

Capítulo tercero

NACIONALIDAD DEL BUQUE: LA LEY DEL PABELLÓN

I. Aproximación	131
II. Nación, Estado y nacionalidad	132
1. Nación	132
2. Estado	134
3. Nacionalidad	136
III. La institución de la nacionalidad frente a las personas jurídicas y las cosas	141
1. Nacionalidad y personas morales	141
2. Nacionalidad y cosas	143
IV. Naturaleza jurídica del vínculo Estado-buque: nacionalidad y “Ley del Pabellón”	147
V. Nacionalidad y libertad de navegación	151
VI. Otorgamiento y uso del pabellón	155
1. Otorgamiento	155
2. Uso	160
3. Consecuencias del otorgamiento del pabellón	161
VII. La nacionalidad del buque en el derecho comparado	162
1. Inglaterra	163
2. Francia	163
3. Italia	164
4. España	165
5. Argentina	165
6. Derecho internacional	166
A. Convención de Jamaica de 1982	166
B. Convención de Ginebra de 1986	167
VIII. Antecedentes legislativos nacionales	168
1. Ordenanzas de Bilbao	169
2. Códigos de Comercio (1854, 1884 y 1889)	169
3. Ley de Vías Generales de Comunicación	169
4. Ley de Navegación y Comercio Marítimos	170
IX. Problemas complejos de nacionalidad	170
1. Doble bandera	170
2. Buques sin nacionalidad	172
3. Doble registro en el arrendamiento a casco desnudo	172
4. Banderas de conveniencia	173
5. Usurpación del pabellón	176

Capítulo tercero

NACIONALIDAD DEL BUQUE: LA LEY DEL PABELLÓN

I. APROXIMACIÓN

Ya en el capítulo que antecede hemos enunciado el vocablo “*nacionalidad*” dentro de aquellos elementos que individualizan al buque como entidad física y jurídica independiente de los elementos que la conforman.⁴⁰³

En el presente apartado intentaremos recoger algunos de los debates y las soluciones que la doctrina internacional ha ofrecido a cuestiones tan complejas como la nacionalidad en su sentido genérico, el problema de atribuir una nacionalidad a las personas morales y a ciertas cosas, la naturaleza del vínculo jurídico Estado-buque, el vínculo Estado-buque en relación al propietario y a la empresa naviera, las consecuencias jurídicas de tal vinculación, el fenómeno de las banderas por conveniencia y el doble registro, los buques carentes de nexo a un Estado y, por último, la usurpación del pabellón.

No es arbitrario el que dediquemos un espacio propio al análisis de los temas relativos a la nacionalidad, por el contrario, debemos señalar que si bien es cierto que el buque es el objeto central del derecho de la navegación, también lo es que todo un cúmulo de relaciones jurídicas se crean en torno a él: una de ellas es la relación del buque como ente físico-jurídico con un Estado nacional.

Las consecuencias de descubrir la naturaleza jurídica de esta relación, tal vez la más relevante de todos los ligamientos del buque, nos llevará a jerarquizarlo por su realidad misma. En efecto, si bien la teoría general de la ficción jurídica coadyuva a los distintos sistemas de derecho a construir instituciones que no tienen existencia en sí mismas, resulta in-

⁴⁰³ Cfr. con el capítulo que antecede, así como con el párrafo 3o. del art. 67 de nuestra Ley de Navegación.

dispensable ensayar una aproximación a la realidad de las cosas y no a una invención genial del intelecto humano.

El iusinternacionalista mexicano Alejandro Sobarzo ha esbozado ya el problema de la nacionalidad de los buques al indicar que la idea de que estos cuenten con tal atributo ha suscitado una marcada oposición entre cierto sector de la doctrina.⁴⁰⁴

Así pues, a pesar de que la importancia de reconocer el vínculo jurídico existente entre Estado y buque es ya prácticamente insoslayable, si se han generado, en cambio, diversas posturas en cuanto a la admisión o no de predicar la nacionalidad de algo que, pese a su relevancia económica y jurídica, no deja de ser sólo una cosa.

Es con estos antecedentes que intentaremos encuadrar las cuestiones arriba expresadas, tanto en el desarrollo de nuestro derecho de la navegación como en aquellos otros que han influido el devenir internacional de nuestra disciplina.

II. NACIÓN, ESTADO Y NACIONALIDAD

Es imposible ahondar en el estudio de la nacionalidad, sin antes concretar algunas nociones que nos den luz sobre la realidad sustantiva que la antecede: la nación, así como sobre el receptáculo político-jurídico de aquella: el Estado.

1. Nación

El concepto de nación⁴⁰⁵ —explica el constitucionalista mexicano Jorge Carpizo—⁴⁰⁶ ciertamente no se determina por la raza, el idioma o la geografía, aunque son factores importantes en la construcción del sentimiento nacional, así como lo es la conciencia de un pasado común. Así —sigue—, en la idea de nación se encuentra el pensamiento de fidelidad

⁴⁰⁴ Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, pp. 319 y ss. Nadie niega —apunta el autor—, la importancia que tiene el pabellón y las consecuencias que de ahí emanan, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

⁴⁰⁵ Del latín *natio-onis*: conjunto de personas que tienen una tradición común.

⁴⁰⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, México, 1994, p. 2171.

no solamente al Estado sino a otros valores como los de carácter cultural.⁴⁰⁷ Tras reflexionar sobre los elementos que de modo factible se pueden integrar a un suficiente concepto de nación,⁴⁰⁸ Carpizo ensaya el siguiente: “Grupo de hombres, generalmente grande, unido por sentimientos de solidaridad y de fidelidad que ayudan a crear una historia común, y por datos como la raza, la lengua y el territorio, y que tiene el propósito de vivir y de continuar viviendo juntos en el futuro”.

A pesar de que la construcción de la noción transcrita resulta sólida al análisis de la realidad, no podemos dejar de apuntar que los estudiosos de otras ciencias han intentado, como los juristas, dar con la precisión de un vocablo que es en definitiva intrínsecamente multívoco.

El iusinternacional-privatista, Leonel Pereznieto,⁴⁰⁹ expone algunas de las nociones que a lo largo de los siglos tanto las ciencias como la filosofía, la sociología o la antropología misma han fraguado. Veamos algunas:

- *Juan Jacobo Rousseau*: la nación no es constituida por una comunidad de raza, de idioma o de historia, sino por su determinación de permanecer unida y alcanzar ciertos objetivos comunes.
- *Manuel García Morente*: nación es aquello a que nos adherimos, por encima de la pluralidad de instantes en el tiempo; hay algo común que liga pasado, presente y futuro en una unidad de ser, en una homogeneidad de esencia.
- *Pascual Estalísnao Mancini*: nación es una sociedad natural de hombres, creada por la unidad de un territorio, de costumbres y de idioma, formada por una comunidad de vida y de conciencia social.

⁴⁰⁷ Para Ortega y Gasset —culmina Carpizo (*ibidem*)—, lo que individualiza el concepto nación, es el futuro común, el pensamiento de que la nación debe seguir existiendo, que debe continuar teniendo una proyección para el futuro.

⁴⁰⁸ Jorge Carpizo, como constitucionalista e historiador del derecho, señala que la Constitución mexicana de 1917, se refiere —en principio— en 26 ocasiones al término *nación*, vocablo que a su parecer, es empleado en dos distintas acepciones: como sinónimo de la unidad del Estado federal, de México y de la república; como sinónimo de federación, entendiendo este término como uno de los dos órdenes jurídicos que se derivan de la Constitución del país (UNAM, III, *op. cit.*, pp. 2171 y 2172).

⁴⁰⁹ Pereznieto, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, México, Editorial Harla, 1994. Para este destacado jurista mexicano, el concepto de nación, en términos generales, está referido a un grupo de individuos que hablan el mismo idioma, tienen una historia común y pertenecen, en su mayoría, a una misma raza.

Otras voces autorizadas ofrecen igualmente sus conceptos:⁴¹⁰

- *Ernest Renán*: voluntad de vivir juntos; el plebiscito de todos los días.
- *Albertini y Rossillo*: la idea de nación tiene la función de crear y mantener una conducta de fidelidad de las personas hacia el Estado. Así, la nación es la ideología de un tipo de Estado, del Estado burocrático y centralizado.

Como podemos observar, todos los conceptos aludidos, pese a sus diferencias formales, se ubican en un contexto de tipo sociológico y no jurídico; la nación es una comunidad material, cultural, axiológica, voluntariamente continuada en el tiempo por un pacto tácito de sus integrantes que, día a día, optan por mantenerse unidos, vinculando sus realidades de modo solidario para lograr juntos el bien común.

2. Estado

Así pues, como comunidad diferenciada de las demás, la nación puede —de modo homogéneo— conformar un Estado⁴¹¹ o bien, distintas naciones por mecanismos de cohesión, que a veces violentos, pueden también dar existencia a otra realidad, pero ya no de naturaleza sociológica sino más bien jurídica: el Estado.

Rolando Tamayo y Salmorán, sin duda uno de los más grandes constitucionalistas de nuestro país, ha dicho con toda certeza que el concepto de Estado y lo que ello significa, han dado origen a las más importantes cuestiones debatidas en la filosofía política;⁴¹² el Estado —afirma—, no es una mera realidad natural, sino que constituye un conjunto de funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política.

El Estado —explica de modo contundente Tamayo y Salmorán—, crea derecho, aplica una Constitución; el Estado contrata, representa a sus nacionales, tiene jurisdicción, ejecuta sanciones; el Estado celebra trata-

⁴¹⁰ *Diccionario Jurídico...*, op. cit., pp. 2171 y ss.

⁴¹¹ Del latín: *status*.

⁴¹² *Diccionario Jurídico...*, op. cit., p. 1320. Cfr. también con la obra del mismo autor: *Introducción al Estudio de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989.

dos, es sujeto del derecho internacional; el Estado, en suma, es titular de derechos y obligaciones.⁴¹³

Al igual que al hablar del concepto de nación, demos espacio al compendio de reflexiones que Leonel Pereznieto practica respecto de la doctrina internacional, al referirse ahora al concepto de Estado:⁴¹⁴

- *Lawrence Krader*: el Estado es el receptor de la evolución cultural de una determinada sociedad. Un estadio de evolución de dicha sociedad a partir del cual los nexos primitivos del grupo social dejan de contar, al menos con la misma intensidad, por lo que se pasa a considerar a otros de carácter más objetivo, como el vínculo jurídico, que es el elemento esencial para que se conforme el Estado.⁴¹⁵
- *Bluntschli*: la sociedad y el Estado son diferentes. Mientras ésta carece de una voluntad colectiva, de un poder político, de un orden jurídico y de un gobierno, para el Estado estos elementos son sus partes constitutivas y sus funciones específicas.⁴¹⁶
- *Robert Howie*: existe una constante en la historia de la evolución cultural del hombre: Todos los agrupamientos sociales logran con el tiempo una identificación cultural y forman una asociación que a la postre encuentra su expresión en el Estado.⁴¹⁷

Como puede apreciarse, las notas comunes al Estado son, a diferencia de aquellas referentes al concepto de nación, las de objetividad, juridicidad, funcionalidad, etcétera. En efecto, el Estado se manifiesta como una entidad constituida por una o más naciones, que en armoniosa conjunción de territorio, pueblo, gobierno y orden jurídico, acoge la idiosincrasia, cultura y axiología de sus sujetos integrantes, para con ello

413 Por ello —concluye el constitucionalista mexicano— las teorías que ven en el Estado sólo los aspectos naturales, no pueden explicar la unidad, la jurisdicción, la personalidad ni la representación del Estado (*idem*, p. 1231).

414 Pereznieto, Leonel, *op. cit.*, pp. 32 y ss,

415 Dicho vínculo jurídico —agrega Krader— tiene un primer reflejo en la nacionalidad de los miembros que integran la sociedad constitutiva del Estado.

416 Así —delimita Bluntschli—, el proceso de desarrollo va desde la formación de la sociedad hasta su inserción en el Estado, y al fundirse en este último la voluntad colectiva de los individuos, se le da una vida independiente.

417 El Estado como entidad cultural —concluye Howie— determina la nacionalidad de dicha asociación.

esbozar y llevar a la práctica, un proyecto único de nación, que responda a las características de tales sujetos.⁴¹⁸

Tamayo y Salmorán —por último— expresa con toda propiedad la esencia del Estado, al sostener que si quitáramos los elementos normativos del conglomerado que constituye el *sustratum* de una comunidad política, lo único que tendríamos sería un agregado de individuos. Sin embargo —advierte el autor—, si quisiéramos ver en ese conglomerado o en ese agregado de individuos “dominio”, “legitimidad”, “autoridad”, esto sólo es posible si entendemos al carácter normativo que supone el Estado.⁴¹⁹

3. Nacionalidad

Hemos repasado los conceptos de nación y Estado, pues sólo a partir de ellos es que se logra construir una idea seria de nacionalidad, que si bien es al igual que las otros dos, multívoca por naturaleza, es también la base para intentar vislumbrar la realidad existente entre el Estado y el buque como objeto central del derecho de la navegación.

La dificultad para integrar un concepto de nacionalidad ha sido denunciada de modo sistemático por la doctrina internacional. Así, la iusinternacional-privatista española Elisa Pérez Vera reconoce el problema al afirmar que tal noción tiene un carácter multívoco que dificulta su concreción. Sin embargo, cuenta para ello con una explicación: dado que el principio de las nacionalidades no ha logrado la plena realización del ideal del Estado como organización político-jurídica de toda nación, hay que mantener la distinción entre la nacionalidad de hecho y de derecho, o bien, entre la acepción jurídica y la acepción política o sociológica de la nacionalidad.⁴²⁰

⁴¹⁸ Explica el prestigiado iusinternacional-privatista, J. P. Niboyet, la importancia de no confundir el Estado con la nación. Así —dice—, aunque estos dos conceptos puedan, a veces coincidir, no siempre ocurre así. Una nación, en derecho, no es un Estado; por consiguiente, el Estado es el único que puede ejercer en las relaciones internacionales la autoridad política, la autoridad soberana. El Estado es pues, en cierto modo, la expresión jurídica de la nación cuando ésta ha sido reconocida internacionalmente (Niboyet, J. P., *Principios de derecho internacional privado*, México, edit. Nacional, 1965, pp. 77 y ss. traducida y adicionada con legislación española por Andrés R. Rambn).

⁴¹⁹ Son las normas jurídicas —concluye el constitucionalista mexicano— las que convierten el comportamiento de los miembros de la comunidad en un problema de razón práctica: en un conjunto de criterios que señalan qué hacer, establecidos por ciertas instancias que no son otras, sino los órganos del Estado.

⁴²⁰ Pérez, Elisa, *Derecho internacional privado*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1990, t. 1, p. 167.

Si de las ideas de nación y de Estado recordamos diversas construcciones conceptuales, regidas en ocasiones por elementos discordantes, el término de la nacionalidad, como vocablo derivado, nos lleva a distinguir otros tantos ensayos, orientados desde distintos puntos de vista. Veamos entonces algunos intentos por describir el instituto de la nacionalidad:

- *J.P. Niboyet*: la nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado. La nacionalidad ha de considerarse siempre desde el punto de vista puramente político, de la conexión de los individuos con un Estado determinado.⁴²¹
- *Eduardo Trigueros*: la nacionalidad es el atributo que señala a los individuos como integrantes, dentro del Estado, del elemento social denominado pueblo.⁴²²
- *Hans Kelsen*: la nacionalidad es una institución común a todos los órdenes jurídicos nacionales modernos. La existencia de un Estado depende de la de los individuos que se hallan sujetos a su orden jurídico. La existencia de nacionales no determina la del Estado. El orden jurídico nacional hace de la nacionalidad un determinado estatus, del cual resulta un condicionamiento a determinados deberes y un goce de ciertos derechos. Así, si la naturaleza de la nacionalidad consistiera en la sujeción a ciertas obligaciones y en la posesión de determinados derechos o facultades, debería anotarse que tales obligaciones o privilegios no son esenciales al orden jurídico que se designa como Estado.⁴²³
- *Henri Batiffol*: la nacionalidad se define como la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado.⁴²⁴

421 Niboyet, J. P., *op. cit.*, p.77.

422 Perezniето, Leonel, *op. cit.*, p. 32. Al compendiar una serie de conceptualizaciones sobre la nacionalidad, el autor estima que, según Trigueros, fuera del Estado no puede conocerse ni definirse jurídicamente la nacionalidad.

423 *Idem*, p. 33. Perezniето juzga que según el concepto del prestigiado jurista sajón, la nacionalidad sería una condición que, establecida entre el individuo y el Estado, fijaría sus derechos recíprocos.

424 Leonel Perezniето al explicar la tesis de su maestro, Henri Batiffol, expresa que ese autor presupone la existencia de un Estado como requisito indispensable para que el concepto de nacionalidad pueda originarse. Con ello, la nacionalidad sólo puede determinarse de modo jurídico, con lo que el autor no alude a otros elementos de carácter sociológico, tales como los culturales, sociales, históricos, lingüísticos, etc. (*ibidem*).

- *Lerebours-Pigeonnière*: la nacionalidad se define como la calidad de una persona en razón de su nexo político y jurídico que la une a un Estado, del cual ella es uno de los elementos constitutivos.⁴²⁵
- *Hauriou*: la nacionalidad implica, ante todo una “mentalidad” creada por la confluencia de uno o varios factores (historia, raza, lengua, religión, condicionamientos geográficos u otros) con los que, no obstante, no se identifica de modo necesario.⁴²⁶
- *Pérez Vera*: la nacionalidad de derecho, se configura como el vínculo existente entre la organización estatal y el individuo que permite identificarle como miembro de su población.⁴²⁷

Como se puede observar, alguna de las definiciones ofrecen un contenido de tipo sociológico mientras que otras se centran en lo jurídico. En efecto, Laura Trigeros, al analizar diversas nociones sobre nuestro punto de estudio establece con claridad el problema: desde el punto de vista sociológico, la nacionalidad es el vínculo que une a un individuo con un grupo en virtud de diversos factores: la vida en común y la conciencia social idéntica. Ahora bien, la coincidencia entre tal concepto y el jurídico —expuesto en las diversas nociones anteriores— en la realidad de un Estado, supone cohesión interna y fuerza.⁴²⁸

Sin pretender agotar la —nada fácil— cuestión de la nacionalidad en general, sí reconocamos que como toda figura jurídica emanada de factores históricos y culturales, como fuente real de creación de derecho, ha tenido un devenir conceptual a lo largo del tiempo. De modo, entonces, que los antecedentes romanos son lógicamente distintos a los de la Revolución francesa de 1789, y estos también han sido matizados por nuevas ideas recogidas en tratados internacionales que estructuran ya el derecho de la nacionalidad.⁴²⁹

425 Entre los elementos que la definición ofrece se encuentran: la nacionalidad sólo puede otorgarla un Estado soberano; esto es, un Estado en el sentido del derecho internacional; el individuo que la recibe, ya que toda persona física es un sujeto capaz de recibir una nacionalidad, que es incluso un derecho fundamental de la persona; el nexo que se establece entre ambos; nexo que obedece a factores históricos, necesidades del Estado y consideraciones de orden internacional (*idem*, pp. 33 y 34).

426 Pérez, Elisa, *op. cit.*, p. 157.

427 *Ibidem*.

428 *Diccionario Jurídico...*, *op. cit.*, pp. 2173 y ss.

429 Como por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. En esa declaración, se recogen dos principios generales respecto al tema, que de algún modo ya habíamos señalado y que nos serán de utilidad al analizar el vínculo jurídico entre el

Ahora bien, para completar este breve apartado introductorio sobre el tópicus de la nacionalidad, resulta necesario también hacer algunas distinciones que la doctrina internacional y los sistemas positivos han generado a partir de la nacionalidad y la ciudadanía.⁴³⁰

La distinción —según expone el maestro Leonel Pereznieto— deviene naturalmente del seno del derecho romano:⁴³¹ el origen de una persona se adquiría por el nacimiento en un determinado lugar y por el vínculo con el padre cuando se trataba de hijos nacidos *iustae nuptiae*; el concepto del *origo*, resultaba entonces una calidad adquirida de la persona que no perdía aunque mudara de residencia de su lugar de origen. En cambio —sigue el jurista mexicano— dicha persona podía adquirir la ciudadanía del lugar en donde hubiese decidido establecerse. Así pues, tanto antes como ahora, del *origo* se desprenden vínculos de la persona con respecto al derecho que le es aplicable para regir sus relaciones de parentesco, capacidad para heredar, y todo aquello que regule el derecho civil; en cambio, de su residencia se desarrollan derechos distintos que configuran su ciudadanía, como el derecho a sufragar o bien a ocupar funciones públicas.

Ahora bien, los conceptos apuntados, no son sino producto de teorías que respecto de la naturaleza del vínculo de la nacionalidad se han desarrollado. Por un lado, la contractualista, que supone un pacto entre el Estado y el individuo; por otro, y la unilateralista que considera al Estado como único determinante de la relación establecida.⁴³²

Hasta aquí hemos llegado cuando menos a reconocer que, dentro del concepto multívoco de “nacionalidad”, existen dos grandes sectores conceptuales: los sociológicos y los jurídicos. Respecto a los primeros, derivados de factores etnológicos, sociales, culturales e históricos no ahondaremos más, pues ello no nos llevará a desentrañar el problema en relación a las embarcaciones.

Estado y el buque, nos referimos a: todo individuo debe poseer nacionalidad; no debe poseer más de una (*cf.* con Pereznieto, *op. cit.*, pp. 34 y ss.).

⁴³⁰ La distinción no es de modo alguno teórica; sino que deriva del propio texto de nuestra Constitución Política Federal: art. 30 vs art. 34.

⁴³¹ Pereznieto, Leonel, Comentarios en torno al proyecto constitucional sobre la doble nacionalidad en México; XIX Seminario de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Guajalajara.

⁴³² *Diccionario Jurídico...*, *op. cit.*, pp. 2173 y ss.

Sin embargo, el concepto jurídico sí es relevante para luego oponerlo a la situación del buque. Pues bien explica Laura Trigueros que en el concepto jurídico de nacionalidad pueden distinguirse varios elementos: el Estado, a quien corresponde establecer el vínculo soberano y el que es sujeto de derecho internacional;⁴³³ así como el sujeto, elemento a quien se le atribuye tal vínculo con el Estado del cual es soberano.

En nuestro país, la adquisición y pérdida de la nacionalidad, como resultado de una serie de consideraciones de nuestra historia patria, se consagra en los artículos 30 y 37 de la Constitución Federal;⁴³⁴ su regulación por una ley ordinaria se establece —en nuestros días— por la Ley de Nacionalidad de junio de 1993.⁴³⁵

Pues bien, las ideas generales brevemente ensayadas en este apartado nos serán de utilidad para enfrentar la cuestión de la nacionalidad, como atributo jurídico, ya no de las personas físicas, situación ampliamente superada, sino de las personas morales e incluso de cosas, como los buques o las aeronaves.

433 Así, los Estados miembros de un sistema político complejo, como es una federación, no pueden —en principio— atribuir nacionalidad. Esa afirmación de la jurista mexicana (*op. cit.*, p. 2173) cobra realidad en nuestro sistema constitucional. En efecto, el art. 73, fr. XVI de nuestra Constitución Federal, otorga expresamente al Congreso de la Unión, facultades para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración...

434 La atribución de la nacionalidad en nuestro sistema constitucional, ha optado por la combinación de los dos grandes sistemas tradicionales: el del *ius sanguinis* y el del *ius soli* (art. 30). Al comentar la norma suprema, Laura Trigueros considera sus términos como muy amplios, con lo que se reconoce cualquier tipo de vínculo para atribuir nacionalidad, sin establecerse limitación de ninguna clase (*op. cit.*, p. 2175). Leonel Perezniето, ha practicado una breve semblanza histórica respecto a la nacionalidad mexicana, y sus factores sociológicos y jurídicos, que finalmente llegarían a afectar a través de las fuentes reales e históricas de creación del derecho, la consagración básica de los principios sobre la nacionalidad en nuestra carta fundamental. Así, entre los principales documentos que han dado origen a la sistematización de la nacionalidad en nuestro país se encuentran —describe Perezniето—: Elementos constitucionales, de López Rayón, 1811; *Sentimientos de la Nación*, de Morelos, 1813; Plan de Iguala de 1821 en el que ya se establece el principio de una “nacionalidad americana” primero y de una “nacionalidad mexicana” después; nuestras constituciones políticas consagraron los preceptos relativos también: la de 1824, 1857 y la vigente contienen esencialmente los mismos principios. Por lo que ve a las leyes secundarias, también ha habido cierto desarrollo: Decreto del gobierno sobre Extranjería y Nacionalidad del 30 de enero de 1854; Ley de Extranjería y Naturalización del 28 de mayo de 1886; así como la Ley de Nacionalidad y Naturalización del 5 de enero de 1934 (Perezniето, Leonel, *op. cit.*, 1995, p. 34).

435 Nuestra legislación es una clara muestra de lo cambiante de los matices sobre el concepto de “nacionalidad”, y las consecuencias jurídicas que eso conlleva. Así pues, el ordenamiento en vigor a la fecha de elaboración de esta monografía, publicado en *DOF* del 21 de junio de 1993, abrogó el transitorio segundo de la Ley de Nacionalidad y Naturalización del 20 de enero de 1934, así como sus diversas reformas.

III. LA INSTITUCIÓN DE LA NACIONALIDAD FRENTE A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LAS COSAS

1. *Nacionalidad y personas morales*

Si bien la doctrina internacional se encuentra de acuerdo, en términos generales, sobre el contenido de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía por lo que ve a las personas físicas, el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas no es de manera alguna pacífico en la academia.

Ahora bien, no es arbitrario el que comentemos someramente el tema por cuanto es común equiparar la situación de las personas jurídicas⁴³⁶ con la de las cosas; así, algunos de los factores del razonamiento respecto a las primeras nos serán de utilidad en las segundas.

La falta de uniformidad en las teorías se hace evidente gracias al estudio del iusinternacional-privatista, Francisco Contreras.⁴³⁷ En ese sentido expone el autor las dos grandes teorías vigentes: la clásica o afirmativa, y la negativa. Así, mientras que los que se adhieren a la primera consideran que el concepto de nacionalidad es aplicado de modo análogo a la sociedades, puesto que éstas cuentan con una personalidad jurídica, y que por tanto son entes diferentes de las personas físicas que las integran, los que optan por la segunda consideran en definitiva su carencia absoluta de nacionalidad, ya que su formación emana de un contrato privado, y no obstante que la ley otorgue personalidad, el atributo referente al estado político o nacionalidad es exclusivo de los individuos.⁴³⁸

Pues bien, a pesar de que la generalidad de las legislaciones, de modo tácito o expreso, atribuyen nacionalidad a las personas jurídicas por el simple hecho de ser éstas sujetos de derecho con atributos determinados, autores como Jean Paul Niboyet afirman contundentemente que las sociedades no tienen nacionalidad.⁴³⁹ La nacionalidad —establece el maestro— es el vínculo político entre un individuo y un Estado, vínculo que no puede existir entre una sociedad y un Estado. Así, aplicar a las so-

436 *Cfr.* con art. 25 del Código Civil para el D.F.

437 Contreras, Francisco, *Derecho internacional privado*, México, 1994, pp. 61 y ss.

438 Ambas teorías son ampliamente socorridas por las voces más autorizadas en la materia. Así, como defensores de la teoría afirmativa —compendia Contreras— tenemos a: Sauser Hall, Anzilotti, Francisco Ferrara, J. Maury, Enrique Helguera, Ramón de Orue, Mazeaud, Pascual Fiore, Carlos Arellano, etc. Los que sostienen la teoría negativa son, entre otros: Jean Niboyet, Henri Batiffol, Carlos Bernal, Antonio Linares, Eduardo Trigueros, etc.

439 Niboyet, J. P., *op. cit.*, pp. 79 y ss.

ciudades un concepto que sólo conviene a los individuos, únicamente ha podido hacerse dando a las palabras una significación demasiado amplia.

Todo el interés del problema de la nacionalidad de las Sociedades —sintetiza Niboyet— se concreta en el disfrute de derechos, sin embargo, la idea de una nacionalidad de las sociedades es demasiado arraigada en la práctica para que la doctrina pueda imponer una modificación.⁴⁴⁰

Henri Batiffol en cambio, explica que no es inexacto hablar de nacionalidad de sociedades, a condición de que esa noción, por la analogía que presenta con la nacionalidad de las personas físicas debe ser claramente distinguida.⁴⁴¹

Pues bien, como decíamos antes, a pesar de que el despejar la incógnita sobre si las personas jurídicas cuentan o no con una verdadera nacionalidad es doctrinalmente importante, no es sin embargo determinante para la realidad de los sistemas positivos, que francamente otorgan o bien equiparan la nacionalidad a las sociedades como lo hacen con los individuos, esto con las limitaciones lógicas en cuanto a ciudadanía se refiere.⁴⁴²

Así, además de las disposiciones de orden constitucional vigentes,⁴⁴³ las leyes secundarias son claramente atributivas de nacionalidad a las personas de derecho. En efecto, ya desde la ley especial, la reciente Ley de Nacionalidad de 1993, expresa que son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal.⁴⁴⁴

Además, el Código de Comercio y la Ley General de Sociedades Mercantiles confirman la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas,

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 80.

⁴⁴¹ Balestra, Ricardo, *Las sociedades en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 13. El autor argentino, al ubicar la teoría del célebre profesor Batiffol, ahonda en la explicación de éste: la actividad colectiva es controlada por el Estado como la actividad individual, pues es también una actividad de individuos y es, a la vez, más estrechamente reglamentada en razón de los peligros con que amenaza la autoridad del Estado y la libertad de los particulares. Finalmente, Batiffol señala la proximidad entre buques y aeronaves con las sociedades respecto al fenómeno de la nacionalidad. Sin embargo, no profundizaremos sino hasta el próximo apartado en este tópico específico.

⁴⁴² Es lógico considerar que las personas jurídicas no son ciudadanos en sistema alguno, ya que no forman parte del pueblo al no ser entes físicos. Así, no cuenta —obvio es— con algunos derechos subjetivos públicos inherentes a los individuos: votar y ser votado, acceder a la función pública, etc., ver art. 34 constitucional.

⁴⁴³ En efecto, el art. 27 de nuestra Constitución Federal establece que sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas y aguas.

⁴⁴⁴ Ver art. 90. de la Ley de Nacionalidad.

al regular la actividad de las “extranjeras” (de nacionalidad extranjera).⁴⁴⁵ Por último, la Ley de Inversión Extranjera es del todo contundente al establecer sus definiciones: así, por inversionista extranjero debe entenderse a la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y a las entidades extranjeras sin personalidad jurídica.

El problema puede aclararse si recordamos que, pese a todo, una persona moral no es otra cosa que una persona en sí, con una identidad distinta a la personalidad de quienes la integran; así, cuenta también con atributos que le permiten dar cumplimiento a su objeto social que es también distinto a la actividad de sus integrantes. En síntesis, sea la nacionalidad atribuida directa o indirectamente, lo cierto es que el sentido práctico de la legislación ha terminado por imperar sobre el análisis de las teorías negativistas. Así, cuando menos por analogía práctica, además de por la realidad sustentada por los sistemas de derecho positivo, en efecto, las personas morales cuentan con una nacionalidad.

2. *Nacionalidad y cosas*

Hemos citado en líneas precedentes distintos conceptos de la institución de la nacionalidad; éstos, en su mayoría reflejan tres elementos básicos: el Estado, el individuo como perteneciente a una población y el vínculo jurídico entre ambos elementos.

Se trata, pues, que el ente receptor, el ser que goza del atributo de la nacionalidad, no es otro que una persona entendida ya en su sentido físico o bien en su sentido de ficción jurídica; sin embargo, ninguna de las nociones extiende el atributo a las cosas. Para mejor abordar —aunque brevemente— el problema es necesario recordar, tanto la noción de cosa como la de nacionalidad, y de ambas derivar sus consecuencias jurídicas, tratándose de hallar una posible conexión entre ambas figuras.

Pues bien, ya en otro capítulo hemos ahondado en la naturaleza de las “cosas”, tanto desde una óptica filosófica como jurídica, esta última de conformidad con el derecho romano.⁴⁴⁶ Comentamos también las distinciones que hace la doctrina francesa, encabezada por Julien Bonnetcase, en el sentido de afirmar que la cosa es un objeto o elemento material,

⁴⁴⁵ *Cfr.* con art. 3o. del Código mercantil, y todo el capítulo XII de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁴⁴⁶ Ver nuestro capítulo sobre nociones generales; fundamentalmente el apartado relativo a la naturaleza jurídica del buque.

considerado fuera de toda idea de apropiación; mientras que el bien es igualmente un objeto material, considerado desde el punto de vista de su apropiación actual o virtual.⁴⁴⁷

Por otro lado, sin perjuicio de destacar los elementos de cada una de las nociones ensayadas por la doctrina respecto a la nacionalidad, podemos sintetizarlas todas en que, en sentido amplio, por nacionalidad debemos entender, el vínculo jurídico entre un Estado y un individuo (persona) que hace a tal individuo formar parte de la población de ese Estado.⁴⁴⁸

Contamos ya con los elementos esenciales para intentar una aproximación, sin embargo, debemos primero establecer cuál es la relación del Estado hacia un bien, sin considerar por ahora la nacionalidad misma.

Así pues, si bien es cierto que como el jurista mexicano Rolando Tamayo explica con toda razón, el concepto de Estado y lo que significa han dado origen a las más importantes cuestiones debatidas en filosofía política —considerándolo algunas como una comunidad política desarrollada, otras como una consecuencia natural de la evolución humana, y en fin, otras como la estructura del poder político de la comunidad—, debemos afirmar que cuando menos en nuestro sistema jurídico, el Estado es una persona de derecho.⁴⁴⁹

Entonces, entre el Estado y los bienes del Estado es innegable que existe una relación; en efecto, el propio Bonnacase es claro al indicar que el derecho real es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona.⁴⁵⁰

Sin embargo, pese a que el Estado es en sí una persona, no es una persona cualquiera, sino la estructura rectora de la vida misma de una nación, por lo que sobre sus bienes no sólo ejerce un derecho real sino una potestad suprema para, en un ámbito de respeto a los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, ejercer su soberanía sobre go-

447 Bonnacase, Julien, *op. cit.*, pp. 471 y ss. La conclusión del iuscivilista galo, va en el sentido de que en el fondo, la noción de cosa y la de bien, únicamente se separan desde el punto de vista de la idea de apropiación.

448 Recordar sobre todo las nociones de Batiffol y de Niboyet, antes anotadas.

449 Recordemos el art. 25 del Código Civil para el D.F., que aunque se refiere al concepto sociológico de nación, debe —en principio— ser entendida en tal disposición legal como Estado.

450 Bonnacase, Julien, *op. cit.*, pp. 469 y ss.

bernados y bienes enmarcados en su territorio o bien insertos en su normatividad.⁴⁵¹

Con lo anterior ha quedado claro que sí hay un vínculo jurídico entre el Estado y el bien; el primero, como institución, es soberano y tiene la propiedad originaria sobre el segundo. Ahora, es necesario despejar la incógnita respecto a otro de los elementos: la inserción del individuo en una determinada población de un Estado nacional. Esto es, si bien la nacionalidad se define como la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado, debemos alzar si hay una pertenencia de los bienes como elementos de la población.

Pues bien, equiparando —para nuestro análisis— los vocablos población⁴⁵² y pueblo, debemos igualmente hacer alusión a los diversos sentidos del concepto: geográfico, demográfico, sociológico o bien jurídico-político;⁴⁵³ sin embargo, creemos que para descubrir el elemento población dentro de la noción de nacionalidad, debemos acudir cuando menos al punto de vista sociológico. En efecto, desde una perspectiva de esa clase, “pueblo” se identifica con nación, con el conjunto de seres humanos unidos por un sentimiento de pertenencia nacional, en base a factores tales como la afinidad racial, comunidad de cultura, lengua, religión, destino político, etcétera.⁴⁵⁴

Como se aprecia, también los conceptos de población se refieren sólo a individuos, a personas físicas pertenecientes a una comunidad nacional determinada; así pues, tampoco aquí encontramos un vínculo subsistente, que no sea el de derechos reales entre la población y los bienes, y mucho menos entre el Estado y los bienes.

451 Este poder tanto soberano como patrimonial del Estado sobre sus bienes, es plausible del texto del art. 27 constitucional: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

452 Al ser común la confusión de los términos de población con los de centro de población, resulta importante distinguirlos; así mientras que población y pueblo pueden ser identificados, por centro de población debe entenderse: las áreas urbanas ocupadas por las instalaciones necesarias para su vida normal; las que se reserven para su expansión futura; las constituidas por elementos naturales que cumplen una función de preservación de sus condiciones ecológicas; y las que se dediquen a la fundación del mismo, conforme a las leyes aplicables (esta clase de nociones han sido acuñadas por las leyes de desarrollo urbano de las entidades federativas, acogiendo en su orden jurídico interno las llamadas leyes marco de esta misma naturaleza y contenido. El caso aquí plasmado es el de la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Jalisco, art. 60., fr. II).

453 *Diccionario Jurídico...*, op. cit., p. 2640 (Héctor Fix Fierro y Sergio López Ayllón).

454 *Ibidem*.

Con lo dicho, creemos que en efecto hay una vinculación necesaria entre el Estado y los bienes, pero esa relación jurídica no puede ser extrapolada a equiparar los bienes con los seres humanos; así, en definitiva el atributo de la nacionalidad no puede ser predicado de los bienes, de todos los bienes, no importa que tan relevantes para el Estado sean éstos.

Sin embargo, por el interés social que el Estado guarda respecto a algunos bienes especiales, el vínculo jurídico entre el Estado y el bien cobra mayor relevancia, no siendo entonces sólo el simple derecho real sobre ellos, el elemento vinculatorio, sino la necesidad de ejercer soberanía sobre bienes que se desplazan a espacios jurisdiccionales de distintas soberanías.

Ya antes hemos afirmado que tanto las aeronaves como las embarcaciones, no son esencialmente sino bienes, por ello, no pueden gozar —por lo expresado— de una nacionalidad, pero sí de un vínculo jurídico con el Estado de mucho mayor jerarquía que el del resto de los bienes.

Pese a nuestro razonamiento —como veremos— no queda más que en el plano meramente académico,⁴⁵⁵ ya que bajo el orden jurídico positivo nacional⁴⁵⁶ e internacional,⁴⁵⁷ se ha establecido mediante la utilización de una *ficito iuris* que el buque⁴⁵⁸ sí tiene una nacionalidad como posteriormente apreciaremos; esta categórica afirmación positivista no es de ninguna manera arbitraria, sino que responde a siglos de tradición *iusmaritimista* que así lo han ido acuñando hasta nuestros días.

455 El jurista italiano Giorgio Righetti, expresa con claridad y vehemencia el estadio teórico en el que permanecen los debates sobre la nacionalidad de las embarcaciones. Ver “*Il problema della —nacionalità— della nave é uno di quelli che ha maggiormente affaticato la dottrina internazionalistica e marittimistica da più di un secolo, e continuerà ad affaticarla, soprattutto a livello teorico...*” (Righetti, Giorgio, *op. cit.*, p. 1043).

456 Ver nuestra Ley de Navegación, art. 12.

457 Ver Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, Jamaica, arts. 91 y ss.

458 Debemos extender el sentido a toda embarcación, ya sea esta mayor o menor, ya que nuestra Ley no la limita a las embarcaciones mayores (buques), igualmente los dispositivos del Convenio de Montego Bay, Jamaica, se refieren a buques en sentido genérico.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ESTADO-BUQUE: NACIONALIDAD Y “LEY DEL PABELLÓN”

La interrelación de las premisas utilizadas en nuestros razonamientos anteriores debe ser acotada a un ámbito puramente lógico-jurídico, ajeno a la *inveterata consuetudo* que ha legitimado el concepto de nacionalidad en el círculo del derecho de la navegación. En efecto, si antes habíamos concluido que la nacionalidad no se predica de los bienes,⁴⁵⁹ sino solamente de las personas, debemos, sin embargo, reconocer la fuerza de la costumbre como fuente formal de derecho, que ha incluso sido vertida en los ordenamientos positivos nacionales e internacionales.

Así como en su momento lo hiciera el maestro napolitano Antonio Scialoja, al distinguir los tres diversos tipos de instituciones que integran el derecho de la navegación,⁴⁶⁰ creemos que es factible señalar a la institución de la nacionalidad aplicada al buque como una desviación o derivación de una disciplina jurídica igualmente autónoma: el derecho internacional privado.

De tal modo, por tradición y practicidad, primero la costumbre, como fuente formal de derecho,⁴⁶¹ y luego la ley como fuente formal por excelencia del mismo, han llevado a una institución en principio ajena al derecho de la navegación a ser sin lugar a dudas, uno de los pilares de mayor jerarquía dentro de nuestra disciplina.

Ahora bien, como atinadamente señala el jurista argentino Domingo Ray, con el concepto de nacionalidad se establece una relación, en ciertos y determinados casos, entre las personas que se encuentran en conexión con el buque, sean sus propietarios y armadores, cargadores o consigna-

⁴⁵⁹ Nos referimos al concepto bienes, visto bajo el ángulo de Julien Bonnetcase, ya antes apuntado.

⁴⁶⁰ Scialoja, Antonio, *op. cit.*, pp. 17 y ss. Remitimos al lector a nuestra breve semblanza sobre el derecho de la navegación en Italia; y particularmente al apartado sobre las tesis del maestro Scialoja.

⁴⁶¹ Al hablar de la costumbre como fuente de derecho, es preciso recordar algunos factores fundamentales de la ciencia jurídica. En efecto, la costumbre es una fuente formal de derecho; sus elementos son dos: la *inveterata consuetudo*, esto es, que haya arraigado durante largo tiempo en el grupo social; y la *opinio iuris seu necessitatis*, esto es, la convicción de que la costumbre obliga como regla de derecho (*cf.* con Villoro, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1990, pp. 164 y ss.). Por otro lado, el maestro Alejandro Sobarzo (*op. cit.*, p. 320, cita una nutrida serie de tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación suscritos durante el siglo XIX, donde se habla de la nacionalidad de los buques; hecho que confirma la incidencia de la costumbre como fuente, en los instrumentos internacionales de aplicación nacional según el art. 133 de nuestra Carta Fundamental.

tarios, capitanes, tripulantes, etcétera, y el orden jurídico del Estado que otorga esa nacionalidad.⁴⁶²

La fundamental importancia de atribuir nacionalidad a un buque es puesta de relieve por el maestro mexicano Alejandro Sobarzo, al señalar la importancia que tiene el pabellón y las consecuencias que de ahí emanan, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. En el primero, el pabellón condicionará la conducta a ser observada tanto por las potencias beligerantes como la de las neutrales; en el segundo caso, determinará la aplicación de las leyes del Estado a que el buque pertenece a las diversas relaciones de derecho público y de derecho privado.⁴⁶³

Así, por lo que ve al ejercicio de la navegación mediante buques mercantes en tiempo de paz, resulta económicamente trascendental la consideración de nacionalidad, ya que naturalmente los Estados tienden a conceder privilegios de distintas clases a los buques que enarbolan su pabellón.⁴⁶⁴

La aplicación de la ley del pabellón, ha sido ensayada desde distintos ángulos, el primero de ellos utilizó una vez más la —no pocas veces problemática— figura de la ficción de derecho en cuanto a la territorialidad de los buques.⁴⁶⁵ La teoría derivó de la exposición de motivos elaborada por el gobierno prusiano en 1752 para justificar la confiscación de cierto dinero de unos acreedores ingleses.

El segundo caso, en un mismo sentido surgió con *Vattel*, en 1758, a propósito de los niños nacidos en una nave, quienes debían de ser con-

⁴⁶² Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, pp. 268 y ss. El otorgamiento expreso de nacionalidad a las embarcaciones se ubica en el art. 12 de nuestra Ley de Navegación.

⁴⁶³ Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

⁴⁶⁴ En efecto, figuras como las relativas a la pesca, el cabotaje, el remolque, la asistencia y el salvamento, así como las reservas de carga, son con frecuencia algunos de las figuras que las leyes nacionales privilegian a los buques enarbolan el pabellón de un país determinado. Entre nosotros, por ejemplo, el art. 2o. de la Ley de Pesca, establece la aplicación de tal ley en las embarcaciones de bandera mexicana que realicen actividades pesqueras en alta mar o en aguas de jurisdicción extranjera, al amparo de concesiones, permisos, autorizaciones o de cualquier otro acto jurídico similar que haya otorgado algún gobierno extranjero a México o a sus nacionales. Otro claro ejemplo de este principio de privilegios, es el establecido en el art. 33 de nuestra Ley de Navegación, en donde se dispone que la SCT, previa opinión de la Comisión Federal de Competencia, podrá reservar, total o parcialmente, determinado transporte internacional de carga de altura, para que sólo pueda realizarse por empresas navieras mexicanas, con embarcaciones mexicanas o reputadas como tales, cuando no se respeten los principios de libre competencia y se afecte la economía nacional.

⁴⁶⁵ Para profundizar en el tema, recomendamos al lector, el capítulo undécimo “El buque como territorio flotante” de la obra del maestro Sobarzo; mismo que contiene una excelente narración de casos trascendentes e históricos que han marcado la naturaleza misma de la nacionalidad de las embarcaciones (*op. cit.*, pp. 351 y ss.).

siderados como nacidos en el territorio al que la embarcación perteneciera; de igual modo en el caso del “*Costa Rica-Packet*” se invocó una tesis similar, aduciendo igualmente que los buques en alta mar, constituyen desmembramientos del territorio del Estado.⁴⁶⁶

Por último, la disputa doctrinal sobre si el buque tendría que ser considerado o no como territorio flotante de la nación cuyo pabellón enarbolaba, vino a vertirse en el famoso caso *Lotus*, fallado en 1927 por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. En su resolución —salida adelante por el voto de su presidente—, el Tribunal recogió la tesis de que el buque mercante, mientras se encuentre en alta mar es, como el buque de guerra en todos lados, parte del territorio del país en que pertenece.⁴⁶⁷

Pese al fallo del Tribunal, abundante doctrina se ha encargado de condenar los elementos de tal resolución —si bien no el fallo mismo—, con base en algunas consideraciones contundentes:⁴⁶⁸

- Es insostenible considerar al buque privado en alta mar como un territorio del Estado y cuando se encuentra en aguas jurisdiccionales como una persona, sujeta al orden público del Estado ribereño;
- Sólo por una simplista metáfora se aplica la teoría del territorio flotante, ya que por principio de cuentas, el buque es un mueble y el territorio no lo es.
- El derecho de visita en la guerra marítima, consistente en el derecho que tienen los beligerantes de visitar las naves mercantes de pabellón neutral, en alta mar o bien en los mares territoriales de batalla. Así, si se identifica el buque en alta mar con el territorio no se explica tal derecho, ya que por sí mismo, importaría una evidente violación de un derecho de las potencias neutrales, conocido como la inviolabilidad de su territorio por su calidad misma de Estados no beligerantes.

⁴⁶⁶ Una sintética reseña de estos casos puede ser hallada en las obras citadas de Domingo Ray y Alejandro Sobarzo (el primero en pp. 268 y ss.; el segundo en 351 y ss.).

⁴⁶⁷ Esta tesis, acogida por el tribunal referido, fue originalmente planteada por el secretario de Estado de EE.UU., William Evrast en 1879 (Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, p. 351).

⁴⁶⁸ Uno de los autores que mejor ha defendido una postura contraria a la del territorio flotante es Gidel, Gilbert, *Le Droit International public de la mer*, París, 1932, t. I, pp. 251 y ss., citado entre otros por RAY, Domingo; *op. cit.*, t. I, p. 269. Entre nosotros, el propio maestro Sobarzo ha sido voz autorizada en la exposición y conclusión del asunto (*idem*, pp. 352 y ss.).

- El derecho de persecución también pone en franco declive la teoría del territorio flotante, ya que si bien por él cada Estado ribereño está facultado para continuar en alta mar la persecución de un buque infractor, siempre que tal infracción se hubiere iniciado en el espacio marítimo de éste. De aceptarse la tesis debatida, el Estado persecutor al apresar al buque infractor estaría violando la soberanía territorial del Estado mismo, ya que el referido buque sería —bajo ese errado criterio— territorio soberano.

Así pues, la conclusión ante la metáfora de la territorialidad flotante no puede ser otra que —como expresa Gilbert Gidel—: la condición del buque en alta mar constituye el caso típico en que la ley de la bandera del buque no encuentra ningún obstáculo en la soberanía territorial de ningún otro Estado y pueden ejercitarse libremente las consecuencias que se desprenden de la circunstancia que el buque enarbole pabellón, sin que sea necesario pensar que el buque representa una parte del territorio de ese Estado.⁴⁶⁹

Finalmente, la nacionalidad del buque es justificable en cuanto a que el mismo es en sí una comunidad organizada en constante traslación física, así con independencia de la nacionalidad de las personas físicas que integran su tripulación es una colectividad organizada jerárquicamente desde el capitán hasta el último de los operarios tripulantes, que por razones lógicas de seguridad jurídica en la libertad de navegación internacional, debe ser regido por la ley del Estado, cuyo pabellón enarbola.⁴⁷⁰

Domingo Ray, llega a dos corolarios que sintetizan la importancia de la ley del pabellón, como auténtica naturaleza en la vinculación jurídica del Estado y el buque.⁴⁷¹ Veamos:

⁴⁶⁹ Lo que resulta ilógico es que nuestra antigua Ley de Navegación y Comercio Marítimo, en pleno 1963 acogiera una tesis tan discutida y superada. En efecto, nuestro anterior ordenamiento, disponía en su art. 2o., que “Los buques mexicanos en alta mar será considerados territorio mexicano”. Afortunadamente nuestra ley vigente ha superado la imprecisión.

⁴⁷⁰ Esta justificación encuentra apoyo sobre todo en la Escuela Italiana del Derecho de la Navegación, Antonio Lefevbre y coautores, por ejemplo, establecen: “*Non sembrerebbe potersi accogliere la concezione, secondo la quale la nazionalità concretarebbe una qualificazione della comunità viaggiante, ai fini della sottoposizione di questa alla potestà dello Stato della bandiera, dato che il complesso delle persone che compone la comunità viaggiante non è l'oggetto, al quale si fa riferimento per stabilire il collegamento fra il veicolo e un determinato Stato* (Lefevbre, Pescatore, Tullio, *op. cit.*, pp. 299 y ss.).

⁴⁷¹ Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, p. 270.

- Mediante la atribución de nacionalidad al buque, se determina la jurisdicción aplicable cuando el buque se encuentra en alta mar y, en ciertos casos en otros espacios acuáticos y que la ley del pabellón, es la que rige en una serie de hipótesis de derecho público y de derecho privado;
- La aplicación de la ley del pabellón sirve como principio unificador en derecho internacional privado por la variedad de personas afectadas y de leyes que podrían aplicarse siguiendo otros criterios.⁴⁷²

V. NACIONALIDAD Y LIBERTAD DE NAVEGACIÓN

El alta mar se ha definido igualmente a lo largo de la historia de los tratados internacionales; así en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982⁴⁷³ se define en sentido negativo, ya que las normas relativas a la misma se aplican a todas las partes del mar que no están comprendidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial, en las aguas interiores o en las aguas de los archipiélagos. Así pues, como indica el iusinternacionalista Tullio Scovazzi, alta mar, que no puede ser sometida a la soberanía de ningún Estado, se inicia por tanto donde terminan los espacios sobre los cuales los Estados ribereños pueden reivindicar derechos exclusivos.⁴⁷⁴

En nuestros días podemos afirmar que “alta mar” y “mar libre” son expresiones sinónimas, sin embargo como indica Domingo Ray, a esta posición se llegó luego de años de una interesante evolución. El principio de libertad del alta mar significa entonces, que en tiempos pacíficos, todos los Estados y ciudadanos de cualquier Estado, pueden utilizar el alta mar: libertad que se traduce en actividades económicas⁴⁷⁵ tales como la pesca, el aprovechamiento genérico, la construcción de islas artificiales

⁴⁷² El tema de las banderas de conveniencia, problema que cuestiona este segundo corolario, será tratado en uno de nuestros siguientes apartados.

⁴⁷³ Ver la parte VII de la Convención de Jamaica.

⁴⁷⁴ Scovazzi, Tullio, *Elementos de derecho internacional del mar*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 51 y ss. edición española a cargo de Valentín Bou Franch.

⁴⁷⁵ Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, pp. 575 y ss. Cabe apuntar que las actividades de aprovechamiento como colocar cables y tuberías submarinas y el sobrevuelo, son libertades enunciadas desde la Convención de Ginebra de 1958.

y la navegación, además de otras de naturaleza científica y de investigación aplicada.⁴⁷⁶

Tal libertad no debe entenderse de modo alguno como absoluta, sino que su regulación internacional siempre ha tomado en cuenta el ejercicio razonable y mesurado, tomando en consideración los intereses que presenta el uso de esa misma libertad por otros Estados.⁴⁷⁷

Como decíamos antes, el principio de la libertad de los mares no ha tenido el mismo sentido a través del tiempo. Así, mientras que en una etapa significó la posibilidad de navegar sin riesgo de piratas posteriormente, a través de ese principio se contuvo la pretensión de algunos pueblos de su deseo de monopolizar la navegación y el comercio marítimo en su favor.⁴⁷⁸

Con posterioridad, significó la libertad de navegación a favor de potencias neutrales en caso de causas beligerantes; más tarde se relacionó a la limitación del tonelaje de las marinas mercantes de ciertos países, para, finalmente, relacionar el principio con la regulación internacional sobre navegación comercial, transporte de mercaderías, registro de embarcaciones, condiciones de navegabilidad, etcétera.⁴⁷⁹

Las consecuencias del principio de la libertad del alta mar —dice Domingo Ray, citando a Gilbert Gidel— pueden enunciarse en dos proposiciones, una negativa y otra positiva: la primera expresa que ningún Estado puede ejercer en alta mar actos de autoridad, sobre los navíos que no enarbolan su pabellón; la segunda señala que todos los Estados pueden utilizar libremente el alta mar.⁴⁸⁰

Antes hemos citado algunas de las fuentes del derecho internacional del mar, encontrándose entre ellas la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 1958; sin embargo, por su importancia y amplitud el contenido de esta disciplina ha sido prácticamente vertido en la Convención de

⁴⁷⁶ Ver nuestro artículo *La libertad de navegación*, *op cit.*, además, ver también nuestra *Historia...*, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

⁴⁷⁷ Cfr. con Scovazzi, Tullio, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

⁴⁷⁸ La historia de la evolución del principio de la libertad de los mares, es en mucho, la historia misma de la humanidad, su contenido, agota por mucho las sencillas pretensiones de esta obra. Por ello, remitimos al lector a un par de textos de exelente calidad: Cervera Pery, José, *El derecho del mar*, Madrid, Editorial Naval, 1992. En especial, el capítulo denominado “El largo camino hacia la codificación” (pp. 39 y ss.); Mollat Du Jourdin, Michel, *Europa y el Mar*, *Crítica* Barcelona, Grijalbo, 1993.

⁴⁷⁹ Cfr. con Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, pp. 575 y ss. Cfr. igualmente con los arts. 86 y ss. de la Convención de Jamaica de 1982, así como con nuestro artículo *La libertad...*, *op. cit.*

⁴⁸⁰ Ver Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, p. 579.

Jamaica de 1982, por lo cual, anotaremos lo más trascendente de su normativa en cuanto a la libertad de los mares y la nacionalidad de las embarcaciones. Veamos:⁴⁸¹

1. El alta mar está abierta —señala el artículo 87— a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por la propia Convención (Montego Bay); así como por otras normas de derecho internacional.

2. Las actividades comprendidas en el principio de libertad de la alta mar, según la Convención, son (artículo 87):⁴⁸²

- La libertad de navegación;
- La libertad de sobrevuelo;
- La libertad de tender cables y tuberías submarinos;
- La libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el derecho internacional;
- La libertad de pesca.

Estas libertades a los Estados, deben ser ejercidas por todos, teniendo debidamente en cuenta los intereses de los Estados en su ejercicio de libertad del alta mar, así como los derechos previstos en la propia convención, respecto a las actividades en la zona (artículo 87-2); por último,

⁴⁸¹ Para nuestros comentarios siguientes, nos hemos apoyado en la obra del maestro Tullio Scovazzi; *op. cit.*, pp. 51 y ss.

⁴⁸² Como ya lo hemos justificado en nuestra *Historia...*, *op. cit.*, pp. 7 y ss. estos son los contenidos del derecho marítimo. En este sentido hemos ensayado una definición sobre dicha disciplina, bajo el siguiente enunciado: El derecho marítimo es un conjunto de principios, instituciones y normas jurídicas que regulan a los sujetos, objetos, hechos, actos y relaciones derivadas de las actividades humanas de utilización del mar reconocidas por los tratados internacionales vigentes de derecho del mar; conjunto éste que de acuerdo a cada derecho interno, se extiende —para ampliarse o reducirse— a las aguas de jurisdicción estatal. Nos es el momento para explicar el concepto, sin embargo, lo que hemos intentado dejar claro con esta construcción conceptual, es que al ser el mar (lato sensu), el único elemento absolutamente permanente en la disciplina, es necesario considerar el carácter internacional de la misma. Carácter que ha sido reconocido por más de 130 naciones que de un modo u otro han participado en la elaboración del Convenio de Jamaica de 1982. Así, bajo nuestro criterio, el concepto moderno de derecho marítimo debe tener como principales características: el ámbito internacional del cual surge y al cual regula; las actividades que por acuerdo entre la mayoría de las naciones del planeta se permiten ejecutar en las aguas internacionales; la facultad soberana de los Estados nacionales para incorporar los contenidos internacionales de la disciplina a sus espacios navegables. Así, la internacionalidad como rasgo subsistente en estas tres características hace de ella auténtica columna que sostiene al edificio jurídico de nuestra disciplina. El concepto que proponemos parece ser además, el que naturalmente se predicaría de nuestra legislación marítima vigente, ordenamiento que es sin duda uno de los más receptivos en la incorporación de las soluciones internacionales en la materia.

como principio general, el alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos (artículo 88).

Ahora bien, como ya antes comentábamos, en la Convención de Ginebra de 1958 se preveía la necesidad de la existencia de la relación auténtica entre el Estado y el buque. En particular, el Estado habría de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad, estos principios fueron confirmados por la Convención de Jamaica de 1982.

En este orden de ideas, y por lo que ve a la inmunidad de jurisdicción en alta mar respecto de los Estados distintos del pabellón, es completa para los buques de guerra, así como para aquellos pertenecientes a un Estado o explotados por él y empleados exclusivamente para un servicio oficial no comercial (artículos 95 y 96). Sin embargo, en el caso de buques privados, se preveen algunas excepciones a la prohibición de interferencia en alta mar a bordo de buques extranjeros: la primera está constituida por las actividades de piratería, la segunda, el derecho de persecución.⁴⁸³

Otra restricción a la libertad de los mares —entre varias más— es la relativa a la actividad pesquera. En efecto, la libertad de pesca en alta mar no es absoluta, sino que se encuentra condicionada por la obligación de todos los Estados de adoptar las medidas aplicables a sus nacionales que sean necesarias para garantizar la conservación de los recursos biológicos y de cooperar con otros Estados en la adopción de tales medidas.⁴⁸⁴

En síntesis, el derecho internacional ha considerado la importancia de acuñar un principio general por el que los Estados cuenten con la suficiente libertad para desarrollar sus economías nacionales y generar intercambios y relaciones pacíficas entre los pueblos; sin embargo, ese principio se ve acotado por el bien común de la humanidad toda, ya que la afectación de los espacios acuáticos no son privativos en modo alguno de Estados concretos, sino de todos los que poblamos este pequeño y frágil planeta azul.

⁴⁸³ El derecho de persecución se verifica —*Idem*, p. 54— cuando la autoridad de un Estado ribereño tenga motivos fundados para pensar que un buque haya infringido las leyes y reglamentos de ese Estado, lo que origina una sanción en su contra por violentar el orden positivo imperante en sus aguas jurisdiccionales.

⁴⁸⁴ Este principio se encuentra previsto por el art. 117 de la Convención de Jamaica. A su vez, la cooperación internacional en la materia se realiza a través de la celebración de tratados multilaterales, en donde se crean —explica Tullio Scovazzi, *Idem*— órganos dotados de competencias específicas en materias como cuotas de capturas, aparejos prohibidos, estaciones de pesca, etc.

VI. OTORGAMIENTO Y USO DEL PABELLÓN⁴⁸⁵

1. *Otorgamiento*

En general, la inscripción en una matrícula nacional atribuye a las embarcaciones y a los artefactos navales la nacionalidad del Estado al que se relaciona, y consecuentemente el derecho-obligación a enarbolar su pabellón, esto es a ser abanderado y usar permanentemente el mismo en tanto subsista su relación, con el Estado en cuestión.⁴⁸⁶

En nuestro sistema, la Ley de Navegación establece que son embarcaciones y artefactos navales mexicanos los abanderados y matriculados en alguna capitania de puerto⁴⁸⁷ a solicitud de su propietario o naviero, previa verificación de las condiciones de seguridad del mismo y presentación de la dimisión de bandera del país de origen.⁴⁸⁸

Pues bien, el abanderamiento —apunta con precisión el maestro Francisco Fariña— es el acto mediante el cual la administración marítima de un país concede a un buque el derecho a usar el pabellón nacional. Con ello, el buque abanderado en un Estado se pone bajo el amparo del pabellón que ostenta y puede disfrutar de los beneficios que las leyes otorgan a éste, sometiéndose igualmente a todos los preceptos que para los buques nacionales se encuentran establecidos, al control del Estado cuyo pabellón lleva, y a todas las reglamentaciones marítimas que por el mismo Estado se dicten.⁴⁸⁹

Los requisitos para la inscripción en la matrícula y, con ello, la obtención de la nacionalidad han variado a través de la historia. Así, en

⁴⁸⁵ Respecto a la cesación o cancelación del pabellón, remitimos al lector a nuestros comentarios practicados sobre el particular, dentro del apartado de “Baja y cancelación de matrícula” de nuestro anterior capítulo.

⁴⁸⁶ *Cfr.* entre otros con: Ripert, Georges, *op. cit.*, pp. 48 y ss.; Lefevbre, *et al.*, *op. cit.*, pp. 303 y ss.; Chorley & Giles, *op. cit.*, versión en español, pp. 11 y ss.; Fariña, Francisco, *op. cit.*, pp. 59 y ss.; Hernández, Santiago; *op. cit.*, pp. 930 y ss.; Ray, Domingo; *op. cit.*, t. I, p. 276; Beltran, Luis; *op. cit.*, pp. 96 y ss;

⁴⁸⁷ En efecto, el complemento del abanderamiento es la matriculación o inscripción de un buque en un registro para ello previsto. Así, el puerto de matrícula no es más que el domicilio del buque.

⁴⁸⁸ *Cfr.* con los arts. 9o. y 58 de nuestro ordenamiento. Además *cfr.* con el Reglamento del Padrón de Abanderamiento Mexicano de 1986, que fundamentalmente establece las condiciones y modalidades para la inscripción dicho padrón; el reglamento habrá de ser abrogado para dar lugar al nuevo Reglamento de la vigente Ley de Navegación.

⁴⁸⁹ Hernández, Santiago; *op. cit.*, p. 58. El autor español deja así claramente señalados los efectos que el abanderamiento produce: la legislación y reglamentación que lo regirá tanto en sus obligaciones como en sus derechos será la ley nacional del Estado que le otorga su nacionalidad; control administrativo del Estado que lo enarbola.

los siglos XVII y XVIII, se integraban tres requisitos básicos para el otorgamiento de la nacionalidad:⁴⁹⁰

- Que la embarcación fuera construida en el país que la otorgaría;
- Que los propietarios fueran nacionales (en distintas proporciones según la época y legislación);
- Que los miembros de la tripulación fueran asimismo, nacionales.

Estos tres elementos se constituirían dentro del desarrollo histórico del derecho de la navegación, como condiciones para el conferimiento de la nacionalidad mediante la respectiva inscripción de las embarcaciones en los registros marítimos nacionales.⁴⁹¹

Estas condiciones marcan de nuevo el relieve administrativista de la actividad marítima, por el cual el Estado decide proteger bajo distintas estrategias y condiciones a su marina mercante, y con ello fortalecer a la industria: este es el caso de las condiciones primera y tercera, por las cuales, de modo directo se generan economías de escala y empleos.

El maestro argentino Luis Beltrán, al estudiar los criterios para el otorgamiento de la nacionalidad a los buques en los distintos sistemas del derecho de la navegación, señala que cada uno de esos criterios responde a una particular situación económica y, paralelamente, a una determinada política legislativa destinada a expresarla.

Así, por ejemplo, los países dotados de gran tradición marinera especialmente los insulares o aquellos cuyas más importantes ciudades se concentran en zonas costeras, establecieron como recaudos para el otorgamiento de su pabellón el que la totalidad o la mayor parte de la tripulación estuviera constituida por nacionales suyos; mientras que los Estados que cuentan con una poderosa industria naval subordinaron, en cambio, el otorgamiento de su pabellón al hecho de la construcción del buque en el país.⁴⁹²

⁴⁹⁰ El Acta de Navegación de Cromwell de 1651 —señala Domingo Ray, *op. cit.*, t. I, p. 276— así lo disponía. Igualmente Georges Ripert (*op. cit.*, p. 48), indica estos mismos requisitos previstos por la Convención del 21 de septiembre de 1793, llamada alguna vez, Acta de Navegación.

⁴⁹¹ Ver, por ejemplo, Inglaterra: Merchant Shipping Act 1894, pp. 2 y ss. y su similar de 1988; Francia: Ley número 300 de 1975; Italia: Codice della Navigazione de 1942, arts. 143 y ss.; España: Real Decreto sobre Abanderamiento, Matriculación de Buques y Registro Marítimo de 1989, arts. 12 y ss.; Argentina: Ley de Navegación de 1973, arts. 51 y ss.

⁴⁹² Beltrán, Luis, *op. cit.*, p. 95. El autor argentino analiza someramente las causas históricas que originaron cada uno de tales criterios. Así, el de la construcción, derivó del interés del Estado en evitar que los secretos propios de construcción, cayeran en manos enemigas; mientras que el de la

Nuestra ley actual, como antes veíamos, ha optado por el criterio del domicilio, que, según parece, es el más conveniente para estimular el desarrollo de la marina mercante.⁴⁹³ Así, reputa embarcaciones y artefactos navales mexicanos a los abanderados y matriculados en alguna capitania de puerto a solicitud de su propietario o naviero, previa cumplimentación de algunos requisitos administrativos.⁴⁹⁴

En consecuencia, según lo dicho la Ley de Navegación se ha apartado relativamente de las condiciones tradicionales para el otorgamiento de la nacionalidad, ya que a pesar de que el principio general es en sí abierto, permanecen algunas restricciones tanto en ciertas actividades navegatorias, como en materia de requisitos laborales.⁴⁹⁵

Las primeras se refieren al acotamiento que hace la Ley de Inversión Extranjera de 1993 respecto a algunas actividades marítimas;⁴⁹⁶ las segundas, contribuyen al empleo de nacionales para tripular embarcaciones mexicanas. Este último requisito no debe ser conceptuado para

nacionalidad de los tripulantes, surgió de la conveniencia de contar con una adecuada reserva para los supuestos de enfrentamientos bélicos.

⁴⁹³ Ver art. 90. Ley de Navegación y *cfr.* con Ley de Navegación y Comercio Marítimos, arts. 88 y ss. *Cfr.* con Ray, Domingo; *op. cit.*, t. I, p. 276.

⁴⁹⁴ Recordemos que ni el concepto de naviero, ni el de propietario son excluyentes de extranjería de acuerdo a nuestro propio ordenamiento: *cfr.* con arts. 16 y ss.

⁴⁹⁵ Además de las disposiciones derivadas de nuestra Ley de Navegación y de la Ley Federal del Trabajo, recuérdense las disposiciones de la Convención de Montego Bay respecto a los deberes del Estado, sobre todo en cuanto a que estos deben de ejercer su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque (art. 94, 2, b). Además, nuestra ley vigente ha incorporado por referencia el grueso de la normativa internacional en materia laboral. V. en ese sentido el catálogo de convenciones de la OIT.

⁴⁹⁶ En efecto, el texto original de la Ley de Inversión Extranjera limita hasta el 49% la participación extranjera de las sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria (art. 7, IV, inc. r). Asimismo, se requiere resolución favorable de la Comisión de Inversión Extranjera para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49% en las sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura. Como podemos ver, a pesar de que estos preceptos constituyen limitaciones a la participación extranjera en sociedades navieras, no existe sin embargo, limitación expresa para que un extranjero abandere y matricule una embarcación, misma que será de nacionalidad mexicana, si es que se satisfacen los requisitos del art. 90., con la posterior regulación específica respecto al abanderamiento, matriculación y registro, mediante contratos de fletamento a casco desnudo, trámite reservado a personas físicas mexicanas, o morales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la salvedad de las embarcaciones deportivas y de recreo que cuando se trata de extranjeros, sí pueden ser abanderadas, matriculadas y registradas en nuestro país (art. 10).

el registro en sí, sino para los efectos de la operación de la embarcación.⁴⁹⁷

En síntesis, se consideran embarcaciones de nacionalidad mexicana:⁴⁹⁸

- Las abanderadas y matriculadas conforme a la Ley de Navegación;
- Las que causen abandono en aguas de jurisdicción nacional;
- Las decomisadas por las autoridades mexicanas;
- Las capturadas a enemigos y consideradas como buena presa; y
- Las que sean propiedad del Estado mexicano.

Así, mientras que la matriculación de las embarcaciones situadas en los primeros cuatro puntos se practica de oficio la matriculación de las ubicadas en el último de ellos debe ser solicitada por quien esté legitimado para ello.

Por lo que ve a las embarcaciones susceptibles de abanderamiento y matriculación, señalemos que la ley vigente no hace distinciones entre embarcaciones mayores o menores, por lo que todas ellas son susceptibles de abanderamiento⁴⁹⁹ y matriculación. Sin embargo, de conformidad con nuestra legislación, por lo que hace al registro de los actos y documentos

⁴⁹⁷ En efecto, la norma positiva indica que los capitanes, pilotos, patrones, maquinistas navales, operarios mecánicos y, de una manera general, todo el personal que tripule cualquier embarcación mercante mexicana, deberá ser mexicano por nacimiento; esto con la salvedad hecha respecto a embarcaciones pesqueras, cruceros turísticos y transbordadores, quienes cuentan con regulación específica por su clase de actividad (art. 22). Así, la protección del empleo nacional es la *ratio* de este artículo, que por otro lado, entre otros factores igualmente importantes, propicia el que los navieros registren sus embarcaciones en países de banderas de conveniencia.

⁴⁹⁸ Ver art. 12. Por lo que ve al abanderamiento provisional y a la expedición de pasavantes de navegación, remitimos al lector a nuestro capítulo anterior dedicado al ser y a la pérdida del ser de las embarcaciones, en donde ahondamos en tal particular.

⁴⁹⁹ Inclusive se ha previsto, por el Reglamento del Padrón de Abanderamiento Mexicano de marzo de 1986 la posibilidad de abanderar embarcaciones de bandera extranjera. Así, como un mecanismo para engrosar el tonelaje de nuestra flota mercante el régimen de Miguel de la Madrid, intentó coadyuvar al particular. Las empresas —señala el art. 4—, podrán inscribirse en el Padrón buques de bandera extranjera, en el caso de que demuestren su legítima posesión mediante cualquier contrato financiero con opción de compra inscrito en el RPMN, pero en todo caso, no excederán en tonelaje o en valor a los que operen con bandera mexicana. Asimismo —sigue—, podrán inscribirse en el Padrón las embarcaciones adquiridas en propiedad que no puedan abanderarse y matricularse mexicanas por falta de tripulación disponible. De igual manera —finaliza— podrán inscribirse las embarcaciones fletadas por las empresas, para ser operadas durante el periodo de construcción de embarcaciones nuevas, adquiridas por las propias empresas y cuyo contrato de construcción haya sido autorizado por la SCT e inscrito en el RPMN; con lo que estas embarcaciones se abanderan mexicanas, al finalizar su construcción.

relacionados con embarcaciones menores, éste no será necesario según lo detalla el reglamento de nuestra ley.⁵⁰⁰

Ahora bien, es claro que las embarcaciones mayores —esto es, los buques— requieren no sólo del abanderamiento y matriculación sino taxativamente de su inscripción en el Registro Público Marítimo Nacional, con la sanción de que todos aquellos actos y documentos que conforme a la propia ley deban registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre los que lo otorguen, pero no podrán producir perjuicio a terceros, quienes sí podrán aprovecharlos en lo que les fueren favorables.⁵⁰¹

En cuanto a la prueba de la nacionalidad, digamos que así como la Ley de Nacionalidad mexicana establece en su artículo 10 los documentos probatorios de la misma, también nuestra Ley de Navegación, establece el deber del Registro Público Marítimo Nacional, una vez inscrita la embarcación, de expedir un certificado de matrícula, cuyo original debe permanecer a bordo como documento probatorio de su nacionalidad mexicana (artículo 9o.).

Finalmente, resulta interesante tratar de inferir la naturaleza jurídica del otorgamiento del certificado de matriculación que prueba de modo pleno la nacionalidad del buque. La cuestión es dilucidar si tal naturaleza responde a la de una concesión, o más bien a la de una autorización administrativa.

Pues bien, si al igual que el jurista mexicano Gabino Fraga entendemos la concesión administrativa como el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado,⁵⁰² y recordamos como apunta el maestro Antonio Scialoja, que el acto de concesión implica la atribución de un derecho, en tanto que el acto de autorización es el mero reconocimiento de un derecho subjetivo preexistente o la remoción de un obstáculo para su ejercicio,⁵⁰³ debemos entonces reconocer que en nuestro sistema positivo todo apunta a señalar que el abanderamiento y la matriculación no son concesiones administrativas sino autorizaciones.

En efecto, dentro de las atribuciones específicas de la SCT se encuentra la de abanderar y matricular las embarcaciones y artefactos navales

500 Ver Ley de Navegación, art. 14.

501 *Cfr.* con los arts. 9o. y 14 de nuestra ley.

502 Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 242.

503 Scialoja, Antonio, *op. cit.*, p. 135.

mexicanos. Sin embargo, la atribución expresa para otorgar concesiones se limita de modo expreso para la construcción, operación y explotación de vías navegables de acuerdo a la Ley de Puertos.⁵⁰⁴ Así, parece que no hay elementos para inferir que el abanderamiento y la matriculación pertenezcan al régimen de la concesión con todas las implicaciones que ello trae aparejado, por lo que debemos entender que el particular cuenta con un derecho subjetivo preexistente —a diferencia de la concesión en que tal no existe— que es reconocido y sancionado por la autoridad administrativa en favor del derecho fundamental de libre industria y trabajo, garantizados por el artículo 5o. de nuestra Constitución federal.

2. *Uso*

Como ya hemos expresado, a pesar de que un buque enarbole determinado pabellón, toda vez que es el certificado de matrícula el que acredita su nacionalidad se reconoce el derecho de los Estados de verificar el pabellón enarbolado.⁵⁰⁵

Así, la internacionalidad del derecho de la navegación ha dado lugar a esta verificación que de un modo u otro ha ido estableciéndose en ordenamientos nacionales o en convenciones internacionales.⁵⁰⁶ La Convención de Montego Bay, ha ayudado a establecer la condición jurídica de los buques y su respectivo deber de uso del pabellón.

En efecto, según el texto de la Convención los buques deben navegar bajo el pabellón de un solo Estado,⁵⁰⁷ y, salvo en caso excepcionales, previstos de modo expreso por los tratados internacionales están sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado.⁵⁰⁸ Este

⁵⁰⁴ Ver arts. 7o. de la Ley de Navegación y 16 de la Ley de Puertos.

⁵⁰⁵ *Cfr.* con Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, p. 277.

⁵⁰⁶ El derecho de visita ha sido regulado en la Convención de Montego Bay, Jamaica de 1982; en efecto, salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado internacional, un buque de guerra que encuentre en alta mar a un buque extranjero que no goce de completa inmunidad, no tendrá derecho de visita a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque, entre otros motivos, no tenga nacionalidad (art. 110). Así, el derecho de visita, persecución y apresamiento, son regulaciones que inciden de modo directo en el deber del buque de usar el pabellón que indica su relación auténtica a un único Estado.

⁵⁰⁷ Otro de los principios de seguridad jurídica en la navegación es el de la estabilidad del pabellón, esto es, que un buque no pueda cambiar de bandera durante un viaje ni en una escala, salvo en caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro. Este principio está previsto por la Convención de Montego Bay, en su art. 92.1.

⁵⁰⁸ Ver art. 92 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

principio ha sido también recogido por nuestra ley (artículo 30 *in fine*), al señalar que las embarcaciones que naveguen en zonas marinas mexicanas deberán estar abanderadas en un solo país,⁵⁰⁹ enarbolar su bandera y tener marcado su nombre y puerto de matrícula.

3. Consecuencias del otorgamiento del pabellón

Ya la doctrina internacional se ha encargado de ponderar las consecuencias del otorgamiento de la nacionalidad de un Estado a un buque.⁵¹⁰ Así, el maestro Georges Ripert mantiene que desde el punto de vista del derecho internacional la distinción entre buques franceses y extranjeros es capital, con lo que los buques mercantes están expuestos a la captura por el enemigo, y en el derecho de la guerra la distinción entre beligerantes y neutrales es fundamental.⁵¹¹

Dejando al lado esta cuestión —sigue— y no ocupándose más que del derecho privado, la nacionalidad de un barco presenta interés de tres clases:

- El Estado otorga favores particulares a las embarcaciones nacionales;
- El Estado vigila los buques nacionales;
- La calidad de la embarcación puede servir para determinar la ley aplicable.

Por lo que hace a esos favores particulares a embarcaciones nacionales, resulta natural que el Estado busque incentivar a su marina mercante a través de apoyos concretos que se traduzcan en un aumento cualitativo y cuantitativo de su flota, con lo que las economías de escala derivadas de la industria de la navegación se vean también apoyadas. Así, algunos

⁵⁰⁹ Con posterioridad analizaremos el problema de las banderas de conveniencia, sin embargo, apuntemos ahora que el Tratado de Versalles reconoció, luego de un conflicto entre Suiza y Francia, el derecho de los Estados carentes de litoral marítimo a que sus buques enarbolan la bandera del mismo, y garantizó su reconocimiento cuando la nave se registrara en un lugar único de su territorio que constituiría el lugar o puerto de registro. Domingo Ray ahonda al respecto, diciendo que este principio fue luego reconocido en la Conferencia de Barcelona del 20 de abril de 1921 (*op. cit.*, t. I, pp. 277 y ss.).

⁵¹⁰ Entre otros muchos, *cfr.* por ejemplo: Ripert, Georges, *op. cit.*, pp. 51 y ss.; Fariña, Francisco; *op. cit.*, p. 59; Beltran, Luis; *op. cit.*, pp. 96 y ss.

⁵¹¹ Ripert, Georges, *op. cit.*, p. 51.

de los más importantes y tradicionales favores otorgados a embarcaciones nacionales son los de: navegación interior, navegación de cabotaje, pesca, reservas de carga, etcétera.⁵¹²

Respecto a la vigilancia de los buques nacionales por los órganos administrativos del Estado que concede la nacionalidad, hemos visto ya que este es un principio tan relevante que ha quedado consagrado en la Convención de Montego Bay, que de modo detallado dispone los deberes de los Estados al respecto.⁵¹³ Nuestra legislación ha asumido ese deber de vigilancia consagrado en instrumentos internacionales y la ha dispuesto a lo largo de su articulado, particularmente en lo que hace al arribo y despacho de embarcaciones, así como en la inspección naval, entre otras formas de vigilancia.⁵¹⁴

Por último, el problema capital de la ley aplicable y del tribunal competente forma también parte de las consecuencias prácticas del otorgamiento de la nacionalidad a las embarcaciones. Lo anterior tiene connotaciones tanto civiles como criminales, que estudiaremos a lo largo de diversos capítulos.

VII. LA NACIONALIDAD DEL BUQUE EN EL DERECHO COMPARADO

Pese a la discusión doctrinal respecto a la idea de la territorialidad flotante, lo cierto es que la costumbre en la utilización del vocablo “nacionalidad”, se ha insertado en los sistemas positivos del común de los Estados nacionales.⁵¹⁵

⁵¹² Es evidente para el sector marítimo-portuario de nuestro país, que este tipo de favores no sólo se han ido reduciendo en calidad y cantidad, sino que algunos han prácticamente dejado de existir. Así, actividades como la navegación de cabotaje que tradicionalmente es reservada a nacionales en cualquier país, en nuestra legislación se ha abierto a navieros extranjeros que a diferencia de los nuestros, sí son apoyados en sus respectivos países, con lo que la competencia frente a los nuestros ha adquirido notas dramáticas. *Cfr.* con arts. 33 y 34 de nuestra ley; así como en los arts. 2o. y ss. de la Ley de Pesca. Incluso regiones tan integradas como la de las naciones pertenecientes a la Unión Europea han elaborado planes ponderados y progresivos sobre la liberación de su cabotaje. En ese sentido, ver el Reglamento 4056/86 en relación a la competencia en materia de transporte marítimo comunitario. Ver además Baena, Pedro, *Política comunitaria de los transportes marítimo*, Madrid, Ed. Marcial Pons, pp. 159 y ss.

⁵¹³ Ver art. 94 de la Convención de Montego Bay, Jamaica.

⁵¹⁴ Arts. 38 y ss., y 58 y ss. respectivamente.

⁵¹⁵ Para un estudio profundo sobre la historia de la nacionalidad de las embarcaciones, recomendamos la lectura de un apartado para ello dedicado, en el capítulo relativo a *La nazionalità della nave del maestro Giorgio Righetti* (*op. cit.*, pp. 1045 y ss.) Como ya antes se ha dicho, los sistemas de derecho de la navegación, que con mayor rigor se estudian en esta obra son: el británico,

1. *Inglaterra*

Básicamente ha sido la *Merchant Shipping Act* de 1894 la que tradicionalmente ha recogido la regulación de la figura de la nacionalidad del buque en el sistema inglés.⁵¹⁶ La doctrina, más que refutar la problemática teórica del concepto, ha profundizado en la sistematización de las consecuencias jurídicas de la ley del pabellón para llegar a iguales conclusiones que las expuestas en nuestros párrafos anteriores. En efecto, la idea de unificación de reglas a aplicar respecto a la diversidad de sujetos inmersos en la aventura marítima ha sido reconocida por la tradición iusmaritimista británica.⁵¹⁷

2. *Francia*

La defensa de la verdadera nacionalidad de los buques ha sido objeto de fuerte apoyo por parte de un importante sector de la doctrina francesa; Georges Ripert⁵¹⁸ y René Rodière,⁵¹⁹ además de Emmanuel du Pontavice, son algunos de los que critican a quienes sólo defienden la tesis de la nacionalidad como analogía y costumbre aplicada a los ordenamientos positivos.

Así, exponen con vehemencia que una persona física puede no tener nacionalidad o tener dos, sin embargo un buque no puede carecer de nacionalidad, ya que si no la tuviera sería considerado como un navío pirata, y el pirata no es más que el enemigo común en el mar. Al propio

el italiano, el español y el argentino. Sin embargo, referencias frecuentes a la legislación e historia del tema en Francia y otros países, también forman parte de nuestro haber.

⁵¹⁶ Ver secciones 69 y ss. de la *Merchant Shipping Act* británica. Sin embargo, la regulación de la nacionalidad por el sistema británico es en mucho, más antigua. En efecto, según explica Antonio Scialoja (*op. cit.*, pp. 123 y ss.) el sistema de los presupuestos de la nacionalidad, tiene origen en el Acta de Navegación de Cromwell en el año de 1651, por la cual, la nacionalidad inglesa sólo podía otorgarse a buques construidos en Inglaterra, de propiedad de ciudadanos ingleses y con tripulación de mayoría inglesa; sin embargo, tal rigor fue luego atenuado por las leyes posteriores.

⁵¹⁷ Chorley & Giles son un ejemplo de esta aceptación de la importancia en las consecuencias jurídicas derivadas de la ley del pabellón. Veamos: “*Since the ship is accorded a nationality it follows that, even in another state’s territorial waters, those on board live under the law of the state whose flag the ship flies. Births, deaths and marriages on board rank as events happening in the country whose nationality the ship is accorded...*” (Chorley & Giles, versión inglesa, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁵¹⁸ Ripert, Georges, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

⁵¹⁹ Rodiere, René, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

tiempo, no puede tener una doble nacionalidad, pues estaría sometido a una doble vigilancia. De este modo, el orden positivo francés no sólo acepta la tesis de la nacionalidad de las embarcaciones, sino que ha regulado las condiciones para otorgarla como tal, ya desde finales del siglo XVIII.⁵²⁰

3. Italia

Ya el Código de la Marina Mercante de este país recogía el dato de la nacionalidad. La doctrina de Antonio Scialoja, sistematizador del posterior Código de la Navegación fue del todo contundente al aceptar tajantemente la nacionalidad de las embarcaciones.⁵²¹

A partir del *Codice della Navigazione* el legislador italiano se ha preocupado por regular de modo detallado, no sólo si existe o no una verdadera nacionalidad del buque —discusión superada desde el código anterior— sino el otorgamiento de la nacionalidad de su país a los buques de acuerdo al grado de pertenencia de estos por parte de nacionales o extranjeros.⁵²²

Así, responden a los requisitos de nacionalidad exigidos para la inscripción las naves que pertenecen en una cuota no inferior a doce distintos supuestos, entre los que se encuentran: los ciudadanos italianos,

⁵²⁰ En efecto, Francia ha tenido una larga tradición en sistematizar el condicionamiento para otorgar su nacionalidad a las embarcaciones. René Rodière y Emmanuel du Pontavice narran tal regulación a lo largo del tiempo: “*Les conditions de la nationalité française furent définies par le décret de la Convention du 21 septembre 1793, appelé Acte de navigation. Il établissait trois conditions: la première a disparu, les deux autres ont été modifiées. Le Code des douanes du 8 décembre 1948 (art. 219 et s. modifiés par le décret n° 357 du 28 avril 1972) et la loi du 3 janvier 1967, modifiée par la loi n° 300 du 29 avril 1975, donnent aujourd’hui ces conditions...*” (Rodière, René; *op. cit.*, pp. 44 y ss.).

⁵²¹ Scialoja, Antonio, *op. cit.*, pp. 123 y ss. El maestro napolitano, con sus originales y contundentes afirmaciones expresaba: “El buque tiene y debe tener nacionalidad propia, y no puede tener más de una nacionalidad”. Como puede apreciarse, Scialoja, otorga al buque los mismos principios fundamentales que operan hacia las personas físicas y morales por lo que respecta al dato de la nacionalidad.

⁵²² Toda legislación impone de distintos modos los requisitos para otorgar a un buque la nacionalidad de ese Estado. El elemento objetivo lógico que las legislaciones toman en consideración, es básicamente el de la nacionalidad o el domicilio de quienes son titulares del dominio. Así, según enlista Osvaldo Blas (*op. cit.*, p. 150): unos exigen que el buque sea íntegramente de propiedad de ciudadanos nativos o naturalizados del país (Brasil, España, EEUU, Inglaterra, Japón, Noruega y Suiza); otros requieren que la mitad de su dominio, por lo menos, sea de propiedad de nacionales (Bélgica, Francia, Grecia) o bien sus dos tercios (Dinamarca, Holanda, Suecia, Italia); algunos demandan, solamente que su propietario se domicilie en el territorio nacional (Argentina).

las personas jurídicas italianas (ya sean públicas o privadas), así como a otras sociedades equiparadas.

4. *España*

En su desarrollo histórico, el sistema español ha regulado desde un inicio la cuestión de la nacionalidad del propietario,⁵²³ y ya desde las Ordenanzas de Matrícula de 1802 se disponía la absoluta propiedad del buque por parte de vasallos de la Corona para poder gozar de la nacionalidad española.

En la actualidad, tanto el Código de Comercio, como el Real Decreto del 28 de julio de 1989 sobre abanderamiento matriculación de buques y registro marítimo establecen, con distinto contenido cada uno, las condiciones para que el Estado Español otorgue la nacionalidad a un buque.⁵²⁴ Sin embargo, pese a que se reconoce la nacionalidad de las embarcaciones, no parece haber una norma que expresamente otorgue la nacionalidad; lógicamente ello no obsta para que reunidos los requisitos del otorgamiento, el buque en cuestión sea considerado como parte de la marina mercante española.

5. *Argentina*

Por el contrario, la Ley de Navegación de la Argentina es contundente al señalar como efecto de la inscripción en la matrícula nacional, el conferimiento de la nacionalidad argentina y el derecho de enarbolar el pabellón nacional.⁵²⁵

⁵²³ El desarrollo de la regulación de la nacionalidad del buque es tratada de modo docto y prolijo por el maestro Hernández Izal. Ver entonces: Hernández Izal, S., *Derecho marítimo*, Barcelona, José María Boch Editor, 1995, t. III-2, pp. 868 y ss.

⁵²⁴ Código de Comercio arts. 573 a 585, y real decreto... arts. 2o. y ss.

⁵²⁵ Ley de Navegación, art. 51 y ss. Dentro de los requisitos previstos para inscribir un buque o artefacto naval a la matrícula nacional y con ello otorgar expresamente la nacionalidad, se encuentran: *a.* cumplir con las exigencias reglamentarias sobre construcción y condiciones de navegabilidad e idoneidad del buque o artefacto naval; *b.* que el propietario esté domiciliado en el país y si se trata de una copropiedad naval, que la mayoría de los copropietarios, cuyos derechos sobre el buque o artefacto naval exceden la mitad del valor de éstos, reúnan la misma condición y, *c.* si fuere titular de la propiedad una sociedad, que ésta se haya constituido de acuerdo a las leyes de la nación, o que habiéndose constituido en el extranjero tenga en la República sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de acuerdo con lo dispuesto en la ley respectiva.

6. Derecho internacional

A. Convención de Jamaica de 1982

Ya antes hemos anotado que a lo largo de la historia de nuestra disciplina, una multitud de instrumentos internacionales han incorporado el vocablo “nacionalidad” al referirse a embarcaciones.⁵²⁶ Sin embargo, tal vez ningún otro tratado internacional tenga la importancia —en este tema— que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, aprobado el 30 de abril de 1982 por una enorme cantidad de países que le dan una amplitud sin precedentes.⁵²⁷

Así, los artículos 91 y siguientes de la convención citada son determinantes en el sentido de insistir en la necesidad de que exista un vínculo real entre el buque y el Estado correspondiente. Algunas de las normas contenidas en la Convención relacionadas con la nacionalidad de las embarcaciones⁵²⁸ son las siguientes:

- Todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en alta mar;
- Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica⁵²⁹ entre el Estado y el buque;

⁵²⁶ El jurista mexicano, Alejandro Sobarzo, ofrece una amplia lista de convenciones internacionales que históricamente han contenido la aceptación de hablar de la nacionalidad de las embarcaciones.

⁵²⁷ Ya antes hemos expuesto, que este instrumento internacional, conocido como el Convenio de Montego Bay, Jamaica, se encuentra en vigor para nuestro país, fue aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 29 de diciembre de 1982, la firma del instrumento de ratificación fue el 21 de febrero de 1983 y se depositó ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas, el 18 de marzo del mismo año. La publicación en el *DOF* es del 10. de junio de 1983.

⁵²⁸ Es necesario indicar de una vez que, por el hecho de que una embarcación enarbole una determinada bandera (pabellón), ésta indicará la nacionalidad de la embarcación que se trate, aunque el uso del pabellón no es, *per se*, presunción absoluta de su nacionalidad.

⁵²⁹ Al respecto de la relación auténtica, debemos indicar que México forma parte de un instrumento internacional que intenta precisamente dar certidumbre a la relación auténtica que guarda el buque con un Estado determinado. Nos referimos al Convenio de Naciones Unidas sobre inscripción de buques de 1986; éste, fue suscrito en Ginebra en febrero de 1986; su objeto es el de establecer las condiciones de inscripción de los buques con la fin de ser garantía efectiva de la auténtica relación entre el Estado y las embarcaciones que enarbolan su pabellón. Al hablar de la publicidad naval ahondaremos en el contenido de esta convención.

- Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionalmente previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en la propia Convención, estará sometidos en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado;
- Un buque no podrá cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, salvo en caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro;
- El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado como buque sin nacionalidad.

Así pues, la Convención de Montego Bay no sólo establece como principio general que cada Estado tiene la obligación de disponer los requisitos para conceder su nacionalidad a buques para su inscripción en un registro y para tener el derecho a enarbolar su pabellón, sino que destaca ante todo que los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón enarbolan y la necesidad de que exista una *auténtica relación*⁵³⁰ entre el Estado y el buque.

B. Convención de Ginebra de 1986⁵³¹

El tema de la relación auténtica Estado-buque, ha seguido siendo objeto de regulación por convenios internacionales. Así, el 7 de febrero de 1986, se suscribió en la ciudad de Ginebra, el convenio que establece las condiciones de inscripción de los buques con la finalidad de garan-

⁵³⁰ La relación auténtica es una condición que se ha venido incorporando en distintos instrumentos internacionales; así, en un principio, en la Convención sobre la Alta Mar, además de recoger el tradicional sistema de la ley nacional, se incorporó la redacción del deber de existencia de una relación auténtica entre el Estado y el buque. Su art. 5o., señalaba entre otras cosas que: "Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque; en particular, el Estado ha de ejercer su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolan su pabellón, en los aspectos administrativo, técnico y social" (El maestro Alejandro Sobarzo practica un interesante análisis de los antecedentes de esta regulación; *op. cit.*, pp. 333 y ss.). Luego de algunos años de evolución en la Convención de Jamaica, también se reconoció la importancia de la "relación auténtica", insertándola en el contenido de su art. 91; además su desarrollo es de mayor claridad en tanto que no establece los deberes del Estado en un sentido genérico, sino pormenorizado en cada uno de los aspectos concretos, tales como registro de buques, jurisdicción, seguridad en alta mar, condiciones de navegabilidad, etc. (art. 94).

⁵³¹ Esta convención internacional ha sido suscrita por nuestro país. Ver nuestro capítulo sobre publicidad naval en esta misma obra.

tizar y consolidar la relación auténtica entre el Estado y los buques que enarbolan su pabellón.

Luego de reconocer y aceptar la vigencia de las disposiciones de otras convenciones internacionales anteriores, la de Ginebra señala en sus artículos 11 y 12 los requisitos para la inscripción en el registro que debe establecerse y la inscripción de los buques arrendados a casco desnudo.⁵³² Así pues, este segundo Convenio instrumenta algunos de los principios —sobre todo en materia marítimo—registral, de la anterior Convención de Montego Bay, Jamaica.

Como hemos podido observar hasta aquí el tema de la nacionalidad ha sido desarrollado a lo largo de la historia, no sólo por un gran número de legislaciones nacionales, sino por instrumentos internacionales en vigor. Así, las arengas doctrinales en cuanto a predicar la nacionalidad de los buques han quedado atrás, para mejor enfrentar problemas reales que el avance del derecho de la navegación debe resolver, uno de ellos: las banderas de conveniencia.⁵³³

VIII. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES

A lo largo de este capítulo, hemos venido haciendo referencia a nuestro sistema positivo vigente, por lo que a continuación sólo expondremos un esquema de los antecedentes de nuestra Ley de Navegación actual, en cuanto al tema de la nacionalidad:

⁵³² Cfr. con Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, pp. 273 y ss.

⁵³³ Algunos países desarrollados han intentado limitar el ejercicio navegatorio de los buques que enarbolan pabellones de conveniencia. Entre ellos, los países de la Unión Europea han intentado hacerlo instrumentando fuertes programas de inspección *a priori* de las embarcaciones. De forma tal que los buques “sospechosos” son inspeccionados detalladamente antes de arribar a puertos comunitarios. En principio se busca que todo buque que navegue en aguas comunitarias cumpla con los requisitos sociales y ambientales internacionales mínimos. En el fondo, se busca que los navieros pongan un límite al éxodo de sus flotas a banderas de conveniencia. Pues bien, el instrumento comunitario en donde ha quedado plasmada esta inteligente estrategia se denomina: *Memorandum de entendimiento sobre el control de los buques por el Estado del puerto*. Se celebró en París (de ahí que sea conocido como *Memorandum de París*) el 29 de febrero de 1982. Pese a esto, lo cierto es que la astucia de los navieros es ilimitada, y toda medida de control indirecta o parcial será insuficiente para los mecanismos técnicos que fácilmente pueden utilizar antes de entrar a los espacios navegables en donde sean sometidos a una dura normativa. El criterio que hemos sostenido por nuestra parte, es que los órganos de gobierno y los organismos internacionales deben escuchar inteligentemente al sector y plantear alternativas viables, partiendo de la base de que es necesario conciliar los valores jurídicos superiores tutelados por nuestra disciplina con un negocio que necesariamente debe ser lo suficientemente lucrativo para que siga operando.

1. *Ordenanzas de Bilbao*

Si bien no habrá una regulación muy específica sobre la nacionalidad de los buques, ya que todavía los distintos sectores de la doctrina no se ponían de acuerdo totalmente sobre la aceptación de la teoría del buque como territorio flotante, creemos que del texto de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 se deriva la jurisdicción del Consulado de Bilbao aplicada a todos los efectos mercantiles de su ámbito territorial de validez, por lo que podríamos inferir tanto el otorgamiento de su pabellón, como la aceptación, al menos en ese entonces, de la teoría del territorio flotante.⁵³⁴

2. *Códigos de Comercio (1854, 1884 y 1889)*

Nuestros códigos mercantiles son ya mucho más precisos y consagran alguno de los criterios ya comentados. Así, el de 1854 establece contundentemente la obligación de que tratándose de naves nacionales, debían estar registradas en la matrícula de mar de algún puerto de la República y sujetas a su Ordenanza. Señalaba también que solo los nacionales podían hacer el comercio de escala y cabotaje en los puertos de la República, salvo las excepciones de los tratados con potencias extranjeras.⁵³⁵ Los siguientes códigos mantendrían el privilegio del Estado mexicano hacia sus embarcaciones para la navegación de cabotaje.⁵³⁶

3. *Ley de Vías Generales de Comunicación*

Dentro de su ámbito iusadministrativista, este ordenamiento, por demás coadyuvante al intervencionismo del Estado en la actividad navegatoria, no sistematiza de modo claro las ideas del otorgamiento de la nacionalidad, aunque sí acota la libertad de los buques extranjeros para realizar ciertas actividades.⁵³⁷

534 Cfr. con el cap. I de las *Ordenanzas de Bilbao*; *op. cit.*, p. 451.

535 Ver arts. 468 y ss. de ese Código.

536 Ver arts. 1023 y ss. del de 1884 y el 665 y ss. del de 1889 aunque no tan claramente.

537 Ver arts. 189 y ss. de esa ley.

4. *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*

Finalmente nuestro ordenamiento precedente es similar a la ley actual en cuanto a la consideración de buques como de nacionalidad mexicana; además las consecuencias del otorgamiento de nacionalidad en la ley anterior, fueron —por lo que ve a los incentivos a la marina mercante nacional— mejor entendidas que en nuestra ley actual, sobre todo en lo que respecta a la navegación de cabotaje, que como hemos visto, tradicionalmente se mantiene para nacionales y no se abre sin más a la voraz competencia del exterior.⁵³⁸

Como antes mencionamos, el análisis a los preceptos de nuestra ley vigente se ha vertido a lo largo de este capítulo, por lo que a continuación pasaremos a un tema distinto: el doble registro y las banderas de conveniencia.

IX. PROBLEMAS COMPLEJOS DE NACIONALIDAD

El desarrollo del tráfico marítimo internacional ha recordado viejos problemas como el de la piratería, pero ha originado también nuevas cuestiones como el de las banderas de conveniencia o el doble registro en el arrendamiento a casco desnudo. Por su especificidad y actualidad merecen ser tratados por separado, aunque de un modo breve. Comentemos entonces, los siguientes tópicos: doble bandera, buques sin nacionalidad, doble registro en arrendamiento a casco desnudo, banderas de conveniencia y usurpación del pabellón.

1. *Doble bandera*

Ya antes hemos anunciado algunos de los problemas que la práctica marítima ha ido ocasionando a la institución de la nacionalidad como vínculo jurídico auténtico entre el Estado y el buque. Pues bien, el buque que navega bajo dos o más pabellones representa uno de esos problemas.

La seguridad jurídica en la navegación es un bien jurídico tutelado por el derecho de la navegación internacional, por ello es factible comprender que si un buque se valiera de una u otra nacionalidad para eludir sus obligaciones o bien para acogerse a beneficios de otra de las adop-

538 Ver art. 88 de esa ley, y *cf.* con art. 12 de la actual.

tadas, no sólo habría serios problemas para imponerle la ley aplicable de uno de los Estados cuyo pabellón enarbola, sino se llegaría incluso al absurdo que ante cierta problemática el buque no se encontrara sujeto a ninguna de las jurisdicciones en principio aplicables.

Así, durante la permanente evolución del derecho de la navegación, este fenómeno ha surgido para intentar ser resuelto y dar con ello seguridad a la actividad navegatoria. El principio general consagrado en las legislaciones nacionales y en los instrumentos internacionales es que un Estado no está facultado para otorgar nacionalidad a una embarcación que todavía no haya dimitido de la suya.

Tanto nuestra Ley de Navegación como en la Convención de Montego Bay de 1982, este principio ha quedado claro. Por lo que ve a la primera, ya antes veíamos que son embarcaciones y artefactos navales mexicanos los abanderados y matriculados en alguna capitanía de puerto, a solicitud de su propietario o naviero, previa verificación de las condiciones de seguridad del mismo y presentación de la dimisión de bandera del país de origen de acuerdo al reglamento respectivo.⁵³⁹

Montego Bay, tras recoger el principio de la tradición internacionalista del derecho de la navegación, señala que el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado, y podrá ser considerado como buque sin nacionalidad.⁵⁴⁰

En un razonamiento interesante, el jurista mexicano Alejandro Sobarzo, explica que si partimos del supuesto normal de que una nacionalidad le fue otorgada a un buque legítimamente, nos encontramos ante el único caso de derecho internacional marítimo en que la nacionalidad de un buque se desconoce por terceros Estados, independientemente del criterio del Estado que la hubiere otorgado y antes, inclusive, de que éste tuviera conocimiento de los hechos. Se señala como único caso —sigue— en virtud de que hasta el buque pirata⁵⁴¹ conserva su nacionalidad y sólo la pierde cuando la legislación del Estado a que pertenece considera la piratería como una causa de pérdida de la nacionalidad.⁵⁴²

⁵³⁹ Ver art. 9o. de la Ley de Navegación.

⁵⁴⁰ Art. 92.2 de la Convención de Jamaica de 1982.

⁵⁴¹ La noción de buque pirata y el respectivo derecho de apresamiento, está igualmente regulada en la Convención de Montego Bay, arts. 101 a 107.

⁵⁴² Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, p. 330. El autor mexicano basa su razonamiento en el art. 104 de la Convención de Montego Bay, Jamaica.

2. Buques sin nacionalidad

Al iniciar uno de nuestros capítulos precedentes, citábamos el comentario de George Ripert, respecto a que una persona puede no tener nacionalidad o tener dos; sin embargo, un buque no puede —decía el maestro— carecer de nacionalidad, si no la tuviera sería considerado como un navío pirata y el pirata es el enemigo común.⁵⁴³

Pues bien, la afirmación del jurista francés es correcta aunque debe ser acotada por algunos nuevos principios también instrumentados en la Convención de Montego Bay. Nos referimos a la actualización de la sospecha mediante el ejercicio del derecho de visita, cuando un buque de guerra tiene motivos razonables para sospechar que un determinado buque se dedica a actividades de piratería, trata de esclavos, realiza transmisiones no autorizadas, no tiene nacionalidad, o tiene la misma que la del buque de guerra aunque enarbole un pabellón extranjero o se nigue a enarbolar su pabellón.

Así, el buque de guerra está legitimado para inspeccionarlo y en algunos casos extremos a confiscarlo, sin que pueda ir en búsqueda de auxilio a su jurisdicción, pues no al no tener vínculo con ningún Estado, el buque no cuenta con jurisdicción alguna.

3. Doble registro en el arrendamiento a casco desnudo

Como mencionábamos líneas arriba la evolución de mecanismos contractuales que agilizan el tráfico de la riqueza, como es el caso del arrendamiento a casco desnudo⁵⁴⁴ (*bareboat charter*),⁵⁴⁵ han cobrado gran actualidad e importancia, por lo que el derecho de la navegación se debe de actualizar constantemente a las necesidades de la industria marítima y, al propio tiempo, ser congruente con sus propios principios. Así pues, se ha actualizado la necesidad de combinar este contrato con la posibilidad del derecho a enarbolar el pabellón en forma transitoria, mediante la inscripción del contrato en los registros marítimos.

⁵⁴³ Ripert, Georges, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁴⁴ Nuestra Ley de Navegación denomina a este contrato fletamento o arrendamiento a casco desnudo. Es quel en virtud del cual, el fletante se obliga a poner por un tiempo determinado a disposición del fletador, una embarcación determinada, sin armamento y sin tripulación a cambio del pago de un flete (art. 95, fr. I)

⁵⁴⁵ Ver al respecto nuestros comentarios sobre el *bareboat charter* y el *charter by demise* en los últimos dos capítulos de esta obra.

La finalidad del *bareboat charter*, en función del doble registro y de las nacionalidades transitorias, dice Domingo Ray, es facilitar la construcción y la adquisición de buques.⁵⁴⁶ Así, se matricula el buque y se inscribe la hipoteca en un determinado país, y luego se suspende la matriculación, al solo efecto de la gestión del buque, de modo que la hipoteca se regula por la ley del Estado de la matrícula originaria, y el ejercicio de la navegación, según la legislación del Estado en que el buque se inscribe sobre la base del *bareboat charter*.

La situación de este tipo de doble registro, está previsto en nuestra Ley de Navegación, al indicar que las personas físicas mexicanas o morales constituidas conforme ante las leyes mexicanas podrán abanderar, matricular y registrar como mexicanos embarcaciones y artefactos navales de su propiedad o en su posesión, mediante contrato de fletamento a casco desnudo. Así pues, es un derecho privativo para mexicanos, a excepción de embarcaciones de recreo o deportivas para uso particular, que sí pueden ser abanderadas, matriculadas y registradas por extranjeros.⁵⁴⁷

4. Banderas de conveniencia

El término de bandera o pabellón de conveniencia emana de la traducción inglesa de *flags of convenience* (“FOCs”); pero además recibe otros nombres, como los de bandera de complacencia, de necesidad, buques de libre matrícula o de sistemas abiertos.⁵⁴⁸

Pues bien, una vez enunciado el concepto situemos el problema de cuando los propietarios o armadores de un buque optan por abanderarlo y matricularlo con el pabellón de ciertos Estados que cuentan con sistemas abiertos y escasa o nula regulación fiscal, administrativa o laboral que pueda afectar económicamente a la empresa de la navegación.⁵⁴⁹ Así, los propietarios o armadores cumplen el requisito fundamental de

⁵⁴⁶ Ray, Domingo, *op. cit.*, t. I, pp. 280 y ss.

⁵⁴⁷ Ver art. 10 de la Ley de Navegación.

⁵⁴⁸ Cfr. con Blas, Osvaldo, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

⁵⁴⁹ Algunos de los Estados que cuentan con estos sistemas abiertos son: Liberia, Panamá, Chipre, Singapur y Vanuatu; sin embargo, cada año se suman países que pretenden competir en la guerra por atraer buques a sus registros nacionales. Ahora bien, es importante distinguir —apunta correctamente Alejandro Sobarzo— entre territorios de pabellones de conveniencia y territorios que ofrecen grandes atractivos desde el punto de vista fiscal, tales como Bermudas, Bahamas, Gibraltar y Antillas Holandesas (*op. cit.*, p. 340).

matrícula, sin tener grandes cargas impuestas por el Estado de sistema abierto, a cambio de la matriculación, estos sistemas ofrecen cierto tipo de servicios técnicos y administrativos.⁵⁵⁰

De modo esquemático, Alejandro Sobarzo ofrece seis características comunes a los países de sistemas abiertos.⁵⁵¹ Veamos:

- El país de registro permite la propiedad y/o el control de sus naves mercantes por extranjeros;
- El acceso al registro es fácil, con lo que un buque puede registrarse en un consulado en el extranjero y no hay mayor problema para un posterior cambio de registro;
- No se establecen impuestos locales sobre el ingreso proveniente de los buques, o si los hay son más bajos que el resto de los sistemas. Dentro de los cargos existentes, están los de tarifa de registro y tarifa anual en base al tonelaje;
- El país de registro es un país pequeño sin exigencias nacionales para los buques registrados sin embargo, para las dimensiones de su economía, el ingreso por volumen es considerable;
- El manejo de los buques por extranjeros se permite con toda libertad;

El país de registro no tiene ni el poder ni la maquinaria administrativa para imponer, de manera efectiva, cualquier reglamento gubernamental o internacional; ni tampoco el deseo ni el poder para controlar a las navieras.

Ahora bien, el fenómeno de las banderas de conveniencia, ha relucido históricamente en el seno de organismos internacionales especializados, como la actual Organización Marítima Internacional (“OMI”). En efecto, en dos ocasiones se negó la admisión de dos Estados que sumaban un porcentaje importante del tonelaje mundial, nos referimos a Liberia y a Panamá. Ante la negativa de inclusión para integrar el consejo del Comité de Seguridad de esa organización, ambos países impugnaron la decisión

⁵⁵⁰ Cfr. con Ray, Domingo, *op. cit.*, t. 1, pp. 280 y ss. Este solo tema es objeto de toda una monografía especializada que evidentemente excede los propósitos del presente trabajo. Por ello es que hemos optado por enunciar algunos de los rasgos esenciales de la cuestión tanto en este apartado como en otros que remiten al tópico.

⁵⁵¹ Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, p. 339. Este autor mexicano, al igual que en otros rubros de su obra, hace una excelente descripción histórica del fenómeno de las banderas de conveniencia.

ante el Tribunal de Justicia de La Haya, siendo de la mayoría del tribunal que el elemento a considerar para la admisión o no era el requisito del tonelaje registrado.⁵⁵²

Así, a lo largo de los años una gran cantidad de argumentos contrarios a la existencia de este tipo de sistemas abiertos se han generado, sin embargo, no todos los argumentos han sido precisamente atinados. Incluso autores como el propio Alejandro Sobarzo han señalado que la oposición a los pabellones de referencia se reduce a una mera cuestión de competencia, sin que se puedan ya esgrimir argumentos de peso en su contra.⁵⁵³

No es tarea fácil intentar establecer un criterio sobre el fenómeno en análisis. Como ya antes hemos expresado, la complejidad de la situación exige que se tomen en cuenta todos los elementos en juego; pero ante todo, que se tome en cuenta la opinión de los protagonistas del problema. Sólo así será posible conciliar los valores jurídicos superiores de nuestra disciplina con el legítimo ánimo de lucro del sector naviero que hace que los buques sigan siendo un instrumento eficaz para el comercio exterior.⁵⁵⁴

Sin embargo, fuera de los argumentos económicos, existe también un hecho contundente en oposición al régimen de libre bandera, que habrá de ponderarse: nos referimos al principio de la relación auténtica entre el buque y el Estado cuya bandera enarbola.⁵⁵⁵

Así pues, si bien es cierto que el problema de dilucidar el significado real de la llamada “relación auténtica” fue una tarea demasiado compleja para ser resuelta en tan poco tiempo en el seno de la Convención de

552 Ver al respecto la reseña que hace don Domingo Ray (*op. cit.*, t. I, pp. 280 y ss.).

553 Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, p. 344.

554 Entre nosotros, el maestro Salgado y Salgado ofrece una adecuada sistematización sobre el tema, en la medida que llega incluso a reconocer cuatro tipos de países de libre registro: *a.* Los países de registro abierto independientes como Liberia, Panamá y Chile; que sólo ellos tienen la tercera parte del tonelaje de registro bruto mundial; *b.* Registros abiertos dependientes, como son Las Antillas Holandesas, Bermudas, Gibraltar y las Islas Caimán, entre otros; *c.* Los registros “costa afuera” como serían las islas británicas de Gemesey, Jersey y Man; la Isla de Kerguelen de Francia, la Isla de Heligoland de Alemania, la Isla de Gotland de Suecia, las Islas Canarias de España, y otras; *d.* La cuarta categoría fue creada por Noruega al establecer el segundo registro noruego con el nombre de *Norwegian International Shipping Register (NIS)* ejemplo —apunta el maestro Salgado— que han seguido ya Dinamarca, España y Japón para regresar sus buques de los pabellones de la primera categoría preferentemente (ver Salgado, José, *Dictamen...*, *op. cit.*, pp. 5 y ss. Ver además Vázquez, Mario; *Las banderas de conveniencia fuente de conflictos*, citada por el autor antes señalado).

555 Para el estudio de los antecedentes del concepto, acudir a Alejandro Sobarzo (*Idem*, pp. 333 y ss.).

Ginebra de 1958,⁵⁵⁶ también lo es que por años la cuestión ha ido madurando hasta cobrar una regulación eficaz y puntual en la Convención de Jamaica de 1982.

De tal modo, el texto del instrumento internacional, con una buena técnica deductiva, establece primero el principio general de que todo Estado debe ejercer de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón; para luego profundizar en cada uno de esos rubros. Con ello, el dato de la “relación auténtica” ha dejado de ser una mera especulación para convertirse en un listado de deberes puntuales para cada Estado contratante.

5. *Usurpación del pabellón*

Como último apartado de este capítulo destinaremos una líneas al tipo delictual nominado “usurpación de pabellón”, el cual se configura cuando un buque que no está legitimado para ello enarbola una determinada bandera nacional.

Pues bien, la indebida utilización de una bandera que es tan patente en periodos bélicos, ha sido sancionada por algunos de los principales ordenamientos de los sistemas positivos que hemos venido consultando. Así, el Código de la Navegación italiano, tras delimitar los elementos del tipo, impone la pena de hasta un año de prisión o bien, de cien mil a un millón de liras;⁵⁵⁷ normas estatutarias del derecho británico o del estadounidense son igualmente importantes.⁵⁵⁸

Pese a la relevancia para la seguridad jurídica en la navegación nacional e internacional, nuestra Ley de Navegación no establece un tipo delictual especial, sino que, en su capítulo de sanciones sólo indica la sanción a los capitanes y patronos de embarcaciones por no enarbolar la bandera en aguas mexicanas, sin que se haga alusión alguna a la usurpación de bandera.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ “1130 (*Uso abusivo della bandiera o della marca di nazionalità*).- Chiunque inalbera o usa su nave non nazionale la bandiera italiana, ovvero usa su aeromobile non nazionale la marca di nazionalità italiana è punito con la reclusione fino a un anno ovvero con la multa da lire centomila a un milione”.

⁵⁵⁸ Cfr. Sobarzo, Alejandro, *op. cit.*, pp. 327 y ss.

⁵⁵⁹ Art. 139 IV, inciso a). de nuestra Ley de Navegación.

Así, en nuestro sistema parece que no hay otra norma que la prevista por el artículo 192 del Código Penal Federal, respecto al delito de uso indebido a las insignias nacionales, el cual tiene una ridícula sanción de tres días a un año de prisión.⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ El delito se consuma —explican los penalistas Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas—, por el hecho del uso, cualquiera que éste sea, siempre que sea indebido; y lo es el contrario al permitido por la ley, así se haga por una sola vez, de los símbolos representativos de la nación a que se refiere el artículo comentado (escudo, insignias, himno nacional). En cuanto al objeto jurídico tutelado, no es la autoridad pública, sino la dignidad de la Nación. Delito de lesión o daño y que sólo puede ser doloso, no siento configurable la tentativa. Sujeto activo: cualquiera puede serlo, nacional o extranjero. Pasivo: la Nación (Carrancá y Trujillo, Carranca y Rivas; *op. cit.*, p. 448).