

CONDICIONES EN LAS CUALES LOS ESTADOS CONCEDEN A LOS BUQUES EL DERECHO DE ENARBOLAR EL PABELLON NACIONAL *

Creemos que habría sido más apropiado designar el tema con el título de: "Condiciones para la adquisición de la nacionalidad de un Estado determinado por parte de un buque". En efecto, "el derecho de enarbolar el pabellón nacional", o sea el abanderamiento, no es más que una consecuencia del otorgamiento de la nacionalidad al buque. El pabellón es, pues, el signo distintivo, aparente, de la nacionalidad y constituye una exteriorización de la misma. Por el hecho de enarbolar el pabellón se presume que el barco tiene la nacionalidad del Estado al que pertenece dicho pabellón. Sin embargo, el pabellón no es prueba decisiva de la nacionalidad, puesto que ésta se comprueba únicamente por los denominados "papeles de a bordo" o documentación del buque. En general, el uso indebido y no autorizado del pabellón, se castiga severamente, incluso con la confiscación de la nave.

En vista de lo anterior, creemos que nos interesa primariamente el analizar los requisitos para el otorgamiento de la nacionalidad al buque, ya que una vez concedida, el derecho de enarbolar el pabellón es su lógica e inevitable consecuencia. Por otra parte, cuando el buque pierde la nacionalidad, se extingue correlativamente el derecho de ostentar el pabellón. El retiro o dimisión de la bandera no significa otra cosa que la desnacionalización de la nave.

La función que desempeña la bandera es de innegable utilidad. Permite, desde luego, la identificación de la nave en alta mar y en los puertos. Esto trae como consecuencia la atribución de una serie de derechos

* Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bruselas 4 a 9 de agosto de 1958. [Sección IV, C.—*Derecho Internacional Público*, punto 1 del programa.]

y obligaciones a la nave, según la nacionalidad que ostente. Permite también que le sea otorgada protección en casos de guerra o en tiempo de paz y ayuda a la represión de la piratería, ya que se presume que una nave es pirata cuando navega sin pabellón y no puede demostrar una determinada nacionalidad. Como bien lo expresa Bruno,¹ es una verdadera necesidad de la vida del mar y una medida de policía el derecho que tienen las naves de guerra sobre las mercantes para “verificar el pabellón”. Existe también otra consecuencia importante, y es que el pabellón determina la ley aplicable, pues como declara acertadamente González Gowland,² “la nacionalidad indica una forma particular de conexión entre el buque, como complejo de bienes y de relaciones jurídicas, y la ley del Estado cuya bandera enarbola. Puede afirmarse que el buque lleva consigo el signo claro e inequívoco de la ley de que depende su régimen jurídico: especie de estatuto personal creado para certeza de los derechos de los terceros, toda vez que acompaña a aquél en sus peregrinaciones a través del mar”.

No habremos de discutir con detenimiento el problema de la nacionalidad del buque, aunque amerita considerar sus principios fundamentales.

Se ha debatido sobre la aplicabilidad del concepto “nacionalidad” a los buques. Autores como Fiorentino, Scialoja, Brunetti y Ripert admiten que los buques pueden tener una nacionalidad, e incluso Ripert comete el error de afirmar: “Toda embarcación tiene necesariamente una nacionalidad... Es aquí donde la comparación de la persona física y del buque toma cierta apariencia de verdad... La nacionalidad de una persona es la relación entre esta persona y la agrupación política... Los buques tienen una relación con un Estado, por consiguiente, una nacionalidad”.³ Para nosotros, no puede existir una “relación” entre el Estado y una cosa, y opinamos que más bien se trata de una peculiar situación jurídica de protección, en virtud de la cual los buques, aun cuando no sean de propiedad estatal, están sometidos a las leyes y, en general, a la soberanía del Estado cuyo pabellón están autorizados a enarbolar, lo

1 Citado por Víctor ROMERO DEL PRADO, *Manual de Derecho Internacional Privado*, tomo II, p. 611, (Buenos Aires, 1944).

2 *Ibidem*.

3 *Compendio de Derecho Marítimo*, p. 47, (Buenos Aires, 1954). En cuanto a los demás autores citados: FIORENTINO, *Diritto della Navigazione*, p. 34, (Nápoles, 1954); BRUNETTI, *Derecho Marítimo Privado*, tomo I, p. 24, (Barcelona, 1950), y SCIALOJA, *Sistema del Derecho de la Navegación*, p. 123, (Buenos Aires, 1950).

que trae como consecuencia el disfrute de una serie de derechos y el cumplimiento de ciertas obligaciones. Creemos, con Niboyet,⁴ que el uso del concepto de nacionalidad en relación con los buques es poco técnico, puesto que no puede existir un vínculo jurídico-político entre la nave y el Estado. Estimamos que, no teniendo el buque personalidad jurídica, falta un elemento básico de esa relación vinculatoria que es la nacionalidad. El concepto del pabellón puede ser suficiente para denotar esa particular situación de dependencia, puesto que el pabellón significa que el buque está matriculado en un país, el cual le otorga el derecho de invocar la protección del Estado y la intervención diplomática. Ahora bien, la explicación de este fenómeno radica en que el buque debe estar sometido a un estatuto jurídico determinado en virtud de constituir un complejo de intereses, pero —como concluye el mencionado autor— no es permisible configurar como nacionalidad esta situación de protección por parte de un Estado determinado.

No obstante lo anterior, creemos que la discusión terminológica puede pasar a un segundo término si se tiene plena conciencia de las limitaciones y modificaciones que el concepto nacionalidad sufre al aplicarse al buque. Por usarse corrientemente este término, su principal ventaja es la de cierta comodidad en la designación.

El análisis comparativo de los principios sobre la nacionalidad de los buques frente a la de los individuos revela a primera vista notorias diferencias. Así, por ejemplo, mientras que una persona física puede no tener nacionalidad (apátrida), el buque que carezca de ella será considerado como pirata o enemigo común y podrá ser apresado por cualquier nave. De la misma manera, mientras que en los individuos es usual encontrar casos de doble nacionalidad, en relación con los buques se consideraría una situación altamente irregular que presupondría la comisión de un acto ilícito. En efecto, una nave sujeta a doble nacionalidad tendría dos situaciones jurídicas simultáneas que le permitirían violar la ley de uno de los países o escudarse con la nacionalidad que más le favoreciera. Otra particularidad consiste en que, de acuerdo con el Tratado de Versalles de 1919, un Estado sin litorales marítimos (como Suiza, por ejemplo) puede otorgar nacionalidad a los buques. Es obvio también que tanto en los criterios de nacionalidad como en sus efectos, la nacionalidad de los buques y de los individuos difieren notablemente, como se verá más adelante en detalle.

4 *Traité de Droit International Privé Français*, tomo I, p. 89 (París, 1947).

Pasando ahora al análisis del problema desde el punto de vista del Derecho mexicano, cabe afirmar que, desde la independencia, México ha utilizado la designación de "buques nacionales y extranjeros" y aceptado la nacionalidad de los buques.

Han existido en México diversas regulaciones sobre la materia. La más antigua de que tenemos noticia es el Decreto de 28 de enero de 1826, complementado con los Decretos de 30 de noviembre de 1829 y 16 de agosto de 1830 y que estableció que los buques de construcción extranjera eran admitidos al beneficio de la nacionalidad mexicana.

Contemporáneos a esos decretos fueron varios de los tratados de navegación y comercio celebrados por México con diversas potencias. Especial mención merece el celebrado con la Gran Bretaña el 25 de octubre de 1827. En él se reconocía únicamente a los buques ingleses el derecho de transportar a México los productos de la Gran Bretaña. En efecto, el artículo 6 del mencionado tratado equiparó el pabellón británico con el mexicano para el pago de los derechos de importación sobre los productos ingleses que fueren transportados; pero dejaba abierta la posibilidad de que México impusiera un recargo de derechos cuando los productos proviniesen de un país distinto, medida que puede considerarse de protección a la Marina mexicana, pues reducía el pago de derechos a todo buque mexicano que realizara ese servicio. Sin embargo, los buques ingleses se aprovecharon para traer a puertos mexicanos productos de otros países, lo que motivó protestas del autor mexicano Sierra.⁵

Otro documento de gran interés para el estudio de la evolución histórica de la materia en Derecho mexicano es la carta que escribió el Vice-Almirante francés Charles Baudin al Ministro de Guerra y Marina de México el 8 de enero de 1839. Su texto es el siguiente: "Excelencia: He visto hoy, en el núm. 1341 del Diario del gobierno de México, una comunicación fechada el 28 de diciembre pasado y dirigida por el Ministro de la Guerra y la Marina a los secretarios de la Cámara de Diputados relativa a un proyecto de reglamentación del tráfico, que se propone presentar el gobierno mexicano al Congreso. A este respecto, debo hacer del conocimiento de su Excelencia que, en interés del comercio de todas las naciones y a fin de evitar que surja un sistema de piratería y bandidaje bajo el pabellón mexicano, desde el pasado 15 de diciembre he dado las siguientes instrucciones a los capitanes de los buques de guerra bajo mis órdenes: 'Sólo serán considerados como mexicanos aquellos buques cons-

5 *Lecciones de Derecho Marítimo Internacional*, México, 1854.

truidos en uno de los puertos de México, provistos de una patente de nacionalidad regular, expedida directamente por el gobierno de ese país y cuyo capitán y los 2/3 de la tripulación como mínimo sean mexicanos por nacimiento.' Todo corsario, bajo pabellón mexicano, que no satisfaga estas condiciones, será considerado como *pirata* y, como tal, tratado con toda la severidad de las leyes de la guerra." ⁶

Como podrá observarse, en esa carta se recogían los criterios de determinación de la nacionalidad de los buques que consagrara por vez primera el "Acta de Navegación de Cromwell" desde 1651 al hablar de las condiciones que debían llenar las naves para ser consideradas como inglesas. Este rigor máximo, que posteriormente se fue atenuando en las diversas legislaciones y hoy en día ha desaparecido prácticamente, se encuentra, sin embargo, presente en el "Acta de Navegación" mexicana de 30 de enero de 1854. Conforme a ella, se consideran como buques mexicanos (art. 5), aparte de los que tenían tal calidad a la entrada en vigor de esa ley, aquellos construidos en el territorio de la República o apresados al enemigo por sus buques de guerra o corsarios y declarados buena presa por los tribunales competentes. Además, en lo concerniente a la propiedad, se exigía que perteneciera el buque en su integridad a nacionales y no a los extranjeros; en cuanto al capitán y oficiales, éstos debían ser ciudadanos mexicanos y la tripulación debía estar integrada por lo menos en dos terceras partes por nacionales. Se establece, también, que la navegación de cabotaje se concederá a los buques nacionales con absoluta exclusión de los extranjeros.

Un tratadista de la época, Sierra, hace notar que aunque la bandera es el distintivo visible de la nacionalidad de un buque, era necesario comprobarla con la documentación de la nave, que en México se denomina Patente de navegación, expedida por el "Jefe Supremo de la República", refrendada por el ministro del ramo y endosada por el capitán del puerto a cuya matrícula el buque pertenece, y que se complementa con la lista de la tripulación, el título de propiedad del buque y la carta de ciudadanía del capitán. Con no disimulado orgullo, comenta este autor que en 1851 un bergantín mexicano, construido en un astillero de Campeche y bautizado con el nombre de "Deseo", había llegado hasta el Mar Mediterráneo y encontrado debida protección en Trieste a pesar de que no existía tratado alguno entre México y Austria, lo que indicaba que el pabellón mexicano había sido debidamente reconocido.

⁶ Publicada en el Apéndice al tomo I de la obra de ORTOLAN, *Règles internationales et diplomatique de la Mer*, p. 430, (París, 1864).

La materia marítima se ha considerado tradicionalmente en México como de carácter federal. Desde la anterior Constitución Política de 1857 se había establecido, en su art. 72, que el Congreso tiene facultad "para reglamentar el modo en que deban expedirse las patentes de corso; para dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir las relativas al derecho marítimo de paz y guerra (fracción xv); así como para dictar leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos" (fracción xxii). También el artículo 87 (fracción ii) dispuso que corresponde a los tribunales de la Federación conocer de las controversias que versen sobre Derecho marítimo. Idéntico texto tiene la Constitución vigente (1917) en las fracciones respectivas de sus artículos 73 y 104.

El Derecho vigente mexicano sobre la materia encuentra su base en el artículo constitucional antes transcrito. Existen otros artículos en nuestra Ley fundamental que aluden a la diferenciación entre naves mexicanas y extranjeras, tales como el 30, que considera mexicanos por nacimiento a "los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes", o el 32, que fija como requisito indispensable el ser mexicano por nacimiento para poder formar parte de la tripulación o personal "que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mexicana".

El Código de Comercio de 1889, aún vigente, contiene en su libro 3º, una serie de disposiciones que regulan el comercio marítimo, aunque no habla expresamente de la nacionalidad de la nave. Dignos de mencionarse serían, tal vez, dos artículos. En primer término, el 614 dispone: "Los buques mercantes constituirán una propiedad que se podrá adquirir indistintamente por toda persona que no tenga incapacidad legal para ello. Las embarcaciones se adquirirán por los mismos modos prescritos en derecho para adquirir el dominio de las cosas comerciales. Cualquiera que sea el modo con que se haga la traslación de dominio de una nave, ha de constar por escritura pública o por póliza ante corredor. Para que las embarcaciones aparejadas, equipadas y armadas puedan dedicarse al comercio, han de girar necesariamente bajo el nombre y responsabilidad directa de un naviero." Su importancia estriba en que debe relacionarse con las disposiciones de la Ley de Vías Generales de Comunicación en materia de adquisición del buque. El segundo artículo sería el 654, que presupone también una diferenciación entre naves mexicanas y extranjeras: "Las embarcaciones extranjeras surtas en puertos mexicanos no pueden ser embargadas por deudas que no hayan sido contraídas en el

territorio mexicano y en utilidad de la mismas embarcaciones, a no ser por sentencia pronunciada en país extranjero que deba ejecutarse con arreglo a las leyes de la República.” Cabe añadir que en el Anteproyecto del Nuevo Código de Comercio, se ha excluído la materia del comercio marítimo y ésta será objeto de regulación especial en la codificación marítima mexicana que llevará el evocador nombre de “Ordenanzas del Mar” y que en estos momentos se redacta bajo la dirección del destacado especialista mexicano, doctor Raúl Cervantes Ahumada.

Indudablemente, el caudal más importante de disposiciones relativas a la nacionalidad y al abanderamiento de los buques se encuentra en la Ley de Vías Generales de Comunicación de 19 de febrero de 1940. El capítulo XIII de la misma se intitula: “De la matrícula y abanderamiento”, y contiene preceptos de gran interés. El artículo 275 declara que: “son embarcaciones de nacionalidad mexicana: I. Las abanderadas en la República, conforme a la presente ley; II. Las abandonadas en aguas territoriales; III. Las que deben quedar a beneficio de la nación, por contravenir las leyes de la República; IV. Las capturadas al enemigo y consideradas como buena presa, y V. Las construídas en la República para sus servicios”. Obsérvese cómo los requisitos de la anterior Acta de Navegación se han suavizado y ya no se exige la existencia concurrente de los mismos. El artículo 276 afirma que las embarcaciones mexicanas tienen derecho a enarbolar el pabellón mexicano, siempre y cuando se hayan matriculado previamente en alguna capitanía del puerto del litoral en que naveguen y a solicitud del naviero. Sin embargo, las naves que se encuentran en las hipótesis de las fracciones III, IV y V arriba transcritas se matricularán de oficio. En el caso en que la embarcación que desea abanderarse como mexicana se encuentre en el extranjero, será necesario llevar a cabo la inscripción ante el cónsul mexicano respectivo, quien expedirá pasaporte hasta el puerto que será el de matrícula.⁷

De acuerdo con el artículo 277 de la misma Ley, “los extranjeros que desarrollaren actividades de carácter industrial en la República podrán adquirir embarcaciones para sus propios servicios, pero deberán abanderarlas como mexicanas y otorgarán fianza en escritura pública, equivalente al 25% del valor de la embarcación, para garantizar el uso de la bandera nacional. El avalúo respectivo se hará por peritos designados por la Secretaría de Comunicaciones a costa del interesado. El monto

⁷ Existe una cómoda traducción al inglés de los artículos más importantes, en la publicación de las Naciones Unidas titulada *Laws concerning the nationality of ships*, Nueva York, 1955.

de la mencionada fianza será disminuído anualmente en un 5% siempre que no se hubiere hecho uso indebido de la bandera nacional, a juicio de la Secretaría de Comunicaciones". Este precepto difiere de los correspondientes a la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1932, ya derogada.⁸

La Ley establece que las embarcaciones deberán estar provistas de la "Suprema Patente de Navegación" o, mientras ésta no se expida, del correspondiente "Pasavante". En la primera se harán constar el tonelaje y las características esenciales de la nave, mismas que sólo se podrán modificar previo permiso de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas.⁹

El registro de una embarcación se podrá cancelar por: "pérdida de la nacionalidad mexicana de la embarcación o la de su propietario, salvo lo previsto en el art. 277"; "naufragio, incendio o cualquier otro accidente que imposibilite a la embarcación por más de un año" y por "no arribar la embarcación por más de dos años al puerto de su matrícula, excepto el caso en que se compruebe que navega entre otros puertos del país o del extranjero".¹⁰ La cancelación será aceptada por la Secretaría de Comunicaciones y tendrá como consecuencia la caducidad de la concesión, la revocación del permiso o la rescisión del contrato mediante el cual estuviera explotando el servicio público de transporte.

El art. 282 enumera las diversas hipótesis de pérdida de la nacionalidad mexicana de la embarcación, que comprenden: "la venta o adjudicación en juicio a personas extranjeras", "la captura hecha por el enemigo en caso de guerra, si fuere declarada 'buena presa' "; "la confiscación en país extranjero"; el hecho de "ignorarse su paradero por más de dos años en el puerto de matrícula" y "por dimisión de la bandera". La dimisión de la bandera tiene lugar, ya sea a solicitud del propietario o por enajenación de la embarcación a extranjeros, previo permiso de la Secretaría de Comunicaciones (art. 283), y se acordará únicamente cuando esté garantizado el interés del fisco y el pago de los salarios y sueldos de la tripulación, así como los gastos de repatriación de ésta hasta el puerto nacional en que fue contratada (art. 284).

8 Véase, a ese respecto, la consulta que el notario Manuel ANDRADE hiciera a la Secretaría de Comunicaciones respecto a la interpretación de los artículos sobre adquisición de buques mercantes mexicanos. Puede encontrarse en *Laws concerning nationality of ships*, cit., p. 108, nota 1.

9 Art. 279 y art. 280.

10 Art. 281.

Aparte de las disposiciones anteriormente mencionadas de la Ley de Vías Generales de Comunicación, deben consultarse los preceptos del reglamento para abanderamiento y matrícula de los buques mercantes nacionales, de 2 de agosto de 1946. El artículo 1º indica que se tratará de un buque mercante nacional si cae dentro de cualquiera de las siguientes hipótesis: “si es de propiedad de mexicanos”, o “de sociedad o empresa constituida conforme a la ley y que tenga su domicilio en México”; “si ha sido abandonado en alta mar o en el mar territorial de México, por un ciudadano mexicano”; “si ha sido confiscado por contravenir las leyes de la República”; “si se trata de buques incautados, expropiados o requisados conforme a la ley”; de “aquellos buques capturados al enemigo y declarados como buena presa”; de “los construidos en la República para su servicio” o, en fin, de “buques construidos o comprados en el extranjero por orden y cuenta de mexicanos o a solicitud de los mismos” y “todos aquellos que por disposición de las leyes del país deban representarse como embarcaciones mercantes nacionales”. Para obtener el registro, será preciso probar que se está en presencia de alguna de las anteriores hipótesis (art. 2º).

El artículo 3º dispone quiénes pueden poseer buques mercantes: a) Los mexicanos por nacimiento o naturalización, de cualquier sexo; b) Los menores de edad, mexicanos, por medio de su tutor o por quien ejerza la patria potestad; c) La mujer casada por el régimen de separación de bienes, o, si lo está con comunidad de bienes, el esposo deberá ser mexicano; d) Las testamentarias o intestadas si los herederos fuesen mexicanos, y e) Las compañías o sociedades constituidas de acuerdo con las leyes mexicanas. Se establecen restricciones tanto a los extranjeros como a las sociedades extranjeras, pues sólo podrán ser propietarios de naves de recreo o dedicadas al comercio fluvial interior y de ningún modo podrán dedicarse por sí mismos al tráfico de altura, cabotaje o pesca (art. 4º). Su nacionalidad, como es lógico, deberá probarse para los efectos del artículo 3º.

La prueba de la nacionalidad de cualquier buque mercante se hará por medio de los documentos expedidos por la autoridad competente, tales como el certificado de matrícula, la patente de navegación, o la placa. Una vez registrado el barco y autorizado el abanderamiento, el dueño del mismo deberá pintar el nombre de la nave y el puerto de matrícula en las amarras y a popa. El reglamento en cuestión regula minuciosamente la clasificación de embarcaciones, el registro de la nave, el abanderamiento, la Suprema Patente de Navegación, los pasavantes y los demás

temas conexos. No creemos que amerite una explicación detallada el conjunto de las disposiciones respectivas.¹¹

El barco podrá ser dado de baja de la Marina Mercante Nacional si pierde su nacionalidad mexicana, naufraga, se destina al uso de la Armada Mexicana, o bien el puerto de matrícula no recibe noticia alguna del barco o de su dueño por más de un año, o, finalmente, si el propietario lo solicita fundadamente (art. 44).

Las hipótesis de pérdida de nacionalidad mexicana de los buques de la Marina Mercante Nacional coinciden casi totalmente con las establecidas en la Ley de Vías Generales de Comunicación ya estudiadas. En cambio, se detalla que la dimisión de la bandera a solicitud del propietario se acordará: a) Cuando no se afecte el interés público; b) Cuando el buque se haya enajenado a extranjeros con la aprobación de la Secretaría de Marina; c) Cuando se abandone el buque en favor de un seguro extranjero y, finalmente, cuando el buque no esté en condiciones de navegabilidad y su reparación sea incoesteable (arts. 48 y 49).

Se dispone igualmente que la Secretaría de Comunicaciones acordará la dimisión de la bandera únicamente cuando estén garantizados el interés del fisco y el pago de los salarios de la tripulación (art. 50). Como es lógico, el artículo 51 dispone que al darse de baja un buque mercante nacional, se recogerán los documentos y la bandera, y deberán enviarse a la Secretaría de Marina que, una vez cumplidos estos requisitos, ordenará la cancelación de la fianza respectiva.

Otro aspecto también importante, pero que sólo mencionaremos antes de concluir, es el relativo a la regulación del trabajo marítimo. La vigente Ley Federal del Trabajo dedica un capítulo al "Trabajo en el mar y vías navegables", cuyas disposiciones "se aplicarán al trabajo que se desarrolle a bordo de las embarcaciones y demás cuerpos flotantes nacionales" (art. 132). Las normas ahí contenidas son de eminente protección para el trabajador mexicano, y aun el contrato de trabajo de tripulantes de nacionalidad mexicana para prestar servicios en un buque extranjero se regirá por sus disposiciones. Como particularmente interesante puede citarse el art. 143, que contempla la hipótesis del cambio de nacionalidad de la nave: "El cambio de nacionalidad de una embarcación mexicana es causa de terminación de los contratos de trabajo de la tripulación y de los individuos afectos directamente a la administración de la misma, quedando vigente sólo la obligación de repatriar a los

11 Pueden consultarse en *Laws concerning nationality of ships*, pp. 104-106.

tripulantes hasta el puerto de domicilio de la embarcación, si no se ha convenido otra cosa en lo que respecta al puerto nacional a que deban ser restituidos, y la de cubrirles los emolumentos que devenguen hasta el momento del desembarco, más tres meses de salario.

Enrique HELGUERA,
Del Instituto de Derecho Comparado
de México.