⁸⁵ Véase en <http://www.un.int/mexico/discur97/cdi.htm>

²⁸⁶ Véase en: <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/jugement/index.htm>

²⁸⁷ M. Constantin ECONOMIDES, Professeur à l'Université Pantios, Directeur du département juridique, Ministère des Affaires Etrangères; miembro de la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise) y del Comité Europeo por la Prevención de la Tortura

²⁸⁸ Véase en: <http://www.un.org/icty/transe21/971203it.htm>

A. Yes, that is the definition which is the most complete one and the most correct one having to do with nationality that I am familiar with.

Q. And it is the definition which has been used as the basis for the work of all of the two commissions in which you have been working?

A. Yes.

Como se puede apreciar, la teoría de la nacionalidad efectiva tiene un vasto campo de aplicación que desborda largamente los linderos de la protección diplomática para extenderse a todos aquellos casos en que surge una incertidumbre sobre la nacionalidad de un individuo, se trata pues, efectivamente, de un principio general del derecho y como tal es aplicable en cualquier circunstancia que tenga relación con un problema de nacionalidad.

2.5.4. ¿Y en caso de extradición?

No obstante lo antes mencionado, la aplicación de la doctrina para casos de extradición ha sido puesta en duda por Frederic L. Kirgis²⁸⁹ a propósito del affaire Sheinbein.

But since the Nottebohm case did not involve criminal prosecution or extradition, it is not certain that the "genuine link" test would apply here (ASIL)

Samuel Sheinbein, de 17 años, era buscado en EEUU por el asesinato de Alfredo Tello, de 19, cuyo cadáver cortado en trozos y quemado fue encontrado el 21 de septiembre de 1997 en el estado de Maryland. Sheinbein nació en Maryland, de padre judío, pasó su infancia y adolescencia en ese Estado sin haber nunca visitado Israel²⁹⁰. Unos días después del asesinato, Sheinbein fugó a Israel donde reclamó esa nacionalidad. Las autoridades norteamericanas demandaron la extradición que fue acordada por la Corte Distrital de Jerusalén²⁹¹ en razón de los escasos vínculos de Sheinbein con el Estado de Israel en comparación con los que aquel guardaba con el Estado reclamante. Sin embargo, en una controvertida decisión de la Corte Suprema de Israel²⁹², la sentencia de la Corte Distrital fue revocada y no se concedió la extradición al no permitir la ley de ese país la extradición de nacionales.

Si bien no hemos podido tener acceso a la sentencia ni tampoco hemos hallado algún comentario en las revistas especializadas sobre esta decisión, algunas reflexiones se nos vienen a la mente. En primer lugar está el hecho de que se trata de la decisión de una corte nacional, cuya obligación es la de aplicar la ley interna que la rige, en particular la ley de la nacionalidad, pues como lo señalaba M. de Lapradelle en su alegato ante la CPIJ en el caso de los Decretos de Nacionalidad de Túnez y Marruecos²⁹³:

toutes les fois qu'un juge d'un État déterminé se trouve appelé à prononcer sur la nationalité d'un individu qui est réclamé simultanément par deux États, celui du juge et un autre, toujours, suivant une règle constante, qu'il s'agisse de la jurisprudence française ou d'une autre, fût-ce, par exemple, de la jurisprudence

²⁸⁹ ASIL Insights, oct. 1997; <http://www.asil.org/insights/insigh11.htm>

²⁹⁰ Ver edición del 26 de febrero 1999 del Washington Post: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/local/daily/feb99/sheinbein26.htm>

²⁹¹ Véase la edición del 22 de marzo de 1999 de The Jerusalem Post: <http://www.jpost.com/com/Archive/22.Mar.1999/News/Article-3.html>

²⁹² La decisión fue aprobada por tres votos contra dos.

²⁹³ CPIJ, Serie C 2, Deuxieme Session (extraordinaire) documents relatifs à l'avis consultatif N° 4, pág.. 86

*japonaise, toujours ce Juge doit statuer en faveur de la nationalité de l'État qui l'a instituée, parce que le juge, qui est l'organe et l'agent de la puissance publique, ne peut pas se servir, de cette puissance publique d'une manière contraire au vœu essentiel de cette puissance publique en ce qui concerne le point capital de la formation de l'État, c'est-à-dire la source, le foyer d'où émane et rayonne cette puissance publique*²⁹⁴.

La referencia de M. de Lapradelle a la jurisprudencia japonesa bien podría ser un presagio aquí, pues todo apunta a que no otra sea la posición que las autoridades japonesas tomen a propósito de la nacionalidad de Fujimori. En cambio, una jurisdicción internacional, que no tiene ninguna cuenta que rendirle a la potencia pública evocada por de Lapradelle, optará por la nacionalidad efectiva.

Por otro lado no podemos dejar de observar que la instancia inferior concedió la extradición en base justamente a la nacionalidad efectiva, prueba de que esta es aplicable en caso de extradición. De hecho, las críticas que despertó la sentencia tanto en los EEUU como en el propio Israel condujeron a una rápida modificación de la ley de extradición de ese país de manera a permitir la extradición de nacionales que no tuvieran residencia permanente dentro del territorio²⁹⁵, lo cual constituye una consagración por una legislación nacional, del principio de la nacionalidad efectiva en materia de extradición.

Pero la eficacia de una sentencia de la CIJ ha sido puesta en tela de juicio por el jurista Gustavo Olivares en un reciente artículo publicado por la revista Cátedra de la UNMSM²⁹⁶.

Sin embargo, el objetivo que... se persigue... no sería alcanzado, por cuanto, una eventual sentencia internacional favorable al Perú... no acarrearía la nulidad [de la nacionalidad japonesa de Fujimori] en razón de que, en Derecho Internacional... rige otro [principio] que reconoce a cada Estado el derecho de regular su propia nacionalidad. Bajo este último, la presunción de validez de la nacionalidad japonesa de Fujimori conservaría su plena eficacia, en territorio japonés, y aquel continuaría a servirse de la misma para evitar su extradición al Perú. (pp 14-15)

Olivares no pone en duda ni la aplicabilidad del principio ni el resultado de la sentencia:

La aplicación de los principios de "nacionalidad efectiva"... ante cualquier corte o tribunal internacional... tendría como resultado el reconocimiento de que aquel tiene como "nacionalidad activa..." la nacionalidad peruana. (p. 29)

Pero en cambio le niega eficacia:

²⁹⁴ Cada vez que un juez de un Estado determinado es llamado a pronunciarse sobre la nacionalidad de un individuo que es reclamado simultáneamente por dos Estados, aquel del juez y algún otro; siempre, según la regla constante, ya se trate de la jurisprudencia francesa o de alguna otra, así fuese esta, por ejemplo, la jurisprudencia japonesa; siempre ese juez debe estatuir en favor de la nacionalidad del Estado que lo ha instituido, porque el juez, que es el órgano y el agente de la potencia pública, no puede servirse de esta potencia pública de una manera contraria al voto esencial de esa potencia pública en lo que concierne el punto capital de la formación del Estado, es decir, de la fuente, del hogar de donde emana e irradia esta potencia pública.

²⁹⁵ Ver edición del 19 de abril de 1999 de BBC News;

http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/world/middle_east/newsid_323000/323427.stm

²⁹⁶ OLIVARES MARCOS, Gustavo A. "El Caso Fujimori ante el Derecho Internacional y el Derecho japonés: sobre nacionalidad", *Revista Cátedra*, Edición Especial, Octubre 2001

...cualquier sentencia internacional... se limitaría a las siguientes determinaciones: (a) la “nacionalidad efectiva...” de Fujimori... es la peruana. (b) se le reconocería... efectos jurídicos plenos en el plano internacional... pero (c) ningún efecto al interior de la jurisdicción nacional japonesa.

Esto equivale... a que Fujimori no dejaría, en ningún caso, de ser japonés... y continuaría... a gozar de la protección del Japón ante cualquier intento de extradición hacia el Perú.(p 30)

Las críticas de Olivares apuntan a la falta de competencia que tendría la Corte

...a menos que en un compromiso de arbitraje se atribuya competencia al tribunal para revisar la readquisición de la nacionalidad japonesa y dictar sentencia sobre la eventual invalidez de la misma, en ningún caso la sentencia... podría declarar nula o inválida la nacionalidad japonesa de Fujimori dentro de la jurisdicción territorial japonesa. (p.31)

Nos encontramos pues, según Olivares, ante un problema de competencia de la Corte, que no podría en ningún caso “anular” la nacionalidad japonesa de AFF y cuya sentencia no tendría ninguna eficacia dentro del territorio japonés.

Planteado en esos términos, el razonamiento de Olivares nos parece correcto. La atribución de su propia nacionalidad corresponde al dominio reservado de cada Estado²⁹⁷ y es cuestión generalmente aceptada que ningún tribunal internacional tiene poder suficiente para invalidar dicha atribución²⁹⁸.

No es el razonamiento de Olivares sino su manera de plantear el problema el que nos parece errado. Frente a un eventual recuso ante la CIJ, el Estado peruano debe definir claramente cuales son sus objetivos finales, que es lo que le interesa que la Corte diga, cuales son los méritos del caso sobre los cuales se le pide decidir a la Corte, en breve, cual es el objeto de la demanda²⁹⁹. La Corte pone especial cuidado en estatuir únicamente sobre los puntos que le han sido sometidos y en múltiples oportunidades ha tenido a bien señalar de manera precisa cual era el objeto del litigio que se le presentaba.

En el affaire del Interhandel, la Corte señalaba los elementos a tomar en cuenta para determinar el objeto de la demanda³⁰⁰:

²⁹⁷ Artículo primero de la Convención de La Haya de 1930: “Corresponde a cada Estado determinar bajo su propia ley quienes son sus nacionales”. Ver también decisión de la CPIJ en el caso de los Decretos de Nacionalidad de Túnez y Marruecos: “En el estado actual del Derecho Internacional, los asuntos de nacionalidad, en opinión de la Corte, atañen en principio a su dominio reservado” CPIJ; avis consultatif; serie B n° 4; pág.. 24

²⁹⁸ En el caso Pinson, sin embargo, el árbitro negó toda validez a la nacionalidad mexicana del reclamante (RSA; vol V; pág. 410) igualmente en el caso Flegenheimer, el árbitro decretó que el reclamante no era americano no obstante la acreditación presentada por los agentes de ese gobierno (RSA, vol XIV, pág. 368-369)

²⁹⁹ Es necesario tener en cuenta también que el objeto de la demanda puede verse modificado en curso de instancia por los argumentos avanzados en los alegatos: *the issues may become modified in the course of the pleading, and the Court’s decision will be given on the final submissions of the parties, as the ultimate concretization of the difference between them..* SHABTAI, Rosenne. *The Law and Practice of the International Court*, vol. II pág. 509)

³⁰⁰ affaire Interhandel, ICJ, 1959, pág. 21

La Cour rappelle que l'objet du présent litige est indiqué dans la requête aussi bien que dans la conclusion finale principale du Gouvernement suisse³⁰¹.

En el affaire del Derecho de Paso, la Corte recuerda nuevamente las bases sobre las cuales el tema le ha sido planteado³⁰²:

Les questions soumises à la Cour ont été longuement débattues entre les Parties au cours de la procédure. Elles ont pris leur expression définitive dans les conclusions par lesquelles chaque Partie a pour sa part, énoncé ce qu'elle demande à la Cour de dire et juger.

Le Portugal étant demandeur, c'est dans ses conclusions qu'il faut rechercher l'expression des demandes sur lesquelles la Cour doit statuer³⁰³

En la audiencia oral, Portugal reprochaba a la India de haber incumplido ciertas obligaciones internacionales, la India rechaza con indignación las acusaciones que le son dirigidas, la Corte recuerda cual es el objeto del litigio y desecha toda argumentación que se aparte de él³⁰⁴:

- La Cour n'a pas à retenir cette contestation car ni dans la requête ni dans les conclusions finales des Parties il ne lui est demandé de dire si, par son attitude... l'Inde a manqué ou non à ses obligations selon le droit international. Il n'est demandé à la Cour de prononcer que sur la conformité de l'action de l'Inde aux obligations que lui impose le droit de passage du Portugal. Il ne lui est pas demandé d'apprécier la conformité de la conduite de l'Inde à telle ou telle autre obligation que lui imposerait le droit international. Telle est la limite résultant des termes mêmes de la seconde demande énoncée par le Portugal³⁰⁵.

En el affaire del Templo de Préah Vihéar, la Corte recuerda nuevamente los límites dentro de los cuales debe estatuir³⁰⁶:

Dans la présente affaire, le Cambodge invoque la violation par la Thaïlande de la souveraineté territoriale du Cambodge sur la région du temple de Préah Vihéar et ses environs. La Thaïlande répond en affirmant que ce territoire est situé du côté thaïlandais de la frontière commune entre les deux pays et qu'il relève de la

³⁰¹ La Corte recuerda que el objeto del presente litigio está indicado tanto en la demanda como en la conclusión final principal del Gobierno suizo.

³⁰² Derecho de Paso cij 1960 pág. 25

³⁰³ Las cuestiones sometidas a la Corte han sido ampliamente debatidas entre las partes durante el curso del proceso y han tomados su forma definitiva en las conclusiones por las cuales cada parte ha enunciado lo que pide a la Corte de decir y juzgar.

Siendo Portugal el demandante, es en sus conclusiones donde se debe buscar la expresión de las demandas sobre las cuales la Corte debe estatuir.

³⁰⁴ *ibid*, pág. 30-31

³⁰⁵ La Corte no tiene porque retener esta contestación pues ni en la demanda ni en las conclusiones finales de las partes se le ha pedido de decir si por su actitud... la India ha faltado o no a sus obligaciones según el derecho internacional. Sólo se le ha demandado la Corte de pronunciarse sobre la conformidad de la acción de la India con las obligaciones que impone el derecho de paso del Portugal. No se le ha pedido apreciar la conformidad de la conducta de la India frente a tal o cual otra obligación que le impondría el derecho internacional.

Tal es el límite resultante de los términos mismo de la segunda demanda enunciada por el Portugal.

³⁰⁶ "Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande), Fond, Arrêt du 15 juin 1962: C.I.J. Recueil 1962, pág.. 14.

souveraineté thaïlandaise. Il s'agit là d'un différend portant sur la souveraineté territoriale.

L'objet du différend soumis à la Cour est donc limité à une contestation relative à la souveraineté dans la région du temple de Préah Vihéar.³⁰⁷

En el affaire de « Pêcheries », la Corte rechazaba nuevamente toda argumentación que pudiera llevarla a estatuir sobre cuestiones generales que no formaban parte del objeto de la demanda³⁰⁸.

Le différend ayant un objet tout à fait concret, la Cour ne saurait donner suite à la suggestion qui lui à été faite par l'agent du Gouvernement du Royaume-Uni... de rendre un arrêt qui se bornerait pour le moment à statuer sur les définitions, principes ou règles énoncés...Ce sont là des éléments qui, le cas échéant, pourraient fournir les motifs de l'arrêt et non en constituer l'objet. Il en résulte, d'autre part, que même ainsi compris, ces éléments ne doivent être retenus que dans la mesure où ils paraîtraient déterminants pour décider la seule question en litige, savoir la validité ou la non-validité en droit international des lignes de délimitation fixées par le décret de 1935.³⁰⁹

El reto es pues de definir de manera precisa los considerandos de la demanda de manera que estos reflejen de manera fiel las aspiraciones del Estado peruano.

Ahora bien, ¿cuáles son estas aspiraciones? ¿Son acaso las de determinar cual es la nacionalidad - preponderante o no – de AFF? ¿Son quizás las de anular la pretendida nacionalidad japonesa del ex presidente? ¿Las de cerrarle las puertas a una cómoda residencia en Tokio?

Ciertamente no, ni la nacionalidad ni el título que fuera que le permita residir en ese país tiene la menor especie de importancia para el Estado peruano. Esas son cuestiones allá que le incumben exclusivamente al pueblo japonés y si este desea asistir pasivamente al espectáculo ofrecido por sus autoridades de ver convertida su tierra en una versión moderna de la Isla del Pirata en la que cualquier delincuente pueda obtener abrigo, protección y refugio por poco que tenga una fisonomía de tipo oriental, no es algo sobre lo cual el Estado peruano pueda hacer gran cosa.

No, el interés del Estado y las aspiraciones del pueblo peruano son las de obtener que AFF responda a los cuestionamientos que le viene haciendo la justicia peruana. Es la extradición y

³⁰⁷ En el presente caso, Camboya invoca la violación de Tailandia de la soberanía territorial de Camboya sobre la región del templo de Preah Vihear y sus vecindades. Tailandia responde afirmando que dicho territorio está situado del lado tailandés de la frontera común entre los dos países y que está sometido a la soberanía tailandesa. Se trata entonces de un diferendo que versa sobre la soberanía territorial.

El objeto del diferendo sometido la Corte está por tanto limitado a una contestación relativa a la soberanía de la región del templo de Preah Vihear.

³⁰⁸ « Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951: C.I. J. Recueil 1951, pág. 126.

³⁰⁹ El diferendo tiene uno objeto concreto y la Corte no podría dar lugar a la sugestión que le ha sido planteada por el agente del gobierno del Reino Unido... de evacuar una sentencia que se limitaría, por el momento, a estatuir sobre definiciones, principios o reglas enunciadas... esos son elementos que, dado el caso, podrían proporcionar los motivos de la sentencia pero no constituir su objeto. Por otro lado, esos elementos no deben ser retenidos sino en la medida en que parecieran determinantes para decidir la única cuestión litigio, a saber, la validez o la no-validez en Derecho Internacional de la línea de delimitación fijada por el decreto de 1935.

no la nacionalidad de Fujimori lo que interesa. En ese sentido, la demanda ante la Corte puede muy bien venir planteada en términos similares a los empleados en el caso Canevaro³¹⁰, es decir, frente al pretexto de la nacionalidad japonesa de AFF para no extraditar, pedirle a la Corte que se pronuncie sobre el derecho que tendría el Japón para esgrimir tal argumento frente al Perú.

Planteada en esos términos la demanda, la Corte no tendría porque estatuir sobre la pretendida nacionalidad japonesa sino que quedaría dentro de los límites que ella misma evocaba en la sentencia Nottebohm³¹¹:

*Le plus souvent, l'arbitre international n'a pas eu, à proprement parler, à trancher, entre les États en cause, un conflit de nationalité, mais à déterminer si la nationalité invoquée par l'État demandeur était opposable à l'État défendeur, c'est-à-dire si elle donnait à l'État demandeur titre à exercer la protection.*³¹²

Porque lo que interesa, y lo que se le debe plantear a la Corte, es saber si esa nacionalidad le puede ser opuesta al Perú. Dentro de tales parámetros la cuestión de la jurisdicción interna del Japón - que evocaba Olivares - queda de lado pues de lo que se trata es de los efectos internacionales de la pretendida nacionalidad japonesa y no de su efectividad dentro del orden interno de ese Estado. Al esgrimir como excusa la pretendida nacionalidad japonesa para no extraditar, el Japón se estaría situando en el plano internacional. La Corte así lo ha establecido en el affaire del Derecho de Paso.

En su quinta excepción preliminar de incompetencia de la Corte, La India argumentaba que la cuestión era materia exclusiva de su jurisdicción interna, la Corte dijo³¹³:

En la présente affaire, le Portugal prétend à un droit de passage sur le territoire de l'Inde. Il prétend à l'existence d'une obligation correspondante à la charge de l'Inde. Il prétend faire reconnaître un manquement de l'Inde à ladite obligation. A l'appui des deux premières demandes, il invoque un traité de 1779 dont l'Inde conteste tant l'existence que l'interprétation. Le Portugal invoque une pratique dont les éléments, ainsi que le caractère obligatoire que le Portugal entend y rattacher entre les deux États, sont contestés par l'Inde. Le Portugal invoque encore la coutume internationale et les principes du droit international tels qu'il les interprète. Invoquer un tel droit de passage comme opposable à l'Inde, invoquer une telle obligation à la charge de celle-ci, invoquer de tels principes, que ce soit à raison ou à tort, c'est se placer sur le terrain du droit international. En fait, au cours de la procédure, l'une et l'autre Parties se sont placées sur ce terrain et l'ont parfois expressément déclaré. Décider de la valeur de tels principes, prononcer sur l'existence d'un tel droit du Portugal à l'encontre de l'Inde, d'une telle obligation de l'Inde vis-à-vis du Portugal, ainsi que du

³¹⁰ Supra, pág. 42 “¿Tiene don Rafael Canevaro derecho á ser considerado como reclamante italiano?”

³¹¹ ICJ, op.cit. pág..21

³¹² La mayor parte de veces el árbitro internacional no ha debido, propiamente hablando, decidir entre los Estados en causa sobre un conflicto de nacionalidad, sino más bien determinar si la nacionalidad invocada por el Estado demandante podía serle opuesta al Estado defensor, es decir, si esta nacionalidad daba al Estado demandante título suficiente para ejercer la protección.

³¹³ Derecho de paso CIJ 1960 pág. 33

*manquement prétendu à cette obligation, ne relève pas exclusivement de la juridiction de l'Inde*³¹⁴.

Oponer su propia nacionalidad a un pedido de extradición es igualmente situarse en el plano internacional, es procurar dar efectos internacionales a esa nacionalidad y ese es precisamente el campo de aplicación del principio de la nacionalidad efectiva³¹⁵.

Un último escollo que nos plantea Olivares es su alusión a una supuesta práctica internacional en materia de extradición de dobles nacionales según la cual, las solicitudes de extradición de estos son tratadas como las de el pedido de entrega de un nacional residente³¹⁶. En apoyo de su afirmación Olivares incluye una cita extraída del Digest of International Law y hace una referencia al caso Öhre comentado en el Digest. El artículo del Digest hace referencia a una cierta práctica en los tratados de extradición, y no da lugar a suponer que dicha práctica desborde el ámbito convencional como se desprende del comentario de Olivares³¹⁷. Por otro lado, el caso Öhre no corresponde a la práctica supuesta por Olivares pues en él la nacionalidad del individuo fue determinada en base a la Convención sobre Naturalización entre los USA, Noruega y Suecia y es comentado en el Digest como ejemplo de lo expuesto en el último párrafo que transcribimos en pie de página.

2.6. Conclusiones

A lo largo de este capítulo estimamos haber probado de manera suficiente:

- Que la nacionalidad efectiva de Alberto Fujimori es la peruana

³¹⁴ En el presente caso Portugal pretende un derecho de paso sobre el territorio de la India, pretende la existencia de una obligación correspondiente a cargo de la India, pretende hacer reconocer una falta de la India a la mencionada obligación. En apoyo de sus dos primeras demandas invoca un tratado de 1779 cuya existencia la India contesta así como su interpretación. Portugal invoca una práctica cuyos elementos, así como el carácter obligatorio que Portugal entiende asociar entre los Estados, son contestados por la India. Portugal invoca también la costumbre internacional y los principios del derecho internacional tal como él los interpreta. Invocar un tal derecho de pasaje como pudiendo serle opuesto a la India, invocar una tal obligación a cargo de esta, invocar tales principios, así sea con razón o de manera errada, es situarse en el terreno del Derecho Internacional. En efecto, durante el curso del proceso, una y otra parte se han situado en ese terreno y lo han declarado expresamente algunas veces. Decidir del valor de tales principios, pronunciarse sobre la existencia de un tal derecho del Portugal contra la India de una tal obligación de la India frente Portugal, así como de la pretendida falta a esta obligación, no es un asunto que concierne exclusivamente a la jurisdicción de la India.

³¹⁵ Ver comentario de la Comisión de Derecho Internacional, supra pág. 75

³¹⁶ OLIVARES, El caso Fujimori, op cit, pág. 82

³¹⁷ La cita completa es la siguiente: Treaties and conventions of extradition pursuant to which international extradition normally takes place frequently except there from nationals of the requested State, although many treaties provide for the extradition of fugitives from the justice of the requesting State without limitation as to nationality. The determination of whether a fugitive from justice found in the requested State is a national of that State is the prerogative of the requested State, and many treaties emphasize this point by specifically providing that the requested State's determination on this question shall be final. Where the extradition treaty or convention contemplates surrender of fugitives of the nationality of a third State, i.e., nonnationals, the requested State; normally makes a determination-for purposes of the extradition treaty or convention - that the fugitive is a nonnational of the requested State. Where the fugitive found in the requested State is a dual national, one of which nationalities is that of the requested State, the request is treated as that of a request for the surrender of a resident national. In any event, nationality aspects of each case in which surrender of a fugitive is sought under a treaty or convention is determined in conformity with the applicable treaty or convention. WHITEMAN, Marjorie. *Digest Of International Law*, , vol. 8, pág. 50

- Que la doctrina de la nacionalidad efectiva consagrada como principio general del derecho por la sentencia Nottebohm es la norma que rige la cuestión de la nacionalidad en el ámbito del derecho internacional.
- Que ella se encuentra respaldada por una amplia jurisprudencia que se extiende, cuando menos, a la primera mitad del siglo XIX.
- Que la jurisprudencia posterior la ha ratificado de manera unívoca.
- Que su campo de aplicación se extiende a todas las situaciones en que una cuestión de doble nacionalidad está en causa.
- Que a menos de contradecirse a si misma y a toda la jurisprudencia precedente, una sentencia de la CIJ no podría menos que reconocer que, siendo la nacionalidad efectiva de AFF la peruana, el Japón no podría oponerle al Perú una supuesta nacionalidad japonesa como pretexto para no extraditar.

3. La posición del Japón

3.1. *Con respecto a la nacionalidad de Fujimori*

3.1.1. El reconocimiento

Excelencia:

Habiéndome enterado de que Vuestra Excelencia ha sido reelegido como Presidente de la República del Perú para el próximo período, a través de las elecciones realizadas el 28 de mayo último, formulo votos por el éxito aún mayor como Presidente, cumpliendo la misión del desarrollo económico-social de su país, así como para un mayor bienestar de su pueblo.

Reconozco que Vuestra Excelencia realiza esfuerzos para la institucionalización democrática de su país y su anuncio del establecimiento de la Comisión Presidencial para ello. Espero, asimismo que su país intensifique aún más la cooperación con la organización de los Estados Americanos hacia la promoción de la democracia.

Por mi parte, tengo, la convicción de que las relaciones de amistad y cooperación entre su país y el Japón se fortalezcan aún más.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a Vuestra Excelencia a mi más distinguida consideración.

Tokyo, 7 de junio de 2000

Yoshiro Mori
Primer Ministro del Japón

Al Excelentísimo Señor
Ing. Alberto Fujimori Fujimori
Presidente de la República
Palacio de Gobierno
Ciudad.-³¹⁸

³¹⁸ Hemos tenido acceso a la copia de este documento de reconocimiento que obra en el Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores gracias a la colaboración y perseverancia del señor Juan Carlos Gamarra, Ministro de la

El día 9 de junio del 2000, durante la ceremonia en Tokio por los funerales del ex primer ministro japonés Keizo Obuchi, el primer ministro de ese país transmitió al primer ministro peruano Alberto Bustamante las felicitaciones de su gobierno para Alberto Fujimori por su reciente elección³¹⁹, al tiempo que el embajador japonés en Lima hacía lo propio con el mismo Fujimori. Al día siguiente la prensa adicta al régimen publicaba la noticia³²⁰. De esta manera, el gobierno japonés cumplía con el ritual de “reconocer” al nuevo gobierno³²¹.

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral³²² del Estado cuya delimitación teórica no presenta mayores dificultades. La Comisión de Derecho Internacional que viene actualmente estudiando el tema de los actos unilaterales del Estado, ha retenido las siguientes definiciones sobre el reconocimiento³²³:

*Por el reconocimiento el Estado acepta una situación de hecho, una pretensión jurídica, una competencia o un poder y por lo tanto se obliga en algún sentido a asumir una determinada conducta*³²⁴.

Representación peruana en Bruselas a quien agradecemos desde estas líneas. La copia que recibimos no contiene ningún sello, anotación o fecha de recepción.

³¹⁹ Discussion Between Prime Minister Mori and the Leaders and Other Envoys of Seven Latin American Countries
June 14, 2000

Ministry of Foreign Affairs

The visit by the Peruvian envoy was the first by a high-level government official of the country since the presidential election. After the meeting, Prime Minister Mori personally saw off the envoy (Prime Minister and Minister of Justice Alberto Bustamante) and expressed his congratulations on President Fujimori's reelection. He also took that opportunity to convey the Japanese government's clear message, encouraging further efforts by the Peruvian government to promote democratization, in consideration of the recent resolution at the general assembly of the Organization of American States (OAS).

<http://www.mofa.go.jp/region/latin/summit0006.html>

³²⁰ Ver en <http://www.ediciones.expreso.com.pe/ediciones/2000/jun/10/index.html>

Japón saluda reelección

TOKIO, jun 9 (EFE).- El primer ministro de Japón, Yoshiro Mori, pidió hoy al primer ministro de Perú, Alberto Bustamante, que transmita al presidente Alberto Fujimori su felicitación por la reelección en el cargo tras las elecciones de mayo.

Durante la reunión que Mori mantuvo con los enviados de varios países latinoamericanos al funeral del ex primer ministro Keizo Obuchi, celebrado ayer, Mori dijo a Bustamante que Tokio respeta los logros de Fujimori en la democratización, desarrollo económico y social del país.

Según dijeron a EFE fuentes de la cancillería, Mori aseguró a Bustamante que Tokio mantendrá su apoyo económico al país andino y la asistencia para la consolidación de esos logros. Bustamante agradeció las palabras de Mori y el compromiso de seguir la ayuda, que fue comunicado ayer a Fujimori por el embajador nipón en Lima, Takashi Kiya.

³²¹ “The new Head of State’s position will usually be acknowledged expressly, or implicitly through such means as the transmission through diplomatic channels of messages of congratulation from other States, or their formal representation at inauguration ceremonies...”

Sir Arthur WATTS; “The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments, Foreign Ministers”, *RCADI* 247, 1994, Pág. 33.

³²² Para una definición de los actos unilaterales del Estado ver *infra*, pág. 136.

³²³ Cuarto informe sobre los actos unilaterales del Estado, 30/05/2001, doc. A/CN.4/519, pág. 21 *in fine*

³²⁴ SKUBISZEWSKI, K. “« Les actes unilateraux des Etats ». *Droit International : Bilan et perspectives*”, París, Pedone, 1991, pág. 241

Por el reconocimiento el Estado autor “constata la existencia de ciertos hechos... o de ciertos actos jurídicos... y admite que pueden oponerse contra el”³²⁵

El reconocimiento “es el procedimiento en virtud del cual un sujeto de derecho internacional, en particular un Estado, que no ha participado en el nacimiento de una situación o en la iniciación de un acto, acepta que esta situación o este acto se opongan contra él, es decir, admite que se le apliquen las consecuencias jurídicas de uno u otro”³²⁶.

*El reconocimiento en un sentido amplio implica la aceptación por un Estado de cualquier hecho o situación que se produzca en sus relaciones con otros Estados... El otorgamiento del reconocimiento es un acto de un alcance internacional, que afecta los derechos y obligaciones mutuos de los Estados, y su estatuto o capacidad jurídica en general... el otorgamiento del reconocimiento de un Estado es un acto unilateral que afecta esencialmente las relaciones bilaterales*³²⁷.

El reconocimiento de gobiernos ha devenido en una práctica puramente protocolar que sólo reviste importancia cuando se trata del reconocimiento de un régimen *de facto*. Sin embargo, y a pesar que dicho reconocimiento – o la ausencia del mismo – en nada influye sobre la legitimidad del gobierno que lo recibe³²⁸, no deja de tener consecuencias para el gobierno que lo otorga.

En efecto, dicho reconocimiento constituye una manifestación formal del Estado que la formula y a la cual queda ligado³²⁹.

La pregunta que se plantea entonces es de saber si el hecho de reconocer a una persona como Jefe de Estado de un país extranjero supone al mismo tiempo el reconocimiento de que dicha persona posee la nacionalidad de ese país, sobre todo teniendo en cuenta el principio que se desprende de la sentencia Nottebohm, según el cual, el otorgamiento de la nacionalidad a un individuo por parte de un Estado, no es por sí sola oponible a otro Estado, salvo que este último la haya reconocido.

En el caso *In re Princess Sophia of Albania*³³⁰, la Princesa de Albania, con el propósito de escapar a ciertas medidas de secuestro contra los bienes de ciudadanos alemanes instituidas por el Tratado de Paz, invocaba que al acceder al Trono su marido, sujeto de nacionalidad alemana, había obtenido la nacionalidad albana. La Corte de Jassy no acogió los argumentos

³²⁵ NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER y PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 4 ed. 1992, pág. 351.

³²⁶ *Ibid*, pág. 525.

³²⁷ Oppenheim’s *International Law*, 9a ed., vol I (Londres, Longman, 1992), Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, eds. Págs. 127, 128 y 130

³²⁸ “*La reconnaissance par les autres Etats de l’existence du nouveau gouvernement n’est pas une condition de son existence. Elle en sera le plus souvent la preuve. Seule l’opposabilité de cette existence aux Etats tiers dépendra de leur reconnaissance*”.

Professeur Jean J.A. Salmon ; *Droit des Gens* ; Deuxième partie, Pág. 197

³²⁹ “*La reconnaissance est un acte par lequel un Etat constatant une situation de fait ou de droit admet qu’elle lui et opposable*”.

Jean SALMON; *op.cit.* Quatrième partie, Pág 616

³³⁰ *International Law Reports*; Lauterpacht, vol III; pág. 461. Ver igualmente JDIP, vol. 54, 1927, pág. 505

de la defensa teniendo en cuenta que, en todo caso, el haber servido en el ejército alemán durante la guerra le habría devuelto el estatus de alemán, no sin antes reconocer que:

According to public law the sovereign acquired the nationality of the State which he governed

Si esto es cierto en los regímenes monárquicos, lo es más aun dentro del esquema presidencial o parlamentario. Un breve repaso de la legislación comparada nos dará la razón:

Constitución argentina

Artículo 89.- Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero, y las demás calidades exigidas para ser elegido senador.

Constitución boliviana

Art. 88. Requisitos para ser Presidente y Vicepresidente.

Para ser elegido Presidente o Vicepresidente de la República se requiere de las mismas condiciones exigidas para Senador.

Art. 64. Requisitos para ser Senador

Para ser Senador se necesita tener treinta y cinco años cumplidos y reunir los requisitos exigidos para Diputado.

Art. 61. Requisitos para ser Diputado

Para ser Diputado se requiere:

- 1- Ser boliviano de origen y haber cumplido los deberes militares.

Constitución del Brasil.

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

Constitución de Chile

Artículo 25.-Para ser elegido Presidente de la República se requiere haber nacido en el territorio de Chile, tener cumplidos cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

Artículo 10º .-Son chilenos:

1. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

Constitución de Colombia

ARTICULO 191. Para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años.

Constitución del Ecuador

Art. 165.- Para ser Presidente de la República se requerirá ser ecuatoriano por nacimiento, estar en goce de los derechos políticos y tener por lo menos treinta y cinco años de edad, a la fecha de inscripción de su candidatura.

Constitución del Paraguay

Artículo 228 - DE LOS REQUISITOS

Para ser Presidente de la República o Vicepresidente se requiere:

1. tener nacionalidad paraguaya natural;

Constitución del Uruguay

Artículo 151. El Presidente y el Vicepresidente de la República serán elegidos conjunta y directamente por el Cuerpo Electoral, por mayoría absoluta de votantes. Cada partido sólo podrá presentar una candidatura a la Presidencia y a la Vicepresidencia de la República. Si en la fecha indicada por el inciso primero del numeral 9° del artículo 77, ninguna de las candidaturas obtuviese la mayoría exigida, se celebrará el último domingo del mes de noviembre del mismo año, una segunda elección entre las dos candidaturas más votadas.

Regirán además las garantías que se establecen para el sufragio en la Sección III, considerándose a la República como una sola circunscripción electoral.

Sólo podrán ser elegidos los ciudadanos naturales en ejercicio, que tengan treinta y cinco años cumplidos de edad.

Constitución de Venezuela

Artículo 227. Para ser elegido Presidente o Presidenta de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido o sometida a condena mediante sentencia definitivamente firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en esta Constitución.

Constitución española

Artículo 13

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Artículo 23

1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Constitución de los Estados Unidos

Article II Section 1

Clause 5: No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President; neither shall any Person be eligible to that Office who shall not have attained to the Age of thirty five Years, and been fourteen Years a Resident within the United States.³³¹

Constitución de Alemania

Article 54 (Election)

(1) The Federal President is elected, without debate, by the Federal Convention. Every German is eligible who is entitled to vote for the Bundestag and who has attained the age of forty.

Constitución de la India

Article 58 Qualifications for election as President

(1) No person shall be eligible for election as President unless he –
(a) is a citizen of India;

Resultaría imposible llevar a cabo aquí un examen exhaustivo sobre el tema, sobre todo teniendo en cuenta que en muchos países la materia no está contemplada en la constitución sino en leyes especiales³³², sin embargo los ejemplos citados dan una clara idea de la universalidad de la norma, al punto que cabe preguntarse si no constituye un principio general del derecho - en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte - y esto muy independientemente de la legislación nacional de cada Estado.

En efecto, los Jefes de Estado se ven investidos del llamado *jus representationis omnimoda*, competencia de carácter general que le atribuye el Derecho Internacional y muy al margen de las disposiciones constitucionales de cada Estado³³³. Esta capacidad para representar al Estado

³³¹ 4. Solo las personas que sean ciudadanos por nacimiento o que hayan sido ciudadanos de los Estados Unidos al tiempo de adoptarse esta Constitución, serán elegibles para el cargo de Presidente; tampoco será elegible una persona que no haya cumplido 35 años de edad y que no haya residido 14 años en los Estados Unidos.

³³² Es el caso de la legislación japonesa cuya constitución señala:

ARTÍCULO 67. El Primer Ministro será designado de entre los miembros de la Dieta, mediante resolución de la misma. Esta designación tendrá prioridad sobre los demás asuntos.

ARTÍCULO 44. Los requisitos para poder elegir o ser elegido miembro de una de las Cámaras serán regulados por la ley. No obstante, no podrá existir discriminación alguna por razón de raza, creencia religiosa, sexo, posición social, origen familiar, educación, patrimonio o ingresos.

³³³ Sir Arthur WATTS, op cit, pág. 32

ha sido expresamente reconocida por la CIJ en el affaire sobre la Convención sobre el genocidio, donde declaraba que³³⁴:

Conformément au droit international, il ne fait pas de doute que tout chef d'Etat est présumé pouvoir agir au nom de l'Etat dans ses relations internationales.

Cierta doctrina afirma incluso que los actos del Jefe de Estado son atribuibles al Estado³³⁵. Al respecto, Philippe Cahier anota que

Todo Estado necesita, en virtud del principio de la división del trabajo, de una cierta cantidad de órganos para poder funcionar. Pero esos órganos, entidades abstractas, necesitan de un individuo físico que, personificándolo, exprese la voluntad del Estado. En la medida en que los actos de este individuo entren dentro de la esfera de competencia que el ordenamiento interno le atribuye al órgano que personifica, se estima que esos actos son manifestaciones de la voluntad del Estado. Por eso se puede descartar la tesis de ciertos autores, según la cual existe una relación de representación entre el Estado y sus órganos. En efecto, cuando el órgano expresa una voluntad, no es la voluntad de un representante sino la del Estado mismo³³⁶.

En el mismo sentido, Sir Arthur Watts señala que³³⁷

... a Head of State... not merely represents the State but in many respects can be regarded as the personal embodiment of the State. While this identity of the Head of State with the State itself originated with the position of sovereign monarchs, presidents too now, to a significant degree, share this characteristic. It may be said generally that nowadays Heads of States through their office manifest the spirit and grandeur of their nations as a whole.

En tales condiciones, el reconocimiento otorgado a un nuevo gobierno, implica *a fortiori* el reconocimiento de la nacionalidad del individuo Jefe de Estado como siendo aquella del Estado del cual es personificación del órgano ejecutivo, de otro modo nos encontraríamos ante el absurdo de que el órgano principal de un Estado, aquel que lo representa en la vida internacional, tiene una nacionalidad distinta a la del propio Estado del cual emana. Como es sabido, esto sólo se da en casos muy especiales³³⁸. El hecho de que se trate de un reconocimiento tácito no resta eficacia en nada al reconocimiento, pues como lo ha señalado la Comisión de Derecho Internacional, “*lo implícito puede ser perfectamente inequívoco*”³³⁹ y la terminología empleada en la carta de reconocimiento no deja lugar a dudas sobre el alcance del mismo:

³³⁴ Application de la Convention pour la prevention et la repression des crimes de genocide, exceptions preliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1996, pág. 622. Citado en el adendum al Segundo informe sobre los actos internacionales de los Estados, doc. A/CN.4/500/Add.I, pág. 5, par. 83

³³⁵ Respuesta del Gobierno de la Argentina citado en Quinto informe sobre los actos internacionales de los Estados, doc. A/CN.4/525/Add.I, pág. 4, par. 91

³³⁶ CAHIER, Philippe. *Le droit diplomatique contemporain*, Paris-Geneve, 1962, pág.333

³³⁷ WATTS, loc cit, pág. 32

³³⁸ “Some situations can only be regarded as sui generis, such that... of the two co-Princes of Andorra – the Bishop of Urgel and the President of France » Sir Arthur Watts, Loc cit, pág. 21

³³⁹ CDI, Quinto informe sobre los actos unilaterales del Estado, A/CN.4/525/, pág. 17, parr. 70

Reconozco que Vuestra Excelencia realiza esfuerzos para la institucionalización democrática de su país y su anuncio del establecimiento de la Comisión Presidencial para ello. Espero, asimismo que su país intensifique aún más la cooperación con la organización de los Estados Americanos hacia la promoción de la democracia. [el resalte es nuestro]

Efectos del reconocimiento

Por el reconocimiento, como hemos visto, un Estado constata la existencia de ciertos hechos o de ciertos actos jurídicos y admite que le pueden ser opuestos, el efecto de un tal reconocimiento es de crear, en virtud del Derecho Internacional, una obligación a cargo de su autor. Su efecto general es de obligar a su autor a respetar la situación que ha reconocido y le impide de poner en duda la validez de esa situación³⁴⁰. Así lo ha declarado la CPJI en el affaire de Groenlandia Oriental, en el cual, en base a ciertos actos que implicaban el reconocimiento por parte de Noruega a la soberanía de Dinamarca sobre la Groenlandia, la Corte decretaba que Noruega “*se encuentra en la obligación de no contestar la soberanía danesa sobre la totalidad de Groenlandia*”³⁴¹.

Comentando la sentencia de la CIJ en el affaire de la Sentencia Arbitral del 23 XI 1906³⁴² en la que la corte declaraba que por su comportamiento ulterior Nicaragua había reconocido la validez de la sentencia del Rey de España de 1906³⁴³, que ahora contestaba ante la CIJ, Roger Pinto anotaba que:

*El interés de la decisión reside en la importancia que le acuerda al “reconocimiento”, implícito o explícito, de la parte de un Estado sobre un hecho, una situación jurídica, una regla, etc., como fuente de obligaciones para ese Estado. En las relaciones internacionales, los actos, las prácticas, el comportamiento, la actitud, la conducta de un Estado deben ser considerados como jurídicamente significativos. En efecto, le corresponde a cada Estado el apreciar las situaciones que le conciernen. Pero ese privilegio de la “soberanía” tiene su contrapartida. Ese poder implica una responsabilidad. Esas apreciaciones formuladas por un Estado le son “oponibles” y pueden ser invocadas en su contra. En un sistema jurídico sin verdadero legislador organizado y sin jurisdicción obligatoria, la institución del reconocimiento hace posible a la vez la transformación de las relaciones de derecho así como su seguridad.*³⁴⁴

En tales condiciones, y a la luz de los preceptos que se desprenden de la sentencia Nottebohm, el Japón se vería impedido de anteponer ante una Corte internacional, la pretendida nacionalidad japonesa de Fujimori como pretexto para no extraditarlo.

³⁴⁰ MARTIN, A. *L'Estoppel en droit international public*, Paris Ve, ed. A Pedone, 1979, pág. 207

³⁴¹ Statut juridique du Groënland oriental, arret, 1933, CPJI, serie A/B, N° 53, pág. 73

³⁴² Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906: CIJ Recueil 1960, pág 192 y sigts.

³⁴³ “En opinión de la Corte, Nicaragua ha reconocido, por sus declaraciones expresas y por su comportamiento, el carácter válido de la sentencia y no tiene derecho a regresar [is no longer open... to go back] sobre este reconocimiento para contestar la validez de la sentencia”. Ibid, pág. 213

³⁴⁴ PINTO, Roger, « Chronique de la jurisprudence de la cour internationale de justice, Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 » *JDIP Clunet* 1961, pág. 1194.

3.1.2. El Estoppel

*The rule of Estoppel... operates so as to preclude a party from denying before a tribunal the truth of a statement of fact made previously by that party to another whereby that other has acted to his detriment or the party making the statement has secure some benefit*³⁴⁵.

Aun cuando no se admitiera que el reconocimiento del gobierno tiene los efectos que hemos propuesto, el Japón se vería *estopped* de invocar la pretendida nacionalidad japonesa de Fujimori frente al Perú ante cualquier corte internacional.

El *estoppel* es una técnica procesal cuyos orígenes se encuentran en el derecho anglo-sajón y que presenta ciertas similitudes con la *preclusión* del derecho francés o la *doctrina de los actos propios* del derecho hispánico. El *estoppel* ha sido invocado frecuentemente ante los tribunales internacionales entendido en un sentido amplio que ignora las tecnicidades con que lo reviste el derecho anglosajón³⁴⁶. Según esta concepción extensiva, el *estoppel* “*se aplicaría en caso de contradicción entre un comportamiento actual y un comportamiento anterior de un sujeto del derecho internacional y constituiría una regla que apuntaría... a impedir a una Parte, en virtud del principio de la buena fe, de contradecir o contestar lo que previamente ha dicho o dejado creer*”³⁴⁷

Sin embargo, la Corte de la Haya no parece haber acogido favorablemente esta concepción amplia del *estoppel*, que no toma en cuenta las rigurosas condiciones que establece el derecho inglés y la ha rechazado en sus sentencias de la Barcelona Traction (excepciones preliminares) y de la Plataforma continental de la Mar del Norte³⁴⁸

Según la concepción restrictiva, habría *estoppel* “*cuando una Parte, por sus declaraciones, sus actos o comportamientos ha llevado a la otra Parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas, en fe de lo cual la ha incitado a actuar, o a abstenerse de actuar, de tal manera que se ha operado una modificación en sus posiciones relativas (en perjuicio de la segunda, o en ventaja de la primera, o las dos cosas a la vez); la primera queda impedida por el estoppel de establecer contra la segunda un estado de cosas distinto al que anteriormente había representado como existente*”³⁴⁹

El elemento clave, y lo que diferencia al *estoppel* de los actos unilaterales propiamente dichos, entendidos como manifestaciones de voluntad, es que el carácter vinculante de las declaraciones del Estado que lo obligan a respetar una cierta conducta, no está fundado en la declaración de intención del Estado que la expresa, sino en los actos secundarios del tercer

³⁴⁵ BOWET, D. W. “Estoppel before international tribunals and its relations to acquiescence”, *BYBIL*, 1957, pág. 176

³⁴⁶ Al respecto ver el estudio detallado de Antoine MARTIN, *L’Estoppel en droit international public*, Paris Ve, ed. A Pedone, 1979

³⁴⁷ *Ibid*, pág. 71-72

³⁴⁸ *Ibid*, págs. 157-172

³⁴⁹ *Ibid*, pág. 260

Estado y en los prejuicios que podría causarle un cambio de actitud operado en base a la representación que le ha sido formulada por el primer Estado³⁵⁰.

De lo señalado se deduce que el estoppel no es una fuente de creación de derechos materiales sino más bien una técnica procesal que impide a una de las partes en un proceso de contestar o contradecir ante la instancia judicial lo que previamente ha dicho, hecho o dejado creer.³⁵¹ En otras palabras, mientras que un acto unilateral del Estado es formulado con la intención expresa de crear nuevas relaciones de derecho, obligaciones en particular, y que este acto produce sus efectos independientemente de la actitud o comportamiento del Estado destinatario, en el caso del estoppel no existe creación de derechos u obligaciones sino la imposibilidad, en el marco de un proceso judicial, de prevalerse de derechos y obligaciones preexistentes³⁵².

Teniendo en cuenta esta definición del estoppel, quien lo invoca ante una corte deberá:

- 1- Establecer la existencia de una declaración, de un acto o de un comportamiento inicial que, emanado de un órgano habilitado a comprometer a un sujeto de derecho internacional, ha efectuado libremente una *representación*³⁵³ clara e inequívoca de un cierto estado de hecho.
- 2- Probar que ha sido inducido a actuar o a abstenerse de actuar de la manera que alega y que efectivamente ha actuado o se ha abstenido de actuar, fiándose de esa declaración, acto o comportamiento.
- 3- Demostrar que como resultado se ha operado una modificación perjudicial de su posición, o una ventaja para la otra Parte, o las dos cosas a la vez.
- 4- Establecer que la Parte a la cual la declaración, el acto o el comportamiento inicial es imputable, ha revertido posteriormente su posición contradiciéndola, invalidándola o modificándola en un punto esencial³⁵⁴.

La Corte de la Haya, en diversas sentencias, ha rechazado las alegaciones de estoppel que no cumplieran con estos requisitos

En el affaire de los Préstamos serbios la Corte encontraba que:

“los portadores³⁵⁵ no han hecho declaración clara e inequívoca sobre la cual el Estado deudor haya podido basarse. El Estado deudor no ha modificado su posición. La deuda serbia ha quedado tal como había sido contratada originalmente. La única medida adoptada por el Estado deudor ha sido la de

³⁵⁰ Comisión de Derecho Internacional, Primer Informe sobre los actos unilaterales del Estado, doc. A/CN.4/486, pág. 25, par 131

³⁵¹ A. MARTIN, op cit, pág. 259

³⁵² CDI, Segundo informe... A/CN.4/500, pág.. par. 14

³⁵³ El término *representación* está tomado aquí de la sub categoría del estoppel conocida en derecho inglés como *stoppel by representation* y se entiende en el sentido de *statement, agency, acquiescence*, etc. Ver al Respecto A. Martin, op cit, pág. 45 y sigs.

³⁵⁴ *ibid*, pág. 273

³⁵⁵ Los portadores franceses de los títulos de la deuda del Estado serbo croata esloveno. En este affaire, este último Estado alegaba que los portadores de los títulos habían aceptado anteriormente pagos en papel moneda y no en valor oro como estipulaba el contrato a pesar de que el papel moneda había empezado a depreciarse. Sólo cuando esta depreciación alcanzó un alto grado, los acreedores reclamaron el pago según las estipulaciones del contrato. El Estado defensor argüía ante la Corte que esas aceptaciones anteriores de pagos en papel moneda ponían al Estado demandante en situación de estoppel

*pagar una suma inferior [ausencia de perjuicio] a la suma debida según los términos del contrato”*³⁵⁶

En el affaire de la Barcelona Traction³⁵⁷ la Corte examinó de manera detallada el argumento del estoppel encontrando que en la especie no se reunían las condiciones para sustentarlo.

En el affaire de la Frontera terrestre y marítima, la CIJ declaró

*La existencia de tal situación*³⁵⁸ [de estoppel] *supondría que Camerún haya adoptado un comportamiento o hecho declaraciones que hubieran atestado de una manera clara y constante que había aceptado arreglar el diferendo de fronteras... por vías exclusivamente bilaterales. De otro lado, ello implicaría que Nigeria, basándose en esa actitud, haya modificado su posición en detrimento propio o haya sufrido algún perjuicio.*

*Esas condiciones no han sido llenadas en la especie. En efecto... Camerún no ha reconocido un carácter exclusivo a las negociaciones concertadas con Nigeria... de otro lado este último no da muestras de haber modificado su posición en detrimento propio o haber sufrido un perjuicio por el hecho de que, de otro modo hubiera podido buscar una solución al problema de fronteras recurriendo a otros procedimientos pero que ha sido impedido de hacerlo basándose en la supuesta posición adoptada por Camerún*³⁵⁹.

De manera pues que para que una alegación de estoppel pueda tener éxito ante la Corte, es necesario demostrar con precisión que estos requisitos se cumplen en el caso, es lo que intentaremos hacer en las siguientes líneas.

3.1.2.1. El Japón durante diez años ha guardado silencio sobre la pretendida nacionalidad nipona de Fujimori dejando creer de manera verosímil que su única nacionalidad es la peruana

Durante diez años el Japón guardó silencio sobre la nacionalidad que hoy pretexto para obstruir la acción de la justicia peruana.

Además de haber efectuado el reconocimiento del gobierno encabezado por el señor Fujimori (tres veces presumiblemente) y enviando incluso observadores a los procesos electorales³⁶⁰, el

³⁵⁶ Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, CPIJ, Serie A N° 20/21 – 1929 pág 39.

³⁵⁷ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Exceptions preliminaries, arret, Cij Recueil, 1964, págs. 24 - 25

³⁵⁸ Nigeria argüía que Camerún se encontraba estopped de recurrir a la Corte – y que por lo tanto esta carecía de jurisdicción – basándose en el hecho de que al menos desde veinticuatro años antes, las partes habían aceptado la obligación de arreglar los diferendos de frontera por medio de los mecanismos bilaterales existentes.

³⁵⁹ Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, exceptions préliminaires, Arrêt, CIJ Recueil 1998, págs. 303-304

³⁶⁰ II. Dispatch of election observers to the Election Monitoring Mission of the Organization of American States (OAS) for the general elections for the President and Congress in the Republic of Peru
Acting Foreign Ministry Spokesman Ken Shimanouchi: The Government of Japan has decided to dispatch Mr. Tetsuya Otsura of the First Latin America and Caribbean Division of the Ministry of Foreign Affairs and Assistant Professor of the College of International Studies of Chubu University Takashi Tanaka as election observers to the Election Monitoring Mission which will be dispatched by the Organization of American States

Japón lo ha recibido oficialmente once veces en su calidad de mandatario peruano³⁶¹ y ha firmado con él diversos acuerdos.

Por otro lado, el tema de la nacionalidad de Fujimori había sido motivo de pública polémica desde el inicio de su carrera política, polémica en la cual el Japón guardó un estricto silencio a pesar de las preguntas directas que les fueron dirigidas a sus representantes.

El escritor Mario Vargas Llosa ha narrado cómo, a fines de la campaña electoral de 1990, algunos oficiales del Servicio de Inteligencia Naval le hicieron saber que su contendiente en esa justa electoral poseía la nacionalidad japonesa³⁶².

“Según relata Álvaro Vargas Llosa en ‘El diablo en campaña’ y recuerda Jochamowitz en su libro, Alberto Massa, el personero del Fredemo, acudió al consulado entre la primera y segunda vuelta de 1990 buscando información respecto a la posible existencia de un pasaporte japonés de Fujimori.

(OAS) at the request of the Peruvian Government, in order to assist the democratic and smooth implementation of the general elections for the President and Congress of the Republic of Peru to be held on 9 April. These Japanese observers will arrive in Peru on 5 April and will stay there until 12 April. During their stay in the country, they will take part in the preliminary meetings of the OAS Mission, monitoring activities in the Lima metropolitan area on voting day, and the evaluation meetings afterwards. Japan has already supported the country by donating computers worth US\$93,000 to the National Electoral Committee. Since President Alberto Fujimori of the Republic of Peru took an ad-hoc measure to suspend the Constitution on 5 April 1992, Japan has firmly maintained throughout its policy to assist Peru's efforts for the early restoration and consolidation of democracy. The forthcoming elections are a touchstone to test the country's democratization, as they are the first to be held under the new Constitution established on 29 December 1993. The democratic and smooth implementation of the forthcoming elections will have an epoch-making significance in demonstrating that democratization has taken root in Peru. Conferencia del secretario de prensa del ministerio de RREE del Japón, 31/03/1995 <http://www.mofa.go.jp/announce/press/1995/3/331.html#2>

II. Elections in the Republic of Peru

Foreign Ministry Spokesman Terusuke Terada: Now, let me make quickly a comment on the elections which took place in the Republic of Peru. We take positive note of the fact that elections were held democratically and peacefully, as was witnessed by the foreign election observers. Japan has sent two election observers to the Election Monitoring Mission dispatched by the Organization of American States (OAS). We have also donated, as grant-in-aid, computers worth US\$93,000 to the National Electoral Committee of Peru. At this stage, the final outcome is not yet announced by the National Electoral Committee of Peru; therefore, I am afraid I cannot make any official comments. However, if the present trends continue, I would say that the Japanese Government would congratulate incumbent President Alberto Fujimori. We would also hope that the next Administration would continue its basic policies on politics, economy and law and order. We would also like to see that the next Administration would continue to make further efforts towards the consolidation of democracy and vitalization of the economy. We also wish for the continuation of the traditional cooperative relationship between our two countries.

Conferencia 11/05/1995 <http://www.mofa.go.jp/announce/press/1995/4/411.html>

³⁶¹ *4 de abril de 1991. Asamblea Anual de Gobernadores del BID.

* 14 de marzo de 1992. Se reunió con Akihito y visitó Kumamoto.

* 5 de junio de 1993. Visitó Osaka y Okinawa.

* 3 de junio de 1994. Visita no oficial, de camino a China. Fue recibido por Akihito.

* 14 de setiembre de 1995. Visita oficial.

* 13 de noviembre de 1996. Gira por el Asia.

* 31 de enero de 1997, en Canadá se reunió con el primer ministro japonés, Ryutaro Hashimoto.

* 1º de julio de 1997, para buscar inversiones.

* 28 de junio de 1998. Conversó con el primer ministro Ryutaro Hashimoto.

* Mayo de 1999, en visita oficial.

* Noviembre 2000. (fuente : La Republica 24/06/01)

³⁶² Mario Vargas Llosa, Los Patriotas, *Caretas* 1477, 07/08/1997

*Massa contó que "el diplomático (que lo recibió) estuvo muy nervioso, no pudo articular palabra y sudaba copiosamente. (Después) me dijo que su función era proteger a sus súbditos."*³⁶³

El tema de la nacionalidad salió a la superficie en 1993 a raíz de un artículo publicado por la revista *Caretas* y volvió al centro del debate unos años más tarde cuando en 1997 la periodista Cecilia Valenzuela hizo público por medio de *Caretas*³⁶⁴ y el programa *En Persona* un acucioso informe sobre las incongruencias que encontrara en los documentos relativos al nacimiento de Fujimori. La sección de correo del lector de la revista *Caretas* de los números correspondientes a los meses de julio y agosto de 1997 dan una buena idea de la aguda polémica que despertó ese informe periodístico.

Al ser interrogado sobre el tema, el ex embajador Aoki respondió de manera torpe y descortés³⁶⁵. La prensa extranjera se dio igualmente de narices al intentar romper el hermético silencio de las autoridades niponas³⁶⁶

Esta actitud de las autoridades japonesas fue mantenida hasta el final de la parodia³⁶⁷ como lo demuestran los siguientes extractos de la conferencia de prensa ofrecida por el vocero autorizado del ministerio de RREE del Japón ofrecida el 21 de noviembre del 2000, es decir, sólo dos días después de la renuncia vía fax y cuando, presumiblemente a juzgar por el

³⁶³ "Afinando la pregunta: ¿Cuándo nació?" *Caretas* 1476, 31/08/1997

³⁶⁴ "¿Dónde nació?" *Caretas* 1475, 24/07/1997

³⁶⁵ **Ex embajador japonés: "No entiendo su pregunta"**

En su tercer día de visita a nuestro país, el ex embajador del Japón, Morihisa Aoki evitó ayer pronunciarse sobre la dudosa nacionalidad del presidente Alberto Fujimori.

"No le entiendo su pregunta y no voy a responder nada" dijo a un grupo de periodistas que lo aguardaban a su salida del Ministerio de Agricultura, donde agradeció al titular de esa cartera las facilidades que su sector otorgó a los rehenes de la residencia japonesa. (La República, viernes 25/08/1997)

³⁶⁶ **EL REGISTRO DE EMBARQUE Y EL `KOSEKI'**

Organizaciones periodísticas independientes de la investigación inicial, como las agencias France Presse y EFE, solicitaron infructuosamente en Lima y en Kawachi acceso al `koseki', a los registros de embarque de pasajeros en Yokojama en 1934 y a la ficha de inscripción del nacimiento de Alberto en el Consulado del Japón aquí.

El viernes pasado, finalmente, el Dr. Fuentes exhibió la fotocopia de una hoja del `koseki' redactada en japonés, indicando que da cuenta del matrimonio Naoichi y Mutsué en 1934, de la fecha de su viaje en agosto de ese año, y del registro del nacimiento de Alberto -el 26 de julio de 1938, no el 28.

También exhibió dos hojas (ver facsímil) de documentos que acreditan el embarque de la pareja el 11 de agosto del año 9 de Showa (1934) en el puerto de Yokojama auspiciado por la Kaigai-Kogyo, la compañía de fomento exterior de la época. Fuentes anunció públicamente que la familia autorizaba la realización de peritajes en todo este material, aunque dijo estar impedido de proporcionar copia del `koseki'. (*Caretas* 1478)

³⁶⁷ La resolución sobre la nacionalidad japonesa de Fujimori tuvo realmente ribetes de parodia como lo deja ver esta pregunta de un periodista al vocero del Ministerio de RREE del Japón a propósito del ping pong al que se dedicaron ese ministerio y el de Justicia para evadir respuestas claras.

Q: Then to clarify, what is the Foreign Ministry's role in this process, if any at all, of establishing whether or not Mr. Fujimori has the right to make an extended stay in Japan? Are you simply waiting for the Ministry of Justice to hand you a piece of paper in the future saying either, "Yes, he can stay" or "No, he is not a Japanese citizen"? Are you involved in some advisory capacity? I just notice that from the press conference of the Minister of Justice that he did not want to comment on the case because he did not know what the Foreign Ministry's diplomatic line was on this issue. So in one sense, I feel like we are hearing from the Foreign Ministry that it is really the Justice Ministry's purview, and then I hear from the Justice Ministry that "Oh, we really cannot say anything until the Foreign Ministry has laid down its diplomatic line." It seems from my perspective at least to be a bit of passing the ball. Could you clarify what your role is in this?

conferencia 28/11/2000 <http://www.mofa.go.jp/announce/press/2000/11/1128.html#6>

contexto, las autoridades japonesas aun no tenían información oficial sobre el estatus de Fujimori³⁶⁸.

- P[regunta]: Hay un informe acerca de que en Perú algunos políticos han solicitado al gobierno japonés que clarifique si el presidente Fujimori tiene pasaporte japonés. Esto fue presentado por escrito a la embajada japonesa en Perú. Me gustaría saber si se recibió esta comunicación y cuál fue la respuesta, ya que, otra vez, algunas personas en Perú están diciendo que pudiera tener o pasaporte o la nacionalidad japonesa. La segunda cuestión que me gustaría saber es si el gobierno japonés sabía, antes de que el señor Fujimori llegara a Japón el 17 de noviembre, que iba a venir y que planeaba quedarse indefinidamente, como dijo usted antes.

Señor Yamazaki: No dije indefinidamente. Lo que dije fue que no conocemos la agenda del presidente Fujimori en estos momentos. No sé cuáles sean sus fuentes y no sé nada de esto.

P[regunta]: Es un partido de oposición llamado APRA.

Señor Yamazaki: En cuanto a su última pregunta sobre la agenda del presidente Fujimori, de regreso de la Reunión de Líderes del Foro de Cooperación Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) supimos que iba a llegar a Japón para una parada técnica. Sin embargo, como dije anteriormente, tiene un ligero problema de salud y por lo mismo tuvo que quedarse.

P[regunta]: Qué hay del pasaporte y la nacionalidad?

Señor Yamazaki: No tengo información. Por favor pregúntele a la parte peruana³⁶⁹.

...

- P[regunta]: Acerca del presidente Fujimori, ¿es candidato para recibir un pasaporte japonés? ¿Bajo qué circunstancias permanece en Japón? ¿Está aquí en calidad de invitado de Estado, o con qué estatus?

Señor Yamazaki: No tengo ninguna respuesta sobre su primera pregunta, acerca del pasaporte, aunque actualmente el presidente Fujimori se encuentra aquí con visa diplomática.

...

- P[regunta]: Tengo sólo una pregunta realmente rápida. Usted dijo anteriormente que no es claro si es candidato para recibir un pasaporte en Japón. ¿Sería candidato para naturalizarse japonés?

Señor Yamazaki: No cuento con los hechos que rodean al presidente Fujimori en estos momentos.

...

³⁶⁸ Funte, sitio web de la Embajada de Japón en México, Archivos de conferencias de prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón, Conferencia de prensa, 21 de noviembre de 2000
<http://www.embjapon.com.mx/conferencia/2000/noviembre/nov21.htm#5>

³⁶⁹ Lo que increíblemente está respondiendo el vocero del Gobierno japonés es que se pregunte al Gobierno peruano si Fujimori tiene la nacionalidad japonesa.

- P[regunta]: Por lo que tengo entendido, cuando alguien tiene ascendientes japoneses tiene posibilidad de ostentar la doble nacionalidad hasta que cumple los 20 años. En ese momento hay que elegir si ser, en este caso, peruano o japonés. ¿Sabe usted si en este caso el señor Fujimori adoptó la nacionalidad peruana?

Señor Yamazaki: No tengo ninguna información al respecto.

P[regunta]: ¿Pero es un procedimiento ordinario? ¿Que a los 20 años se tenga que elegir entre una u otra?

Señor Yamazaki: Tengo que verificar esa información³⁷⁰.

El Japón ha pretendido justificar su silencio recurriendo a diversos pretextos

a) No intervención en asuntos internos

El Japón ha esgrimido el argumento del deber de reserva y no intervención en los asuntos internos de otro Estado como pretexto a su reiterado silencio sobre el tema de la nacionalidad de Fujimori³⁷¹.

³⁷⁰ Respuesta igualmente increíble de la parte de un funcionario del ministerio de RREE, las formalidades del procedimiento por el cual se pregunta aparecen en la página web del Ministerio de Justicia japonés y están al alcance de cualquier persona: <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/CIAB/ciab-04.html>

³⁷¹ **Sin comentarios, dice el gobierno del Japón**

Tokio, (EFE).- El Gobierno japonés rehusó comentar las informaciones periodísticas aparecidas en Lima que apuntan a que el presidente peruano, Alberto Fujimori, nació en Japón y no en Perú, lo que le inhabilitaría para ser jefe de Estado de ese país.

Tokio "no está en posición de comentar" esas informaciones publicadas por medios de comunicación de la oposición peruana, declararon a EFE portavoces del ministerio de Exteriores japonés.

"Es un asunto interno de Perú", añadieron las fuentes acerca de la polémica, recogida en algunos diarios de la capital nipona hoy, viernes.

El Ayuntamiento de Kawachi-machi, en la provincia sureña japonesa de Kumamoto, de donde son originarios los padres de Fujimori, mostró su asombro por la afirmación de la prensa peruana, calificándola de falta de razón.

La República, Sábado, 26 de Julio de 1997

Japón rechaza hacer público el registro de la familia Fujimori

* Afirma que es para proteger su derecho a la intimidad

Tokio, (EFE).- El gobierno local de Kawachi rechazó hacer público el registro familiar de la familia Fujimori, que puede aclarar el lugar de nacimiento del presidente del Perú Alberto Fujimori, para proteger su derecho a la intimidad.

Tras desatarse en Lima la polémica sobre la posibilidad de que Fujimori hubiera nacido en Japón, la Alcaldía de Kawachi, tierra natal de la familia Fujimori, accedió a estudiar la petición de publicar el registro familiar o "Koseki", en el que constan todos los nacimientos, matrimonios y muertes habidos en la familia.

Sin embargo, el gobierno local comunicó ayer que, tras haber deliberado con el Departamento de Justicia de la provincia de Kumamoto, a la que pertenece Kawachi, acordó no facilitar información alguna sobre el registro familiar.

"En virtud de la cláusula segunda y tercera del artículo décimo de la Ley del Registro Familiar, no se puede hacer público el registro debido a que con ello puede infringirse el derecho a la intimidad de las personas a que hace referencia", afirma la comunicación.

Por su parte, Nobuo Ishihara, primo del presidente peruano, declinó también ofrecer una copia del Registro Familiar al considerar que la Partida de Nacimiento publicada el pasado viernes 25 de julio en Lima por el abogado del Presidente, Sandro Fuentes, era prueba suficiente de la nacionalidad peruana.

Horas antes, Ishihara había mostrado a EFE su disposición a facilitar una copia del "koseki" en los próximos días.

Durante una entrevista telefónica, el familiar de Fujimori negó que el mandatario andino hubiera nacido en Japón y calificó las versiones periodísticas al respecto de "tonterías" y "habladurías sin fundamento".

Dicho argumento no resiste el menor análisis. En efecto, la cuestión de la supuesta nacionalidad japonesa de Fujimori no puede ser, en ningún caso, un asunto interno del Perú desde que no son las leyes peruanas las que regulan esa nacionalidad. Por el contrario, se trataba de una cuestión que sólo las autoridades japonesas podían elucidar y a lo cual se negaron en su momento.

Son más bien los efectos que dicha nacionalidad pudiera haber tenido sobre la legitimidad del gobierno que encabezaba Fujimori las que podrían caer dentro del pretexto de los “asuntos internos”, pero habida cuenta que el Japón reconoció hasta tres veces la legitimidad de dicho gobierno, mal puede pretextar la no intervención en esos asuntos. En efecto, la legitimidad del gobierno que reconoció como tal, sólo hubiera podido ser puesta en duda sobre la base de informaciones que únicamente el Japón poseía. Es más bien ese triple reconocimiento, conjugado con el silencio mantenido sobre la pretendida nacionalidad japonesa de Fujimori lo que constituye una flagrante y malintencionada intervención en los asuntos internos de otro Estado.

El reconocimiento de Gobierno no es ninguna obligación, diversos Estados han mantenido la tesis de que sólo se reconoce al Estado, no a los gobiernos, es el caso por ejemplo de Bélgica³⁷² y otros Estados europeos. En tal sentido el Japón hubiera podido perfectamente pasarse de cualquier reconocimiento de gobierno sin que esto alterase las relaciones diplomáticas existentes entre ambos países, pero si reconoce la legitimidad de un gobierno y se guarda reserva al mismo tiempo sobre informaciones que podrían quitarle legitimidad, no se puede pretextar entonces la no intervención en asuntos internos por que esa intervención ya tuvo lugar. O se hace el reconocimiento de gobierno y se pone una cruz sobre la pretendida nacionalidad japonesa, o no se hace reconocimiento alguno. Como la Corte lo ha afirmado en repetidas ocasiones, no se puede soplar al mismo tiempo frío y caliente. Máxime si posteriormente se hace uso de esas mismas informaciones no develadas como pretexto a oponer al otro Estado.

b) ausencia de comunicación oficial

El argumento fue empleado al menos una vez, durante la campaña electoral de 1990, Álvaro Vargas Llosa lo menciona en “El diablo en campaña”:

Estas palabras me sirvieron para asumir que dicho pasaporte existía. El cónsul señaló el trámite a seguir: el Jurado Nacional de Elecciones tendría que oficiar

Diversos medios de comunicación peruanos afirmaron la semana pasada que Fujimori podría haber nacido en Japón o durante el viaje en barco que le llevó del archipiélago japonés hasta Lima, lo cual le inhabilitaría para ocupar la presidencia del Gobierno.

El Gobierno japonés, por su parte, ha declinado hacer comentario alguno sobre esta polémica al considerarlo "un asunto interno" peruano.

La República, Sábado, 2 de Agosto de 1997

¿Dónde nació Fujimori y cuándo? En Kawachi las autoridades negaron a la agencia EFE acceso al koseki familiar y en Lima el Consulado del Japón indicó a France Press que no tenía cómo mostrar la ficha de inscripción de 1938 (¿o de 1937 y quizás de 1934?) del entonces pequeño Alberto.

Caretas 1477

³⁷² SALMON, Jean. Droit de Gens, pág. 630

*una solicitud a la Oficina de Relaciones Exteriores en Tokio. Esta barrera desanimó al Fredemo a seguir en el asunto.*³⁷³

Si bien ese argumento podía ser válido en aquella época, dejó de serlo a partir de abril del 92 cuando, luego del cierre del parlamento, el ejecutivo encabezado por Fujimori copó con sus propios elementos todas las instituciones nacionales, convirtiendo en pura teoría la división de los poderes del Estado. De que esta situación era pública y notoria y conocida en el ámbito internacional, no deja dudas la siguiente cita extraída de un informe del Parlamento Europeo

2. La presidencia de Fujimori

*Su enfrentamiento constante con el terrorismo, el tráfico de drogas y la corrupción proporcionó al Presidente Fujimori la coartada que necesitaba para disolver el Congreso dos años después de su elección, en abril de 1992. Tras imponerse al poder legislativo, el Presidente del Perú sometió al poder judicial. Aislado de la comunidad internacional, Fujimori convocó una Asamblea Constitucional y elaboró una Constitución acorde con sus ambiciones políticas. En abril de 1995, el Presidente Fujimori fue reelegido con un 64% de los votos y su partido, Cambio 90/Nueva Mayoría, se hizo con la mayoría en el Congreso. Para asegurarse un tercer mandato, Fujimori no dudó en realizar una interpretación indebida de la Constitución. De este modo, se hizo con el control absoluto de la vida política peruana, al tiempo que los partidos tradicionales perdían su influencia social. En 1997, Fujimori también se hizo con el control de los medios de comunicación (el caso Ivcher). Además, el ejército se convirtió en un aliado fiel a su política*³⁷⁴.

Así como tampoco deja dudas el Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000, de cuyo resumen extraemos el siguiente párrafo³⁷⁵.

Tras ocho años de intervención ejecutiva en el Poder Judicial, sin garantías de inamovilidad, más del 80% de los jueces y fiscales del país revisten status "provisional", lo cual conspira gravemente contra la independencia y autonomía del Poder Judicial frente al poder político. A esto se suma la desarticulación del Tribunal Constitucional y otras instituciones de la judicatura, lo cual ha tenido como consecuencia que no exista actualmente en el Perú un control institucional de los actos de gobierno. El proceso de reforma ha permitido la subordinación del Poder Judicial al poder político afectando el equilibrio de poderes que caracteriza a los Estados democráticos.

³⁷³ El párrafo ha sido extraído del artículo "Afinando la pregunta: ¿Cuándo nació?" Caretas 1476, 31/08/1997

³⁷⁴ PARLAMENTO EUROPEO, DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS

División de Asuntos Internacionales y Constitucionales

PN/JF/ir/rf/IV/WIP/2002/05/0113 y 0115

NOTA

SOBRE LA SITUACIÓN POLÍTICA Y ECONÓMICA
EN EL PERÚ Y SOBRE SUS RELACIONES
CON LA UNIÓN EUROPEA

Luxemburgo, 12 de junio de 2002

NT\471908ES.doc

PÁG., 4

³⁷⁵ Ver en <http://www.cidh.org./countryrep/Peru2000sp/indice.htm>

En lo que respecta al Jurado Nacional de Elecciones o los organismos que tomaron la posta luego del cambio constitucional, es ampliamente conocida la manera como fue sometido a los dictados del ejecutivo como para que nos detengamos aquí a pormenorizar los detalles, la notoriedad de los escándalos dentro de ese organismo, muchos de cuyos dirigentes se encuentran actualmente siendo investigados por el Poder Judicial, nos dispensa de dar mayores precisiones.

En esas condiciones, esperar una comunicación formal emanada de alguno de los organismos oficiales del Estado peruano resultaría excesivamente utópico, sería como pedirle al acusado que se ponga la soga al cuello. Si bien es cierto que las relaciones internacionales y en especial las diplomáticas están regidas por la formalidad del protocolo, es igualmente cierto que no se puede acudir a argumentos desrazonables como pretexto.

c) ignorancia

El gobierno del Japón ha argüido, luego de reconocérsela, que ignoraba que Fujimori poseyera la nacionalidad japonesa antes de que este la reclamara. Como veremos adelante³⁷⁶, el Japón no puede esgrimir tal argumento pues se encuentra en contradicción directa con obligaciones libremente contraídas frente al Estado peruano.

Por otro lado, al responder a una interpelación que le fuera presentada por la parlamentaria *Kiyomi Tsujimoto*, el gobierno japonés admite que gracias a los mecanismos de su propia legislación, las autoridades de ese país están en la capacidad de conocer cuales personas tienen doble nacionalidad.

1.-Quisiéramos ser esclarecidos cuál es el alcance de la comprensión del gobierno sobre aquéllos que tienen la nacionalidad japonesa y otra nacionalidad extranjera, es decir, sobre aquéllos que poseen la llamada doble nacionalidad.

I.1.-

*De acuerdo a la Ley de Registros (Año 22 de Showa, Ley No. 224) Art. 49 referente al registro de nacimientos, cada gobierno municipal, luego de recepcionar, y tramitar su registro, debe enviarlo a la dependencia del Ministerio de Justicia correspondiente. Por otro lado, en cuanto al curso a dar respecto al trámite de registro, sobre la base de la ley de nacionalidades (Ley No. 147 del año 25 de Showa) Art. 14, inciso 1, referente a la elección de nacionalidad, en caso, a quien correspondiere hacer la elección y se presume no lo hubiere hecho, en el plazo señalado por la misma ley, los jefes de los gobiernos municipales, deben comunicar a las autoridades del Ministerio de Justicia correspondiente, señalando el nombre de la persona, y el registro del domicilio legal. **Basándose en dicho trámite, el gobierno puede saber quién tiene una u otra nacionalidad además de la japonesa.** [el resalte es nuestro]³⁷⁷*

³⁷⁶ Infra, pág. 140

³⁷⁷ El cuestionario fue preparado con cierta antelación y contaba con la cooperación de las ONG Peace Boat y RESODEP quienes tuvieron a bien inscribir una pregunta nuestra dentro del cuestionario. La respuesta del gobierno japonés que se puede consultar en el anexo (pág. 243) nos fue transmitida por los miembros de RESODEP. Algunos detalles sobre la interpelación pueden ser consultados en: http://membros.lycos.fr/asocamerlat/urgencia_de_la_verdad_en_la_hist.htm

La verosimilitud de esta “*representación*” es tanto mas cierta cuanto el artículo 16 de la ley japonesa sobre la nacionalidad establece en su numeral segundo que incluso aquellos japoneses que hayan optado por esa nacionalidad pero que aceptaran algún cargo público en país extranjero para cuyo ejercicio se requiere ser nacional de ese país, podrá perder la nacionalidad japonesa por decisión del Ministro de Justicia.

*2. In the case where a Japanese national who has made the declaration of choice but still possesses a foreign nationality has voluntarily taken public office in the foreign country (excluding an office which a person not having the nationality of such country is able to take), the Minister of Justice may declare that he or she shall lose Japanese nationality if the Minister finds that taking such public office would substantially contradict his or her choice of Japanese nationality.*³⁷⁸

Cierto, de la lectura del artículo, y como lo señalan Dominique Wang³⁷⁹ e Hisokawa Kiyoshi³⁸⁰, se deduce que esa es una potestad del Ministro de Justicia y no una obligación. Sin embargo no se entiende cual pueda ser la utilidad práctica de esta norma si, como es el caso actual, no se considera incompatible con la nacionalidad japonesa el ejercicio del cargo de Jefe de Estado de un país extranjero, máxime cuando este es al mismo tiempo el Comandante Supremo de las FFAA de dicho país, cosa que no ignoraba el Japón³⁸¹, a menos que la legislación, la costumbre o la jurisprudencia japonesas ignoren por completo el principio de la *igualdad soberana de los Estados* y así el Ministro de Justicia de ese país sea libre de considerar, por ejemplo, que desempeño de la función de portero del Pentágono por parte de

³⁷⁸ Ver en : <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/CIAB/law01.html>

³⁷⁹ « *El Ministro de Justicia puede decidir de pronunciar la caducidad de la nacionalidad japonesa contra un individuo que, habiendo optado por esta, no ha repudiado su nacionalidad extranjera y que ha aceptado asumir alguna función pública de ese país extranjero, bien que [sin tener en cuenta que] el ejercicio de esa función sea sustancialmente contrario a la opción por la nacionalidad japonesa (excepción hecha de toda profesión que puede ser ejercida por una persona que no tenga la nacionalidad de ese país)*”. Dominique T. C. Wang, a propos de la nouvelle loi japonaise sur la nationalité, *JDI*, vol 119, 1992 – I pág. 67

³⁸⁰ “...entry into foreign civil or military service by a Japanese national who also has a foreign nationality may, under very special circumstances, be the ground for a decision of the Minister of Justice to deprive a person of Japanese nationality.”

...

“These provisions are designed to complement the system of mandatory choice of nationality by imposing sanctions on dual nationals who violate their declarations of choice of Japanese nationality.” (H. Kiyoshi, Loc. cit., págs. 205 y 210)

³⁸¹ En conferencia de prensa del portavoz del ministerio de RREE del Japón, preguntado sobre la existencia de una notificación previa del Gobierno peruano a su homólogo japonés a propósito de la operación Chavín de Huantar, el referido funcionario expresaba.

Spokesman Hashimoto: President Fujimori repeatedly told us and the public that the Peruvian Government would not take military action so long as the MRTA would not injure the hostages. In general, we expected that if that happened and President Fujimori had to decide to take actions, he would notify Prime Minister Hashimoto of these actions. As Prime Minister Hashimoto said, we regretted that this was not done, but at the same time, we understand the situation. As Prime Minister Hashimoto said in the press conference today, we understand the difficult situation, and President Fujimori, as supreme commander, had decided to take advantage of this opportunity. We are very grateful that this incident is over. Unfortunately, three people were killed.

Conferencia 23/04/97 <http://www.mofa.go.jp/announce/press/1997/4/423.html#1>

un ciudadano japonés sea incompatible con la posesión de esa nacionalidad pero el ejercicio del cargo de Jefe de Estado de un país sudamericano no lo sea³⁸².

Que un silencio prolongado pueda acarrear una situación de estoppel es algo que la CIJ ha puesto fuera de toda duda en el caso de la Electrónica Sicula, bien que en la especie la alegación de estoppel no haya sido retenida:

Si bien no se puede excluir que un estoppel pueda, en ciertas circunstancias, desprenderse de un silencio cuando hubiera debido decirse algo, resulta evidente que es muy difícil deducir la existencia de un estoppel por el simple hecho de no haber mencionado una cuestión particular en el curso de unos intercambios diplomáticos bastante intermitentes³⁸³.

Por otro lado, cabe preguntarse si este prolongado silencio no constituye por sí sólo y fuera de toda figura de estoppel, un caso de consentimiento que conlleva, de la parte del Japón, una obligación de no contestar los hechos y de la parte peruana, un derecho nacido de ese consentimiento. “*El silencio ha sido considerado por muchos como una manifestación de voluntad reactiva, ante una situación o pretensión de otro sujeto de derecho internacional*”³⁸⁴ en efecto así lo ha considerado la Corte en el caso de las Pesquerías:

La Corte constata que en relación a una situación que no podía dejar de reforzarse de año en año, el Gobierno del Reino Unido se ha abstenido de formular reservas.

*La notoriedad de los hechos, la tolerancia general de la comunidad internacional, la posición de la Gran Bretaña en la Mar del Norte, su interés propio en la cuestión, su abstención prolongada, permitirían en todo caso a Noruega de oponer su sistema al Reino Unido.*³⁸⁵

Y en el caso del Templo de Préah Vihéar

*Es claro que la naturaleza de las circunstancias reclamaba una reacción de las autoridades siamesas dentro de un plazo razonable en caso de que hubieran querido contestar el mapa o hubieran tenido serias preguntas que plantear a ese sujeto. Sin embargo, las autoridades no reaccionaron ni en aquella época ni durante muchos años y por lo tanto debemos concluir que han consentido. Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset.*³⁸⁶

Así lo entiende igualmente la CDI, en cuyo primer informe sobre los actos unilaterales del estado podemos leer lo siguiente

³⁸² Así por ejemplo, Nosawa Takematsu, en su estudio sobre la constitución japonesa de 1889 señalaba que se presumía que habían adquirido una nacionalidad extranjera – y por lo tanto perdido la japonesa – quienes se enrolan en un ejército extranjero o que aceptan una función pública de un Estado extranjero sin haber obtenido autorización del gobierno japonés. NOSAWA TAKEMATSU, « Etude sur la constitution du Japon », pág. 115, citado en *JDIP* 1896, pág. 232

³⁸³ *Electronica Sicula S. pag.. A. (ELSI)*, arrêt, CIJ Recueil 1989, pág. 44

³⁸⁴ CDI, Quinto informe, loc cit, pág. 18

³⁸⁵ *Affaire des pêcheries*, Arrêt du 18 décembre 1951 CIJ Recueil 1951, pág 139

³⁸⁶ *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, Arrêt du 15 juin 1962 CIJ Recueil, pág. 23

*El Estado puede, por su inacción, adquirir derechos y contraer obligaciones. En particular puede, por su silencio - que para ciertos autores no es un acto jurídico propiamente dicho sino más bien una forma de manifestación de voluntad – adquirir derechos y contraer obligaciones en determinados casos... El simple comportamiento de un Estado, e incluso, dentro de determinadas circunstancias, su silencio, puede significar su voluntad de reconocer como legítimo un cierto estado de cosas.*³⁸⁷

3.1.2.2. El Perú ha sido inducido a actuar o abstenerse de actuar

Sin el silencio del Japón sobre la pretendida nacionalidad nipona de Fujimori, su gobierno no hubiera sido viable.

En efecto, el ejercicio de los altos cargos políticos en el Perú es incompatible con la posesión de toda otra nacionalidad que la peruana³⁸⁸. Nuestras primeras constituciones, siguiendo a un sector de la doctrina y la práctica internacional dominante en la época, hacían un distingo entre las categorías de “nacional” y “ciudadano”³⁸⁹. Nacionales, es decir peruanos, eran todos aquellos individuos nacidos dentro del territorio de la República y los nacidos en el extranjero de padres peruanos³⁹⁰. En cambio, para ser ciudadano se requería llenar una serie de requisitos adicionales³⁹¹, ser varón, mayor de edad o casado, saber leer y escribir, poseer alguna renta, empleo u oficio o pagar algún tributo al fisco.

Sólo la ciudadanía abría las puertas al ejercicio de los altos cargos públicos.

Constitución 1823

ARTICULO 22º.- Solo la ciudadanía abre la puerta a los empleos, cargos o destinos de la República, y da el derecho de elección en los casos prefijados por la ley. Esta disposición no obsta para que los peruanos que aun no hayan comenzado a ejercer la ciudadanía, puedan ser admitidos a los empleos, que por otra parte no exijan edad legal.

1826

Art. 17º.- Solo los que sean ciudadanos en ejercicio, pueden obtener empleos y cargos públicos.

1856

³⁸⁷ Commission de droit international, Premier rapport sur les actes unilatéraux des Etats, doc. A/CN.4/486, pág. 11, par. 49 (en francés en el original)

³⁸⁸ ZEBALLOS, E-S, *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain*, Recueil Sirey, Paris, 1914, vol I pág. 671. Quizás haya que exceptuar de este principio a los peruanos por nacimiento que poseen alguna otra nacionalidad latinoamericana o la española.

³⁸⁹ Excepto quizás las constituciones de 1828 y 1834.

³⁹⁰ Constitución de 1823, art 10. 2; Constitución de 1826, art. 11.2; Constitución de 1828 art. 4.2; Constitución de 1834 art 3.2; Constitución de 1839 art. 5.2,3; Constitución de 1856, art 33.2; Constitución de 1860, art. 34.2; Constitución de 1867, art.33.2 Constitución de 1919, art 59.2; Constitución de 1933, art 4; Constitución de 1979, art 89; Constitución de 1993, art 52.

³⁹¹ Estos requisitos se fueron eliminando progresivamente, actualmente sólo se requiere haber alcanzado la mayoría de edad para ejercer los derechos políticos que derivan de la ciudadanía, por lo cual el distingo entre nacional y ciudadano ha desaparecido en la práctica.

Art. 38º.- Todos los ciudadanos pueden optar empleos públicos, siempre que reúnan las cualidades especiales que la ley exija para cada cargo.

1860

Artículo 39.- Todo ciudadano puede obtener cualquier cargo público, con tal que reúna las calidades que exige la ley.

1867

Art. 40o.-Todo ciudadano puede obtener cualquier cargo publico con tal que reúna las calidades que exija la ley.

Y la ciudadanía era incompatible con la posesión de toda otra nacionalidad o ciudadanía.

1823

ARTICULO 25º.- Se pierde el derecho de ciudadanía únicamente:

1.- Por naturalizarse en tierra de Gobierno extranjero.

1826

Art. 19º.- El derecho de ciudadanía se pierde.:

2.- Por naturalizarse en país extranjero.

1828

Art. 5º.- El ejercicio de los derechos de ciudadanía se pierde:

2.- Por aceptar empleos, títulos, o cualquiera gracia de otra Nación, sin permiso del Congreso.

1834

Art. 5º.- El ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía se pierde:

2. Por aceptar empleos, títulos o cualquiera gracia de otra Nación, sin permiso especial del Congreso.

1839

Art. 10º.- El derecho de la ciudadanía se pierde:

2ª.- Por naturalización en otro Estado.

3º.- Por aceptar empleos, títulos o cualquiera gracia de otra Nación, sin permiso especial del Congreso.

1856

Art. 40º.- El derecho de ciudadanía se pierde:

3º.- Por obtener o ejercer la ciudadanía en otro Estado.

1860

Artículo 41.- El derecho de ciudadanía se pierde:

3. Por obtener o ejercer la ciudadanía en otro Estado.

4. Por aceptar de un gobierno extranjero cualquier empleo, título o condecoración, son permiso del Congreso.

1867

Art.42o.-El derecho de ciudadanía se pierde:

- 3o.- *Por obtener o ejercer el derecho de ciudadanía en un Estado monárquico.*
 4o.- *Por aceptar de Gobierno extranjero cualquier empleo, o condecoración sin permiso del Congreso.*

1919

Art. 64º.- El derecho de ciudadanía se pierde por naturalizarse en otro país, pudiendo recobrase por reinscripción en el Registro Cívico siempre que se esté domiciliado en la República.

Así por ejemplo, en 1889 el Congreso, en atribución de sus funciones, rehabilitaba en su calidad de ciudadano a un individuo que la había perdido por haberse inscrito en un registro cívico extranjero³⁹²:

Lima, Octubre 24 de 1889.

Excmo. Señor:

El congreso, en vista do la solicitud de D. Francisco de P. Loayza, y en ejercicio de la atribución 18^a que le confiere el artículo 59 de la Constitución de la República, ha tenido á bien rehabilitar al referido Loayza en el carácter de ciudadano peruano, que perdió á causa de haberse inscrito en un registro cívico extranjero.

Lo comunicamos a V. E. para su inteligencia y demás fines.

Dios guarde á V. E.

Francisco Rosas, Presidente del Senado.

Mariano Nicolas Valcárcel, Presidente de la Cámara de Diputados.

Manuel V. Morote, Senador Secretario

Antolín Robles, Diputado Secretario.

Al Excmo. Señor Presidente de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima á los veintiocho días del mes de Octubre de mil ochocientos ochenta y nueve.-Rubrica de S. E.-*Solar*.

Si bien la tenencia de una doble nacionalidad era permitida, ella cerraba definitivamente las puertas al ejercicio de la ciudadanía peruana, y por ende, a la posibilidad de ocupar altos cargos públicos.

La Constitución de 1933 acabo con esta dualidad, con ella la nacionalidad peruana deviene entonces incompatible con la posesión de toda otra nacionalidad.

Artículo 7.- La nacionalidad peruana se pierde: 1º Por entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera, sin permiso del Congreso, o por aceptar empleo de otro Estado, que lleve anexo el ejercicio de autoridad o jurisdicción; y 2º Por adquirir nacionalidad extranjera

³⁹² Ver en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Imagenes/LeyesXIX/1889044.pdf>

La Constitución de 1979 mantuvo esta incompatibilidad de la nacionalidad peruana con la posesión de alguna otra, excepción hecha de las correspondientes a los países de América Latina y a la de España³⁹³

En materia de otorgamiento de nacionalidad, como hemos visto líneas arriba, el sistema que siempre ha imperado en el Perú es el de *jus solis*, con una única concesión al *jus sanguinis* a favor de los nacidos en el extranjero de padres peruanos.

Sin duda a causa de esta derogación o concesión al *jus sanguinis*, algunos juristas peruanos del siglo XIX se planteaban la pregunta sobre la condición de los nacidos en territorio peruano de padres extranjeros. Toribio Pacheco los consideraba como “reputados extranjeros”³⁹⁴, mientras que para Cipriano Zegarra se trataba de “peruanos de hecho”³⁹⁵. En la práctica lo que parece haber primado es una aplicación inversa y recíproca de la concesión al *jus sanguinis* a favor de los nacidos en Perú de padres extranjeros. Así lo constatan, en nota editorial, Richard Flournoy y Manley Hudson en el capítulo dedicado al Perú en su compilación de leyes de la nacionalidad³⁹⁶:

According to the practice of the Peruvian Government, children born to foreigners while in Peru could acquire nationality jure sanguinis provided their names had been registered at the consulate of the country of their parents.

Tratando sobre este tema, Alberto Ulloa anotaba³⁹⁷:

En principio, el lugar de nacimiento determina la nacionalidad, mientras no intervengan una imposición de la ley o una decisión personal que la señalen o escojan. De manera que la regla general de la nacionalidad nativa sólo rige sin disputa mientras el individuo no se encuentre arrastrado por la ley de sus padres o haga uso de su derecho de optar por otra.

Refiriéndose más específicamente a la condición de los doble-nacionales por nacimiento según la práctica peruana, afirmaba³⁹⁸:

Respecto de estos individuos rige en la práctica, si no ha mediado inscripción formal, la jurisdicción de su patria de nacimiento, salvo que se pusieran materialmente en los límites jurisdiccionales de su patria de filiación

De la existencia y aplicación de dicha práctica, no deja lugar a dudas el artículo 35 de la Ley 1569 del Servicio Militar Obligatorio del 20 de junio de 1911:

Artículo 35, los hijos de padre o madre extranjeros nacidos en el Perú y que, al cumplir 20 años, no comprobasen ante el jefe provincial respectivo, con certificado de la legación o consulado correspondiente, haber optado por la

³⁹³ Artículos 92 y 94

³⁹⁴ Toribio Pacheco, Tratado de Derecho Civil, 2a edición, 1872, vol. I, pág. 116. Citado por P. PRADIER-FODERE, « De la condition légale des étrangers au Pérou, *JDIP*, 1878, pág. 345

³⁹⁵ Cipriano Zegarra, La condición jurídica de los extranjeros en el Perú, pág. 78. Citado por PRADIER-FODERÉ, loc. cit.

³⁹⁶ *A collection of nationality laws as contained in constitutions, statutes and treaties*, Richard W. Flournoy y Manley O. Hudson editors, Nueva York, 1929, pág. 477

³⁹⁷ ULLOA, Alberto. *Derecho Internacional Público*, T. I, pág. 432

³⁹⁸ *Ibid*, pág. 433

nacionalidad de alguno de sus padres, serán inscritos como peruanos en el registro de conscripción de la clase del año en que hubiesen cumplido dicha edad.

Por este artículo se establecía la presunción de poseer la nacionalidad peruana, a falta de prueba en contrario, para los nacidos en territorio peruano de padres extranjeros. Un Decreto Supremo del 23 de Enero de 1942³⁹⁹ impuso ciertas formalidades para el recobrar la nacionalidad peruana para aquellas personas que la habían perdido en virtud del artículo sétimo de la Constitución y establecía que como consecuencia de ello, su nueva situación debía ser notificada para los efectos del artículo citado. Sin embargo, dicha presunción fue suprimida por Decreto Supremo del 11 de Julio de 1942⁴⁰⁰ el cual deroga la norma citada⁴⁰¹. El artículo segundo del referido decreto estipulaba que el registro en una legación extranjera de una persona nacida en el Perú no podría considerarse como evidencia de posesión de la nacionalidad peruana y el artículo cuarto establecía las pautas a seguir para que se les reconozca la calidad de peruanos.

En los últimos años, de ser un país a inmigración, el Perú ha pasado a convertirse en uno a emigración. Acorde con estos cambios, la constitución de 1993 estableció que la nacionalidad peruana sólo se pierde por renuncia expresa⁴⁰², de este modo, los peruanos que se encuentran en el extranjero y que, por esa circunstancia, se ven compelidos a adquirir la nacionalidad del país en que residen para facilitar su integración en la sociedad que los acoge, no pierden la peruana a menos que manifiesten su voluntad de renunciar a ella. Es así que la constitución admite el ejercicio de una doble nacionalidad.

Esto no obstante, nada permite afirmar que con dicha modificación se haya abandonado en modo alguno la invariable tradición constitucional de reservar a los solos peruanos por nacimiento la capacidad de ejercer los altos cargos públicos que permiten una participación principal y directa en la dirección del Estado o que confieren algún poder político.

En efecto, la Ley de Nacionalidad⁴⁰³ que regula la materia según el mandato constitucional, al tratar el tema de la doble nacionalidad en su capítulo cuarto se ocupa únicamente de los casos de doble nacionalidad que se producen por la adquisición, mediante naturalización, de alguna otra nacionalidad y no menciona para nada los casos de doble nacionalidad adquirida por nacimiento. Es dentro de este esquema que el artículo onceavo establece que los peruanos por nacimiento que gozan de doble nacionalidad no pierden sus derechos políticos, mientras que el mismo artículo deniega a los extranjeros naturalizados peruanos los derechos privativos de los peruanos por nacimiento. En ese sentido, cuando la ley se refiere a los peruanos por nacimiento que gozan de doble nacionalidad, sólo podemos entender por ellos a quienes han adquirido otra nacionalidad posteriormente pues la norma sólo se refiere a estos casos de doble nacionalidad y a ningún otro más⁴⁰⁴.

Ciertamente podría aparecer como contradictorio que se niegue a los individuos que por su nacimiento poseen dos nacionalidades y que en muchos casos no han dejado de residir de

³⁹⁹ United Nations Legislative Series, Laws concerning nationality, New York, 1954, págs. 377-378

⁴⁰⁰ Ibid

⁴⁰¹ Art. 6° Quedan derogadas todas las disposiciones de leyes y decretos que se opongan al presente, y especialmente el artículo 35 de la Ley N° 1569

⁴⁰² Artículo 53

⁴⁰³ Ley N° 26574

⁴⁰⁴ Artículos 9° y 11°

manera permanente dentro del territorio los mismos derechos que se reconocen a quienes han adquirido otra nacionalidad, para lo cual la mayoría de las legislaciones exigen una residencia prolongada dentro del territorio del Estado que la otorga. La contradicción es sólo aparente, en efecto, al negárseles a los extranjeros naturalizados peruanos los derechos privativos de los peruanos por nacimiento, se está reconociendo que, más allá de los derechos civiles comunes a los que da acceso una carta de naturalización, existen otros cuyo ejercicio requiere de la parte del individuo que los ostenta, una serie de condiciones relacionadas con las lealtades que ese individuo debe mantener respecto al Estado que los otorga para poder ejercerlos y el legislador ha considerado que esas lealtades y condiciones sólo se garantizan mediante la asimilación de la cultura de lo nacional que sólo se adquiere por el nacimiento en el suelo patrio o por la herencia cultural que dejan los padres cuando se hallan en el extranjero.

Ahora bien, ¿no existen acaso estas mismas lealtades en los hijos de padres extranjeros para con la patria de sus ancestros? Si el legislador peruano infiere que estas pueden ser transmitidas por los padres a sus hijos nacidos en el extranjero y así lo ha hecho desde que nuestra país nació a la vida independiente, ¿no se produce entonces la misma situación en el caso de extranjeros cuyos hijos nacen en nuestro territorio? A esta dualidad de lealtades viene aparejada forzosamente una dualidad de derechos y obligaciones incompatibles y recíprocamente contradictorias como lo señalara Alberto Ulloa⁴⁰⁵.

En todo caso ante vacío de la ley, debe primar una interpretación que sea acorde con nuestra tradición constitucional. Como hemos podido apreciar, solo las constituciones del 33 y 79 prohibían la doble nacionalidad, en ese sentido, la constitución del 93 no introduce ninguna novedad pues todas las constituciones anteriores reconocen expresa o tácitamente la doble nacionalidad pero esta siempre ha sido incompatible con la facultad de poder ocupar altos cargos públicos.

Por lo tanto, sin el silencio del Japón, Fujimori no hubiera podido ocupar el cargo de Jefe de Estado, o en todo caso se hubiera requerido de la decisión del órgano competente.

3.1.2.3. Perjuicio

El perjuicio sufrido por el Perú resulta evidente, si se hubiera conocido que el Japón consideraba a Fujimori como uno de sus ciudadanos, a quien en cualquier momento podía extender el manto de su protección como lo viene haciendo actualmente, nunca hubiera permitido dejarle ejercer la más alta magistratura del Estado

3.1.2.4. Japón ha revertido su posición inicial

Del silencio guardado herméticamente durante diez años, el gobierno del Japón ha pasado a tomar una actitud radicalmente opuesta. Si durante los años noventa, funcionarios y diplomáticos se negaban agriamente a responder cualquier pregunta de la prensa sobre la nacionalidad de Fujimori, hoy basta que aparezca un titular en algún diario limeño para que alguna autoridad o vocero del gobierno japonés salga con algún tipo de replica.

⁴⁰⁵ ULLOA, Derecho Internacional, op cit, pág. 433

El gobierno del Japón “reconoció” la nacionalidad nipona de Fujimori en diciembre del 2000, sólo unas emanas después de que este la reclamara, revirtiendo de esta manera la posición observada durante toda una década.

3.1.3. La Jurisprudencia

En la jurisprudencia internacional encontramos un caso de aplicación del estoppel que guarda asombrosas coincidencias con el que nos ocupa. Se trata del caso Corvaia⁴⁰⁶ que oponía a Italia y Venezuela a propósito de un ciudadano nacido en el Reino de Las Dos Sicilias y que había ocupado altos cargos diplomáticos en representación de Venezuela, la sentencia resulta ilustrativa a más de un título.

Fortunato Corvaia nació en Calascivetta, Sicilia en 1820. Su padre, Giuseppe José Corvaia pertenecía a una vieja familia de la aristocracia del Reino de las Dos Sicilias y había sido confinado al exilio acusado de complotar contra la monarquía. A los 18 años, Fortunato parte hacia Venezuela por razones de salud, dejando a su familia diseminada entre las principales capitales europeas. En Venezuela, Fortunato contrae matrimonio y sus negocios prosperan. Entre 1850 y 1851, Corvaia es el representante del Gobierno venezolano en los Estados Unidos. Entre 1853 y 1856 fue encargado de arreglar del mejor modo posible las cuestiones de la deuda pública pendientes entre Venezuela e Inglaterra. En 1856 fue designado como agente diplomático en Europa y en 1857, a sugerencia suya, fue nombrado ministro plenipotenciario de Venezuela ante varias cortes europeas, cargo que desempeñó por lo menos hasta 1859. En 1862 Corvaia vuelve a Venezuela en interviene en diferentes negocios relacionados con el Gobierno de ese país y finalmente fallece en 1886 en Maiquetía, Venezuela.

Teniendo en cuenta estos hechos, el súper árbitro Ralston se pregunta hasta que punto puede ser sostenida la nacionalidad italiana de Corvaia dentro de un arbitraje internacional en el que se reclama al Gobierno de Venezuela por daños sufridos.

Corvaia era siciliano por nacimiento y tras la reunificación italiana adquirió esa nacionalidad. El Código Civil de las Dos Sicilias contenía una disposición legal parecida al artículo 16 de la ley japonesa de nacionalidad ya comentado. El referido artículo decía lo siguiente (sec. 1, art. 20)⁴⁰⁷:

La cualidad de nacional se pierde :

*2- Por aceptación, no autorizada por el Gobierno, de un empleo público conferido por un Gobierno extranjero.*⁴⁰⁸

El Código Civil italiano contenía una disposición similar que fue posteriormente suprimida en época ulterior a los hechos.

Al pasar en revista los hechos, el superarbitro Ralston constata que Corvaia había entrado en el servicio diplomático venezolano desde 1850 cuando fue enviado a los Estados Unidos, que

⁴⁰⁶ RSA vol X, págs. 609-635

⁴⁰⁷ Ibid, pág. 630

⁴⁰⁸ La qualità di nazionali si perde:

2- Per l'accettazione non autorizzata dal Governo di pubblici impieghi conferiti da un Governo straniero.

luego había sido enviado como plenipotenciario ante el Emperador de Francia, en cuyas credenciales podía leerse que se le daba:

“entire credit to the words of the envoy, whether spoken or written, as the organ of the Government of Venezuela”

El árbitro considera igualmente que dentro de los documentos de Corvaia se encontraba el borrador de una proposición de tratado de comercio a llevarse a cabo entre Venezuela y las Dos Sicilias que presumiblemente habría sido redactado por Corvaia *“en tanto que representante de un nación otra que aquella de su nacimiento”*. Así mismo, el árbitro repara que en 1862 se opera un intercambio de notas entre Corvaia y el embajador de Italia en París a propósito de un préstamo que Corvaia deseaba ver garantizado por Italia a favor de Venezuela.

Pasando en revista la doctrina y la legislación comparada de la época, el árbitro encuentra que según la ley francesa, *“la aceptación de cualquier función pública, administrativa o judicial implica la pérdida de la ciudadanía”* y que según Folleville en su tratado sobre *“La Naturalization”*, un francés no puede aceptar funciones diplomáticas sin perder su ciudadanía pero en cambio puede aceptar la posición de cónsul en tanto que esta no es una *“fonction diplomatique”*⁴⁰⁹ y que no *“representan [los cónsules] al poder ejecutivo del país extranjero”*

Citando al mismo autor, el árbitro dice que:

El juez debe buscar de que naturaleza, política o no, es el nexo de subordinación que une a un francés al gobierno extranjero”

El árbitro destaca igualmente que otros juristas, en cuyas legislaciones no existe norma análoga a la comentada, han llegado sin embargo a las mismas conclusiones que la ley de las Dos Sicilias y cita un largo párrafo del Honorable George H. Williams en el que se indica como causal de pérdida de la nacionalidad americana el hecho de aceptar un empleo público.

Finalmente el árbitro remarca un punto de suma importancia y que amerita una cita textual⁴¹⁰:

We may believe Venezuela knew, as she might well have known, that when Corvaia entered her diplomatic service he abandoned all right to call himself a Sicilian. The Government might properly have hesitated or refused to receive into one of its most important employments a man who would be recognized by his original government as still attached to its interests.

E inmediatamente concluye:

Italy is, therefore, now estopped to claim Corvaia as her citizen, standing in this respect as did the Two Sicilies, and may no say that her laws are made to be broken and have no binding force when assumed interests dictate their disregard.

Y la acción fue denegada⁴¹¹

⁴⁰⁹ En francés en el original

⁴¹⁰ Ibid, pág. 633

⁴¹¹ El árbitro tuvo en cuenta también otra consideración, que si bien no tendría quizás mayor relevancia en la Corte Internacional, si que la tiene en otros planos. Dice Ralston: *“El superarbitro está dispuesto a creer que un*

La sentencia se ciñe a la concepción restrictiva del estoppel tal y como se la conoce en el derecho anglosajón. Al aceptar a Corvaia como representante diplomático de un gobierno extranjero, el gobierno italiano deja creer al de Venezuela que no lo reclama como ciudadano suyo y el árbitro agrega que Italia no puede sostener que sus propias leyes han sido hechas para violarlas. Idéntica es la situación actual, el Japón ha recibido a Fujimori en múltiples ocasiones y ha pasado acuerdos con él en tanto que Jefe del Estado peruano y tampoco puede alegar que sus leyes han sido hechas para ser violadas. La *representación* no puede ser más clara en ambos casos, en efecto, la aceptación de Fujimori como representante del Estado peruano constituye un reconocimiento o consentimiento de su calidad de ciudadano de tal Estado.

Como lo señala Martin,

...el reconocimiento de un hecho por una de las Partes o su consentimiento pueden acarrear un estoppel en sentido técnico si la Parte que lo invoca llega a demostrar que se le ha formulado una representación clara y no ambigua de las cosas que la han incitado a actuar (o a abstenerse de actuar) de la manera que alega y que como resultado se ha operado... “un cambio en las posiciones relativas de las Partes, empeorando la posición de una o mejorando la de la otra o las dos cosas”⁴¹².

Por otro lado, en el caso Corvaia, nos encontramos frente a la situación de una persona que no ha poseído sino una nacionalidad, nacionalidad que es distinta a la del Estado que ha representado, que esta representación la hecho sólo a título de agente diplomático, que en tanto que tal ha llevado a cabo negociaciones con el Estado de su única nacionalidad, negociaciones que presumiblemente no alcanzaron concretización alguna. Y sin embargo, el Estado cuya única nacionalidad poseyó se encuentra estopped de esgrimir esa nacionalidad frente al Estado del cual la persona fue representante.

Si esto es así, cuanto más no será en el caso de una persona que posee la nacionalidad del Estado que, más que representar, personificó en el plano internacional; que en virtud de tal personificación, no sólo negoció, sino que concluyó efectivamente acuerdos con el Estado que hoy día lo protege como ciudadano suyo.

La sola conclusión a la que podemos llegar entonces es la de que ante cualquier tribunal internacional, el Japón se encontraría estopped de esgrimir la pretendida nacionalidad nipona de Fujimori como pretexto para no extraditarlo.

hombre que acepta, sin permiso expreso de su propio gobierno y en contra de las inhibiciones positivas de sus leyes, un empleo público y confidencial de otra nación, se encuentra él mismo estopped de revertir su condición previa en perjuicio del país cuyos intereses ha adoptado.”

⁴¹² MARTIN, Antoine. *L'Estoppel en droit international public*, PARIS V. Editions A. PEDONE 1979, pág. 203

3.2. Con respecto al principio de la Nacionalidad Efectiva y de la doble nacionalidad

3.2.1. Vis-à-vis de la comunidad internacional

« En el mundo existe este tipo de derecho internacional. Pero para nosotros, si existe la nacionalidad predominante o no, no importa. Lo que importa es que Fujimori es japonés. Y si él lo es no podemos extraditarlo porque las leyes de nuestro país lo prohíben.»

De este modo se expresaba, en una conferencia de prensa⁴¹³, el director de la Primera División de Latinoamérica y el Caribe del Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón, **Noriteru Fukushima** en relación a la nacionalidad del expresidente Fujimori. Sin embargo, la posición de un Estado frente a una cuestión de derecho internacional, ciertamente no está determinada por las declaraciones que, dentro de una determinada coyuntura política, algún alto funcionario pudiera emitir, menos aun cuando dicha declaración contradice las posiciones adoptadas con anterioridad por ese mismo Estado sobre ese mismo punto del derecho.

La vida del Japón al interior de la comunidad de naciones, si bien llena de vicisitudes, es relativamente corta, sobre todo si la comparamos con las potencias que ocupan su mismo rango en el mundo actual.

A mediados del siglo XIX, la “visita” del Comodoro Perry, al mando de una impresionante flota de la armada americana ponía fin a dos siglos de *sakoku*⁴¹⁴ o aislamiento del entorno internacional al que la política del shogunato había confinado al archipiélago.

A partir de entonces, a la par que realizaba esfuerzos por asimilar los avances del mundo occidental que lo han llevado a la posición que hoy día ocupa, el Japón se integraba igualmente a la vida en comunidad de naciones, adoptando lo que en Occidente se conocía como el *Derecho de Gentes*.

El profesor **Tsuruji Kotani** distingue cuatro periodos o etapas en la política internacional del Japón y su consiguiente interrelación con la comunidad y el derecho internacionales luego de su apertura⁴¹⁵. Una primera etapa habría estado caracterizada por los esfuerzos de asimilación y comprensión⁴¹⁶ de la cultura occidental y el derecho internacional fundado en base a esta cultura, con el objetivo de lograr un estatus de igualdad frente a las grandes potencias⁴¹⁷. El ansiado estatus de igualdad sería adquirido luego de dos guerras victoriosas frente China y el Imperio Ruso sucesivamente, ambos eventos junto con la consecución de la revisión de los

⁴¹³ El Comercio, 30/04/2001 ; Caretas 1668, 03/05/2001

⁴¹⁴ HISASHI OWADA. “Japan and the international community”, in *Japan and International Law, Past, Present and Future*, editado por Nisuke Ando, pág. 348-349

⁴¹⁵ TSURUJI KOTANI, “Le Japon et le droit international”, *RGDIP*, 1960, pág. 7-21

⁴¹⁶ HISASHI OWASA (op cit, pág. 356) habla de periodo de “exposición y absorción”

⁴¹⁷ Dentro de esta primera etapa se sitúa el *affaire* del María Luz, del cual el Japón saldría victorioso y que constituye al mismo tiempo la primera intervención del Japón como parte en un arbitraje internacional, ver supra, nota 161 en pág. 45

tratados llamados “*inequitables*”⁴¹⁸ cerrarían esta primera etapa para dar paso a una segunda de activa cooperación internacional, de adherencia y aplicación del derecho internacional asimilado durante el periodo precedente. Así, el Japón participa activamente en las diferentes Conferencias de La Haya, ratifica diversos acuerdos multilaterales y bilaterales, concluye tratados de arbitraje, inaugurando incluso la recientemente creada Corte Permanente de Arbitraje con el caso de la Yokohama House Tax - que le sería adverso - y juega un rol destacado al seno de Sociedad de Naciones. El tercer periodo estaría marcado por el repudio del derecho de gentes y el alejamiento de toda forma de cooperación internacional, **Owada** señala como una de las causas lejanas de esta nueva actitud, la decepción japonesa por el fracaso sufrido en el arbitraje ante la Corte Permanente en cuya sentencia tenían cifradas esperanzas y que finalmente fue vista como la muestra patente de que el Occidente no tenía real interés en tratar al Japón en pie de igualdad. Esta sentencia adversa habría traído a la memoria la famosa frase de **Fukuzawa Yukichi**, uno de los más ilustrados pensadores de la época de la apertura y que se había opuesto precisamente a la adopción del derecho internacional afirmando que “cientos de volúmenes de derecho internacional público no igualan al poder de un simple cañón”. Sea cual fuere su origen, lo cierto es que esta nueva etapa se inicia con la aventura japonesa del Manchukuo (1931-1932) y su retiro de la Sociedad de Naciones en vista de la reprobación general que la invasión del territorio chino ocasionara. Ganada por la teoría alemana del “*espacio vital*”, la política exterior japonesa se mantendría dentro de esta línea de enfrentamiento hasta su derrota en la Segunda Guerra Mundial que marca el inicio de la cuarta etapa marcada sobre todo por la renuncia a la guerra.

3.2.1.1. Población y migración

Como es natural, las políticas exteriores de un Estado vienen, a menudo, determinadas por las variables de la política interna de ese Estado. Uno de los principales problemas del Japón luego de su apertura a la comunidad internacional y su sorprendente desarrollo económico, fue el del alarmante crecimiento de su población.

Durante el último siglo del periodo de aislamiento, la población del Japón se había estabilizado alrededor de los 27 millones de habitantes⁴¹⁹. Hacia 1936, es decir unos 80 años después de la apertura, el Japón había multiplicado su población por 2.5, alcanzando la cifra de 68 millones de habitantes⁴²⁰.

Durante diez años al menos (1926-1936), según **Hindmarsh**⁴²¹, “*la actitud del Japón vis-à-vis del extranjero, estuvo influenciada – si no determinada – por el problema de la súper población y las dificultades resultantes*”⁴²².

⁴¹⁸ Los tratados inequitables o desiguales le habían sido impuestos al Japón por las potencias de la época luego de su apertura forzada y contenían una serie de cláusulas que establecían un sistema de extraterritorialidad, tarifas convencionales fijadas de modo unilateral y la imposición unilateral e incondicional de la cláusula de la nación más favorecida, aspectos todos que el Japón juzgaba abusivos e inequitables y por cuya revisión batalló no menos de dos décadas.

⁴¹⁹ HINDMARSH, Albert-E. “Le Japon et la paix en Asie”, *RCADI*, 57, 1936, pág. 127

⁴²⁰ Ibid, pág. 126. Isabelle Lausent indica las siguientes cifras : 37 millones de habitantes en 1880, 51 millones en 1912, 64 millones en 1930 y 71 millones en 1937. LAUSENT-HERRERA, Isabelle. *Pasado y presente de la comunidad japonesa en el Perú*, Collection Minima, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 1991, pág. 13

⁴²¹ Ibid, pág.. 125. Ver igualmente el Memorandum on Japanese Migration Policies, Institute of Pacific Relations, American Council, vol 1, N° 15, 17/08/1932, pág. 1-4. “In an address of welcome to the new American ambassador to Japan, Joseph C. Grew, Viscount Kikujiro Ishii recently drew attention to the problem of population pressure in his country as the outstanding factor in Japan’s foreign policies”.

De manera general, las respuestas que tanto publicistas como pensadores y políticos formulaban en la época, comprendían al menos tres medidas a tomarse en cuenta: control de natalidad; extensión de la agricultura y profundización del proceso de industrialización y; colonización y emigración⁴²³.

Durante dos siglos las leyes japonesas habían prohibido la emigración, sólo fue en 1885 que el gobierno autorizó formalmente a los japoneses en general de salir hacia el extranjero⁴²⁴. Para 1926 la emigración japonesa se estimaba ya en 330,000 personas, en 1927 esta cifra sobrepasaba los 700,000 emigrados⁴²⁵. Estas cifras, revelan que la emigración no era una respuesta adecuada al problema de sobrepoblación. En efecto, luego de cincuenta años de libre emigración (con importantes incentivos gubernamentales) la cifra alcanzada no supera la tasa de crecimiento de la población, que durante la década de los veinte bordeaba el millón de nacimientos al año⁴²⁶.

Otra explicación a la persistente preocupación de los gobernantes nipón hacia la cuestión de la migración puede encontrarse en el rol jugado por los colonos japoneses en las políticas exportadoras y de modo general en el expansionismo económico japonés⁴²⁷. Lausent señala que “*el Japón se propuso en los años 1910-1920 dirigir sus futuras migraciones y utilizarlas como instrumentos de producción al servicio de sus necesidades nacionales*”⁴²⁸.

Las condiciones internas tampoco fueron extrañas a esta voluntad de exportar migrantes, la misma autora señala, entre otras, “*las condiciones de vida miserables tanto en el campo como en el sector industrial recientemente desarrollado, insurrecciones campesinas (1905) y revueltas (como la del arroz en 1908), la crisis de los años 1920, el terremoto de 1923 y la crisis de 1930*”⁴²⁹.

⁴²² Ya en 1919, M. de Freyre, encargado de la legación peruana en Tokio, indicaba que “el problema de la emigración ocupa hoy la atención pública más que cualquier otro” (M.R.E., Japón, 5-9, 20/4/1919) citado por LAUSENT-HERRERA, Isabelle, “La Presencia japonesa en el eje Huanuco-Pucallpa entre 1918 y 1982”, *Revista Geográfica*, 1989, N° 107, México, pág. 99

⁴²³ “...the population of Japan had increased by 956,000 in 1934, the perennial problem of population was the subject of discussion in a recent session of the Diet... Emigration and birth control are suggested as remedies”. *Far Eastern survey*, pág. 47_48, Vol 4, N°6, Mar. 27, 1935

⁴²⁴ HINDMARSCH. op cit, pág. 139. Ver igualmente, NORMANO J. F. “Japanese emigration to Brazil”, *Pacific Affaires*, vol. 7, N° 1, pág. 46.

⁴²⁵ Ibid. pág. 142. En el Memorando on Japanese Migratin Policies antes citado se señala que entre 1868 y 1884, el promedio de pasaportes librados por las autoridades japonesas era de 900 al año

⁴²⁶ En realidad la emigración parece haber sido observada solo como un paliativo al problema de la migración, en 1928 la Japanese Food and Population Commission concluía que la solución al problema poblacional no estaba ligado a la emigración sino a la industrialización. Normano, op.cit, pág. 55.

⁴²⁷ Ver al respecto los trabajos de Isabelle Lausent antes citados. Los intereses geopolíticos japoneses parecen haber estado igualmente íntimamente ligados a las políticas migratorias. Sin embargo, no es nuestro propósito aquí el realizar un análisis detallado de la cuestión ni mucho menos emitir un juicio sobre estas políticas. Nuestro objetivo se limita a describir algunos aspectos de la política, tanto interna como externa, que sin duda fueron gravitantes para la posición adoptada por el Japón al momento de discutirse la Convención de La Haya de 1930 sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad.

⁴²⁸ Lausen, Pasado y Presente... op.cit. pág. 18. En pie de página puede leerse la nota siguiente: “A. Zichka da varios ejemplos de ello: “La carrera por las materias primas condujo al envío de colonos a México, donde crearon campos de algodón; en 1931 a Brasil, en el cual 654,000 acres son cultivados por una misma empresa japonesa; en Etiopía, donde desde 1933 inmensas plantaciones de algodón están siendo creadas por japoneses muy cerca de la frontera de la Eritrea italiana; en Paraguay donde igualmente el algodón es cultivado después del año pasado [1933]”” (Zischka, A. *Le Japón dans le monde*, 1934, Payot, Paris)

⁴²⁹ Ibid. pág. 21.

Fueren cuales hayan sido las motivaciones, lo cierto es que las políticas de emigración han sido una constante de la estrategia gubernamental del Japón a lo largo de la primera mitad del siglo XX. En efecto, la regulación, supervisión y organización gubernamental ha sido la característica típica de la emigración japonesa⁴³⁰. La emigración había estado organizada desde el principio por diferentes agencias japonesas que, si bien privadas, recibían importantes subsidios del gobierno. Sin embargo, bajo presión de este último, en 1917 las diversas compañías se reunieron en la International Development Company que disfrutaba virtualmente del monopolio de esta función y que, a cambio de subsidios, ofrecía servicios gratuitos a los migrantes⁴³¹.

Fuera del área asiática propiamente dicha⁴³², el gobierno “*incentivó y organizó una gran corriente migratoria hacia el Pacífico: primero hacia Guam y Hawai (1868) luego a California, México, Canadá y Estados Unidos*”⁴³³ y posteriormente hacia Sud América⁴³⁴. Sin embargo, la política japonesa pronto se vería confrontada en los países de mayor afluencia migratoria a manifestaciones antijaponesas, Hawai en 1893, Australia en 1898 y Canadá en 1908⁴³⁵ y a medidas legales dirigidas a limitar el ingreso de esos emigrantes. Un “acuerdo de caballeros”, mediante el cual el Japón se comprometía a auto-limitar la afluencia de emigrantes, regulaba las relaciones entre ese país y Estado Unidos desde 1908, sin embargo, en 1924 el Senado americano, a través de una ley destinada a reglamentar la expedición de visas y el control migratorio, cerraba definitivamente las puertas a la inmigración japonesa⁴³⁶, esta medida sería imitada por los Dominios Británicos y la mayoría de países de América

⁴³⁰ NORMANO, op cit, pág. 52, el autor agrega: « It is not a free, individual emigration, of the kind which is often an escape from native soil, or a reaction against domestic conditions, like the emigration which resulted in the expansion of Europe. Extreme centralization and planned management are its peculiar features » pág.53. La intervención directa del gobierno japonés en la organización de la emigración habría comenzado en el periodo de 1890 (Normano, pág. 46)

⁴³¹ Memorandum on Japanese... op. cit. pág. 3. El documento señala asimismo que el alto aumento de la migración japonesa se explica por la asistencia financiera que el gobierno otorga a los emigrantes. Ver igualmente HINDMARSH, op cit. pág. 143. El autor indica que entre 1922 y 1929 el gobierno había gastado 12 millones de Yens para incentivar la emigración.

⁴³² La China y Corea fueron el destino de una importante masa de emigrados japoneses.

⁴³³ LAUSENT, Pasado y Presente..., op cit, pág. 13-14

⁴³⁴ HINDMARSCH, op cit, pág. 145

⁴³⁵ LAUSENT, Pasado y Presente... pág. 17

⁴³⁶ La immigration act, más conocida como la Exclusion act, prohibía el ingreso al territorio americano a toda persona que no fuera “elegible” a optar por la ciudadanía americana:

“Sec 13

C) *No alien ineligible to citizenship shall be admitted to the United States*” (AJIL 18, 1924 OFFICIAL DOCUMENTS, pág. 218).

La exclusión de los japoneses se explicaba por la ley de naturalización entonces vigente que limitaba el acceso a la ciudadanía Americana a las personas de “raza blanca” o “africana”:

The Act approved May 26, 1924... , is the first formal exclusion act adopted by the United States in respect to Japanese immigrants. A practical, as distinct from statutory, method of exclusion has been in effect since 1908 through the voluntary policy adopted by Japan in pursuance of the “ gentlemen’s agreement “

...

As is well known, the naturalization laws of the United States were from the beginning limited to “free white persons,” the only subsequent modification being made in 1875 in favor of aliens of African nativity and persons of African descent. After a series of decisions in the lower courts, in which the term “white persons” was interpreted to mean persons of what is popularly known as the “Caucasian race,” the Supreme Court of the United States finally decided, on November 30, 1922, in the case of Ozawa v. United States, that one who is “ of the Japanese race and born in Japan” was not eligible to citizenship. The exclusion from the United States, therefore, of aliens ineligible to citizenship is as specific in meaning as the exclusion of the Japanese nominatim. (C. G. FENWICK, AJIL 18, 1924, pág. 519)

Latina⁴³⁷, a la excepción de Brasil, que sin embargo en 1934 modificaba su constitución a fin de reducir esa corriente migratoria⁴³⁸.

Uno de los problemas más urticantes que producía el establecimiento de estas colonias - muy a menudo cerradas sobre sí mismas y poco inclinadas a la integración - fue el de la doble nacionalidad⁴³⁹ que adquirirían los hijos de japoneses nacidos en países donde la regla aplicada en materia de adquisición de nacionalidad era el *jus solis*. Con el objeto de contrarrestar estas críticas, y proseguir con su política migratoria, mediante la Ley N° 27 de 1916 el Japón modifica la ley de la nacionalidad concediendo a los descendientes de japoneses nacidos en países regidos por el *jus solis* la posibilidad de renunciar a la nacionalidad japonesa siempre y cuando contaran con el permiso del Ministro del Interior⁴⁴⁰. Sin embargo muy pronto se hizo evidente que esta medida no era suficiente para solucionar los problemas ocasionados por los sentimientos anti-japoneses derivados de la emigración y una nueva modificación a la normativa fue aprobada en 1924 mediante la ley N° 19 la cual establecía que los hijos de japoneses que por razón de su nacimiento en algún país de *jus solis*, designado por Ordenanza Imperial, adquiriesen la nacionalidad de ese país, perderían automáticamente la nacionalidad japonesa “*a menos que la intención de conservar esta nacionalidad sea debidamente manifestada (art. 20, sección 2 de la ley de nacionalidad japonesa)*”⁴⁴¹. La ordenanza Imperial N° 262 de ese mismo año designaba a Brasil, Argentina, Canadá, Chile, Estados Unidos y Perú como los países en los que se aplicaría la regla. Posteriormente, en 1926, México fue añadido a la lista⁴⁴².

Es dentro de estas circunstancias y en pleno periodo de “cooperación internacional, de adherencia y aplicación del derecho internacional”, según la clasificación de **Tsuruji Kotani**, que el Japón va a encarar las negociaciones y discusiones de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional que dará nacimiento a la Convención sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad, mejor conocida como la Convención de La Haya de 1930.

3.2.1.2. Convención de La Haya de 1930

En 1924, la Asamblea de la Sociedad de Naciones adoptaba la propuesta sueca de someter a estudio aquellos temas del Derecho Internacional que pudieran ser examinados con miras a incorporarlos en convenciones internacionales u otros instrumentos establecidos por una conferencia bajo los auspicios de la Liga⁴⁴³. La Asamblea y el Consejo de la Liga establecieron entonces un Comité de Expertos para el estudio sistemático de una codificación progresiva del derecho internacional.

Las primeras tareas de este Comité fueron: esbozar una lista provisoria de materias del derecho internacional cuya regulación por medio de acuerdos internacionales aparecieran como las mas deseables y realizables; comunicar la lista a los gobiernos (miembros de la Liga o no) demandando su opinión; examinar las respuestas de los gobiernos; elaborar un Reporte dirigido al Consejo sobre las cuestiones que estuvieran suficientemente maduras para su

⁴³⁷ NORMANO, op cit, pág. 55

⁴³⁸ HINDMARSH, op cit, pág. 144, nota en pie de página

⁴³⁹ LAUSENT, Presente y pasado... pág.. 47.

⁴⁴⁰ HOSOKAWA KIYOSHI, op. cit., pág. 185

⁴⁴¹ Sociedad de Naciones, Conférence pour la Codification du Droit International, Bases de Discussion, pág. 180

⁴⁴² HOSOKAWA KIYOSHI, op. cit., pág. 185

⁴⁴³ DHOKALIA, R. P. *The Codification of Public International Law*, Manchester University Press 1970, pág.

codificación y, por último, someter un reporte al Consejo sobre el procedimiento a seguir para preparar aquellas cuestiones para una eventual conferencia.

El Comité de Expertos seleccionó once temas para un estudio preliminar por sub comités, estos temas fueron: nacionalidad; mar territorial; privilegios e inmunidades diplomáticas; estatus legal de navíos estatales dedicados al comercio; extradición; jurisdicción penal de los Estados sobre crímenes cometidos fuera de sus territorios; responsabilidad del Estado por daños sufridos por extranjeros dentro de su territorio; procedimiento para las conferencias internacionales y la conclusión de tratados; supresión de la piratería; aplicación en derecho internacional del concepto de prescripción; y reglamentación de la explotación de productos del mar.

En su sesión de 1926, el Comité de Expertos elaboró una primera serie de cuestionarios dirigido a los gobiernos sobre siete de los temas seleccionados, los cuales eran: nacionalidad, mar territorial, inmunidades y privilegios diplomáticos, responsabilidad de los Estados por daños ocasionados sobre la persona o propiedades de extranjeros, procedimiento para las conferencias internacionales y para la conclusión de tratados, piratería y, explotación de recursos marítimos. El cuestionario sobre el tema de la nacionalidad estaba planteado de la forma siguiente⁴⁴⁴:

The Committee has decided to include in its list the following subject:

- (I) Whether there are problems arising out of the conflict of laws regarding nationality the solution of which by way of conventions could be envisaged without encountering political obstacles ;
- (II) If so, what these problems are and what solution should be given to them.⁴⁴⁵

3.2.1.3. El borrador japonés

Las respuestas recibidas por el Comité fueron en su mayoría favorables a la codificación de este tema. Nueve países se mostraron favorables a una inmediata codificación, otros once, si bien no estaban opuestos, planteaban algunas objeciones o comentarios⁴⁴⁶, dentro de este grupo se encontraba el Japón que señalaba que el tema estaba siendo materia de estudio por parte de las autoridades competentes.⁴⁴⁷

“Inspirados sin duda por la invitación del Comité de Expertos para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional de la Liga de Naciones, la rama japonesa de la International Law Association, conjuntamente con la International Law Association of Japan, han preparado una serie de nueve proyectos como partes de un Borrador de Código de Derecho Internacional”⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Ver texto completo en anexo, pág. 222.

⁴⁴⁵ ROSENNE, Shabtai, *The progressive codification of international law [1925-1928]*, Vol. 2, Documents, pág. 34

⁴⁴⁶ ROSENNE, op cit, pág. 287. Ver análisis de las respuestas en anexo, pág. 226

⁴⁴⁷ Ver respuesta del Japon en anexo, pág. 224

⁴⁴⁸ REEVES, J.S., *Japanese draft code of international law*, AJIL, 1926, pág. 767.

El borrador japonés sobre el tema de la nacionalidad⁴⁴⁹ empieza por una exhortación a todos los Estados para que *“acepten los siguientes principios concernientes a la adquisición y pérdida de la nacionalidad y modifiquen lo más pronto posible toda legislación existente que sea contraria a ellos”*.

Por el tenor de su articulado, el Borrador parece estar orientado principalmente a eliminar los casos de doble nacionalidad y de apatridia. Así, el artículo primero provee que:

“Toda persona debe tener una y sólo una nacionalidad”

Y el octavo:

“Nadie puede perder o renunciar a su nacionalidad sin adquirir otra”

El Borrador refleja igualmente las inquietudes y problemas planteados a su política exterior de emigración dentro de las relaciones internacionales. Así por ejemplo, el artículo tercero establece que:

“Un Estado no podrá imponer su propia nacionalidad, contra su voluntad, a los extranjeros basándose únicamente en el hecho de su residencia – así fuere permanente – dentro de su territorio”.

El artículo implica una referencia casi directa⁴⁵⁰ a la ley que el Brasil⁴⁵¹ promulgara en 1899 imponiendo la nacionalidad brasilera a todos los residentes extranjeros⁴⁵².

En el mismo sentido y con la misma solidez de bases y principios, el artículo sexto es una respuesta hábil y directa a la recientísima American Exclusion Act⁴⁵³:

“Un Estado no podrá hacer ninguna discriminación entre individuos sobre base de la raza, nacionalidad o religión, en materia de naturalización u otro modo de adquisición de la nacionalidad”

Igualmente acorde con su política exterior y la legislación recientemente adoptada – pero de mayor interés para el asunto que nos ocupa – es el artículo quinto:

“No obstante las provisiones del artículo anterior⁴⁵⁴, la nacionalidad que un niño hubiera adquirido por el hecho de su nacimiento dentro del territorio de un Estado en particular, deberá ser reconocida por todos los Estados.

⁴⁴⁹ El diario La República, en su edición del 12 de agosto del 2001 publicó un artículo sobre el tema junto con una traducción no muy fiable del Borrador, nosotros incluimos el original en anexo (pág. 229)

⁴⁵⁰ HASOKAWA KIYOSHI, op cit, pág. 241

⁴⁵¹ El tema fue objeto de un arbitraje internacional que le fue desfavorable al Brasil. Igualmente las legislaciones de México y Venezuela imponían la naturalización a los extranjeros ligando de pleno derecho la adquisición de la nacionalidad a la residencia habitual, a la posesión de bienes inmuebles o al matrimonio con una nacional (KOSTERS, J. "La nationalité à la Conférence de La Haye pour la codification du Droit international", *RCDIP* 30, 1930, p416)

⁴⁵² A partir de la década de 1920, el Brasil se constituyó en el principal destino de la emigración japonesa dirigida por el gobierno. Ver al respecto el trabajo de J. F. Normano antes citado así como los estudios de Isabelle Lausent-Herrera

⁴⁵³ Entre los dos documentos hay apenas dos años de separación

⁴⁵⁴ El artículo cuarto promueve la adopción del sistema del jus sanguini por vía patrilineal, ver anexo.

Una persona que haya adquirido la nacionalidad del territorio de su nacimiento de acuerdo al párrafo precedente, podrá elegir de asumir la nacionalidad de su padre o de su madre, dentro de un periodo determinado, luego de alcanzar la mayoría de edad, a condición de que haya adquirido domicilio en ese país antes de efectuar la elección. En dicho caso, el país de nacimiento deberá reconocer el cambio de nacionalidad”.

El artículo va más lejos que la modificación a la Ley de Nacionalidad introducida en 1924⁴⁵⁵ que establece el sistema de “reserva de la nacionalidad” japonesa el cual deja entero el problema de la doble nacionalidad. La norma así propuesta constituye una concesión de marca a los Estados de *jus solis* receptores de la inmigración japonesa, sin por ello cerrarles definitivamente las puertas de la patria ancestral a los descendientes de esos mismos emigrados.

Pero sobre todo, el artículo significa un reconocimiento del principio de la nacionalidad activa. En efecto, la condición impuesta para adquirir la nacionalidad parental es que el interesado haya asentado previamente su domicilio en dicho Estado, y esto, aun, dentro de un periodo fijo y predeterminado luego de haber alcanzado la mayoría de edad. Queda descartado el que un individuo adulto, que se encuentra de paso sobre el territorio de sus padres, con pasaporte extranjero y sin ningún título de residencia, pueda aspirar si quiera a dicha nacionalidad.

3.2.1.4. Las “Bases de Discusión”

En 1927, el Comité de Expertos dirigía al Consejo de la Liga un informe general sobre el procedimiento que podría seguirse para la preparación de una conferencia internacional, poniendo especial énfasis en la necesidad de una cuidadosa preparación en vistas a facilitar y reducir el trabajo de la propia conferencia. En su opinión, el método más adecuado consistía en la preparación de borradores completos que pudieran servir de bases de discusión⁴⁵⁶. Igualmente el Comité señalaba que cuatro o cinco de los siete temas seleccionados podrían ser objeto de una sola conferencia, de los cuales tres parecían estar lo suficientemente maduros para ser tratados a corto plazo, es decir, el tema de la Nacionalidad, el de las Aguas Territoriales y el de la Responsabilidad de los Estados⁴⁵⁷.

En su octava sesión, el Primer Comité de Asamblea de la Liga significaba su acuerdo de limitar el programa de codificación a los tres temas mencionados y a que fueran tratados en una misma conferencia y recomendaba la formación de un Comité Preparatorio conformado por cinco personas, a ser nombradas por el Consejo, encargadas de realizar los trabajos preparatorios y de redactar informes detallados de cada cuestión estudiada sobre la base de la información recibida de parte de los distintos gobiernos en relación a la legislación positiva, tanto nacional como internacional, su existencia y práctica y su opinión sobre las posibles modificaciones o adiciones que pudieran ser aportadas a las diferentes reglas. Estos informes que mostrarían los diferentes puntos de acuerdo y divergencias, servirían como bases de

⁴⁵⁵ Ver supra, pág. 118

⁴⁵⁶ DHOKALIA, op cit, pág. 118

⁴⁵⁷ REEVES, Jesse. “Progress of the work of the League of Nations Codification Committee”, *AJIL*, 1927, pág. 659-667

discusión de la conferencia⁴⁵⁸. Tres meses después, la Asamblea adoptaba las recomendaciones del Primer Comité.

El Comité Preparatorio de la Conferencia para la Codificación nombrado por el presidente del Consejo preparó sendos cuestionarios sobre los tres temas seleccionados e hizo un esbozo de las Bases de Discusión para la Conferencia. De la discusión de estas Bases nacería la Convención de La Haya de 1930 sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad y tres protocolos adicionales, dicha Convención fue firmada por 31 Estados (dentro de ellos Japón y Perú) y entraría en vigor en 1937⁴⁵⁹.

En su primer y segundo informes, el Comité Preparatorio hace hincapié en que las Bases de Discusión no constituyen en modo alguno proposiciones del propio Comité sino que son el resultado del estudio de las respuestas proporcionadas por los gobiernos (a los cuestionarios) y de la aproximación efectuada entre los distintos puntos de vista expresados⁴⁶⁰. El contenido de las Bases de Discusión - continua el segundo informe - tiene concepciones bastante diversas. *“En ocasiones formulan lo que los gobiernos o algunos de entre ellos reconocen como el derecho existente; en otras enuncian lo que los gobiernos o algunos de entre ellos están dispuestos a aceptar como nueva disposición del derecho convencional”*⁴⁶¹. No se trata pues, en ningún caso, de alguna construcción puramente teórica salida de la cabeza de algún conclave ilustre. Lo que las bases de discusión contienen son las reglas que los Estados aplican o están en disposición de aplicar. Veamos un poco cuales son esas reglas que el Japón declaraba aplicar o estar dispuesto a hacerlo.

La primera pregunta del cuestionario sobre la nacionalidad estaba redactada de la manera siguiente⁴⁶²:

*I. Sobre el principio general de que el derecho internacional deja a la competencia exclusiva de cada Estado la cuestión de la adquisición y de la pérdida de la propia nacionalidad*⁴⁶³.

Parecería que se debe partir de la idea de que las cuestiones de nacionalidad relevan, en principio, de la soberanía de cada Estado y que, en principio, cada Estado debe reconocer a todo otro Estado el derecho a legislar, como lo juzgue apropiado, sobre la adquisición y la pérdida de su propia nacionalidad. La consecuencia sería que toda cuestión relativa a la adquisición o a la pérdida, por individuo, de una nacionalidad determinada, debe ser resuelta conformemente a la legislación del Estado cuya nacionalidad es pretendida o contestada.

*Pero, ¿existe alguna restricción a estos dos principios? ¿Un Estado tiene el derecho ilimitado a legislar sobre esta materia? ¿Un Estado esta obligado en todo caso a reconocer los efectos de la legislación de otro Estado sobre esta cuestión?*⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ DHOKALIA, op cit, pág. 119

⁴⁵⁹ Sin embargo, ninguno de estos dos países la han ratificado

⁴⁶⁰ Bases de Discusión, op cit, pág. 5 y 7

⁴⁶¹ Ibid, pág. 7

⁴⁶² Ver en anexo reproducción integra del cuestionario así como de las respuestas del Japón (en francés)

⁴⁶³ En cursiva en el original

⁴⁶⁴ Bases de Discusión, pág. 118, el resalte en el texto es nuestro

La respuesta del Japón a esta primera pregunta fue concisa y directa:

Cada Estado debe ser libre de dictar la legislación nacional que juzgue apropiada en lo que concierne la adquisición y la pérdida de su nacionalidad. Los conflictos eventuales de nacionalidad que, dado el caso, fueran de este modo provocados, no pueden ser evitados sino por vía de acuerdo internacional⁴⁶⁵.

Y aquí es cuando nos encontramos en las antípodas de lo expresado por el director de la Primera División de Latinoamérica y el Caribe del Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón, **Noriteru Fukushima**⁴⁶⁶ y, en general, de la posición que han venido adoptando las autoridades japonesas sobre el caso Fujimori. Y no se trata, en este caso, de simples comunicados a la prensa o del fuego cruzado de declaraciones que pudiera suscitar alguna determinada coyuntura. Por el contrario, se trata de una respuesta acordada por las más altas autoridades de la época, tras reflexión madura como lo deja entender la respuesta japonesa al primer cuestionario⁴⁶⁷, ante un foro internacional reunido especialmente para tratar la materia en el cual los Estados participantes han declarado cual es el derecho que aplican o que están dispuestos a aplicar y que además, en el caso del Japón, constituye un fiel reflejo de las posiciones que había venido adoptando en concordancia con su política exterior, determinada a su vez por la cuestión migratoria y que a la época de la discusión se acercaba ya al medio siglo de práctica constante.

Cierto, tal “acuerdo internacional” no existe entre Japón y Perú – al menos no en forma convencional – pero nada impide el recurso a un arbitraje internacional que, a su vez, constituye una forma de acuerdo. En cualquier caso es claro que la respuesta japonesa excluye toda salida unilateral so pena de no dar ninguna solución al conflicto así creado.

Queda igualmente claro que para el Japón, un Estado no “está obligado a reconocer la legislación de otro Estado” sobre la cuestión de la nacionalidad. Esta posición es acorde con los principios que se desprenden de la sentencia *Nottebohm*⁴⁶⁸.

*

La primera parte de la segunda pregunta del cuestionario resulta interesante desde el punto de vista de la estrategia a adoptar por parte de las autoridades peruanas en la probable situación de una denegación del pedido de extradición so pretexto de la nacionalidad japonesa de AFF y la consiguiente contestación de dicha nacionalidad. En general esta segunda pregunta hace referencia al tratamiento por los tribunales nacionales de los casos de doble nacionalidad que les sean sometidos. La cuestión es planteada del siguiente modo⁴⁶⁹:

II Caso de un individuo que posee dos nacionalidades

⁴⁶⁵ Ibid, pág. 179, el resalte es nuestro. El texto en inglés reza del siguiente modo:

“Each State should be free to enact such national legislation as it considers proper with regard to the acquisition and loss of its nationality. The possible conflict of nationalities that may in consequence occur can be avoided only by international agreement”. (Bases de Discusión, pág. 17)

⁴⁶⁶ Ver supra, pág. 114

⁴⁶⁷ Ver Anexo (pág. 224)

⁴⁶⁸ Ver supra, pág. 63 y ss.

⁴⁶⁹ Bases de Discusión, pág. 118.

Tres hipótesis pueden distinguirse:

1 La cuestión se plantea ante las autoridades y tribunales de un Estado que atribuye su nacionalidad a este individuo. El artículo 5, primera frase, del anteproyecto preparado en 1926 al seno del Comité de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional, reconoce a cada Estado el derecho de aplicar su propia ley.

La respuesta del Japón fue la siguiente⁴⁷⁰.

1- Si razones de orden administrativo o judicial exigen la determinación de la nacionalidad de una persona en el Estado que le otorga una de las nacionalidades que posee, esta persona debe, por la naturaleza misma de la ley de nacionalidad, ser considerada como un sujeto del dicho Estado por el hecho de poseer la nacionalidad de este Estado, sin que se tenga en cuenta de las distintas nacionalidades por ella poseídas al mismo tiempo o en otros momentos. Esta tesis explica la disposición del primer párrafo del artículo 27 del “Horei” “ley japonesa que constituye el reglamento general de aplicación de leyes), que estipula que “si una de entre ellas (las nacionalidades en conflicto) es la nacionalidad japonesa, hay lugar de aplicar la ley japonesa”.

La respuesta otorgada por Japón viene a confirmar lo expresado en el anterior capítulo⁴⁷¹ sobre la suerte que correría una eventual apelación ante las cortes japonesas sobre la nacionalidad de AFF.

*

La segunda hipótesis planteada en este segundo punto del cuestionario, si bien referida al tema de la protección diplomática, no deja de ser interesante por las posiciones adoptadas por el Japón, no sólo en su respuesta al cuestionario, sino en los debates ulteriores e incluso al momento de firmar la Convención.

Esta hipótesis ponía frente a frente dos teorías que ha menudo habían sido contrapuestas en tribunales internacionales y en la doctrina en materia de protección diplomática: La teoría de la no-responsabilidad del Estado por una parte y el ya revisado principio de la nacionalidad efectiva por otra.

La teoría de la no-responsabilidad del Estado postula que un Estado no puede ejercer la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también posee esa misma persona. Esta teoría está basada a su vez en el principio de la soberanía e igualdad de los Estados entendido en su forma clásica, tal y como lo presentaban los tratadistas de siglo XIX⁴⁷². La teoría supone que un Estado no compromete su responsabilidad internacional por los daños o perjuicios ocasionados sobre un individuo que posee su nacionalidad, independientemente de que ese mismo individuo posea, al mismo tiempo, alguna otra nacionalidad o de consideraciones como su lugar de domicilio, centro de intereses, etc.

⁴⁷⁰ Ibid, pág.. 179

⁴⁷¹ Supra, pág. 78

⁴⁷² DONNER Ruth, The regulation of nationality in international law, pág. 32-35

En 1916, Edwin Borchard en su *The Diplomatic Protection of Citizens Aboard* escribía:

*The principle generally followed [por los tribunales internacionales] have been that a person having dual nationality cannot make one of the countries to which he owes allegiance a defendant before an international tribunal*⁴⁷³

En apoyo de su postulado, Borchard citaba las decisiones de tribunales internacionales en los casos *Alexander, Boyd, Martin, Lebret, Maninat* y *Brignone* y agregaba “see also” el caso *Drummond*⁴⁷⁴

La fórmula fue ampliamente aceptada, quizás debido a la autoridad de Borchard⁴⁷⁵ en la materia y muy a pesar del manifiesto error de apreciación del tratadista como lo demuestran de manera incontestable⁴⁷⁶ los estudios de William L. Griffin (*International Claims of Nationals of Both the Claimant and Respondent Status – A Case History of a Myth*⁴⁷⁷) y de Pierre Klein (*La protection diplomatique des doubles nationaux: Reconsideration des fondements de la règle de non-responsabilité*⁴⁷⁸). En efecto, la casi totalidad de la jurisprudencia citada por Borchard fue resuelta en base a lo que hoy se conoce como el principio de la nacionalidad efectiva⁴⁷⁹. Según Griffin, sólo el caso *Alexander* parece soportar, “superficialmente”, la tesis de Borchard. El hecho de que en todos los casos citados por Borchard, los tribunales declararan inadmisibles las demandas habría llevado al tratadista a la conclusión de que un Estado no puede ejercer la protección diplomática contra otro Estado a favor de un individuo que posee ambas nacionalidades.

Fuera del caso *Alexander*, quizás sólo el caso *Salem* y las decisiones tomadas por la comisión anglo-mexicana⁴⁸⁰ pueden ser citados en apoyo de la teoría de la no-responsabilidad del Estado. Sin embargo, en la época de la Conferencia, dicha teoría se hallaba en pleno apogeo⁴⁸¹.

El cuestionario planteaba la materia en los siguientes términos:

La cuestión se presenta directamente entre los dos Estados que consideran al individuo como su nacional. De lo que se trata es de saber si uno de esos dos Estados tiene derecho a ejercer la protección diplomática, a favor de este individuo, contra el otro Estado. En el caso de que esta cuestión no pudiera recibir una solución general, algunas cuestiones subsidiarias deberían ser tomadas en cuenta: ¿puede ejercerse la protección diplomática contra un Estado del cual este individuo es nacional desde su nacimiento o del cual es nacional por

⁴⁷³ Citado por GRIFIN, *THE CASE HISTORY OF A MYTH*, op cit, pág. 402

⁴⁷⁴ Ibid

⁴⁷⁵ KLEIN, op cit, pág.. 191. Ver igualmente *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, caso A/18, vol 5, pág. 262.

⁴⁷⁶ El artículo del profesor Griffin fue citado en el caso A/18 por el tribunal Irán-EEUU en apoyo de su decisión (*Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol 5, pág. 262). Este caso de carácter administrativo ponía frente a frente las dos teorías mencionadas ante la oposición de Irán a la aplicación del principio de la nacionalidad efectiva. Ver supra, pág. 67

⁴⁷⁷ *The International Lawyer*, 1966-1967, pág.. 400-423

⁴⁷⁸ *Revue Belge de Droit International*, vol 21, 1988, pág. 184-216

⁴⁷⁹ Ver supra, Precedentes, pág.. 27

⁴⁸⁰ Los casos *Salem* y la comisión anglo-mexicana son contemporáneos a la conferencia

⁴⁸¹ No obstante, sólo ocho de los 27 gobiernos que respondieron al cuestionario se pronunciaron claramente en favor de esta teoría. (Klein, op cit, pág. 190)

efecto de naturalización, o contra el Estado en el cual este individuo tiene su domicilio o por cuenta del cual ha ejercido o ejerce funciones políticas? O bien, en las relaciones entre esos dos Estado la protección es admitida o excluida según alguna otra modalidad que se podría precisar.

Como puede apreciarse, las dos teorías se ven confrontadas en la pregunta. En primer término el cuestionario plantea la posibilidad de adoptar la teoría de la no-responsabilidad y en caso de que no se pudiera aportar una solución general, se propone como una alternativa el principio de la nacionalidad efectiva.

La respuesta del Japón fue como sigue:

2. Si surge entre dos Estados una cuestión referente al derecho de protección diplomática de una persona que posee la nacionalidad de cada uno de estos Estados, el principio según el cual, mientras que el interesado resida en uno de esos dos Estados, el otro Estado no puede ejercer en su favor [a favor del individuo] el derecho de protección diplomática contra el primer Estado, puede ofrecer un método satisfactorio de arreglo. Sin embargo, dadas las dificultades que pueden surgir, cabría adoptar la mayor circunspección en la codificación de este principio⁴⁸².

Nuevamente nos encontramos muy lejos de las afirmaciones hechas por el director de la Primera División de Latinoamérica y el Caribe del Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón. En efecto, la respuesta del gobierno japonés implica un reconocimiento explícito del principio de la nacionalidad efectiva dentro de la única área del derecho en que este principio ha encontrado alguna resistencia. El comportamiento subsiguiente del Japón dentro de esta discusión no deja lugar a dudas sobre el carácter de tal reconocimiento.

Teniendo en cuenta las respuestas recibidas por los gobiernos, el Comité Preparatorio redactó la base de discusión N° 4 del siguiente modo⁴⁸³:

Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales contra otro Estado del cual esa persona es también nacional.

El comité sugirió, a título alternativo, el añadido siguiente⁴⁸⁴:

“... si este individuo tiene su residencia habitual en este último Estado”

Esta proposición alternativa fue votada en primer lugar y fue excluida por 23 votos contra 10 y en consecuencia el Presidente del Comité, M. Nicolas Politis, declara como aceptada la Base de Discusión N° 4 sin la cláusula alternativa. En la sesión 17 tuvo lugar el voto final de la Base que pasaría a ser el artículo 4 de la Convención, esta fue aprobada por 29 votos contra 5 y 13 abstenciones o ausentes. El Japón se encontró dentro de los países que votaron en contra⁴⁸⁵ del enunciado que no comportaba la cláusula alternativa que introducía la condición de la residencia habitual.

⁴⁸² Pregunta y respuesta han sido traducidas del francés, ver original en anexo, págs. 231 y ss.

⁴⁸³ Annuaire de l'Institut de Droit International, Sesión de Varsovia, vol 51-I, 1965, pág.. 152

⁴⁸⁴ Ibid, pág. 153

⁴⁸⁵ Ibid

Finamente, al firmar la convención, el Japón lo haría bajo reserva total del artículo 4° que consagraba la teoría de la no-responsabilidad del Estado⁴⁸⁶

3.2.1.5. ¿Cual es el valor jurídico de estos actos?

Según el juez Basdevant, en su opinión disidente en el affaire Ambatielos,

*La redacción y la firma de un acuerdo internacional son actos por los cuales se enuncia la voluntad de los Estados contratantes*⁴⁸⁷.

M. Tabibi, miembro de la Comisión de Derecho Internacional, expresaba en la 664ava sesión sobre el Derecho de los Tratados que desembocaría en la Convención de ese nombre que:

*La firma, así sea dada solamente con fines de autenticación o que se trate de la firma de un tratado no sujeto a adhesión ni a ratificación, tiene evidentemente un valor jurídico y crea ciertas obligaciones, pues es un acto del Estado aun cuando, en ejercicio de su poder soberano, sea libre de retirarla [posteriormente]*⁴⁸⁸

Cierto, como lo afirman Sir Hersch Lauterpacht y Sir Gerald Fitzmaurice⁴⁸⁹, la naturaleza de la obligación contraída por el Estado al estampar su firma es bastante incierta, aun así, en el affaire de la Alta Silesia polaca, la CPJI ha reconocido que el hecho de abusar de sus derechos en el lapso comprendido entre la firma y la ratificación de un tratado por parte de un Estado signatario, puede ser asimilado a la violación del tratado⁴⁹⁰.

Sea cual fuere la naturaleza de estas obligaciones, y teniendo en cuenta que no se trata aquí - a diferencia de la posición adoptada por Dinamarca y los Países Bajos en el affaire de la Plataforma Continental de la Mar del Norte - de invocar la obligatoriedad de un tratado que el Estado en causa no ha ratificado, no por ello queda menos claro que se trata de declaraciones con carácter jurídico que significan una *representación* de la concepción de la nacionalidad en el derecho japonés que llama a estoppel y que, en particular, refuerzan la representación hecha al Estado peruano en relación a la nacionalidad de Fujimori.

⁴⁸⁶ Recopilación de Tratados de la Sociedad de Naciones, vol CLXXIX, N° 4137.

⁴⁸⁷ Affaire Ambatielos (competence), arret du 1er juillet 1952: C.I. J. Recueil 1952. Opinión disidente de M. Basdevant, pág. 69)

⁴⁸⁸ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 644a sesión sobre el Derecho de los Tratados 1962, pág. 99, (A/CN.4/144 y Add 1)

⁴⁸⁹ Ibid

⁴⁹⁰ Affaire relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, CPIJ, serie A, N°7, 1926, pág. 30

3.2.2. Vis-à-vis del Perú

La llegada del Sakura Maru en 1899 trayendo a su bordo 787 emigrantes japoneses⁴⁹¹ daría inicio a la inmigración japonesa al Perú. El arribo de estos primeros inmigrantes estuvo precedido, entre 1893 y 1894, por misiones de exploración enviadas por compañías privadas - pero bajo el control del gobierno - dedicadas a dirigir y organizar la emigración de colonos japoneses. Lausent⁴⁹² señala a **Ikutari Aoyagi** y **Sadakachi Tanaka** como los representantes de esas compañías que habrían llegado para explorar algunas regiones de la amazonía del Perú y Brasil con miras a sentar bases a la futura inmigración. Se trataba pues, como había sido el caso en otros países, de una emigración planificada por el gobierno japonés. Los inmigrantes venían ligados por contratos de trabajo de cuatro años a laborar en las haciendas algodoneras y azucareras de la costa central. La inmigración bajo contrato de trabajo no contaba con las simpatías de las autoridades peruanas pues en el pasado se había denunciado que los contratos eran utilizados para esclavizar a los trabajadores. Por su parte el Japón deseaba mantener la forma de contrato para obligar a las compañías a responsabilizarse por la suerte de los trabajadores japoneses. A. B. Leguía junto con su antiguo compañero de estudios Sadakichi Tanaka habrían ejercido una suerte de lobby sobre Nicolás de Pierola, quien finalmente hizo aprobar el decreto del 19 de setiembre de 1898 que autorizaba la inmigración japonesa⁴⁹³.

Entre 1899 y 1924, 18,258 inmigrantes japoneses arribaron al Perú bajo este sistema de contratos de trabajo. Los 82 viajes que requirió tal desplazamiento fueron cubiertos por cuatro compañías japonesas: La Morioka Emigration Co. (1899-1920), la Meiji Shokumin Kaisha (1907-1909), La Toyo Emigration (1910-1917), la Overseas Development Co., más conocida como Kaigay Kogyo Kabushiki Kaisha o KKKK (1917-1923)⁴⁹⁴. Durante ese mismo periodo una serie de fusiones y absorciones operadas entre estas y otras compañías llevarían a la KKKK a convertirse en la única sociedad de transporte y comercio de importación y exportación.

Pero el rol de estas compañías no se limitaba meramente al transporte⁴⁹⁵, la KKKK por ejemplo intervino en la compra de un dominio de unas 300,170 Has. en la zona de Tulumayo con el propósito de utilizarlos dentro del marco de un proyecto de colonización dirigida⁴⁹⁶. Previamente se había recurrido a la estrategia adoptada por el Ministerio de Relaciones exteriores y luego el de Ultramar – del cual dependían los migrantes – empleada tanto en los grandes proyectos militares de colonización como en las operaciones de conquista de mercados y que consistía en comenzar por un reconocimiento de la región, evaluando riesgos y beneficios potenciales⁴⁹⁷.

Este tipo de migración bajo contrato fue abolida en 1923 por mutuo acuerdo y en 1924 se firmo el tratado de Amistad, Comercio y Navegación que fue ratificado en 1930. Entre 1924 y 1929, cerca de 7,000 nuevos japoneses ingresaron al Perú para reunirse con sus familiares.

⁴⁹¹ LAUSENT, Pasado y presente, op cit, pág. 15. Igualmente Normano, op cit, pág. 43

⁴⁹² LAUSENT, Pasado y presente... pág. 15

⁴⁹³ ibid

⁴⁹⁴ Ibid , pág. 16

⁴⁹⁵ Ver al respecto Normano, op cit

⁴⁹⁶ LAUSENT, La presencia japonesa en el eje Huanuco-Pucallpa, op cit, pág. 98 y sigts..

⁴⁹⁷ LAUSENT, Psado y Presente, op cit, pág. 17-18

Con la caída de Leguía, en 1930, por el golpe de estado de Sánchez Cerro, se revierte la actitud oficial respecto a la inmigración japonesa que hasta entonces había sido tolerada y reglamentada, cuando no alentada, y se adopta una actitud restrictiva con el objeto de poner un freno a esta inmigración⁴⁹⁸. La importancia que llegó a adquirir la colonia japonesa, la competencia impuesta a los comerciantes nacionales⁴⁹⁹, alentaron un sentimiento antijaponés cuyas primeras manifestaciones violentas surgieron entre diciembre de 1930 y agosto de 1931. *“Desde entonces, los contratos e intercambios comerciales entre ambos países ya no se hicieron sobre la base del valor fijado exclusivamente por el mercado, sino también teniendo en cuenta las concesiones que en el campo de la inmigración podían obtenerse de una u otra parte, como por ejemplo: negociar el ingreso de nuevos inmigrantes e impedir que el gobierno peruano prohíba el reingreso de japoneses de viaje en el Japón”*⁵⁰⁰.

El tratado de Amistad, Comercio y Navegación que ambos países habían firmado en 1924 y ratificado en 1930, fue denunciado por el Perú en octubre de 1934⁵⁰¹. El artículo tercero de dicho tratado disponía la libertad de tránsito y de establecimiento para los ciudadanos de ambos países dentro de los respectivos territorios sin imponer mayores restricciones que las acordadas a otras naciones.

Un Decreto Supremo del 26 de junio de 1936 sobre *Inmigración y Actividades de los Extranjeros* dispuso que el número de inmigrantes que ingresara al territorio nacional no podía exceder de dos por mil de la población total⁵⁰², de este modo se imponía el sistema de cuotas a la inmigración que ya había sido empleado en otros países, especialmente los EEUU. Al no existir un censo actualizado, la población del Perú fue calculada en ocho millones de habitantes, limitándose de esta manera a 16,000 el número de habitantes extranjeros por nacionalidad (artículo 1º). La medida afectaba principalmente a la inmigración japonesa que en la época constituía la colonia extranjera más importante en el Perú. Por otro lado, el segundo considerando del mencionado decreto deja pocas dudas sobre la meta fijada:

Considerando:

*Que la tendencia nacionalista expresada intensamente en los últimos tiempos en numerosos Estados los lleva a proyectar en el exterior la actividad de sus súbditos, su economía y sus costumbres*⁵⁰³.

En efecto, la inmigración japonesa era mirada por muchos como un instrumento de penetración dirigido por el gobierno Nipón. Respecto a estos inmigrantes decía Basadre que *“se trataba de gente que venía en conexión con su gobierno, obedeciendo a planes no bien explícitos, con tendencia a mantenerse aparte y a conservar y alimentar el vínculo con la madre patria”*⁵⁰⁴. Bruno Lasker⁵⁰⁵ alude al poco éxito y las dificultades encontradas por las

⁴⁹⁸ LAUSENT, La presencia japonesa, op cit, pág. 102.

⁴⁹⁹ Normano atribuye esta competencia no deseada al carácter desorganizado de la inmigración japonesa al Perú a diferencia de la ocurrida en Brasil donde la migración estuvo concentrada en el campo bajo una forma de colonización agrícola que no alcanzó los centros urbanos. NORMANO, op cit, pág. 56-57.

⁵⁰⁰ LAUSENT, Pasado y Presente, op cit, pág. 26

⁵⁰¹ PORTER, Catherine. Japan's "penetration" of Latin America, *Far Eastern Survey*, Vol 4, N° 10, 05/1935, pág. 75

⁵⁰² ULLOA Alberto. *Derecho Internacional Público*, Madrid 1957, Vol I, pág. 425

⁵⁰³ Ibid, pág. 427

⁵⁰⁴ Jorge Basadre, EL PERÚ REPUBLICANO, en Perú en cifras 1944-1945, pág. 653. Citado por LAUSENT, Pasado y Presente, op cit, pág. 35.

colonias de inmigrantes japoneses en diversos países, señalando que la insistencia del gobierno japonés en controlar estrechamente a sus emigrados favorecía la constitución de colonias encerradas en sí mismas.

La publicación del DS de 1936 propició una verdadera guerra de estadísticas⁵⁰⁶ entre la legación japonesa “*que subestimaba sistemáticamente el número de sus nacionales a fin de no sobrepasar las cuotas, y el Ministerio de Relaciones exteriores del Perú*”⁵⁰⁷. La legación japonesa habría aconsejado incluso a sus conciudadanos de hacerse discretos y evitar a los censores⁵⁰⁸ mientras ella realizaba su propio censo que arrojaba la cifra de 13,031 residentes, lo cual estaba por debajo del límite fijado a la inmigración. Por su parte las autoridades peruanas estimaban en 22,000 el número de residentes de esa nacionalidad⁵⁰⁹, esta cifra coincidía con la publicada un año antes por el Japan Manchukuo Year Book.

El mismo Decreto Supremo extendía igualmente a las profesiones, oficios e industrias los alcances de la ley 7505 del 8 de abril de 1932 que fijaba en 80% el mínimo de personal nacional de empresas y establecimientos comerciales (art.10). El artículo 12 del mismo decreto permitía sin embargo continuar su trabajo a los extranjeros que tuvieran sus negocios ya establecidos pero prohibía su traspaso a otros extranjeros en caso de no cumplir con el porcentaje de personal nacional indicado.

La promulgación mereció la inmediata protesta de la legación japonesa en Lima. La protesta se fundaba en el carácter discriminatorio imputado a la norma; en la ausencia de negociación previa a la dación de la norma con las autoridades del Japón; en pretendidas contradicciones entre la norma y la postura anteriormente mantenida por la Cancillería peruana respecto al trato amistoso y equitativo a los japoneses; y en el acuerdo existente entre ambas partes⁵¹⁰. El 8 de julio del mismo año, el Señor Murakami, Ministro encargado de la Legación japonesa solicitó la derogación o suspensión del decreto,⁵¹¹ llegando incluso a realizar visitas a los ministros de Educación, de Gobierno y de Justicia para discutir el asunto, lo cual motivó una viva reacción del Ministro de RREE quien expresó que el órgano regular y exclusivo entre las misiones diplomáticas y el Gobierno era la Cancillería⁵¹².

En la mayoría de los casos, la aplicación del DS resultó dificultosa pues por lo general los pequeños comercios japoneses contaban únicamente con el patrón, algunos miembros de su familia que no eran considerados como empleados y dos o tres empleados, a veces japoneses, otros peruanos. “*Dicha medida obligaba a los padres japoneses – que hacían trabajar a sus*

⁵⁰⁵ LASKER, Bruno, Les peuples de l'Asie en mouvement, Payot, Paris, 1946, p106

« Il y a des raisons de croire que l'insistance mise par le gouvernement nippon à contrôler très étroitement ses émigrants, ce qui entraîne la constitution des colonies fermées, nuit partout au succès de celles-ci. »

⁵⁰⁶ En 1931 la junta de gobierno había expedido el Decreto Ley 7000 por el cual se hacía obligatoria la inscripción anual de todos los extranjeros residentes ante la Sección de extranjería. El primer considerando de dicho Decreto Ley rezaba lo siguiente:

“1° Que es necesario conocer periódicamente la condición de los extranjeros que han ingresado al país, a fin de determinar lo conveniente para preservar a la sociedad del elemento nocivo o peligroso”.

Esta norma fue modificada el mismo año por el decreto 7152 que extendía a cuatro años la validez de la inscripción pero luego fue derogada en 1932 volviéndose a la periodicidad anual.

⁵⁰⁷ LAUSENT, Presente y Pasado, op cit, pág. 35

⁵⁰⁸ Por Ley N° 8695, del 1 de julio de 1938, el Gobierno mandó levantar un Censo General de población. El anterior censo databa de 1876.

⁵⁰⁹ Ibid

⁵¹⁰ ULLOA, Alberto. *Posición Internacional del Perú*, Lima, 1977, pág. 356

⁵¹¹ Ibid, p357

⁵¹² Ibid, pág. 358

hijos con ellos con la idea de que algún día se hicieran cargo del negocio – a hacerlos registrar como peruanos, cosa que muchos de ellos no aceptaron. El decreto del 26/6/1936, que prohibía la transmisión por venta o por herencia de un negocio a un extranjero, no les dejó otra opción⁵¹³”.

Como consecuencia de esto, un gran número de japoneses empezó a organizar expedientes de naturalización “*con el notorio objeto de burlar las disposiciones que los afectaban*”⁵¹⁴. Para evitar esto, el gobierno dictó un decreto el 11 de julio de 1936 suspendiendo los trámites de naturalización.

Igualmente pudo observarse el considerable aumento de solicitudes de inscripción en los registros civiles de hijos de japoneses nacidos en el Perú que no habían sido inscritos oportunamente. La ley establecía entonces que la inscripción en el Registro debía producirse dentro de los ocho días posteriores al nacimiento. “*Para evitar este procedimiento desleal, se dictó la ley de 2 de abril de 1937 que anuló las inscripciones realizadas con posterioridad al mencionado decreto [del 26/6/1936] y prohibió la tramitación de otras nuevas*”⁵¹⁵.

La promulgación de esta ley fue motivo de nuevos reclamos de la Legación japonesa. Con fecha 25 de mayo de 1937, el Encargado de Negocios⁵¹⁶ del Japón remitió un Memorando al ejecutivo peruano en el que le expresaba sus opiniones y explicaba sus puntos de vista en relación a la referida norma⁵¹⁷.

El Memorando en cuestión consta de seis puntos. Los cuatro primeros presentan una explicación de las etapas por las que ha atravesado la inmigración japonesa y la relación existente entre los hijos de esos inmigrados y la patria que dio acoyo a sus padres. Al comentar esta relación y llamar la atención sobre la situación difícil en la que los había colocado las normas en cuestión, el diplomático japonés invoca a favor de ellos el principio de la nacionalidad efectiva, exponiendo que en aplicación de la ley 8526, se han visto privados de

⁵¹³ LAUSENT, Presente y Pasado, op cit, pág. 41

⁵¹⁴ ULLOA, *Derecho Internacional Público*, op cit, pág. 440

⁵¹⁵ Ibid. La ley referida es la 8526, parte de los considerandos estaba redactada como sigue:

Que, expedido el decreto supremo de 26 de junio de 1936 que establece limitaciones a la inmigración y a las actividades de los extranjeros en el Perú se ha dado notoriamente el hecho de que varios centenares de éstos se hayan presentado a los Jueces de Primera Instancia solicitando la inscripción de sus hijos en el Registro Civil, como nacidos en el Perú, alegando que esa inscripción no fué hecha oportunamente y acogiéndose al procedimiento no contencioso señalado en el artículo XIV de la Sección tercera del Código de Procedimientos Civiles;

Que el título II de la Sección sexta del Libro Primero del antiguo Código Civil establecía la obligación perentoria de inscribir los nacimientos en los Registros Civiles dentro del octavo día de ocurrido;

Que el artículo 339 del nuevo Código Civil establece también perentoriamente la obligatoriedad de la inscripción dentro del octavo día;

Que no es posible consentir en que sean burladas las disposiciones gubernativas actuándose indirectamente una naturalización irregular;

Que, por otra parte, el artículo 1839 del Código de Procedimientos Civiles establece que el procedimiento de inscripción de partidas en los Registros del Estado Civil puede ser contradicho; y el artículo 184° no dá carácter definitivo a dichas inscripciones sino después de seis meses, plazo dentro del cual se encuentran casi todos los procedimientos de inscripción referidos;

⁵¹⁶ Por aquella época la representación diplomática del Japón en el Perú no tenía el rango de Embajada y la Legación estaba a cargo de un Encargado de Negocios con rango de Ministro.

⁵¹⁷ Este memorando fue dado a conocer por el diario La República en edición especial del 20 de junio del 2001. La copia que presentamos en anexo 239 nos fue gentilmente proporcionada por el Sr. Edmundo Cruz, Jefe de la Unidad de Investigación de ese diario a y corresponde a la versión completa que por motivos de espacio seguramente no fue publicada por ese diario.

la nacionalidad peruana, “no obstante que habían nacido en el Perú, hablan su idioma, luchan y trabajan por el Perú, y ni siquiera conocen al Japón, el país de sus mayores”⁵¹⁸.

El quinto punto del memorando constituye una declaración por medio de la cual el encargado de la Legación comunica al Gobierno peruano detalles de la legislación japonesa sobre la nacionalidad y la manera como ella afecta a los hijos de los emigrados nacidos en el extranjero.

5.- Los japoneses entienden que el Perú no desea conceder a los extranjeros doble nacionalidad. Es justificado el concepto del Gobierno del Perú, pues no es posible esta duplicidad de algo tan único, tan indivisible como el amor patrio. La política del Japón y el sentimiento de los padres japoneses en este país están en completa conformidad con el criterio peruano en este punto, pues según la ley japonesa y la Ordenanza Imperial N° 262 expedida en el año 1924, se establece que los japoneses que nazcan en los países extranjeros indicados en la Ordenanza, y obtengan la nacionalidad de dicho país, pierden la nacionalidad japonesa; originándose desde el tiempo de nacimiento "Ipsa Facto" la aplicación de esta disposición, si no expresan la intención de conservar la nacionalidad conforme a lo dictado en el Reglamento y aunque sea conservado dicha nacionalidad, podrá renunciarla más tarde por el solo hecho de manifestar su intención en tal sentido. Entre los países indicados en la Ordenanza se halla el Perú. El espíritu de esta ley está en evitar la doble nacionalidad de los nacidos japoneses en país extranjero; por consiguiente, se ve que el gobierno del Japón no obliga a los hijos nacidos en el Perú a adoptar la nacionalidad japonesa. [el resalte es nuestro]

Esta declaración se acuerda perfectamente con anteriores declaraciones del mismo gobierno formuladas ante foros internacionales y que hemos revisado más arriba. En ella se expresa un repudio a las situaciones que propician los casos de doble nacionalidad. Exactamente la misma idea expuesta en el artículo primero del Borrador presentado ante el Comité de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional⁵¹⁹. No es exagerada entonces la afirmación contenida en este punto, según la cual “La política del Japón... esta(n) en completa conformidad” con un criterio opuesto a la doble nacionalidad. Esta posición es el fiel reflejo de las posiciones adoptadas por el Japón ante otras instancias.

En el mismo punto se explica la manera como opera la ley de nacionalidad japonesa sobre los hijos de japoneses nacidos en ciertos países extranjeros, dentro de los que se encuentra el Perú. Dice la nota: “*que los japoneses que nazcan en los países extranjeros indicados en la Ordenanza, y obtengan la nacionalidad de dicho país, pierden la nacionalidad japonesa; ..., si no expresan la intención de conservar la nacionalidad conforme a lo dictado en el Reglamento*”. De lo cual se desprende que son los hijos de los emigrados quienes deben expresar su intención de conservar la nacionalidad de sus padres, a falta de lo cual pierden dicha nacionalidad.

Así lo entendió el Doctor Alberto Ulloa Sotomayor, asesor jurídico de la Chancillería de aquella época y que había sido Ministro de Relaciones Exteriores el año precedente. En su

⁵¹⁸ Último párrafo del punto 4, ver anexo, pág. 240

⁵¹⁹ Ver anexo, pág. 229

obra “Derecho Internacional Público”, al referirse a la ley de nacionalidad japonesa, expresa lo siguiente:

*El hijo de japonés es japonés si en el momento de su nacimiento su padre es japonés (ley de 1899. Art. 1). El japonés nacido en el extranjero y que por el hecho del nacimiento ha adquirido la nacionalidad de otro país puede renunciar a la nacionalidad japonesa pero con licencia del Ministro del Exterior. Sin embargo, el japonés nacido en los Estados Unidos, Argentina, Brasil, Canadá, Chile y Perú, si ha adquirido por el nacimiento la nacionalidad de uno de estos países, pierde la nacionalidad japonesa si no **manifiesta su voluntad** de conservarla⁵²⁰. [el resalte es nuestro]*

De igual manera lo entendía también el tratadista brasileiro Ilmar Penna Marinho

Perda da nacionalidade – Perde a nacionalidade japonesa:

[...]

*d) O japonês nascido num país estrangeiro, especialmente designado para gozar dêsse favor por ordenação imperial e que adquirir a nacionalidade dêsse país, se não manifestar, de forma expressa, a **sua intenção** de conservar a nacionalidade originária, verificando-se aqui a perda retroativamente a partir do nascimento;⁵²¹ [el resalte es nuestro]*

No de otra forma lo entendía E.-P THÉBAULT⁵²²

*Le Japonais né dans un pays étranger désigné par ordonnance impériale et qui, à raison de cette naissance acquis la nationalité de ce pays, et qui ne manifeste pas expressément **son intention** de conserver la nationalité japonaise, perd cette dernière nationalité et cela, rétroactivement à compter du jour de sa naissance⁵²³. [el resalte es nuestro]*

En efecto, la sección segunda del artículo 20 de la ley de nacionalidad japonesa⁵²⁴ establece lo siguiente:

*A Japanese who, by reason of having been born in a foreign country designated by Imperial Ordinance, has acquired the nationality of that country, and who does not as laid down by order **express his intention** of retaining Japanese nationality, loses his Japanese nationality retroactively from his birth. [el resalte es nuestro]*

⁵²⁰ ULLOA. *Derecho Internacional...* op cit, pág. 435.,

⁵²¹ PENNA MARINHO, Ilmar, *Tratado sobre a nacionalidade*, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1956, vol. II pág. 381

⁵²² DE LAPRADELLE, NIBOYET, *Répertoire de droit international*, Recueil Sirey, Paris 1931., vol 9 Nationalité, pág. 687

⁵²³ El japonés nacido en un país extranjero designado por ordenanza imperial y que, en razón de su nacimiento adquiere la nacionalidad de ese país y que no manifiesta expresamente su intención de conservar la nacionalidad japonesa, pierde esta última nacionalidad retroactivamente a partir de la fecha de su nacimiento.

⁵²⁴ Ley N° 66 de Marzo de 1899 modificada por la Ley N° 27 de Marzo de 1916 y Ley N° 19 de Julio de 1924. Ver en Flournoy y Hudson, op cit, págs. 381 y sigts.

Y sin embargo todo esto contrasta con algunos testimonios que no es difícil encontrar, el propio Alberto Fujimori declara lo siguiente:

Este sistema japonés es muy sencillo, le correspondía el Koseki a cada hijo de padres japoneses que nacía fuera de Japón, al menos así era en la época en que nací. Por lo tanto, si mis padres son japoneses y yo nací en el Perú, es decir fuera de Japón, yo tengo mi Koseki.

*Me inscribieron como se hacía con todos los hijos de japoneses. **Yo era un recién nacido y no podía negarme a que mis padres me inscribieran.** El Koseki me dio acceso a la nacionalidad japonesa.*

...

*Mientras fui Presidente de la República del Perú, sólo ejercí la nacionalidad peruana, pues a pesar de conocer la existencia de mi Koseki -tal como fue explicado a los medios de prensa- **jamás solicité ante las autoridades de Japón el reconocimiento de mi nacionalidad japonesa.***⁵²⁵

Lo que afirma Fujimori es que él no expresó en ningún momento su “intención de conservar la nacionalidad” japonesa tal y como lo dejaba entender el memorando sino que esta fue manifestada a través de sus padres cuando él era un recién nacido y por lo tanto incapaz de manifestar voluntad alguna.

Lo cierto es que la reglamentación de la ley de la nacionalidad japonesa le da un cariz totalmente distinto a la cuestión de la manifestación de voluntad. En efecto, según esa reglamentación, no son “los japoneses que nazcan en el extranjero” los que deben manifestar su voluntad de preservar la nacionalidad japonesa, sino que son sus padres quienes deben hacerlo, y esto, dentro de los catorce días después del nacimiento⁵²⁶. En realidad el reglamento de la ley tampoco designa nominativamente a la o las personas que deben manifestar tal voluntad sino que reenvía a la Ley de Registro Familiar o Census Domicile Law, el reglamento en cuestión establece lo siguiente⁵²⁷:

Those desiring to preserve their nationality in accordance with the provisions of clause I of Article 20 (2) of the Nationality Law, and being those who are required to submit a report of birth by clause 1 or clause 2 of Article 723 of the Census Domicile Law, shall file a report to that effect, together with a report of birth, within the period set forth in Article 69 of the Census Domicile Law

Ciertamente, queda mucho por decir respecto de un sistema en el cual la inscripción de nacimientos se hace, no mediante el asiento individualizado dentro de un registro público, sino dentro de un registro familiar y sobre la influencia que tal sistema – que además en el caso del Japón es secular – pueda tener en las poblaciones habituadas a él y las posibilidades de libre elección que tal sistema permite. En efecto, ¿Cuál será el reflejo de todo padre acostumbrado a un tal sistema al producirse el nacimiento de un hijo suyo si no es el de inscribirlo en su registro familiar? Para las personas que estamos habituados al sistema de registros públicos, lo natural será inscribir el nacimiento en el registro correspondiente al lugar en el que dicho nacimiento se ha producido, sea cual sea este lugar. Para quienes han crecido dentro del sistema del registro familiar en cambio, sólo hay un lugar en el que se

⁵²⁵ FUJIMORI Alberto, “La Doble nacionalidad”, Tokio 12 de octubre del 2001, http://www.fujimorialberto.com/articles.php?article_id=64

⁵²⁶ KIYOSHI, H. op cit, pág. 185

⁵²⁷ Ordenanza N° 26 del 17 de noviembre de 1924. Ver en Flournoy y Hudso, op. cit. Pág. 386

puede inscribir ese nacimiento y ese lugar es aquel donde se encuentra su propio registro familiar, y este acto confiere casi automáticamente la nacionalidad japonesa.

No pretendemos con esto criticar en modo alguno la legislación japonesa, cosa que ni nos compete ni nos incumbe, sino simplemente contrastar las afirmaciones contenidas en el memorando con la realidad de los hechos que aparecen como totalmente distintos. Y la realidad de los hechos es que, no sólo no son los japoneses nacidos en el país extranjero quienes tienen la capacidad de elegir si conservan o no la nacionalidad japonesa sino que además la aseveración final del punto quinto: “*el gobierno del Japón no obliga a los hijos nacidos en el Perú a adoptar la nacionalidad japonesa*”, aparece como muy relativa, máxime si tenemos en cuenta el nivel cultural de los inmigrantes que, por lo general, venían a ofrecerse como mano de obra en las plantaciones y el grado de control que sobre esos emigrados ejercía el gobierno japonés tal y como ha sido descrito líneas arriba. A esto hay que agregar que todo parece indicar que la demanda de reserva de nacionalidad, que según el artículo citado líneas arriba, debe hacerse paralelamente a la demanda de inscripción en el Koseki, podía hacerse oralmente, con todas las presiones que esto deja suponer a más de la cuestión de la prueba.

Si hubo o no mala fe de la parte de la Legación del Japón al ofrecer una explicación tan poco exacta y mal ajustada a la realidad, es un asunto que el día de hoy carece de importancia, lo importante es lo que ha sido afirmado en ese memorando, el cual debe ser interpretado de la manera:

*Which is in harmony with the natural and reasonable way of reading the text*⁵²⁸.

Y esa manera da como resultado las interpretaciones de los distinguidos juristas antes mencionados.

Finalmente el sexto punto contiene un compromiso de actuar una investigación sobre los supuestos casos de inscripción en los registros peruanos de hijos de japoneses nacidos en Japón y un pedido de reconsideración de la norma que motiva el memorando.

3.2.2.1. Valor jurídico del memorando

3.2.2.1.1. Desde el punto de vista de la forma: el memorando como instrumento de la diplomacia

Como todo instrumento escrito dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores de la parte de una Misión Diplomática acreditada, el memorando en cuestión constituye una comunicación oficial al Estado acreditante⁵²⁹.

Desde el punto de vista de la forma, el memorando se aparenta a lo que en lenguaje diplomático se conoce como el aide-mémoire, este tipo de instrumento tiene por objetivo « *resumir los aspectos de una cierta cuestión en curso entre dos Estados, de exponer los aspectos, las consecuencias jurídicas y de mostrar el punto de vista del Estado que lo*

⁵²⁸ I.C.J. Reports 1952, judgement of July 22, 1952, Anglo-Iranian Oil Co., pág. 104.

⁵²⁹ CAHIER, Philippe. *Le droit diplomatique contemporain*, Paris-Geneve 1962, pág. 153

envía »⁵³⁰, este tipo de instrumento por lo general no viene firmado ni contiene formulas de cortesía.

En relación con los aide-memoires, el memorandum tiene un contenido mucho más completo. « *Su objetivo no es el de hacer exclusivamente una exposición de los hechos sino que más bien procede a formular un resumen histórico de la cuestión y de las negociaciones en curso, de justificar la política seguida por el Estado que lo envía, de precisar los términos políticos y jurídicos de un problema. A menudo es dirigido a Estados terceros para intentar convencerlos del justo fundamento de sus pretensiones o de la posición del Estado del que emana.* »⁵³¹

Pradier-Fodéré agrega que el memorandum demanda una redacción precisa y exacta, debe poder mantener la atención del lector sabiendo resumir y concluir, debe decir en un orden conveniente, con una lógica interrumpida lo que debe ser dicho y nada más.⁵³²

Por su parte Meisel anota que aun cuando el cuerpo del memorandum no contiene una introducción en forma, de ordinario comienzan por el enunciado de la ordenes que el agente diplomático ha recibido de su gobierno, luego de lo cual viene la exposición de los hechos que debe estar redactada en términos simples y convenientes, sin partes superfluas ni cumplimientos⁵³³.

Para Martens, el memorando está destinado a hacer una exposición circunstanciada de asuntos que son o devienen el objeto de una negociación política, de eventos que dan pie a una justificación de conducta o que motivan medidas de las cuales enuncia el objetivo y alcance. Los hechos que motivan el memorandum deben ser enunciados con orden y precisión, las consecuencias que estos hechos hayan ocasionado o puedan ocasionar deben ser establecidas con exactitud. Como todo escrito que tiene por objetivo aclarar una situación, los medios de persuasión deben fortificarse mutuamente encadenándose para que la convicción surja por si misma. Seria poco honorable desnaturalizar los hechos y forzar las consecuencias, exagerar los perjuicios reales o suponer otros imaginarios; seria pueril eludir las objeciones, impolítico oponerle una refutación superflua: la buena fe provoca la confianza y “*c’est de se donner des armes que de se montrer soucieux de son honneur*”⁵³⁴

3.2.2.1.2. Desde el punto de vista del fondo: El acto unilateral

*Se entiende por acto unilateral del Estado una manifestación de voluntad inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional*⁵³⁵.

⁵³⁰ Ibid, pág. 155

⁵³¹ Ibid

⁵³² PRADIER-FODÉRÉ. *Cours de droit diplomatique*, Paris, 1881, vol. 2, pág. 498

⁵³³ MEISEL, H. *Cours de style diplomatique*, Paris, 1826, vol II, pág. 180

⁵³⁴ MARTENS, Charles Baron de, *Le guide diplomatique*, 4 ed., Paris-Leipzig, 1851, vol. II, págs 269-272

⁵³⁵ Comisión de Derecho Internacional, Quinto informe sobre los actos unilaterales del Estado, 54° periodo de sesiones, Ginebra, 29 de abril a 7 de junio y 22 de julio a 16 de agosto de 2002, A/CN.4/525

Tal es la manera como la Comisión de Derecho Internacional, que viene ocupándose del tema, define al acto unilateral del Estado en su reciente sesión de mediados del 2002. La definición dada ha venido evolucionando desde la sesión 49° de la Comisión del año 1997, así por ejemplo se sustituyó el término “declaración unilateral” que había sido considerado al inicio de las discusiones, por el de mas amplio contenido de “actos unilaterales”⁵³⁶, igualmente se modificaron los términos “la intención de contraer *obligaciones* jurídicas” por la expresión “la intención de producir *efectos* jurídicos”⁵³⁷

Por acto jurídico se entiende, pues, “*la manifestación de voluntad realizada por un sujeto del ordenamiento jurídico internacional con la intención de producir efectos jurídicos en el plano internacional*”⁵³⁸ o bien, “*los actos jurídicos unilaterales son una manifestación de voluntad... están previstos en el derecho público internacional, dimanando de un solo sujeto de derecho y tienen como consecuencia la modificación del orden jurídico*”⁵³⁹

Ahora bien, el memorando que nos ocupa, ¿conlleva una intención de producir efectos jurídicos en el plano internacional? O se trata simplemente de una declaración política. La Comisión de Derecho Internacional admite la dificultad que plantea el tema de la diferenciación entre estos dos tipos de actos. En efecto, el Estado puede realizar actos de naturaleza política o de naturaleza jurídica. Para la Comisión, la diferenciación entre estos actos radica principalmente en su naturaleza intrínseca, en su alcance, en sus efectos y en los mecanismos que permiten el control de su ejecución a los Estados por él vinculados. Una declaración tendrá un carácter jurídico o político según que el Estado que la formula tenga la intención de contraer un compromiso jurídico o político.

Desde este punto de vista podemos constatar en primer lugar que el punto sexto del memorando contiene un compromiso expreso, una promesa de hacer algo, es decir, una obligación a cargo del Estado que la ha formulado. Pero sobre todo, es necesario considerar que la intención del memorando es la de obtener la derogación de la norma que anulaba las inscripciones tardías de los nacimientos de hijos de extranjeros y difícilmente se puede concebir que un Estado pretenda que otro Estado derogue una disposición legal emitida en salvaguarda de sus propios intereses, sin ofrecer algún tipo de garantía efectiva de que esos intereses no están siendo vulnerados y una garantía que no produce efectos jurídicos, es decir, que no produce efectos vinculantes para el Estado que la otorga, no es ninguna clase de garantía. Que el objetivo de este acto haya sido alcanzado o no, es en la especie, absolutamente irrelevante pues se trata, desde cualquier punto de vista de un acto exclusivamente unilateral, no solicitado.

3.2.2.1.2.1. Validez del acto

Al considerar las condiciones de validez de este acto, es necesario detenernos un momento en la capacidad del agente para comprometer la responsabilidad del Estado al que representa.

⁵³⁶ Ibid, pág. 13 parr. 51

⁵³⁷ ibid, pág. 14-15, parr. 60

⁵³⁸ URIOS MOLINER, Santiago. “*Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen común*”, citado en el quinto informe, loc cit, pág. 14, parr 57

⁵³⁹ REGALDIES, F. “*Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral et droit international public*”. Citado en el quinto informe, loc. cit. pág 14

En el orden jurídico internacional, como en cualquier otro orden jurídico, la capacidad de actuar está reservada a los sujetos que pertenece a ese orden. Pero no basta que el acto emane de un sujeto del Derecho Internacional, es necesario además que dicho acto pueda serle imputado, es decir, que emane de un órgano competente para representar al sujeto de Derecho Internacional⁵⁴⁰

Tradicionalmente y conforme a una práctica general y constante, los órganos calificados para representar al Estado en la esfera internacional son los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministros de Relaciones Exteriores y los diplomáticos debidamente acreditados (jefes de misión diplomática)⁵⁴¹. Por otro lado, la capacidad de los agentes diplomáticos para comprometer la responsabilidad del Estado está expresamente reconocida por la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas (art. tercero) y la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (art 7).

Según el diario La República que sacó a luz el memorando, este:

*Fue redactado por el encargado de negocios del Japón En la primera página se observa el sello de agua donde dice "Legación del Japón en Perú", y al centro el escudo nacional japonés. El memorándum fue recibido por mesa de partes de la Cancillería, el 28 de mayo de 1937. Fue registrado el mismo día con la clasificación 6-18 (código para los documentos proveniente del Japón) y el número de ingreso 26.*⁵⁴²

En esa época el Japón no tenía una delegación a nivel de embajada en el Perú y su Legación estaba a cargo de del Encargado de Negocios. Bajo reserva de no haber cotejado sus credenciales ante el Gobierno peruano, podemos afirmar de manera general que su capacidad para comprometer la responsabilidad de su Estado está reconocida por la costumbre apoyada en una práctica general y constante.

3.2.2.1.2.2. Interpretación

La interpretación de los actos jurídicos unilaterales es siempre un ejercicio difícil y delicado. La CDI que se viene ocupando del tema en sus recientes sesiones, ha propuesto un articulado referente a la "Regla General de interpretación"⁵⁴³ que si bien no es aun definitivo, establece las pautas que han de guiar el acto de interpretación. La interpretación de un acto unilateral debe considerar en primer lugar la intención del Estado que lo formula o realiza, intención que debe ser del conocimiento del destinatario⁵⁴⁴. Debe estar basada en la buena fe y en conformidad con el sentido ordinario que se atribuye a los términos y debe tener en cuenta el contexto en el que ha sido formulado, el contexto comprende "además del texto, su preámbulo y anexos"⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ MARTIN, A. L'Estoppel, op cit, pág. 276

⁵⁴¹ Ibid, pág. 277

⁵⁴² La República 20 de junio de 2001

⁵⁴³ CDI, quinto informe, A/CN.4/525.Add. 1, pág. 14, parr. 135

⁵⁴⁴ Ibid, pág. 13, parr. 129

⁵⁴⁵ Ibid, pág. 13, parr. 130

La intención del gobierno japonés al emitir este memorando era – como hemos indicado líneas arriba – de obtener la anulación de la norma (o en todo casi de sus efectos) que invalidaba las inscripciones de nacimiento tardías que perjudicaban principalmente a los hijos de japoneses nacidos en el Perú, así lo declara el preámbulo y la parte final del memo:

Con referencia a la Ley N° 8526 del 20 de abril del año en curso, relativa a la nulidad de las inscripciones de nacimiento de los hijos de extranjeros domiciliados en el Perú, el Encargado de Negocios del Japón desea expresar con sinceridad su opinión ante el Gobierno del Perú, explicando los puntos de vista del gobierno del Japón, así como el sentir de los japoneses residentes en este país

...

Por lo tanto, el Encargado de Negocios del Japón ruega al Gobierno del Perú quiera reconocer la validez de la inscripción de nacimientos presentada después de expedirse el Decreto Supremo tantas veces mencionado

Para lograr este objetivo a favor de los hijos de japoneses que han “nacido en el Perú, hablan su idioma, luchan y trabajan por el Perú, y ni siquiera conocen el Japón, el país de sus mayores”⁵⁴⁶, el gobierno del Japón explica cual es la concepción de la nacionalidad japonesa y en particular sobre la cuestión de la doble nacionalidad, concepción que está “en completa conformidad con el criterio peruano en este punto”⁵⁴⁷. El criterio peruano, como ya lo hemos visto⁵⁴⁸, no reconocía la doble nacionalidad ni consideraba como peruanos a los nacidos en el Perú de padres extranjeros que hubieran sido inscritos en los consulados de sus padres, si de tal inscripción resultaba la adquisición de esa nacionalidad. En otras palabras, el Japón declara que, al igual que el Perú, su país no reconoce la doble nacionalidad y agrega que “no es posible esta duplicidad en algo tan único, tan indivisible como el amor patrio” y a renglón seguido expone brevemente la manera como opera la ley japonesa en tales casos:

según la ley japonesa y la Ordenanza Imperial N° 262 expedida en el año 1924, se establece que los japoneses que nazcan en los países extranjeros indicados en la Ordenanza, y obtengan la nacionalidad de dicho país, pierden la nacionalidad japonesa; originándose desde el tiempo de nacimiento "Ipsa Facto" la aplicación de esta disposición, si no expresan la intención de conservar la nacionalidad conforme a lo dictado en el Reglamento

Al finalizar el memorando, “el Encargado de Negocios del Japón ruega al Gobierno del Perú quiera reconocer la validez de la inscripción de nacimientos presentada después de expedirse el Decreto Supremo tantas veces mencionado, satisfaciéndose con las explicaciones expresadas en este Memorándum”, en otras palabras, todo lo que ofrece el gobierno del Japón para alcanzar los fines que motivan el memorando, son las explicaciones vertidas en el. En tal sentido, el memorando sólo puede entenderse como una garantía ofrecida al Perú, de que ese Estado no reconoce la doble nacionalidad y que los hijos de japoneses nacidos en el Perú, si por tal hecho obtienen esta nacionalidad, pierden la japonesa a menos que expresen su intención de conservarla.

⁵⁴⁶ Memorando, punto 4 in fine, ver en anexo pág. 240

⁵⁴⁷ Ibid, punto 5

⁵⁴⁸ Supra, págs. 105 y ss.

Al respecto es interesante anotar que, luego de la fuga de Fujimori y el subsiguiente “reconocimiento” de su pretendida nacionalidad japonesa por parte de ese gobierno, el Primer Ministro Koizumi, expresaba al Presidente Toledo en el forum de la APEC en Shangai, su preocupación por los posibles sentimientos negativos que pudieran despertarse en el Perú frente a los japoneses o sus descendientes, a lo que el Presidente Toledo respondía que tal situación no existía. Dicha declaración fue considerada por el gobierno japonés como una garantía otorgada por el Presidente peruano⁵⁴⁹.

Además de la garantía, el memo contiene también una promesa que no deja de tener su importancia en el caso que nos ocupa. A propósito de las dudas surgidas sobre las posibles inscripciones como peruanos de hijos de japoneses nacidos en el Japón, el gobierno japonés niega tal posibilidad pero “*se reserva el hacer las investigaciones del caso, con el fin de saber si alguien cometió esta grave incorrección*”. Ahora bien, dicha investigación supone lógicamente no solamente una revisión de las inscripciones de nacimientos pasadas, sino igualmente un estricto control de las inscripciones a venir, sin lo cual el ofrecimiento japonés perdería toda eficacia. Teniendo en cuenta que Fujimori nació apenas un año después de la formulación de esta promesa, mal puede el Japón afirmar que ignoraba que poseía dicha nacionalidad tal y como ha sido sostenido en repetidas ocasiones.

* * *

La breve investigación hasta aquí efectuada demuestra que la posición actual del Japón se encuentra en abierta contradicción con las posiciones adoptadas por ese país por más de medio siglo en materia de nacionalidad. En efecto, la coerción ejercida por las políticas expansionistas y migratorias que han jugado un rol principal en su desarrollo histórico, las dificultades que dichas políticas encontraron más allá de sus fronteras, han llevado paulatinamente a una flexibilización de la concepción de la nacionalidad japonesa como manera de hacer frente a dichas dificultades. Ante las reticencias creadas en los países receptores de la emigración japonesa, a causa principalmente de los efectos de la doble nacionalidad y del control ejercido por el gobierno sobre sus colonias de emigrantes, el Japón comienza por modificar su propia legislación, llegando a derogar parcialmente al principio del *jus sanguinis*, a manera de excepción, en el caso de hijos de japoneses nacidos en países especialmente designados por ordenanza imperial. En el terreno internacional llega hasta proponer la primacía del *jus solis* al tiempo que postula la erradicación de los casos de doble nacionalidad.

Esta posición, adoptada durante el periodo de expansión colonialista, se ha profundizado aun más durante el periodo de la post guerra. En efecto, la derogación excepcional que suponía la ley N° 29 de 1924⁵⁵⁰, se ha visto generalizada a todos los casos mediante la legislación en materia de nacionalidad adoptada en 1950, el artículo noveno de dicha ley establece que el japonés que adquiere una nacionalidad extranjera por el hecho de su nacimiento en un país extranjero, perderá la nacionalidad japonesa si no manifiesta su voluntad de reservarla, a

⁵⁴⁹ Prime Minister Koizumi responded that there was concern in Japan that feeling in Peru against former President Fujimori might be linked to negative sentiments toward the Japanese people and Japanese Peruvians in Peru, but he understood from President Toledo's statement that this was not the situation in Peru. **Subsequently, Prime Minister Koizumi told President Toledo that he took the Peruvian President's words as a guarantee that there was no such situation.** Conferencia 26/10/01

<http://www.mofa.go.jp/announce/press/2001/10/1026.html#6>

⁵⁵⁰ Ver supra pág. 118

diferencia de la ley de 1924, la norma se aplica por igual a los nacimientos que tengan lugar en cualquier país extranjero⁵⁵¹. La modificatoria a la ley de nacionalidad decretada en 1984 retiene el principio enunciado (art. 12)⁵⁵² pero impone además la obligación, en los casos de doble nacionalidad, de optar por una de ellas (art. 14)⁵⁵³. En materia de doble nacionalidad, la dirección constante ha sido, pues, la de reducir al máximo los posibles caso.

De tal manera que las posiciones adoptadas actualmente por el Japón resultan incompatibles con las que ese mismo Estado ha mantenido anteriormente, tanto en foros internacionales como frente al Perú.

3.3. Conclusiones:

A lo largo de este capítulo estimamos haber probado de manera suficiente:

- Que el Japón ha reconocido la nacionalidad peruana de Fujimori.
- Que el Japón ha declarado formalmente ante un foro internacional ad-hoc que la legislación de un Estado concerniente a la nacionalidad y, por consiguiente, la atribución de su propia nacionalidad a un determinado individuo, no se impone por si sola a otro Estado a menos que haya mediado un acuerdo entre las partes
- Que estos hechos, combinados con la ausencia de reconocimiento de la pretendida nacionalidad japonesa de Fujimori por parte del Perú y a la luz de los preceptos que se desprenden de la sentencia Nottebohm, impiden al Japón invocar ante una Corte Internacional la pretendida nacionalidad japonesa como pretexto para no extraditar.
- Que en todo caso el Japón se encuentra estopped de invocar su propia nacionalidad en este caso por haber formulado una “representación” clara e inequívoca de considerar a Fujimori como peruano.
- Que el Japón ha reconocido y reconoce, tanto en su legislación interna como mediante declaraciones formuladas en foros internacionales, la vigencia del principio de la nacionalidad efectiva y por lo tanto se encuentra impedido de negar su validez y aplicación al caso actual.
- Que el Japón ha declarado formalmente al Perú no reconocer o en todo caso repudiar las situaciones de doble nacionalidad y por lo tanto, habiendo reconocido la nacionalidad peruana de Fujimori, está impedido de alegar la suya propia como pretexto para no extraditar

⁵⁵¹ RCDIP 39, 1950, pág. 485, ver igualmente en *U.N. Legislative Series, Laws Concerning Nationality*, New Cork 1954, pág. 273

⁵⁵² HOSOKAWA KIYOSHI, op cit, pág. 206

⁵⁵³ Ibid, pág. 208

4. Extradición

4.1. Concepto

Por “extradición” se entiende la entrega oficial de un fugitivo de la justicia, por parte de las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentra, a las autoridades de otro Estado que lo solicita con el propósito de someterlo a una acción penal o para el cumplimiento de una sentencia judicial.

La extradición es una institución del derecho internacional público y del derecho interno que los Estados emplean como instrumento de cooperación judicial en materia penal y que se encuentra regulada por una serie de principios que reposan sobre la idea de la soberanía del Estado.

La práctica de la extradición como método de cooperación en la lucha contra el crimen remonta a los orígenes mismos de la diplomacia formal. Así por ejemplo, el tratado de paz concluido entre Ramses II de Egipto y el príncipe hitita Hattusili III (1280 a. C.) contenía provisiones para el retorno de criminales de alguna de las partes contratantes que se hallaran en el territorio de la otra parte⁵⁵⁴. Se guarda memoria igualmente del tratado de extradición entre Inglaterra y Escocia de 1174⁵⁵⁵, Siena y Florencia de 1255⁵⁵⁶; del de 1376 concluido entre Francia y Saboya⁵⁵⁷ o de aquel otro concluido entre Francia, Austria y España en 1612⁵⁵⁸. Sin embargo, no es sino a partir del siglo XVIII que empieza a generalizarse la celebración de tratados de extradición entre los Estados, si bien todos los periodos de la historia ofrecen ejemplos de entrega de fugitivos como muestra de cortesía de un soberano a otro y la extradición, aun en ausencia de tratado, es practicada de manera corriente en nuestros días.

Desde el punto de vista doctrinal, la extradición en su concepción moderna empieza a ser estudiada por los tratadistas de mediados del siglo XIX. Los estudios de Billot (1874), Lammasch (1887) y J. B. Moore (1891) constituyen clásicos que siguen siendo citados hoy en día. Entre los esfuerzos de estudio colectivo cabe destacar las tempranas resoluciones del *Institut de droit international* en sus sesiones de Oxford (1880), Ginebra (1890) y Paris (1894); el proyecto para una Convención de Extradición para América elaborado por la Comisión Internacional de Juristas (1912); la proposición de la rama francesa de la *International Law Association* para una convención multipartita de extradición (1926); el reputado *Código Bustamante*, propuesto en la Sexta Conferencia Internacional de Estados Americanos (1927) y que incluía un título sobre la extradición; el borrador de convención propuesto por el programa de *Research in International Law* de la Universidad de Harvard

⁵⁵⁴ SHEARER, Ivan Anthony, *Extradition in international law*, Manchester University Press, 1971, pág. 5. El tratado contenía el acuerdo expreso de que las personas que fueran entregadas en base a él, no se verían sujetos a penas severas como mutilaciones o la destrucción de sus hogares y familias.

⁵⁵⁵ REZEK, José Francisco, Reciprocity as a basis of extradition, *BYBIL* 52, 1981, pág. 171

⁵⁵⁶ ADINOLFI, Salvatore, L'Extradition, *RIDP*, n° 5, 1928, pág. 441. El autor anota que la violación de este tratado dio lugar a la batalla de Monteaporto

⁵⁵⁷ BILLOT, A, *Traité d'extradition*, Paris 1874, pág. 37

⁵⁵⁸ Harvard Law School Research In International law, Draft Convention on Extradition, Introductory Comment, *AJIL* 29 (Supplement) 1935, pág. 41

(1935) considerado por algunos como el más importante trabajo de investigación realizado sobre la materia; el informe elaborado por el X Congreso de la *Asociación Internacional de Derecho Penal* (1968); y la resolución de Cambridge del *Institut de droit international* que en 1984 se ocupó nuevamente de la materia, entre otros.

La importancia de este tipo de cooperación judicial interestatal ha sido subrayada por cantidad de tratadistas y políticos, a continuación nos limitamos a reproducir algunas de las recogidas en la nota introductoria del ya citado estudio realizado por la Harvard School of Law⁵⁵⁹:

I should have thought that it [extradition even in the absence of reciprocity] was very desirable, taking the lowest point of view, to get rid of the foreign criminals, if the foreign country desires to have them. (R. T. Holland, Legal Adviser to the Colonial Office, Report from Select Committee [of the House of Commons] on extradition, (1868), par. 1018, p. 51.)

En primer lugar, está el interés general ligado a la conservación del orden, a la observación de la justicia y a la represión del crimen, interés que existe, si bien en mayor grado, tanto en el país de refugio, como en aquel en el que la infracción fue cometida. Las naciones ya no viven aisladas como en los siglos precedentes... Resulta de un interés general el impedir que el culpable adquiera la impunidad y que la ley triunfe en todos lados: el desorden y el crimen son contagiosos.

La extradición no es sólo un medio de represión, es también un efecto de prevención. Los delitos son cometidos – por la mayor parte – con esa idea que alimenta el culpable, de escapar al castigo disimulando su falta... Cada nación tiene, por lo tanto, un interés directo en impedir esos cálculos peligrosos y prevenir los crímenes y rechazar a los culpables que vienen a refugiarse bajo la protección de su soberanía...

Finalmente, cada Estado tiene interés, desde un tercer punto de vista, en acordar las extradiciones que le sean demandadas: es la condición necesaria de la reciprocidad que él espera de las otras Potencias. (Billot, Traité de l'Extradition (1874) § 3, pág. 11).

Es una opinión casi universalmente admitida en nuestra época, que la entrega recíproca de delincuentes es una cosa conforme al interés de los diversos Estados. De esta manera, en efecto, se logra que las sentencias produzcan sus efectos en el lugar en el que el delito ha sido perpetrado...

...Debería considerársela [a la extradición] no como establecida en favor de tal o cual Estado, o motivada exclusivamente por consideraciones de utilidad recíproca o por la letra muerta de convenciones que derivan de los tratados, sino como la más amplia aplicación del principio de la justicia penal. (Fiore, Traité de Droit Pénal international et de l'Extradition (1880) traducido [al francés] por Antoine, § 301, pág. 453 y § 311, pág. 462.)

Es, a la vez que librar a los jueces competentes un individuo culpable o presumido de tal, asegurar el ejercicio de la justicia represiva y adquirir un

⁵⁵⁹ AJIL 29 (suplemento), págs. 32 - 35

*derecho a la reciprocidad de la parte del Estado requirente. Hemos establecido, en efecto, que los Estados tiran de la extradición una ventaja general uniéndose en una seguridad mutua contra los malhechores, librándolos a la justicia del país cuyas leyes han violado y una ventaja particular en la intimidación que resulta para sus sujetos, de una medida que los amenazaría a ellos mismos si quisieran sustraerse, por medio de la fuga, a la reparación de sus crímenes. A este doble interés, los publicistas añaden la ventaja especial que se procuran las naciones, de asegurar una exacta reciprocidad en el intercambio que ellas se proponen hacer de sus criminales. (Bernard, *Traité Theorique et Pratique de l'Extradition* (2a. edición, 1890), II, p. 31.)*

*The motive of such surrender is the "common interest of civilized communities." It is of a twofold character corresponding to the dual nature of government, first as the guardian of the domestic interests of the governed, then as their agent charged with the maintenance of good relations with their neighbors; each government desiring; (1) to protect its own citizens from the menace to which their tranquility is exposed by the immigration of dangerous persons, (2) to promote friendly relations with their neighbors by refusing to allow the criminal flying from the justice of the country where his crime was committed to seek an asylum within its borders. (Biron and Chalmers, *The Law and Practice of Extradition* (1903), p. 1.)*

The motives for extradition.

The commissioners were of opinion that the extradition of fugitive criminals is founded on the following twofold motive:

1. That it is the common interest of mankind that offenses against person and property, offenses which militate the general well-being of society, should be repressed by punishment, as the means of deterring others from committing as well as of deterring the criminal from repeating the offense, as also of disabling the offender, either permanently or temporarily, from further crime.

2. That it is to the interest of the State into whose territory the criminal has come that he shall not remain at large therein, inasmuch as from his past again be guilty of crime. No State can desire that its territory should become a place of refuge for the malefactors of other countries. It is obviously its interest to get rid of them,

*On the first of these grounds we may reasonably claim from all civilized nations that they shall unite with us in a system which is for the common benefit of all; in other words that they shall concede to us reciprocity in the matter of extradition. But, looking to the second and narrower ground, it seems to us that, even if any State should fail to concede full reciprocity, there is no principle which should make this country unwilling to surrender, and so get rid of, the fugitive subjects of other States who have been guilty of crime, and whose surrender is asked for. (Piggott, *Extradition* (1910), p. 16, quoting from the Report of the Royal Commission, May, 1878.)*

Por lo demás, toda nación, aun en ausencia de reciprocidad, tiene interés en librar a los criminales que han hallado refugio dentro de su territorio, pues esta medida es bastante más eficaz que una simple expulsión... Adicionalmente, el Estado de refugio tiene especial interés en contribuir a la represión de crímenes, aun de los cometidos fuera de sus límites, en razón de los peligros a los cuales

esos crímenes pueden exponer a sus nacionales en el extranjero, hipótesis esta muy preocupante teniendo en cuenta la extensión creciente de las relaciones comerciales e internacionales. (Saint Aubin, L ' Extradition et le Droit Extraditionnel (1913), I, p. 39.)

Sometimes it is said that crimes, or at least the more serious crimes, are not merely an infraction of a command which a particular society chooses to give; they sap the foundations of social life, they are an outrage upon humanity at large, and all human beings therefore ought to contribute to repress them. More often it is said that all nations have a common interest in the repression of crime, that its commission is encouraged when a criminal enjoys immunity so soon as he leaves the territory of his country, and that in order to secure reciprocity states must give up criminals at the demand of their neighbors. (Hall, A Treatise on International Law (8th ed. by Higgins, 1924), p.68.)

Quizás no este demás recordar aquí las palabras del vocero del Ministro de RREE del Japón a propósito de la entrega de Kazue Yoshimura por parte de las autoridades peruanas. La ciudadana japonesa era buscada por las autoridades de su país bajo la sospecha de haber participado en un atentado contra la embajada francesa en La Haya. Si bien no se trataba de una extradición sino de una expulsión, esta tenía todos los visos de una extradición encubierta. La nota pone de manifiesto la importancia que el gobierno japonés le otorga al tema de la cooperación internacional en materia judicial.

The arrest of Japanese Red Army member Kazue Yoshimura Foreign Ministry Spokesman Hiroshi Hashimoto: Good afternoon, ladies and gentlemen. "Kazue Yoshimura, a member of the Japanese Red Army was arrested thanks to the cooperation extended by authorities of the Republic of Peru. I would like to take this opportunity to express our great appreciation to the Government of the Republic of Peru. This arrest truly shows how important international cooperation is in the prevention of terrorism, including the finding and arresting of terrorists. I would like to continue with actually promoting this international cooperation vigorously."⁵⁶⁰

4.2. Definiciones

Proponer una definición que satisfaga a todos los espíritus en un tema tan controvertido como la extradición, es quizás una tarea imposible, en todo caso muy superior a nuestras capacidades. A continuación presentamos algunas de las definiciones que han encontrado mayor eco.

La extradición es a la vez un acto auxiliar y un acto de soberanía que se opera bajo la responsabilidad del Estado que la acuerda. Este debe intentar combinar los deberes que le imponen tanto su propia soberanía como las exigencias de una buena administración de la justicia sobre el territorio del Estado requirente⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Press Conference by the Press Secretary, 11 June 1996. Ver en:

<http://www.mofa.go.jp/announce/press/1996/6/611.html>

⁵⁶¹ Institut de droit international, Sesión de Bruselas, AIDI III, 1879-1880, pág. 256

*La extradición es el acto por el cual un Estado libra a una persona inculpada de un crimen o delito o que ha sido condenada, al Estado que tiene derecho a juzgarla o punirla*⁵⁶².

*Extradition is the judicial rendition, by one sovereign state to another, of fugitives charged with having committed an extraditable offence and sought for trial or already convicted and sought for punishment*⁵⁶³

*L'extradition est un acte d'assistance judiciaire interétatique en matière pénale qui vise à transférer un individu pénalement poursuivi ou condamné du domaine de la souveraineté judiciaire d'un Etat à celui d'un autre Etat*⁵⁶⁴

*L'extradition est l'acte par lequel un Etat livre un individu, accusé ou reconnu coupable d'une infraction commise hors de son territoire, a un autre Etat qui le réclame et qui est compétent pour le juger ou punir*⁵⁶⁵.

*L'extradition est l'acte par lequel un Etat livre un individu, trouvé sur son territoire, a un autre Etat – qui le lui a demandé au auquel il l'a offert – pour des fins pénales*⁵⁶⁶.

4.3. El deber de extraditar

La cuestión de saber si el derecho internacional impone a los Estados el deber de extraditar ha sido materia de arduos debates⁵⁶⁷. Si bien la práctica de la extradición a través de las distintas épocas de la historia no ha sido puesta en duda, los fundadores de derecho internacional moderno discutían en cambio sobre la existencia de una obligación legal o solamente moral de extraditar.

Para Grotius y la escuela naturalista, el Estado tenía la obligación de extraditar o, en su defecto, punir al delincuente requerido por otro Estado, este enunciado daría origen a la máxima *aut dedere aut punire* (entregar o punir) o su variante, *aut dedere aut judicare* (entregar o juzgar). Tal punto de vista fue soportado por Vattel, Heineccius, Burlamaqui, Rutherford, Schmelzing y Kent⁵⁶⁸.

Similar posición adoptaban en 1878 los miembros de la *Royal Commission on Extradition* de Gran Bretaña, para quienes el deber de extraditar, aun en ausencia de tratado, resultaba de un interés propio:

⁵⁶² ROLIN, Albéric. “Quelques questions relatives à l'extradition”, *RCADI* I 1923, pág. 182

⁵⁶³ BLAKESLEY, Christopher L. *RIDP*, N° 62, 1991, pág. 381

⁵⁶⁴ SCHULTZ, Hans, Rapport général provisoire sur la question IV pour le Xe Congrès de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome *RIDP*, 39, 1968, pág. 788

⁵⁶⁵ BILLOT, A, op cit, pág 1

⁵⁶⁶ MERCIER, A, L'Extradition, *RCADI*, 1930 III, n° 33, pág. 172

⁵⁶⁷ Hacemos abstracción aquí de las obligaciones derivadas de alguna norma imperativa del derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad)

⁵⁶⁸ SHEARER. op. cit. pág. 24

It seems to us that, even if any State should fail to concede full reciprocity, there is no principle which should make this country unwilling to surrender, and so to get rid of, the fugitive subjects of other States who have been guilty of crime and whose surrender is asked for. We would therefore suggest that extradition treaties with other States, which appear to be practically of use only for the purpose of ensuring reciprocity, should no longer be held to be indispensable, and that, while the power in the Crown of entering into extradition treaties with other nations, as now existing by statute, should still be retained, statutory power should be given to the proper authorities to deliver up fugitive criminals whose surrender is asked for, irrespectively of the existence of any treaty between this country and the State against whose law the offence has been committed. It is as much to our advantage that such criminals should be punished, and that we should get rid of them, as it is to that of the foreign State that they should be brought within the reach of its law⁵⁶⁹.

Desde la otra orilla, con Pufendorf a la cabeza de los positivistas, apreciaban la extradición sólo como una obligación imperfecta que requiere de un acuerdo explícito para devenir una obligación perfecta en derecho internacional y asegurar una reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados contratantes⁵⁷⁰. Soportaban esta opinión Voet, Martens, Klüber, Leyser, Kluit, Saalfeld, Schmaltz, Mittermaier y Heffter⁵⁷¹.

Por otro lado, el principio de reciprocidad es frecuentemente citado como base de una obligación de extraditar, si bien un buen sector de la doctrina - por lo general proveniente de países del *common law* que no practica la extradición si no existe tratado - ve en él solamente un acto de cortesía que en todo caso no obliga al Estado a extraditar sino que faculta a otros Estados, en caso de no observación del principio por parte del primero, a proceder a la correspondiente no observación del principio al tiempo que lo deslegitima a reclamar ese principio en su favor⁵⁷². Esto no obstante, el principio de reciprocidad reposa sobre sólidas bases que se sustentan en el interés común de las naciones en su lucha contra la criminalidad y en la presunción de que ningún Estado desea ver convertido su territorio en un paraíso de delincuentes en el cual puedan encontrar refugio que los ponga al abrigo de la justicia de su propio país.

El principio de reciprocidad como base para otorgar la extradición es reconocido expresamente por la legislación de diversos Estados, entre los que se encuentran: Argentina, Ecuador, Alemania, Hungría, Israel, México, Panamá, **Perú**, Suiza y Venezuela⁵⁷³. Dentro de estos países se encontraría igualmente el **Japón**⁵⁷⁴.

Si bien los casos en que se ha concedido la extradición únicamente en base a la reciprocidad y en ausencia de todo tratado son numerosos, la sola reciprocidad no parece ser fuente de obligación alguna. Así lo considera la ley peruana de extradición que reconoce que esta se

⁵⁶⁹ Ibid, pág. 29-30. Gran Bretaña sin embargo no concede la extradición sin tratado de por medio.

⁵⁷⁰ BASSIOUNI, Cherif, *International extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications INC. NY, 3a Ed., 1996, pág. 5

⁵⁷¹ SHEARER, op. cit., pág. 24

⁵⁷² DEVA BEDI, Satya, *Extradition in international law and practice*, Rotterdam, 1996, pág. 48

⁵⁷³ DEVA BEDI, op. cit., pág. 50

⁵⁷⁴ KIMURA, Eisaku, "Les problèmes actuels de l'extradition", Informe sobre la extradición en Japón en el X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, RIDP 39, 1968, pág. 695

puede conceder sólo de manera excepcional en base a la reciprocidad⁵⁷⁵, a esto hay que agregar la declaración hecha por el Perú ante el Concejo Permanente de la OEA sobre Extradición, Secuestro de Activos y Asistencia Mutua en materia legal⁵⁷⁶ donde se afirma que la concesión de la extradición por reciprocidad no es obligatoria sino discrecional para el Estado requerido.

De tal manera que parece un hecho establecido que en el actual estado del derecho internacional, no existe ninguna obligación de extraditar en ausencia de un tratado. Así lo expresaban al menos, en declaración conjunta, los jueces Evensen, Tarassov, Guillaume y Aguilar Mawdsley en el caso Lockerbie⁵⁷⁷

En lo que respecta al derecho internacional, la extradición es, en efecto, una decisión soberana del Estado requerido, el cual en ningún caso está obligado a acordarla. Por otro lado, en derecho internacional no existe obligación de perseguir judicialmente a falta de extradición. Si una tal fórmula ha sido preconizada por parte de la doctrina desde la época de Covarruvias y Grotius, ella nunca ha sido parte efectiva del derecho positivo. En esas condiciones, todo Estado es libre de solicitar una extradición y todo otro Estado es libre de rehusarla. En caso de denegarla, este Estado no se encuentra obligado a iniciar ninguna acción judicial.

Pero si bien parece ser cierto que el derecho internacional no impone ninguna obligación de extraditar, lo contrario es igualmente cierto, es decir, que en derecho internacional no existe ninguna obligación de no extraditar⁵⁷⁸. Como bien lo anotan los jueces en la declaración citada, la extradición es *una decisión soberana del Estado requerido*. Así lo constataba ya M. Charles Brocher en el informe dirigido al *Institut de droit international* en la primera deliberación dedicada al tema en su sesión de Bruselas de 1878

*Cualquiera sea la manera en que ella se opera, sea que se efectúe espontáneamente, sin compromiso anterior, o bien que haya estado precedida de un tratado o de una disposición de derecho interno, la extradición se presenta como acto de soberanía*⁵⁷⁹

En su siguiente sesión en Oxford, M. Louis Renault confirmaba este punto de vista en el proyecto de resolución que presentara al Instituto:

2-La extradición sólo puede ser practicada de manera segura y regular si existen tratados y es deseable que estos sea cada vez más frecuentes.

⁵⁷⁵ Ley 24710, art. 3° “Se reconoce excepcionalmente la extradición por reciprocidad dentro de un marco de respeto a los derechos humanos y con las limitaciones de los artículos 6° y 7°”

⁵⁷⁶ OEA/Ser.G GE/REMJA/doc.29/99 add. 2, 22 de agosto de 1999, ver en:

http://www.oas.org/juridico/english/permanent_council_peru.htm

⁵⁷⁷ Affaire Lokerbie, CIJ Recueil 1992, pág. 136.

⁵⁷⁸ En ese sentido ver Brownlie: “With the exception of alleged crimes under international law, in the absence of treaty, surrender of an alleged criminal cannot be demanded as of right. On the other hand, no general rules forbids surrender, and this is lawful...” BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a Ed., 1998, pág.318. Igualmente Puente Egido: “...car s’il n’existe pas en droit international une obligation générale interétatique de remise des délinquants, qui le serait seulement en vertu d’une règle coutumière, il n’existe pas non plus une autre qui l’empêcherait en l’absence de traité.” J. PUENTE EGIDO, L’extradition en droit international: Problèmes choisis, *RCADI* 231, 1991, pág. 46

⁵⁷⁹ AIDI, Sesión de Bruselas, 1879-1880, pág. 205

3-Sin embargo, no son los tratados los que hacen de la extradición un acto conforme al derecho y ella puede operarse aun en ausencia de todo vínculo contractual⁵⁸⁰.

Comentando esta resolución años después, el jurista Alberic Rolin, miembro del Instituto, anotaba que:

Todos los autores están de acuerdo en reconocer que en principio y desde el punto de vista del derecho internacional, nada se opone a que la extradición sea acordada sin tratado, si bien se admite que la legislación de un estado pueda prohibir al gobierno de efectuarla⁵⁸¹.

Poco tiempo después, en otro curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, André Mercier afirmaba que:

La extradición... es generalmente considerada como un derecho incontestable de los Estados, tanto desde el punto de vista interno cara a los individuos, como desde el punto de vista internacional, es decir, del Derecho de Gentes⁵⁸².

Sin detenerse mayormente en discusiones de tipo teórico, el autor se limita a constatar que,

...así como todos los Estados se reconocen el derecho de penalizar, igualmente todos se reconocen el derecho (diferente por otro lado) de extraditar. Este derecho... los Estados se lo reconocen tanto cara a los individuos, en virtud de su soberanía interna, como desde el punto de vista del derecho internacional público, en virtud de su soberanía exterior⁵⁸³.

De hecho, como lo menciona el eminente jurista más adelante, sin ese derecho los Estados no tendrían la capacidad para concluir incluso tratados de extradición.

Este derecho o facultad del Estado ha sido reconocido expresamente por la CIJ en el caso del Derecho de Asilo (caso Haya de la Torre):

⁵⁸⁰ IDI, sesión de Oxford, AIDI 1881-1882, pág. 99.

Esta proposición suscitó un vivo debate. M. Prins objetaba que sin tratado, la extradición no es una medida de derecho sino una arbitrariedad, que es en el tratado que el individuo sujeto a extradición debe encontrar la determinación de sus derechos, de los derechos del Estado en cuyo territorio se encuentra y de las condiciones que puede exigir. La objeción de Prins suponía que sin tratado no es posible extraditar.

La objeción fue rechazada unánimemente. M. Westlake observa que el tratado no está destinado a salvaguardar los derechos del individuo sino a regular las relaciones entre los Estados. Sir Travers Twiss considera que el artículo no hace sino consagrar una facultad del Estado. Para Clunet el fundamento real de la extradición no se encuentra en los tratados sino en la justicia misma. Martens opinaba que la extradición está basada en la conciencia de los Estados, sobre el sentimiento de solidaridad, los Estados – agrega – deben formar una sociedad de gente honesta, lo cual supone deberes recíprocos. M. Rolin-Jacquemyns va más lejos, para él, el derecho internacional no se encuentra basado en los tratados sino en un derecho preexistente y en cuanto a la extradición, afirma que existe entre los Estados un *vinculum juris* que los obliga a extraditar aun en ausencia de tratados. Finalmente la proposición inicial fue aprobada con una modificación que agregaba el término “solamente” (Ibid, págs. 106-109) “Sin embargo, no son *solamente* los tratados los que hacen de la extradición un acto conforme al derecho, ella puede operarse incluso en ausencia de todo vínculo contractual.

⁵⁸¹ ROLIN, Alberic, "Quelques questions relatives a l'extradition", *RCADI* 1, 1923, pág. 187

⁵⁸² MERCIER, A., Op cit, pág. 175.

⁵⁸³ Ibid

*Una decisión relativa a la extradición implica solamente el ejercicio normal de la soberanía territorial.*⁵⁸⁴

Parece claro entonces que en ausencia de una norma imperativa del derecho internacional (jus cogens), de un tratado que lo obligue o de una norma de derecho interno que lo impida, todo Estado es en principio libre de decidir en cada caso si absuelve el requerimiento que se le hace o lo deniega, esto en base a la potestad discrecional del Estado o al llamado Dominio Reservado de la competencia nacional.

4.4. La Competencia Discrecional o Dominio Reservado

Según el Dictionnaire de Droit International Public⁵⁸⁵, el dominio reservado es el

Dominio de actividades en el cual el Estado, al no estar ligado por el derecho internacional, goza de una competencia totalmente discrecional y, en consecuencia, no debe soportar ninguna intromisión de la parte de los otros Estados o de las organizaciones internacionales.

La noción de dominio reservado, si bien es anterior a él, no comienza a ser estudiada en detalle sino con la aprobación del Pacto de la Sociedad de Naciones y la jurisprudencia internacional subsiguiente.

El artículo 15, párrafo 8 del Pacto estaba concebido en los siguientes términos:

Si una de las Partes pretende y si el Consejo reconoce que el diferendo porta sobre una cuestión que el Derecho Internacional deja a la competencia exclusiva de esa Parte, el Consejo dejará constancia en un informe pero sin recomendar ninguna solución.

El proyecto original del Pacto no contenía ninguna referencia al dominio reservado, este fue introducido a iniciativa del Presidente Wilson como una medida para vencer las resistencias del Senado americano de adherir al Pacto⁵⁸⁶. Su inclusión fue duramente criticada por los tratadistas de la época, su existencia misma fue negada, y sin embargo la Carta de la ONU retomaría el principio en términos aun más condescendientes para con la idea de soberanía y es considerado generalmente como un retroceso para el derecho internacional en comparación a su precedente. En efecto, mientras en el Pacto la delimitación del dominio reservado se opera en base al derecho internacional⁵⁸⁷, en la Carta no se hace ninguna referencia a él⁵⁸⁸. El artículo 2, párrafo 7 de la Carta está concebido en los siguientes términos:

⁵⁸⁴ Colombian-Peruvian asylum case, Judgement of November 20th, 1950: ICJ Reports 1950, pág., 274

⁵⁸⁵ *Dictionnaire de droit international public*, bajo la dirección de Jean Salmon, Bruylant, Bruselas 2001

⁵⁸⁶ Ver al respecto el artículo de Gerge SCALLE : "Critique du soi-disant domaine de « compétence exclusive »". RDILC 14, 1933 págs 365 a 394.

⁵⁸⁷ El tema sin embargo hizo correr mucha tinta debido principalmente a las divergencias existentes entre el texto inglés y el francés, ambos considerados oficiales. En el affaire de los decretos de nacionalidad la CPIJ no haría sino echar más leña al fuego al declarar que:

“Desde un cierto punto de vista podría decirse que la competencia de un Estado es exclusiva dentro de los límites trazados por el derecho internacional, tomando este término en su sentido amplio, que comprende a la vez el

Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

Quizás uno de los primeros estudios en detalle sobre la cuestión del dominio reservado sea el de Nicolás Politis quien le dedicara un curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1925. Para Politis, el dominio reservado es:

...aquel de las actividades que, no habiendo aun sido reguladas por el derecho internacional, quedan reservadas a la competencia exclusiva de su titular.

Este dominio reservado:

...porta sobre cuestiones vinculadas a la vida íntima de los Estados; sobre asuntos que, aun cuando pudieran ofrecer por algún lado un carácter internacional, afectan principalmente, cuando no exclusivamente, los intereses de un solo país al punto de poder ser considerados como asuntos propios...

Ahí, cada país puede reivindicar un poder absoluto. Arreglar sus asuntos domésticos como mejor le parezca sin preocuparse de la repercusión internacional que puedan ocasionar. Ninguna intervención extranjera es admitida, ningún control exterior. Su competencia es exclusiva en el sentido de que no puede ser rivalizada por ninguna otra, ni por la de un juez, ni incluso por aquella de un mediador o un conciliador.⁵⁸⁹

El primer problema que planteaba una definición tan vaga como la propuesta por el párrafo 8 del artículo 15 del pacto era, evidentemente, el del contenido de ese dominio reservado. La CPIJ no tardaría a enfrentarse a esa cuestión cuando, en el caso de los decretos de nacionalidad de Túnez y Marruecos, su opinión fuera requerida sobre la cuestión de saber si tales decretos, que afectaban a la nacionalidad de sujetos británicos que se encontraban sobre esos territorios, pertenecían a la esfera del dominio reservado como alegaba la potencia colonial que los ocupaba. La Corte no pudo sino constatar lo impreciso de la cuestión limitándose a señalar que, en su opinión, el caso de la especie entraba dentro de ese dominio:

La cuestión de saber si una determinada materia entra o no dentro del dominio exclusivo de un Estado es una cuestión esencialmente relativa: ella depende del

derecho consuetudinario y el derecho convencional general o particular. Pero un atento examen del párrafo 8 del artículo 15 demuestra que no es en ese sentido que se habla de competencia exclusiva.

Las palabras "competencia exclusiva" parecen más bien considerar ciertas materias que si bien pueden tocar de cerca los intereses de más de un Estado, no se encuentran, en principio, reguladas por el derecho internacional. En lo que concierne a esas materias, cada Estado es dueño absoluto de sus decisiones." CPIJ, Avis consultatif du 7 février 1923 relatif à l'affaire des décrets de nationalité, Serie B, N° 4, págs., 23-24

⁵⁸⁸ Para un análisis comparativo detallado entre ambas normas, referirse a las discusiones del Institut de Droit International en sus sesiones de Bath, Siena y Aix, y particularmente a los informes de Ch Rousseau en las dos primeras sesiones. AIDI 43, 1950 t. I, págs 5 a 41, AIDI 44, 1952 t. I, págs 137 a 180 y AIDI 45, 1954 t. II, págs. 108 a 393.

⁵⁸⁹ POLITIS, Nicolas-Socrate, "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *RCADI*, 1925 t. I, pág. 43.

*desarrollo de las relaciones internacionales. Es así que, en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad se encuentran en principio, según la opinión de la Corte, comprendidas dentro de ese dominio reservado.*⁵⁹⁰

La solución planteada por la Corte supone un abandono de todo intento de delimitación teórica del dominio reservado y apela a una construcción fáctica mediante el análisis de cada caso en particular. Sin embargo, la imposibilidad de realizar dicha tarea no tardaría en hacerse evidente⁵⁹¹ y la noción de dominio reservado, que evoca de por sí un concepto de espacio delimitado, fue eventualmente abandonada por parte de la doctrina para preferirle la de **competencia discrecional**.⁵⁹²

Esta competencia discrecional viene definida como:

*Poder jurídico que un Estado o un órgano ejerce con la facultad de fundarse sobre motivos dejados a su propia apreciación... Facultad de actuar libremente sin que la conducta a seguir se encuentre dictada de antemano por una regla de derecho*⁵⁹³.

Dentro de las materias que habitualmente se reconoce que caen dentro de la esfera de la competencia discrecional del Estado se encuentran las cuestiones de la nacionalidad, de la inmigración y emigración⁵⁹⁴, el comercio internacional⁵⁹⁵ las tarifas aduaneras⁵⁹⁶, la expulsión de ciudadanos extranjeros⁵⁹⁷ y la extradición⁵⁹⁸ entre otras.

De tal modo pues que en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a una materia – la extradición de Fujimori – en la que sólo el Japón es competente para decidir, pues en efecto, se habla de competencia discrecional cuando sólo un Estado posee la cualidad para pronunciarse sobre un hecho. Lo anterior se desprende de la sentencia de la CPJI en el affaire de los Faros:

*[...] toda atribución legislativa comporta generalmente la facultad discrecional de apreciar la necesidad y la urgencia de su ejercicio [...] de estas consideraciones resulta que sólo el gobierno Otomano, y posteriormente el Parlamento turco, tenían la capacidad para decidir si un determinado Decreto Ley debía o no dictarse.*⁵⁹⁹

⁵⁹⁰ CPIJ, Avis consultatif du 7 février 1923 relatif à l'affaire des décrets de nationalité, Serie B, N° 4, págs., 23-24

⁵⁹¹ “En cuanto a definir la extensión exacta de este dominio, es una tarea imposible para el jurista. La determinación de las materias dejadas a la competencia nacional es, por lo tanto, una cuestión de hecho en cierto sentido, ya que se reduce a la constatación de materias que, en un momento dado, no se encuentran reguladas por el derecho internacional.” Informe y proyecto de resoluciones provisionales presentadas por Ch. Rousseau, *AIDI* 43, 1950 t I, pág. 15

⁵⁹² La denominación fue propuesta por George Scelle en un artículo publicado en 1933 (ver supra, nota 586).

⁵⁹³ Dictionnaire.. op cit.

⁵⁹⁴ SCELLE, loc cit, pág 369

⁵⁹⁵ Esta es una materia en la que se puede constatar la reducción progresiva de la competencia discrecional de los Estados, sobre todo en los últimos años.

⁵⁹⁶ En el informe antes citado, Charles Rousseau afirma que las cuestiones de aduanas y de inmigración se encontraban dentro de las motivaciones principales que llevaron a los EEUU a incluir la noción de dominio reservado en el Pacto, loc cit., pág. 9

⁵⁹⁷ ROLIN, H, Principes de droit international public, *RCADI* 77, 1950 t II pág. 404

⁵⁹⁸ Ibid, pág. 385

⁵⁹⁹ CPJI, Serie A/B 62, sentencia del 17 de marzo de 1934, pág. 22.

Y esa competencia discrecional consiste:

*...en la libertad del Estado para elegir los motivos de sus decisiones.*⁶⁰⁰

Sin embargo, como lo señalaba Scelle⁶⁰¹, no existe competencia absolutamente discrecional, la idea de competencia supone una norma de derecho que se la otorga y su ejercicio puede ser contestado y controlado por un juez⁶⁰². Esta potestad no es incondicional, los Estados forman parte de una comunidad internacional y por lo tanto están sujetos a ciertos deberes y deben obedecer a las exigencias del derecho internacional que no les permite usar de su libertad si no es en conformidad con la finalidad social en virtud de la cual esa libertad les ha sido reconocida⁶⁰³.

*Siempre hay, en efecto, un punto en el que toda competencia se encuentra implícitamente reglamentada: es en lo que concierne a su finalidad. La competencia no es conferida en el vacío. Todo poder social tiene un objetivo social; la regla consuetudinaria o escrita tiene una dirección. La competencia conferida con un objetivo determinado no puede ser ejercida sino en vista a alcanzar ese objetivo y en la dirección y sentido de la regla de derecho que la instituye. Si es utilizada con una finalidad distinta, cesa de tener toda eficacia, desaparece. El acto jurídico engendrado por su ejercicio es anulable.*⁶⁰⁴

Una decisión arbitraria es la negación del derecho, es el capricho. El uso de una competencia discrecional es la aplicación de un poder jurídico. Las dos cosas son esencialmente incompatibles.

*Hacer degenerar una competencia discrecional en un poder arbitrario es cometer aquello que en todos los lenguajes jurídicos se llama un abuso de derecho... El abuso de derecho o desvío de poder consiste esencialmente, para el agente jurídico, en servirse de los poderes que le han sido conferidos por la norma de derecho con una finalidad distinta a aquella por la cual fue escrita la norma. El agente jurídico puede entonces actuar conformemente a su competencia formal, observando todas las formalidades de procedimiento que le son impuestas y, sin embargo, realizar un acto jurídicamente y completamente nulo desde el punto legal porque lo ha hecho con una finalidad para la cual esos poderes no le han sido confiados.*⁶⁰⁵

4.5. Límites al dominio reservado

⁶⁰⁰ JOVANOVIĆ, Stevan, *Restrictions des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Pédone, Paris, 1988, pág. 109

⁶⁰¹ Loc cit, pág. 381

⁶⁰² Jovanovic, op cit, pág 16

⁶⁰³ Politis, op cit, pág. 88

⁶⁰⁴ Scelle, op cit, pág. 381

⁶⁰⁵ CIJ, Mémoires 1948, affaire de las Condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas, exposición oral de G. Scelle (Francia), pág. 76

Politis aludía ya a esta limitación que el derecho internacional aporta a la libertad discrecional de los Estados

Por otro lado, el dominio reservado no es ilimitado al punto de escapar a todo control. El dominio reservado significa que, en ciertos casos, la libertad de los Estados no se encuentra sometida a ninguna reglamentación. Esto no quiere decir que esa libertad sea incondicional, que no encuentre límites generales. Los Estados, muy a pesar de estas libertades, siguen siendo miembros de la comunidad internacional. En ese sentido, se encuentran sometidos a ciertos deberes y deben, antes que nada, obedecer a las exigencias del derecho internacional que sólo les permite el uso de esta libertad en conformidad con el objetivo social por el cual se la ha reconocido.⁶⁰⁶

Por su parte, Henri Rolin anotaba que:

Es en el ejercicio de esas competencias, dejadas o conferidas a los Estados por el Derecho Internacional y que son ejercidas de manera discrecional siempre que no se encuentren ligadas por reglas del derecho internacional, que los Estados pueden hallarse confrontados con el correctivo que resulta de la noción de abuso de derecho.⁶⁰⁷

En consecuencia, esta competencia discrecional de los Estados no es ilimitada, ella se encuentra restringida por el derecho internacional. Scelle definía a la competencia como un *poder de querer un efecto de Derecho*⁶⁰⁸, por lo tanto, si ese querer, ese acto volitivo es contrario al objeto social del cual emana el poder en que se funda, entonces el derecho internacional que es el que regula la esfera de relaciones en la cual interactúa ese poder, tiene la capacidad para restringirlo y reorientarlo en el sentido que exige el objeto social.

El mismo Rolin, en su exposición oral en el affaire Nottebohm aludía a estas restricciones:

El derecho internacional tiene, en efecto, dos maneras de limitar la competencia de los Estados en el orden interno.

La primera consiste en proceder por la vía de la reglamentación directa y la segunda, de limitar indirectamente la competencia de los Estados por medio de la determinación de la finalidad de esta competencia, es decir, de los objetivos que debe seguir, de los propósitos a los que debe dirigirse.⁶⁰⁹

El juez Tanaka exponía un punto de vista similar en su opinión disidente sobre el caso del Sudoeste africano. En la especie se trataba de saber si los poderes otorgados a la potencia Mandataria escapaban a cualquier tipo de control, el artículo segundo que establecía el Mandato estipulaba que “El Mandatario gozará de plenos poderes de administración y de legislación sobre el territorio...”. Aludiendo a dicho artículo el juez opinaba que:

⁶⁰⁶ POLITIS, loc cit, pág 88

⁶⁰⁷ Exposición oral de H. Rolin (Bélgica), affaire de la Barcelona Traction, CIJ Memoires, Plaidories et Documents, vol VIII, pág. 35- 36

⁶⁰⁸ SCELLE, op cit, pág. 372

⁶⁰⁹ CIJ Memoires Affaire Nottebohm, vol II, pág 406

Lo que acabamos de citar no significa que el Mandatario goce de una latitud ilimitada en el ejercicio del poder discrecional que le ha sido conferido para ejecutar las obligaciones que se desprenden del mandato. El ejercicio de ese poder se encuentra limitado primeramente por las mismas disposiciones del instrumento del Mandato...

Y más adelante agregaba aludiendo esta vez a esa noción de limitación indirecta:

Sobre este punto, la cuestión es de saber si el amplio poder discrecional conferido por el primer párrafo del artículo 2 excluye toda posibilidad de violación del Mandato distinta de las violaciones de las provisiones mismas del Mandato antes mencionadas. Si una norma jurídica cualquiera es aplicable al poder discrecional del Mandatario, ella constituye entonces un límite a ese poder y una eventual trasgresión de dicha norma acarrea una violación del mandato y por lo tanto, la posibilidad de un recurso judicial en la materia.⁶¹⁰

Las restricciones que pueden aportarse a la competencia discrecional del Estado están basadas, pues, en normas, normas que pueden ser de carácter especial – como en el caso del Mandato antes mencionado – o normas generales, que pueden ser explícitas o implícitas⁶¹¹, y que regulan de manera indirecta la potestad discrecional y que resultan de los principios generales del derecho⁶¹²

4.5.1. Abuso de derecho:

Se entiende por abuso de derecho:

- A. *[El] Ejercicio por parte de un Estado de un derecho, de un poder o una competencia de una manera o con un objetivo que no corresponde a las finalidades de ese derecho, de ese poder o de esa competencia... En la teoría del abuso de derecho, no es la existencia del derecho la que es puesta en duda sino la modalidad de su ejercicio cuando esta resulta perjudicial para un tercero*
- B. *Uso irrazonable de un derecho⁶¹³*

This is a doctrine based on the premise that a State is in breach of international law if it exercises a right in such a way as to prejudice another State in exercising a right it enjoys.⁶¹⁴

In international law, abuse of rights refers to a State exercising a right either in a way which impedes the enjoyment by other States of their own rights or for an end different from that for which the right was created, to the injury of another State.⁶¹⁵

⁶¹⁰ Affaires du Sud-Ouest Africain, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, págs. 283-284

⁶¹¹ Ver opinión individual del juez Van Wyk en el affaire del Sudeste africano, op cit, pág. 151

⁶¹² ROLIN, H, Principes... Op cit, 396

⁶¹³ Dictionnaire de droit international public

⁶¹⁴ Parry and Grant Encyclopaedic dictionary of international law, Oceana publications 1986

⁶¹⁵ Encyclopaedia of public international law, North-Holland 1984, vol 7

Como se puede apreciar, este principio general del derecho implica, de la parte de un Estado, el ejercicio de un derecho de una manera tal que ocasiona un daño a un tercero y un correlativo desbalance entre los dos resultados obtenidos, es decir, que el ejercicio del derecho no aporta mayores beneficios a su titular, de tal manera que resulta superfluo para él o en todo caso es inferior en intensidad al perjuicio ocasionado al otro Estado. El principio engloba las nociones de buena fe (intención de perjudicar) y uso razonable de un derecho (en relación a la finalidad de ese derecho) así como las ideas de exceso o desvío de poder.

Bien que la noción de abuso de derecho parece echar sus más lejanas raíces en la máxima del derecho romano *Summun jus, summa injuria*⁶¹⁶, la técnica jurídica que reposa en esta noción no empieza a ser desarrollada sino a mediados del siglo XIX. Así por ejemplo, la jurisprudencia francesa recoge la siguiente fórmula que habría sido pronunciada en 1870:

*Si bien es cierto que en principio el uso de una facultad legal no podría constituir una falta, es muy distinto cuando el uso de tal facultad degenera en abuso.*⁶¹⁷

Una tal construcción supone que un derecho ejercido malamente o imprudentemente, para perjudicar a otro, no tiene de derecho sino la apariencia. En el fondo es ilícito y da lugar a responsabilidad⁶¹⁸.

En derecho civil francés esta disciplina se extendería a todos los derechos, sin distinguir si el origen de los mismos derivara de una relación contractual o de la ley. Una tal concepción supone que los derechos constituyen prerrogativas sociales que sólo pueden ser ejercidas socialmente con miras a fines lícitos y bajo responsabilidad de sus titulares⁶¹⁹. Dentro de tales parámetros, existiría abuso de derecho cuando el interés general resulta lesionado por el sacrificio de un interés individual muy fuerte en aras de un interés individual más débil.⁶²⁰

Paralelamente, en derecho administrativo francés se desarrolla la noción de exceso o desvío de poder que implica, de la parte de la administración pública, la realización de un acto que ha estado determinado por una finalidad que no tenía derecho a alcanzar⁶²¹.

La noción de abuso de derecho se desarrolla también en otros países, el mismo Politis menciona los ejemplos de la legislación belga, alemana, suiza, soviética. Iluyomade agrega a esta lista los casos de la legislación mexicana, etiope, la jurisprudencia inglesa, norteamericana y canadiense⁶²². Ilmar Penna Marinho por su parte, citando a Mahmoud Fathy, nos ofrece una apreciación general del principio desde el punto de vista de la legislación musulmana:

1.º, o exercício de um direito não pode verificar-se senão de acôrdo com a finalidade para a qual foi o mesmo outorgado ; 2.º, o exercício de um direito deixa de ser legitimo, a partir do momento em que o dano que acarreta é excessivo ; 3.º, ninguém deve exercer seu direito, quando o respectivo exercício

⁶¹⁶ Exposición oral de H. Rolin (Bélgica), affaire de la Barcelona Traction, CIJ Memoires, Plaidories et Documents, vol VIII, pág. 36

⁶¹⁷ POLITIS, loc cit, pág 79

⁶¹⁸ Ibid pág 78

⁶¹⁹ Ibid pág 79

⁶²⁰ Ibid, pág. 81

⁶²¹ Ibid, pág. 84

⁶²² ILUYOMADE, B. O., "The scope and content of a complaint of abuse of right in international law", *HILJ* 16, 1975, págs. 55-61.

*não lhe proporcionar proveito algum e constituir um risco de prejuízo para outrem.*⁶²³

Politis ha sido quizás el primer tratadista en proponer el empleo del principio del abuso de derecho dentro del ámbito del derecho internacional como método para restringir la competencia discrecional de los Estados cuando esta competencia es usada de manera insensata, arbitraria o con el fin de lesionar a otro u otros Estados. Para el eminente jurista:

Un Estado será tenido por responsable del uso de su libertad de acción si de esta resulta un perjuicio para la comunidad internacional por el hecho de que el interés más fuerte de otros Estados ha sido sacrificado al interés más débil representado por el acto ejecutado

*Existe responsabilidad internacional si el uso aparentemente legal de una libertad ha sido motivada por fines subalternos, es decir, con un objetivo distinto a aquel por el cual el derecho internacional le ha conferido la libertad en cuestión... Su ejercicio [el de la competencia discrecional] cesa de ser legítimo, se convierte en abusivo, cuando obedece a preocupaciones egoístas al punto de ser un obstáculo inútil a las libertades de los otros miembros de la comunidad internacional*⁶²⁴.

Scelle por su parte anotaba que:

*El abuso de derecho o desvío de poder consiste esencialmente, de la parte del agente jurídico, en servirse de los poderes que le han sido conferidos por la regla de derecho, con un objetivo distinto a aquel por el cual la regla fue escrita. El agente jurídico puede entonces actuar conformemente a su competencia formal, observando todas las formalidades procesales que le son impuestas y sin embargo realizar un acto jurídicamente y completamente nulo desde el punto de vista legal porque lo ha realizado con una finalidad para la cual esos poderes no le han sido confiados.*⁶²⁵

A diferencia de Politis y otros tratadistas que argumentan que la noción de abuso de derecho en derecho internacional es una transposición dentro de esta esfera, de principios de derecho interno que se encuentran en todos los sistemas legales, para Jovanovic la noción encuentra sus raíces en el derecho internacional mismo⁶²⁶ y esto en base a dos consideraciones. La primera es que las restricciones a la competencia discrecional de los Estados constituyen un elemento de la técnica jurídica del derecho internacional y la segunda, basada en el background social, es que estas restricciones resultan de la evolución de la comunidad internacional y son necesarias desde el momento que se admite la existencia de un interés común de los Estados⁶²⁷. Desde este punto de vista,

⁶²³ PENNA MARINHO. Op cit, t. 1, pág. 387.

⁶²⁴ Ibid, pag.86 - 87

⁶²⁵ CIJ, Memoires... 1948, Avis consultatif sur les conditions d'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies, Exposición oral de M. Scelle (Francia), pág. 76

⁶²⁶ De la misma opinión es Scelle: "Esta técnica... no es especial del derecho privado o del derecho interno. Ella se aplica en todo orden jurídico, porque es simplemente la expresión de una técnica necesaria de la regla de derecho". SCELLE, Exposición oral, op cit, pág 76.

⁶²⁷ JOVANOVIC, pág 136

La función, la sustancia de la noción de abuso de derecho es la de limitar los poderes de los que dispone el sujeto de derecho en exceso y al margen de la norma que instituye ese poder.

Sin esta prescripción jurídica suplementaria, el derecho (el poder) podría ser ejercido de manera inaceptable, «abusiva» y violar el interés de otros sujetos de derecho o el interés general...

*El abuso de derecho constituye, pues, una prescripción relativa al ejercicio de un derecho, pero esta prescripción no está prevista en la norma que instituye el derecho*⁶²⁸

De este modo,

*El sujeto de derecho actúa dentro del marco de su derecho pero su acción es ilícita porque viola un interés jurídicamente protegido*⁶²⁹

Como se puede apreciar, una definición exacta del abuso de derecho parece ser una tarea espinosa. La labor resulta aun más ardua si consideramos que, como lo advertía ya Politis⁶³⁰, la teoría casi no es citada expresamente en la jurisprudencia. Sin embargo se puede constatar, como lo afirma Kolb⁶³¹, que el abuso de derecho se presenta a menudo bajo la forma de conceptos variados como la prohibición de lo arbitrario, el desvío de poder, el abuso de poder o de discreción, los actos emulativos, los actos ultra vires, el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*⁶³² en el ajuste de competencias, los actos de mala fe, los actos insensatos, etc. Este autor propone cuatro acepciones en las cuales se manifiesta el abuso de derecho y que nosotros seguiremos más adelante al momento de probar la existencia de abuso de derecho por parte del Japón en el caso que nos ocupa. Estas cuatro acepciones serían: La intención de ocasionar daño; el desvío de poder; la desproporción manifiesta de intereses y; lo arbitrario, lo insensato.

Como toda construcción teórica, la doctrina del abuso de derecho no deja de tener sus detractores, aun cuando aquellos que le niegan toda eficacia dentro del derecho internacional constituyen una reducida minoría. Sin embargo, la abundancia de referentes jurisprudenciales nos dispensaran de mayores discusiones sobre ese aspecto puramente teórico de la discusión⁶³³.

4.6. Recepción de la teoría del abuso de derecho en la jurisprudencia internacional

Caso Tacna y Arica

⁶²⁸ Ibid p 170

⁶²⁹ Ibid, pág 171

⁶³⁰ POLITIS, op cit, pág 93.

⁶³¹ KOLB, Robert, *La bonne foi en droit international public*, Presses Universitaires de France, Ginebra, 1a edición, 2000, pág.463.

⁶³² So use your own property as not to injure that of another. Ballentines law dictionary, 3a edición, 1969

⁶³³ Para un análisis crítico y detallado sobre esas posiciones, referirse a KOLB, op cit, págs 451-461.

En el Caso Tacna y Arica, uno de los argumentos que hacía valer el Perú como prueba de la política de chilenización que impedía, según la tesis peruana, la realización del plebiscito, era la aplicación de la ley chilena de conscripción a los jóvenes peruanos, con el objeto de que estos abandonaran el territorio privando de esta manera de voto a esos peruanos. Chile respondía que la conscripción no era utilizada como manera de chilenizar a los reclutas peruanos; que los hijos de peruanos que se reclamaban de esa nacionalidad no eran sujetos de conscripción y; que el Perú no había puesto en evidencia los requerimientos de la ley chilena con respecto al servicio militar de los peruanos.

El árbitro desechó la primera objeción chilena por no responder a la imputación peruana. En efecto, Perú no alegaba que la conscripción estuviera siendo usada para chilenizar peruanos sino para eliminar sus votos del plebiscito puesto que los jóvenes peruanos preferían emigrar antes de entrar al servicio del ejército chileno. Igualmente fue desechada la tercera objeción.

En cuanto a la segunda objeción, el árbitro constataba que en una circular del 12 de febrero de 1920, el ministro chileno de RREE, luego de afirmar que según la Constitución de Chile, la aplicación de la ley de conscripción era legalmente aplicable a todas las personas que se encontrara en los territorios de Tacna y Arica, agregaba que por disposición administrativa, todos los jóvenes nacidos en Tacna y Arica que hubieren declarado su preferencia por el Perú, serían eliminados del servicio militar en estas provincias. A estas consideraciones, el árbitro confrontaba unas doscientas declaraciones juradas en las que los declarantes afirmaban haber sido forzados a abandonar los territorios cautivos debido a su renuencia a aceptar el servicio militar en el ejército chileno sin que por su parte Chile hubiera refutado estas declaraciones.

El árbitro observaba que:

... in a considerable number of cases, particularly in the year 1923, the Chilean conscription laws have been used not so much for the obtaining of recruits (...) but with the result, if not the purpose, of driving young Peruvians from the provinces.

Y concluía:

So far as this has been done, the Arbitrator holds it to be an abuse of Chilean authority⁶³⁴.

Para Jovanovic, se trataba de una irrefutable manifestación de desvío de poder.

“El árbitro condena el ejercicio de una competencia completamente discrecional porque su finalidad es irregular. De esta sentencia se desprende que incluso esta categoría de competencia posee una finalidad, realiza una función, lo cual tiene por efecto restringir el poder absoluto.”⁶³⁵

Caso Lalane Ledour

⁶³⁴ RSA II, pág. 941

⁶³⁵ JOVANOVIC, op cit, pág. 182

En este caso, el jefe de aduana del puerto de Ciudad Bolívar había rehusado el embarco de 120 bovinos influenciado por el Presidente del Estado de Guyana quien tenía intereses importantes en una empresa competidora. El árbitro concluyó que:

These facts being taken into consideration in the light of an impartial and just appreciation, the conviction results that an abuse of authority was committed by the president of the State of Guayana by refusing, in his capacity as an associate of the firm of Fonseca & Co., to permit the shipment of cattle under the same conditions that his commercial firm had adopted in prior shipments, and that this abuse was arbitrarily sustained by the chief of the customs of Ciudad Bolívar⁶³⁶,

Caso El triunfo

Esta disputa surge a propósito del cierre del puerto de El Triunfo y la consiguiente ruptura de contrato por parte del gobierno de El Salvador. Este gobierno había entregado en concesión cierto territorio de la Bahía de Jilisco a una compañía americana para la construcción y explotación de un puerto con una franquicia de 25 años. Una vez construido el puerto, este fue cerrado por orden del gobierno. El árbitro consideró que:

It is abhorrent to the sense of justice to say that one party to a contract, whether such party be a private individual, a monarch, or a government of any kind, may arbitrarily, without hearing and without impartial procedure of any sort, arrogate the right to condemn the other party to the contract, to pass judgment upon him and his acts, and to impose upon him the extreme penalty of forfeiture of all his rights under it, including his property and his investment of capital made on the faith of that contract.⁶³⁷

Caso Saghi vs Irán⁶³⁸

En el caso Saghi, la demanda de Allan Saghi fue desestimada en aplicación de la teoría del abuso de derecho. James Saghi había fundado la sociedad Novzohour Paper Industries en 1950 como único propietario. En 1975 el gobierno de Irán dicta la Ley de Expansión de Propiedad de Unidades Productivas que obliga a ciertos sectores industriales a ofrecer en venta el 49% de sus acciones en favor de sus empleados y al mismo tiempo limita a 25% el capital que puede ser poseído por extranjeros. En preparación a la implementación de esta ley, se opera una reestructuración en la NPI y se lleva a cabo una redistribución del accionariado. James Saghi transfiere parte de las acciones a sus hijos Michael y Allan así como a sus tres hijas y a su secretaria ejecutiva y mediante un crédito financiero transfiere la propiedad nominal del 49% a 19 de sus empleados.

Allan Saghi había nacido en Irán en 1957, aun cuando sus padres eran americanos, la ley iraní le permitía adquirir esa nacionalidad si optaba por ella, sin embargo al alcanzar su mayoría de edad, Allan Saghi no había realizado ninguna acción en ese sentido. Sólo en el momento en que resultó obvio para sus propietarios que la Ley de Expansión sería aplicada a la NPI es que Allan Saghi se dirige al consulado iraní en Nueva York para reclamar esa nacionalidad, la

⁶³⁶ RSA X, pág. 18

⁶³⁷ RSA XV, pág. 478

⁶³⁸ Iran US Claims Tribunal Reports, Grotius Publications, Cambridge University Press, vol 29, 1993, págs. 20-58.

misma que le fue reconocida y de esta manera, el 48.24% del accionariado de la sociedad pasó a sus manos escapando así la familia Saghi a los condicionamientos de la ley que imponía a los extranjeros un límite de 25% en la propiedad de ciertas industrias.

El tribunal arbitral Irán US, había adoptado en la decisión administrativa A18⁶³⁹ el principio de la nacionalidad efectiva para los casos de dobles nacionales que tuvieran alguna reclamación que presentar contra uno de los dos Estados de los que eran nacionales. Estas reclamaciones fueron siempre admitidas a condición de que el reclamante no tuviera como nacionalidad efectiva aquella del Estado contra el cual presentaba reclamo.

Ahora bien, Allan Saghi era un doble nacional, cuya nacionalidad efectiva era la americana y, como tal, su reclamo cabía dentro de los límites de la interpretación de la decisión A18. Sin embargo, el tribunal consideró el hecho de que en la generalidad de casos presentados, la doble nacionalidad resultaba de una imposición de la ley (americana o iraní) que arrojaba como resultado que el interesado se viera investido de dicha nacionalidad sin la intervención de ningún acto volitivo de su parte. En el presente caso la situación era distinta. El tribunal decidió que:

Allan consciously sought and obtained Iranian nationality solely for the purpose of having certain shares in N.P.I. placed in his name in order to minimize the adverse effects of the Law for Expansion. The Tribunal holds that in these exceptional circumstances, fundamental considerations of equity require that Allan Saghi - a dual national with dominant and effective U.S. nationality should not be permitted to recover against Iran, even if the related benefits, i.e., the shares in N.P.I. he acquired with the use of his Iranian nationality, were not limited to Iranians by Iranian law. To rule otherwise would be to permit an abuse of right.

Ciertos intereses alemanes en Alta Silesia Polaca.

En aplicación del artículo 88 del tratado de Versailles, Alemania debía ceder a Polonia el territorio de la Alta Silesia polaca, el artículo 256 del mismo tratado preveía la adquisición por parte de Polonia de los bienes públicos alemanes que se hallaban sobre ese territorio, mientras que el Protocolo de Spa de 1918 prohibía a Alemania disminuir sus haberes públicos. Polonia acusaba a Alemania de haber cometido abuso de derecho al haber alienado ciertos bienes públicos, en particular la fábrica Chorzow.

La Corte descarta la posibilidad de que Polonia pudiera invocar en su favor el Protocolo de Spa y reconoce que Alemania tenía un poder discrecional para disponer de los bienes públicos situados sobre esos territorios antes de que se operase la transferencia de soberanía prevista en el tratado de Versailles pues este no contempaba ninguna inmovilización de los bienes en causa y que por lo tanto la venta era lícita. Sin embargo, la Corte admite la posibilidad de que un abuso de derecho pudiera producirse:

Hasta el momento de de la transferencia efectiva de la soberanía, Alemania ha conservado sin ninguna duda el derecho de disponer de sus bienes y sólo un abuso de derecho o una falta al principio de la buena fe podría dar a un acto de

⁶³⁹ Ver supra, pág. 67

*alienación el carácter de violación del tratado; un tal abuso no se presume, incumbe a quien lo alega el presentar la prueba.*⁶⁴⁰

Es claro en este pasaje que, en opinión de la Corte, un abuso de derecho puede determinar la ilegalidad del ejercicio de una competencia discrecional, competencia discrecional cuya existencia, sin embargo, la misma Corte reconoce. Más adelante la Corte examina si tal abuso se ha producido en efecto:

Queda por examinar si Polonia puede prevalerse frente a Alemania, de un abuso del derecho poseído por esta de alienar las propiedades situadas sobre el territorio plebiscitado, antes de la transferencia de la soberanía.

*En opinión de la Corte, un tal abuso no se ha verificado en el caso actual. El acto en cuestión no ha sobrepasado los límites de una administración normal de los bienes públicos y no ha tenido como designio el procurar una ventaja ilícita a una de las Partes interesadas ni de privar a la otra de alguna ventaja a la que tuviera derecho.*⁶⁴¹

Zonas Francas

Según los términos del Congreso de Viena de 1815, Francia estaba en la obligación de mantener ciertas zonas libres de derechos de aduanas en ciertas partes de su frontera con Suiza. Esta obligación no le impedía el crear un “cordón de vigilancia” ni el establecimiento de de otras imposiciones de tipo fiscal, en efecto, su soberanía se mantenía incólume dentro de las zonas francas, pero dentro de ciertos límites:

*Debe hacerse una reserva en caso de un abuso de derecho, pues es bien cierto que Francia no puede evadir la obligación de mantener las zonas erigiendo, so pretexto de un cordón de vigilancia, barreras de control aduanero. Pero un tal abuso no puede ser presumido por la Corte.*⁶⁴²

Nuevamente, en este caso el control de la competencia discrecional es ejercido en función de la finalidad del acto controlado. El acto es lícito sólo si es conforme al objetivo con miras al cual dicha capacidad ha sido otorgada.

Anglo-norwegian fisheries⁶⁴³

En este caso se trataba de si la delimitación de la zona de pesca efectuada por Noruega se ajustaba a los principios del derecho internacional, la Corte anotaba que:

Para realizar una justa aplicación [del principio de las líneas de base] es necesario tener en cuenta la relación entre la desviación criticada y lo que, según los términos de la regla, debe considerarse como la dirección general de la costa. Salvo abuso manifiesto, uno no podría limitarse a considerar un sector de manera aislada...

⁶⁴⁰ Ciertos intereses alemanes en Alta Silesia Polaca CPIJ 1926 serie A N° 7 p 30

⁶⁴¹ Ibid, 37-38

⁶⁴² Zonas Francas 1932, Series A/B N° 46 p 167 A N° 24 1930 p 12

⁶⁴³ ICJ reports 1951 p 142

...

*Tales derechos, basados en necesidades vitales de la población y atestados por un uso antiguo y pacífico, pueden legítimamente ser considerados en el trazo que, por otro lado, aparece a la Corte como moderado y razonable.*⁶⁴⁴

Caso Nottebohm

La jurisprudencia Nottebohm resulta nuevamente de sumo interés para el caso que nos ocupa en materia de abuso de derecho. Ambas partes se imputaban recíprocamente un ejercicio abusivo de sus respectivos derechos. Para Liechtenstein, la expulsión de Nottebohm del territorio guatemalteco y la subsiguiente confiscación de sus bienes constituían un evidente exceso en el ejercicio de su potestad soberana⁶⁴⁵. Por su parte Guatemala alegaba un abuso por la parte de Liechtenstein al haberle otorgado su nacionalidad a Nottebohm en condiciones dudosas. Estas dudas aparecen en función del objetivo social en base al cual la competencia discrecional es dejada a los Estados en materia de otorgamiento de nacionalidad, objetivo que en el caso de la especie, en opinión del abogado de Guatemala, no se habría observado. H. Rolin afirmaba que:

Nada más sencillo en efecto que definir el objetivo social en vistas del cual el derecho internacional deja a los Estados el poder de determinar las condiciones de adquisición de su nacionalidad, objetivo al cual deben apuntar las legislaciones nacionales.

Y continúa citando a Guggenheim,

*Para que un Estado pueda atribuir su propia nacionalidad a un individuo, es necesario que exista entre él y el individuo una relación **relativamente estrecha**... Si no existe una relación estrecha entre él y el individuo, **no está permitido** al Estado de atribuirle a este último su nacionalidad. [itálicas en el original]*

Y prosigue citando

*Ellas (esas situaciones) constituyen **abusos de derecho** desde que el Estado no toma en cuenta las relaciones que existen entre el individuo y algún otro Estado.*⁶⁴⁶ [itálicas en el original]

⁶⁴⁴ ICJ reports 1951 p 142 Anglo-norwegian fisheries

⁶⁴⁵ Goodwin-Gill, que contesta la importancia que puede tener esta teoría dentro del derecho internacional, señala que de ocupar el lugar que algunos tratadistas le asignan y teniendo en cuenta que "...más de cien diferentes procesos fueron iniciados subsecuentemente con miras a despojar a Nottebohm de sus intereses, hubieran debido mover a la Corte a considerar las intensiones subyacentes del Estado expulsante"* . La crítica sin embargo no parece tener mayor sustento, en efecto, tratándose de un asunto de protección diplomática, lo primero que tenía que verificar la Corte es si Liechtenstein tenía la capacidad suficiente para ejercer dicha protección en favor de Nottebohm, hecho que era contestado por Guatemala. Sólo la posesión de la nacionalidad de ese principado por parte de Nottebohm le hubiera dado al gobierno de Liechtenstein la capacidad suficiente para ejercer tal derecho. La Corte, al constatar que no había mayor vínculo entre Nottebohm y Liechtenstein, decidió simplemente que este último Estado no tenía la capacidad necesaria para presentarse en nombre de aquel ante la Corte y en consecuencia la demanda fue deshechada sin que la Corte tuviera la ocasión de pronunciarse sobre el fondo del asunto debido a esa falta de competencia del demandante. *GOODWIN-GILL, The limits of the power of expulsion in public international law, *BYBIL* XLVII, 1974-75, pág. 81.

⁶⁴⁶ ROLIN, exposición oral, op cit, pág. 185.

Seguidamente Rolin pasa a demostrar que la naturalización otorgada a Nottebohm no cumplía con dichos objetivos, exponiendo las circunstancias en que fue acordada: dispensa de la condición de residencia anterior en Liechtenstein; intención declarada por parte de Nottebohm de no fijar su residencia en el principado; omisión de la prueba de la pérdida de la nacionalidad alemana; la naturalización es posterior al comienzo de la guerra; el pago de una importante suma por parte de Nottebohm al Principado. Todo lo cual lo lleva a concluir que:

*Las ambiciones de Liechtenstein se hayan limitado a embolsar el monto del impuesto de naturalización... Al acordar su nacionalidad a quien fríamente declaraba que venía de Alemania de paso a Guatemala, Liechtenstein ha realizado un acto manifiestamente contrario al espíritu en el que... debiera concebirse el vínculo permanente que debe establecerse entre un Estado y sus nacionales.*⁶⁴⁷

La Corte, como hemos visto anteriormente, basó su sentencia en el principio de la nacionalidad efectiva y si bien ella declara no tener que examinar “*la validez de la naturalización de Nottebohm según la ley de Liechtenstein*”⁶⁴⁸, la noción de abuso de derecho, bien que subyacente, es omnipresente a lo largo de toda la sentencia⁶⁴⁹. Lo es, en primer lugar, en cuanto al control del objetivo social en vistas al cual el derecho internacional ha dejado a la competencia discrecional de los Estados la manera en que regulan el otorgamiento de su propia nacionalidad.

En efecto, después de pasar en breve revista los precedentes jurisdiccionales, la práctica de los Estados y las tendencias doctrinales⁶⁵⁰, la Corte arriba a la conclusión de que:

*El carácter así reconocido a la nacionalidad en el orden internacional no es contradicho por el hecho que el derecho internacional deje a cada Estado la tarea de regular la atribución de su propia nacionalidad. (...) un Estado no podría pretender que las reglas por él así establecidas deban ser reconocidas por otro Estado sino en el caso de que se haya conformado a ese objetivo general de hacer concordar el nexo jurídico de la nacionalidad con el vínculo efectivo del individuo al Estado.*⁶⁵¹ [el resalte es nuestro]

En cuanto a ese objetivo general, la Corte concluye en el caso de la especie la naturalización otorgada a Nottebohm no cumple con las exigencias de la existencia de un vínculo genuino entre quien la otorga y quien la recibe, sino que más bien:

*... esta naturalización ha sido por él buscada para permitirle sustituir su calidad de sujeto de un Estado beligerante por la de sujeto de un Estado neutro con el único objetivo de pasar bajo la protección de Liechtenstein...*⁶⁵² [el resalte es nuestro]

La idea del uso razonable de un derecho que, como hemos visto, es inherente a la noción de abuso de derecho, tampoco es ajena a la decisión de la Corte:

⁶⁴⁷ Ibid, pág. 410. Citado por Jovanovic, pág 187.

⁶⁴⁸ ICJ Reports 1955, op cit, pág 20

⁶⁴⁹ Ver a este respecto JOVANOVIC, op cit, págs 186-188

⁶⁵⁰ ICJ Reports 1955, op cit, págs. 21-23

⁶⁵¹ Ibid, pág. 23

⁶⁵² Ibid, pág 26

La naturalización no es una cosa a tomar a la ligera. Demandarla y obtenerla no es un acto corriente en la vida de un hombre. Ella comporta para él la ruptura de un lazo de fidelidad y el establecimiento de uno nuevo. Ella engendra consecuencias lejanas y un cambio profundo en el destino de aquel que la obtiene. Ella le concierne personalmente y sería desconocer su sentido profundo si sólo se retiene de ella el reflejo sobre la suerte de sus bienes. Para apreciar su efecto internacional, no se puede ser indiferente a las circunstancias en las cuales ha sido conferida, a su carácter serio, a la preferencia efectiva, y no simplemente verbal, de aquel que la solicita por el país que se la otorga.⁶⁵³ [el resalte es nuestro]

A propósito de esas circunstancias en las cuales la ciudadanía fue otorgada, la Corte no dejaría de remarcar algunos de los elementos materiales que denotan la intención⁶⁵⁴ del agente jurídico que la otorgó. Recordando las condiciones determinadas por la ley de Liechtenstein según las cuales esa ciudadanía puede ser otorgada, la Corte llama la atención sobre el hecho de que al demandar la naturalización, Nottebohm había pedido la dispensa de de la condición de tres años de domicilio previo “sin enunciar las circunstancias excepcionales que justifiquen esta dispensa”⁶⁵⁵ tal y como lo exigía la ley de naturalización. Igualmente la sentencia recuerda el arreglo pasado entre Nottebohm y las autoridades del principado con respecto al pago de ciertos impuestos y de la compensación que sobre esos pagos debería realizarse en caso de que el solicitante “fijara su residencia en uno de las comunas del Principado”⁶⁵⁶, lo cual denota la voluntad de no fijar su residencia dentro de ese territorio, por lo menos no en lo inmediato. No deja de advertir la Corte las reiteradas demandas de prontitud para que la solicitud sea otorgada en los más breves plazos y sin retardo⁶⁵⁷. Tampoco deja pasar por alto el hecho de que “el monto de las sumas a depositar ha sido agregado a mano”⁶⁵⁸ no obstante de que la solicitud de naturalización aparece enteramente a máquina. Y finalmente observa que “adjunta a la solicitud se encuentra una hoja en blanco revestida de la firma del Príncipe reinante “Franz Josef” sin fecha ni ninguna otra explicación”⁶⁵⁹. Todos estos elementos, que denotan un propósito bien definido y que habían sido objeto de comentarios de parte de la defensa guatemalteca, han debido pesar de manera decisiva en la opinión de los jueces como para ser remarcados con especial énfasis, sobre todo teniendo en cuenta la declaración de la Corte de que no entraría a tratar la validez de la naturalización de Nottebohm según la ley de Liechtenstein, como ya antes ha sido indicado.

Finalmente, el elemento de buena fe, inherente a toda noción de abuso de derecho, tampoco está ausente de las consideraciones de la Corte. Al referirse al otorgamiento de la naturalización en la parte final de la sentencia, la Corte anota que:

*Esta naturalización no reposa sobre un vínculo real a Liechtenstein que le sea anterior ni ha cambiado en nada el género de vida de aquel a quien le ha sido conferida en condiciones excepcionales de rapidez y benevolencia. Sobre estos dos aspectos, **ella es falta de la sinceridad**⁶⁶⁰ que debe esperarse de un acto tan*

⁶⁵³ Ibid, pág. 24

⁶⁵⁴ Sobre la intención como elemento objetivo del abuso de derecho ver más adelante, pág. 184 y ss.

⁶⁵⁵ ICJ Reports 1955, op cit, pág. 15

⁶⁵⁶ Ibid.

⁶⁵⁷ Ibid

⁶⁵⁸ Ibid

⁶⁵⁹ Ibid

⁶⁶⁰ La versión inglesa habla de “lacking in the genuineness requisite”, ibid, pág. 26

serio para que se imponga al respeto de un [tercer] Estado...⁶⁶¹ [el resalte es nuestro]

En opinión de Jovanovic,

En este affaire, el juez ha privado de sus efectos jurídicos a un acto de naturalización que es contrario al objetivo general que posee la competencia en derecho internacional. Es esto lo que confiere a este precedente una importancia determinante en el reconocimiento del abuso de derecho o desvío de poder, aun cuando la expresión no es empleada nominalmente.⁶⁶²

Otros precedentes de la jurisprudencia de La Haya que suelen ser citados en apoyo del sitio que en derecho internacional ocupa el principio del abuso de derecho son los casos Chinn⁶⁶³, el de las Condiciones de admisión de un nuevo miembro a la ONU⁶⁶⁴, el de los Intereses de los ciudadanos americanos en Marruecos⁶⁶⁵ y el de la Barcelona Traction⁶⁶⁶ que aparece como la primera demanda basada principalmente en una reclamación por abuso de derecho ante La Haya.

Pero si hay una materia que es citada en lugar primordial dentro de la jurisprudencia que tiene que ver con el abuso de derecho, esta es la expulsión de extranjeros⁶⁶⁷. Politis traía ya algunos ejemplos jurisprudenciales en su célebre curso. Algunos de los casos más frecuentemente citados en este orden de cosas son los siguientes:

Caso Orazio de Atellis

Orazio de Atellis había sido expulsado de México en 1826. Habiéndose asegurado de que su retorno no encontraría mayores obstáculos, en 1833 regresa a ese país con el propósito de establecer una institución educativa, al tiempo que empieza a publicar un periódico dedicado principalmente a discusiones literarias y científicas. En 1835 fue expulsado nuevamente por orden del Presidente de la República bajo el pretexto de que su periódico habría publicado algunos artículos en los que ridiculizaba a la Nación con el propósito de hundirla en la anarquía, la orden de expulsión fue expedida de acuerdo al decreto del Congreso mexicano que confería poderes extraordinarios al Presidente.

En opinión de los comisionados norteamericanos, la expulsión no tenía como base ninguna causa confesable y estaba motivada por las mismas enemistades personales que habían ocasionado la expulsión anterior; que violaba los derechos que la constitución mexicana aseguraba a los habitantes de la República e infringía el tratado existente entre las partes, el cual garantizaba a los ciudadanos de ambos países que se hallaran bajo la jurisdicción del otro, especial protección de sus personas y propiedades y libre acceso a los tribunales de justicia.

⁶⁶¹ Ibid.

⁶⁶² JOVANOVIC, op cit, pág 188

⁶⁶³ CPIJ, Series A/B N° 63

⁶⁶⁴ ICJ 1948

⁶⁶⁵ ICJ 1952

⁶⁶⁶ ICJ 1970

⁶⁶⁷ Jovanovic, op cit, pág 180.

La orden de expulsión dejaba sólo tres días a De Atellis para dirigirse a Vera Cruz, donde debería ser conducido bajo escolta militar hacia un navío que lo alejaría del país. Por esa época la fiebre amarilla reinaba en la región y algunos miembros de su familia fueron alcanzados por la peste, resultando de tales hechos un perjuicio para su salud y reputación y la ruina de su fortuna.

Los comisionados americanos reclamaban indemnización por ambas expulsiones, sin embargo en la época de la primera expulsión de Atellis no poseía la nacionalidad americana a pesar de haber introducido una demanda de naturalización. El árbitro barón Rönne acordó una indemnización sólo por la segunda expulsión.

Para De Lapradelle, de esta sentencia se desprende, entre otras cosas, que “la expulsión arbitraria compromete la responsabilidad del Estado que la pronuncia, cuando es realizada en violación de los tratados”⁶⁶⁸, a lo que Politis agrega que “en realidad no es esta violación lo que constituye la ilegalidad. Ella no hace sino agravar la ilegalidad que resulta del carácter arbitrario de la expulsión”⁶⁶⁹

Caso Zerman⁶⁷⁰

En este affaire, el único motivo alegado por el gobierno mexicano para justificar la medida de expulsión contra Zerman consistía en un despacho del cónsul de los EEUU dirigido a su propio gobierno, en el cual se afirmaba que aquel estaba al servicio de las autoridades imperiales de Napoleón III. El árbitro decide que:

“ The umpire is of opinion that, strictly speaking, the President of the Republic of Mexico had the right to expel a foreigner from its territory who might be considered dangerous, and that during war or disturbances it may be necessary to exercise this right even upon bare suspicion; but in the present instance there was no war, and reasons of safety could not be put forward as a ground for the expulsion of the claimant without charges preferred against him or trial; but if the Mexican Government had grounds for such expulsion it was at least under the obligation of proving charges before this commission. Its Mere assertion, however, or that of the United States consul in a dispatch to his government, that the claimant was employed by the imperialist authorities does not appear to the umpire to be sufficient proof that he was so employed or sufficient ground for his expulsion.”

Comentando este caso, Politis afirma que la decisión del Umpire Thorton se habría basado en la ausencia de justificación, ante la Comisión, de la medida adoptada.

*Si [México] tenía razones para expulsarlo, tenía igualmente la obligación de establecer ante la Comisión sus quejas contra el demandante*⁶⁷¹.

México se había limitado a alegar que Zerman estaba al servicio de las autoridades imperiales, lo cual fue considerado como motivación insuficiente por el árbitro. Como veremos más

⁶⁶⁸ De LAPRADELLE, Arbitrages... op cit, tI, pág 473

⁶⁶⁹ POLITIS, Limitations, op cit, pág 103.

⁶⁷⁰ MOORE, op cit, pág. 3348

⁶⁷¹ POLITIS, loc cit, pág. 104

adelante, la falta de motivación o el carácter insuficiente de esta son elementos objetivos que revelan lo irrazonable del acto⁶⁷².

Aff White⁶⁷³

El affaire White oponía a los gobiernos de Perú y Gran Bretaña a propósito del juzgamiento y posterior mandato de expulsión del capitán Thomas Melville White, ciudadano británico.

El 25 de julio de 1860, ingresando a Palacio, el Presidente Ramón Castilla fue atacado por un enmascarado a caballo quien luego de tirar sobre él, alcanzándolo en el brazo, deja caer su arma y fuga sin que la escolta pudiera alcanzarlo. La investigación abierta no arroja mayores resultados y estaba por ser abandonada cuando, en marzo de 1861, las sospechas recaen sobre el capitán White.

White pasaba por ser un aventurero británico de unos treinta años de edad. Había trabajado en la Compañía de las Indias Orientales donde había oficiado de segundo y de capitán de algunos navíos. Había participado como voluntario en la campaña de Bengala, cuando la revuelta de los Cipayos (1857-1858) y pasado luego a Sud América en busca de una situación lucrativa en Perú, Chile, Bolivia y Ecuador, ligando relaciones con enemigos del gobierno peruano. El general Echenique y el Presidente de Bolivia, Linares, le proporcionaron algunos subsidios. El general Florez y el Presidente García Moreno prometieron confiarle la ejecución de importantes obras públicas en Ecuador.

Sus frecuentes viajes y su vida misteriosa llamaron la atención del escocés David Douglas, quien informa al comandante de guardia del puerto de Arica sobre las sospechosas relaciones de White con Echenique y Linares, de quienes había recibido importantes sumas de dinero en vistas, según el argentino Caro, amigo personal de Echenique, de dar un “gran golpe en el Perú”.

En marzo de 1861, el comandante del puerto de Arica, Manuel Romero, sorprende a White en compañía de Echenique a bordo del *Bolivia*, que iba de Valparaíso a Guayaquil haciendo escala en Arica y el Callao y lo denuncia como conspirador y presunto autor o cómplice del atentado del 25 de julio.

A su llegada al Callao, White fue arrestado por las autoridades del puerto y conducido a Lima donde fue puesto a recaudo en la prisión de la Inquisición. La instrucción fue inmediatamente abierta y el primer interrogatorio tiene lugar el 26 de marzo. White declara que se encontraba en viaje al Ecuador, que anteriormente había sido arrestado en La Paz por orden de Linares acusado de ser agente de Castilla, que tenía relación con Echenique y que el día del atentado se encontraba en Tacna. A pesar de haber sido puesto en situación de incomunicado, logra publicar en *El Comercio* una nota en la que se quejaba de haber sido detenido sin motivo, tratado con rigor en una celda malsana, privado de alimentos e interrogado sin la asistencia de abogado ni de intérprete.

El encargado de la Legación británica dio un acojo favorable a la queja y protesta ante el ministro de RREE, José Melgar, por la detención y arresto de White que no le parecía suficientemente justificada y por el procedimiento anacrónico y riguroso “inadmisible para los libres sujetos de la Gran Bretaña”.

⁶⁷² Ver infra, pág. 197 y ss.

⁶⁷³ La Pradelle y Politis, Recueil des arbitrages internationaux, Paris 1923, vol II, págs 305-343

Un intercambio diplomático se entama mientras el juicio sigue su curso. La sentencia en primera instancia es pronunciada el 30 de noviembre, esta declara que la culpabilidad de White no ha sido claramente establecida y lo absuelve de los cargos que le son imputados pero ordena su expulsión del territorio en tanto que extranjero vagabundo. La sentencia es apelada y la Sala Superior la revoca y absuelve definitivamente a White puesto que, según diversos testimonios, White se encontraba en Tacna en el momento del atentado y no podía por lo tanto haber participado en él y amonesta al juez de primera instancia por no haber rendido la sentencia dentro de los plazos prescritos por la ley. El 23 de diciembre, la Suprema casa la sentencia de la Superior en tanto que esta absuelve de manera absoluta a White, quien era acusado no solamente por tentativa de asesinato sino también por cooperación en actividades dirigidas contra la paz de la República, y constatando que lejos de haber sido exonerado de este segundo cargo, las sospechas sobre él estaban justificadas en razón de su actitud equívoca, de sus errancias continuas entre Bolivia, Chile y Perú, y de sus relaciones con Echenique, la Corte decide simplemente liberarlo de este cargo para los fines de la presente instancia⁶⁷⁴ y ordena que White sea puesto bajo vigilancia policial.

Una vez en libertad, White quita el país y se dirige a Gran Bretaña donde busca apoyo en vistas de reclamar una indemnización en su favor. Su pedido es acogido favorablemente por el Foreign Office y su representante en Lima comunica al Ministro de RREE (16 de mayo 1862) la intención de su gobierno de demandar una “compensación adecuada” en favor de White, a lo cual el Ministro Ribeyro responde que su gobierno lamenta no poder acceder a una demanda que no tiene base ni en el derecho internacional, ni en la legislación peruana. Por su parte White había confeccionado una memoria en la cual concluía que una indemnización de £ 292,174 le era debida por los perjuicios sufridos. El gobierno británico encuentra exagerada esta suma y finalmente decide reclamar el pago inmediato y sin discusión de £ 4,500. Ante el impasse surgido por la perentoria nota del gobierno británico, el Presidente Ramón Castilla propone someter el diferendo a un arbitraje, la proposición es aceptada por Lord Russell y el caso es sometido a la decisión arbitral del Senado de Hamburgo.

La reclamación inglesa se basaba en cuatro puntos:

- 1 el arresto y encarcelamiento de White injustamente prolongado, motivados por una acusación grave pero absolutamente carente de base y fundamento
- 2 los sufrimientos y tormentos que tuvo que soportar durante su carcelería
- 3 La violación de reglas y principios, no sólo del derecho peruano, sino del derecho universal como resultado del retardo del proceso y de la manera en que la instructiva fue conducida.
- 4 la expulsión de White del territorio peruano como consecuencia de este injusto proceso.

La comisión nombrada por el Senado de Hamburgo para estatuir sobre el caso procedió a un minucioso examen de cada uno de estos cargos. En cuanto al primer punto, la sentencia constata que el arresto de White tuvo lugar como consecuencia de una denuncia que lo implicaba como el autor del atentado sufrido por el Presidente Castilla:

⁶⁷⁴ ...and frees him in this latter respect only from the instance” Moore, Arbitrations, op cit, vol 5, pág 4971. La traducción francesa de la sentencia emplea la fórmula “renvoi des fins de la poursuite”, (De Lapradelle y Politis, Recueil des Arbitrages Internationaux, vol II, pág. 321). En ambos casos se trata de traducciones de la sentencia original en alemán, la que a su vez traduce del castellano la fórmula empleada por la Corte Suprema, todo lo cual oscurece notablemente el texto.

Now, there can be no doubt that it became the imperative duty of all authorities, in consequence of the universally known fact that the President Castilla had been wounded... to use all means in their power to prosecute inquiries with respect to such a suspected person, after the information given by an official of the republic.

*The crime in question was one of the most serious nature, and the arrest of the suspected person was the less to be avoided.*⁶⁷⁵

Señala igualmente que el arresto de White ha tenido lugar de acuerdo a las estipulaciones de la normativa peruana. En cuanto a la duración del procedimiento, la comisión arbitral llama la atención sobre las diferencias que existen entre el sistema penal inglés (acusatorio) y el peruano (inquisitivo) y agrega que la alegación británica en este punto:

“... proceeds on the erroneous supposition that the rules of criminal procedure in England are to be held good and applied in the criminal proceedings in Peru; but, little as there can be that the rules of procedure to be observed by the courts in any country are to be judged solely and alone according to the legislation in force there, it is quite as certain that in the proceedings in White’s case no fault can be found with the Peruvian courts of justice, or with the Peruvian Government, since they were fully justified according to the Peruvian procedure.

Por lo que respecta a los fundamentos de la acusación, la sentencia recuerda que esta se hallaba amparada en diversos testimonios concordantes emitidos por diferentes testigos y cita y comenta los de Douglas, Andrew Wilson, Calista Peralta, Brain, Isabel Dorra, Dauling, Worms y Williams y que las investigaciones llegaron a concluir que

White is proved to be an individual without means or occupation, in debt, and without any fixed residence, and at the same time a friend of notorious enemies of the country.

Y desestima el primer punto de la reclamación

En cuanto al segundo punto, la sentencia remarca el excesivo crédito que la Parte británica parece adjudicarle al testimonio de White, testimonio que es puesto en duda por la comisión en base a las “*most evident and grossest misrepresentations of the truth*” que aparecen en las traducciones realizadas por White y que son presentadas por el gobierno británico como evidencia y concluye que

No weight whatever ought, therefore, to be attached to the assertions of a man so wanting in veracity”

Por lo demás, la sentencia hace referencia a una serie de testimonios que contradicen las afirmaciones de White sobre sus pretendidos sufrimientos y destaca que en el informe elevado por el representante británico a su gobierno luego de haber visitado al prisionero no se menciona nada respecto a las supuestas malas condiciones de carcerería que alega la Parte británica y descarta igualmente esta segunda queja.

⁶⁷⁵ Moore, op cit, pág 4968

Por lo que respecta al tercer cargo, la sentencia recuerda las precisiones hechas en el primer punto en lo que a las diferencias entre los sistemas peruano e inglés se refiere. Haciendo un recuento de los hitos que han marcado el procedimiento en el caso White, la sentencia destaca que:

*“it certainly appears that sentences in criminal cases are delivered in Peru with special promptitude”*⁶⁷⁶

Las alegaciones británicas sobre ciertas irregularidades que se habrían producido a lo largo del proceso son igualmente descartadas por inconsistentes.

Finalmente, en cuanto a la expulsión de White que el gobierno británico alegaba se había producido a pesar de la sentencia de la Corte Superior que absolvía al acusado. La comisión constata que la aludida sentencia carece de importancia por cuanto esta había sido casada en la Suprema que simplemente libera a White de la instancia, manda ponerlo bajo vigilancia policial y no menciona ninguna medida de expulsión. Los alegatos de White según los cuales este, al ser liberado, habría sido obligado a quitar el país por orden del prefecto estarían en contradicción con el tenor de una carta dirigida por el propio White al juez en lo penal, en la cual solicitaba una copia de los actuados *“porque se veía obligado a quitar la República en razón de asuntos privados urgentes”*.

En vista de todo lo cual, la sentencia concluye que:

“As it appears, therefore, from all that precedes, that the British subject, Captain Thomas Melville White, was arrested on Peruvian territory on occasion of serious suspicions, based upon important information; that the investigation has been conducted with zeal and circumspection, in conformity with the regulations of the Peruvian laws, and without procrastination; that he was publicly accused in consequence of the result of this investigation and by no means found innocent, and was therefore not absolved by the legally valid sentence of the supreme court of Lima, whose jurisdiction is not at all questioned, from the charge of hostile agitation against the republic, but only freed from the instance; while the assertions that White had been treated during his arrest with cruelty and severity, and expelled from the country by the Peruvian Government, contrary to the sentence, when not in direct contradiction to the documents, are wholly destitute of any credible foundation-the present claim on the part of the British Government for a pecuniary compensation for White appears of no force whatever, and is to be rejected as unfunded.

En la nota doctrinal que ilustra este caso, Von Ullman afirma que toda denegación de justicia, toda disminución de derechos de la defensa, toda injusticia grosera o abuso de poder de parte de los órganos de policía o de las autoridades judiciales constituye una violación al principio de aplicación objetiva de las leyes en la cual se puede fundar el extranjero que las ha sufrido

⁶⁷⁶ De la sentencia arbitral aparece en efecto que el procedimiento en el caso White fue llevado con particular celeridad. Luego de concluida la instrucción, el 8 de agosto se decide la apertura del proceso, el 11 se decide que el juez Carrillo estatuiría en primera instancia, la acusación pública es pronunciada el 23 de agosto, el 26 de setiembre la defensa presenta su alegato escrito y el 30 de noviembre es rendida la sentencia en primera instancia. La Corte Superior evacua su sentencia el 14 de diciembre y la Suprema hace lo propio el 23 del mismo mes. Todo un record

para reclamar una indemnización en virtud del derecho internacional.⁶⁷⁷ En la especie, agrega Politis, el árbitro llega a la convicción de que la demanda carecía de fundamento porque “*la expulsión del capitán White no había sido contraria ni a las exigencias de la justicia, ni a las de la humanidad*”⁶⁷⁸. La sentencia pone de manifiesto el control que efectúa el árbitro sobre el uso de la capacidad discrecional del Estado, sobre todo en lo que se refiere al arresto de White y al proceso judicial subsecuente así como a las condiciones de carcerería y constata que en la especie no ha habido ningún exceso en el empleo de esa capacidad.

Caso Paquet

Paquet era un sujeto belga domiciliado en Caracas. Luego de un viaje al extranjero con toda su familia, las autoridades venezolanas impidieron su ingreso al territorio de ese país. El comisionado venezolano consideraba que Venezuela tenía el derecho de expulsar a un extranjero. El comisionado belga no contestaba este derecho sino la manera arbitraria en que había sido ejercido desviándolo de su objetivo (“*it is important that it be employed to this end and to not other*”). El árbitro decidió que:

That the right to expel foreigners from or prohibit their entry into the national territory is generally recognized; that each State reserves to itself the exercise of this right with respect to the person of a foreigner if it considers him dangerous to public order, or for considerations of a high political character, but that its application can not be invoked except to that end;

*That, on the other hand, the general practice among governments is to give explanations to the government of the person expelled if it asks them, and when such explanation are refused, as in the under consideration, the expulsion can be considered as an arbitrary act of such a nature as to entail reparation.*⁶⁷⁹

En este caso, es la manera arbitraria en que ha sido ejercido un derecho la que es penalizada. La incapacidad de proporcionar alguna motivación que justifique la actitud tomada es prueba de la arbitrariedad cometida o en todo caso del carácter irrazonable del acto.

Caso Maal

Maal era un comerciante holandés que trabajaba como representante viajero de distintas casas comerciales norteamericanas y europeas. El 10 de junio de 1899, habiendo desembarcado en el puerto de La Guaira y en momentos en que se aprestaba a abordar el tren a Caracas, fue detenido y arrestado por agentes del orden, sus maletas fueron abiertas y revisadas minuciosamente, fue obligado a desvestirse y sufrir el escarnio de los guardias. Posteriormente fue conducido a la jefatura civil de la ciudad y su detención fue comunicada telefónicamente al Presidente de la República, a quien se le informó que el detenido era sospechado de conspiración contra el gobierno y que debía ser expulsado del territorio, cosa que se verificó inmediatamente. El árbitro consideraba que:

There is no question in the mind or the umpire that the Government of Venezuela in a proper and lawful manner may exclude, or if need be, expel persons dangerous to the welfare of the country, and may exercise large discretionary

⁶⁷⁷ LA PRADELLE y POLITIS. Recueil, op cit, pág. 330.

⁶⁷⁸ POLITIS, op cit, pág. 105.

⁶⁷⁹ RXA IX, pág 325

powers in this regard. Countries differ in their methods and means by which these matters are accomplished, but the right is inherent in all sovereign powers and is one of the attributes of sovereignty, since it exercises rightfully only in a proper defense of the country from some danger anticipated or actual.

The umpire understands that by the laws, organic and civil, of Venezuela this power is lodged in the hands of the chief executive, who, acting under the methods laid down may expel one who is a menace to the Republic, if not domiciled by a two years residence.

Y no dejaba pasar por alto las consideraciones de seguridad nacional que, dado el estado de sobresalto político por el que atravesaba Venezuela, hubieran podido justificar la expulsión.

It is historic that the date of this exclusion from Venezuela was within that period of Venezuela's national life when there were more than the ordinary hazards to the country from revolutionary actions and conspiracies, and it was undoubtedly necessary that the national Government should be on the alert to protect itself against such evils;

Sin embargo,

...and had the exclusion of the claimant been accomplished in a rightful manner without unnecessary indignity or hardship to him the umpire would feel constrained to disallow the claim.

(...)

There was no possible occasion for the public stripping, or private stripping in fact, of the claimant. It was not for the protection of Venezuela that he was compelled to suffer this indignity to his person and to his feelings.⁶⁸⁰

En este caso la condena del abuso de poder es evidente. Aun la expulsión hubiera estado justificada, en opinión del árbitro, dadas las especiales circunstancias por las que atravesaba el país, la sentencia no considera siquiera si las sospechas sobre Maal eran fundadas – y nada parece indicar que lo eran – el estado de revuelta parece ser suficiente en el espíritu del árbitro, para que Venezuela hubiera podido ejercer el derecho que le asiste como Estado para la protección de la paz interna. Es la manera como ha sido ejercitado ese derecho por los agentes del Estado lo que acarrea la responsabilidad del mismo teniendo en cuenta que ninguna penalidad, ningún castigo ni reprimenda fue dirigido a los agentes que cometieron esos actos, lo que deja suponer su consentimiento por parte de las autoridades del gobierno.

Caso Boffolo⁶⁸¹

En el caso Boffolo, el comisionado de Venezuela sostenía que este ciudadano italiano no tenía domicilio en el territorio al no contar con los dos años de residencia, requisito exigido por la ley, ni poseer un negocio u ocupación; y que su presencia era notoriamente perjudicial para el orden público, esto último a causa de una publicación (“*Il Commercio*”) dirigida por Boffolo

⁶⁸⁰ RSA X, págs 731-733

⁶⁸¹ RSA X, págs. 527 - 538

y en la cual habría atacado al gobierno e incitado a la lectura de *El Obrero*, “*periódico de fuertes y peligrosas tendencias socialistas*”.

El comisionado italiano no contestaba ese derecho de Venezuela, salvo en el caso de un abuso de ese derecho:

*The Commissioner for Italy deems it neither necessary nor useful to dwell upon the arguments used by, his learned colleague of Venezuela to prove that the Republic has the right to expel from Venezuelan territory foreigners not domiciled in the country and who are prejudicial to public order. It is not desired to contest this right nor that of Venezuela to arrest and condemn an Italian, if only the arrest and condemnation be justified, and with the reservation of the right to claim and exact reparation in each case of an **abuse of these rights**.*

Y consideraba que en el caso de la especie, la expulsión no se justificaba por cuanto, según testimonios, Boffolo residía en Caracas por lo menos desde 1898 y su expulsión se había producido en abril de 1900, por lo cual le correspondía al comisionado venezolano probar que Boffolo había llegado en fecha posterior a abril de 1898⁶⁸². Argumentaba igualmente que Boffolo trabajaba como intermediario de la sociedad Commercial Sample House y que si bien no contaba con un negocio por su propia cuenta, tampoco podía ser excluido de la categoría de comerciante simplemente por causa de su modesta posición económica. Agrega igualmente que Boffolo era propietario y director del periódico *Il Commercio*.

En cuanto a los cargos por atentar contra el orden público, el comisionado sostenía que aun cuando pudiera considerarse a Boffolo como un entrometido (go-between) como afirmaba el lado venezolano, esto no hacía de él un peligro para el orden público. Agregaba que la causa de su expulsión residía en la publicación de un artículo en su periódico en el cual aparecían algunas críticas a un magistrado de Caracas y en el que se hacía una alusión puramente incidental al presidente de la República sin que por lo tanto el artículo tuviera algún carácter político o perturbador. Señalaba igualmente que la constitución venezolana garantizaba una entera libertad de expresión tanto a nacionales como extranjeros.

El árbitro comienza por plantearse la cuestión de la existencia o no de una potestad de cada Estado de expulsar de su territorio a extranjeros:

That a general power to expel foreigners, at least for cause, exists in governments can not be doubted...

But it will be borne in mind that there may be a broad difference between the right to exercise a power and the rightful exercise of that power.

A continuación el árbitro realiza un meticuloso examen de la doctrina imperante y concluye que:

In the opinion of the umpire it may be fairly deduced from the foregoing that

1. A state possess the general right of expulsion; but

⁶⁸² El comisionado italiano aludía de paso que el protocolo que había instaurado la Comisión Mixta disponía de manera perentoria que el árbitro debía estatuir de acuerdo al principio de equidad y sin tener en consideración ninguna legislación local.

2. *Expulsion should only be resorted to in extreme instances and must be accomplished in the manner least injurious to the person affected.*

Acto seguido se pregunta por la capacidad del juez internacional de controlar las razones o motivaciones que sustentan el acto de expulsión y como la jurisprudencia responde afirmativamente, pasa enseguida a analizar las motivaciones del presente caso y constata que en la especie Boffolo ha sido expulsado en razón de (1) haberse expresado de manera irrespetuosa sobre el Presidente (2) haber criticado a un miembro subalterno de la judicatura (3) haber recomendado la lectura del periódico socialista “El Obrero” y que sin embargo la Constitución venezolana garantiza la libertad de expresión y de prensa y que por lo tanto, si esas fueran las bases sobre las cuales se alega la expulsión, esta sería inconstitucional de acuerdo a la legislación de ese país. El árbitro cree que las razones de la expulsión fueron otras⁶⁸³ y que el gobierno venezolano había optado por no exponer las bases de su acción.⁶⁸⁴

El árbitro concluye que:

1. *A State possesses the general right of expulsion; but,*
2. *Expulsion should only be resorted to in extreme instances. And must be accomplished in the manner least injurious to the person affected.*
3. *The country exercising the power must, when occasion demands, state the reason of such expulsion before an international tribunal, and an inefficient or none being advanced, accepts the consequences.*
4. *In the present case the only reasons suggested to the Commission would be contrary to the Venezuelan constitution, and as this is a country not of despotic power, but of fixed laws, restraining, among other things, the acts of its officials, these reasons (whatever good ones may in point of fact have existed) can not be accepted by the umpire as sufficient.*

Comentando esta sentencia el juez Lauterpacht anotaba:

*“The conspicuous feature of these awards is the view that the undoubted right of expulsion degenerates into an abuse of rights whenever an alien who has been allowed to take up residence in the country, to establish his business and set up a home, is expelled without just reason and that such an abuse of rights constitutes a wrong involving the duty of reparation,”*⁶⁸⁵

Caso Oliva⁶⁸⁶

⁶⁸³ En efecto, la Parte venezolana había hecho alusión a la vida desordenada que llevaba Boffolo, (man of evil life and fame). Por su parte el comisionado italiano mencionaba que el “animus” de la expulsión estaría fundado en que Boffolo habría exigido el pago de una renta de la que era legítimo acreedor, a una mujer “who was known to everyone as the favorite of -”. Ibid, pág. 530

⁶⁸⁴ The umpire is more disposed to believe that for public reasons satisfactory to itself the Government has chosen not to offer the basis of its action, rather preferring to submit to such judgment as to this Commission might seem meet in the case. Ibid, pág. 537

⁶⁸⁵ LAUTERPACHT, The Function of Law in the International Community, 1933, pág 289. Citado por FV GARCÍA-AMADOR, Louis SOHN y RR BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1974, Oceana Publications, pág 13

⁶⁸⁶ RSA X, págs. 600- 609

Este caso se presentaba ante el mismo árbitro del caso Boffolo. Oliva tenía varios años de residencia en Venezuela donde era empleado en la casa comercial Bisagno, Oliva & Co. En noviembre de 1900, regresando de Cuba a Venezuela, hace escala en San Juan de Puerto Rico donde cambia de vapor por uno que viajaba directamente a La Guaira y recibe su pasaporte del cónsul venezolano en San Juan. En la tarde del día siguiente de su arribo a La Guaira fue detenido por orden del gobernador del Distrito Federal como consecuencia de la denuncia formulada por el cónsul venezolano en Puerto Rico, según el cual Oliva era un amigo íntimo del general Andrade y viajaba a Venezuela en calidad de agente revolucionario. A las siete de la noche fue liberado y conducido a su domicilio bajo vigilancia policial, sus libros de comercio y correspondencia fueron examinados sin que se descubriera nada que pudiera incriminarlo, posteriormente fue conducido a La Guaira y obligado a quitar el país. Su expulsión acarreo la pérdida de ciertos negocios que tenía en Venezuela. El árbitro decidió que:

The Umpire does not find it necessary to again discuss the principles governing the right of expulsion. The existence of this right was recognized and the dangers incident to its exercise were sufficiently pointed out in the case of Boffolo, (...) It is sufficient in the present case to say that the expulsion of Oliva appears to have taken place without legal right, although it is recognized that the Government at the time felt itself authorized to exercise its power. The mere idle suspicion of a consul should not, however, in an international commission be received as a sufficient justification for the infraction of an international right.⁶⁸⁷

Al igual que en el caso Zerman, el árbitro considera que una simple afirmación proporcionada por algún funcionario a propósito de la persona en causa, no constituye motivo suficiente para tomar una decisión tan grave como la de la expulsión.

Caso Daniel Dillon

Daniel Dillon, ciudadano norteamericano, había dirigido la oficina de prensa en Washington del gobierno de Carranza, posteriormente viajó a México donde trabajó como empleado del gobierno como censor del cable en Ciudad de México. En 1916 termina su relación con el gobierno mexicano y acepta un puesto como representante del International News Service en la misma ciudad. En junio de ese año fue arrestado por dos oficiales federales y luego fue recluido primero en una dependencia del gobierno y luego en la penitenciaría en condiciones supuestamente deplorables. Luego de varios días de prisión, fue entregado al representante de los EEUU e inmediatamente después quitó el país. En el alegato mexicano se afirmaba que la detención de Dillon tuvo lugar en vistas a su posterior expulsión. Si bien la expulsión no era discutida pues esta no tuvo lugar, las medidas tomadas con miras a una expulsión fueron ampliamente comentadas por el comisionado Nielsen:

There may be no rule of international law or practice with regard to precise, proper methods of expelling all alien, such as those that have been suggested by writers, by conducting a man to an international border or by delivering him to a representative of his government. But when resort is had to a use of unnecessary force or other improper treatment there may be ground for a charge such as is made ill the instant case, account being taken of the manner in which expulsion might have been effected.⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ RSA X, pág. 608

⁶⁸⁸ RSA IV, pág. 370

La sentencia muestra bien el rol jugado por la teoría del abuso de derecho en la elaboración de reglas internacionales que le atribuye Politis en su reputado curso tantas veces citado en esta sección. Como lo señala la sentencia, al momento de ser emitida no existían normas de derecho internacional que regularan las maneras y formas según las cuales una expulsión debía tener lugar y a las que el juez internacional pudiera referirse como guía en su decisión. En una época en que los derechos humanos no alcanzaban el desarrollo que hoy día conocemos, sólo el recurso a la noción de abuso, de exceso podía ser invocada en favor del reclamante. De las sentencias que, como la del caso Dillon y algunas otras que hemos comentado, resulta una sanción para el Estado por la manera como la medida de expulsión había sido adoptada, la costumbre fue constituyendo un standard ideal que posteriormente sería reemplazado por la obligaciones positivas que impone actualmente el respeto a los DDHH.

Caso Ben Tillet⁶⁸⁹

Ben Tillet, regidor de la ciudad de Londres, era también un influyente representante del sindicalismo británico. En agosto de 1896 pasa a Amberes para fomentar una huelga entre los trabajadores de ese puerto. Tras tomar parte en un *meeting* público fue arrestado y luego de pasar una detención de 24 horas primero en un puesto policial y posteriormente en un centro de seguridad, fue expulsado hacia Inglaterra.

El gobierno británico protestó por las medidas tomadas por su homólogo belga y el caso fue sometido a arbitraje. La parte británica alegaba que la detención de Tillet le había ocasionado una serie de gastos, pérdida de tiempo, que había sido sometido a medidas rigurosas e injustificables, que su arresto había sido arbitrario, la detención demasiado larga y humillante pues Tillet habría sido obligado a vestir el traje de criminal común y habría sido encerrado en una prisión malsana.

El gobierno británico no contestaba el derecho del gobierno belga de expulsar a Tillet pero se quejaba de las medidas y condiciones a que había sido sometido y que “*exceden absolutamente todo aquello que puede justificarse como consecuencia de una medida de expulsión*” y estimaba que Tillet tenía derecho en función de su investidura, a la expresión de disculpas de parte del gobierno belga y a una indemnización de 75,000 francos.

El gobierno belga estimaba por su parte no haber incurrido en ninguna responsabilidad pues las medidas adoptadas contra Tillet habían sido tomadas “*dentro de los límites del ejercicio de la soberanía del Estado*”

Al considerar la cuestión a él sometida, el árbitro comienza por constatar que “*no se le puede contestar a un Estado la facultad de prohibir la presencia sobre su territorio de extranjeros cuando sus acciones o su presencia le parecen comprometer su seguridad*” ni tampoco el derecho de apreciar “*en la plenitud de su soberanía, el alcance de los hechos que motivan esta interdicción*” y a continuación realiza un detallado examen de los hechos a la luz de las reclamaciones británicas y comprueba que al someter a vigilancia estrecha a Ben Tillet luego del *meeting* y hasta el momento de su arresto, el “*gobierno no salía de su rol ni excedía su*

⁶⁸⁹ Chonique des faits internationaux - Affaire Ben Tillet, *RGDIP* 1899, págs. 46 – 55. Ver igualmente *British Digest of Int. Law* vol VI, págs. 124-150.

derecho". En cuanto al régimen carcelario, y previa visita del lugar de detención, el árbitro constata que "no se ha violado una regla internacional" y que "el gobierno belga, al aislar a Ben Tillet, impidiéndole de sufrir el contacto con los otros detenidos [por delitos comunes] ha satisfecho las exigencias de la cortesía internacional". Por lo que se refiere a la duración de la detención que ha durado veintiséis horas y a la deportación de Tillet, el árbitro declara "que no se puede, sin medir con un exceso de rigor el empleo de tiempo de los representantes del gobierno belga, sostener que sus instrucciones debían haber llegado antes" del momento en que Tillet fue embarcado y que al deportarlo al día siguiente de su arresto, "el gobierno belga no ha cometido ninguna falta".

En opinión de Politis, "si la expulsión de Tillet ha sido considerada lícita, lo es porque de hecho, no ha habido ningún exceso de poder, ni violación de una regla de derecho o de cortesía, ni falta imputable al gobierno y que, si por el contrario se hubiese verificado alguno de esos perjuicios, la expulsión hubiese sido considerada ilegal."⁶⁹⁰

Haciendo referencia a los precedentes jurisprudenciales anotados y a otros que hemos omitido, Jovanovic comentaba:

*La concepción del poder de expulsión que resulta de estas decisiones puede resumirse en tres puntos: a) la expulsión es una competencia discrecional, b) esta competencia esta limitada por la finalidad que le es reconocida en el derecho internacional, c) su ejercicio debe estar justificado.*⁶⁹¹

Unos cincuenta años antes que Jovanovic llegara a tales conclusiones, Politis escribía ya sobre la capacidad de la teoría del abuso de derecho para formular reglas en materias en las que el derecho internacional se encuentra relegado a la discreción de los Estados, reglas que tienden a delimitar ese llamado dominio reservado:

*[...] la aplicación repetida de la noción de abuso de derecho ha conducido a liberar un cierto número de reglas por las cuales la libertad de expulsión se encuentra en vía de ser limitada de manera a conciliar la seguridad de los Estados con las libertades individuales.*⁶⁹²

Y si esto ha sido así para los casos de expulsión, no se ve porque razones no podría ser de igual modo para el tema de la extradición, pues como lo señalaba Lauterpacht:

*These are but modest beginnings of a doctrine which is full of potentialities and which places a considerable power, not devoid of a legislative character, in the hands of a judicial tribunal. There is no legal right, however well established, which could not, in some circumstances, be refused recognition on the ground that it has been abused*⁶⁹³.

⁶⁹⁰ POLITIS, op cit, pág. 107

⁶⁹¹ JOVANOVIC, op cit, pág. 121

⁶⁹² POLITIS, loc cit, pág. 108

⁶⁹³ LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Londres 1958, pág 164

4.7. *Quidquid est in territorio est etiam de territorio*

En la sesión de Lausana, el Institut de Droit International se abocaba al estudio de la materia de la expulsión. El profesor Rolin-Jaequemyns, encargado de presentar el informe para la apertura del debate, se expresaba del siguiente modo:

El principio que domina toda la cuestión es el de la soberanía territorial de la cual deriva el derecho de alta policía sobre toda la extensión del territorio. La primera condición de la existencia de un Estado no es solamente la existencia de un grupo de ciudadanos que reconocen su soberanía, es la existencia de un territorio sobre el cual esta soberanía se ejerce de hecho y de derecho, en exclusión de toda otra. Pero esta soberanía se vería comprometida si fuera posible que personas que no guardan ningún vínculo político con el Estado al que entran, que no contribuyen con ninguna de sus cargas personales, cuya patria, en una palabra, se encuentra allende, pudieran penetrar su territorio, instalarse y desafiar a las autoridades locales que juzgarían ese establecimiento como peligroso y perjudicial para el país. El derecho de prohibir la entrada o de excluir a todo individuo extranjero de la comunidad política de la cual el territorio de un país es la sede, es por tanto una consecuencia directa de la soberanía territorial.⁶⁹⁴

La facultad de expulsar deriva, pues, de la potencia pública que el Estado ejerce sobre el territorio dentro del cual esta potencia encuentra sus linderos. Es el poder soberano desplegado sobre todas las personas y bienes que se encuentran dentro de su territorio el que lo faculta, en un determinado momento, a expulsar a una persona extranjera que es considerada perniciosa o dañina para con la colectividad social sobre la cual se sustenta.

Ahora bien, como ha sido señalado anteriormente⁶⁹⁵, la potestad de un Estado para extraditar a una persona en ausencia de toda norma que lo obligue, deriva igualmente de la soberanía que el Estado ejerce sobre su territorio, recordemos la afirmación de la CIJ en el caso Haya de la Torre:

Una decisión relativa a la extradición implica solamente el ejercicio normal de la soberanía territorial⁶⁹⁶

La noción viene resumida en la máxima latina que establece el principio del dominio territorial del Estado: *Quidquid est in territorio est etiam de territorio* y que Deva Bedi explica de la siguiente manera:

As a corollary of this internal independence, all individuals and all property within the territory of a state, ...are under its domain and sway. In other words, a state has the supreme authority over all individuals and property within its boundaries.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ ROLIN-JAEQUEMYS, Informe a la octava comisión del IDI sobre expulsión de extranjeros, sesión de Lausana, AIDI 1888-89, pág. 230.

⁶⁹⁵ Ver supra, pág. 146 y ss.

⁶⁹⁶ Ver supra nota 584

⁶⁹⁷ DEVA BEDI, op cit, pág. 28

Por lo tanto, si el juez internacional tiene competencia para controlar un caso de expulsión y para sancionar al Estado en el caso de que esta expulsión haya sido el producto de un exceso de poder o abuso de derecho, entonces también tiene capacidad para controlar – y sancionar llegado el caso – a un Estado que, abusando de esa competencia discrecional, se niega a extraditar a un individuo requerido por otro Estado, ocasionándole de este modo un grave perjuicio, pues de lo que se trata en suma es del ejercicio de la misma facultad derivada de la soberanía territorial.

Cierto, expulsión y extradición son dos materias distintas y los tratadistas se esfuerzan – hasta ahora en vano⁶⁹⁸ – de marcar las diferencias. Así, mientras que la expulsión es un acto exclusivamente unilateral, la extradición es uno esencialmente bilateral. En la primera el extrañamiento del individuo se hace en beneficio del propio Estado expulsante, porque su presencia sobre el territorio resulta perjudicial a la nación o porque ha infringido alguna ley del Estado en el cual se encuentra. En la segunda, el extrañamiento del individuo se hace en beneficio del Estado que lo requiere, su presencia sobre el territorio del Estado requerido no implica ningún peligro para él, en principio el individuo extraditado no ha infringido ninguna de las normas del Estado requerido.

Pero básicamente, el Estado que expelle al individuo hace uso, en ambos casos, de la misma facultad que le otorga el poder soberano. De hecho, el estudio de la materia de expulsión en el IDI, surgió de las discusiones que se llevaban a cabo a propósito de la extradición.⁶⁹⁹

Sobre la posibilidad de recurrir a la teoría del abuso de derecho en caso de renuencia a extraditar de la parte del Estado requerido, escribía en 1944 Sir Hersch Lauterpach, juez de la CIJ de 1955 a 1960. En vísperas de la victoria aliada, los juristas se planteaban la necesidad de castigar los crímenes de guerra cometidos durante el conflicto mundial y los mecanismos a emplearse para conseguir la extradición de criminales en caso de que algunos de ellos hallaren refugio en algún Estado neutral. El eminente jurista pasa en revista los escenarios posibles que de tal situación pudiera surgir teniendo en cuenta la multiplicidad de relaciones internacionales y actitudes que los Estados pudieran adoptar. Llegado al punto de considerar la eventualidad del refugio de un criminal de guerra dentro del territorio de un Estado neutral que no tuviere tratado de extradición con ninguna de las potencias aliadas y que adoptare una actitud obstructiva, el Profesor anotaba:

It is probable that a correct legal appreciation of the position must be sought by reference not to the limited subject of extradition but to the operation of the prohibition of an abuse of rights in relation to the territory of the State. The State's right of sovereignty over its territory, including its right to grant asylum to fugitives, is, in the absence of treaty obligations, exclusive and absolute. But if that right is used in a way prejudicial to the legitimate interests and claims of other States then it degenerates into an abuse of right which international law will not countenance. International law prohibits injurious use of territory not only in such matters as nuisance caused by uncontrolled emission of noxious

⁶⁹⁸ A pesar de la condena cuasi universal de la doctrina de echar recurso a la expulsión en lugar para satisfacer una demanda de extradición, la práctica es corriente en las relaciones internacionales. Baste recordar el caso de Kazue Yoshimura antes mencionado, el del propio Vladimiro Montesinos o el más reciente de Augusto Bresani

⁶⁹⁹ AIDI VIII, 1885-86, pág. 166. La intervención del Sr. Brusa pidiendo remitir la discusión sobre la extradición, “a fin de poder tratar al mismo tiempo la cuestión de la expulsión, que ofrece mucha analogía con la primera”, habría motivado el estudio del tema.

*fumes*⁷⁰⁰ or toleration of preparations for hostile expeditions into neighbouring territory.

*The privilege and the moral duty of granting asylum to the persecuted ought not rashly to be interfered with. But the respect due to that privilege must, in turn, be conditioned by the manner in which it is exercised. The principle of asylum is put in jeopardy when it is used in a way amounting to a denial of justice to States which, in their collective capacity and in the persons of their citizens, deem themselves to have been victims of cruel and systematic crimes.*⁷⁰¹

La referencia a los crímenes de guerra no debe interpelarnos sobre la idoneidad de la aplicación del principio al caso que nos ocupa. En primer lugar es necesario tener en cuenta que el artículo fue publicado en 1944, es decir, con anterioridad a los procesos de Nuremberg que le otorgaron a los crímenes de guerra ese carácter de delito internacional que hoy le conocemos. Por lo tanto en el artículo, la noción sólo evoca la gravedad del perjuicio soportado y el peso que le corresponderá ocupar una vez puesta en la balanza del abuso de derecho. Los delitos cometidos en el ejercicio de la máxima magistratura del Estado, cierto es, son de otra naturaleza, pero su gravedad no podría ser desdeñada cuando se ha echado mano al poder de la potencia pública en perjuicio de toda una nación. Aun a nivel internacional se puede considerar que la comunidad de Estados no tiene ningún interés en que entre sus representantes se encuentren algunos que usen de la majestad que les ha sido otorgada con fines ilícitos.

Por otro lado, Brownlie evoca igualmente la idea de abuso de derecho en caso de negativa a extraditar sin hacer referencia esta vez a crímenes de guerra:

*In general, States refuse to extradite nationals, but in some cases to do so without assuming responsibility for trying the suspect is an obvious abuse of power.*⁷⁰²

Igualmente, Kolb afirma que la teoría puede ser invocada en casos de extradición:

*e) La buena fe (o el abuso de derecho) pueden limitar la discreción de extraditar a un individuo*⁷⁰³.

4.8. Elementos objetivos del abuso de derecho: la prueba

El abuso de derecho no se presume, la CPIJ lo había declarado ya en los affaires de Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca y en el caso de las Zonas Francas⁷⁰⁴, en el caso del Canal de Corfú el juez Ečer precisaba el contenido de esta norma del siguiente modo:

[I]n international law, there is a presumption in favour of every state, corresponding very nearly to the presumption in favour of the innocence of every individual in municipal law. There is a presumptio Juris that a state behaves in

⁷⁰⁰ El autor hace referencia a la sentencia Trail Smelter Arbitration. Annual Digest 1938-1940, Caso n° 315

⁷⁰¹ LAUTERPACHT, Hersch. The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, *BYBIL XXI*, 1944, pág. 94.

⁷⁰² BROWNLIE, Ian, Principles... op cit, págs. 318-319

⁷⁰³ KOLB, Robert, op cit, pág. 485.

⁷⁰⁴ Ver supra, págs. 162 y 162

*conformity with international law. Therefore, a state which alleges a violation of international law by another state must prove that this presumption not applicable in some special case. . .*⁷⁰⁵

Nos corresponde por tanto aportar la prueba del abuso que significa, de la parte del Japón, la negativa de extraditar al ex presidente peruano.

Previamente es necesario presentar una nota explicativa sobre la metodología a seguir.

El hecho de que el abuso de derecho no se encuentre mencionado literalmente en muchas de las sentencias que son presentadas en apoyo de este principio, aunado a la dificultad que presenta su definición y a las críticas de un determinado sector de la doctrina, ha llevado a ciertos autores a desmembrar algunas de las particularidades del abuso de derecho y a presentarlas como entidades autónomas distintas del principio general del cual se desprenden, en una operación que Kolb describe como:

*...una lógica de sustracción. [...] Comenzando a sustraer de la noción general del abuso de derecho todas las nociones particulares en razón de su autonomía...*⁷⁰⁶

Por razones de comodidad en el procedimiento más que por consideraciones de rigor académico, hemos optado por seguir el razonamiento de Kolb quien hace alusión a cuatro acepciones del abuso de derecho, acepciones que algunos tratadistas presentan como autónomas de este principio y que por lo tanto estudian separadamente a pesar de las obvias aproximaciones que presentan entre sí como se podrá apreciar más adelante. Las cuatro acepciones a las que alude Kolb son: La intención de causar daño (1); el desvío de poder (2); la desproporción manifiesta de intereses (3) y; lo arbitrario, lo irrazonable, el fraude (4).

Por último, es necesario determinar de manera precisa cual ha sido hasta el momento la respuesta de las autoridades japonesas a los requerimientos peruanos de cooperación en el caso Fujimori, teniendo bien presente que en ningún caso se les puede considerar como respuesta formal y definitiva en tanto que el Perú no ha presentado, aun, una demanda formal de extradición, sin embargo todo lleva a pensar que la respuesta final del Japón no diferirá mucho de las que hasta hoy han venido emitiendo sus voceros autorizados.

La lógica de las respuestas informales alcanzadas hasta hoy día por los voceros oficiales pueden esquematizarse del siguiente modo:

- Fujimori es japonés.
- El Japón no extradita a sus nacionales.
- No existe tratado de extradición entre Perú y Japón.

Si las dos primeras son claras, para la tercera se hace necesario aportar algunas precisiones. En las declaraciones de los voceros autorizados del gobierno japonés no se hace referencia a la inexistencia de un tratado de extradición entre Perú y Japón como un obstáculo general a la extradición. De hecho, como lo señala Kimberly Prost, la tendencia del Japón en materia de cooperación judicial y más precisamente en temas de extradición, no parece estar basada en la conclusión de tratados bilaterales (sólo ha ratificado un tratado de este tipo) sino más bien en los imperativos de la propia legislación interna:

⁷⁰⁵ Affaire du Détroit du Corfou, CIJ Recueil 1949, pág. 119.

⁷⁰⁶ KOLB. Op cit, pág 463

*Most commonly, such extradition is based on domestic legislation. There are some countries, Japan being an example, which adopt this as almost the exclusive approach to extradition, extraditing without treaty, on the basis of national legislation which imposes essentially a condition of reciprocity*⁷⁰⁷.

La misma idea desarrolla Kenji Koroyasu, antiguo Jefe de la Office of Internacional Criminal Affaires del Ministerio de Justicia de Tokio:

*The significant feature of the Japanese mutual assistance is that we can provide assistance without a treaty. That is one of the reasons why we have no bilateral treaty of mutual assistance except the Treaty on Extradition between Japan and the United States of America.*⁷⁰⁸

La respuesta que diera el gobierno japonés a la interpelación que le fuera sometida por parte de la parlamentaria *Kiyomi Tsujimoto* a la que hemos aludido anteriormente⁷⁰⁹ confirma igualmente este punto de vista.

5.- En caso que quede demostrada la responsabilidad del Sr. Fujimori en la violación de los DD.HH. y el Gbno. Peruano solicite la entrega de Fujimori, ¿cuál sería la actitud del Gbno. Japonés?. Quisiéramos que se nos exponga cuál es el punto de vista del gobierno.

II.5)

Nos resulta difícil contestar a la pregunta ya que el punto tiene un presupuesto hipotético. Pero si nos atenemos al común entendimiento, la solicitud de extradición de un prófugo del extranjero, se discierne su procedimiento sobre la base de la Ley de Extradición (Ley No. 68 del año 28 de Showa), la misma que dice que debe realizarse siempre y cuando los actos cometidos no correspondan a penalidades de condena a muerte, condena sin tiempo límite, o, condena por más de 3 años de acuerdo con las leyes japonesas (la misma ley Art. 2, inciso 4); Si el prófugo es de nacionalidad japonesa, (la misma ley Art.9) no debe entregarlo.

Como puede apreciarse de la respuesta, la extradición en el Japón viene regulada por la ley y esta prescribe que debe realizarse siempre, a condición de que se cumplan ciertos requisitos.

De manera que resultaría contradictoria, y hasta podría dar pie a un estoppel, una negativa a la extradición basada en la no existencia de tratado planteada en términos generales. La alusión a la carencia de tratado parece más bien estar relacionada a la cuestión de la nacionalidad, el Japón no extradita a sus nacionales a menos que exista un tratado que así lo establezca, esa parece ser la idea presentada hasta ahora, eso es lo que se entiende en todo caso de la conferencia de prensa ofrecida el 7 de setiembre del 2001 por el Ministerio de RREE del Japón:

⁷⁰⁷ PROST, Kimberly. *Breaking down the barriers: International Cooperation in combating Transnational Crime*, <http://www.oas.org/juridico/MLA/en/can/doc/prost.en.html>

⁷⁰⁸ KOROYASU, Kenji. Simposio Transnational litigation, perspectives from the US and abroad, *The Internacional Lawyer* 18, 1984, pág 787.

⁷⁰⁹ Ver supra nota 377.

My second question is, are you in close contact with the Peruvian government, although you have not received a request on the extradition matter? Are you closely working with the Peruvian government?

Mr. Harada: The Japanese laws and regulations concerned do not allow us to extradite a Japanese national unless we have an extradition treaty. The Government of Japan only has one such treaty and that is with the United States.

...

*but if we do not have an extradition treaty, then we cannot extradite a Japanese national to another country.*⁷¹⁰

La interpretación de que la alusión a la inexistencia de un tratado de extradición esta referida a la cuestión de la nacionalidad se ve reforzada en las palabras de Kenji Korasuyu,:

*First, there is the Law of Extradition. Under this law, Japan can extradite a fugitive even in the absence of a treaty of extradition, except its own national [...] A Japanese fugitive, however, may be extradited to a country only when it has a treaty of extradition with Japan. Japan has entered a treaty of extradition with only one nation, that is, the United States. Therefore, we may extradite even a Japanese national to your country.*⁷¹¹

Ahora bien, como ha sido demostrado en el segundo capítulo, el Japón no podría invocar válidamente el argumento de la nacionalidad nipona de AFF ante una jurisdicción internacional y por lo tanto esta motivación debería ser descartada, sin embargo se hace necesario retomar el argumento aquí para probar la existencia de un abuso de derecho.

Hechas estas precisiones, pasemos a las pruebas.

4.8.1. Intención de causar daño

4.8.1.1. Intención

El criterio de intención plantea no pocos problemas desde el punto de vista teórico. Para unos este criterio sólo es relevante cuando el abuso de derecho se presenta bajo el aspecto de un desvío de poder (*détournement de pouvoir*)⁷¹².

Para otro sector de la doctrina la prueba de la intención es determinante en una demanda por abuso de derecho desde que el acto reprochado no es, en principio, ilícito. Así por ejemplo, para Jean-Paul Jacqué

⁷¹⁰ Press Conference 7 September 2001 <http://www.mofa.go.jp/announce/press/2001/9/907.html#5>. Ver igualmente en: <http://www.marcosbillions.com/marcos/Dictators%20Fujimoro%20extradition.htm> : The government cannot extradite anybody who holds Japanese nationality unless it has signed an extradition treaty with the requesting country. No such treaty exists between Japan and Peru. En el mismo sentido ver: <http://www2.asahi.com/2002wcup/english/news/K2002040900333.html> The law currently forbids Tokyo from extraditing Japanese nationals, even at the request of a foreign government, unless an extradition treaty is in place with that country. *Tokyo, Seoul sign extradition treaty*, The Asahi Shimbun

⁷¹¹ KOROYASU. Op cit, pág. 486.

⁷¹² KISS, Alexandre, Abuse of Right, *Encyclopedia of Public International law* North Holland, 1981, vol VII, pág. 1

*En principio, el derecho internacional no determina el objetivo exacto en vista del cual la competencia debe ser ejercitada. Se presume simplemente que la competencia no ha sido empleada normalmente cuando el demandante llega a probar que ella ha sido ejercida con la intención de ocasionar daño, de adquirir una ventaja injustificada o de eludir una obligación internacional*⁷¹³ [Itálicas en el original]

Más drástico aun es Reuter, quien en su exposición oral en el affaire de la Barcelona Traction afirmaba:

*...para que el acto constituya un delito, sería necesario que se haya fundado enteramente en un objetivo ilícito, es decir, que este objetivo sea la justificación exclusiva del acto. Dicho de otro modo, un acto que estuviera fundado en justificaciones razonables es un acto jurídicamente correcto y no puede constituir un delito internacional aun cuando su autor haya podido tomar en cuenta otras consideraciones, otras intenciones a las cuales se podría presentar algunas objeciones.*⁷¹⁴

Sin embargo este criterio está lejos de ser unánime. Haciendo referencia al alegato de Reuter, Iluyomade señala:

*Much overgeneralization has been involved in the doctrinal dispute as to the type of advertence required to prove an international claim. In nearly all the arguments, there has been a failure to indicate whether proof of intention is a necessary condition for the establishment of responsibility or, indeed, whether it is a sufficient condition.*⁷¹⁵

Para Kolb, sostener las tesis avanzadas por Jacqué y Reuter “*equivale prácticamente a eliminar el principio del abuso de derecho de los asuntos internacionales*”⁷¹⁶, mientras que para Jovanovic, la posición de Jacqué resulta:

...insostenible si aceptamos que los poderes del Estado son competencias. La noción de competencia es funcional: toda competencia existe para realizar una cierta función, para subvenir a una cierta necesidad. Ella [la tesis de Jacqué] equivaldría a reconocer a los poderes del Estado un carácter absoluto: estos no tendrían ninguna función social y no estarían destinados sino a realizar un objetivo personal.... De otro lado, el efecto de la interdicción del abuso de derecho se vería sensiblemente disminuido en razón de la gravedad que acompaña la alegación de intención de causar daño y de la dificultad de aportar la prueba de elementos subjetivos.

Sobre este último aspecto, Rippert anota:

⁷¹³ JACQUE, Jean-Paul, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, 1972, pág. 173

⁷¹⁴ Exposición oral de Reuter, sesión del 30 de mayo de 1969, ICJ Pleadings, Barcelona Traction, vol IX, pág. 213

⁷¹⁵ ILUYOMADE p 77

⁷¹⁶ KOLB, op cit, pág. 464.

*La búsqueda subjetiva de la intención es permitida a pesar de la regularidad objetiva del acto, y el acto nocivo obliga a reparación desde que ha sido motivado por un pensamiento culpable aun cuando [el acto] fuera regular.*⁷¹⁷

Sin embargo,

*The view that a subjective element of intention to commit a wrongful act (culpa or dolus) must be present has sometimes been advanced. However, the majority of modern writers and some international tribunals have held to the view that intent is objective.*⁷¹⁸

Como se puede apreciar, la discusión es ardua y las posiciones a veces radicalmente contrapuestas. La intención del Japón es sin embargo lo suficientemente traslúcida⁷¹⁹ como para eximirnos de mayor abundamiento en la discusión teórica. En efecto, un análisis minucioso de los hechos pone de manifiesto que la única motivación del Japón en todo este asunto ha sido, y sigue siendo, la de otorgar abrigo a un antiguo aliado, étnicamente cercano. De modo tal que, aun adoptando la posición más restrictiva dentro de la pugna teórica sobre el rol que juega la intención, nuestra tesis aprobaría el test holgadamente. El profesor Anderson, de la Australian National University, escribía en un reciente artículo que:

*the Japanese government's determination regarding Fujimori's nationality was based on a neutral application of the existing laws, but I also suggest a small window of discretionary treatment exercised in his favor*⁷²⁰

La pequeña ventana que sugiere el profesor Anderson parece tener sin embargo, y como veremos a continuación, las dimensiones suficientes como para dejar pasar por ella un camión remolque.

Como es sabido, Fujimori abandonó el país para escapar a las investigaciones que sin duda se le iniciarían, como de hecho se iniciaron, gracias a la nueva correlación de fuerzas en el parlamento en el cual sus partidarios habían perdido la mayoría. El propio Fujimori reconoce que es esta nueva correlación de fuerzas en el parlamento lo que determina su salida:

*Soy el primero en reconocer que hay un nuevo escenario político en el país, una de cuyas expresiones recientes es una nueva correlación de fuerzas en el Parlamento*⁷²¹.

Es pues, esa nueva repartición de fuerzas dentro del parlamento y no la imaginaria “persecución política” que hoy día aduce, la que lo llevo a abandonar el cargo. Recordemos

⁷¹⁷ RIPERT, Georges, Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, *RCADI* 44, 1933 II, pág 618.

⁷¹⁸ ILUYOMADE p 77

⁷¹⁹ En nuestro análisis hemos tenido presente la propuesta del Japón ante el Comité Especial de la ONU encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional, según la cual la intención puede deducirse de las circunstancias objetivas del hecho:

“2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el convenio a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán deducirse de las circunstancias objetivas de hecho.” Naciones Unidas, Asamblea General. Documento A/AC.254/5/Add.4.

<http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/2session/5a4s.pdf>

⁷²⁰ ANDERSON, Kent, An asian Pinochet ? op cit, pág. 2

⁷²¹ Ver anexo, pág, 220

que al llegar a Tokio, Fujimori es presidente en funciones; que hasta ese momento sigue teniendo bajo su control al Poder Judicial con magistrados nombrados a dedo y, en buena parte, en calidad de provisionales, ergo, en situación de total dependencia; que el Ministerio Público se encuentra igualmente sometido al Ejecutivo por medio de la Comisión Ejecutiva digitada igualmente desde Palacio; que igualmente las FFAA se encuentran sometidas luego de las purgas llevadas a cabo tras la fuga de Montesinos; que la prensa adicta al régimen sigue prestándole sus habituales “servicios” y que los canales de televisión abierta siguen en manos de personas vendidas al régimen, como de hecho lo siguieron estando posteriormente en muchos casos. Por si esto fuera poco, buena parte de la oposición, incluida la prensa y algunas de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, sostenían la necesidad de que la llamada transición fuera conducida por el propio Fujimori quien había decidido acortar su mandato.

Es esa la situación del país cuando Fujimori escribe:

*He vuelto, entonces, a interrogarme sobre la conveniencia para el país de mi presencia y participación en ese proceso de transición. Y he llegado a la conclusión de que debo renunciar, formalmente a la Presidencia de la República.*⁷²²

Ahora bien, ¿desde cuando la pérdida de la mayoría en el Congreso es móvil para la renuncia y fuga de un Presidente en funciones? Más aun cuando se trata de un gobierno que esta de salida y por lo tanto sin capacidad ni vocación para implementar planes de gobierno que le puedan acarrear una oposición cerrada. Su tarea desde que se decidió acortar el término del mandato se reducía a llevar a cabo la transición. El propio Fujimori así lo afirma:

*Ante la evidencia de la corrupción montesinista decidí, primero recortar mi mandato y garantizar personalmente una ordenada y democrática transferencia (sic) del poder a quien resultara elegido*⁷²³

¿Cuál era entonces el temor a la oposición? El temor evidente era el de la formación de las comisiones de investigación cuya composición, objetivos y conclusiones escaparían al control del ejecutivo a diferencia de lo que había venido ocurriendo luego del cierre de ese poder del Estado en 1992. Nuevamente es el propio Fujimori quien admite los hechos:

*Aquel análisis me llevó a una conclusión: Estaba en un callejón sin salida. No podía aparecerme en la "boca del lobo" (el Congreso de la República)*⁷²⁴

Escapar al control y las investigaciones que pudiera iniciar el Congreso, esas son las motivaciones que determinaron la huida con abandono de cargo de Fujimori. ¿Cuáles fueron las del Gobierno del Japón al darle asilo?

⁷²² Ibid

⁷²³ FUJIMORI, Alberto, DOS AÑOS DESPUÉS DE MI RENUNCIA...
<http://www.fujimorialberto.com/index.php?selection=artAll&articleId=381>

⁷²⁴ FUJIMORI, Alberto, MENSAJE AL PUEBLO PERUANO. A los fujimoristas, a un año de la persecución
<http://www.fujimorialberto.com/index.php?selection=artAll&articleId=122>

Sabido es que el pretexto utilizado es el de la pretendida nacionalidad japonesa de Fujimori cuya existencia fue reconocida por el gobierno japonés a poco más o menos un mes de su fuga.

Se aduce que dicho reconocimiento resulta de la constatación de la inscripción que, al momento de su nacimiento, efectuaran sus padres en el koseki familiar. Sin embargo esta constatación no basta de acuerdo a la legislación japonesa. En efecto, la ley de la nacionalidad japonesa trae las siguientes disposiciones:

Article 15. The Minister of Justice may, by written notice, require a Japanese national having a foreign nationality who fails to choose Japanese nationality within the period prescribed in paragraph 1 of the last preceding Article to choose one of the nationalities he or she possesses.

16.2. In the case where a Japanese national who has made the declaration of choice but still possesses a foreign nationality has voluntarily taken public office in the foreign country (excluding an office which a person not having the nationality of such country is able to take), the Minister of Justice may declare that he or she shall lose Japanese nationality if the Minister finds that taking such public office would substantially contradict his or her choice of Japanese nationality.

Ciertamente en ambos artículos se le otorga un margen discrecional al funcionario encargado de tomar la decisión, pero esta potestad discrecional no implica que el Ministro pueda omitir de considerar esas disposiciones, es decir, ignorar la ley. Lo que implica es que, luego de analizar los hechos, y a la luz de esas disposiciones, el ministro podrá: requerir a la persona interesada que realice la opción de nacionalidad (en el caso del artículo 15); declarar que la persona interesada ha perdido la nacionalidad japonesa (en el caso del artículo 16); o bien no hacer nada en cualquiera de los dos casos. En cualquiera de estas hipótesis, el ministro debe haber, previamente a la toma de decisión, considerado los hechos.

Y los hechos en este caso, como es público y notorio y que eran del conocimiento de las autoridades japonesas como lo prueba - sin que la menor duda pueda persistir a este respecto - las conferencias de prensa ofrecidas por los voceros del Ministerio de RREE del Japón y que obran en la página web de esa entidad, son los mismos hechos señalados líneas arriba, es decir, que Fujimori es el Presidente de un país extranjero recientemente despojado del cargo y que busca a toda costa escapar a las investigaciones en las que muy probablemente se iba a ver incurso.

Como lo señala el profesor Anderson, quien sin embargo no parece tirar mayores consecuencias de sus propias conclusiones,

The only conclusion that can be drawn is that the Ministry of Justice has exercised its discretion in favor of Fujimori and continues to do so since the notice of public hearing required under the section to revoke his nationality has not been posted. Thus, despite the claims by the Ministries of Justice and Foreign Affairs concerning Fujimori that they merely applied the existing legal standards,

*there appears to have been some amount of political discretion exercised in his favor.*⁷²⁵

Ahora bien, tal como lo indica Reuter:

El acto animado de una intención hostil es aquel que resulta inexplicable, es decir, del cual es imposible ofrecer una explicación razonable apelando a justificaciones admitidas jurídica y humanamente

Y continúa:

*En un asunto simple, el efecto concreto de una medida puede constituir una prueba suficiente de un móvil ilícito.*⁷²⁶

Similar es el razonamiento de Rolin cuando citando a Lerebours-Pigeonnière afirma:

*La intención de fraude existe cuando los actos o circunstancias voluntarias que rinden aplicable una ley extranjera tienen por causa determinante el deseo de escapar a la ley considerada como molesta.*⁷²⁷

La conclusión a la que llega Anderson se ve reforzada no sólo por el hecho, como lo señala ese autor⁷²⁸, de que en 1991 el gobierno japonés requiriera a Aritomi la renuncia a la nacionalidad japonesa antes de asumir el cargo de embajador peruano en ese país de acuerdo a los principios de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas⁷²⁹ - que sin embargo deja igualmente un margen discrecional al Estado receptor – sino que además, y más grave aun, la nacionalidad japonesa le haya sido devuelta dos semanas después de que las autoridades peruanas emitieran una orden internacional de captura contra esa persona. El hecho de que el mandato haya sido suspendido meses después, en nada atempera esta conclusión, por el contrario, ello sería la prueba de que la persecución política no sino una excusa tras la cual se pretende reflotar un honor devaluado.

Redunda en esta conclusión el hecho de que luego de más de dos años y a pesar de las reiteradas declaraciones públicas, difundidas ampliamente por la prensa internacional y que se encuentran igualmente en la propia página web de Fujimori, en las que reafirma no sólo su apego a la nacionalidad peruana sino igualmente su deseo de volver a incursionar en la política nacional, las autoridades japonesas no hayan dado un sólo paso para inducir al interesado a realizar la opción de nacionalidad, violando así sus propios preceptos legales y la larga tradición de la normativa japonesa que tiende a la supresión de casos de doble nacionalidad. Como lo señala nuevamente el profesor Anderson:

⁷²⁵ ANDERSON, op cit, pág. 6

⁷²⁶ Exposición oral de Reuter, sesión del 30 de mayo de 1969, ICJ Pleadings, Barcelona Traction, vol IX, pág. 213

⁷²⁷ CIJ Memorias, affaire Nottebohm, p 413

⁷²⁸ This implication is even stronger considering that, in 1991 the Japanese Ministries of Justice and Foreign Affairs insisted that, consistent with the endeavor to abandon requirement and its political office presumption, Fujimori's brother-in-law Aritomi renounce his Japanese nationality before he undertook to be Peru's ambassador to Japan. Anderson, op cit, pág. 6.

⁷²⁹ Artículo 8.2. Los miembros del personal diplomático de la misión no podrán ser elegidos entre personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor, excepto con el consentimiento de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento.

Since his exile in Japan, however, Fujimori has publicly and repeatedly stated that he has no intention of giving up his Peruvian nationality. This appears to be a blatant violation of the requisite endeavor to abandon other nationalities that the Ministry of Justice has decided to overlook.

Quizás más mediático, pero no por ello menos probante de las verdaderas intenciones de las autoridades japonesas, es el hecho de que funcionarios de ese Estado le hayan dado tal acoyo que hasta sus propios despachos hayan sido puestos a su disposición⁷³⁰.

Siendo, como es claro y evidente, que la intención de Fujimori al buscar refugio en Japón no era otra que la de sustraerse a los requerimientos de la justicia peruana y siendo al mismo tiempo, como ha quedado probado, que para dar ocasión a ese refugio, las autoridades japonesas han soslayado sus propios imperativos legales e ignorado toda su tradición en materia de nacionalidad, no queda pues ningún espacio a la duda sobre la verdadera intenciones del Japón, es decir, la de burlar la justicia peruana.

4.8.1.2. Presencia de daño (injury)

*Dentro del marco del abuso de derecho, el perjuicio causado tiene un carácter moral en su origen. Él no constituye una violación del derecho internacional. No es sino a partir de su calificación como abuso de derecho que ese perjuicio es transpuesto del dominio de lo ético al dominio del derecho internacional.*⁷³¹

En doctrina se discute igualmente si la presencia de daño es necesaria a la configuración de una situación de abuso de derecho. En el caso Nottebohm, el abogado de Liechtenstein contestaba los argumentos avanzados por Guatemala aduciendo un abuso de derecho de la parte del Principado al haberle acordado su nacionalidad a Nottebohm en base a que no se habría probado la existencia de un daño resultante contra Guatemala como consecuencia de este hecho. En su respuesta, Rolin sostenía que la presencia de daño no era necesaria si se enfocaba el abuso de derecho desde su acepción de desvío de poder.

Como quiera que en esta investigación hemos optado por distinguir las diferentes acepciones del abuso de derecho y probar como en cada una de ellas existe una violación neta de la parte del Japón, se hace innecesario profundizar aquí sobre esta discusión teórica que versa sobre el punto de saber si la presencia del daño es indispensable a la definición del abuso de derecho o si ella se agrega cuando se trata del abuso de derecho en tanto que acto ilícito⁷³², bástenos con constatar que en el caso presente existe daño.

Se entiende por daño en derecho internacional, todo:

*Atentado contra los intereses materiales o morales de un Estado, de una organización internacional o de todo otro sujeto de derecho internacional así como de las personas físicas.*⁷³³

⁷³⁰ El gobernador de Tokio, Shintaro Ishihara declaraba al Weekly Post el 04-01-2001: I had dinner recently with Mr. Fujimori, the President of Peru. I offered him the use of my office in Japan

⁷³¹ GUGGENHEIM, Paul, La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, *RCADI* 74, 1949 I, pág. 252.

⁷³² Ver KOLB, op cit, pág., 469

⁷³³ Dictionnaire de droit international public

En el presente caso, el perjuicio moral en contra del Estado peruano se traduce en el flagrante obstáculo que se opone innecesariamente al curso de la justicia de sus tribunales. Innecesario desde que para materializarlo se han soslayado las propias disposiciones legales japonesas. El perjuicio es tanto mas grave cuanto los delitos imputados habrían sido cometidos en el ejercicio de la más alta función del Estado y por lo tanto su esclarecimiento es del interés de toda la nación.

Pero igualmente hay daño en perjuicio del honor y la dignidad del Estado peruano por el efecto resultante de la aplicación que se ha realizado del artículo 16.2 de la ley de la nacionalidad japonesa. En efecto, del reconocimiento de la nacionalidad japonesa de Fujimori por parte de las autoridades de ese país se desprendería que el ejercicio del cargo de Jefe de Estado de la República del Perú, cargo privativo a los solos peruanos por nacimiento, no sería incompatible con la tenencia de la nacionalidad japonesa y, como es necesario suponer que esa norma tiene alguna finalidad útil, es necesario concluir entonces que existen otros cargos o funciones públicas en países extranjeros que si son incompatibles con la posesión de esa nacionalidad y que, por lo tanto, se situarían en un nivel de importancia superior, a ojos de la legislación japonesa, que el que pudiera ocupar el cargo de Presidente del Perú, el cual se vería relegado al nivel de cualquier funcionario colonial como lo ha subrayado cierta prensa. Esta situación no sólo atenta contra el principio de la igualdad soberana de los Estados sino que resulta un insulto a la Nación peruana.⁷³⁴

4.8.2. Desvío del objetivo social o exceso de poder

El desvío de poder constituye la acepción más caracterizada del abuso de derecho en derecho internacional y es quizás la que domina toda la noción en este campo⁷³⁵. Mediante este principio se hace posible el control teleológico de la competencia discrecional en causa en relación al objetivo con miras al cual esa competencia ha sido otorgada. “*Por definición – anota Jovanovic – la noción de competencia designa un poder jurídico reconocido o atribuido por el orden jurídico a fin de realizar una función o de alcanzar un objetivo social. No existe competencia que no tenga una finalidad.*” Y cuando estamos frente a una competencia discrecional, su único límite está constituido por su finalidad misma, es decir, que tal competencia debe ser ejercida únicamente en miras de alcanzar el objetivo para el cual ha sido conferida. La violación de tal principio constituye un abuso de derecho.

Ahora bien, en materia de extradición, el Estado posee una competencia discrecional sólo en el caso de que no exista ningún tratado u otra norma imperativa que lo obligue en tal o cual sentido. Pero esto supone a su vez un deber del Estado de negociar y concluir tratados de extradición con sus pares de manera que le permitan entablar una relación fluida en materia de cooperación judicial, regla a la cual todos los Estados están obligados por el hecho mismo de formar parte de una comunidad de naciones. Lo contrario sería reconocerle a ese Estado en particular un potestad discrecional absoluta para todos los casos de extradición ya que, a falta

⁷³⁴ Diversas sentencias arbitrales han acogido demandas y acordado indemnizaciones por imputaciones de ultraje a la bandera caso Montijo, USA vs Colombia; y caso Ellen Rizpah and the Rising Son, USA vs España, por ejemplo. WHITEMANS, *Damages in International Law*, New York, Kraus Reprint Co., 1976, (reprint of 2 v. of the 1937 ed.), vol I, pág. 82, nota 186

⁷³⁵ KOLB, pág 464

de tratado existente y por lo tanto de obligación precisa, ese Estado se encontraría siempre en la situación de poder decidir por sí y ante sí, si extradita o no.

Recordemos que la existencia de una obligación moral de extraditar no es puesta en duda por ningún sector de la doctrina. Como lo señalaba Maître Rolin-Jacquemyns en la discusión del IDI en su sesión de Oxford de 1880 a propósito de la necesidad de incluir el artículo tercero de la resolución del Instituto que consagra el derecho de extraditar aun en ausencia de tratado, la obligación de extraditar que se materializa en un tratado, proviene de un derecho anterior a él, obligación que se desprende de la existencia de un *vinculum juris* que obliga a los Estados a extraditar.⁷³⁶ Como lo señalaba Renault en su informe preparatorio para esa sesión:

*La obligación de extraditar reposa sobre el interés común de los Estados y sobre la exigencia de una buena administración de la justicia*⁷³⁷

Años más tarde, Alberic Rolin, que había participado en las discusiones del IDI sobre la extradición, se preguntaba en un curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya si un Estado podría rehusar sistemáticamente a extraditar o a concluir tratados de extradición y concluía que:

*Si [el Estado] hace de su territorio un lugar de asilo para malhechores extranjeros, comete por ese hecho una violación positiva del derecho internacional. A menos que no los castigue o entregue. Sin eso, el Estado protege y favorece a aquellos que perturban el orden público por medio de acciones graves en el país extranjero. En vano se objetaría la independencia de los Estados. Ella no autoriza a un Estado a cometer actos que perjudican a otro Estado, como lo es el otorgar refugio a aquellos que comprometen la seguridad de este, de cubrirlos con su protección.*⁷³⁸

Y es que, como lo señalaba poco tiempo después Mercier en otro curso en la misma Academia:

La extradición es una medida de policía judicial internacional y de cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad. Ella debe impedir que los Estados se transformen en refugios de criminales

...

*la extradición aparece como una institución necesaria a la seguridad pública y al orden social.*⁷³⁹

Enfrentado a la hipótesis de un Estado que se rehusara a extraditar y que al mismo tiempo no se hubiera preocupado, como es su deber, de concretar tratados de extradición con otros Estados, el juez Lauterpacht, en el artículo antes citado, se planteaba las mismas preguntas:

⁷³⁶ AIDI 1881-82, Actas de la cuarta sesión plenaria, pág. 107. “Es importante no perder jamás de vista y reconocer en toda ocasión el principio: que el derecho internacional no está fundado en los tratados sino en un derecho pre-existente... de lo que se trata es del derecho en su sentido más general, del *vinculum juris*. ¿Existe un *vinculum juris* que obligue a los Estados a extraditar en ausencia de un tratado? Nosotros creemos que si, por lo tanto hay que decirlo”.

⁷³⁷ AIDI 1881-1882, pág. 71

⁷³⁸ ROLIN, Alberic, Loc. cit. pág. 188

⁷³⁹ MERCIER, op cit, pág. 177

*Undoubtedly, in any specific case a State is under no legal duty to extradite unless it is bound to do so by treaty. But if a State were to decide to refrain altogether from concluding extradition treaties and to open its doors to criminal fugitives to the detriment of the peace and safety of its neighbours, would its action be legally unobjectionable? Ought we not to distinguish between the refusal to conclude any particular extradition treaty and a general licence to fugitives from justice? Do extradition treaties merely prescribe the conditions on which States agree to limit their sovereign discretion or do they give expression to an underlying general duty of extradition?*⁷⁴⁰

Recordemos que en sus primeras discusiones sobre el tema, el IDI había establecido ya que la utilidad de los tratados de extradición es la de asegurar las formas y garantizar las obligaciones que la cooperación judicial impone, razón por la que alentaba a los Estados a concluir tratados de este tipo con sus similares:

*2-La extradición sólo puede ser practicada de manera segura y regular si existen tratados y es deseable que estos sea cada vez más frecuentes*⁷⁴¹.

En su más reciente sesión de Cambridge de 1983, el Instituto reiteraba esta necesidad:

1 El sistema bilateral como el sistema multilateral practicados actualmente debería ser desarrollados y extendidos

...

*4 aun en ausencia de tratado de extradición, los Estados deberían ser estimulados a extraditar a condición de reciprocidad.*⁷⁴²

La competencia discrecional de los Estados en cuestión de extradición se ve limitada pues, en primerísimo lugar por el objetivo en vistas del cual tal competencia le es reconocida: la del deber de concluir tratados de extradición aunque sólo fuera con sus vecinos más cercanos, de otro modo, al no preocuparse por establecer tratados de este tipo y al rehusarse al mismo tiempo a acceder a las demandas de extradición que le son dirigidas, se coloca al margen de la comunidad internacional al convertirse en paraíso de criminales prófugos de la justicia.

Ahora bien, el Japón, según declaración propia de sus autoridades, que además pretenderían emplear tal argumento como pretexto para no extraditar, sólo ha concluido un tratado de extradición con un solo Estado extranjero: los EEUU, y aun sobre este tratado pesan dudas de que haya sido concedido debido a las presiones ejercidas por la súper potencia⁷⁴³.

Más aun, según informaba el antiguo Consejero de la Dirección de asuntos criminales del Ministerio de Justicia de Tokio, *Eisaku Kimura*, entre 1872 y 1967, el Japón habría realizado seis demandas de extradición a países extranjeros, tres de las cuales habrían sido satisfechas. Durante el mismo periodo 83 demandas de extradición le habrían sido dirigidas al gobierno de Tokio, de las cuales sólo 25 habrían sido acordadas⁷⁴⁴, es decir que el 70% de los pedidos de

⁷⁴⁰ LAUTERPACHT, loc cit, pág., 93

⁷⁴¹ Supra, nota 580

⁷⁴² AIDI 60 II, 1984, Sesión de Cambridge, págs 305 y 307

⁷⁴³ Anderson señala: "Furthermore, that single treaty is with the United States and was necessarily drafted in the shadow of the U.S. military presence in Japan and corresponding expectation that the extradition door would predominately swing inwards sending U.S. citizens to Japanese courts." Op cit, pág. 7

⁷⁴⁴ KIMURA, Eisaku, Informe, RIDP 39, 1968, pág. 425

extradición realizados a un país que, además, sólo mantiene un tratado de extradición con otro Estado extranjero, habrían resultado infructuosos.

Frente a tales estadísticas, las palabras de Koroyasu para tratar de justificar la carencia de tratados de extradición por parte del Japón resultan un tanto irónicas:

*The significant feature of the Japanese mutual assistance is that we can provide assistance without a treaty. That is one of the reasons why we have had not bilateral treaty of mutual assistance except the Treaty on Extradition between Japan and the United States of America*⁷⁴⁵

Por el contrario, la situación actual y la experiencia peruana tanto en este caso como en el de la expulsión Kazue Yoshimura vienen mejor explicadas en las premonitorias palabras de Renault en el informe antes mencionado.

*La ausencia formal de tratados permite a los Estados poderosos emplear la presión contra los Estados más débiles, que serían por el contrario [en caso de existencia de tratado de extradición] protegidos por cláusulas netas que determinarían la amplitud de sus obligaciones.*⁷⁴⁶

Existe pues un indudable *detournement de pouvoir* de la parte del Japón en materia de extradición al haberse despreocupado completamente por establecer con el resto de países de la comunidad de naciones los instrumentos necesarios para el establecimiento de una fluida cooperación en materia judicial. Frente a tal situación, el argumento según el cual la extradición de Fujimori no sería posible debido a la ausencia de un tratado de extradición carece de seriedad y fundamento.

4.8.3. Desproporción manifiesta de interés

Politis aludía a la noción de equilibrio de intereses como la fuente del derecho civil de la cual la teoría del abuso del derecho en derecho internacional toma sus raíces, siendo el desvío de poder la fuente de derecho público. Kolb anota que el derecho admite que más allá de un límite determinado, el interés de un tercero o el interés social no tienen porque plegarse ante un interés individual.

⁷⁴⁵ KOROYASU, Kenji, Symposia, Transnational Litigation, *The international lawyer* 18, 1984, pág. 787. Quizás no este demás anotar las palabras de Shinya Murase sobre la tradición japonesa en materia de extradición que, si bien están referidas a en particular al principio de no-extradición por delitos políticos, pueden arrojar alguna luz sobre la manera como se maneja esta “mutual assistance” desde Tokio: The Japanese attitude in applying this nonextradition principle was, however, influenced more by political expediency than by a sense of commitment to the juridical values inherent in the principle”. MURASE, Shinya. “The Status of Political Refugees in Japan”, *ASIL Proceedings*, 1977, pág 156

⁷⁴⁶ RENAULT AIDI 1881-82, pág 73. En este sentido resulta interesante la lectura del documento sometido por Severino Gaña de la parte del Gobierno filipino al UNAFEI (United Nations Asia and Far East Institute) en el seminario sobre “Cooperación internacional para combatir el crimen organizado con especial énfasis en asistencia legal mutua y extradición”, en el cual un apartado es dedicado exclusivamente a la “cooperación” entre Filipinas y el Japón, cooperación de la cual parece felicitarse el autor y que sin embargo sólo muestra evidencia, con casos citados, de la cooperación de Filipinas hacia el Japón y ningún indicio de cooperación alguna en el sentido inverso. Esto no obstante que según las estadísticas presentadas en el mismo documento, el Japón aparece como el segundo beneficiario de este tipo de cooperación (luego de los EEUU) de la parte de Filipinas y a pesar de no existir tratado de extradición entre los dos países. Ver en: <http://www.unafei.or.jp/pdf/57-00.pdf>

*El orden jurídico busca un equilibrio entre el ejercicio, en sí legítimo, de derecho cuyo conflicto se debe a circunstancias objetivas de la geografía y de la vida en común.*⁷⁴⁷

En tal sentido, habría abuso de derecho cuando un interés mayor se ve perjudicado por el ejercicio de un derecho que resulta de un interés menor para su titular en relación al perjuicio ocasionado por el ejercicio de ese derecho.

Ahora bien, ¿cuáles son los intereses que es necesario aquí poner sobre la balanza? Por un lado tenemos la demanda de un Estado, cuyos órganos públicos e instituciones fundamentales han sido empleadas para la comisión de una serie de delitos que van desde el atropello a los derechos más esenciales de la persona hasta el desvío de los fondos públicos, para que el principal imputado en tales estropicios sea conducido ante la justicia quien deberá establecer su responsabilidad. Por el otro lado tenemos una nacionalidad nunca ejercida y cuyo único interés radica en las posibilidades de inmunidad que le depara al interesado. Una nacionalidad, en ejercicio de la cual se ha llegado a ocupar el máximo cargo de un Estado; versus una nacionalidad cuyas costumbres e incluso idioma son ignorados por el supuesto poseedor.

No existe contrapeso en tal balanza frente al peso que representa el interés de la justicia peruana en la extradición de Fujimori. Ciertamente esto no quiere decir que frente a un pedido de extradición, el país requerido no tenga argumentos de peso legítimos que oponer en la balanza de intereses. El siguiente pasaje tomado de la jurisprudencia canadiense da buena cuenta de cómo opera este balance de intereses.

The practice of extradition, as has been noted, has deep roots in this country, and the practice per se has never been controversial. This reflects a strong belief that crime must not go unpunished. Fairness requires that alleged criminals be brought to justice and extradition is the normal means by which this is achieved when the offence was committed in a foreign jurisdiction.

When an accused person is to be tried in Canada, there will be no conflict between our desire to see an accused face justice, and our desire that the justice he or she faces conforms to the most exacting standards which have emerged from our judicial system. However, when a fugitive must face trial in a foreign jurisdiction if he or she is to face trial at all, the two desires may come into conflict. In some cases the social consensus may clearly favour one of these values above the other, and the resolution of the conflict will be straightforward. This would be the case if, for instance, the fugitive faced torture on return to his or her home country. In many cases, though, neither value will be able to claim absolute priority; rather, one will serve to temper the other. There may be less unfairness in requiring an accused to face a judicial process which may be less than perfect according to our standards, than in having him or her escape the judicial process entirely.

For this reason, in considering the attitude of Canadians toward the death penalty we must consider not only whether Canadians consider it unacceptable,

⁷⁴⁷ KOLB, op cit, pág. 466.

*but whether they consider it to be so absolutely unacceptable that it is better that a fugitive not face justice at all rather than face the death penalty.*⁷⁴⁸

En este caso, el interés del estado requerido encuentra su razón en la pena en que puede incurrir la persona extraditada si se conviene la extradición. La posibilidad de que la persona requerida se vea imponer la pena de muerte es generalmente reconocida como una base legítima para denegar la extradición, aun así, el juez canadiense se pregunta – habida cuenta que la supresión de esa penalidad es reciente en su legislación – si esta penalidad es absolutamente inaceptable. El pasaje da buena cuenta de un correcto balanceo de intereses en el cual son tomados en cuenta todas las circunstancias que rodean la especie y no la mera prescripción legal. Tal no parece ser hasta ahora la posición adoptado por el Japón.

4.8.4. Lo arbitrario, insensato, irrazonable

Por arbitrario o irrazonable se entiende el acto manifiestamente injustificado con relación a los hechos en causa. Son tachados de tal manera “*el ejercicio objetiva y manifiestamente chocante de un derecho, los actos que violan la conciencia jurídica, los actos de fraude a la ley o al derecho, ciertos ejercicios discriminatorios de derecho o su ejercicio insensato*”⁷⁴⁹.

Jovanovic señala que:

*Uno de los principios que se relacionaría al ejercicio del poder discrecional, y lo limitaría, sería aquel que obliga al Estado a comportarse razonablemente.*⁷⁵⁰

Según este autor, lo razonable es:

*Una norma de comportamiento que requiere de moderación y del actuar dentro de los límites de lo aceptable.*⁷⁵¹

Citando a Robert Legros, Jean Salmon menciona por su parte que lo razonable:

*Es el regreso al **ars aequi et boni**, la búsqueda de la solución justa, aceptable, admisible, que arranca la adhesión, que convence, es la voluntad constante de servir a la justicia*⁷⁵².

El recurso a la noción de lo razonable nos va a permitir soslayar las dificultades que supone la prueba de la intención en caso que nuestras anteriores conclusiones no hayan resultado convincentes a pesar del esfuerzo puesto en ello, y esto echando mano a criterios objetivos directamente verificables.

⁷⁴⁸ ILR, 98, pág 421, KINIDLER v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) Canada, Supreme Court 126 September 1991

⁷⁴⁹ KOLB, op cit, pág. 468.

⁷⁵⁰ JOVANOVIC. Op. cit., pág 147

⁷⁵¹ Ibid

⁷⁵² SALMON, Jean. “Le concept de raisonnable en droit international public” en *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pág. 449.

En cuanto a la función de la noción como elemento capaz de limitar el poder discrecional del Estado, este ha sido expresamente reconocido por la CIJ en el affaire de la Convención sobre la tutela:

*La Corte es competente no solamente para decir si la ley sobre la educación protectora releva del orden público, sino incluso para decir si esta ley ha sido aplicada de una manera razonable y no contraria a los verdaderos objetivos de la convención.*⁷⁵³

Como lo señala Corten luego de un análisis detallado de la jurisprudencia:

*Parece cierto, pues, que la noción es empleada para limitar un poder discrecional, incluso cuando los Estados disponen de un incontestable derecho que les deja un amplio margen de maniobra.*⁷⁵⁴

Pues como afirma Jovanovic:

*La afirmación de que el poder discrecional debe ser ejercido razonablemente no es únicamente una hipótesis teórica. La obligación del ejercicio razonable ha sido reconocida en un gran número de casos y en las más variadas materias.*⁷⁵⁵

4.8.4.1. Análisis de lo razonable

Corten⁷⁵⁶ sugiere que un análisis minucioso de las centenas de sentencias arbitrales en las cuales interviene la noción de lo razonable, permite “*liberar una lógica que trasciende los casos particulares*” y que puede verificarse en las sentencias rendidas por otras jurisdicciones.

Según este autor, y contra la opinión de Legros citada líneas arriba:

*La interpretación de lo “razonable” no se opera... por medio de apreciaciones que consistirían en pronunciarse sobre lo que es justo, lo que es bueno o lo que debería ser, sino más bien se compone de afirmaciones relacionadas con estados de hecho, sobre lo que es. En otros términos, esas apreciaciones son susceptibles de una verificación bajo el ángulo de su veracidad, lo que no es el caso en un juicio de valor.*⁷⁵⁷

Esta lógica, que según el autor se desprende de la jurisprudencia pertinente, consistiría en tres etapas sucesivas que pueden verificarse en el razonamiento del juez internacional frente a la interrogante de lo “razonable”:

En primer lugar el juez verificaría si el Estado es apto para invocar un motivo legítimo que justifique su comportamiento. En seguida el juez aprecia la existencia de un nexo de

⁷⁵³ CIJ, Recueil, 1958, pág. 99.

⁷⁵⁴ CORTEN, Olivier. “L’utlisation du ‘raisonnable’ par le juge international”, Bruylant-EUB, Bruselas 1997, pág. 127.

⁷⁵⁵ JOVANOVIC, op. cit., pág. 167.

⁷⁵⁶ CORTEN, Olivier. Motif légitime et lien de causalité suffisant: un modèle d’interpretation rationnel du ‘raisonnable’”, AFDI, 1998, págs. 187-208.

⁷⁵⁷ Ibid. pág 189.

causalidad entre el comportamiento seguido y el motivo invocado. Por último, el juez evalúa el carácter de suficiencia de ese nexo de causalidad frente a las particularidades de la especie.⁷⁵⁸

4.8.4.1.1. Verificación de la existencia de un motivo legítimo que justificaría el comportamiento del Estado japonés.

Como lo evidencia la jurisprudencia antes anotada, particularmente en los casos de expulsión, el juez procede sistemáticamente al análisis de las motivaciones esgrimidas por el Estado en causa y a su validez factual. Tal procedimiento supone dos premisas: la existencia de un motivo y el carácter legítimo del mismo.

4.8.4.1.1.1. Necesidad de justificar: existencia de motivo.

El punto evoca la noción de la necesidad de la motivación del acto jurídico por lo menos ante la instancia internacional. La jurisprudencia anotada da buena cuenta del imperativo de la motivación como premisa de validez del acto, así, en el caso Paquet el árbitro afirmaba:

*That, on the other hand, the general practice among governments is to give explanations to the government of the person expelled if it asks them*⁷⁵⁹

En el caso Boffolo encontramos una afirmación análoga:

*The country exercising the power must, when occasion demands, state the reason of such expulsion before an international tribunal, and an inefficient or none being advanced, accepts the consequences.*⁷⁶⁰

Estos precedentes muestran claramente la necesidad de justificar el acto explicando los motivos que lo suscitan por lo menos ante la instancia arbitral. Veamos entonces cuales son, en caso de que existan, los motivos invocados por el Japón.

La nacionalidad de la persona a extraditar, cuando esta corresponde a la del país requerido, es una excepción frecuentemente invocada para rehusar la extradición - salvo quizás de manera general en los países del *common law* - al punto que es considerada por algunos como un principio general a pesar de que un sector bastante importante de la doctrina la considera como un obstáculo inútil y sin fundamento real a la obligación de cooperación en materia judicial.

Desde ese punto de vista, la pretendida nacionalidad japonesa de AFF parece cumplir con el requisito de motivar el acto.

⁷⁵⁸ Ibid.

⁷⁵⁹ Ver nota 679

⁷⁶⁰ Ver nota 681

4.8.4.1.1.2. Carácter legítimo del motivo

La apreciación por parte del juez del carácter legítimo del acto invocado puede ser evidenciada en algunos de los pasajes de la jurisprudencia anotada:

Now, there can be no doubt that it became the imperative duty of all authorities, in consequence of the universally known fact that the President Castilla had been wounded... to use all means in their power to prosecute inquiries with respect to such a suspected person, after the information given by an official of the republic

...

"As it appears, therefore, from all that precedes, that the British subject, Captain Thomas Melville White, was arrested on Peruvian territory on occasion of serious suspicions, based upon important information,"⁷⁶¹

It is historic that the date of this exclusion from Venezuela was within that period of Venezuela's national life when there were more than the ordinary hazards to the country from revolutionary actions and conspiracies, and it was undoubtedly necessary that the national Government should be on the alert to protect itself against such evils.⁷⁶²

El carácter legítimo de las motivaciones alcanzadas por los Estados en causa se pone de manifiesto en los pasajes subrayados de las dos sentencias que ponemos como ejemplo. Como se puede apreciar, el Estado conserva un amplio margen de apreciación para determinar que es lo legítimo en cada caso, lo cual sin embargo no es obstáculo para que el juez internacional controle a su vez la correcta aplicación de la noción. Corten sugiere⁷⁶³ que dicho control se efectúa según un método que él sintetiza en cinco hipótesis, a saber:

- El Estado se refiere a uno o varios motivos que se encuentran explícitamente enunciados en la regla primaria al seno de la cual se encuentra lo "razonable"... el juez se contenta en tal caso de tomar nota de la legitimidad del motivo.
- El Estado se refiere a un motivo que no se encuentra explícitamente enunciado en la regla pero que reenvía a uno de los objetivos del instrumento convencional al seno del cual se inscribe la regla...; el juez toma nota igualmente.
- El Estado se refiere a un motivo que no se encuentra enunciado ni en la regla interpretada, ni en los objetivos de la Convención aplicable pero que tampoco es descartado por el derecho internacional general... el juez admite la legitimidad del motivo pues el principio de soberanía del Estado les permite referirse a todo objetivo que releva de su competencia nacional
- El Estado no se refiere a ningún motivo en particular, pero de su comportamiento se infiere que lo que perseguía en realidad es un objetivo considerado como legítimo; en algunos casos el juez ha admitido la legitimidad del motivo presuntamente perseguido.
- El Estado se refiere a un motivo excluido por la regla o la Convención interpretada o por el derecho internacional general; en tal caso el juez califica al motivo como ilegítimo.

⁷⁶¹ Caso White, ver nota 673

⁷⁶² Caso Maal, ver nota 680

⁷⁶³ CORTEN, "Motif légitime..." op cit, pág 192

Como se puede apreciar, el margen dejado a la subjetividad es escaso o nulo, el juez se basará en criterios objetivos para decidir sobre la legitimidad del motivo. Estos criterios, que derivan del derecho internacional mismo, constituyen una barrera a la apreciación personal del juez. Por otro lado el Estado puede contentarse con invocar un motivo legítimo que el juez, en este estado, deberá simplemente aceptar a menos que el motivo sea evidentemente ilegítimo, lo cual ocurre raramente. Corten señala que se trata de una justificación formal que a menudo es elaborada a posteriori por el Estado en causa por las necesidades del proceso judicial.⁷⁶⁴

Si aceptamos que la excepción de no-extradición de nacionales es un principio general del derecho – cosa que queda aun por demostrar pero en la cual no vamos a detenernos, bástenos constatar que efectivamente diversos países tienen por regla no extraditar a sus propios ciudadanos – entonces deberíamos situar la primera motivación del Japón dentro de la primera hipótesis esbozada por Corten y el juez debería en toda lógica aceptar el argumento, la regla primaria sería en tal caso el supuesto principio antes mencionado.

4.8.4.1.2. *Nexo de causalidad entre el motivo invocado y el comportamiento del Estado*

Una vez aprobadas las justificaciones alcanzadas, el juez se verá conducido a apreciar el nexo causal existente entre el motivo invocado y la acción o actitud adoptada por el Estado.

Corten ilustra esta etapa del proceso analítico mediante una cita de la sentencia LAFICO, affaire en el cual dos libios habían sido expulsados de Burundi:

*Si bien es cierto [...] que un Estado puede proceder a una expulsión por motivos de infracción al orden o la seguridad públicas y que goza de un amplio margen de apreciación para apreciar in concreto las condiciones en las cuales dicha infracción ha sido realizada, no basta en cambio que tales motivos sean alegados para impedir todo control. El Estado debe establecer la realidad, ofrecer los elementos de prueba que han constituido la reasonable cause.*⁷⁶⁵

Llegado a esta etapa, los mecanismos del proceso judicial habrán conducido al juez a evaluar toda una serie de motivaciones al margen de la presentada por el Estado como legítima, motivaciones que podrían eventualmente justificar de mejor manera la actitud tomada por el Estado y que podrían no ser tan legítimas como la invocada. El caso Boffolo nos trae un buen ejemplo de lo afirmado:

*The umpire is most disposed to believe that for public reasons satisfactory to itself the Government has chosen not to offer the basis of its action, rather preferring to submit to such judgement as to this Commission might seem meet in the case.*⁷⁶⁶

Corten por su parte nos ilustra con otro pasaje del mismo affaire LAFICO:

⁷⁶⁴ Ibid, pág 193

⁷⁶⁵ Affaire LAFICO, 4 de marzo de 1991, RBDI, 1990 II, pág 543, par. 48. Citado por CORTEN, op. Cit. Pág.

193

⁷⁶⁶ Ver nota 681

*El gobierno de Burundi parece haber expulsado a los dos libios en cuestión, no por haberse convencido, luego de un examen objetivo de sus expedientes, que eran culpables de actividades contrarias al orden o a la seguridad públicas del Estado burundés, sino simplemente porque tenían la calidad de ciudadanos libios.*⁷⁶⁷

Corten concluye que la acción del Estado es insensata, no razonable, porque su causa no se encuentra en el motivo legítimo invocado sino en algún otro motivo que en la especie estaría prohibido en el derecho internacional, es decir, la discriminación basada únicamente en el criterio de la nacionalidad. En realidad la sentencia parece más bien evocar la ausencia de toda justificación dada la falta de conexión entre el motivo legítimo invocado y la realidad de los hechos. En efecto el Tribunal indica que:

*En la especie, ningún cargo preciso ha sido alegado contra los dos interesados*⁷⁶⁸.

...

*...el gobierno de Burundi no ha indicado cual regla de derecho internacional justificaría su posición*⁷⁶⁹.

La falta de motivación indica bien la ausencia de una causa razonable y es la prueba de lo insensato, de lo irrazonable.

Al analizar el vínculo causal entre el motivo invocado y la realidad factual, el juez se verá conducido a mensurar la eficacia de la acción tomada por el Estado en relación al objetivo legítimo perseguido. ¿La acción tomada por el Estado es efectivamente eficaz para alcanzar los objetivos legítimos invocados por el Estado? ¿Se logran realmente esas finalidades por medio de la acción o actitud adoptada?

El criterio de la eficacia permite, pues, apreciar de manera objetiva el vínculo causal entre la medida adoptada y el objetivo legítimo perseguido. Este criterio es ajeno a toda búsqueda de intenciones o de un análisis en términos de responsabilidad por culpa⁷⁷⁰.

4.8.4.1.2.1. Eficacia de la posición adoptada por el Japón

Corten ilustra la aplicación del criterio de eficacia por parte de la jurisdicción internacional apoyándose en una serie de precedentes jurisprudenciales, como por ejemplo el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandi⁷⁷¹ ante la Corte Europea de Derechos Humanos. En la especie la Corte debía juzgar del carácter discriminatorio de la legislación británica que prohibía a los extranjeros de sexo masculino el ingreso al territorio para reunirse con sus con sus cónyuges que contaban con residencia legal en él, mientras que a las extranjeras no se les oponía obstáculo para reunirse con sus maridos establecidos en territorio británico. El Estado justificaba su actitud por la necesidad de proteger el mercado laboral y, de manera un tanto marginal, por cuestiones de tranquilidad pública. La Corte desestimó las justificaciones

⁷⁶⁷ CORTEN. Motif legitime... op cit., pág. 194

⁷⁶⁸ RBDI, op cit, pág 543

⁷⁶⁹ Ibid, pág. 547

⁷⁷⁰ CORTEN. L'Utilisation... op cit, pág 589, par. 532

⁷⁷¹ CORTEN. Motif légitime... op cit, pág. 195.

británicas porque la discriminación entre sexos no constituía un remedio eficaz para alcanzar los objetivos invocados, lo cual los volvía irrazonables. El criterio de eficacia se pone igualmente de manifiesto en otras sentencias rendidas por esa misma Corte en la que condena la censura aplicada por un Estado a la publicación de un libro que contenía revelaciones de antiguos agentes secretos del Estado en causa porque el libro en cuestión había sido publicado paralelamente en otro Estado lo cual rendía ineficaz la medida.

Pero quizás más apropiado para ilustrar nuestro caso que estos ejemplos en los que es una medida general lo que está en causa, sean los ya citados *affaires Boffolo y LAFICO*. En estos, la medida adoptada por el Estado resultaría ineficaz puesto que en ningún caso se habría llegado a establecer el efectivo peligro para el orden público que representaban los interesados.

La pregunta que corresponde plantearse entonces es de saber si la posición de no extraditar a Fujimori en base a una presunta nacionalidad japonesa resulta eficaz en miras al principio de no-extradición de nacionales. Lo cual nos conduce muy naturalmente a preguntarnos cuales son los postulados de tal principio.

El origen de la excepción de no extradición de nacionales remontaría a la Bula de Brabante en el siglo XIV y estaría justificada por el deber de los Estados de proteger a sus propios ciudadanos y de no sustraerlos a sus jueces naturales.⁷⁷²

Shearer menciona estas dos nociones como los principales argumentos esgrimidos en defensa de la excepción de no-extradición de nacionales: por un lado se afirma que ninguna persona debería ser sustraída al imperio de sus jueces naturales, por otro lado se sostiene el principio según el cual todo Estado tiene el deber de proteger bajo sus leyes a sus propios nacionales⁷⁷³.

El primero de estos argumentos tendría sus lejanas raíces en la antigua práctica inglesa según la cual, los jueces naturales del inculpado eran sus vecinos, esto partiendo del supuesto que en todo caso serían los vecinos quienes tendrían un mejor conocimiento de los hechos. Citando a Holdsworth⁷⁷⁴, Shearer sugiere que la construcción evoca un cierto sentido de comunidad.

El segundo argumento habría sido desarrollado principalmente por la doctrina alemana en base al principio del *Treupflicht* según el cual el Estado debería una protección especial a sus propios sujetos frente a otras jurisdicciones.

Un tercer argumento sería aquel según el cual todo sujeto tiene el derecho a no ser perturbado en su propia patria⁷⁷⁵, derecho que se encontraría garantizado en algunas constituciones. Según Adinolfi⁷⁷⁶, esta noción se habría desarrollado igualmente en Alemania y se resumiría en que los ciudadanos tienen derecho a morar⁷⁷⁷ (*Wahnrecht*) y vivir (*Lebenrecht*) en su territorio nacional.

Otras consideraciones, siempre según Shearer, tendrían como base consideraciones más prácticas, la más seria de ellas sería aquella según la cual un extranjero no podría esperar ser

⁷⁷² SOREL, Jean-Marc. Les ordonnances Lockerbie, *RGDIP* 97, 1993, pág. 709.

⁷⁷³ SHEARER. Op cit, pág 118

⁷⁷⁴ HOLDSWORTH. A History of English Law, I, pág. 317. Citado por SHEARER, op cit, pág 118

⁷⁷⁵ "to remain undisturbed in his homeland". Ibid, pág 119

⁷⁷⁶ ADINOLFI, op cit, pág. 443.

⁷⁷⁷ "Demeurer"

juzgado bajo el mismo estándar que un nacional, que correría un riesgo de discriminación en su contra dado su carácter de extranjero.

Michel Massé, quien critica la no-extradición de nacionales, agrega entre los argumentos empleados por los Estados, la cuestión del orgullo nacional: “Entregar a un nacional a la justicia extranjera sería una marca de debilidad, de sumisión a una autoridad superior”. Por el lado de la persona requerida señala el interés de ser juzgado por magistrados que conocen su lengua, sus costumbres y derechos, de cumplir la pena cerca de su familia.⁷⁷⁸

Comunidad, protección paternal, hogar, patria, temor a los tribunales extranjeros, todos estos conceptos evocan la existencia de un vínculo estrecho entre la comunidad y el individuo, es decir, el mismo tipo de vínculo que el derecho internacional considera al momento de establecer la nacionalidad efectiva de un doble nacional. Vínculo que, como hemos verificado en el segundo capítulo, sólo existe entre Fujimori y el Perú.

Frente a esto, lo único que tiene para oponer el Japón es la inscripción de un nacimiento en el registro familiar y su propia ley de nacionalidad. Pero al invocar su propia ley se verá obligado a responder por la manera como ha sido aplicado el tantas veces citado artículo 16.2, lo cual nos reenvía nuevamente a la cuestión tratada en el punto anterior, es decir: la aptitud para invocar un motivo legítimo que justifique la actitud adoptada y lo cierto es que la aptitud adoptada no tiene justificación ninguna. El gobierno del Japón ya dio prueba de esto al responder, por medio del silencio, a una pregunta directa planteada en ese sentido.

En abril del 2001 el gobierno japonés respondía a una interpelación escrita que le fuera sometida por la parlamentaria *Kiyomi Tsujimoto* a propósito del caso Fujimori en el cual se hacía referencia expresa a las implicaciones del mencionado artículo en el presente caso. Esta interpelación escrita a manera de cuestionario tiene carácter formal dentro de los procedimientos parlamentarios japoneses y la respuesta del gobierno es por lo tanto igualmente formal. La respuesta del gobierno japonés obvia completamente toda referencia al mencionado artículo:

Pregunta 4.- *El Sr. Fujimori asumió la presidencia de la República del Perú en Julio de 1990. Ha sido de reconocimiento público que el Sr. Fujimori es de ascendencia japonesa, el gobierno japonés ¿confirmó en ese momento la nacionalidad del Sr. Fujimori o no?. En caso se haya omitido la confirmación, ¿no sería una negligencia en las funciones?. Y en caso que el gobierno japonés hubiera confirmado la posesión de nacionalidad japonesa del Sr. Fujimori, es de pensarse naturalmente que debió declarar la renuncia a la nacionalidad japonesa bajo el artículo 16, inciso 2 de la Ley de Nacionalidades. Que se nos esclarezca al respecto, si se hizo esta declaración o no, de no haberse hecho, explíquenos el motivo y a la vez séanos esclarecido en qué casos es que se da esta declaración basada en el articulado de la Ley.*

Respuesta 4. - *Cuando el Sr. Fujimori asumió la presidencia, no se hizo la confirmación de si tiene o no la nacionalidad japonesa. Por otro lado, no existía en ese momento necesidad alguna de confirmar su nacionalidad.*⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ MASSE, Michel. L'extradition des nationaux, RSCDPC, 1994, pág. 799.

⁷⁷⁹ Ver nota 377

El silencio del gobierno japonés⁷⁸⁰ sobre las motivaciones que lo habrían conducido a optar por la posición adoptada frente a su propia ley pone de manifiesto el carácter insensato, irrazonable de su argumento basado en una presunta nacionalidad japonesa para negarse a extraditar. En efecto, como lo señala Corten:

*Si un Estado cuyo acto es calificado de irrazonable no es capaz de justificarlo en el debate judicial, la imposibilidad de proporcionar una motivación jurídica será la mejor señal de un sobrepasamiento de su poder discrecional y podrá, venido el caso, ser sancionado como tal.*⁷⁸¹

La posición adoptada por el Japón de no extraditar en base a una pretendida nacionalidad japonesa resulta, pues, absolutamente ineficaz para alcanzar los objetivos que plantea la excepción de no-extradición de nacionales. Ningún “juez natural” para Fujimori – en el supuesto de que tal idea pueda tener alguna cabida en el derecho internacional actual – podría ser hallado fuera de los límites del territorio peruano y esto incluye ciertamente al Japón. Ninguna protección “paternal” puede ser invocada en ausencia de todo vínculo de “filiación” valedero. El Japón no representa para Fujimori ningún hogar ni patria como él mismo lo ha afirmado repetidas veces desde su página web. Por último, nadie podría considerar como tribunales extranjeros a aquellos de cuyo Estado ha sido la autoridad máxima.

Los verdaderos motivos del Japón habría que buscarlos entonces en otras razones, como por ejemplo las expresadas por el gobernador de Tokio, Shintaro Ishihara:

*Japan has a responsibility to protect Mr. Fujimori, a son of Japanese immigrants, who was the first person of Japanese descent to lead a foreign country.*⁷⁸²

O en las declaraciones de aquella autoridad de la Universidad japonesa que invitara a Fujimori a dictar una conferencia:

*"We [Japanese] owe a deep debt to Mr. Fujimori so it's only natural that people support him"*⁷⁸³

O quizás aun en algunas de las tantas especulaciones que ha largo de estos meses se han venido elaborando en distintos medios.

*Economic interests, which determine so much of Tokyo's foreign policy, also presently weigh in favor of non-action by Japan... A natural result of the initially favorable impression and ten years of increasing investment is the development of personal relationships. There is no reason to believe that Fujimori has not benefited from his personal connections with Japanese industry leaders*⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ La cuestión de la manera como ha sido aplicado el artículo 16.2 de la ley de la nacionalidad japonesa releva igualmente del abuso de derecho como desvío de poder y muestra hasta que punto estas distintas nociones se encuentran imbricadas unas a otras. En efecto, un control de la manera como ha sido ejercida la capacidad discrecional del órgano en causa, en este caso el Ministerio de Justicia japonés, en relación al objetivo con miras al cual tal competencia discrecional ha sido otorgada, arrojaría como resultado un evidente rebasamiento de la capacidad otorgada.

⁷⁸¹ CORTEN. L'Utilisation... op cit, pág. 382.

⁷⁸² ANDERSON. Op cit, pág 10

⁷⁸³ Ibid

⁷⁸⁴ Ibid

Sin embargo no corresponde aquí elaborar nuevas hipótesis ni discutir en base a especulaciones, bástenos con demostrar que no existe ningún nexo causal entre el objetivo legítimo invocado y las motivaciones o justificaciones que pretenden explicar la posición adoptada y esto, en base a criterios estrictamente objetivos.

La posición del Japón resulta, pues, insensata, irrazonable, absurda.

4.9. Anulación del acto calificado como abuso de derecho

Scelle, como hemos visto, calificaba de nulo o anulable todo acto que resultare del ejercicio abusivo de un derecho⁷⁸⁵. Guggenheim por su parte se preguntaba si tales actos debían ser calificados de actos nulos o ilícitos⁷⁸⁶ y concluía que mientras el acto no hubiera surtido sus efectos, el Estado víctima del abuso no estaba obligado a reconocerlo; el acto en tal caso es nulo. Si, por el contrario, el acto ha sido ejecutado, entonces reviste las características de un acto ilícito:

Una vez ejecutado [el acto] reviste las características de un acto ilícito, el no reconocimiento del acto por parte de la víctima resulta insuficiente. Para realizar la anulación del acto es indispensable instituir un procedimiento particular que se identifica al de la reparación prevista por las reglas relativas a la responsabilidad internacional⁷⁸⁷.

Es sin duda pensando en ese “procedimiento” que Politis evocaba el rol del arbitraje internacional y de las posibilidades prácticas que el recurso a la doctrina del abuso de derecho ofrece en ese entorno.

La aplicación práctica de la teoría del abuso de derecho puede [...] ser asegurada por medio del arbitraje. Es sobre todo por ese procedimiento que la teoría alcanzará su objetivo, cual es el de someter el uso de todas las facultades legales a un control objetivo. Ella permitirá desechar, en todos los casos, la objeción basada en el dominio reservado contra la admisibilidad de la demanda y buscar, en el examen de fondo, si la legalidad no ha sido violada en algún lado⁷⁸⁸.

La argumentación basada en el ejercicio abusivo de la excepción de no extradición de nacionales permitirá entonces al juez internacional de controlar, en el examen de fondo, si alguna ilegalidad ha sido cometida y, llegado el caso, poner fin al acto ilegal. Ahora bien, como hemos visto, la situación abusiva se concretiza por el triple juego del recurso a una nacionalidad ficticia, por el desbalance de intereses y por el hecho de que el Japón no habría satisfecho sus obligaciones para con la comunidad de naciones por su falta de diligencia en establecer relaciones de naturaleza convencional en materia de cooperación judicial, particularmente en cuestión de extradición.

⁷⁸⁵ Ver supra, notas 604 y 625.

⁷⁸⁶ GUGGENHEIM, op cit, pág. 253.

⁷⁸⁷ Ibid, pág. 254.

⁷⁸⁸ POLITIS, op cit, pág. 92.

En tales circunstancias, el juez no podría sino constatar el carácter ilícito del comportamiento del Japón y ordenar el restablecimiento de la legalidad⁷⁸⁹ y la legalidad en este caso es la expresada por el propio gobierno japonés en su respuesta al cuestionario antes citada⁷⁹⁰:

[...] si nos atenemos al común entendimiento, la solicitud de extradición de un prófugo del extranjero, se discierne su procedimiento sobre la base de la Ley de Extradición (Ley No. 68 del año 28 de Showa), la misma que dice que debe realizarse siempre y cuando los actos cometidos no correspondan a penalidades de condena a muerte, condena sin tiempo límite, o, condena por más de 3 años de acuerdo con las leyes japonesas (la misma ley Art. 2, inciso 4);

Que la legalidad internacional en este caso encuentre su base en una ley interna no debería extrañarnos si consideramos que el Japón se muestra a si mismo como ejemplo de un Estado que basa su política en materia de cooperación judicial en su propia legislación y en la ausencia (y sin la necesidad presumiblemente) de todo tratado de extradición. Por otro lado que el reconocimiento de la ley interna como fuente del derecho de extradición:

Aceptada hoy en día en tanto que fuente de normas en materia de extradición, a menudo rivalizando con el tratado, la ley se encuentra en fase de invadir ese terreno⁷⁹¹.

Cierto, el autor agrega que la ley interna ocupa un segundo plano, detrás del tratado. Pero cuando el tratado no existe, y particularmente cuando el tratado no existe porque el Estado juzga como suficiente fuente de obligaciones a su propia ley interna, entonces esa ley está llamada a ocupar el primer plano. Pues como afirma José Francisco Rezek:

[...] when the reciprocity system govern extradition, internal law is extremely important, as it must be applicable not only to procedural matters but to virtually all sigues of the transaction.⁷⁹²

De otro modo nos encontraríamos ante la situación de un Estado que en toda ocasión se encontraría en posición de decidir de manera absolutamente discrecional, y por lo tanto arbitraria, las demandas de extradición que le fueran sometidas, lo que no sería otra cosa que convalidar el abuso de derecho.

4.10. Conclusión

A lo largo de este capítulo estimamos haber probado de manera suficiente:

1. Que en ausencia de todo tratado que lo obligue, la demanda de extradición dirigida a un Estado pertenece a la esfera del llamado Dominio reservado o competencia discrecional de ese Estado.

⁷⁸⁹ DUPUY, Pierre-Marie. "Le fait générateur de la responsabilité internationale des États, RCADI 188, 1984-V, pág. 95.

⁷⁹⁰ Supra, pág. 183

⁷⁹¹ PUENTE-EGIDO, op cit, pág. 111.

⁷⁹² REZEK, José Francisco. "Reciprocity as a basis of extradition", *BYBIL* 52, 1981, pág 183.

2. Que sin embargo ese Dominio reservado o competencia discrecional no son irrestrictos sino que se encuentran delimitados por el derecho internacional y son susceptibles de control por parte del juez internacional.
3. Que la teoría del abuso de derecho o sus diferentes acepciones han comprobado su eficacia, a través de la jurisprudencia internacional, para restringir la discreción del Estado e impedir la arbitrariedad cuando la decisión o la posición adoptada por el Estado reviste un carácter irrazonable, o cuando atenta o ignora los legítimos intereses de otro Estado, o cuando esta sobrepasa o excede su propia competencia, o bien cuando simplemente tal posición o decisión, por legal que pueda aparecer a primera vista, ha sido adoptada con el propósito de perjudicar a otro Estado.
4. Que la posición que viene adoptando el Japón en relación a la extradición de Fujimori constituye un flagrante abuso de derecho al recurrir a una pretendida nacionalidad nunca ejercitada por el interesado y nunca reconocida por el Estado requerido hasta el momento en que esta hubo presentado la ventaja de servir de escudo y protección frente a los requerimientos de la justicia peruana.
5. Que en tales circunstancias la Corte internacional no podría sino constatar el ilícito de la situación y ordenar el restablecimiento del orden legal.

Conclusiones finales

Comentando el caso Lockerbie, el profesor Michael Plachta anotaba que:

“Typically, under normal circumstances, the vast majority of cases in which extradition was denied for whatever reasons, ends here - in a stalemate. Chances for it being resolved to the satisfaction of both (or all) of the parties involved are close to null.”⁷⁹³

Por lo general la denegación de extradición no es contestada ante una instancia supranacional por el Estado requirente, y sin embargo, el abuso de los argumentos considerados como lógicos para denegar una extradición es bastante frecuente. En otro artículo, el mismo autor, comentando lo que tradicionalmente se conoce como “bases para no extraditar”, anota que usualmente estos argumentos son invocados sin que exista una conexión real entre ellos y las verdaderas motivaciones del Estado requerido. Entre estas motivaciones el autor señala las siguientes:

- A. Mistrust among states and the lack of confidence in one another’s justice system,
- B. Political considerations,
- C. International undertakings of a state,
- D. Protection of human rights,
- E. Sovereignty,
- F. Tradition,
- G. Notions of fundamental justice and fairness embodied in the domestic legal system,
- H. Discrepancies between legal systems.

Y agrega:

The mutual relationships between the grounds for refusal and the rationale are somewhat “muddled” due to the fact that there does not exist a logical link between them, the result being that the categories of rationale do not have their specific counterparts within the grounds for refusal which could be easily identified and established by way of necessity.

El análisis del profesor Plachta muestra bien el abuso corriente en que incurren los Estados en material de extradición. La ausencia de “logical link” entre el motivo legítimo invocado y las motivaciones reales del Estado requerido nos confirman el hecho de que nos encontramos frente a una utilización irrazonable del ejercicio de la competencia discrecional por parte de las autoridades llamadas a decidir y refuerzan nuestra convicción sobre la necesidad de acudir a la instancia supra estatal para poner coto a tal abuso, máxime en un caso como el presente en el que lo que está en juego no es la extradición de un maleante cualquiera sino de uno que, encaramado en el más alto cargo que puede discernir un Estado, ha hecho uso y abuso de los poderes así conferidos para perpetrar sus delitos.

⁷⁹³ PLACHTA Michael. The Lockerbie Affaire: When extradition fails are the United Nations’s sanctions a solution? (The role of the Security Council in the enforcing of the rule *Aut Dedere Aut Judicare*) <http://www.unafei.or.jp/pdf/57-09.pdf>

Como indicábamos en la introducción, antes que una exposición teórica de los aspectos jurídicos que rodean el “caso Fujimori”, el propósito de nuestro estudio era el de proponer algunas alternativas al impasse producido la posición que viene adoptando el Japón. En tal sentido, nuestro trabajo quedaría incompleto si no expusieramos la manera como - a nuestro entender y en consecuencia con la investigación realizado y los argumentos expuestos – debiera ser enfocada la demanda a interponer ante la Corte, teniendo en cuenta que el objetivo perseguido es la extradición del ex mandatario prófugo y que, al menos a primera vista, no parece haber obligación formal directa, por parte del Japón, para extraditar. En lo que concierne a la nacionalidad, como ha sido mencionado en otra parte, al acordar la suya propia a Fujimori, el Japón no habría violado ninguna norma de derecho internacional⁷⁹⁴ ni, en consecuencia, comprometido su responsabilidad internacional por lo que no se ve muy bien que rol podría jugar la Corte en un caso circunscrito exclusivamente a la cuestión de la nacionalidad. En todo caso, como también ha sido señalado en otro estudio,⁷⁹⁵ la Corte no tendría competencia para decidir sobre la validez de esa nacionalidad. Lo que si puede controlar la Corte es la cuestión de saber si esa nacionalidad le puede ser opuesta válidamente al Perú.

En tal sentido, una proposición aproximativa podría venir planteada en los siguientes términos:

Para que la Corte diga y juzgue:

1. Si el Japón tiene el derecho de invocar frente al Perú la supuesta nacionalidad japonesa de Fujimori como pretexto para no extraditar.
2. Que al negarse a extraditar bajo el pretexto de la pretendida nacionalidad japonesa, el Japón excede su competencia discrecional, violando el derecho internacional y compromete su responsabilidad al ocasionar un grave perjuicio al Estado peruano.
3. Que dada la política adoptada de larga data por parte del Japón en materia de cooperación judicial y particularmente para casos de extradición, política que consiste en desdeñar la conclusión de tratados de extradición, violando de este modo sus deberes para con la comunidad de naciones de la cual es parte, para dar preferencia a su propia legislación como única fuente de obligaciones a su cargo, el Japón se encuentra impedido de invocar la inexistencia de un tratado de extradición entre las partes para denegar la extradición requerida.

Otra alternativa sería la de someter a la Corte, por via incidental y mientras las autoridades japonesas resuelven la demanda de extradición, la cuestión de saber si el Japón tiene el derecho de oponerle al Perú la nacionalidad japonesa. Un tal procedimiento desembocaría en una sentencia meramente declaratoria⁷⁹⁶ de la Corte pero que ligaría a las autoridades japonesas al momento de considerar el tema de la nacionalidad y evitaría las fricciones de una imputación en base al abuso de derecho.

⁷⁹⁴ Ver al respecto el artículo del profesor Anderson antes citado.

⁷⁹⁵ Ver el estudio del Sr. Olivares ya mencionado.

⁷⁹⁶ Sobre las sentencias declaratorias de la Corte y en particular sobre su utilidad como vía incidente para la aplicación del derecho internacional por las jurisdicciones internas, ver el informe del Doctor Henri Rolin: Des arrêts seulement déclaratoires de la Cour Internationale de Justice, ou du règlement judiciaire partiel des différends internationaux, ULB Faculté de Droit, Travaux et conférences, 1963, Les éditions de l’Institut de Sociologie, págs. 10-35.

Sea cual fuere la posición que adopten las autoridades peruanas en caso de negativa a extraditar, esta no puede ser en ningún caso la de una aceptación pasiva de la respuesta.

Anexo I Tratados y Convenios Internacionales

Adhesión al sistema de la cláusula facultativa de la CPIJ

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

Serie D – N° 6

COLLECTION DES TEXTES REGISANT LA COMPETENCE DE LA COUR
QUATRIEME EDITION

PAG 49

Pérou

Au nom de la République péruvienne, et sous réserve de ratification, je reconnais comme obligatoire, de plein droit, sans convention spéciale vis-à-vis de tout autre Membre de la Société des Nations ou de tout État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour, conformément à l'article 36, paragraphe 2, de son Statut, pour une durée de dix années à dater du dépôt de l'instrument de ratification, sur tous les différends qui s'élèveraient au sujet de situations et faits postérieurs à cette ratification, sauf le cas où les Parties seraient convenues, soit d'avoir à un autre mode de règlement arbitral, soit de soumettre préalablement le différend au Conseil de la Société des Nations.

Genève, le 19 septembre 1929

(Signé) M . H. CORNEJO

Perú

En nombre de la República peruana y bajo reserva de ratificación, reconozco como obligatoria, de pleno derecho, sin convención especial, frente a todo otro Miembro de la Sociedad de Naciones o de todo otro Estado que aceptare la misma obligación, la jurisdicción de la Corte, conformemente al artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto, por un periodo de diez años a partir de la fecha de depósito del instrumento de ratificación, sobre todos los diferendos que se originaren a propósito de situaciones y hechos posteriores a dicha ratificación, salvo el caso en que las Partes acordaren sea de hallar otro modo de arreglo arbitral, sea de someter previamente el diferendo al Consejo de la Sociedad de Naciones.

Ginebra, 19 de setiembre de 1929

(Firma) M. H. Cornejo

(la traducción es nuestra)

25 november

Protocol between Italy and Peru for the submission to Arbitration of claims to Indemnity, signed at Lima

Spanish text – It. Tr.XVI, 129

Also Descamps 1901, 699 – Olivart C., XII, 683 – Aranda, IX, 615

Reunidos los señores Giuseppe Pirrone, Enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario de Italia y Manuel María Gálvez, Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, para tratar nuevamente de las reclamaciones de los súbditos italianos residentes en el Perú, por daños ocasionados en la última guerra civil de 1894-95, y no habiendo sido posible llegar a una inteligencia respecto del modo de transigirlas directamente, han convenido en dar forma al acuerdo a que se refieren las notas cambiadas entre ambos para someter al arbitraje del representante de España en este país la solución definitiva de las mencionada reclamaciones; y han fijado las bases siguientes:

Artículo 1^{er}.- El Enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario de España en este país, don Ramiro Gil de Uribarri, queda ampliamente facultado para fallar o transigir como árbitro en conformidad con la cláusula 2^a de este acuerdo todas las reclamaciones que, presentadas al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, por la real Legación de Italia dentro del plazo fijado en el decreto peruano de 21 de marzo de 1896 y patrocinadas por ella, tienen por causa los daños y perjuicios ocasionados a los súbditos italianos residentes en el Perú, durante la guerra civil de 1894-95.

Artículo 2.-El señor Ministro de España juzgará y resolverá los reclamos citados:

a) con arreglo al tratado vigente entre el Perú e Italia, los principios del derecho internacional y a las prácticas y jurisprudencia establecida;

b) en vista y en mérito de los expedientes ya organizados y que existen en el Ministerio de Relaciones Exteriores y que éste le entregará desde luego;

c) tomando en consideración las alegaciones simplemente expositiva que las partes deberán presentarle; y

d) solicitando las demás pruebas y referencias que estime necesarias.

El árbitro exigirá previamente la comprobación de la nacionalidad y carácter neutral del reclamante, y, cuando éste actúe como mandatario, la justificación de su personería.

Es entendido que no existe para los reclamantes el derecho de presentar nuevos expedientes o pruebas sino cuando ellas fuesen solicitadas por el árbitro para aclarar o ilustrar su juicio.

Artículo 3.- El Gobierno del Perú se reserva el derecho de nombrar un personero, representante, abogado o agente, que atienda a la defensa ante el árbitro de sus intereses en todas o cada una de las reclamaciones citadas. La real Legación de Su Majestad o los órganos respectivos reclamantes conservan igual derecho.

Artículo 4.- El señor Ministro de España queda en libertad de emplear en el desempeño de su encargo, en calidad de secretario o empleado a la persona, o personas que estime precisas.

Artículo quinto.-Queda reservado al árbitro el derecho de juzgar y fallar las reclamaciones simultáneamente o de resolverlas a medida que estime conveniente.

Artículo 6.- Los fallos del Enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario de España serán inapelables; y tanto el Enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario de Italia como el Ministro de relaciones exteriores del Perú declaran que tales decisiones se respetarán de un modo absoluto, feneciendo con ellas las reclamaciones de que se trata.

Artículo 7.-Los gastos que éste compromiso ocasionen se abonarán preferentemente de las cantidades juzgadas en favor de los respectivos reclamantes, en la proporción que el árbitro fije.

No se considera entre esos gastos del pago de salarios a los defensores o agente del gobierno del Perú y los reclamantes sufragaron por su cuenta.

Artículo 8. - El total de las sumas que pudiera resultar reconocidas en favor de uno o más reclamantes se abonarán por el Gobierno del Perú a la real Legación de Italia, en tres dividendos anuales consecutivos, comenzando desde el año próximo, y quedando la real Legación facultada para preferir el pago o aplicación de esos dividendos a los reclamantes más menesterosos.

Artículo 9.- El árbitro tendrá para evacuar su encargo el plazo de seis meses, que se prorrogará por grave motivo a juicio del mismo (a).

En fé de lo cual firma de este acuerdo por duplicado y lo sellan con sus sellos respectivos, en Lima, a los veinticinco días del mes de noviembre del año mil ochocientos noventa y nueve.

(L. S.) G. Pirrone

(L. S.) M. M. Galvez

(a) Questo termine fu successivamente, per cinque volte, prorogato, sino al 30 settembre 1901.

(Fuente: Consolidated Treaties Series; Parry; vol 188; pp 170-172)

L'Italie et le Pérou.

18 AVRIL 1905.

(Ratifié le 11 novembre 1905).

Trattato Generale di Arbitrato fra l'Italia ed il Perù

Sua Maestà il Re d'Italia e Sua Eccellenza il Presidente della Repubblica del Perù, animati dal proposito di assicurare la cordialità delle relazioni esistenti fra i loro rispettivi paesi e di risolvere in via amichevole le controversie che potessero sorgere tra questi, hanno determinato di concludere un trattato generale di arbitrato; ed a tal fine, hanno nominato loro Plenipotenziari:

SUA MAESTA IL RE D'ITALIA:

Il signor Tommaso Carletti, Cavaliere dei Santi Maurizio e Lazzaro, Ufficiale della Corona d'Italia, ecc., suo Inviato straordinario e Ministro plenipotenziario presso il Governo del Perù; e

SUA ECCELLENZA IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA DEL PERÙ:

Il signor dottor don Javier Prado y Ugarteche, suo Ministro Segretario di Stato per gli affari esteri, ecc., ecc.,

I quali, avendo trovato in buona e debita forma i rispettivi pieni poteri, hanno convenuto quanto segue:

Articolo I.

Le Alte Parti contraenti si obbligano di sottoporre a giudizio arbitrato tutte le controversie di qualunque natura, che per qualsiasi causa sorgessero fra di esse, e per le quali non siasi potuto ottenere un'amichevole soluzione mercè trattative dirette. Soltanto le questioni che riguardino l'indipendenza o l'onore nazionale sono sottratte al giudizio arbitrale. Tuttavia, quando sorga dubbio su questo punto, lo si risolverà parimenti col giudizio arbitrale.

In ispecial modo, non sono considerate come riguardanti l'indipendenza o l'onore nazionale, le controversie circa privilegi diplomatici, giurisdizione consolare, diritti doganali e di navigazione, validità, interpretazione ed esecuzione di trattati, reclami pecuniari, qualunque ne siano i titoli ed i precedenti; rimanendo inteso che proposito dei due governi è quello di dare la maggiore estensione possibile, nei loro reciproci rapporti, all'applicazione del principio dell'arbitrato.

Il presente trattato si applicherà anche alle controversie che abbiano la loro origine in fatti anteriori alla sua stipulazione; non possono per altro essere risollevate

le questioni che abbiano formato oggetto di definitivi accordi fra le due Parti, relativamente alle quali il giudizio arbitrale si limiterà esclusivamente alle divergenze che sorgessero sull'interpretazione ed esecuzione degli accordi medesimi.

Articolo II.

Caso per caso le Alte Parti contraenti designeranno, di comune accordo, l'arbitro che dovrà decidere la controversia. Qualora le Parti non possano mettersi d'accordo, l'arbitro sarà nominato dal Capo di un terzo Stato, che ambo i paesi solleciteranno all'uopo. Qualora le Parti non possano tampoco accordarsi sulla scelta di quest'ultimo, l'Italia si rivolgerà, per la designazione dell'arbitro, o a Sua Maestà il Re del Belgio, o a Sua Maestà il Re di Danimarca, o a Sua Maestà il Re di Svezia e Norvegia; e il Perù, o a Sua Eccellenza il Presidente degli Stati Uniti d'America, o a Sua Eccellenza il Presidente della Repubblica Argentina, o a Sua Maestà il Re di Spagna. Ciascuna delle Alte Parti contraenti eserciterà questo diritto in ordine alternativo di casi, e l'altra Parte avrà la facoltà, caso per caso, di escludere uno dei Capi di Stato, ai quali può essere rivolta la richiesta per la designazione dell'arbitro.

Tuttavia, se l'Alta Parte contraente, a cui spetta, secondo l'ordine stabilito in questo articolo, esercitare il diritto di richiedere dal Capo di uno degli Stati indicati la designazione dell'arbitro, non lo facesse entro il termine di quattro mesi, da che l'altro Paese contraente avrà formalizzato, per iscritto, l'invito a far la richiesta, in tal caso spetterà a questo il diritto di rivolgersi, per la designazione dell'arbitro, ad uno, dei Capi di Stato tra cui esso ha la facoltà di scegliere, secondo il presente articolo.

Articolo III.

L'arbitro da designarsi non potrà essere cittadino degli Stati contraenti, né aver domicilio nel loro territorio, né avere interesse, diretto o indiretto, nelle questioni che formano oggetto dell'arbitrato.

Articolo IV.

Qualora l'arbitro, per qualsiasi ragione, non assuma l'ufficio a cui fu designato, o non possa continuar in esso, si provvederà alla sua sostituzione con il medesimo procedimento adoperato per la sua nomina.

Articolo V.

Caso per caso, le Alte Parti contraenti concluderanno una speciale convenzione con lo scopo di determinare l'oggetto preciso della controversia l'estensione dei poteri dell'arbitro nominato conforme agli articoli precedenti, e ogni altro punto e modalità relativi al giudizio arbitrale.

In mancanza di tale convenzione, e dopo che una delle Alte Parti contraenti avrà provato che sono trascorsi quattro mesi dacché fu invitata l'altra parte a stipularla, senza che la convenzione, qualunque ne sia la causa, si sia potuta concludere, spetterà all'arbitro di specificare, in base alle reciproche pretese delle Parti, i punti di fatto e di diritto che dovranno essere risolti per decidere la controversia.

Per ogni altro provvedimento varranno, in mancanza di convenzione speciale, o nel suo silenzio, le regole qui sotto enunciate.

Articolo VI.

Nella mancanza di speciali accordi fra le Parti, spetta all'arbitro: di designare l'epoca ed il luogo in cui eserciterà le sue funzioni e che non potrà essere entro il territorio di alcuno degli Stati contraenti; di determinare la procedura ed i modi d'istruzione; le forme ed i termini da prescriversi alle Parti; e in generale, di prendere tutti i provvedimenti necessari per il proprio funzionamento e di risolvere tutti i quesiti e le difficoltà di procedura e tutte le questioni pregiudiziali e incidentali che potessero sorgere.

Le Parti si obbligano a mettere a disposizione dell'arbitro tutti i mezzi d'informazione che da loro dipendano.

Articolo VII.

L'arbitro avrà la facoltà di decidere sulla propria competenza, sulla validità del compromesso e sulla sua interpretazione.

Articolo VIII.

Un mandatario di ognuna delle Parti rappresenterà il proprio Governo in tutti gli affari che hanno rapporto coll'arbitrato.

Articolo IX.

L'arbitro dovrà decidere secondo i principi di diritto, a meno che il compromesso imponga l'obbligo di regole speciali, o autorizzi l'arbitro a decidere come e amichevole compositore.

Articolo X.

La sentenza dovrà decidere definitivamente ogni punto del litigio.

Sarà redatta in doppio originale, sottoscritta dall'arbitro, e notificata a ciascuna delle Parti direttamente, o per mezzo del rispettivo rappresentante presso l'arbitro.

Articolo XI.

Ognuna delle Parti sopporterà le spese proprie e metà delle spese generali dell'arbitrato.

Articolo XII.

La sentenza legalmente pronunciata decide, nei limiti della sua portata, la contestazione fra le Parti. Essa dovrà contenere l'indicazione del termine entro cui sarà eseguita. L'arbitro medesimo che la proilunzò dovrà decidere le questioni che potessero sorgere nell'esecuzione della sentenza.

Articolo XIII.

La sentenza è inappellabile, e il suo adempimento è affidato all'onore degli Stati firmatari.

Ne è ammessa per altro la domanda in revisione dinanzi al medesimo arbitro che l'abbia pronunciata, purchè la si introduca prima che la sentenza sia stata eseguita:

- 1° Se la sentenza sia stata pronunciata in base ad un documento falso od errato;
- 2° Se la sentenza sia stata, in tutto od in parte, l'effetto di un errore di fatto, positivo o negativo, che risulti dagli atti o documenti della causa.

Articolo XIV.

L'arbitro determinerà il procedimento della revisione, e fisserà le modalità e termini brevi e perentori, in cui debba effettuarsi, limitandola esclusivamente al fatto che la motiva.

Articolo XV.

Il presente Trattato avrà la durata di dieci anni a partire dallo scambio delle ratifiche. Se non sarà denunciato sei mesi prima della sua scadenza, lo s'intenderà rinnovato per un nuovo periodo di dieci anni e così di seguito.

Articolo XVI.

Il presente Trattato sarà ratificato, e le ratifiche saranno scambiate ni Roma od in Lima, tosto che sia possibile.

Articolo transitorio.

Nel primo caso di arbitrato che si presenti, qualora le Parti non si accertino per la designazione dell'arbitro o del Capo di un terzo Stato che debba designarlo, il diritto di scelta, in conformità dell'articolo II del presente Trattato, spetterà, perla prima volta, a quello fra i due Stati che abbia per primo formulato per iscritto la proposta di arbitrato.

In fede di che, ambo i Plenipotenziari hanno firmato il presente Trattato, apponendo i loro rispettivi sigilli, in doppio originale, in italiano e spagnuolo, in Lima, addi diciotto del mese di aprile dell'anno mille novecento cinque.

(L. S.) T. CARLETTI.

(L. S.) J. PRADO Y UGARTECHE.

Protocolo.

Reunidos en el ministerio de relaciones exteriores del Perú, los infrascritos, señores doctor don Melitón F. Porras, ministro del ramo, y conde Giulio Bolognesi, encargado de negocios de Italia, han convenido en lo siguiente:

El gobierno de la república peruana y el gobierno de S. M. el rey de Italia, no habiendo podido ponerse de acuerdo respecto de la reclamación formulada por el último, á nombre de los señores conde Napoleón, Carlos y Rafael Canevaro, para el pago de la suma de cuarenta y tres mil, ciento cuarenta libras esterlinas, y sus intereses legales, que ellos soliciten del gobierno del Perú.

Han determinado, de conformidad con el artículo I del tratado permanente de arbitraje existente entre los dos países, someter esta controversia á la corte permanente de arbitraje de La Haya, la cual deberá juzgar en derecho los siguientes puntos:

¿Debe el gobierno del Perú pagar en efectivo ó con arreglo a las disposiciones de la ley peruana de deuda interna de 12 de junio, de 1889, los libramientos de que son actualmente poseedores los hermanos Napoleón, Carlos y Rafael Canevaro y que fueron girados por el gobierno peruano á la orden de la casa José Canevaro é hijos por la suma de 43,140 libras esterlinas, y además los intereses legales de dicha suma?

¿Tienen los hermanos Canevaro derecho á exigir la totalidad de la suma reclamada?

¿Tiene don Rafael Canevaro derecho á ser considerado como reclamante italiano?

El gobierno de la república peruana y el gobierno de S. M. el rey de Italia se obligan á nombrar, dentro de cuatro meses, contados desde la fecha de este protocolo, los miembros de la corte arbitral.

A los siete meses de la constitución de la corte arbitral, ambos gobiernos le presentarán la exposición completa de la controversia, con todos los documentos, pruebas, alegatos y argumentos del caso; cada gobierno podrá disponer de otros cinco meses para presentar ante la corte arbitral su respuesta, al otro gobierno, y. en dicha respuesta solamente será permitido referirse á las alegaciones contenidas en la exposición de la parte contraria.

Se considerará entonces terminada la discusión, á menos que la corte arbitral solicite nuevos documentos, pruebas ó alegatos que deberán ser presentados dentro de cuatro meses, contados desde el momento en que el árbitro los pida.

Si dichos documentos, pruebas ó alegatos no se hubiesen presentado en, este término, se pronunciará la sentencia arbitral como si no existieran.

En fé de lo cual, los infrascritos firman el presente protocolo, redactado en español y en italiano, poniendo en él sus respectivos sellos.

Hecho en doble ejemplar, en Lima, el veinticinco de abril de mil novecientos diez.

(L. S.) *M. F. Porras.*

(L. S.) *Giulio Bolognesi.*

* * *

Lima, 25 de abril de 1910.

Apruébase el convenio que precede, por el cual se somete al arbitraje de la corte permanente de La Haya las divergencias suscitadas con el gobierno italiano acerca de la reclamación Canevaro, de conformidad con el tratado general de arbitraje entre el Perú é Italia de 18. de abril de 1905.

Regístrese.

Rúbrica de S. E.

Porras.

Ministerio de Relaciones Exteriores

No. 1 8.

Lima, 2 7 de abril de 1 9 1 0.

Señor encargado de negocios:

No habiéndose estipulado en el protocolo que somete a arbitraje la reclamación presentada contra el gobierno del Perú por los hermanos Canevaro, la forma de constitución de la corte arbitral, me es grato proponer á vuestra señoría que ella se haga de acuerdo con el artículo 87 de la convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, firmada en La Haya en 1907.

Renuevo á vuestra señoría las seguridades de mi mayor consideración.

M. F. Porras.

Al señor conde Julio Bologneei, encargado de negocios de Italia.

(Traducción)

Legación de S. M. el Rey de Italia

No. 273.

Lima 27 de abril de 1910.

Señor ministro:

Tengo el honor de acusar á V. E. recibo de su nota No. 18, fecha de hoy, y me es grato aceptar la propuesta de V. E. de constituir la corte arbitral de la Haya que debe dar su fallo en la controversia Canevaro, con arreglo á las disposiciones del artículo 87 de la convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales firmada en La Haya en 1907.

Quiera, señor ministro, aceptar las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

Giulio Bolognesa.

A S. E. el doctor don Melitón F. Porras, ministro de relaciones exteriores.

(Fuente: Consolidated Treaties Series; Parry; vol 211; pp 8-9)

Anexo II Documentos Varios⁷⁹⁷

"Tokio, 19 de noviembre de 2000

Señor doctor

Valentín Paniagua Corazao,

Presidente del Congreso de la República

Presente.

De mi mayor consideración:

En primer término, deseo expresar a usted mis felicitaciones por su reciente elección como Presidente del Congreso de la República.

Soy el primero en reconocer que hay un nuevo escenario político en el país, una de cuyas expresiones recientes es una nueva correlación de fuerzas en el Parlamento. Consciente soy, asimismo, de posiciones e intereses en ese Poder del Estado, que podrían conducir a una confrontación de poderes, a pesar de mi iniciativa para acortar el mandato presidencial y convocar a elecciones en estricto cumplimiento de la promesa que hiciera en mi mensaje de setiembre, y de los acuerdos alcanzados por el Gobierno y la Oposición en la Mesa de Diálogo promovida por la OEA.

A lo largo de estos últimos diez años, y como consta al país entero, a pesar de errores que reconozco, he actuado sin cálculo político, mucho menos preocupado por la popularidad; circunstancias que hubieran impedido la exitosa ejecución de un programa económico antiinflacionario, el proceso de pacificación interna, y luego, alcanzar la paz definitiva con Ecuador y Chile, entre otros logros fundamentales de mi Gobierno. Jamás pensé, en todas estas oportunidades, sino en los sagrados y permanentes intereses de la República, actué a pesar de la resistencia ofrecida por el negativismo, la demagogia, el chauvinismo, inconsciente e intereses personales o de grupo. Nada de ello me detuvo.

⁷⁹⁷ tomado del Diario de Debates del Congreso, sesión N° 4 del 21/11/2000

En esa línea principista se inscribió mi decisión de acortar mi mandato de Gobierno y convocar a elecciones generales para abril del 2001, objetivos ya cumplidos. Aún, sin embargo, no se ha recuperado la estabilidad política necesaria para llevar a un buen término este período de transición que culminará con la elección de un nuevo Gobierno. Abrigo la esperanza que bajo la honorable presidencia suya, esta estabilidad pueda alcanzarse en breve.

He vuelto, entonces, a interrogarme sobre la conveniencia para el país de mi presencia y participación en ese proceso de transición. Y he llegado a la conclusión de que debo renunciar, formalmente a la Presidencia de la República, situación que contempla nuestra Constitución, para, de este modo, abrir paso a una etapa de definitiva distensión política que permita una transición ordenada y, algo no menos importante, preservar la solidez de nuestra economía.

Formulo, pues, ante usted, señor Presidente del Congreso, mi renuncia formal, a la Presidencia de la República, en concordancia con el artículo 113.º inciso 3) de la Constitución Política del Perú.

Hago fervientes votos por el éxito de su gestión, porque eliminada la supuesta causa de desavenencias y desencuentros entre Gobierno y Oposición, todos se avengan a buscar con serenidad y patriotismo la forma más adecuada de garantizar para el Perú, para su pueblo, un futuro de verdadera democracia, es decir un sistema político que se traduzca en bienestar y desarrollo para la mayoría de los peruanos.

Muy atentamente,

Ingeniero *Alberto Fujimori*."

**QUESTIONNAIRES ADOPTED BY THE COMMITTEE AT ITS
SECOND SESSION, HELD IN JANUARY 1926.**

QUESTIONNAIRE No. 1

NATIONALITY.

The Committee has the following terms of reference:

- (1) To prepare a provisional list of the subjects of international law the regulation of which by international agreement would seem to be most desirable and realisable at the present moment;
- (2) After communication of the list by the Secretariat to the Governments of States, whether Members of the League or not, for their opinion, to examine the replies received; and
- (3) To report to the Council on the questions which are sufficiently ripe and on the procedure which might be followed with a view to preparing eventually for conferences for their solution.

The Committee has decided to include in its list the following subject:

- (1) Whether there are problems arising out of the conflict of laws regarding nationality the solution of which by way of conventions could be envisaged without encountering political obstacles;
- (2) If so, what these problems are and what solution should be given to them.

On this subject the Committee has the honour to communicate to the Governments a report presented to it by a Sub-Committee, consisting of M. RUNDSTEIN as Rapporteur, M. SCHÜCKING and M. DE MAGALHAES. The report comprises a statement presented by M. Rundstein and approved by M. de Magalhaes (including a preliminary draft of a Convention), a supplementary note by M. Rundstein, observations by M. Schücking and a reply by M. Rundstein, and, finally, the text of the preliminary draft of a Convention as amended by M. Rundstein in consequence of the discussions which took place in the Committee of Experts.

The nature of the general question and of the particular questions involved therein appears from the report and from the conclusions attached to the report in the shape of the amended preliminary draft of a Convention. The Committee is of opinion that Articles I to 5 and 7 to 13 of this amended draft indicate the questions to be resolved for the purpose of dealing with the subject by international agreement. All these questions are subordinate to the larger question set out above. On the other hand, the Committee does not feel that the question raised in Article 6 of the amended draft is among those which can be regarded as at present capable of being treated by way of international regulation.

It is understood that, in submitting the present subject to the Governments, the Committee does not pronounce either for or against the solutions suggested for various particular problems. At the present stage of its work it is not for the Committee to put forward conclusions of this kind. Its sole, or at least its principal, task for the present consists in

drawing attention to various questions of international law the regulation of which by international agreement would seem to be desirable and realisable.

In doing this, the Committee should doubtless not confine itself to generalities but should put forward the proposed questions with sufficient detail to facilitate the decision as to the desirability and possibility of their solution. The necessary details will be found in the final conclusions of M. Rundstein's report - i.e., in the amended text of the preliminary draft of a Convention - excluding always Article 6 of this draft 2.

In order to be able to continue its work without delay, the Committee will be glad to be put in possession of the replies of the Governments before October 15th, 1926.

The Sub-Committee's report is annexed.
Geneva, January 29th, 1926.

(Signed) Hj. L. HAMMARSKJÖLD,
Chairman of the Committee of Experts.

(Signed) VAN HAMEL,
Director of the Legal Section of the Secretariat.

Respuesta del Japón

Japan.

QUESTIONNAIRES NOS. 1 To 7.

Letter of March 4th, 1927.

[Translation.]

In your letter C.L.25.1926.V, of March 22nd, 1926, to the Minister for Foreign at Tokio, you were good enough to enclose a letter from the Chairman of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, C. 96. N - 47, 1926.V, together with the questionnaires and reports referred to in that letter, adding that you would be glad to ascertain the opinion of the Imperial Government on these questions.

I have now received the Imperial Government's reply, which I have been instructed to communicate to you, with the request that you will be good enough to forward it to the Committee of Experts.

1. The Imperial Government considers that the reports on Questions 1, 2, 3, and 6, referring to nationality, territorial waters, diplomatic privileges and immunities and piracy respectively, might provide a satisfactory basis for discussion. It would observe, however, that these reports contain certain points which it could not approve in their present form, and would add that the competent Japanese authorities are at present engaged in a very careful study of these problems.

2. With regard to the reports on Questions 4 and 5, which deal respectively with the responsibility of States for damage done in their territory to the person or property of foreigners, and with the procedure for international conferences and for the conclusion and drafting of treaties, the Imperial Government is inclined to think that these questions are not yet sufficiently ripe to allow of the conclusion of an international convention. It feels, however, that it would be very desirable for representatives of the various countries to examine these questions in common, with a possible view to preparing an agreement, which should, however, contain nothing more than recommendations. It is of the same opinion with regard to the report on the criminal jurisdiction of States in respect of offences committed outside their territory.

3. The Japanese Government is of opinion that it would be preferable to settle question No. 7, concerning the exploitation of the products of the sea, by means of bilateral or plurilateral agreements between the countries directly concerned. The same applies to the problem of extradition. As regards the latter question, however, it would be desirable to draw up a model convention which could be subsequently submitted to the various States for approval.

(Signed) SATO,

*Director of the Imperial Japanese League
of Nations Bureau.*

Annex III.

**ANALYSES OF REPLIES RECEIVED FROM GOVERNMENTS TO
QUESTIONNAIRES SUBMITTED BY MEMBERS OF THE
COMMITTEE**

Questionnaire No. 1. - Nationality.

ANALYSIS OF REPLIES SUBMITTED BY M. RUNDSTEIN

The majority of the replies agree that the question of nationality is one suitable for immediate consideration. Naturally, the object in view is codification by stages, by the elimination of problems which might encounter political obstacles and by giving preference to the regulation of matters which are mainly of secondary importance. Generally speaking, there is approval of the view set out in the Committee's report postulating the method of limited selection as that best adapted in *statu quo hodie*.

I.

Nine countries are in favour of an immediate codification of questions relating to nationality, though they do not mention details. The first seven of the following countries have in principle accepted the views contained in the preliminary draft

- (1) Australia
- (2) Brazil;
- (3) Bulgaria;
- (4) Czechoslovakia;
- (5) France (subject to reservations in regard to certain articles);
- (6) Poland ;
- (7) Salvador
- (8) Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes.
- (9) United States (which suggests that the details should be considered in any negotiations which ensue).

II.

Eleven countries, while recognising that the subject is suitable for codification and that international regulation may ultimately be undertaken, consider that certain clauses in the preliminary draft are at variance with the provisions of their municipal law.

Accordingly, these States, though not opposed to codification, would have good grounds for reservations in regard to particular provisions. The difficulty is in reality only apparent, since the preliminary draft may be modified and cannot be regarded as a "ne varietur" document. It is, therefore, reasonable to suppose that the States enumerated below should be included among the supporters of codification, especially as some of them are anxious to extend its scope by including problems not dealt with in the preliminary draft.

- (1) Austria;
- (2) Cuba;
- (3) Estonia;
- (4) Finland
- (5) Greece;
- (6) Japan (subject to further study, on which
the competent authorities are at
present engaged)
- (7) Norway;
- (8) Roumania
- (9) Spain;
- (10) Sweden;
- (11) Switzerland.

III.

Venezuela and *Italy* are the only countries which have given definitely negative replies.

The *British Empire* and *India* do not consider that it would be possible to regulate questions of nationality as a whole by international agreement, or desirable at the present time to attempt to do so. On the other hand, these States consider that the special questions of dual nationality and statelessness might be regulated forthwith.

IV.

Finally, it should be noted that three countries take up a special point of view, namely

(1) *Belgium*, which considers that an agreement on questions of nationality is impracticable and that the only possible solution is the conclusion of bilateral conventions;

(2) *The Netherlands*, which considers that codification by stages, though not easy, nevertheless appears to be possible, and takes the view that an examination of the question should be postponed to allow of its being dealt with at the Sixth and Seventh Hague Conferences ; and

(3) *Italy*, which, emphasising the difficulties arising out of conflicts of the *jus sanguinis* and the *jus soli*, favours rather the settlement through private treaties.

V.

It should be added that the following countries have promised to submit replies, which, however, have not yet been received

- (1) Denmark
- (2) Egypt ;
- (3) Germany (which points out that the
consideration of this question has not yet been completed)
- (4) Portugal.

As you are aware, the Committee thought that Article 6 of the preliminary draft could not be included among the matters capable of forming the subject at present of international regulation. I must, however, state that the Committee's pessimistic view was not justified, for a number of States think that the provisions of Article 6 are acceptable and even desirable, (*e. g.*, Roumania, Belgium, Switzerland, Austria - Sweden as regards paragraph 2 of Article 6 only).

Borrador japonés

Draft Rules prepared by the Kokusaiho-Gakkwai (l'Association de Droit International du Japon) in conjunction with the Japanese Branch the International Law Association.

(25 Revue de Droit International et Diplomatic, July, 1926.)

1. PRINCIPLES CONCERNING THE ACQUISITION AND LOSS OF NATIONALITY

Every State accepts the following principles concerning the acquisition and loss of nationality, and should modify as soon as possible all existing laws which are contrary to them.

Article 1

Every person should possess one and only one nationality.

Article 2

Every person may freely change his nationality, subject to any limitation and condition put upon such expatriation by the State to which he belongs.

Article 3

A State cannot impose its nationality upon aliens against their will on the sole ground of their having their residence, however permanent, within its territory.

Article 4

A legitimate child acquires the nationality of the State to which its father belongs at the date of its birth.

An illegitimate child acquires the nationality of its mother; provided that if it has been legitimated by its father, it shall thenceforth acquire the nationality of that State to which father belongs at the time of legitimation.

Article 5

Notwithstanding the provisions of the foregoing Article the nationality of a child which was acquired by the fact of its birth in the territory of a particular State, shall be recognized States.

A person who has acquired the nationality of the territory of his birth under the preceding may elect to assume the nationality of his father or of his mother within a fixed term after attaining his majority, provided that he has acquired domicile in the latter country before making such election. In such a case the country of his birth shall recognize the change of his nationality.

Article 6

A State shall not make any discrimination between individuals on the ground of race, nationality or religion, in the matter of naturalization or other mode of the acquisition of nationality

Article 7

Upon the naturalization of a married man, his wife takes the same nationality, unless already judiciary separated by a competent court provided that a wife may exercise the right of retaining her former nationality by a simple declaration in due form. Upon naturalization of a father or of a mother his or her minor children acquire the nationality of their father or of their mother as the case may be, provided that the children after attaining their majority may exercise within a fixed term the right of electing their former nationality.

Article 8

No one may lose or renounce his nationality without acquiring another.

Article 9

A person may recover the nationality which he has lost or renounced upon fulfillment of the conditions prescribed for its recovery.

Bases de discusión

TEXTE COMPLET DES RÉPONSES DES GOUVERNEMENTS

A LA LISTE DES POINTS SIGNALÉS A LEUR ATTENTION PAR LE COMITÉ PRÉPARATOIRE

LISTE DES POINTS.

NATIONALITÉ

I. Principe général que le droit international laisse à la compétence exclusive de chaque Etat la question de l'acquisition et de la perte de sa propre nationalité.

Il semble que l'on doit partir de l'idée que les questions de nationalité relèvent en principe de la souveraineté de chaque Etat et qu'en principe un Etat doit reconnaître à tout autre Etat le droit de légiférer comme il le juge à propos sur l'acquisition et la perte de sa propre nationalité. La conséquence serait que toute question relative à l'acquisition ou à la perte, par un individu d'une nationalité déterminée doit être tranchée conformément à la législation de l'Etat dont la nationalité est prétendue ou contestée.

Mais y a-t-il des restrictions à ces deux principes? Un Etat a-t-il un droit illimité de légiférer en cette matière? Un Etat est-il tenu, en tout cas, de reconnaître les effets de la législation d'un autre Etat sur cet objet?

II. Cas d'un individu qui se trouve avoir deux nationalités.

Trois hypothèses semblent devoir être distinguées:

1. La question se pose devant les autorités et tribunaux d'un Etat qui attribue sa nationalité à cet individu. L'article 5, première phrase, de l'avant-projet, préparé en 1926 au sein du Comité d'experts pour la codification du droit international, reconnaît à chaque Etat le droit d'appliquer exclusivement sa propre loi.

2. La question se pose directement entre les deux Etats qui considèrent l'individu dont il s'agit comme étant leur national. Il s'agit de savoir si l'un de ces Etats reste en droit d'exercer sa protection diplomatique au profit de cet individu à l'encontre de l'autre Etat (Voir articles 1, 5 et 6 de l'avant-projet du Comité d'experts). Dans le cas où cette question ne pourrait recevoir une solution générale, des questions subsidiaires devraient être envisagées: la protection diplomatique pourra-t-elle être exercée à l'encontre de l'Etat dont cet individu est le national depuis sa naissance ou dont il est le national par l'effet d'une naturalisation, ou à l'encontre de l'Etat dans lequel cet individu a son domicile ou pour le compte duquel il exerce ou a exercé des fonctions politiques? Ou bien, dans les rapports entre ces deux Etats, la protection est-elle soit admise soit exclue suivant d'autres modalités que l'on puisse préciser?

3. La question se pose devant un Etat tiers. Quel principe permet de faire prévaloir une nationalité sur l'autre? Faut-il préférer la nationalité qui se double du domicile (critère adopté dans l'avant-projet du Comité d'experts et par la Commission internationale de juristes, réunie à Rio de Janeiro en 1927), ou la nationalité à laquelle se joint la résidence habituelle (critère adopté par la Conférence de droit international privé de La Haye en 1928), ou la nationalité

acquise en dernier lieu, ou faut-il tenir compte du choix exercé par l'intéressé ou préférer entre les lois en conflit celle qui ressemble le plus à la loi de l'Etat tiers ou s'attacher à un autre élément pour dicter le choix à faire?

III. *La perte de nationalité par l'effet d'une naturalisation à l'étranger et le permis d'expatriation.*

La perte de nationalité résulte-t-elle directement de la naturalisation à l'étranger? Est-ce, au contraire, le permis d'expatriation qui fait perdre la nationalité, de quelle manière et à quelle date? Existe-t-il une concordance exacte entre la perte de la nationalité antérieure et l'acquisition d'une nationalité nouvelle par naturalisation, notamment quant à la date? Si cette concordance n'existe pas, est-il désirable de l'obtenir par une disposition conventionnelle?

IV. *Effets de la naturalisation des parents sur la nationalité des enfants mineurs.*

V *Application des dispositions légales attribuant la nationalité en raison de la naissance sur le territoire d'un Etat aux enfants des personnes qui jouissent des immunités diplomatiques et, en général, des personnes exerçant une fonction officielle au nom d'un Gouvernement étranger, tels que consuls, agents financiers, membres d'une mission militaire ou commerciale, etc.*

Si ces dispositions sont applicables à ces enfants, les cas de double nationalité en résultant

Si ces dispositions légales ne sont pas applicables à ces enfants, la faculté de s'en prévaloir est-elle laissée à ceux-ci?

VI. *Application des dispositions légales attribuant la nationalité en raison de la naissance sur le territoire d'un Etat à l'enfant né sur ce territoire alors que ses parents y étaient simplement de passage.*

VII. *Nationalité de l'enfant né de parents inconnus ou de parents qui n'ont pas de nationalité ou dont la nationalité est inconnue.*

VIII. *Nationalité de l'enfant né de parents dont la nationalité ne lui est pas légalement transmissible.*

On envisage le cas d'un enfant né à l'étranger alors que la loi de ses parents subordonne la transmission de la nationalité de ceux-ci à la naissance sur le sol national, ou encore le cas d'un enfant naturel né de parents n'ayant pas la même nationalité et qui, d'après la loi nationale de son père, devrait avoir la nationalité de sa mère alors que, d'après la loi nationale de sa mère, il devrait avoir la nationalité de son père.

Dans des cas de ce genre, doit-on attribuer à l'enfant la nationalité de ses parents ou de l'un d'eux ou la nationalité de l'Etat où il est né ?

IX. *Au point de vue de l'acquisition de la nationalité en raison du lieu de naissance, doit-on assimiler la naissance à bord d'un navire de commerce à la naissance sur le territoire de l'Etat dont ce navire porte le pavillon:*

a) Lorsque la naissance s'est produite pendant que le navire se trouvait en haute mer?

b) Lorsque la naissance s'est produite pendant que le navire se trouvait dans les eaux territoriales d'un Etat étranger?

c) Lorsque la naissance s'est produite pendant que le navire se trouvait dans un port étranger?

X. *Droit d'option de l'individu pouvant se prévaloir de deux nationalités. Conditions mises à cette option. S'agit-il de l'option entre deux nationalités ou de la faculté d'en répudier une et laquelle? Ce système d'option peut-il être généralisé ou étendu et dans quelle mesure?*

XI. *Perte de la nationalité de la femme par l'effet de son mariage avec un étranger.*

Cette perte de nationalité, à la Supposer admise par la loi nationale de la femme, est-elle subordonnée à la condition que la loi nationale du mari donne à cette femme la nationalité de son-mari?

De même, si un changement intervient au cours du mariage dans la nationalité du mari, la perte de nationalité pour la femme, à la supposer admise par sa loi nationale, est-elle subordonnée à la condition que la nouvelle loi nationale du mari donne à cette femme la nationalité nouvelle de son mari?

XII. *Condition de la femme qui, ayant acquis la nationalité de son mari par l'effet ou au cours de son mariage, recouvre, après la dissolution de celui-ci, sa nationalité d'origine.*

Cette femme perd-elle ainsi la nationalité qu'elle avait acquise par l'effet ou au cours de son mariage? Il semble qu'il y ait lieu de considérer séparément: a) le cas où la réintégration dans la nationalité d'origine s'est opérée de plein droit; b) celui où cette réintégration a été opérée par l'effet d'une décision de l'autorité publique; c) celui où cette réintégration a été opérée à la suite d'une déclaration de volonté de la femme.

XIII. *Autres effets du mariage sur la nationalité.*

XIV. *Effet d'un changement survenu à l'état civil d'un enfant naturel (reconnaissance, légitimation) sur la nationalité de celui-ci.*

Dans quels cas et dans quelle mesure cet effet se produit-il? Spécialement, si cet enfant naturel doit perdre sa nationalité antérieure, cette perte est-elle subordonnée à l'acquisition par lui d'une autre nationalité (celle de son père ou de sa mère suivant le cas) ?

XV. *Effets de l'adoption sur la nationalité de l'adopté.*

Dans quels cas et dans quelle mesure cet effet se produit-il? Spécialement, si l'adopté doit perdre sa nationalité antérieure, cette perte est-elle subordonnée à l'acquisition par lui de la nationalité de l'adoptant?

Chaque Etat doit être libre d'édicter la législation nationale qu'il juge appropriée en ce qui concerne l'acquisition et la perte de sa nationalité. Les conflits éventuels de nationalité qui, le cas échéant, seraient ainsi provoqués, ne peuvent être évités que par voie d'accord international.

II.

1. Si des raisons d'ordre administratif ou judiciaire exigent la détermination de la nationalité d'une personne dans l'Etat qui lui a donné l'une des nationalités qu'elle possède, cette personne doit, par la nature même de la loi de nationalité, être considérée comme un sujet ou un ressortissant du dit Etat du fait qu'elle possède la nationalité de cet Etat, sans qu'il soit tenu compte des nationalités différentes possédées par elle en même temps ou à d'autres moments. Cette thèse explique la disposition du premier paragraphe de l'article 27 du "Hôrei" (loi japonaise constituant le règlement général d'application des lois⁷⁹⁸), qui stipule que " si l'une d'entre elles (les nationalités en conflit) est la nationalité japonaise, il y a lieu d'appliquer la loi Japonaise "".

2. S'il surgit entre deux Etats une question touchant au droit de protection diplomatique d'une personne possédant la nationalité de chacun de ces Etats, le principe selon lequel, tant que l'intéressé réside dans l'un des deux Etats, l'autre Etat ne peut exercer en sa faveur le droit de protection diplomatique contre le premier Etat, peut offrir une méthode satisfaisante de règlement. Toutefois, étant donné les difficultés qui peuvent s'élever, il y aurait lieu d'apporter la plus grande circonspection à la codification de ce principe.

3. Dans ce cas, le " Hôrei " donne la préférence à la nationalité acquise en dernier lieu (paragraphe 1, article 27 de ladite loi).

III.

Il est prévu à l'article 20 de la loi japonaise sur la nationalité⁷⁹⁹ que " toute personne qui a volontairement acquis une nationalité étrangère perd la nationalité japonaise." Il est donc clairement stipulé que la perte de la nationalité japonaise résulte automatiquement de la naturalisation volontaire à l'étranger. L'acquisition d'une nationalité étrangère et la perte de la nationalité Japonaise, sont donc théoriquement simultanées et, par suite, il ne peut surgir aucun conflit de nationalité. Toutefois un individu du sexe masculin, âgé de moins de 17 ans révolus, ne perd sa nationalité japonaise qu'après avoir accompli, le cas échéant, son temps de service dans l'armée ou dans la marine, et une personne qui occupe un Poste Officiel ne peut perdre sa nationalité qu'après avoir été, au préalable, relevée de ses fonctions (voir article 24 de la 101 Japonaise sur la nationalité).

Il est également stipulé que la perte de la nationalité japonaise doit être notifiée au cours du mois qui suit la date à laquelle le chef de famille ou l'héritier a eu connaissance du fait (voir articles 15° et 151 de la 101 Japonaise concernant les registres de famille).

IV.

Il convient de considérer que la naturalisation des parents a pour effet de modifier la

⁷⁹⁸ Voir *Journal de Droit international* (Clunet) 1901, pages 632 et suivantes : « le droit international privé au Japon ». Appendice : *Loi du 15 juin 1898, dite « Horei »*, contenant les règles générales pour l'application des lois, par le professeur S. Yamada.

⁷⁹⁹ Le texte de la loi sur la nationalité est gardé dans les archives du Secrétariat.

nationalité des enfants mineurs (voir article 15 de la loi japonaise sur la nationalité).

L'article 21 de la loi japonaise sur la nationalité stipule que, si les enfants, nés de parents qui ont perdu leur nationalité japonaise par l'acquisition d'une nationalité étrangère, acquièrent une nationalité étrangère en vertu de la naturalisation de leurs parents, ils perdent leur nationalité japonaise.

V.

La nationalité régie par le principe du jus soli ne doit naturellement pas être attribuée aux enfants des diplomates qui, en vertu du droit international, jouissent des privilèges de l'extraterritorialité. Toutefois comme il peut être renoncé à un droit, il y aurait lieu de laisser aux enfants de cette catégorie la faculté de demander le bénéfice du jus soli, en l'absence de dispositions contraires dans la loi sur la nationalité en vigueur dans l'Etat où ils sont nés. Les enfants nés de personnes qui sont reconnues par le gouvernement intéressé comme exerçant des fonctions officielles au nom d'un gouvernement étranger (par exemple les consuls de carrière, les agents financiers, etc.), doivent, de même que les enfants des diplomates mentionnés à l'article 2 de l'avant-projet du Comité d'experts, être considérés comme étant nés dans l'Etat dont leur père est un sujet ou un ressortissant et ne doivent pas être dotés obligatoirement de la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel ils sont effectivement nés.

VI.

Il arrive fréquemment qu'un Etat qui adopte le principe du jus soli ne tient pas compte de la durée du séjour des parents sur son territoire; toutefois, dans le cas d'un enfant né alors que ses parents étaient simplement de passage dans un pays, il y aurait lieu de renoncer à l'application des lois conférant la nationalité selon le principe du jus soli.

VII.

Comme le principe du jus sanguinis (sic) ne peut être suivi lors de la détermination de la nationalité d'un enfant né de parents inconnus, c'est-à-dire d'un enfant abandonné, ou d'un enfant né de parents connus qui ne possèdent aucune nationalité ou dont la nationalité est inconnue, il conviendrait d'attribuer à cet enfant la nationalité découlant du principe du jus soli, même dans un pays qui suit en règle générale le principe du jus sanguinis. Aux termes de l'article 4 de la loi japonaise sur la nationalité, la nationalité japonaise est conférée, uniquement dans un cas de ce genre, conformément au principe du jus soli; on évite ainsi qu'une personne soit privée de toute nationalité (voir article 3 de l'avant-projet du Comité d'experts).

VIII.

Si la législation d'un Etat auquel les parents appartiennent fait dépendre la transmission de leur nationalité à leurs enfants de la naissance de l'enfant sur le territoire dudit Etat, un enfant né dans un Etat étranger, qui suit le principe du jus sanguinis, se trouverait nécessairement privé de nationalité. En vue d'éviter cette situation, il convient qu'un Etat qui suit le principe du jus soli, admette qu'un enfant né à l'étranger dans le cas ci-dessus, acquière la nationalité des parents conformément au principe du jus sanguinis. Au Japon, l'article 3 de la loi sur la nationalité stipule que, dans le cas où le père est inconnu ou apatride, si la mère est de nationalité japonaise, l'enfant sera considéré comme Japonais; on ne tient pas compte du lieu de naissance. Par suite, même pour ce qui est des enfants illégitimes, le cas visé par le

questionnaire ne peut jamais se produire. Toutefois, en ce qui concerne la reconnaissance des enfants illégitimes, la reconnaissance par le père et la reconnaissance par la mère sont considérées comme équivalentes, et la nationalité japonaise n'est acquise que lorsque c'est un Japonais qui a le premier reconnu l'enfant. Par conséquent, si l'enfant, après avoir été reconnu par sa mère étrangère, est également reconnu par son père japonais, cette dernière reconnaissance ne lui confère pas la nationalité japonaise (voir article 6 de la loi japonaise sur la nationalité).

IX.

a) Il est admis, d'une manière générale, qu'un navire marchand en haute mer doit être considéré comme une partie du territoire de l'Etat dont il arbore le pavillon; si donc on s'en tient d'une façon exclusive et absolue au principe du jus soli, il peut s'ensuivre qu'un enfant né à bord d'un navire marchand en haute mer doit être considéré comme acquérant la nationalité de l'Etat auquel appartient le navire, de la même façon que s'il était né sur le territoire dudit Etat. Il convient, toutefois, de signaler que l'application du principe du jus soli à l'enfant né dans ces circonstances, lui imposerait une nationalité dans des conditions plus déraisonnables que l'application du même principe à un enfant né pendant que ses parents étaient simplement de passage sur un territoire.

La souveraineté territoriale de l'Etat riverain s'étend non seulement à un navire marchand qui se trouve dans un port étranger (c), mais aussi au navire qui se trouve dans les eaux territoriales étrangères: le navire ne devrait donc pas être considéré comme faisant partie du territoire de l'Etat dont il arbore le pavillon. Les naissances survenues à bord de ce navire ne doivent naturellement pas être traitées de la même manière que les naissances survenues sur le territoire de l'Etat auquel le navire appartient (voir article 75 de la loi japonaise concernant les registres de familles et la disposition (c), I.- (I), de la partie I de la loi du 7 août 1914 concernant la nationalité britannique et le statut des étrangers).

X.

Aux termes de la loi japonaise sur la nationalité, un Japonais qui, du fait de sa naissance dans un pays étranger, a acquis la nationalité de ce pays et y réside d'une manière permanente, peut renoncer à sa nationalité japonaise avec l'autorisation du ministre de l'Intérieur du Japon (article 20, section 3, de la loi japonaise sur la nationalité). Toutefois, si la nationalité d'un pays étranger particulier, spécialement désigné par une ordonnance impériale, a été acquise du fait de la naissance sur le territoire de ce pays, l'intéressé perd la nationalité japonaise dès le moment de sa naissance, à moins que l'intention de conserver cette nationalité ne soit dûment manifestée (article 20, section 2, de la loi japonaise sur la nationalité).

XI.

En règle générale, une femme japonaise perd sa nationalité par son mariage avec un étranger, à condition, toutefois, que la loi de l'Etat auquel appartient le mari lui confère sa nationalité; on évite ainsi un conflit négatif de nationalités (voir article 18 de la loi japonaise sur la nationalité et le premier alinéa de l'article 9 de l'avant-projet établi par le Comité d'experts).

La loi japonaise sur la nationalité stipule que la femme d'un individu qui a perdu la nationalité japonaise perd également sa nationalité japonaise en acquérant la nouvelle nationalité de son mari (article 21 de ladite loi).

XII

Selon la loi japonaise sur la nationalité, une femme qui a perdu sa nationalité japonaise en acquérant par le mariage la nationalité de son mari peut recouvrer la nationalité japonaise par la dissolution du mariage. Toutefois, la réintégration dans la nationalité japonaise ne résulte pas automatiquement de la loi, mais elle dépend des deux conditions ci-après (article 25 de la loi japonaise sur la nationalité):

1. La femme doit résider d'une manière permanente au Japon après la dissolution du mariage.
2. La femme doit demander à être réintégrée dans sa nationalité et doit, à cet effet, obtenir l'autorisation du ministre de l'Intérieur du Japon.

La loi japonaise sur la nationalité ne contient aucune disposition spécifique subordonnant la réintégration dans la nationalité japonaise à la perte de la nationalité antérieurement acquise par suite du mariage.

On peut dire que, dans un cas de ce genre, la réintégration dans la nationalité ne résulte ni automatiquement de la dissolution du mariage, ni simplement d'une déclaration d'intention, faite par l'intéressée, mais d'une demande présentée par elle et d'une autorisation accordée par les autorités compétentes.

Lorsque la réintégration dans la première nationalité provoque un conflit de nationalités, il convient, afin d'éviter cette situation, d'adopter une règle conçue dans le sens de l'article 8 de l'avant-projet du Comité d'experts.

XIII.

La règle fondamentale est la suivante: la femme acquiert par le mariage la nationalité du mari; toutefois, il est prévu une exception dans le cas où un étranger épouse une femme japonaise qui est le chef d'une famille japonaise: c'est le mari qui, dans ce cas, acquiert la nationalité japonaise (clause 2 de l'article 5 de la loi japonaise sur la nationalité).

XIV

Aux termes des dispositions de la loi japonaise sur la nationalité, un enfant illégitime de nationalité étrangère, s'il est reconnu par son père ou sa mère (s'ils sont de nationalité japonaise), acquiert la nationalité japonaise sous réserve des conditions ci-après (articles 5 et 6 de la loi japonaise sur la nationalité):

- 1° L'intéressé doit être mineur aux termes de la loi de sa patrie.
- 2° S'il s'agit d'une fille, elle ne doit pas avoir épousé un étranger.
- 3° Le père ou la mère, selon le cas, qui, le premier des deux, a reconnu l'enfant, doit être de nationalité japonaise.
- 4° Le père doit être de nationalité japonaise lorsque l'enfant est reconnu simultanément par le père et la mère (voir article II de l'avant-projet du Comité d'experts).

La loi japonaise sur la nationalité stipule que si un enfant qui possède la nationalité japonaise acquiert une nationalité étrangère par voie de reconnaissance, il perd sa nationalité japonaise (article 23 de ladite loi).

XV

Aux termes de la loi japonaise sur la nationalité, un étranger qui a été adopté par un Japonais acquiert la nationalité japonaise (clause 4 de l'article 5 de la loi japonaise sur la nationalité).

L'adoption ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du ministre de l'Intérieur, mais il n'existe aucune disposition spécifique subordonnant, comme dans le cas de la naturalisation, l'adoption à la perte de l'ancienne nationalité. Toutefois, pour empêcher les conflits de nationalité, il convient que l'enfant adopté n'acquière la nationalité de celui qui l'adopte qu'à condition de perdre sa première nationalité.

MEMORANDUM

Con referencia a la Ley No. 8526 del 20 de abril del año en curso, relativa a la nulidad de las inscripciones de nacimiento de los hijos de extranjeros domiciliados en el Perú, el Encargado de Negocios del Japón desea expresar con sinceridad su opinión ante el Gobierno del Perú, explicando los puntos de vista del Gobierno del Japón, así como el sentir de los japoneses residentes en este país.

Al expedir la Ley mencionada, el Gobierno del Perú debe haber tenido dudas, sobre la legitimidad de la inscripción del nacimiento de los hijos de extranjeros, suponiendo que ellos habían inscrito a sus hijos nacidos fuera de este territorio como peruanos, burlando así varias disposiciones vigentes como, por ejemplo, las del Decreto Supremo del 26 de junio de 1936, que establece restricciones referentes al ejercicio de ocupaciones y número máximo de inmigrantes de cada colonia.

Expedido el citado Decreto, los japoneses residentes se apresuraron a presentar solicitudes ante los juzgados y tribunales de la República, para la inscripción del nacimiento de sus hijos, que aún no habían regularizado su situación ante las Municipalidades correspondientes.

Y es obvio que la segunda generación de los japoneses residentes es sumamente afectada por la promulgación de dicha Ley, temiéndose que hasta estos hijos estén sospechados como si hubiesen burlado las Leyes peruanas.

Por consiguiente para poner en claro este asunto y disipar del ánimo del Gobierno del Perú toda sospecha de irregularidad, originada por este hecho, el Encargado de Negocios del Japón se ve obligada a explicar la razón de ese proceder.

1.- Al iniciarse la inmigración japonesa al Perú, los inmigrantes llegaban como exploradores de un modo de vida diverso, fenómeno común a toda inmigración incipiente; ellos entonces no conocían las leyes y costumbres del país al que venían, por no poseer la lengua española, y sólo trataban de defenderse día a día en la lucha por la existencia; no tenían la resolución de vivir permanentemente en este país, con el pensamiento de volver al Japón cuando su situación lo permitiera.

Entonces era posible que esas inmigrantes hayan tenido una idea tal que la nacionalidad se obtendría por el solo hecho de nacer en el territorio nacional.

Por otra parte su residencia generalmente en Fundos o haciendas distantes de centros poblados y carentes de las vías de comunicación de que ahora se dispone, les impedía verificar la inscripción oportuna de sus hijos ante los Registros Civiles, cuyo término es muy estrecho y perentorio, viéndose muchos de ellos en la imposibilidad de cumplirlo; tanto más cuanto que dichas negociaciones no se preocupaban de declarar o facilitar los trámites para la declaración de nacimientos ni de defunciones, quedando estos hechos sin inscribirse en ninguna parroquia ni municipalidad.

En tal etapa, era cosa ordinario que demoraran o descuidaran la inscripción de sus hijos.

2.- Pero, hoy día, los japoneses radicados en el Perú, se han adaptado a las modalidades de este país al punto de tener la firme resolución de residir en él en estrecha solidaridad con los

nacionales y de cooperar con todo interés en la magnífica obra de su progreso. Por eso, estudian y respetan sus leyes y comparten con los nacionales los esfuerzos que realizan por la grandeza de esta progresista Nación. Ellos aprecian la hospitalidad de haberlos cobijado y agradecen siempre al Perú el que puedan ejercer sus actividades y ganarse la vida libremente. Consideran al Perú como su segunda patria y desean vivir permanentemente en él, aunque la mayoría tenga la nacionalidad japonesa. Con razón ellos hacen a sus hijos nacidos en el Perú su patria, seguir el procedimiento de la inscripción inmediatamente (sic) después del nacimiento, según ley y reglamento.

3. - En cuanto a los individuos de la segunda generación, nacidos en el Perú, consideran todos ellos a este país, como si patria de origen; su verdadera patria. El representante del Gobierno del Japón, los elementos destacados de la colonia y los profesores japoneses no sólo en el Colegio, sino también en el hogar, todos enseñan a sus hijos que agradezcan al Perú que acogió a sus padres y que a ellos mismos los ampara bajo la égida de su poder y de sus leyes; que le sean fieles del mismo modo que los japoneses lo son con su patria; que luchan y trabajen por el Perú escogiendo los puntos meritorios de los peruanos así como los de los japoneses, lo que no solo serviría contribuir (sic) al Perú sino también sería motivo de complacer a la patria de sus padres. Para estos hijos la influencia del ambiente social del Perú y la de la creación que abarca todo con sus brazos afectuosos son verdaderamente, estupendas.

He aquí que existe la gran diferencia entre los hijos de padres japoneses nacidos en otro país y los que vieron la luz en el Japón; todos los hijos de los inmigrantes japoneses al nacer en un país que no es el de sus padres se adhieren con fuerza y amor al país en que nacieron.

4.- Los hijos a favor de los cuales ha sido presentada la solicitud de inscripción de su nacimiento con posterioridad a la dación del Decreto Supremo del año próximo pasado, son los de los inmigrantes referidos en el No. 1. de este Memorandum, demorada hasta entonces por los distintos motivos a que se acaba de hacer referencia.

Hay que considerar que los nacidos en el Perú, hijos de quienes a él vinieron como inmigrantes, son herederos de éstos, y cuanto ellos adquieren con su trabajo y esfuerzo constante será propiedad suya y esta propiedad, negocios, tierras, etc., será al mismo tiempo riqueza privada perteneciente al Perú.

Esos hechos no son ni indeseables ni desfavorables para el Perú y no puede explicarse la cancelación de las inscripciones de nacimiento, ordenada por la Ley de 20 del mes próximo pasado.

Seguramente el Gobierno del Perú ha expedido la Ley citada inspirándose en intenciones nobles; pero debe exponer en forma respetuosa a la digna consideración del Gobierno peruano, la situación difícil y desamparada producida al expedirse la citada ley, en que quedan los hijos de japoneses, cuya inscripción de nacimiento como peruanos habían sido solicitada o estaba ya declarada de conformidad con las leyes del Perú, y de un momento a otro se ven privados de ella, no obstante que había nacido en el Perú, hablan su idioma, luchan y trabajan por el Perú, y ni siquiera conocen al Japón, el país de sus mayores.

5.- Los japoneses entienden que el Perú no desea conceder a los extranjeros doble nacionalidad.

Es justificado el concepto del Gobierno del Perú, pues no es posible esta duplicidad de algo

tan único tan indivisible como el amor patrio. La política del Japón y el sentimiento de los padres japoneses en este país están en completa conformidad con el criterio peruano en este punto, pues según la ley japonesa y la Ordenanza Imperial No. 262 expedida en el año 1924, se establece que los japoneses que nazcan en los países extranjeros indicados en la Ordenanza, y obtengan la nacionalidad de dicho país, pierden la nacionalidad japonesa; originándose desde el tiempo de nacimiento "Ipsa Facto" la aplicación de esta disposición, si no expresan la intención de conservar la nacionalidad conforme a lo dictado en el Reglamento y aunque sea conservado dicha nacionalidad, podrá renunciarla más tarde por el solo hecho de manifestar su intención en tal sentido. Entre los países indicados en la Ordenanza se halla el Perú. El espíritu de esta ley está en evitar la doble nacionalidad de los nacidos japoneses en país extranjero; por consiguiente, se ve que el Gobierno del Japón no obliga a los hijos nacidos en el Perú a adoptar la nacionalidad japonesa.

6.- Sobre la duda que pueda abrigar- el Gobierno del Perú de que los japoneses hayan inscrito como peruanos a los hijos nacidos en el Japón, podemos negar absolutamente esta afirmación, considerando el carácter de los japoneses. Pero se reserva el hacer las investigaciones del caso, con el fin de saber si alguien cometió (sic) esta grave incorrección. Esto no incluiría solo la violación de la ley peruana, sino sería también una flagrante burla de la ley japonesa, digna de sanción severa. Por lo cual el Gobierno del Japón se abstendrá de reclamación alguna, en el caso de que el Gobierno del Perú aplicara por los reglamentos de la Ley cualquier castigo a quien hubiere cometido esta infidencia.

Por su parte el Gobierno del Japón tomará igual procedimiento.

Por lo tanto, el Encargado de Negocios del Japón ruega al Gobierno del Perú quiera reconocer la validez de la inscripción de nacimientos presentada después de expedirse el Decreto Supremo tantas veces mencionado, satisfaciéndose con las explicaciones expresadas en este Memorandum, y en fin, se ruega que se sirva tener en cuenta el Memoradum presentado sobre el asunto de los hijos de segunda generación por esta Legación el día 7 de octubre del año 19360

Lima, 25 de mayo de 1937.

Se autentica el presente documento, Nota N° 6-18/26, de fecha 25 de mayo de 1937, de la Legación de Japón en el Perú, por ser copia del original que obra en poder del Archivo Central de este Ministerio

Lima, 12 de junio del 2001.



Antonio Gozar Llandas
ANTONIO GOZAR LLANDAS
Encargado del
Archivo General y Documentación

CUESTIONARIO FORMAL POR ESCRITO SOBRE EL EX-PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DEL PERU, SR. FUJIMORI.

Sobre el Sr. Alberto Fujimori, ex- presidente de la República del Perú (en adelante nos referiremos sólo como Sr. Fujimori), con residencia actual en nuestro país, existe una demanda muy alta de la opinión pública peruana para que vuelva de inmediato al Perú y aclare la verdad ante el pueblo sobre las acusaciones en torno a la responsabilidad sobre la violación de los DD.HH. la persecución a sus opositores, y el enriquecimiento ilícito. El gobierno ha considerado que al confirmarse la posesión de la nacionalidad japonesa del Sr. Fujimori, éste puede permanecer en el país sin ningún problema, sin embargo, a nuestro juicio, podría ocasionarse un problema grave de relaciones diplomáticas entre nuestro país y el Perú si el Sr. Fujimori sigue permaneciendo en el Japón para rehuir su responsabilidad frente a las diversas acusaciones que se ciernen sobre su persona, pese a la fuerte demanda del pueblo peruano. Planteamos las siguientes preguntas para su aclaración por parte del gobierno frente al presente problema:

I) SOBRE LA NACIONALIDAD JAPONESA DEL SR. FUJIMORI

1.-Quisiéramos ser esclarecidos cuál es el alcance de la comprensión del gobierno sobre aquéllos que tienen la nacionalidad japonesa y otra nacionalidad extranjera, es decir, sobre aquéllos que poseen la llamada doble nacionalidad.

I.1.-

De acuerdo a la Ley de Registros (Año 22 de Showa, Ley No. 224) Art. 49 referente al registro de nacimientos, cada gobierno municipal, luego de recepcionar, y tramitar su registro, debe enviarlo a la dependencia del Ministerio de Justicia correspondiente. Por otro lado, en cuanto al curso a dar respecto al trámite de registro, sobre la base de la ley de nacionalidades (Ley No. 147 del año 25 de Showa) Art. 14, inciso 1, referente a la elección de nacionalidad, en caso, a quien correspondiere hacer la elección y se presume no lo hubiere hecho, en el plazo señalado por la misma ley, los jefes de los gobiernos municipales, deben comunicar a las autoridades del Ministerio de Justicia correspondiente, señalando el nombre de la persona, y el registro del domicilio legal. Basándose en dicho trámite, el gobierno puede saber quién tiene una u otra nacionalidad además de la japonesa.

2.- Quisiéramos ser esclarecidos cuándo es que el gobierno confirmó la posesión de la nacionalidad japonesa del Sr. Fujimori. Por otro lado, si bien es cierto que el Sr. Fujimori expresó su reconocimiento de posesión de la nacionalidad japonesa el 21 de noviembre del 2000, cuándo y cómo se realizaron los trámites de confirmación y esclarezcásenos esa relación con la realidad.

I.2)

El Sr. Alberto Fujimori (en adelante sólo Sr. Fujimori), desde mediados de noviembre a principios de diciembre del año pasado, como resultado de haber iniciado el trabajo de confirmación a la luz de la ley de nacionalidades, de si dicho señor obtuvo la nacionalidad japonesa al nacer, y además en caso de haberla obtenido, si no la perdió; el día 11 de noviembre del año pasado se pudo constatar que el Sr. Fujimori conservaba la nacionalidad japonesa.

3.- Tenemos entendido que el Sr. Fujimori llegó al Japón el 17 de noviembre del 2000 y luego, el 12 de diciembre del mismo año le fue confirmada su nacionalidad japonesa. En ese lapso, el Congreso peruano declaró su destitución del cargo de presidente, el día 21 de noviembre (fecha local del Perú), el 22 del mismo, su sucesor asumió el mando. En el lapso que va desde su arribo al Japón hasta la confirmación de su nacionalidad, aclárenos cuál fue el estatus de estadía con que permaneció el Sr. Fujimori en Japón.

I.3)

El Sr. Fujimori, en el lapso desde su arribo al Japón, hasta el momento de confirmarse su nacionalidad japonesa, permaneció con el status de estadía “Diplomática”.

4.- El Sr. Fujimori asumió la presidencia de la República del Perú en Julio de 1990. Ha sido de reconocimiento público que el Sr. Fujimori es de ascendencia japonesa, el gobierno japonés ¿confirmó en ese momento la nacionalidad del Sr. Fujimori o no?. En caso se haya omitido la confirmación, ¿no sería una negligencia en las funciones?. Y en caso que el gobierno japonés hubiera confirmado la posesión de nacionalidad japonesa del Sr. Fujimori, es de pensarse naturalmente que debió declarar la renuncia a la nacionalidad japonesa bajo el artículo 16, inciso 2 de la Ley de Nacionalidades. Que se nos esclarezca al respecto, si se hizo esta declaración o no, de no haberse hecho, explíquenos el motivo y a la vez séanos esclarecido en qué casos es que se da esta declaración basada en el articulado de la Ley.

I.4)

Cuando el Sr. Fujimori asumió la presidencia, no se hizo la confirmación de si tiene o no la nacionalidad japonesa. Por otro lado, no existía en ese momento necesidad alguna de confirmar su nacionalidad.

5.- Los diplomáticos y funcionarios de los países extranjeros permanecen en nuestro país con un estatus específico “Diplomático” u “Oficial”, para cuando alguno de éstos hacen posesión del cargo o en caso que luego de dejar su cargo decidiera continuar su residencia en Japón, tenemos entendido que, su estatus le es otorgado o modificado, luego que la embajada correspondiente en Tokyo haya informado y solicitado el cambio de estatus, para que el gobierno proceda a realizar el trámite de cambio de estatus de residencia, naturalmente, para el Sr. Fujimori debe haber existido ese tiempo de trámite de cambio de estatus, esclarázcasenos, si el gobierno recibió de la embajada peruana en Tokyo la comunicación oficial de su alejamiento de la función de presidente, su destitución y solicitud de cambio de estatus. En caso se haya recibido el comunicado oficial y la solicitud, cuándo fue y cuál fue su contenido. En caso no los haya recibido, de qué medios obtuvieron la confirmación de que el Sr. Fujimori dejó su cargo, y si se hizo el cambio de status sin recepción de solicitud alguna, esclarázcasenos las razones.

I.5)

El 19 de noviembre del año pasado, recibimos de la embajada peruana en nuestro país, el informe de que el Sr. Fujimori dejaría el cargo de Presidente, dentro de las 48 horas siguientes, no recibimos la comunicación de su cese ni solicitud de cambio de status. Que el Sr. Fujimori fue destituido del cargo presidencial el 22 del mismo mes, lo confirmamos por informes de nuestra embajada en Perú. El Sr. Fujimori, permaneció en nuestro país, con el status de “Diplomático” incluso luego de su destitución por el congreso peruano el 22 de diciembre del año pasado, sin embargo,

el Sr. Fujimori manifestó la posibilidad de permanecer en nuestro país por algún tiempo, se procedió al trabajo de confirmación de su nacionalidad como un paso para ordenar el problema legal de su estadía, y como resultado de ello, es que se confirmó su posesión de la nacionalidad japonesa.

II) SOBRE LA COOPERACION CON EL GOBIERNO PERUANO EN RELACION AL CASO DEL SR. FUJIMORI.

1.- ¿Ha habido alguna solicitud de colaboración en la investigación a nivel de administración pública por parte del Gobierno. Peruano al japonés?. En caso, que el Gbno. Peruano sólo haya presentado consultas aclaratorias, esclarezcasenos detalladamente cuáles son las respuestas que el Gno. Japonés ha dado.

II.1)

Sobre el caso policial ocurrido en el Perú que consigna al Sr. Fujimori como sospechoso, del estado peruano, no hemos recibido ninguna solicitud de colaboración para la investigación consignada en la Ley de Cooperación en la Investigación Internacional (Ley No. 69 del año 55 de Showa). Aunque con fecha 13 de diciembre del año pasado, hemos recibido solicitud de cooperación por parte de la INTERPOL para el caso del ex - asesor del SIN Sr. Montesinos; y en el presente año, el 2 de febrero, hemos recibido por parte del Estado peruano, la solicitud de colaboración y, estamos estudiando la posibilidad, confrontando el contenido de las acusaciones formuladas y los trámites seguidos en dicho país, a la luz de la Ley de Cooperación en la Investigación Internacional y sus requerimientos. Respecto a los detalles del contenido de la solicitud, nos reservamos la respuesta por tratarse de hechos referentes a la investigación de un caso policial de las autoridades de un país extranjero.

2.-¿Sabe el gobierno si ha existido algún pedido de colaboración en el ámbito judicial por parte de las autoridades judiciales peruanas a su homólogo japonés?. En caso de tener conocimiento acerca de tal solicitud de colaboración, queremos ser aclarados en los detalles del mismo que están a su alcance.

II.2)

De las autoridades judiciales del Perú, no hemos recibido ningún tipo de solicitud de colaboración a nivel judicial respecto a la acusación formulada al Sr. Fujimori. Aunque, el presente año el 15 de febrero, hemos recibido de dichas autoridades, la solicitud de colaboración en el sentido de pedir al Sr. Fujimori para su declaración como testigo por el caso de Charles Aceror Cocran referente al delito contra la seguridad del Estado.

3.- En el Perú, se ha publicado la noticia de que el Gbno. Japonés ha presentado a través de la embajada peruana de Tokyo con fecha 22 de diciembre, una protesta a la Comisión Investigadora del Congreso peruano que investiga el caso de Montesinos, ex-asesor del Presidente, al plantear la indagación a Fujimori. ¿Es cierto que se presentó la protesta? Y ¿cuál es el contenido de dicha protesta?. Quisiéramos ser aclarados en estos puntos. Por otro lado, existen publicaciones que informan que, ante la solicitud de colaboración por parte de la Comision Investigadora del Congreso, el Gbno. Japonés, ha contestado que no puede responder a solicitud alguna que no provenga de las autoridades judiciales pertinentes.

Aclárasenos si esto es verdad. En caso que lo fuera, que se nos explique los fundamentos legales de dicha postura. Además, algunos medios de comunicación peruana han publicado que el Gno. Japonés, ha pedido que los documentos de solicitud de cooperación en la investigación presentados por el Perú sean hechos en idioma japonés. ¿Es esto cierto?. En caso de serlo, que se nos aclare los fundamentos legales en que se basa para tomar esta actitud.

II.3)

En lo referente al interrogatorio al Sr. Fujimori por parte de la Comisión del Congreso peruano, no existe ninguna formulación de protesta hecha a través de la embajada peruana en Japón. La colaboración solicitada por la Comisión del Parlamento peruano vía la embajada peruana a nuestro Estado consiste en un pedido de remitir una carta de llamamiento o citatoria al Sr. Fujimori. Dicha carta citatoria, de acuerdo a las leyes peruanas, una vez comunicada al testigo, éste tiene la obligación de comparecencia; sin embargo, en nuestro país no existe un marco legal para atender la solicitud de envío de este tipo de escritos, de modo que vía la embajada peruana dimos la respuesta en el sentido de que “no podemos remitir dicha carta citatoria”.

La colaboración en la investigación es ejecutada por las instituciones pertinentes del país solicitado, y para su realización, frecuentemente pasa por la inspección de las autoridades jurídicas del país solicitado, de modo que, es de uso común internacional que el país solicitante envíe la solicitud en la lengua que señale el país solicitado.

Existe un reglamento en el sentido de que el país solicitante adjunte un documento traducido, que se aprobó en la 45va. Asamblea General de NN.UU. un convenio modelo respecto de las colaboraciones internacionales de casos policiales.

Basándonos en estas usanzas, nuestro país, adjunta traducciones al momento de enviar solicitudes a otros países, y pedimos al estado peruano que se nos haga llegar la solicitud adjuntando la traducción pertinente y el Perú aceptó hacerlo sin ninguna objeción. Por otro lado existen precedentes que para cuando nuestro Estado hizo alguna solicitud al Perú, siempre lo hicimos traducido al español .

4.- Tenemos entendido que el Sr. Fujimori cuenta con protección policial hasta el momento, acláresenos los fundamentos de ley que sustentan esta protección.

II.4)

Por teoría general, la protección policial tiene sustento legal en La ley policial (Ley No. 162 del año 29 de Showa) Artículo 2 inciso 1.

5.- En caso que quede demostrada la responsabilidad del Sr. Fujimori en la violación de los DD.HH. y el Gbno. Peruano solicite la entrega de Fujimori, ¿cuál sería la actitud del Gbno. Japonés?. Quisiéramos que se nos exponga cuál es el punto de vista del gobierno.

II.5)

Nos resulta difícil contestar a la pregunta ya que el punto tiene un presupuesto hipotético. Pero si nos atenemos al común entendimiento, la solicitud de extradición de un prófugo del extranjero, se discierne su procedimiento sobre la base de la Ley de Extradición (Ley No. 68 del año 28 de Showa), la misma que dice que debe realizarse siempre y cuando los actos cometidos no correspondan a penalidades de condena a muerte, condena sin tiempo límite, o, condena por más de 3 años de acuerdo con las

leyes japonesas (la misma ley Art. 2, inciso 4); Si el prófugo es de nacionalidad japonesa, (la misma ley Art.9) no debe entregarlo.

6.- Existen teorías convincentes en las Leyes Internacionales que señalan que, en caso de doble nacionalidad como el del Sr. Fujimori, debe considerarse una nacionalidad prevalescente. Por otro lado, pensamos que, la nacionalidad real y prevalescente del Sr. Fujimori, quien incluso ocupó la presidencia del Perú, es peruana y en consecuencia su nacionalidad japonesa es sólo formal, de modo que ello no constituye un obstáculo para su entrega. Ya que la ley de extradición de nuestro país, no contempla una consideración a la situación de la doble nacionalidad, no se debe hacer la interpretación formal estrecha de las normas que se encuentran enmarcadas sólo para casos de entrega de algún ciudadano japonés donde existen tratados de extradición.

II.6)

En teoría general, es potestad de cada país discernir la extradición de cualquier individuo que se encuentre dentro de sus linderos. La ley de extradición rige que en caso que el prófugo sea un nacional japonés, no debe entregarlo al país extranjero, de modo que tratándose de un ciudadano japonés, sea que éste posea o no una u otra nacionalidad extranjera paralelamente, no puede ser extraditado.

7.- El Japón ha firmado el “Tratado de prohibición de la tortura”, cuyo artículo 7 y 8 dice: “En caso que un sospechoso de algún acto de tortura, es descubierto dentro de los linderos de su jurisdicción, y éste no es entregado, el país firmante donde ha sido encontrado, tiene la obligación de formularle la acusación pertinente dentro de su país”. El Sr. Pierre Sané, Secretario General de Amnistía Internacional, manifestó su interés en observar cómo va a cumplir el Japón con esta obligación en relación al presente caso; si quedara suficientemente demostrada la participación del Sr. Fujimori en los casos de tortura, el gobierno japonés estaría obligado a entregarlo o a formularle la acusación pertinente, que se nos alcance la confirmación.

II.7)

Los hechos de tortura a los que se hace mención, no es claro de qué se trata. Además, por tratarse de una pregunta con presunción de hechos hipotéticos, nos resulta difícil responder.

III) SOBRE LA IMAGEN DE LA POSICION DE NUESTRO PAIS A NIVEL INTERNACIONAL Y A NIVEL DE LAS RELACIONES BILATERALES CON EL PERU

La importancia del llamado “soft power” crece cada día más en el mundo actual frente a la vigencia del poder militar. De más está señalar que para nuestro país que tiene como política diplomática no depender de las fuerzas armadas, es buena oportunidad de trabajar por el incremento de este “soft power”, que se constituye en cualidad y objeto de respeto por parte de otros países.

1.- Sobre el Gbno. De Fujimori se vienen oyendo voces de protesta en el sentido de que durante su gobierno “violó repetidas veces los Derechos Humanos, desarticuló uno tras otro los organismos del sistema democrático, y utilizó las instituciones de los servicios de información de la policía y el ejército cual instrumentos partidarios para perseguir a la oposición”. Acláresenos, si el Gbno. Japonés tiene conocimientos de estos hechos.

2.- En caso de tener conocimientos sobre los hechos señalados en la pregunta No. 1, cómo es que ha venido dando diversos tipos de apoyo a un gobierno como el señalado, queremos ser esclarecidos sobre las razones de dicho apoyo.

3.- En caso de no haber tenido conocimientos de los hechos señalados, pensamos que es cuestionable la capacidad del Ministerio de RR. EE. Sobre la colección de las informaciones en torno a la tendencia de la opinión internacional; o es que pese a tener información suficiente, es la conducta del gobierno mantener el apoyo, dejando que la sociedad internacional tenga una imagen sobre el Japón como “un país que habla de los DD.HH. y la democracia sólo de boca para fuera”, es más, ha dado al mundo la imagen de haberle reconocido la nacionalidad japonesa a Fujimori, “para protegerlo”. Esta imagen impartida en el mundo, significa un detrimento en la imagen del Japón, y que definitivamente es negativa para los intereses de nuestro país; sobre este hecho, queremos conocer el punto de vista del gobierno.

III.1~3)

En el Perú de antes del gobierno fujimorista, se había venido perdiendo muchas vidas por los actos terroristas; sin embargo, el Sr. Fujimori, luego de asumir la presidencia, reformó la seguridad social con su política anti-terrorista, con la movilización del ejército, policía y el servicio de información. Por otro lado, en lo referente a la Sociedad Internacional, es de nuestro conocimiento que, existen opiniones que señalan aprensión frente a la situación de los DD.HH. del Perú.

Como Estado japonés, el Perú es el primer país del centro y Sudamérica con el que ha establecido relaciones diplomáticas en el año 6 de Meiji, y desde entonces ha venido construyendo una relación de cooperación amistosa y además desde el año 32 de Meiji en que se inicia la primera inmigración al Perú, hasta la actualidad, residen en dicho país un aproximado de más de 80,000 nikkeis, en consideración a estos hechos de contexto, la ayuda para el desarrollo económico se venía realizando incluso desde antes del gobierno fujimorista, y en aras de aliviar los problemas sociales como el de la pobreza, venimos aportando ayuda a dicho país.

Sobre la nacionalidad del Sr. Fujimori, sólo nos hemos atendido a nuestras leyes, y no nos parece que por este hecho nuestro país sufra algún detrimento en su imagen. Por otro lado, como Estado tenemos pensado sin cambios en nuestra política, continuar dando apoyo al Perú para su desarrollo económico y social.

4.- En caso que las investigaciones avancen y que los hechos de violación se demuestren oficialmente, explíquenos, de qué manera piensa el gobierno japonés recuperar su imagen ante el mundo.

III.4)

Nos es difícil contestarle dado que es una pregunta con presunción de una realidad hipotética.

5.- El 28 de Febrero pasado, la Sra. Nelly Calderón, Fiscal General del Perú, ha acusado al Sr. Fujimori por abandono del cargo de presidente ante la Corte Suprema y además tiene conocimientos del avance de las investigaciones sobre el enriquecimiento ilícito del Sr. Fujimori. Hágasenos saber si el gobierno tiene previsto el modo de convencer al Sr. Fujimori de que parta para el Perú por iniciativa propia en aras de las relaciones de amistad Perú-Japón y ante la presión de la crítica internacional antes señalada.

III.5)

Como estado, nos resulta difícil inducir a una persona individual, nacional japonés, a salir del país.

SOBRE EL EX-EMBAJADOR EN TOKYO, SR. VICTOR ARITOMI

1.- Hemos escuchado que el Sr. Víctor Aritomi permanece en el Japón a pesar de haber dejado el cargo de Embajador. Del mismo que, suponemos no tiene la nacionalidad japonesa, aclárenos cuál es actualmente el estatus de estadía del Sr. Aritomi.

IV.1)

El Sr. Víctor Aritomi, permanece en nuestro país como una persona individual luego de finalizar en su cargo de embajador peruano en nuestro país. Sobre el status de estadía del mismo señor, nos abstenemos de contestar por tratarse de un hecho que concierne a la privacidad individual.

2.- Sobre el mismo señor, ¿ha recibido el gobierno algún documento de comunicación sobre su cese en el cargo de embajador, y ha recibido alguna solicitud de cambio de estatus legal de estadía?. De haber recibido, aclárenos cuándo y el contenido de dichos documentos.

IV.2)

Con fecha 19 de diciembre del año pasado, por un comunicado emitido por la embajada peruana en nuestro país, nos fue informado de la conclusión del Sr. Aritomi en sus funciones de embajador; y el mismo mes con fecha 20 la misma embajada nos elevó un escrito pidiendo el cambio de status del mismo señor.

Son las preguntas que formulamos.

El Caso Fujimori y la postura del Japón

(Artículo aparecido en el diario El Comercio el 26/07/2001)

La política del Perú respecto al principio de la solución pacífica de controversias internacionales tiene incidencia en el actual entredicho con Japón por la situación del ex presidente Fujimori.

La posición del Perú respecto a este principio fue condicionada en los últimos cincuenta años por la superada controversia con Ecuador. Veamos cómo.

Desde que Ecuador comenzó a dar señales de renuencia a cumplir el Protocolo de Río de Janeiro de 1942, el Perú privilegió el principio del respeto a los tratados, coherente con su adhesión a la justicia internacional y por tratarse de un principio de primerísima importancia. Paralelamente minimizó el principio de solución pacífica de controversias a fin de evitar un eventual arbitraje.

Fue por esta razón que Perú no ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, porque ésta dispone, en su Artículo 52, la nulidad de los acuerdos firmados bajo coacción, situación que por inexistente jamás se pudo demostrar. Ecuador tampoco la ratificó porque el Artículo 26 de la misma convención obliga el cumplimiento de los tratados en vigor.

Fue así que durante más de 50 años las cancillerías de Ecuador y Perú se enfrascaron en obtener menciones en las resoluciones de los organismos internacionales a los principios de solución pacífica de las controversias y el respeto a los tratados. Una mención al principio de solución pacífica era por iniciativa o con el decidido apoyo ecuatoriano mientras que el principio del respeto a los tratados tenía como mentor al Perú. Fue un ejercicio incansable para ambas diplomacias, cuyo esfuerzo por cierto hubiera podido ser mejor empleado en otros objetivos.

Pero a raíz de la suscripción del Acuerdo de Paz con Ecuador de 1998 algún cambio, si bien limitado, se experimentó en el Perú.

Por lo pronto, ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues la posibilidad de la impugnación por inejecutable o coacción había sido definitivamente desarmada.

Pero nuestra tradicional e infundada renuencia a la solución pacífica de controversias ha quedado en nuestra política exterior como un reflejo condicionado que es preciso eliminar. Por ejemplo, hace pocos meses el Gobierno de Transición ratificó la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Esta Convención tiene una disposición sobre el recurso unilateral a la Corte Internacional de Justicia, es decir el reconocimiento de la competencia obligatoria de la corte en los temas de esta convención. ¿Qué hizo el Perú? Pues reserva de este artículo aduciendo su política tradicional de sólo someter a la corte controversias con su previo consentimiento. Es decir, negó la competencia obligatoria de la corte. El síndrome del Ecuador, por llamarlo de alguna manera, continúa presente en nuestra política exterior que todavía no ha digerido que la cuestión con Ecuador ha concluido y concluido satisfactoriamente.

A la Corte Internacional de Justicia sólo recurren los estados. Pero para que ello suceda, éstos deben estar de acuerdo en someter sus controversias a la corte y marcando una diferencia sustantiva con el derecho nacional donde las personas pueden entablar demanda sin consentimiento del demandado. Por ejemplo, en el caso del asilo de Haya de la Torre, el contencioso fue conocido por la corte, sólo porque Colombia y Perú acordaron someterlo a su jurisdicción.

Existe, sin embargo, una situación en que la corte es de competencia obligatoria, y es cuando los estados hacen una declaración en ese sentido. El Perú, dentro del marco de la modernización de nuestra política exterior, debería formular la declaración que prevé el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para reconocer su competencia obligatoria.

Así podríamos llevar a la corte, sin acuerdo previo, todas las controversias con aquellos países que hayan hecho la misma declaración.

Entre estos países se encuentra Japón con el que nos hemos envuelto, a raíz de la presencia del ex mandatario Fujimori en ese país, en un entredicho que mejor sería resolverlo no por el lado de las presiones o declaraciones que pueden menoscabar nuestras relaciones, sino a través de un proceso judicial, con la garantía y seriedad del más importante órgano de justicia internacional del mundo, pero teniendo presente que la extradición sólo se concede por tratado -que no existe- en reciprocidad que supone el acuerdo de ambos países o por ser parte de un tratado que sancione un determinado crimen que obligue la concesión de la extradición, como en el caso del genocidio o la esclavitud. Por ello, si se llegara a probar, como lo ha sostenido el jurista Javier Valle Riestra, una relación del ex presidente con los genocidios de Barrios Altos o la Cantuta, se abriría un camino a la extradición. La convención sobre genocidio sanciona la autoría, la asociación y la complicidad, y una convención posterior sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que el Perú debería ratificar, sanciona la tolerancia de la autoridad del Estado a la perpetración de este delito.

En este particular caso del genocidio, la competencia de la corte es obligatoria por mandato del propio convenio, suscrito y ratificado por Perú y Japón, que dispone que la persona inculpada debe ser procesada por los tribunales del Estado donde se cometió el delito, obligándose además a conceder su extradición.

No obstante, el Perú, de dar este paso, debe saber bien que todos los elementos de hecho y de derecho sobre este caso serán analizados exhaustivamente por la más alta autoridad judicial del mundo y que, consecuentemente, los cargos deberán estar debidamente probados.

(*) Embajador.

LUIS SOLARI TUDELA (*)

Sobre la extradición del ex presidente Fujimori

(publicado en el diario La República el 10/08/2001)

Por Luis Solari Tudela

La posibilidad de obtener la extradición del ex presidente Fujimori finalmente podría ser decidida por la Corte Internacional de Justicia, un medio de solución pacífica de controversias contemplado en la Carta de las Naciones Unidas.

La posición del Perú respecto al principio de solución pacífica de controversias fue condicionada en los últimos cincuenta años por el superado diferendo con Ecuador, cuando éste comenzó a dar señales de renuencia a cumplir el Protocolo de Río de Janeiro de 1942. A partir de entonces, el Perú privilegió el principio del respeto a los tratados, lo cual era perfectamente comprensible y coherente con su adhesión a la justicia internacional por tratarse de un principio de primerísima importancia. Paralelamente, minimizó la solución pacífica de controversias a fin de evitar un eventual arbitraje.

A pesar de haberse resuelto la cuestión con Ecuador mediante el Acuerdo de Paz de 1998, nuestra tradicional e infundada renuencia a la solución pacífica de controversias ha quedado en nuestra política exterior como un reflejo condicionado que es preciso eliminar. Por ejemplo, hace pocos meses el Perú ratificó la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Esta Convención tiene un dispositivo sobre el recurso unilateral a la Corte Internacional de Justicia, es decir el reconocimiento de la competencia obligatoria de la Corte en los temas de esta Convención. ¿Qué hizo el Perú? Pues reservó este artículo aduciendo su política tradicional de sólo someter a la Corte controversias con su previo consentimiento. Es decir, negó la competencia obligatoria de la Corte. El síndrome del Ecuador, por llamarlo de alguna manera, continúa presente en nuestra política exterior que todavía no ha digerido que la cuestión con Ecuador ha concluido y concluido satisfactoriamente.

A la Corte Internacional de Justicia sólo recurren los Estados. Pero, para que ello suceda, éstos deben estar de acuerdo en someter sus controversias a la Corte, lo que no ocurre con el Derecho Nacional, donde las personas pueden entablar demanda sin consentimiento del demandado. Por ejemplo, en el caso del asilo de Haya de La Torre, el contencioso fue conocido por la Corte, sólo porque Colombia y Perú acordaron someterlo a su jurisdicción. Existe, sin embargo, una situación en que la Corte es de competencia obligatoria, y es cuando los Estados hacen una declaración en ese sentido. El Perú, dentro del marco de la modernización de nuestra política exterior, debería formular la declaración que prevé el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para reconocer su competencia obligatoria. Así podríamos llevar a la Corte, sin acuerdo previo, todas las controversias con aquellos países que hayan formulado la misma declaración. Entre estos países se encuentran Japón, con el que nos hemos envuelto, a raíz de la presencia del ex mandatario Fujimori en ese país, en un entredicho que mejor sería resolverlo, no por el lado de las presiones o declaraciones que pueden menoscabar nuestras relaciones, sino a través de un proceso judicial, con la garantía y seriedad del más importante órgano de justicia internacional del mundo. Además, hay que tener presente que la extradición sólo se concede por tratado ñ que no existesñ, en reciprocidad que supone el acuerdo de ambos países, y es previsible que Japón no acceda a este tipo de acuerdos; o por ser partes de un tratado que sancione un determinado crimen que obligue la concesión de la extradición, como en el caso del genocidio o la esclavitud.

Por ello, si se llegara a probar, como lo ha sostenido el jurista Javier Valle Riestra, una relación con los genocidios de Barrios Altos o La Cantuta, se abriría un camino a la extradición. La Convención sobre Genocidio tipifica como tal a la matanza de grupo, que es lo sucedido en Barrios Altos y La Cantuta, y sanciona la autoría, la asociación y la complicidad; y una convención posterior sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que el Perú debería ratificar, sanciona la tolerancia de la autoridad del Estado ante la perpetración de este delito.

En este particular caso del genocidio, la competencia de la Corte es obligatoria por mandato del propio Convenio, suscrito y ratificado por Perú y Japón, que dispone que la persona inculpada debe ser procesada por los Tribunales del Estado donde se cometió el delito, obligando además a conceder su extradición.

Es previsible que al recibir Japón este pedido, conteste los cargos presentados por el Perú, por lo que la controversia deberá ser definida por la Corte Internacional de Justicia como lo prevé el Tratado sobre Genocidio, por lo que el gobierno, de dar este paso, debe saber bien que todos los elementos de hecho y de derechos sobre este caso serán analizados exhaustivamente por la más alta autoridad judicial del mundo y que, consecuentemente, los cargos deberán estar debidamente probados.

Acusación contra Fujimori, Fiscalía de la Nación:

Gerencia de Relaciones Públicas Nota de Prensa Nro.158- 2001

FISCAL DE LA NACIÓN DENUNCIÓ CONSTITUCIONALMENTE AL EX PRESIDENTE FUJIMORI POR ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La Fiscal de la Nación, doctora Nelly Calderón Navarro, formuló acusación constitucional ante el Congreso de la República contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos de enriquecimiento ilícito, asociación ilícita para delinquir, contra la fe pública y peculado en agravio del Estado, al haberse detectado un desbalance patrimonial de 372 millones 248 mil dólares, entre sus ingresos netos de 961 mil dólares y sus egresos equivalentes a más de 373 millones de dólares, lo que produce dicha irregularidad.

La denuncia comprende también, en calidad de coautores en los delitos de peculado y asociación ilícita para delinquir, a los ex ministros de Economía Jorge Camet Dickman, Víctor Joy Way Rojas, Jorge Baca Campodónico y Efraín Goldenberg Schreiber; de Defensa Tomás Castillo Meza, César Saucedo Sánchez, Julio Salazar Monroe y Carlos Bergamino Cruz y del Interior Juan Briones Dávila y José Villanueva Ruesta, quienes habrían permitido las actividades ilícitas del ex mandatario.

Durante la investigación, se detectó que Fujimori percibió un total de 148 mil soles por sus actividades como mandatario y catedrático cesante de la Universidad Nacional Agraria La Molina. Sin embargo, los estudios de sus hijos demandaron al ex presidente un gasto ascendente a 460 mil dólares. Este monto se dividió en 120 mil dólares para los estudios de su hija mayor Keiko Sofía y 340 mil dólares para cubrir los estudios de sus hijos Sachi, Hiro y Kenyi Fujimori.

Para aparentar solvencia económica que le permitiera justificar el pago de la educación de sus hijos, Fujimori simuló una operación de compra venta de un inmueble ubicado en Surco por un valor de 669 mil 500 dólares. Sin embargo, este dinero habría sido entregado por su ex asesor, Vladimiro Montesinos, a través de operaciones con los bancos Bilbao Vizcaya Argentaria, de Grand Caimán y Continental del Perú. Para solucionar esto, Montesinos elaboraría después varios contradocumentos mediante los cuales el inmueble volvió a propiedad de Fujimori

Se determinó también que Fujimori, a través de su estrecho contacto con la ONG Apenkai, logró utilizar a este organismo como su caja chica mediante el desvío de fondos y donaciones para su propio beneficio. Esta ONG fue creada por Fujimori cuando asumió la presidencia en 1990, con el nombre de "Asociación Perú Shien No Kai" - Apenkai y tenía como finalidad recibir las donaciones del gobierno japonés para obras públicas de asistencia social. Desde el inicio, esta organización funcionaba en el ala este de Palacio de Gobierno, bajo la presidencia de su hermana Rosa Fujimori y de su cuñado Víctor Aritomi, quedando luego al mando del hermano del ex presidente, Pedro Fujimori. Según documentación elaborada recientemente por este último y alcanzada a la Fiscalía de la Nación, no se logró justificar un millón de dólares.

En otro punto de la denuncia, se señala que luego del autogolpe de 1992, el ex presidente Fujimori ordenó a Montesinos la creación de un Fondo de Contingencia, para asegurar el proyecto político de largo plazo que tenía en mente y cubrir de esta manera los gastos que le demandarían las futuras campañas electorales. Este fondo, ascendente a más de 122 millones de dólares, fue creado por Montesinos a través de cuentas bancarias en Suiza y Luxemburgo, con dinero proveniente de las privatizaciones, comisiones de compra de armas y operaciones realizadas en la Caja de Pensiones Militar Policial.

También se establece que el ex embajador del Perú en Japón y cuñado de Fujimori, Víctor Aritomi, y el ex secretario personal del ex presidente, José Kamiya Teruya, manejaron sin control alguno fondos superiores a 4 millones de dólares que eran destinados a obras sociales.

Otro fondo manejado por Fujimori cuyo destino es desconocido lo constituye el referido a la cuenta 0793418 en el Bank of Tokio bajo el nombre de Perú No Kodomo No Kikín (Cuenta por el Bienestar de los Niños del Perú) por más de 12 millones de dólares, que Fujimori abrió en Japón con motivo de

su primer viaje en 1990, al país del sol naciente. Sin embargo, estos fondos solo eran manipulados por el ex mandatario y Víctor Aritomi. Se establece además de Fujimori dispuso la venta de la ropa usada que era donada al Perú para que sea distribuida a través del "Comité de Damas de Apoyo a la Presidencia", no existiendo registro contable de las actividades efectuadas por este organismo.

La denuncia comprende además los 15 millones de dólares entregados por Fujimori en noviembre del año pasado al ex ministro Carlos Bergamino Cruz y un monto de 225 mil dólares que recibió Fujimori en 1993 a través del Banco Do Brasil, cuyo paradero es desconocido.

Se estableció asimismo que el ex presidente recibía cantidades mensuales que oscilaban entre los 300 y 800 mil dólares procedentes del Servicio de Inteligencia. Fujimori remitía periódicamente 800 mil dólares al ex embajador Víctor Aritomi y 500 mil dólares a su hermana Rosa, en cada viaje que ésta última efectuaba al Perú.

Lima, 30 de Octubre del 2001

Gerencia de Relaciones Públicas Nota de Prensa Nro.167 - 2001**FISCAL DE LA NACIÓN DENUNCIÓ A EX PRESIDENTE FUJIMORI Y EX MINISTROS BOLOÑA Y BERGAMINO CRUZ****Por pago irregular de 15 millones de dólares a Montesinos**

La Fiscal de la Nación, doctora Nelly Calderón Navarro, formuló denuncia penal contra el ex presidente Alberto Fujimori y los ex ministros de Economía, Carlos Boloña y de Defensa, Carlos Bergamino Cruz, como presuntos coautores de los delitos de peculado, asociación para delinquir y falsedad ideológica, a raíz de la entrega ilegal de 15 millones de dólares efectuada el año pasado al ex asesor Vladimiro Montesinos, como compensación por los "servicios prestados al país".

La denuncia incluye también al ex presidente del Consejo de Ministros, Federico Salas Guevara en calidad de coautor en los mismos delitos y como cómplice primario en el delito de peculado en agravio del Estado.

La denuncia fue remitida hoy a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En ella se establece que bajo el pretexto de un despliegue urgente de operaciones militares en la frontera con Colombia, a fin de evitar una posible incursión de guerrilleros colombianos a nuestro territorio, el ex presidente Fujimori y los ex ministros Federico Salas, Carlos Boloña y Carlos Bergamino autorizaron mediante Decreto de Urgencia 081-2000, el uso de fondos provenientes del Ministerio de Defensa, hasta por la suma de 69 millones 597 mil soles. Luego y a solicitud de Bergamino Cruz, el Ministerio de Economía autorizó la entrega de 52 millones 500 mil soles al sector Defensa, dinero fue cambiado a dólares (15 millones) y entregado íntegramente al ex asesor Vladimiro Montesinos.

Luego de un mes, en noviembre del 2000, Fujimori le entregó a Bergamino Cruz una maleta con los 15 millones de dólares para que lo devolviese al Tesoro Público, argumentando que era el dinero que habían extraído del sector Defensa, acto que fue ejecutado al día siguiente a través del general Muenta Schwarz y funcionarios del Banco de la Nación y del Ministerio de Economía.

Sin embargo, el dinero entregado por Fujimori a Bergamino Cruz no habría sido el mismo que le dieron a Montesinos, pues según declaraciones del ex asesor, éste fue remitido a sus testaferros Zwit Surit Wasserman y James Stone, para que lo depositaran en sus cuentas en bancos de Suiza, por lo que se presume que el dinero que poseía Fujimori habría sido obtenido de manera ilícita.

Esto fue confirmado durante las declaraciones de ex ministro Bergamino Cruz y del propio Montesinos, donde se conoció que nunca existieron operaciones militares planificadas por las Fuerzas Armadas en la zona de la frontera con Colombia. Por el contrario, los procesados manifestaron que esto habría sido un pretexto de Fujimori para incrementar el "fondo de contingencia" que le iba a servir ante una eventual candidatura en las elecciones del 2005.

La titular del Ministerio Público solicitó el embargo de los bienes de los denunciados, para garantizar de esta manera el pago de la reparación civil a favor del Estado.

Lima, 09 de Noviembre del 2001

Tablas de la jurisprudencia anotada

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Actividades militares y para-militares en Nicaragua.....	10, 11
Affaire de Certains prestamos noruegos.....	10
Affaire de la Convención sobre el genocidio.....	93
Affaire de la Convención sobre la tutela.....	201
Affaire de la Sentencia Arbitral del 23 XI 1906.....	94
Affaire del Derecho de Paso.....	5, 7, 8, 11, 13, 82, 84, 85
Ambatielos.....	16, 131
Anglo-Iranian Oil Co.....	139
Anglo-norwegian fisheries.....	83, 107, 166
Barcelona Traction.....	96, 98, 158, 160, 170, 189, 190, 193
Canal de Corfú.....	186
Ciertos intereses de los ciudadanos americanos en Marruecos.....	170
Condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas.....	157, 161, 162
Derecho de Asilo (Caso Haya de la Torre).....	27, 153, 184
Electrónica Sicula.....	107
Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria.....	10, 98
Interhandel.....	4, 9, 10, 11, 16, 82
Legitimidad del uso de la fuerza.....	17
Lockerbie.....	152, 207
Nottebohm. iii, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 45, 52, 54, 55, 59, 61, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 77, 78, 79, 84, 86, 89, 94, 127, 145, 158, 167, 168, 169, 194, 195.....	96, 131
Plataforma continental de la Mar del Norte.....	158, 159
Sudoeste africano.....	83, 107
Templo de Préah Vihéar.....	

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

Affaire de Groenlandia Oriental.....	94
Affaire de los Decretos de nacionalidad de Tunes y Marruecos.....	20, 80, 81, 155
Affaire de los Faros.....	156
Affaire de los Fosfatos de Marruecos.....	6, 15, 16
Affaire de los Préstamos serbios.....	97
Apelaciones contra ciertas sentencias del Tribunal Arbitral Mixto Húngaro-Cecoslovaco.....	74
Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia polaca.....	131, 165, 186
Compañía de Electricidad de Sofía.....	5
Mavrommatis.....	1, 15, 16
Opinión consultiva sobre la cuestión de la Nacionalidad polaca.....	70
Zonas Francas.....	166, 186

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

Tercer affaire Canevaro.....	40, 41, 42, 43, 44, 51, 53, 82
Yokohama House Tax.....	115

OTROS TRIBUNALES Y COMISIONES MIXTAS

Abdulaziz, Cabales y Balkandi.....	206
Affaire del María Luz.....	46
Agnes Pollock later J. B. Halley.....	32
Baron de Born.....	49
Barthez de Montfort.....	47, 55
Ben Tillet.....	181, 182
Ben Tillett.....	181
Boffolo.....	178, 179, 180, 203, 205, 207

Brignone.....	39, 40, 129
Caso Montijo, USA vs Colombia.....	196
Caso El triunfo.....	164
Caso Ellen Rizpah and the Rising Son, USA vs España.....	196
Caso Öhre.....	85
Caso Petit.....	34
Caso Saghi vs Irán.....	164, 165
Caso Tacna y Arica.....	163
Celebici.....	78
Cestra.....	56
Corvaia.....	114, 115, 116
Daniel Dillon.....	181
Decisión administrativa A 18 Iran-US Claims Tribunal.....	29, 69
Drummond.....	28, 29, 30, 46, 68, 129
Esfahanian.....	60, 61, 62, 67, 71
Flegenheimer.....	59, 60, 81
Fox.....	51
Ganapini.....	59
Golpira.....	62, 63
Graniero.....	58
Hammer y De Brissot.....	34
Hein.....	47
In re Princess Sophia of Albania.....	89
LAFICO.....	205, 207
Lalane Ledour.....	164
Laurent.....	30, 31, 32, 46
Lebret.....	32, 33, 129
Maal.....	177, 178, 204
Mahmoud.....	63
Maninat.....	40, 41, 129
Manuel del Barco y Roque Garate vs. México.....	33
Massiani.....	41, 42, 55
Mathison.....	38, 41, 55
Mazzonis.....	55, 56
Mergé.....	54, 55, 59, 69, 71
Milani.....	40, 45, 55
Oliva.....	180
Orazio de Atellis.....	170
Paquet.....	176, 203
Pinson.....	51, 52, 55, 81
Poggioli.....	40
Primer affaire Canevaro.....	35, 36, 37
Puccini.....	57
Salem.....	53, 129
Salvoni.....	57
Segundo affaire Canevaro.....	37
Spaulding.....	56
Stevenson.....	38, 39, 41, 55
Tellech.....	50, 51
Tucciarone.....	58, 59
Vereano.....	57
White.....	172, 173, 174, 175, 176, 204
Zangrilli.....	56
Zerman.....	171, 172, 181

Bibliografía selectiva

ADVERTENCIA

La bibliografía presentada no tiene por vocación cubrir el conjunto de fuentes empleadas en el presente estudio. Las notas en pie de página contienen las indicaciones necesarias que permiten identificar y ubicar los documentos, artículos y obras citadas.

Libros, tesis y monografías

- ALEXANDROV, Stanimar A. *Reservation in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1995, 176 p.
- BALLENTINE, James Arthur. *Ballentine's law dictionary, with pronunciations*, 3a edición, Rochester, N.Y. 1969, 1429 p.
- BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.
- BASSIOUNI, Cherif, *International extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications INC. NY, 3a Ed., 1996.
- BASSIOUNI C and E WISE, *Aut Dedere Aut Judicare The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, c1995, 340 p.
- BILLOT, Albert, *Traité de l'extradition, suivi d'un recueil de documents étrangers et des conventions d'extradition conclues par la France et actuellement en vigueur*, Paris, E. Plon, 1874, 582 p.
- BISHOP, William W. *International Law: Cases and Materials*, 2a Ed., Boston, Little, Brown, 1962, 964 p.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a Ed., Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 1998, 743 p.
- CAHIER, Philippe. *Le droit diplomatique contemporain*, Paris, Minard, 1962, 534 p.
- CORTEN, Olivier. "L'utilisation du 'raisonnable' par le juge international : discours juridique, raison et contradictions", Bruxelles, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 696 p.
- NGUYEN, Quoc Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET, *Droit international public*, 6e ed., Paris, LGDJ, 1999, 1455 p.
- DE LAPRADELLE, NIBOYET, *Répertoire de droit international*, Paris, Recueil Sirey, 1929-1931, 10 vol.
- DE LAPRADELLE, POLITIS, SALOMON. *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923, 3 vol.
- DEVA BEDI, Satya, *Extradition in international law and practice*, Rotterdam, Bronder-Offset, 1966, 300 p.
- DHOKALIA, R. *The Codification of Public International Law*, Manchester University Press, 1970, 367 p.
- Dictionnaire de droit international public*, bajo la dirección de Jean Salmon, Bruselas, Bruylant, 2001, 1198 p.
- DONNER Ruth, *The regulation of nationality in international law*, 2a ed. Transnational Publishers Inc., Irvington-on-Hudson, New York, 1994, 443 p.

- Encyclopedia of public international law*, / published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; under the direction of Rudolf Bernhardt, Amsterdam, North-Holland 1981-1990, 10 vol.
- FAUCHILLE, Paul. *Traité de droit international public*, Paris, 1922.
- GARCÍA-AMADOR F. V. Louis SOHN y RR BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications 1974, 402 p.
- GEOFF, Gilbert. *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1991, 282 p.
- GERMINY, Edouard de. *Les Conflits de Nationalités devant les juridictions internationales*, Paris, L. Tenin, 1916, 314 p.
- OSSMAN. Ghassan. *The theory and the practice of disguised extradition under international law : with particular reference to English law*, Liverpool, Evans Pub., 1991, 578 p.
- Iran US Claims Tribunal Reports, Cambridge : Grotius, 1983-<1996>, 32 vol.
- JACQUE, Jean-Paul, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, 1972, 511p.
- JOVANOVIC, Stevan, *Restrictions des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988, 239 p.
- KOLB, Robert, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses Universitaires de France, Ginebra, 1a edición, 2000, 756 p.
- KOROWICZ, Marc St. *La souveraineté des États et l'avenir du Droit international*, Paris, Pedone, 1945, 251p.
- LASKER, Bruno, *Les peuples de l'Asie en mouvement: les migrations humaines modernes en Chine, au Japon, aux Indes, en Malaise, etc.*, Payot, Paris, 1946, 200 p.
- LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958, 408 p .
- MARTENS, Charles Baron de, *Le guide diplomatique Précis des droits et des fonctions des agents diplomatiques et consulaires ; suivi d'un traité des actes et offices divers qui sont du ressort de la diplomatie, accompagné de pièces et documents proposés comme exemples*, 4a edición, Paris, Gavelot jeune, 1851, 2 vol.
- MARTIN, Antoine. *L'Estoppel en droit international public : précédé d'un aperçu de la théorie de l'Estoppel en droit anglais*, Paris, A. Pedone, 1979, 384 p.
- PISSILLO MAZZESCHI, Riccardo. "*Due Diligence*" *Responsabilità internazionalli degli Stati*, Milano, A. Giuffrè, 1989, 418 p .
- MEISEL, August Heinrich. *Cours de style diplomatique*, Paris : J.P. Aillaud, 1826, 2 vol.
- MOORE, John Bassett. *History and Digest of International Arbitration*, 6 vol., 1898
- OPPENHEIM, L. *Internacional Law, a Treatise*, 9a ed., Londres, Longman, 1992, Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, editors.
- PARRY, Clive. *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, New York, Oceana publications 1986, 564 p.
- PARRY, Clive. *The Consolidated treaty series* / Edited and annotated by Clive Parry Dobbs Ferry, N.Y. : Oceana Publications, [1969], v. <1-231 >.
- PARRY, Clive. *The Sources and Evidences of International Law*, [Manchester], Manchester University Press, [1965], 122 p
- PENNA MARINHO, Ilmar. *Tratado sôbre a nacionalidade*, Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1956, 3 vol.
- PRADIER-FODERE, Paul Louis Ernest. *Cours de droit diplomatique*, Paris, Durant et G. Pedone-Lauriel, 1881, 2vol.

- ROSENNE, Shabtai. *The law and practice of the International Court of Justice*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1965, 2 vol.
- ROSENNE, Shabtai. *League of Nations Committee of Experts for the progressive codification of international law [1925-1928]*, Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1972, 2 vol.
- ROSENNE, Shabtai. *The time factor in the jurisdiction of the International Court of Justice*, Leyden, A.W. Sythoff, 1960, 86 p.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*, 5. éd [Paris], Dalloz, 1970, 411 p
- SALMON Jean J.A.. *Droit des Gens, Bruxelles* : Presses universitaires de Bruxelles, 4 v.
- SCHWARZENBERGER, Georg. *International Law and Order*, London : Stevens & Sons, 1971, 298 p.
- SCOTT. *Les travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye : recueil de ses sentences, accompagnées de résumés des différentes controverses, des compromis d'arbitrage et d'autres documents soumis à la cour et aux commissions internationales d'enquête avec une introduction de James Brown Scott*, New York, Oxford University Press, 1921, 492 p.
- SHEARER, Ivan Anthony, *Extradition in international law*, Manchester University Press, 1971.
- SKUBISZEWSKI, K. "Les actes unilatéraux des Etats ». *Droit International : Bilan et perspectives*" Paris, Pedone, 1991.
- ULLOA Y SOTOMAYOR, Alberto. *Posición Internacional del Perú*; Lima, 1977.
- ULLOA Y SOTOMAYOR, Alberto, Alberto. *Derecho internacional público*, Madrid, Ediciones Iberoamericanas, 1957, 2 vol.
- WHITEMAN, Digest of international law / prepared by and under the direction of Marjorie M. Whiteman, Washington: Department of state publication, 1963-[1973], 3 vol.
- WHITEMAN Marjorie Millace, *Damages in International Law* Washington: U. S. Govt. Print. Off., 1937, Reprint de Kraus Co, New York, 1976, 2 vol.
- ZEBALLOS, Estanislao Severo. *La nationalité au point de vue de la législation comparée et du droit privé humain ; conférences faites à la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Buenos-Aires*, Paris, L. Tenin, 1914-19, 5 vol.

Artículos de revistas y obras colectivas

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. "La responsabilité international de l'individu", *RCADI* 280, 1999 , pp. 139-428.
- ADINOLFI, Salvatore, "L'Extradition", *RIDP* 5, 1928, pp. 441-446
- ANCEL, Marc. "Les conflits de nationalités. Contribution à la recherche d'une solution rationnelle des cas de multi-nationalité. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé (La Haye, 1937)", *JDIP* (Clunet) 64, 1937, pp. 19-40.
- Annuaire de l'Institut de Droit International, Sesi3n de Varsovia, vol 51-I, 1965.
- BASDEVANT, Jules. "Conflits de nationalités dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905", *RDIP* 5, 1909, pp.41-63.
- BASTID, S. "La d3cision de la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire Flegenheimer (Etats-Unis – Italie)", *AFDI* 5, 1959, pp. 313-333.
- BASTID, Suzanne. "L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice", *RCDIP* 45, 1956, pp. 607-633.
- BENEDEK, Wolfgang. Canevaro Claim Arbitration, *Encyclopaedia of Public International Law*, t. II, pp 41-42.

- BISHOP, Williams W. Nationality of claimant – interpretation of Italian Peace Treaty and Bancroft Nationality Treaty, U. S.- Wütemberg, *AJIL* 53, 1959 pp. 944- 958.
- BLAKESLEY, Christopher L. “The Law of International Extradition: A Comparative Study”, *RIDP* 62, 1991, pp. 381-446.
- BOECK, Charles de. "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *RCADI* 18, 1927, pp. 447-646.
- BOEK, Charles de, "La sentence arbitrale de la Cour permanente de la Haye dans l'affaire Canevaro (3 mai 1912)", *RGDIP* 20, 1913, pp. 317-372.
- BOWET, D. W. “Estoppel before international tribunals and its relations to acquiescence”, *BYBIL* 33, 1957, pp. 176-202.
- BRIGGS, "La Protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations", *AIDI* 51-1, 1965, pp. 5-225.
- BROCHER, Charles. "Rapport sur l'extradition et les commissions rogatoires en matière pénale", *AIDI*, 1879-80, pp 202-265, 1881-82, pp 61-70.
- BROWN SCOTT, James. “The Japanese Law of Nationality”, *AJIL* 10, 1916, pp 367-368.
- BURLET, Jacques de. "De l'importance d'un « droit international coutumier de la nationalité »", *RCDIP* 67, 1978, pp. 305-327.
- C. “The Progress of Codification”, Notes, *BYBIL* 9, 1928, pp 113-114.
- CAHN. De la nationalité japonaise d'après la nouvelle loi du 15 mars 1899, *JDIP* (Clunet) 1899, pp. 735-740.
- CASTRO, Federico de. "La Nationalité, la double et la supra-nationalité, *RCADI* 102, 1961-I, pp. 523-634.
- CHATELAIN, J. "La reconnaissance internationale" in *Mélanges Scelle*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1950 t II, pp. 717-734.
- COLE, D. Draft Code of International Law adopted by the Japanese Branch of the International Law Association and the Kokusaiho Gakkwai (International Law Association of Japan), International Law Association Report of the Thirrtty-Fourth conference (Viena) 1926, London, Sweet and Maxwell, 1927, p. 378.
- CORTEN, Olivier. "L'interprétation du « Raisonnable » par les juridictions internationales : Au-delà du positivisme juridique", *RGDIP* 102, 1998, pp.6-44.
- CORTEN, Olivier. "Motif légitime et lien de causalité suffisant: un modèle d'interprétation rationnel du 'raisonnable'", *AFDI* 44, 1998, pp. 187-208.
- De la protection diplomatique, *AIDI* 51-I, Session de Varsovie, 1965, pp. 151-171.
- De LAPRADELLE, M. "Jurisprudence - Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye, Tribunal d'arbitrage, constitué en vertu du protocole signé à Lima, le 25 avril 1910 entre l'Italie et le Pérou, au sujet de la réclamation des frères Canevaro, 3 mai 1912", *RDIP* 8, 1912, pp. 331-342.
- De VISSCHER, Charles. "Cours général de Droit international public", *RCADI* 86, 1954-II, pp. 449-556.
- De VISSCHER, Paul. "Cours général de droit international public", *RCADI* 136, 1972-I, pp.9-202.
- De VISSCHER, Paul. "L'affaire Nottebohm", *RGDIP* 66, 1956, pp. 238-266.
- DEBBASCH Charles. "La compétence “ratione temporis” de la Cour Internationale de Justice dans le système de la clause facultative de juridiction obligatoire", *RGDIP* 64, 1960, pp. 230-259.
- DINSTEIN, Yoram. “Some Reflections on Extradition”, *GYIL* 36, 1993, pp. 46-59.
- DOMERGUE, J. "Du moyen de rester Allemand en se faisant naturaliser à l'étranger", *JDIP* (Clunet) 39, 1912, pp. 1095-1101
- DUPUY, Pierre-Marie. “Le fait générateur de la responsabilité internationales des États, *RCADI* 188, 1984-V, págs. 9-133.

- EAGLETON, Clyde. Ferment or Revolution? *AJIL* 50, 1956 pp. 916-921.
- Expulsion des étrangers, *AIDI* 12, 1892-94, pp 184-226. Session de Hambourg 1889-92, pp. 272-321. Session de Lausanne, 1888-89, pp. 227-246.
- FENWICK, C. G. "The New Immigration Law and the Exclusion of Japanese", *AJIL* 18, 1924, pp. 518-523.
- FITZMAURICE, G. G. "The Law and Procedure of the International Court of Justice", *BYBIL* 27, 1950, pp. 1-41.
- FRANÇOIS, M. F. P. A. "La cour Permanente d'Arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir", *RCADI* 87, 1955-I, pp. 461-551.
- George Scelle. "Critique du soi-disant domaine de « compétence exclusive »". *RDILC* 14, 1933, pp. 365-394.
- GOODWIN-GILL, "The limits of the power of expulsion in public international law", *BYBIL* 47, 1974-75, pp 55-156.
- GRAWITZ, Madeleine. "Cour International de Justice, Affaire Nottebohm", *AFDI* 1, 1955, pp. 262-281.
- GRIFFIN William L. "International Claims of Nationals of Both the Claimant and Respondent States – The Case History of a Myth", *The International Lawyer* 1, 1966-1967, pp. 400-423.
- GUGGENHEIM, Paul, "La validité et la nullité des actes juridiques internationaux", *RCADI* 74, 1949-I, pp. 195-268.
- HINDMARSH Albert-E., "Le Japon et la paix en Asie", *RCADI* 57, 1936-III, pp.101-198.
- HISASHI OWADA, "Japan and the international community", en *Japan and International Law, Past, Present and Future*, editado por Nisuke Ando, Kluwer Law International, 1999, 420 p.
- HOSOKAWA, Kiyoshi. "Japanese Nationality in International Perspective" en *Nationality and International Law in Asian Perspective*, edited by Ko Swan Sik, Dordrecht, Boston, M. Nijhoff, 1990, 506 p.
- ILUYOMADE, B. O., "The scope and content of a complaint of abuse of right in international law", *HILJ* 16, 1975, pp. 47-92.
- IWASAWA, Yuji. "The Relationship between International Law and National Law: Japanese experiences", *BYBIL* 64, 1993, pp. 333-390.
- JONES, J. Mervyn. "The Nottebohm Case", *ICLQ* 5, 1956, pp. 230-244.
- KASHIWAZAKI, Chikako. "Citizenship in Japan : Legal Practice and Contemporary Development" in *From Migrants to Citizens: Membership in a changing World*, Aleinkoff, T. Alexander y Douglas Klaus Meyer Editores, Washington, D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2000, 514 p.
- KIMURA, Eisaku, "Les problèmes actuels de l'extradition", Informe sobre la extradición en Japón en el X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, *RIDP* 39, 1968, pp.695-698.
- KISS, Alexandre, Abuse of Right, *Encyclopaedia of Public International law* North Holland, 1981, vol VII, pp. 1-5.
- KLEIN, Pierre. "La protection diplomatique des doubles nationaux : Reconsidération des fondements de la règle de non-responsabilité", *RBDI* 21, 1988-I, pp. 184-216.
- KNAPP, Blaise. "Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour International de Justice en matière de nationalité", *ASDI* 17, 1960, pp. 147-178.
- KOROYASU, Kenji. Symposium "Transnational litigation-Part II: Perspectives from the US and abroad – Japan", *The International Lawyer* 18, 1984, pp. 785-787.
- KOSTERS, J. "La nationalité à la Conférence de La Haye pour la codification du Droit international", *RCDIP* 30, 1930, pp. 412-599.
- KOTANI, Tsuruji. "Le Japon et le droit international", *RGDIP* 64, 1960, pp.7-21.

- KUNZ, Josef L. "The Nottebohm Judgement (Second Phase)", *AJIL* 54, 1960, pp. 536-571
- LAUTERPACHT, Hersch. "The Law of Nations and the Punishment of War Crimes", *BYBIL* 21, 1944, pp.58-95.
- LOUIS, Jean-Victor. "L' « Estoppel » devant la Cour International de Justice : Arrêt du 24 juillet 1964 dans l'affaire de la « Barcelona Traction »", *RDIDC* 42, 1965, pp. 212-234.
- LUTZ, Charles. "Du « Congé de Nationalité » dans la législation allemande", *JDIP* 47 (Clunet), 1920, pp. 80-82.
- M. P. "Jurisprudence - Nationalité – Souverain d'un État indépendant – Double nationalité", *JDIP* (Clunet) 54, 1927, pp. 505-506.
- MARCHAL et BILLARD, Editores. "Faits et informations - Japon – Nationalité – Droits et devoirs des sujets japonais", *JDIP* ((Clunet) 23, 1896, pp. 231-233.
- MARESCAUX, Marie Héléne. "Nationalité et statut personnel dans les instruments internationaux des Nation Unies" in *Nationalité et statut personnel, leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, dirigido por M. Verwilghen, Bruxelles, E. Bruylant, 1984, 578 p
- MASSE, Michel. "L'extradition des nationaux", *RSCDPC*, 1994-IV, pp.798-804
- MAURY, Jacques. "Du conflit de nationalités et en particulier du conflit de deux nationalités étrangères devant les autorités et les juridictions françaises" in *Mélanges Scelle*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1950, 2 vol.
- MERCIER, André. "L'Extradition", *RCADI* 33, 1930-III, pp. 171-240.
- MURASE, Shinya. "The Status of Political Refugees in Japan", *ASIL Proceedings*, 1977, pp. 155-159, 168-169.
- NAGAOKA, H. "De la situation juridique des étrangers au Japon", *JDIP* (Clunet) 32, 1905, pp. 1217-1231 ; 33, 1906, pp. 107-115, 1055-1063.
- NANDA, Ved P. "The Law of Extradition in Selected Asian Countries", *RIDP* 62, 1991, pp. 587-605.
- OLIVARES MARCOS, Gustavo Adolfo. "El caso Fujimori ante el Derecho internacional y el Derecho japonés sobre nacionalidad", *Cátedra*, Lima, 2001.
- PARRY, Clive. The duty to Recognise Nationality Laws in *Fetsgabe Fûran Makarov Völkerrecht*, pp 337-368.
- PINTO, Roger. "Chronique de la jurisprudence de la cour internationale de justice, Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906" *JDIP* 88 (Clunet), 1961, pp. 1178-1199
- PINTO, Roger. "Les problèmes de nationalité devant le juge international, à propos de l'affaire Flegenheimer", *AFDI* 9, 1963, pp. 361-375.
- POLITIS, Nicolas-Socrate, "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *RCADI* 6, 1925-I, pp.5-121.
- PRADIER-FODÉRE, P. "De la condition légale des étrangers au Pérou", *JDIP* (Clunet) 5, 1878, pp.345-368, 577-595 ; 6, 1879, pp.41-53, 250-270.
- PUENTE EGIDO, J. "L'extradition en droit international: Problèmes choisis", *RCADI* 231, 1991- IV, pp. 13-260.
- REEVES, J.S. "Japanese draft code of international law", *AJIL* 20, 1926, pp. 767-768.
- REEVES, Jesse. "Progress of the work of the League of Nations Codification Committee", *AJIL* 21, 1927, pp. 659-667.
- RENAULT, Louis. "Rapport sur l'extradition", *AIDI*, 1881-82, pp. 70-102.
- REUTER, Paul. "Principes de Droit international public", *RCADI* 103, 1961-II, pp. 429-656.
- REZEK F. "le Droit international de la nationalité" *RCADI* 198, 1986-III, pp. 337-400.

- REZEK, José Francisco. "Reciprocity as a basis of extradition", *BYBIL* 52, 1981, pp. 171-203.
- RIPERT, Georges, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du Droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale)", *RCADI* 44, 1933-II, pp.569-664.
- ROLIN, Alberic, "Quelques questions relatives a l'extradition", *RCADI* 1, 1923, pp. 181-227.
- ROLIN, Henri, "Les Principes de droit international public", *RCADI* 77, 1950-II, pp. 309-479.
- ROLIN-JAEQUEMYNS, Informe a la octava comisión del IDI sobre expulsión de extranjeros, sesión de Lausana, *AIDI* 1888-89.
- ROSENNE, Shabtai. "The Perplexities of Modern International Law, General Course on Public International Law", *RCADI* 291, 2001, pp. 13-471.
- ROUX, Jean-André. "L'entraide des États dans la lutte contre la criminalité", *RCADI* 56, 1931 – II, pp. 81-181.
- SALMON, Jean. "Le concept de raisonnable en droit international public" in *Mélanges Reuter*, Paris, Pedone, 1981.
- SALMON, Jean. L'intention en matière de responsabilité internationale in *Mélanges Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp 413-422.
- SCHULTZ, Hans, "Rapport général provisoire sur la question IV pour le X Congrès de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome" *RIDP*, 39, 1968, pp. 785-827.
- SOREL, Jean-Marc. "Les ordonnances de la Cour internationale de justice du 14 avril 1992 dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et de l'application de la Convention de Montréal 1971 résultant de l'incident" Lockerbie, *RGDIP* 97, 1993, pp. 689-726.
- SWART, Bert. Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition, *NYIL* 23, 1992, págs. 175 – 222.
- VENTURINI, Gian Carlo. "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États", *RCADI* 112, 1964-II, pp. 367-467.
- VERDROSS, Alfred. "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI* 37, 1931-III, pp. 327-412.
- VIEIRA, Manuel Alonso. "L'évolution récente de l'extradition dans le continent Américain", *RCADI* 185, 1984-II, pp. 155-380.
- VILLARY, Michel. "Le champ opératoire du règlement judiciaire international", *RGDIP* 87, 1983, pp. 281-314.
- von BAR, L. "L'expulsion des étrangers", *JDIP* 13, 1886, pp. 5-16.
- W. "Des ambiguïtés de la dénationalisation allemande", *JDIP* (Clunet) 43, 1916, pp. 69-72.
- WANG, Dominique T. C. « Nationalité et statut personnel dans le droit de la nationalité chinoise et japonaise » in *Nationalité et statut personnel, leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, dirigido por M. Verwuilghen, pp. 281-308.
- WANG, Dominique T. C. A propos de la nouvelle loi japonaise sur la nationalité, *JDIP* (Clunet) 119, 1992-I, pp. 47-70.
- WATTS, Arthur, Sir. "The legal position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers", *RCADI* 247, 1994-III, pp. 13-130.
- WINTENBERG, Joseph-C. "La théorie des preuves devant les juridictions internationales", *RCADI*, 1936-II, pp. 5-105.
- ZVONKO R. Rode. "Dual nationals and the doctrine of dominant nationality", *AJIL* 53, 1959, pp. 139-144.

Internet

- ANDERSON, Kent, "An Asian Pinochet?-Not Likely: The Unfulfilled International Law Promise of Japan's Treatment of Former Peruvian President Alberto Fujimori", 38 *Stanford J. Int'l L*
- CONAGHAN, Catherine M. "Making and Unmaking Authoritarian Peru: Re-Election, Resistance, and Regime Transition", *The North-South Agenda*, Papers • Forty-Seven May 2001.
- DUVALL Wendy. "The Case Against Fujimori", *Case Western Reserve Journal of International Law* 34, No 2.
- Far Eastern survey, Vol 4, N°6, Mar. 27, 1935.
- FUJIMORI Alberto, "La Doble nacionalidad", Tokio 12 de octubre del 2001.
- FUJIMORI, Alberto, *Dos años después de mi renuncia*.
- FUJIMORI, Alberto, *Mensaje al pueblo peruano. A los fujimoristas, a un año de la persecución*.
- LAUSENT-HERRERA, Isabelle, "Le parcours difficile de la communauté japonaise au Pérou", *Problèmes d'Amérique Latine* 97, N. D. N° 4916.
- LAUSENT-HERRERA, Isabelle. "L'émergence d'une élite d'origine asiatique au Pérou", *C. M. H. L. B. Caravelle* 67, 1997, pp 127-153.
- LAUSENT-HERRERA, Isabelle. "La Presencia japonesa en el eje Huanuco-Pucallpa entre 1918 y 1982", *Revista Geográfica*, N° 107, México, 1989.
- LAUSENT-HERRERA, Isabelle. "Les Asiatiques au Pérou: Les rendez-vous des communautés asiatiques avec l'histoire du Pérou", *Espaces latinos*, juin-juillet 1997.
- LAUSENT-HERRERA, Isabelle. *Pasado y presente de la comunidad japonesa en el Perú*, Collection Minima, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 1991
- MCCUSKER, Paul D. "The Case of Alberto Fujimori, Dual National", *International Law North Carolina Bar Association* 12, 2002, pp 5-7.
- NORMANO, J. F. *Japanese Emigration to Brazil*", *Pacific Affaires*, vol. 7, N° 1.
- PLACHTA, Michael, *The Lockerbie Affaire: When Extradition fails, are the United Nations sanctions a solution? (The role of the Security Council in the enforcing of the rule Aut Dedere Aut Judicare*
- PLACHTA, Michael. *Contemporary Problems of Extradition: Human Rights, Grounds for refusal and the Principle Aut Dedere Aut Judicare*
- PORTER, Catherine. "Japan's "penetration" of Latin America", *Far Eastern Survey*, Vol 4, N° 10, 05/1935.
- RENSHON, Stanley A. *Dual Citizenship and American National Identity*, Center for Immigration Studies
- SEVERINO H. GAÑA, Jr. *Extradition and Legal Assistance: The Philippine experience*
- SPIRO, Peter J. Dual Nationality and the Meaning of Citizenship, *Emory Law Journal* 46, 1997, <http://els413.law.emory.edu/ELJ/volumes/fall97/spiro.html>
- GLASGOW, Karen A. *The Extradition of a Head of State*.
- VARGAS LLOSA, Mario, *Los Patriotas*, *Caretas* 1477.