

2º PARCIAL

SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

A) EL ESTADO

- **Nacimiento del Estado. El reconocimiento de Gobierno. Reconocimiento de la beligerancia.**

Nº 27

- **El Estado como sujeto de D. Internacional: aparición del Estado y de su personalidad jurídico-internacional.**
- **El reconocimiento: clases: de facto y de iure. como acto jurídico y como acto político. Reconocimiento de Gobiernos. Reconocimiento de la beligerancia.**
- **El reconocimiento y las decisiones de los Tribunales internos.**

DIFERENCIA ANGLO-NORTEAMERICANA. GUERRA DE SECECIÓN (1860)

Abril del 1861, guerra de EEUU contra los Estados secesionistas del sur cuyo presidente, Jefferson Davis, otorga patentes de corso como respuesta al bloqueo marítimo decretado por el Presidente Lincoln.

Inglaterra proclama su neutralidad lo cual implica un reconocimiento de la beligerancia, al igual que el trato como prisioneros de guerra que los nordistas dan a los presos en batalla. El hecho mismo de la proclama presidencial del bloqueo marítimo es un reconocimiento del Estado de guerra civil.

Concluida la guerra, EEUU exige reparación a Inglaterra por los perjuicios ocasionados por el reconocimiento de la beligerancia que suponía infracción de los deberes de neutralidad, hecho que debía juzgar el Tribunal Arbitral de Ginebra.

Inglaterra responde que dicho reconocimiento se debió a la situación real de la confederación y que suponía un acto de soberanía propio del que sólo ella era única juez.

ARANTZAZU MENDI (1939)

El Gobierno de la República requisó el Arantzazu Mendi cuando se encontraba atracado en el puerto de Londres. Franco lo vuelve a requisar en nombre de los propietarios.

El Foreign Office contesta: El Gobierno de su Majestad reconoce a España como Estado extranjero soberano y al Gobierno de la República como el único Gobierno de *iure* de España. Pero también reconoce al gobierno nacionalista como el que ejerce el control *advo. de facto*.

Juez de 1ª instancia: El Gobierno nacionalista es un Estado soberano la sentencia de apelación confirma el fallo.

Se recurre a la House of Lords: El ejercicio de *facto* del control *advo.* Significa ejercicio de todas las competencias de un gobierno soberano dentro de un territorio. No estando sometido a ningún otro se ha de reconocer como soberano y, a efectos del DI, como Estado extranjero soberano.

Inglaterra reconoce a dos gobiernos, uno como gobierno *de iure*, el republicano y otro como gobierno *de facto*, el nacionalista.

- IDEAS GENERALES

No es el DI Quien regula los procesos de creación, modificación o extinción de los Estados.

La atribución de la condición de sujeto de DI es más bien *post factum*, una vez que se haya constituido un poder sólidamente asentado sobre un territorio, capaz de ejercer un control efectivo sobre una comunidad humana que reconoce a esta organización política como propia.

La noción de Estado en el sentido del DI añade a la idea de poder políticamente independiente y soberano, la capacidad de mantener relaciones exteriores con otros Estados; concertar acuerdos, mantener relaciones diplomáticas, responsabilizarse frente a otros Estados u org. Internacionales por los actos ilícitos de los órganos que actúan en nombre de ese Estado.

2) RECONOCIMIENTO: CLASES. SU INFLUENCIA EN LA APARICIÓN DE NUEVOS ESTADOS

El reconocimiento es a la vez, o puede serlo separadamente:

- Constitutivo: porque en los primeros estadios del proceso de formación, el reconocimiento por otros Estados fomenta, apoya y refuerza ese movimiento.
- Declarativo: Tan sólo saca las consecuencias de una situación perfectamente consolidada (España reconoce al Estado de Israel).

La influencia de la acogida que los antiguos Estados den al nuevo poder puede ser determinante para el éxito del proceso de constitución.

- RECONOCIMIENTO DE LA BELIGERANCIA. RECONOCIMIENTO DE *facto* y *de iure*.

Distinción entre reconocimiento de Estados y de Gobiernos:

- Una colonia a la que la antigua metrópolis otorga la independencia y que se integra en las NU constituye un claro reconocimiento de Estado.
- Sería reconocimiento de Gobierno cuando mediante un movimiento brusco de ruptura con la constitución anterior se instalara un nuevo poder en un Estado anteriormente constituido.

Dentro de la institución del reconocimiento internacional han alcanzado forma jurídica dos clases de reconocimiento:

- El de la beligerancia.
- El del Gobierno de *facto* frente al Gobierno de *iure*.

El reconocimiento de la beligerancia, implica que los terceros Estados acepten esa situación de contienda y deducen de ella determinadas consecuencias de relevancia jurídico–internacional: Relaciones con las autoridades de facto, reconocimiento de su pabellón marítimo, aceptación del valor vinculante de las decisiones legislativas y advas. de los disidentes, etc.

Este reconocimiento implica dar un *status* internacional a los nuevos poderes emergentes y, con ello, contribuir a su consolidación.

b) EL TERRITORIO DEL ESTADO. SU DELIMITACIÓN

- **Delimitación del territorio: fronteras: su importancia como fijación precisa del ámbito de la soberanía territorial de los Estados.**
- **Significación e importancia de los tratados de límites. Necesidad de la aprobación parlamentaria.**
- **Tratados de rectificación de fronteras: importancia menor.**

DICTAMEN DEL CONSEJO REAL DE 25 DE FEBRERO DE 1857

(Ratificación de un tratado de límites con Francia).

Tratado cuyo objeto es ratificar la línea divisoria de ambas Naciones en la parte donde hay acuerdo y fijar una demarcación definitiva, mediante permutas y concesiones, en la parte que es dudosa.

Ahora bien, el art. 2045 CC francés dice que para transigir es necesaria capacidad para disponer. El art. 46 CE establece que el Rey necesita estar autorizado por una ley especial para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español.

Bajo estos puntos de vista, esta claro, que, no puede ratificarse el tratado sin intervención de las Cortes.

Pero hay más: Por la demarcación proyectada pasan a ser franceses cierto número de españoles. Y como en un país gobernado constitucionalmente, asisten a los ciudadanos ciertos derechos políticos y civiles no puede un acto de la corona hacérselos perder. Por este concepto, pues, es necesario que intervengan las Cortes en la ratificación del tratado.

DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 9 DE FEBRERO DE 1927

(Ratificación de un tratado de límites con Portugal)

La raya fronteriza ha estado sometida en ocasiones a acuerdos y arreglos entre Ayuntamientos y vecinos fundados en títulos imaginarios, e incluso en apropiaciones arbitrarias, por lo cual no se puede desconocer la existencia de terrenos litigiosos, entre los que destaca el de Olivenza que si tiene título a favor de España desde el tratado de 1801.

No obstante y ante las reivindicaciones de Portugal, las Potencias declaran en el tratado de Viena de 1815 que la restitución de estos territorios contribuiría a la buena armonía en la Península. Esta cláusula, además de no obligar a España, confirma su soberanía. Esto produce en Portugal el sentimiento de Haber sido víctima de un abuso de fuerza.

En cuanto a otros territorios de contienda sí que llegaron a acuerdos sucesivos en 1864, 1893 y 1920 en que se propone el paso del expediente a consejo de Ministros que sería aprobado por la Comisión permanente en sesión del 11 de Febrero de 1927.

OBSERVACIONES :

Puesto que los Estados son preferentemente soberanías territoriales, los problemas relativos al territorio son siempre de importancia primordial.

La CE consigna la necesidad de la aprobación previa de las Cortes en tratados que afectan a la integridad territorial del Estado, aunque no en acto legislativo propiamente dicho ya que si así se exigiera, este hubiese de ser una ley.

En la mayor parte de los casos, las mutaciones territoriales llevan aparejados cambios en la nacionalidad de

los habitantes así como en el régimen de propiedad inmueble de las personas privadas. Por lo que también desde aquí es necesaria la intervención parlamentaria que apruebe la modificación que el Ejecutivo se proponga realizar. Si este es un tratado de límites, la intervención parlamentaria será un acto legislativo.

También existen ciertos tratados de reordenación territorial de menor entidad en que las partes contratantes evitan las formas solemnes, por lo que no son los Estados, sino los Gobiernos quienes exclusivamente se comprometen sin la intervención de los respectivos parlamentos para la ratificación.

c) EL ELEMENTO PERSONAL

Nº 29

- **Nacionalidad. Función de la nacionalidad en la constitución del elemento personal de los Estados.**
- **Doble nacionalidad. Opción de nacionalidad.**
- **Influencia de la voluntad del interesado o de sus representantes legales en la adquisición o pérdida de ésta.**
- **Noción de expatriación.**

CASO PERKINS V. ELG

(STS de los EE.UU. 1930)

María Elg nació en Nueva York el 2/10/1907 de padres suecos en 1911 regresa a Suecia con su madre. El padre regresa en 1922 y hace declaración voluntaria de expatriación ante el cónsul norteamericano lo que implica la renuncia a la nacionalidad norteamericana.

En 1929, la Srt. Elg con su mayoría de edad recién obtenida regresa a EE.UU con pasaporte norteamericano y obtiene residencia. No obstante el Departamento de asuntos laborales intenta expulsar por considerarla emigrante.

FALLO:

Es norteamericana por nacer en Nueva York, aunque haya adquirido la nacionalidad sueca según la ley sueca y por la nacionalidad de sus padres. Puesto que es el Derecho interno de cada Estado quien establece los modos de adquirir la ciudadanía, puede suceder que haya personas que posean una doble nacionalidad.

La expatriación al ser renuncia voluntaria de la nacionalidad no es aplicable al alejamiento de este país de un ciudadano menor de edad ya que falta el elemento de la voluntariedad. Otra cosa hubiese sido si la Srt. Elg, al alcanzar la mayoría de edad elige la nacionalidad Suiza.

También se ha de averiguar si tal derecho de opción ha sido eliminado por tratado o por ley:

El art.1 del tratado EE.UU–Suecia de 1869 establece: los ciudadanos norteamericanos que hayan residido en Suecia o Noruega por un periodo de 5 años y hayan adquirido tales nacionalidades, serán reconocidos por el gobierno norteamericano como ciudadanos suecos o noruegos y viceversa.

El tribunal estima que este tratado implica la residencia voluntaria lo cual no afecta a la Srt. Elg puesto que regresa a EE.UU nada más adquirir la mayoría de edad. También estima no fundada la argumentación en base al art. 2 del act de 2 de Marzo de 1907 que establece: Un ciudadano norteamericano se considera expatriado:

a)– Cuando se ha naturalizado o prestado juramento de fidelidad a un país extranjero.

b)– Cuando haya residido 2 años en su país de origen o 5 en otro extranjero.

c)– Ningún norteamericano podrá expatriarse cuando éste país este en guerra.

El tribunal estima que la mencionada disposición está pensado en una expatriación voluntaria y no en el caso de un ciudadano originario que ha sido alejado de este país durante su minoría de edad. Si en virtud de la nacionalidad de sus padres adquiere por naturalización aquella ciudadanía, creemos que tal naturalización no hace desaparecer el Derecho de opción.

1)– OBSERVACIONES:

La reglamentación de la nacionalidad por parte de los Estados es exclusivamente unilateral. Cada estado realiza la suya, y en consecuencia, son inevitables tanto los casos de nacionalidad múltiple como los casos de apatridia.

2)– LIBERTAD DE LOS ESTADOS EN LA ELECCIÓN DE LOS CRITERIOS BASE EN LA CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD

Notable grado de libertad de los Estados para regular su nacionalidad: Concesión o perdida.

Los criterios se orientan fundamentalmente por el *ius soli* o *ius sanguinis*, combinándolos de diferentes formas.

En nuestro caso, EE.UU da preferencia al *ius soli*, es decir, la adquisición de la nacionalidad por nacimiento en el país. El D sueco da preferencia al *ius sanguinis* por lo que el regreso de la hija con sus padres a Suecia operó automáticamente la adquisición de la nacionalidad sueca.

3)– LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO RELEVANTE EN LA REGULACIÓN DE LA NACIONALIDAD

No existe norma alguna que imponga a los Estados la obligación de tomar en cuenta la voluntad de los interesados en la atribución de su nacionalidad. No obstante las leyes nacionales lo tienen siempre en consideración. Esa voluntad puede ser expresa, implícita en actos deducibles o simplemente hipotética.

La voluntad de los representantes legales influye en la nacionalidad de los menores, aunque dejando la oportunidad de una manifestación contraria cuando el interesado sea mayor de edad.

Nº 30

- **Nacionalidad: Contencioso de la nacionalidad. Relevancia de la voluntad expresamente manifestada.**
- **La nacionalidad como presupuesto de otros deberes jurídicos.**
- **Nacionalidad y protección diplomática. Criterio de la efectividad.**
- **Jurisdicción de los tribunales arbitrales en materia de nacionalidad.**

A)– CASO DE HÉCTOR GARCÍA

(Tribunal de apelación de Santiago de Chile. 18 de Julio de 1907)

H.G. había sido condenado a cárcel por no realizar el servicio militar en Chile alegando ser Español por ser hijo de Españoles aunque nacido en Chile.

–Constitución Chilena: Son chilenos todos los nacidos en territorio de Chile.

–C.C. Española: Son Españoles los hijos de padre o madre españoles aunque hubieren nacido en el extranjero.

La audiencia de apelación le absuelve por entender que el mandato de la Const. Chilena no impone la nacionalidad chilena a todos los nacidos en Chile sino que oferta de modo que pueden elegir entre esta y otras que le ofrezcan otros países.

B)– CASO MATHISON

(Gran Bretaña V. Venezuela 1903)

El reclamante es nacido en Venezuela de británico.

–Según la Constitución Venezolana por haber nacido en dicho territorio.

–Según la legislación británica, es británico por ser hijo de padre británico.

Laudo del superárbitro:

No es por orgullo cuando un país pide que sea ciudadano de *facto* de ese país quien establece en él su domicilio, constituye en él su hogar, elige en él a su esposa y engendra en él a sus hijos, y ha elegido deliberadamente que tal país sea para sus hijos su tierra natal y a la que ellos deban obediencia aunque no se la deba él. Si tal nacionalidad ha sido impuesta no será por obra del Estado, sino de los lazos familiares.

Este D natural del nacimiento proporciona la base más segura de la ciudadanía y el D que le reconoce y que se niega a perpetuar la extranjería en las generaciones sucesivas es tan general como sabio: Si el padre puede conservar su nacionalidad y transmitirla a su hijo en el territorio de un país donde él ha adquirido domicilio, ¿por qué no podrá hacerlo también el hijo del hijo y así hasta el infinito?.

En consecuencia, declaro: Que E.A. Mathison es Venezolano y no británico y que éste tribunal carece de jurisdicción sobre su reclamación.

OBSERVACIONES:

1)– *Distinta naturaleza de los tribunales y de sus decisiones.*

Hemos confrontado dos decisiones diversas aparentemente pero en el fondo coincidentes.

Debemos diferenciar la naturaleza de los dos tribunales:

El 1º es un tribunal interno de un país que establece de modo definitivo la existencia o inexistencia de la nacionalidad chilena en una persona concreta.

El 2º no podía pronunciarse, aunque parezca lo contrario, sobre la existencia o no de nacionalidad Venezolana o británica por carecer de competencia ya que esta es exclusiva de los tribunales internos de los Estados. Para lo que sí tiene competencia es para pronunciarse respecto de la cuestión prejudicial sobre la nacionalidad británica, ya que el Gobierno inglés estaba ejerciendo la protección diplomática a favor de Mathison.

El fundamento que razona ambos fallos es dar una solución basada en la interpretación de la voluntad (en un caso expresa, en el otro implícita) de los interesados.

2)– *El criterio de la nacionalidad efectiva.*

El Gobierno inglés ejercitaba la protección diplomática porque según su D., Mathison era inglés.

Venezuela oponía la excepción procesal de inadmisibilidad basándose en el criterio de la efectividad se ha de elegir aquella que en función de las circunstancias aparece como nacionalidad más efectiva.

El Gobierno inglés alega imposición de la nacionalidad venezolana y el laudo redarguye que tal imposición no se debe ni al Estado ni a las leyes venezolanas sino a las circunstancias personales, familiares o sociales que libremente Mathison fue creando al construir su vida. En esto se basa precisamente el criterio de la efectividad.

3)– *Falta de jurisdicción.*

El tribunal no aclara si Mathison recibió o no el daño que él alega. Esta era una reclamación interna venezolana, no una reclamación internacional.

d) NOCIÓN DE DOMINIO RESERVADO

Nº 31

- **Noción de dominio reservado o competencia exclusiva.**
- **Distintas acepciones de este término. Variabilidad de su contenido.**
- **Dominio reservado e interés de otros estados. Dominio reservado y organizaciones internacionales.**
- **Opinión consultiva.**

DECRETOS FRANCESES DE NACIONALIDAD EN TÚNEZ Y MARRUECOS

(Opinión consultiva TPJI Nº4)

Túnez y Francia pronuncian decretos por los que adquieren obligatoriamente la nacionalidad tunecina y francesa aquellos nacidos en Túnez de padres de los que al menos uno hubiera nacido también en Túnez. Marruecos y Francia hacen lo mismo. Inglaterra protesta ante el TPJI por considerar que estas medidas no pueden serle aplicadas a personas que aunque residan en estos dos territorios, tengan derecho a la nacionalidad británica.

La respuesta es negativa ya que no es de aplicación la convención anglo–francesa por afectar a una tercera potencia (Túnez) y además por no ser esta una cuestión exclusivamente jurídica ya que las cuestiones de nacionalidad están conectadas íntimamente con la Constitución del Estado. En el caso de Marruecos, al ser protectorado francés aceptado por las potencias, es lógico que legislen conjuntamente el Gobierno Francés y el marroquí; con lo que tales decretos son un D. derivado de la soberanía no sometido a arbitraje.

Inglaterra lleva el asunto ante el Consejo de la sociedad de naciones que decide pedir opinión consultiva al TPJI para saber si el asunto es exclusivamente de orden interno.

FALLO:

La exclusividad parece aludir a materias, que aunque afecten a más de un Estado, no están reguladas por él DI. Y en lo que respecta a esas cuestiones cada Estado es dueño único de sus decisiones. Este es el caso de la nacionalidad salvo que la libertad del Estado haya sido limitada por compromisos anteriores que el contrario con otros Estados, lo cual si que estaría regulado por él DI.

Es cierto que el sólo hecho de que una de las partes invoque compromisos de orden internacional no es bastante para excluir la competencia exclusiva de la otra. Pero cuando los títulos invocados permiten la conclusión provisional de que pueden tener relevancia jurídica y cuando la cuestión de saber si un Estado es competente para una determinada medida se encuentra sometida a la apreciación de validez, nos salimos del dominio exclusivo del Estado para entrar en el dominio del DI. Por lo cual la Corte entiende que este no es asunto exclusivamente de orden interno.

OBSERVACIONES

1)– *El Dominio reservado: Su contenido es variable*

La relación entre el orden jurídico internacional y los Estados se asemeja en cierto sentido a una estructura federal, a la relación entre las competencias de la Federación y las de los Estados miembros.

Las cartas constitucionales reservan a los Estados miembros competencias exclusivas sobre ciertas materias (educación, sanidad, etc..) y otras como defensa, política exterior, etc. se atribuyen a la competencia federal.

La integración federal desarrolla una dinámica invasora sobre las competencias estatales, igual ocurre en el ámbito internacional.

El caso Lotus nos recuerda que la libertad originaria de los Estados deja de existir allí donde se encuentre una regla internacional general que imponga sobre ellos una determinada obligación.

Por lo tanto, podemos decir que la noción de Dominio reservado en el DI. es el ámbito competencial poseído originariamente por los Estados, y que todavía no está afectado por la regla internacional.

El dominio reservado está limitado por reglas generales de DI. por obligaciones de los Estados con org. Internacionales y por tratados con otros Estados. Todas estas limitaciones son variables puesto que dependen del desarrollo de las relaciones internacionales.

2)– *El Dominio reservado y la afectación de intereses de otros estados.*

Aunque puede haber materias que afecten a más de un Estado, estas pueden ser de competencia exclusiva por no estar regidas, en principio, por el DI. Pero la regla general es que aunque el Estado tenga competencia exclusiva para realizar un acto unilateral, la validez de este depende del DI siempre que afecte a terceros.

3)– *El Dominio reservado y los tratados internacionales.*

Distintas tesis de los Gobiernos:

Francia aludía que la nacionalidad es materia típica de competencia exclusiva y a la soberanía territorial que es ejercida sobre personas fuertemente vinculadas a su territorio.

Inglaterra razonaba que los tratados del Gobierno inglés con los Gobiernos de Túnez y Marruecos limitaban la libertad de Francia en la reglamentación de su nacionalidad cuando se afecta a súbditos británicos.

El TPJI objeto que estas cuestiones implicaban una apelación al DI. y con ello se estaba aduciendo la prueba de que no era materia de competencia exclusiva.

4)– *El Dominio reservado y las Org. Internacionales.*

Recordemos que el asunto es sometido a dictamen para ilustrar al consejo en sus funciones, de mutuo acuerdo

se acudió al TPJI en vía consultiva para dilucidar no sobre como resolver la diferencia sino sobre si la materia entraba o no dentro de la competencia exclusiva del orden interno.

Francia esperaba que el Tribunal consagraría la doctrina tradicional, pero se equivocó. Y es que la noción de dominio reservado necesariamente se transforma en un mundo de creciente interdependencia y se modifica aún mucho más por obra de las Org. Internacionales.

B) LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Nº 32

- **Personalidad jurídica int. de las N.U. Criterios relevantes en la determinación de la personalidad jurí–int. de una org.int: la titularidad de D. que la organización ejerce frente a sus propios Estados miembros.**
- **Naturaleza del D. de reclamación internacional. Este D. no comporta necesariamente el recurso a una jurisdicción internacional. Para que este recurso exista es necesario el consentimiento previo.**
- **D. de las N.U. a formular reclamaciones internacionales. Poderes implícitos.**

REPARACIÓN DE DAÑOS SUFRIDOS AL SERVICIO DE LAS N.U.

(Opinión consultiva del TPJI, 11 de Abril de 1949)

CASO BERNADOTTE 1ª parte.

Bernadotte, sueco y enviado de las N.U es asesinado en Jerusalén en circunstancias tales que comprometieron la responsabilidad internacional del Estado de Israel.

N.U se plantea el posible D. a formular en su propio nombre una reclamación internacional contra el Estado responsable, que todavía no era miembro de la Organización (N.U.) para lo cual solicita opinión consultiva al TIJ, en los términos:

¿Tiene N.U. capacidad para presentar una reclamación Int? Contra en Gobierno *de iure o de facto* responsable, con vistas a obtener la reparación de los daños causados:

a)– A las N.U.

b)– A la víctima o a sus causahabientes.

FALLO:

Un Estado puede formular a otro una reclamación Int. Tal reclamación se presenta entre entidades políticas, iguales en D. con estructura semejante y directamente conectados con el DI. Esta es la formulada por vía de negociaciones y no puede ser llevado ante un tribunal internacional más que con el consentimiento de los Estados afectados.

Si N.U. formula contra uno de sus miembros una reclamación, ésta será presentada de la misma manera y será tratada por los mismos procedimientos.

Luego entonces, ¿Posee la Org. la facultad de presentar una reclamación Int. ? ¿Le ha otorgado la Carta dicha

facultad frente a sus miembros?. En otros términos, ¿Está revestida la Org. de la personalidad Internacional?

En opinión del tribunal, si, ya que está destinada a ejercer funciones y a gozar de D. que no pueden explicarse más que si posee una amplia personalidad internacional. Esto no quiere decir que sea un Estado o que su personalidad jurídica, sus D. y deberes sean los mismos que los de un Estado.

OBSERVACIONES

1)– *Planteamiento del problema.*

Los poderes de todas las O.I. son poderes derivados y no originarios, como los de los Estados; por ser las suyas facultades o competencias atribuidas, los límites de su contenido vienen dadas por el hecho mismo de la atribución.

Ahora bien, quien establece y fija de modo vinculante unos determinados fines, confiere implícitamente la facultad de utilizar aquellos medios que sean necesarios a la consecución de ese fin, es decir, que las O.I. disponen de ciertos Poderes implícitos.

2)– *La estructura argumentativa del Tribunal.*

Nos advierte el Tribunal que en un sistema jurídico no tienen por qué ser iguales en su naturaleza todos sus componentes. Que los Estados han ido confiando actividades a entes que no lo son, progresivamente. Esta evolución culminó en la creación de N.U. ¿Podía, pues, reconocerse a esta O.I. la condición de sujeto del DI. aunque esta cuestión no estuviera expresamente regulada en la Carta?.

3)– *Las N.U. sujeto del DI.*

Los redactores de la Carta se habían preocupado de garantizar a la Organización el reconocimiento, en el territorio de cada uno de sus miembros, de la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos. Puesto que la capacidad presupone la personalidad, había en ello un reconocimiento implícito de la personería de la Org. Pero esa personería, según el D. interno de cada Estado no suponía, a su vez la personalidad jurídica–Int de la Org.

El argumento de que la personalidad viene determinada por ese haz de fines y competencias es aceptable. Pero no es consecuente la deducción que extrae el Tribunal sobre el D. de reclamación diplomática de la noción de sujeto internacional.

El TIJ incurre en contradicción, ya que anteriormente nos decía que: Mientras que un Estado posee la totalidad de D. y deberes internacionales reconocidos por el DI, los D y deberes de una Organización Int. deben depender de los fines y funciones de ésta, formulados o presupuestos en su Carta o desarrollados en la práctica. Es decir, necesidad de acudir a los poderes implícitos.

4)– *Los poderes implícitos.*

La Corte se hubiera conformado con el argumento de la personalidad jurídica de la Org., para deducir de ella la existencia en las N.U. de un D. de reclamación Int.

Esto sólo sería aceptable si la Org. hubiera sido asimilada por entero a un Estado. Argumento que el mismo tribunal rechaza, indicando la existencia de distintos sujetos, con distintos D. y deberes, dentro de un mismo sistema jurídico.

El error del Tribunal está en haber pretendido dar contestación a la cuestión de si la Org. podía formular una

reclamación Int. en nombre propio, utilizando la vía de la personalidad. Su argumentación era:

los Estados son sujetos de DI. y las N.U. también lo son, si los Estados poseen el D. de reclamación, las N.U. deberán poseerlo también. Esto es una falacia ya que no existe una perfecta identidad entre Estados y Org. Int.

El argumento del poder implícito es diferente:

Quien quiere los fines quiere los medios, y por eso: Según el DI., se debe considerar que la Org. posee aquellos poderes que no obstante no haber sido expresamente mencionados en la Carta, han sido conferidos a la Org. como consecuencia necesaria en tanto que esenciales al ejercicio de las funciones de esta.

Así, pues, no de la condición de sujeto de DI. que poseen claramente las N.U. sino de las funciones y poderes específicos que explícitamente y expresamente le fueron conferidos se tenía que deducir el D. de reclamación int.

• LA PERSONA HUMANA COMO SUJETO DE D. INTERNACIONAL

Nº 33

- **Protección internacional de los Derechos del hombre. Efecto indirecto de esta protección.**
- **Orden público europeo: limitación de la competencia penal de los Estados.**
- **El art. 3 de la convención Europea de los Derechos del hombre, expresión de una norma de ius cogens internacional.**
- **Extradición: competencia penal internacional.**
- **Interpretación de tratados: Reglas. Posible influencia de la conducta coincidente ulterior de los Estados parte en una convención respecto de las cláusulas estipuladas en ésta. Conflicto entre dos obligaciones convencionales.**

CASO SOERING

(Sentencia del T. Europeo de los D. del hombre, 1989)

Soering, ciudadano alemán sometido en Inglaterra a procedimiento de extradición hacia EEUU que le reclama por la muerte de los padres de su novia (canadiense), que según todos los indicios fue la inductora.

En EEUU la pena por asesinato es la muerte, abolida en el Reino Unido. El Gobierno americano solicita la extradición al Gobierno inglés en cumplimiento de un tratado de 1972.

Soering, ante el riesgo de ser extraditado, formula demanda contra el Gobierno inglés ante la comisión Europea de los D. del hombre. Esta a su vez plantea el asunto ante el TIJ para saber si los hechos sometidos a su consideración eran o no lesivos de los derechos individuales reconocidos en los arts. 3, 6 y 13 de la Convención.

En base a una orden de detención de un Tribunal de Bonn contra Soering por los delitos cometidos, el Gobierno Alemán solicita la extradición a Inglaterra en cumplimiento de un tratado de 1872.

Los tribunales ingleses consideran preferente la petición norteamericana, bien que condicionada al tratado de 1972, cuyo art. 4 dice: Cuando el delito por el que el Estado requirente solicita la extradición esté castigado con la pena de muerte y no lo esté en el Estado requerido, éste podrá rehusar la entrega si no recibe garantías de que la pena de muerte no será ejecutada. Pero las autoridades federales de EEUU, únicas competentes para comprometerse internacionalmente, no podían usurpar las

competencias penales exclusivas de los Estados miembros.

Soering alegaba que si era extraditado, sería condenado a muerte. En consecuencia sufriría un trato inhumano y degradante en el corredor de la muerte, prohibido por el art. 3 de la Convención. Que habría violación del art. 6.3 a causa de la falta de garantías jurídicas en el Estado de Virginia y del art. 13 por existir en el Reino U. Una protección jurisdiccional efectiva en relación con su D. individual fundamentado en el mencionado art. 3. La Comisión admitió la violación del art. 13 pero rechazó la del art. 3 y la del 6.3.

FALLO

• *Aplicabilidad del art. 3 a los casos de extradición.*

- La alegada infracción nace de la exposición del solicitante al fenómeno del pasillo de la muerte.
- La comisión y la RFA creen que la extradición de una persona en estas circunstancias puede dar lugar a un supuesto del art. 3.
- El Gobierno inglés, por el contrario, discute que el art. 3 pueda ser interpretado hasta hacer responsable a un Estado por actos que tengan lugar fuera de su jurisdicción. Además, con ello se interfiere en los D. establecidos por un tratado internacional y se enjuicia sistemas jurídicos extranjeros de Estados no partes en la Convención, con el riesgo de perjuicios en el Estado parte que se vea obligado a acoger a la persona protegida y dejar en última instancia a los delincuentes sin castigo al no poder ser juzgados.
- El Tribunal acepta estas consideraciones pero, no obstante, afirma que ellas no pueden liberar a los estados parte de su responsabilidad en relación con el art. 3 de todas las consecuencias previsibles que tienen lugar fuera de su jurisdicción.

En suma, pues, la decisión del Estado parte de extraditar a un individuo reclamado puede crear un supuesto previsto en el art. 3 y comprometer con ello la responsabilidad de tal Estado, según los términos de la Convención, allí donde haya base sólida para creer que si la persona afectada fuera extraditada tendría que hacer frente a un riesgo serio de tortura de trato o castigo inhumano o degradante en el Estado requeriente.

Con esto no se trata de juzgar la responsabilidad del Estado receptor, sino del Estado que entrega en la medida en que exista o pueda existir una responsabilidad internacional de acuerdo con la Convención.

• *Aplicación del art. 3 en las circunstancias particulares del caso presente.*

- El solicitante tenía sólo 18 años en el momento del delito y hay un cierto principio de prueba psiquiátrica que demuestra anormalidad mental que afecta la responsabilidad de sus actos.
- El rigor del régimen especial del pasillo de la muerte se acrecienta por su largo periodo de duración, entre 6 u 8 años.
- El art. 2 de la Convención y del Pacto inter. de los D. del Hombre prohíben expresamente la imposición de la pena de muerte a menores de 18 años.
- El tribunal cree que estas circunstancias deben tenerse en cuenta como elementos que contribuyan a valorar en la perspectiva del art. 3, el tratamiento sufrido en el pasillo de la muerte.
- Para el Reino U. Carece de relevancia la posibilidad de que el inculpado sea extraditado a la RFA donde la pena de muerte ha sido abolida. Aunque ello eliminaría el peligro de que un criminal escape a la acción de la justicia así como el riesgo de un sufrimiento intenso y prolongado en el pasillo de la muerte.
- El Tribunal concluye que el solicitante, en EEUU, estaría sometido a un procedimiento judicial

que no es irracional ni arbitrario. Sin embargo, teniendo en cuenta el largo periodo que transcurre en "el pasillo de la muerte" y las circunstancias personales del solicitante, considera que la extradición le supondría un riesgo real de trato que va más allá de los límites marcados por el art. 3. Asimismo decide que no habría violación del art. 6.3 ni del art. 13.

OBSERVACIONES.

– La Comisión con la referencia al art.1, parece otorgar una importancia primordial al elemento territorial.

- La Comisión ha confirmado su jurisprudencia por la que la extradición puede dar lugar a un supuesto del art. 3 cuando hay razones para creer que el individuo será sometido en el Estado receptor a un trato contrario a lo dispuesto en dicho art.
- En épocas pasadas se consideraba la extradición como una manifestación de la soberanía estatal y un acto de ayuda o colaboración entre Estados. En la práctica internacional más moderna, con la creciente participación de los tribunales en el proceso interno de la extradición, ésta se convierte en un procedimiento parcialmente jurisdiccional. Por eso, la tesis del Gobierno inglés era que una vez agotada la vía judicial y fase gubernativa, la decisión del secretario de Estado de extraditar, se situaba fuera del ámbito competencial inglés y, por tanto, de la Convención.
- La Comisión y el Tribunal sostienen la tesis contraria: El mandato del art. 3 es relevante en el enjuiciamiento de la conducta de un Estado parte cuando la extradición pueda suponer, para el individuo extraditado, un trato contrario al citado art.
- Otra de las razones por las que el Gobierno inglés se oponía a la tesis del Tribunal era el conflicto que se produciría por la interpretación del art. 3 que llevaría a denegar una extradición derivada de un tratado regularmente concluido.
- El tribunal se inclina por el carácter prioritario de las obligaciones convencionales derivadas del art. 3 por considerarlas reglas de ius cogens ante las que deben ceder otras reglas derivadas de tratado. Puesto que más que conflicto entre dos normas convencionales, sería un conflicto entre una regla convencional y otra de rango superior.
- Por otra parte, no existe regla imperativa internacional general que imponga a los Estados que reciben en extradición, la obligación de no ejecutar la pena de muerte, tampoco existe en el ámbito de los Estados de la Convención.

Ahora bien, que la imposición o ejecución de la pena de muerte no sean en sí mismas contrarias a la Convención, no significa que sea irrelevante a efectos de la aplicación del art. 3. Se ha de tener en cuenta el tiempo que transcurre desde la condena hasta la ejecución (entre 6 u 8 años), la edad y el estado mental del acusado y la posibilidad de extradición a la R F A. Esta situación de espera es la que constituye el supuesto del trato humano del art. 3 de la Convención y no la pena de muerte y su ejecución.

- No es infrecuente que distintos Estados formulen peticiones concurrentes para la entrega de la misma persona. El Estado reclamado tiene que dar preferencia a alguna de ellas: EEUU fundaba su reclamación en el lugar del delito, la RFA en la nacionalidad del delincuente.

Ni la mayoría de la Comisión ni el Gobierno inglés conceden competencia a los tribunales alemanes. El Tribunal si porque con ello podía evitarse la disyuntiva de no extraditar a EEUU y que el inculcado quedara impune, o extraditarlo en condiciones contrarias a la Convención

El Tribunal sugiere, ya que no puede obligar al Gobierno inglés, que opte por el principio de la nacionalidad activa frente al mucho más fuerte y universalmente reconocido del lugar de la comisión del delito.

- La persona humana ha pasado, en el orden internacional, de ser un mero beneficiario de D. y obligaciones, a ser titular de ellos. Pero limitado ya que aparece como menestora, necesitada de protección frente a la prepotencia de los Estados y no tanto como sujeto activo generador de nuevos impulsos en el orden internacional.

Hoy resulta manifiesto que su protección, incluso a efectos meramente internos, es elemento esencial y no sólo cuestión de buena fe por parte de los Estados. Aunque de momento, tan sólo la Convención Europea de los D. del Hombre y la Convención Centro Americana garantizan una defensa adecuada en el plano internacional de esas libertades básicas.

Hoy se acepta que el art. 3 de la C E D H contiene una regla de ius cogens, por lo que la prohibición por él establecida es absoluta. Por lo tanto cualquier persona, europea o no, sometida a la jurisdicción de un Estado parte en la convención aunque sea a través del débil punto de un procedimiento extradicional, puede apelar al beneficio de esta norma absoluta.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

A) RESPONSABILIDAD ENTRE ESTADOS

Nº 34

- Nacionalidad como fundamento de la protección diplomática. Nacionalidad de personas. Nacionalidad de buques. Criterio de la nacionalidad efectiva.
- Regla de las manos limpias. Acto ilícito internacional.
- Problemas de imputación: actos de funcionarios. Responsabilidad del Estado por actos de autoridades locales o gobiernos regionales.

CASO DE EL MONTIJO

(Arbitraje Colombia–EEUU, 26 julio 1875)

El Montijo, mercancías norteamericano que durante años se dedicó al transporte de pasajeros y mercancías en Panamá. Cuando esta pertenecía a la Federación de Colombia, es apresado por un revolucionario colombiano (Tomás Herrera) que toma el Montijo por la fuerza aprovechando su reparación en un puerto colombiano. Dos días más tarde, Herrera se constituye presidente.

El navío enarbolaba pabellón norteamericano pero carecía de cualquier otra documentación que acreditara su nacionalidad. Había perdido su neutralidad por participar en anteriores contiendas civiles y el gobierno provisional estaba dispuesto a pagar todos los servicios que el Montijo pudiera prestarle.

Al final de la contienda civil con amnistía general, EEUU inicia una serie de representaciones diplomáticas tendentes a exigir la reparación del ultraje y los daños. A esta reparación se oponían dificultades de hecho y de D.

La posición del Ministro de A.E colombiano era que el delito fue cometido por particulares contra particulares, que en cuanto tal, caía bajo la competencia de los tribunales ordinarios, y los Estados no son responsables de los perjuicios que los extranjeros puedan sufrir a causa de delitos comunes cometidos bajo su jurisdicción.

Que el gobierno norteamericano no tenía D. a ejercer la protección diplomática a favor de los hermanos Schuber, propietarios del Montijo. Estos estaban domiciliados en Panamá donde residían desde hacía

muchos años y donde habían participado, al igual que su barco en las contiendas civiles anteriores, lo que hacía perder al barco su carácter neutral, unas veces a favor del Gobierno constitucional y otras a favor de los rebeldes lo cual prueba su carácter especulativo. El uso del pabellón era irregular ya que sólo 1/3 de la tripulación eran norteamericanos y esto lo prohibía la ley de EEUU.

El barco se encontraba en aguas territoriales colombianas sin autorización, ya que con la que contaba era con la del Presidente de Panamá que no podía arrogarse facultades que sólo correspondían al Gobierno de la Unión Colombiana.

Ambos Estados acuerdan nombrar un árbitro cada uno y que estos a su vez, nombren a un tercero en condición de superárbitro.

LAUDO ARBRITAL

El domicilio de los Schuber no es obstáculo a la reclamación diplomática, ya que una residencia prolongada y continua no es motivo para desvincular a un individuo de su país de origen o adopción.

El arbitro de EEUU no comprende por qué el arrendamiento de un buque a un Estado constituye una ruptura de neutralidad. No se irá a sostener que un gobierno sea la única persona a la que le este vedado obtener por medio de venta o alquiler cualquier bien del cual tenga necesidad, ya que si el vendedor es extranjero se expondría a penas por violación de la neutralidad.

El árbitro colombiano dice que no corresponde a un comerciante extranjero pronunciarse sobre el carácter legítimo o subversivo del gobierno bajo cuya autoridad él vive. Sólo ha de asegurarse que el gobierno con el que él contrata esté en posesión del poder supremo para no perder su neutralidad.

El superárbitro concede al árbitro colombiano que los captores pudieron ver en el Montijo un instrumento de guerra a usar contra ellos. Pero esto no es razón para que no paguen por su uso.

El árbitro colombiano sostenía que el Montijo violaba la ley norteamericana al ser sólo 1/3 de su tripulación ciudadanos norteamericanos. El superárbitro dice que esta cuestión es competencia exclusiva de los EEUU, único juez en este asunto que ha considerado al Montijo como buque americano.

En cuanto a la infracción de un tratado EEUU-Colombia que reservaba la navegación de sabotaje a los navíos del pabellón nacional no se puede considerar prohibición después de una continuada tolerancia.

Frente a la tesis de la irresponsabilidad de Herrera, sostenida por el árbitro colombiano en virtud de la amnistía, el superárbitro declaró: Aquél que adopta una amnistía a favor de personas o cosa sobre las que él no tiene autoridad, asume con ello las responsabilidades en las que pudieran haber incurrido las personas objeto del perdón. En consecuencia, el Presidente de Panamá, no teniendo D. alguno a disponer de los intereses que no le pertenecían, más aún, estando obligado a protegerlos en virtud de tratado, asumió la responsabilidad frente a los perjudicados, subrogándose a las personas causantes del daño.

Según la tesis de que Colombia no se responsabiliza por las deudas privadas de Panamá, el superárbitro dice que los tratados que autorizan la residencia de extranjeros en Colombia, que definen y garantizan sus D. durante su estancia, han sido concluidos por el gobierno y no por los Estados de la Unión.

Sobre que las deudas tengan un carácter privado, tampoco el infrascrito esta de acuerdo ya que considera que toda deuda concertada por un funcionario del Estado, debidamente autorizado (como en el caso presente, que se trata del jefe Constitucional de uno de los Estados), adquiere el carácter de

deuda pública y que su impago puede ser objeto de representación por parte de un Estado extranjero.

Por tanto el infraescrito considera que el Gobierno de la unión es responsable en ciertos casos de los daños causados a un extranjero por los Estados particulares de la Unión y que las deudas contraídas por las autoridades de dichos Estados no tienen carácter privado.

OBSERVACIONES.

- *Cuestiones preliminares relacionadas con la nacionalidad de los propietarios y del pabellón del buque. Regla de las manos limpias.*

En lo que respecta a la nacionalidad de los propietarios, el domicilio de estos en Panamá, aun dando por sentado que lo hubieran adquirido, no invalidaba el D. del Gobierno norteamericano a formular en su favor una reclamación diplomática, constando la ciudadanía norteamericana de los perjudicados.

El Cónsul norteamericano en Panamá afirma la regularidad del pabellón y de la documentación del buque, así como las actividades de éste autorizadas por el Presidente panameño.

Ahora bien, la atribución formal de la nacionalidad a una persona o buque por parte de un Estado no es bastante a fundar, por sí misma, el D. de reclamación diplomática. Es necesario también un cierto grado de efectividad; esto es, una relación de hecho entre la persona o cosa investida de esa nacionalidad y la soberanía del Estado que la otorga y después intenta la protección.

Otro punto en que la tesis del Laudo esta anticuada, además del criterio de la efectividad, es el problema de las manos limpias. El Montijo había intervenido en anteriores conflictos civiles en ambos bandos con fines lucrativos rompiendo el deber de obtención impuestos a los extranjeros residentes en un país que no es el suyo.

- *Argumentos derivados del incumplimiento de las leyes internas norteamericanas y colombianas.*

Ciertamente la infracción de reglas jurídicas estatales es, en principio, irrelevante a efectos de la responsabilidad internacional. Pero una cosa es cierta, en ningún caso, podrían ser eliminadas con la argumentación utilizada por el Laudo. Ciertamente es que los tribunales internacionales no entran en principio en la regularidad o legalidad de una determinada conducta, según las leyes internas de un Estado. Pero la doctrina de las manos limpias o de la efectividad indican que se ha roto con la rígida posición dualista de la irrelevancia absoluta internacional de las posiciones jurídicas, según el D. estatal interno.

- *Problemas de imputación. Responsabilidad del Estado Federal por los actos de comunidades territoriales o Estados miembros.*

El Gobierno Colombiano defendía que el impago a los propietarios del buque por su uso, era un problema de deuda privada y que los Estados no pueden ser hechos responsables por el incumplimiento de esta clase de obligaciones que competían a los tribunales ordinarios panameños.

La tesis era insostenible ya que habría, al menos, una falta *in vigilando* e incumplimiento de una obligación que tiene cada Estado por el hecho de serlo: hacer respetar el DI en los ámbitos sometidos a su jurisdicción. Y en este caso concreto, esta responsabilidad estaba reforzada por el hecho de la amnistía que cegaba la vía judicial interna que llevase al resarcimiento.

En otro sentido, la responsabilidad internacional de los Estados queda comprometida por los actos irregulares, según el DI, de sus funcionarios. Los Estados no pueden escudarse en su D. o Constitución

interna para justificar el incumplimiento de normas internacionales. La articulación de competencias internas entre el Gobierno Central o federal y el de los Estados miembros o entes autonómicos serán los que la Constitución interna establezca pero en el plano internacional, siempre será el Estado en su globalidad el que resulte responsable, incluso allí donde el Gobierno federal careciera de toda influencia y control sobre la conducta y actos de las autoridades locales.

Nº 35

- Nacionalidad y protección diplomática.
- Nacionalidad efectiva: Criterios a tomar en cuenta. Principio general de efectividad en el DI. Estoppel. Nacionalidad efectiva y oponibilidad.

ASUNTO NOTTEBOHM

(Sentencia del TIJ del 6 de Abril 1955)

F. Nottebhom nació en Hamburgo y a los 24 años emigró a Guatemala donde residió durante más de 30 años conservando su nacionalidad alemana.

En 1939 solicita la nacionalidad de Liechtenstein donde era requisito para la obtención la posesión por tres años de un domicilio en el país. Requisito que se podía dispensar en casos especiales, la obtiene en Octubre y en Diciembre el consulado de Guatemala le concede un visado con el que regresa a su antigua residencia.

Un año después se declara la guerra entre Guatemala y Alemania: Nottebohm es detenido y llevado a EEUU, sus propiedades embargadas. En 1946 es puesto en libertad pero Guatemala no le permite entrar en el país, por lo que volvió a Liechtenstein.

En 1949 Guatemala confisca definitivamente las propiedades de todo el que tuviera nacionalidad de un Estado con el que Guatemala estuviera en guerra, o que estuviera en posesión de la nacionalidad de ese estado en 1938 aunque la hubiera después cambiado.

Liechtenstein presenta demanda solicitando la devolución de las propiedades y la reparación de daños.

Guatemala exceptúa la falta de legitimación de Liechtenstein para formular reclamación a favor de Nottebohm, ya que la nacionalidad concedida no era oponible a Guatemala dadas las circunstancias en que se había concedido.

FALLO:

La cuestión sometida a la Corte es saber si la nacionalidad otorgada a Nottebohm puede ser invocada frente a Guatemala. Liechtenstein argumenta que Guatemala ha reconocido con anterioridad aquello que ahora niega (Estoppel) y que no puede permitírsele adoptar ante el tribunal una actitud en contradicción con su conducta anterior. Y que al igual que a todo Estado soberano, pertenece a Liechtenstein regular a través de su legislación, la adquisición de su nacionalidad.

El Tribunal opina que es cierto que corresponda a Liechtenstein regular la adquisición de su nacionalidad pero lo que no le corresponde es determinar si tiene D. a ejercer su protección en el caso concreto, ya que éste ejercicio se coloca en el plano del D.I. y es el D.I. quien determina si un Estado está legitimado para ejercer la protección y acudir al Tribunal. Por otro lado, hay infinidad de actos realizados por un Estado en el ejercicio de su competencia nacional que no producen efecto pleno en el plano internacional.

El Tribunal hace prevalecer la nacionalidad efectiva, la que concuerda con la situación de hecho, la que conecta al interesado y a uno de los Estados, para lo cual se toman en consideración elementos como el domicilio del interesado, la localización de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, la vinculación que él ha manifestado hacia el país y la que le ha inculcado a sus hijos, etc. Elementos todos que prueban, de un lado, la ausencia de toda conexión entre Nottebohm y Liechtenstein, de otro, la inexistencia de un vínculo antiguo y estrecho de arraigo entre él y Guatemala, lazo que su naturalización en nada debilitó. Naturalización que fue concedida en condiciones excepcionales de rapidez y benevolencia por lo que carece de la sinceridad que debe esperarse de un acto tan importante para que imponga el respeto de un Estado en la situación de Guatemala.

Por lo tanto, Guatemala no está obligada a reconocer la nacionalidad así conferida. En consecuencia, Liechtenstein no tiene base para extender su protección a Nottebohm respecto de Guatemala.

OBSERVACIONES

• *La estructura argumentativa del fallo*

El Tribunal efectúa una disociación entre la concesión de la nacionalidad y el D. de protección, y hace objeto de su decisión no el hecho del otorgamiento sino las exigencias que según él impone el orden jurídico internacional al ejercicio de esa protección por parte de los Estados.

La protección de Liechtenstein podía estar fundada tan sólo en un reconocimiento previo de las autoridades guatemaltecas o en que la concesión de la nacionalidad hubieran sido hechas en condiciones tales de conformidad con el D.I. que Guatemala estuviera obligada a reconocerla. Por lo que respecta al primer punto, los actos de reconocimiento fueron realizados por funcionarios, todos ordinarios del régimen de extranjería entre el Estado y un particular, no eran actos de Gobierno a Gobierno. Por lo que no hay lugar a apreciar el estoppel.

2) Disociación entre la concesión de la nacionalidad y el D. de protección

El D.I. reconoce a los Estados una competencia básica y fundamental para establecer por sí mismo los criterios que determinan la adquisición y pérdida de sus respectivas nacionalidades. Por lo que, si el otorgamiento ha sido perfectamente regular, según el D. de ese Estado, éste producirá efectos plenos en el plano internacional.

Sin embargo, es esta posición tradicional la que la sentencia Nottebohm puso en tela de juicio mediante la disociación de ambos momentos: el de la adquisición, por supuesto regular, de la nacionalidad y el del ejercicio del D. de protección. El Tribunal no juzga la regularidad de la concesión según el D. de Liechtenstein ni la conformidad de esas leyes con el D.I.

3) El criterio de la efectividad

No basta, pues, la sola nacionalidad conseguida según las leyes de un Estado determinado para que éste pueda ejercer su protección diplomática. Preciso es que dicha nacionalidad esté caracterizada por la nota de la efectividad.

El criterio de la efectividad se había utilizado anteriormente para dirimir entre dos nacionalidades de dos Estados diferentes. La doctrina Nottebohm introduce una modificación: da al principio de la efectividad un valor absoluto, puesto que hace perder la legitimación inicial del Estado de la nacionalidad para ejercer la protección cuando dicha nacionalidad no es efectiva.

• *Competencia unilateral de los Estados y reconocimiento internacional de los efectos derivados del*

ejercicio de esa competencia.

La concesión de la nacionalidad es expresión de la soberanía de un Estado, que establece la relación de dependencia entre él y un particular. Dicha nacionalidad va encaminada a producir efectos primariamente dentro de ese sistema jurídico, pero no está excluido que los tenga también en otros sistemas. No obstante, aclara el Tribunal que: No corresponde a Liechtenstein determinar si este Estado tiene D. a ejercer protección o dirigirse al Tribunal, ya que esto es situarse en el plano del DI..

Nº 36

- Nacionalidad y protección diplomática. Prueba de la nacionalidad. D. aplicable a esta prueba: efectos. Libertad de prueba en los tribunales internacionales.
- Relación entre el principio de libertad de juicio en el juez internacional, el de igualdad procesal de las partes y el de la competencia de la instancia internacional.
- Aplicación del D. interno estatal por los Tribunales Internacionales.
- Competencia exclusiva de los Estados en materia de nacionalidad. Facultades de los Tribunales internacionales.
- Principio de efectividad: teoría de la nacionalidad efectiva.
- Nacionalidad de las personas objeto de protección y competencia de un Tribunal Internacional.

CASO FLEGENHEIMER

EEUU solicita declaración de nulidad, de la venta de un paquete de acciones de A. Flegenheimer, fundándose en que éste, judío, temiendo que se le aplicara la legislación antisemita promulgada en Italia en 1938, vendió en condiciones desfavorables, bajo amenazas y coacciones.

La posición de Italia era que el Sr. Flegenheimer no era nacional de EEUU y por tanto las acciones entabladas ante la comisión eran inadmisibles.

Cuestión previa: El padre del reclamante nació en Baden, después emigró a EEUU donde se naturalizó según las leyes norteamericanas. En 1874 retornó a Alemania donde se volvió a naturalizar y vivió hasta su muerte.

El reclamante tenía 4 años cuando su padre se naturalizó en Alemania en 1894 y vivió allí hasta la edad de 43 años en que los acontecimientos políticos le obligaron a salir. Fue entonces cuando descubrió que quizás él tenía la nacionalidad norteamericana, *iure sanguinis*.

En 1937 el Deutsche Bank le notificó que debía disponer de sus propiedades bajo pena de confiscación, por lo que se vio obligado a deshacerse de ellas por un precio irrisorio. Después se marchó a Italia, a la que tuvo que abandonar por la promulgación de las leyes antisemitas.

Tras un intento fallido de naturalizarse en Suiza, se marchó a Canadá donde el Cónsul alemán le renova el pasaporte alemán, a la vez que él presenta solicitud de reconocimiento de nacionalidad en el Consulado de EEUU en base a la nacionalidad anterior de su padre.

Mientras tanto, al Gobierno alemán le había despojado de su nacionalidad alemana en 1933 sin que él tuviera conocimiento de ello.

En 1941 reside temporalmente en EEUU con pasaporte alemán, lo que hace crítica su situación al estallar la guerra.

Una autoridad adva. Resuelve a su favor el asunto de la nacionalidad pero sin intervención alguna de

los Tribunales americanos.

FALLO:

El art. 78 del Tratado de Paz de 1947 entre Italia y EEUU dice:

El Gobierno italiano declarará la nulidad de todas las transmisiones que afecten a la propiedad, D. e intereses de cualquier naturaleza que pertenezcan a nacionales de las N.U, cuando tales transacciones hayan sido realizadas por la fuerza o coacción ejercida por los Gobiernos del Eje o sus organizaciones durante la guerra.

La demanda del Gobierno USA se funda en ésta norma.

Los términos nacionales de las N.U. comprenden también a todos los individuos, o personas jurídicas que, de acuerdo con las leyes en vigor en Italia durante la guerra, hayan sido tratados como enemigos.

Italia niega que A. Flegenheimer sea nacional de N.U. en esas fechas.

Ambas partes están de acuerdo en que la Comisión habrá de admitir o rechazar en el plano internacional una nacionalidad cuya existencia o inexistencia deba ser establecida en el plano nacional. Es decir, ambas partes consideran al D. de EEUU como decisivo para resolver sobre la nacionalidad de A. Flegenheimer.

La Comisión debe determinar si en las fechas claves, A. Flegenheimer poseía la nacionalidad norteamericana y si dicha nacionalidad fue regularmente adquirida y si está en conformidad con la regla de la efectividad que domina por entero al DI.

EE.UU dice que bastaría con que la nacionalidad de A. Flegenheimer estuviera probada verosímilmente para que la Comisión no pudiera ponerla en tela de juicio y someterla a investigación.

Italia sostiene que todo Tribunal Internacional es libre de investigar la existencia o no de cualquier nacionalidad invocada ante ella. Que los principios invocados por EE.UU. en este procedimiento no se corresponden con el D. positivo y que cuando la existencia de una obligación por tratado depende de la nacionalidad, la autoridad a quien corresponde interpretar y aplicar el mencionado tratado, tiene la facultad y obligación de examinar si concurre o no tal condición en conformidad con el tratado.

Por tanto, la comisión examina dentro del marco del DI y en particular del art. 78 del Tratado de Paz con Italia el documento advo. que reconoce a Flegenheimer como nacional USA: La persona interesada podrá seguir siendo nacional USA para las autoridades de EE.UU, pero esta cualidad no debe serle reconocida por esta Comisión sobre la base de los documentos presentados y de los argumentos desarrollados en el procedimiento. Ahora bien, la Comisión no puede desconocer el valor de la presunción de veracidad de las decisiones adoptadas por las autoridades oficiales de un Estado, aunque hay aquí solamente una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por prueba en contrario y la nacionalidad de A. Flegenheimer esta lejos de poseer el carácter de claridad y certeza que produzca convicción.

CONCLUSIONES

- 1)– Que A. Flegenheimer adquirió por filiación la ciudadanía USA.**
- 2)– Que la perdió al adquirir la alemana y transcurrir cinco años.**

3)– Que jamás adquirió su nacionalidad americana al alcanzar la mayoría de edad.

4)– Que sólo poseía la nacionalidad alemana después de 55 años de residencia en Alemania, hasta 1940 en que se publica un decreto declarando decaída su nacionalidad, por lo que paso a ser apátrida.

5)– Que el certificado extendido por las autoridades USA no es capaz de probar, con pleno conocimiento jurídico, que A. Flegenheimer reúne las condiciones requeridas por el art. 78 del Tratado de Paz con Italia para poder ser considerado nacional de N.U. En virtud de las anteriores consideraciones decide:

- Que A. Flegenheimer no puede ser considerado nacional de N.U a los fines del art. 78 del Tratado de Paz con Italia.
- En consecuencia, la demanda presentada por EE.UU queda rechazada por inadmisibile.

OBSERVACIONES

- *Nacionalidad y protección diplomática.*

La protección por parte de un Estado a favor de una persona determinada tiene un presupuesto necesario: el de la existencia de un vínculo entre ambos que la nacionalidad exprese.

El otorgamiento de la nacionalidad es competencia exclusiva de los Estados. Por lo que tal nacionalidad debe ser reconocida por los demás Estados, tanto en el plano interno como en el internacional.

¿Quiere esto decir que la atribución de la nacionalidad mediante actos unilaterales de los Estados ha de producir, sin más, efectos plenos en el orden internacional?.

Según la tesis norteamericana si. A menos que se probase que esta atribución estaba afectada por vicio o error que la invalidara, era vinculante para la Comisión en base al principio de DI por el que se acepta en el plano internacional los actos regulares de funcionarios estatales en el ámbito de su competencia.

La tesis italiana, por el contrario, defendía el principio de libre prueba en los Tribunales Internacionales respecto de la nacionalidad otorgada por cualquier Estado, que no podrían declarar su nulidad en el orden interno pero si negarle toda eficacia en el plano internacional.

Por supuesto, que no teniendo él DI. normas reguladoras de la nacionalidad, ha de remitirse al D. interno de cada Estado, pero ello no impide la competencia de los Tribunales Internacionales para juzgar la regularidad según el D. interno y el D. I.

La aplicación del D. interno en instancias internacionales es una cuestión extraordinariamente interesante. Esto no significa que él DI. se entregue completamente en manos del D. interno, ya que él DI. establece con criterios propios la eficacia en el plano internacional de una nacionalidad que sólo los Estados tienen competencia para atribuir.

- *Principio de efectividad.*

La tesis italiana pretendía negar eficacia en el plano internacional a una nacionalidad, que aún suponiendo hubiera sido conservada por Flegenheimer *iure sanguinis* desde su infancia, no podía tener reconocimiento internacional por falta de efectividad. Esta tesis se apoyaba en la sentencia Nottebohm: Conferida la nacionalidad por un Estado, solamente autoriza a éste ejercer su protección frente a otro Estado, si ella constituye la traslación en el plano jurídico de la conexión del individuo con el Estado

que lo ha hecho ciudadano suyo.

- *Nacionalidad y competencia de la Comisión.*

Principio común al DI. y al D interno es la competencia de toda instancia judicial para pronunciarse sobre su propia competencia.

La legitimación de un Estado para ejercer la protección diplomática no tiene por qué estar vinculado al de la competencia. Pero lo está cuando la solución de la diferencia que enfrenta a dos Estados ha sido encomendada a un árbitro internacional, puesto que pasaríamos del plano relacional de Estado a Estado a un proceso judicial internacional.

Nº 37

- Protección diplomática no tiene como esencial la existencia de una acción judicial. Protección de sociedades. Protección de accionistas de nacionalidad distinta a la de la sociedad como consecuencia del daño inferido a ésta.
- La regla de la nacionalidad como base de la protección se aplica igualmente a las sociedades. La S.A. en el DI: remisión de éste a los D. internos estatales. La separación de personalidad y de patrimonios entre sociedad y socios, básica en el D. interno, es válida igualmente en el DI.
- Excepciones a la regla de la nacionalidad: Extinción de la sociedad; imposibilidad de que el Estado de la nacionalidad de ésta ejerza dicha protección. No constituyen excepción en este sentido ni la cesación de la protección emprendida por el Estado de la nacionalidad, ni la ausencia de un vínculo jurisdiccional entre éste y el Estado ofensor.
- Distinción entre D. subjetivo e interés. La lesión de un interés no determina la existencia de una acción de reclamación para solicitar resarcimiento del daño.
- Las inversiones en el extranjero cuando son lesionadas, no fundan por eso mismo una reclamación automática de Estado a Estado. Solamente hay reclamación en favor de estas inversiones si el Estado lesionado, ha reconocido tal D. a esos efectos.
- Efectividad: Modulación de este criterio en el caso de protección de sociedades.
- Aplicación de la equidad en la protección diplomática de accionistas cuando ésta se presente como acción distinta, principal o subsidiaria, de la que corresponde al Estado de la nacionalidad de la sociedad. Dificultades prácticas en su aplicación.

BARCELONA TRACTION

(TIJ, 5 Febrero 1970)

En 1958 el Gobierno belga presentó ante el TIJ una demanda contra el Gobierno español solicitando la reparación de los daños por los actos ilícitos cometidos por diversas autoridades españolas en perjuicio de la Barcelona Traction. Esta demanda fue retirada por acuerdo entre las partes, pero el Gobierno belga volvió a formular otra por la misma causa, pero ahora por los daños inferidos a los accionistas de nacionalidad belga.

El Gobierno español objetó la demanda con cuatro excepciones de las que aquí nos interesa una: La falta de legitimación de Bélgica para intervenir a favor de intereses belgas.

HECHOS

La Barcelona Traction se fundó en 1911 en Canadá donde fijó su sede, con el fin de crear en Cataluña una red de energía eléctrica, había fundado un cierto nº de sociedades filiales de las que ella era accionista única, unas según el D. canadiense y domiciliadas en Canadá y otras según el D. español y

domiciliadas en España.

La Barna Traction emitió obligaciones en pts y en libras. La G.C. española interrumpió el pago de intereses, que se reanudó en 1940 pero sólo para las obligaciones en pts. El pago de las obligaciones en libras necesitó la autorización previa del Instituto Español de Moneda Extranjera. El Gobierno condicionó tal permiso a la prueba de que las divisas iban a ser utilizadas para reembolsar las deudas originadas por aportaciones reales de capitales extranjeros. Prueba que no fue facilitada.

Se formularon demandas ante el Tribunal de Reus que fueron desestimadas y otras con vistas a la reparación por parte del Gobierno español. Éste propone la creación de una comisión Española–Canadiense–Británica que determina que la actitud del Gobierno español de negación del permiso de divisas estaba justificada.

Con el ingreso de España en N.U., entró en vigor un antiguo tratado Bélgica–España en función del cual Bélgica demanda de nuevo para dilucidar la cuestión previa de la legitimación del Gobierno Belga para proteger internacionalmente a los accionistas belgas, socios de una sociedad canadiense.

FALLO:

Si un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras, a extranjeros, personas físicas o jurídicas están obligado a protegerlas según la ley. Esta obligación no es de carácter absoluto, por lo que debe establecerse una distinción entre las obligaciones de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que surgen respecto de otro Estado en el marco de la protección diplomática.

Las primeras son obligaciones *erga omnes*, por ejemplo, protección de los D.H., contra la practica de la esclavitud o discriminación racial, contra el genocidio, etc.

Las obligaciones cuya protección diplomática tiene por objeto garantizar su respeto imponen al Estado reclamante demostrar que tiene D. a ello ya que existen dos condiciones:

1ª– Que el Estado demandado haya incumplido una obligación respecto del demandante, en la persona de los ciudadanos de este.

2ª– Sólo podrá presentar la reclamación la parte frente a la cual existe tal obligación.

En el caso concreto: ¿Bélgica ha sufrido la violación de un D. por la circunstancia de que hayan sido lesionados D. de ciudadanos belgas accionistas de una sociedad no nacional belga?.

El accionista no puede ser identificado con la sociedad. La estricta separación entre las dos personalidades, dotada cada una de D. diferentes es la que constituye la noción de la S.A. y en ella está fundada su estructura.

Una de las características de la estructura de la S.A. es que la sociedad es la única que puede actuar a través de sus administradores en todos aquellos asuntos de carácter social. Ningún socio puede emprender una acción aislada, tanto si es en nombre de la sociedad como si lo hace en nombre propio.

A pesar de que la S.A. tiene una personalidad diferente, el daño causado a la sociedad afecta frecuentemente a sus socios. Pero el simple hecho de que la S.A. y el accionista sufran a la vez un daño, no significa que los dos tengan D. a exigir su reparación: El acreedor no tiene acción contra una persona para reparar el perjuicio que le ha causado, en virtud del daño que ésta ha inferido al deudor de la primera.

El Gobierno belga sostiene que si las acciones de la Barna Traction han dejado de existir, los socios tienen una acción independiente a pesar de que los actos imputados hayan sido dirigidos contra la sociedad en cuanto tal.

Para abordar el problema desde el ángulo del DI., el Tribunal debe partir del hecho que el presente asunto pone en juego elementos del D. interno.

Bélgica insiste en que no hay regla alguna de DI. que niegue al Estado nacional de los accionistas el D. a obtener reparación por los actos ilícitos cometidos por otro Estado contra su S.A. A *sensu contrario*, tampoco existe ninguna regla de DI. que afirme lo contrario.

Refiriéndose al D interno, la Corte afirma que en ocasiones la S.A. no ha podido proteger los D de aquellos que le confieren sus recursos financieros. Ante esa realidad económica, el D. interno a adoptado medidas protectoras: Descorrer el velo social en determinadas circunstancias, por ejemplo, para impedir que se abuse de los privilegios de la persona moral, cual es el caso del fraude o manipulación dolosa, con el fin de proteger a terceros tales como el acreedor o el comprador.

También en el D. I. Pueden darse, en principio, circunstancias especiales que justifiquen el levantamiento del velo en beneficio de accionistas. Pero se trata de circunstancias como el trato dado a los bienes enemigos y aliados en los acuerdos de paz y demás instrumentos int. durante y después de la 1ªGM y de la 2ªGM, así como el trato a bienes extranjeros como consecuencia de las nacionalizaciones. En cualquier caso, estas disposiciones difieren radicalmente de aquellas que son de aplicación en circunstancias normales.

Dos situaciones especiales por las que la regla general pudiera no ser aplicable:

- Que la sociedad hubiera dejado de existir
- Que el Estado de la sociedad no estuviera en disposición de actuar en favor de ésta

Respecto del primer supuesto, no se ha constatado que la sociedad haya desaparecido como persona moral ni que haya perdido la capacidad ante los tribunales españoles, porque de ella ha hecho uso.

Respecto del segundo supuesto, la cuestión es saber si el Canadá es, jurídicamente hablando, el Estado de la nacionalidad de la Barcelona Traction. La regla le atribuye ese D. pero en ocasiones algunos Estados sólo confieren la protección diplomática a una sociedad constituida según su ley, únicamente cuando el domicilio social, la dirección o centro de control se sitúan también en su territorio o cuando la gran mayoría de las acciones pertenecen a sus súbditos. Sólo en estos casos existe un vínculo efectivo entre sociedad y Estado.

En el caso presente, es claro que la SA ha sido creada en Canadá, donde tiene su domicilio y donde ha creado un vínculo estrecho y permanente durante más de medio siglo. Por su parte el Gobierno canadiense ha ejercido durante años la protección de la Barna T. a través de intervenciones diplomáticas. Es

cierto que en un momento determinado ha dejado de ejercerlas por propia voluntad, pero no por eso ha perdido el D. a volver a ejercerla.

El Estado es árbitro único para decidir si concederá o no su protección, en que medida la va hacer, y cuando deja de hacerlo. Si él no la hace, esto no justifica la protección por parte de otro Gobierno, a menos que éste último posea un fundamento diferente y válido.

No hay por qué pensar que esto pudiera originar una situación de vacío legal, ya que el titular de un D.

subjetivo no está obligado ha ejercerlo.

El Tribunal examinará ahora la demanda belga desde otro ángulo:

Se fundará en la regla según la cual en las relaciones interestatales las reclamaciones son siempre actos de los Estados, de lo que se sigue que Bélgica estaría legitimada para formular una reclamación si pudiera demostrar que ha sido lesionado uno de su D. y que ha sido violada una obligación int. nacida de un tratado o regla general de D.

Este genero de acción es distinto de la protección diplomática. Si un Estado admite inversiones extranjeras en su territorio, está obligado a protegerlas legalmente, pero no a asegurarlas ante los riesgos que les son propios. La cuestión es saber si ha habido violación del D. que tiene todo Estado a que sus nacionales se beneficien de un trato garantizado por el DI en ausencia de tratado aplicable al caso.

En lo que respecta a las inversiones, tiene que ser probada la pertenencia efectiva a una economía determinada. Algo difícil de establecer cuando hay por medio empresas complejas.

Puesto que la regla general no autoriza al Gobierno belga a presentar reclamación, debemos indagar si consideraciones de equidad piden que se le reconozca un D. de protección. De este modo se ha montado una tesis según la cual el Estado de los accionistas tendría D. a ejercer la protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad está comprometida es el Estado de la nacionalidad de la sociedad: No es el caso de España.

El Gobierno belga alega también criterios cuantitativos (el 88 % de las acciones está en manos de personas físicas o jurídicas belgas) para fundamentar su D. a actuar a favor de sus accionistas. Esto no afecta a la tesis belga, ya que ella es aplicable cuando una sólo acción pertenezca a un ciudadano de un Estado que esté legitimado a ejercer su protección diplomática.

Por lo tanto:

- La Barcelona Traction no ha sido reducida jamás a la importancia de modo que no se haya podido dirigir a su Estado nacional, el Canadá, para pedir su protección diplomática.
- Nada ha impedido al Canadá continuar concediendo su protección diplomática a la Barna Traction, si hubiera estimado deber hacerlo.
- No entran en juego consideraciones de equidad que legitimen al Gobierno belga para actuar.

En consecuencia:

- El tribunal desestima la demanda del Gobierno belga.

OBSERVACIONES

- *Ideas generales.*

En el fondo de la demanda belga estaba el problema de la responsabilidad del Estado español, que no ha sido resuelto por el Tribunal puesto que éste estimó la excepción preliminar sobre la falta de legitimación de Bélgica para proteger a los accionistas. Por ser la sociedad extranjera respecto de los dos Estados contendientes.

Todos los pronunciamientos del fallo están en base al D. de protección por un Estado, presuntamente nacional de los accionistas, que pretende tener un D. propio al margen del que corresponde al Estado de

la nacionalidad de la sociedad.

El fallo prolonga y modula el principio de la efectividad, reafirma la doctrina clásica sobre la naturaleza de la protección diplomática y excluye la posibilidad de una extensión de este D. por ejemplo, descorriendo el velo social, cuando supone el abandono de la regla básica de la nacionalidad como fundamento de dicha protección, si son los Estados quienes la ejercen.

- *Distinción entre D. subjetivo e interés.*

La tesis belga pretendía establecer una cierta confusión conceptual entre interés y D. subjetivo. El TIJ le recuerda que para exigir reparación no basta con fundarla en la prueba de un daño sufrido, por importante que pueda ser.

- *Naturaleza especial del D. de protección internacional.*

Desde el momento en que un Estado acepta en su territorio intereses o ciudadanos extranjeros, está obligado a concederles la protección general que sus leyes otorgan. Además las reglas internacionales les imponen determinados comportamientos:

- a)– Los que se establecen *erga omnes* que serían una especie de *actio popularis* por agresión de un Estado a otro, por un delito de genocidio o lesión grave a D. fundamentales de la persona.
- b)– Los que tienen un titular preciso y determinado: Este viene fijado por la nacionalidad de la víctima. Es el Estado de esta nacionalidad, y no otro, a quien corresponde el D. de tutela internacional.

Elemento esencial en este D de protección es la libertad en su ejercicio por parte del Estado que la posee. Es decir, no existe regla alguna de DI que obligue a los Estados a ejercer dicha protección: si la ejercen es por su libre determinación.

Sería excesivo deducir de ahí que con ello se crea una situación de vacío legal. Aceptarlo sería también aceptar la transformación de un D. (El del Estado a ejercer libremente la protección) en una obligación.

- *El problema de las relaciones entre la sociedad y sus socios en el plano internacional. Remisión básica del DI al D. interno.*

El obstáculo con el que chocó el Gobierno belga para hacer avanzar su tesis fue la existencia de la sociedad y, por consiguiente, la nacionalidad canadiense de ésta. Trató de esquivarlo aduciendo:

- a)– La práctica desaparición de la sociedad
- b)– Situación de excepción por la que el mismo DI prescindía de la regla básica de la nacionalidad.
- c)– Recurriendo al criterio de efectividad.
- d)– Apelando a la equidad como principio general.

En la cuestión de las relaciones entre la sociedad y sus socios, el DI apela a los D. internos donde se acepta como principio básico la separación estricta entre sociedad y socios, así como de sus respectivos patrimonios.

Excepciones: Cuando se han de proteger minorías o a la propia sociedad frente a abusos de la mayoría. El Tribunal acepta que en el DI pueda haber casos que justifiquen descorrer el velo social para ir

directamente a la protección de los socios, como es el de la propiedad enemiga en el D. de guerra y el de las nacionalizaciones, pero rechaza toda analogía entre estos casos y el de la B.T.

- *Las excepciones a la regla de la nacionalidad como base de la protección diplomática*

Fuera ya del supuesto de ruptura del velo social, el TIJ examinó otros dos casos en los que el DI admite hacer excepción de la regla de la nacionalidad: El de la liquidación o extinción de la sociedad y el de la incapacidad del Estado nacional de la sociedad para ejercer dicha protección.

El DI moderno no rechaza de modo absoluto una posible concurrencia de acciones de reclamación ejercitadas por dos sujetos distintos en favor de una misma persona. Para ello es preciso que el DI confiera un doble título, ellos entre sí distintos y constitutivos de una legitimación diferente. En el caso Bernadotte, una era la reclamación de las N.U. por la vía de la protección funcional, otra la de Suecia por la de la nacionalidad del ofendido. Pero en modo alguno la doble nacionalidad de una persona ha dado vía a una doble protección simultánea en su favor.

Situación diferente es la de la incapacidad del Estado nacional de la sociedad para ejercitar la protección. El TIJ la admite en términos generales, pero sólo en el supuesto en que el Estado de la nacionalidad de la sociedad es el mismo responsable del daño causado, ya que es impensable que un Estado ejercite contra sí mismo esa protección. Este no era el caso debatido ya que la S.A. era canadiense, el Estado culpable era España y el reclamante Bélgica.

6) *El principio de efectividad*

Tesis belga: Una SA en la que el 88% de su accionariado son accionistas belgas, podrá ser formalmente canadiense; pero de hecho y efectivamente es belga.

El TIJ rechaza esta tesis ya que en una persona jurídica son muchos los puntos de conexión a tener en cuenta para juzgar la localización de una SA.

Los lazos que la B.T. ha mantenido durante 50 años con Canadá eliminan toda sospecha de que se trate de nacionalidad ficticia.

- *Intento de Bélgica de transformar la reclamación en una de Estado a Estado*

Desde el momento que un Estado reclama daños inferidos a un nacional suyo a causa de un hecho ilícito, la reclamación es de un Estado contra otro, pero en su origen la protección es distinta según se trate de un perjuicio directo a órganos o bienes del propio Estado o a un particular ciudadano suyo.

Tesis belga: Los daños sufridos por inversores belgas en el extranjero son en realidad una lesión a los bienes y recursos de la nación.

TIJ: Respecto de las inversiones privadas extranjeras que los Estados acogen en su territorio, estos Estados tienen el deber de protección que las leyes otorgan en general, pero en ningún caso se les puede hacer responsables del perjuicio que puedan sufrir y que sea inherente a los riesgos que toda inversión en el extranjero comporta.

8) *El problema de la equidad*

Tesis belga: Si no hubiera otro fundamento en el D. positivo para reconocer ese D. de protección en el Gobierno belga, téngase en cuenta al menos la regla de la equidad que permita al Gobierno de la nacionalidad de los accionistas despojados poner remedio a esta violación.

El TIJ rechaza la aplicación de este principio con dos argumentos: La dificultad de prueba del origen verdaderamente belga de las referidas inversiones y la regla de equidad que expresa el refrán de estar a las duras y a las maduras.

Desde el punto de vista de la aplicabilidad, el criterio de la equidad resulta impracticable. Ya que el mismo D tendría el Estado de los socios que detentaran el 90% de las acciones como aquel otro cuyos ciudadanos no alcanzarán más que el 1%

- *Valoración final*

No es posible la extensión del D de protección diplomática a favor de socios de una sociedad, ejercida por el Estado de la nacionalidad de éstos cuando el Estado de la nacionalidad de la SA ha ejercido dicho D. o puede ejercerlo. Solamente de modo subsidiario y por vía de excepción esto será posible cuando la nacionalidad de la SA no cuente, porque ésta ha sido disuelta o su Estado se ve en la imposibilidad de protegerla.

B) RESPONSABILIDAD FRENTE A ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Nº 38

- Protección diplomática de una Org. Internacional. Noción de la protección funcional.
- Poderes implícitos.
- Excepción a la regla de la nacionalidad como base de la reclamación internacional. Reclamación internacional de las N.U.

REPARACIÓN DE DAÑOS SUFRIDOS AL SERVICIO DE LAS N.U

(Opinión Consultiva del TPJI. 11 abril 1949)

CASO BERNARDOTTE 2ª Parte.

Este caso no sólo plantea el problema de la personalidad jurídica internacional de las Org. Int., sino el de la capacidad de éstas para ejercer un D. de reclamación int. con vistas a la obtención de una reparación del daño sufrido.

El supuesto del num. 32 formula dos subpreguntas relativas a:

- Al daño sufrido por N.U.
- Al daño sufrido por la víctima o sus causahabientes.

El Tribunal desdobra estos dos casos según que el Estado responsable sea o no miembro de N.U.

FALLO

¿Están las N.U. legitimadas para presentar contra el Gobierno de *iure* o de *facto* responsable una reclamación int. con el fin de obtener la reparación de daños inferidos?:

a)– A las N.U.

No cabe duda, cuando es uno de sus miembros el que le ha inferido un daño a causa del incumplimiento de obligaciones int. Respecto de ella.

b)– A la víctima o a sus causahabientes.

La regla tradicional según la cual la protección diplomática es ejercida por un Estado nacional no presupone una respuesta negativa a esta cuestión. Se dan casos en los que la protección puede ser ejercida por un Estado en beneficio de personas que no tienen su nacionalidad.

Además, el Estado demandado ha incumplido una obligación que tenía para con el Estado nacional y además, sólo puede presentar una reclamación internacional la parte beneficiaria de esa obligación cuando ha sido violada. Tal es el caso cuando la Org. Int. formule una reclamación por daños sufridos por un agente, ella lo hace invocando una obligación existente en su favor. Por consiguiente, la regla de la nacionalidad de la reclamación no constituye objeción alguna.

Por otra parte, es el daño el que fundamenta la solicitud de reparación y no el incumplimiento de la obligación general que tiene el Estado respecto de extranjeros; puesto que las reclamaciones formuladas sobre esta base corresponden al Estado nacional y, en términos generales, no a la Organización.

El Tribunal debe indagar si las disposiciones de la Carta relativas a las funciones de la Organización y a la participación de sus agentes en el ejercicio de tales funciones, implican la facultad de protección por parte de la Organización.

A tales agentes, N.U. les encarga el desempeño de misiones excepcionales, por lo que los daños que pueden sufrir es posible que se produzcan en circunstancias tales que su Estado nacional no esté autorizado a presentar una petición de reparación sobre la base de la protección diplomática. Al menos, la Organización debe proporcionarle una protección adecuada.

El agente no debe acudir a la protección de su Estado. Si éste fuera el caso, su independencia podría quedar comprometida.

Cuando N.U. exige reparación de un incumplimiento de obligaciones invoca un D. propio. Por tanto, el TPJI estima que en caso de incumplimiento de estas obligaciones, N.U. tiene capacidad para solicitar una reparación adecuada y que en la evaluación del montante de esa reparación, la Organización tiene D. a incluir el daño sufrido por la víctima o por sus causahabientes.

Pero, ¿qué pasa cuando el Estado contra el que reclama no es miembro de la Organización?.

En este sentido, el Tribunal es de parecer que cincuenta Estados, que constituyen una amplia mayoría de los miembros de la comunidad int., tienen la facultad de acuerdo con el DI, de crear un ente con personalidad int. objetiva (no simplemente una personalidad reconocida por ellos sólo) así como la capacidad de presentar reclamaciones int.

Puede ocurrir que se presenten casos en los que el acto lesivo ha efectuado a intereses tanto del Estado de la nacionalidad como de la organización. Cuando esto ocurre, el D. de protección diplomática que corresponde al Estado y el D. de protección funcional, que pertenece a N.U pueden entrar en concurrencia.

En tal supuesto no hay regla que otorgue prioridad a uno sobre el otro. Habrá que dilucirlo mediante una convención general o bien mediante acuerdos concluidos en cada caso concreto.

En el caso concreto de que el agente posea la nacionalidad del Estado reclamado: la acción ejercida por N.U. no se funda en la nacionalidad de la víctima, sino en la cualidad de agente de N.U. Es pues irrelevante que el Estado reclamado lo considere o no nacional suyo. Aunque la práctica general sea

que un Estado no ejerza su protección diplomática frente a otro estado que lo considere igualmente suyo.

OBSERVACIONES

- *La noción de la protección funcional*

El Tribunal comienza rechazando la analogía que se derivaría del vínculo de dependencia o fidelidad del nacional con su propio estado, y la sitúa en los elementos constitutivos de la función pública int.

No hay acción int. independiente en una Org. int. sin que haya independencia en los funcionarios internacionales.

Los Estados han contraído la obligación de respetar esa independencia y esa es una obligación frente a la Organización. Pero para hacerla efectiva, la Organización debe tener poderes y facultades que la tutelen y la hagan eficaz, y no lo sería, si los funcionarios no tuvieran la conciencia de poder ser protegidos y tutelados en su acción por la propia Organización. Confiarla a los respectivos Estados nacionales sería establecer un camino de servidumbre en la acción del funcionario internacional respecto de su propio Estado.

En consecuencia, pues, el D. de reclamación de N.U. se asienta en la relación de la Organización con sus agentes, que el tribunal denomina protección funcional.

- *Coexistencia con el D. de reclamación del Estado de la nacionalidad.*

Las Organizaciones poseen funcionarios y no ciudadanos; lo que significa que sus agentes, no son desnaturalizados por relación a sus países de procedencia, poseen un doble vínculo: El que les une a la Org. y el que corresponde al Estado de su nacionalidad. La coexistencia de ambas acciones nunca puede llevar a una duplicidad en su ejercicio, pero, puesto que el DI. actual carece de reglas que establezcan criterios de prioridad, de una sobre otra, la regulación de esta cuestión queda abandonada al acuerdo o a la práctica ulterior.

- *¿Relevancia de la nacionalidad de la víctima en la reclamación de la Org. contra el Estado de la nacionalidad?*

Regla general: si el Estado A reclama al Estado B a favor de H que tiene ambas nacionalidades. Dicha reclamación es imposible.

El Tribunal no cree que esta norma general sea aplicable a las reclamaciones de la Org. contra un Estado, puesto que tal reclamación no se basa en la nacionalidad de la víctima, sino en la condición de agente de la Org.

Frente a las normas int. que concretan la obligación cierta del Estado respecto de la Org. está otra, en virtud de la cual, las relaciones entre Estado y sus nacionales son cuestiones de dominio reservado y por tanto sustraídas al efecto del DI.

Estamos pues ante una antinomia que habría de resolverse con criterios de prioridad que ni el Tribunal aclara ni probablemente existan.

DERECHO DEL MAR. DELIMITACIÓN DE ESPACIOS MARITIMOS

- **Mar territorial: Trazado de líneas de base: Métodos posibles. Carácter abierto de la regla internacional: Criterios a los que debe responder el trazado.**
- **Sistema noruego de delimitación: aceptación tácita de él por falta de oposición de los Estados. Protesta tardía inglesa. Publicidad de la medida interna.**
- **Conformidad de las líneas de base fijadas por Noruega a los principios del DI. aplicables en la delimitación del mar territorial.**
- **Noción de aguas históricas. Bahías y su condición.**
- **Componente social en una regla internacional.**

CASO DE LAS PESQUERAS NORUEGAS

(Sentencia del TIJ. 1951)

En 1949 el Gobierno del Reino Unido demanda a Noruega para:

- **Que el TIJ establezca los principios de DI. a tener en cuenta en el trazado de las líneas de base que delimiten el mar territorial.**
- **Que se fijen los daños a efectos de reparación por los apresamientos de barcos británicos en aguas que debían ser consideradas mar libre.**

Datos históricos: los ingleses dejan de pescar en aguas desde 1616 hasta 1906 en que vuelven a interesarse por ellas. En 1911 se produce el primer apresamiento. En 1935 Noruega promulga un R. Decreto por el que delimita su zona de pesca.

El objeto del litigio consistía en establecer si las líneas de base fijadas por Noruega habían sido trazadas de conformidad con las reglas del DI.

El TIJ argumenta las particulares características de la costa Noruega: extraordinariamente recortada y plagada de islas, unas 120000.

FALLO

Al estar de acuerdo las partes en las que las 4 millas de mar territorial, el problema es la base a partir de la cual se han de calcular.

Las partes también están de acuerdo en que para medir el mar territorial sea referencia la línea de bajamar y que en el caso de una elevación que sólo quede al descubierto en mareas bajas, se utilice para el calculo el límite exterior, siempre según Noruega y sólo si esta a menos de 4 millas de las tierras emergidas permanentemente según el Reino Unido.

Tres métodos han sido considerados para garantizar la aplicación de la regla de la línea de bajamar:

- **El del trazado paralelo, de aplicación en costas sin demasiados accidentes.**
- **El de construcción geométrica ideal para costas entrecortadas o bordeadas por archipiélagos en las cuales la línea de base se destaca de la de bajamar.**
- **El de la curva tangente usado constantemente para fijar un punto en el mar, supone un procedimiento nuevo para la delimitación del mar territorial. Es el método propuesto por Inglaterra.**

El TIJ se limita a constatar que varios Estados han seguido el método de las líneas rectas de base, y que no han encontrado objeciones por parte de otros Estados.

El Reino U. acepta el método de las líneas rectas de base para las bahías pero no para las islas, islotes y

roques.

Se designan como aguas históricas a aquellas que se consideran aguas interiores tan solo por un título histórico.

Inglaterra dice que, aunque Noruega pueda probar la naturaleza territorial o interior de dichas aguas mediante su posesión por un largo periodo sin encontrar oposición por parte de otros Estados, esto supone una derogación de las normas vigentes, en completo desacuerdo con el DI. A pesar de ello, Inglaterra está dispuesta a reconocer a Noruega el D. a reivindicar como aguas interiores todas las aguas que encajen en la noción de bahía independientemente de que la línea de cierre de la entrada sea superior o inferior a las 10 millas.

La Corte estima que la regla de las 10 millas no ha adquirido el carácter de una regla de DI. En todo caso ésta regla es inoponible a Noruega que ha rechazado todo intento de aplicarla a su costa.

Independientemente de la regla de las 10 millas, existen diversos métodos para trazar las líneas de base, pero será el Estado Litoral el llamado a apreciar las condiciones locales que aconsejen el método a seguir.

El Tribunal no comparte la opinión inglesa según la cual, Noruega esta pidiendo que se respete un régimen de excepción por lo tanto no aprecia violación del DI. en el Decreto de 1935 por el que Noruega traza sus líneas de base.

Hay que tener en consideración también los intereses económicos peculiares de una región cuando su realidad e importancia están probados por un largo uso: El Gobierno noruego no invoca la historia para justificar D. de excepción, invoca la historia para justificar la manera en la que él aplica el D. común. El Decreto de 1935 es la aplicación de un sistema tradicional de trazado en conformidad con el DI.

La Corte constata éste hecho a la vez que la no-oposición de otros Estados. El mismo Reino U. no formuló reclamación alguna durante más de sesenta años.

El tribunal es inducido así a concluir que el método de las líneas rectas, consagrado por el sistema noruego, ha sido impuesto por la geografía particular de la costa noruega, que, antes de la aparición de esta diferencia, éste método había sido ya consolidado por una práctica constante y suficientemente larga, frente a la cual la actitud de Gobiernos prueba que éstos no lo han considerado como contraria al DI.

OBSERVACIONES

- *Trazado de las líneas de base.*

No existía discrepancia sobre cual debía ser la línea de base, la de bajamar, ni sobre la anchura del mar territorial, puesto que en contra de la regla general de las 3 millas, ambos Estados aceptaban las 4 millas para el caso particular de la costa Noruega. En lo que no estaba de acuerdo Inglaterra era en el método seguido para obtener esas líneas de base. No discutía el D. de Noruega a trazar sus aguas territoriales puesto que esto entra dentro de la competencia exclusiva de todos los Estados. Pero un acto unilateral de esta naturaleza sólo vincula a terceros en la medida en que sea conforme al DI.

De los tres métodos posibles, los dos primeros son desechados por el Tribunal, el del trazado paralelo por haber sido abandonado por el propio Gobierno británico y por las características de la costa noruega, en la cual es imposible obtener líneas de base sin recurrir a alguna construcción geométrica.

Respecto del de los sectores circulares, que fue el defendido por Inglaterra, el Tribunal constata que es un método nuevo y que no ha sido aceptado como obligatorio en la práctica de los estados.

– Tesis Inglesa: Noruega pretende un régimen de privilegio puesto que se separa del D. Común, Inglaterra aceptará esta excepción sólo en la medida en la que dicho régimen de privilegio estuviere fundado en D. históricos.

– Tesis Noruega: No hay tal privilegio, por el contrario, el trazado seguido no es más que una adaptación del D. común a las condiciones concretas locales, y dentro del margen de libertad que el DI. confiere a los Estados.

El Tribunal reconoce las características de la costa como elemento decisivo de ese trazado y un componente humano y social, poco frecuente en DI. como es la necesidad vital de una población probada por un antiguo y pacífico uso.

- *Oponibilidad del trazado a la Gran Bretaña*

¿Podría el trazado estar de acuerdo con el DI. y sin embargo, no serle oponible a Inglaterra?.

Inglaterra decía que si por tratarse de un acto interno y falto de notoriedad.

El TIJ rechaza esta tesis porque los principios del Decreto de 1935 eran de una reglamentación de 1869 y el primer incidente fue en 1911, tiempo en que no existió protesta alguna. Igualmente inaceptable era la alegación de falta de conocimiento del trazado, dada su condición de Potencia marítima y de Estado ribereño del Mar del Norte.

- *Influencia de la decisión en la evolución ulterior.*

Aunque en su momento, este fallo no fue bien recibido, hoy es aceptado sin discusión y ha tenido gran influencia en la elaboración del DI. marítimo actual. Los principios sentados por él, son hoy normas de DI. positivo.

Nº 40

- **Plataforma Continental: Delimitación.** Alcance de esta noción: Delimitación no es atribución. Tesis de la R.F.A. rechazada por el TIJ.
- **Efecto de las reglas convencionales sobre terceros Estados:** Fuerza vinculante de las declaraciones de éstos. Principio del estoppel. Las obligaciones convencionales no se presumen.
- **Las lagunas en el DI:** Imperfección relativa de las reglas Internacionales. Congruencia y armonía entre ellas.
- **Función de la equidad.**

PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE 2ª Parte

(Sentencia del TIJ, 1969)

El mar del Norte constituye un óvalo del que la parte suroccidental esta formada por el litoral de Holanda, Dinamarca y Alemania. Dada la situación geográfica, las dos primeras adoptan una posición común frente a la RFA para la delimitación de sus respectivas plataformas al presentar el tema ante el TIJ.

Holanda y Dinamarca entienden que la convención de Ginebra de 1958 no obligaba a la RFA, ya que no

había ratificado, pero si le obligaba la regla de la equidistancia contenida en dicha Convención en virtud de:

- Porque a través de sus declaraciones públicas la RFA había aceptado unilateralmente dicha regla.
- Porque esta regla se había constituido en norma consuetudinaria vinculante para todos los Estados aunque no ratificasen la C. De G.

La tesis alemana negaba la obligatoriedad de tal regla, en cuanto norma convencional porque no la había aceptado y en cuanto norma consuetudinaria porque era inexistente. Sostenía que la regla a aplicar sería una que atribuyera a cada uno de los Estados una parte justa y equitativa de la plataforma continental.

Al margen de este procedimiento, Holanda y Bélgica tenían un acuerdo por el que se repartían una zona de esta plataforma por el criterio de la equidistancia, lo que suponía determinar la que correspondía a la RFA.

El Gobierno Alemán rechazó mediante nota diplomática este acto por considerarlo no vinculante.

La Corte no acepta la tesis alemana ya que la delimitación es una operación que consiste en determinar los límites de una zona que pertenece ya al Estado ribereño y no en determinar *ex novo* dicha zona. Una cosa es delimitar de manera equitativa y otra atribuir una parte justa y equitativa de una zona no delimitada aún.

Para la Corte la doctrina de la parte justa y equitativa se aparta de la regla más fundamental de todas las referentes a la plataforma continental:

El D. del Estado ribereño sobre la plataforma Continental.

¿ El principio de la equidistancia—circunstancias especiales constituye en virtud de una convención del DI consuetudinario una regla obligatoria aplicable a toda delimitación de la plataforma Continental del mar del Norte? ¿Está la RFA en la obligación de aceptarla?.

El método de la equidistancia es muy práctico pero ello no le transforma en regla jurídica.

Dinamarca y Holanda admiten que en esas condiciones, la Convención no es obligatoria para la RFA. Sin embargo, el art. 6 le vincula de otro modo: en virtud de su comportamiento y declaraciones.

Tampoco la Corte acepta esta tesis: en virtud de su comportamiento y declaraciones.

Tampoco la Corte acepta esta tesis : Si la RFA hubiera tenido la intención de aceptar el régimen convencional, había ratificado pura y simplemente dicha Convención.

El Tribunal opina que sólo una situación de estoppel podría apoyar tesis semejantes: Sería preciso que la RFA, en razón de su comportamiento y declaraciones, que no sólo habrían probado de manera clara y constante su aceptación del régimen general. Sino que hubieran inducido a los demás a modificar su posición con desventaja para ellos o a sufrir un perjuicio. Nada indica que haya ocurrido así en el caso concreto.

La situación jurídica es que no puede aplicarse la Convención de 1958, que no esponible a la RFA, ni el método de equidistancia en tanto que regla obligatoria de D. Consuetudinario, porque no lo es.

La Corte no tiene por qué delimitar por si misma las zonas de plataforma que corresponde a cada

parte, ni esta obligada a prescribir los métodos a utilizar para tal delimitación. El Tribunal debe indicar los principios y reglas de D. en función de los cuales se deberá elegir los métodos para efectuar la delimitación:

- Las partes están obligadas a iniciar una negociación y no simplemente una aplicación automática de un determinado método de delimitación.
- Las partes están obligadas por principios equitativos; a este efecto el método de la equidistancia puede ser aplicado, pero también se pueden usar otros exclusiva o conjuntamente.
- La plataforma continental de todo Estado es la prolongación natural de su territorio y no debe afectar a aquél que es prolongación natural del territorio de otro Estado.

Por estos motivos:

- La aplicación del método de la equidistancia no es obligatorio entre las partes.
- No existe método alguno que sea obligatorio en todas circunstancias.
- Los principios y reglas de DI. aplicables son:
- La delimitación debe hacerse por vía de acuerdo conforme a principios equitativos, y de forma que se atribuya en la medida de lo posible a cada parte la totalidad de plataforma Continental que constituya la prolongación natural de su territorio.
- Si tal delimitación atribuye zonas que se solapan, estas serán divididas por vía de acuerdos o en su defecto a partes iguales.
- Los factores a tomar en consideración en las negociaciones serán:
- La configuración de las costas y la presencia de toda característica especial.
- La estructura y los recursos naturales de la zona.
- Principios equitativos entre la plataforma que corresponde a cada Estado y la longitud de su litoral medido según la dirección general de éste; teniendo en cuenta cualquier otra delimitación efectuada entre Estados limítrofes de la misma región.

OBSERVACIONES

- *Aspectos generales.*

Convención de 1958: Cuando una misma plataforma sea adyacente a dos Estados, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ambos, a falta del cual, y salvo circunstancias especiales que justifiquen otra delimitación, ésta se efectuará según el principio de la equidistancia.

Pero esta disposición era solamente de aplicación entre Estados que la hubieran aceptado, y la RFA no la había ratificado a pesar de su disposición favorable inicial.

- *Tesis de la RFA.*

Siendo la equidad una regla general de todo sistema jurídico, era tarea del TIJ proceder a una distribución equitativa de ese espacio marítimo sometido a litigio.

El Tribunal desestima esta pretensión: Una cosa es deslindar o delimitar y otra muy distinta adjudicar o atribuir; el D. que los Estados ejercen sobre la plataforma es un D. absoluto e inherente, no condicionado por circunstancia alguna.

- *Efectos de las normas convencionales sobre terceros Estados. Noción del Estoppel.*

Tesis Dinamarca– Holanda: La RFA estaba obligada en virtud de actos unilaterales que implicaban aceptación de la regla de la equidistancia y que habían inducido a Holanda y Dinamarca a creerlo así.

El Tribunal recuerda que tales actos tendrían que haber tenido un sentido unívoco y manifiesto y, además, habría que explicar por que la RFA habría elegido vincularse por reglas convencionales en vez de utilizar la ratificación o la adhesión.

Posibilidad del Estoppel:

- Actos inequívocos y claros de la RFA de aceptación de la regla de la equidistancia.
- Prueba por parte de H. Y D. de los perjuicios recibidos por el comportamiento de la RFA.
- *Imperfección de la regla internacional: su carácter abierto. Obligación de comportamiento: La de negociar. Principio de la buena fe. Directrices, más o menos vinculantes, a tener en cuenta en la solución final.*

El TIJ desestima la tesis Dano–Holandesa por no tener, la RFA, obligación alguna derivada de la convención ni de actos unilateral o estoppel.

No existe regla consuetudinaria de DI. que imponga a los Estados un método único en la delimitación de la plataforma.

El Tribunal establece los criterios a seguir por las partes:

- Negociar. Y no negociará de buena fe quien se limitara a afirmar sus propias posiciones esperando que la otra parte termine aceptándolas.
- Que las partes apliquen criterios de equidad puesto que por recomendable que sea la regla de la equidistancia, puede ésta en ocasiones ser origen de iniquidades.
- La plataforma de cada Estado no debe penetrar en el espacio que otro considere prolongación natural de su territorio.

DERECHO COMUNITARIO

Nº 41

- Naturaleza del orden jurídico comunitario. Caracteres particulares: Primacía. Irreversibilidad de las limitaciones a la soberanía de los Estados. Efecto directo de determinadas disposiciones del tratado constitutivo.
- Salvaguarda de la legalidad comunitaria por los tribunales internos de los Estados miembros.
- Obligaciones de los Estados miembros. La Comisión como guardiana de la legalidad comunitaria.
- Imposibilidad para los particulares de deducir acciones por el incumplimiento por parte de los Estados o de la Comisión. Recurso en carencia.
- La libertad de mercado. Restricciones. Monopolios de carácter comercial. Prohibición de tales prácticas. D individuales. Control jurisdiccional.

ASUNTO COSTA–ENEL

(S.TUE, 15 Julio 1964)

Italia nacionaliza su energía eléctrica creando un ente al que denomina ENEL. Éste pone al cobro unos recibos, el sr. Costa se niega a pagar y pide al juez nacional que suscite ante el TCEE una cuestión previa de interpretación de los arts. 102, 93, 53 y 37 del Tratado CE por la vía del art. 177.

El Gobierno se opone a tal consulta aduciendo inadmisibilidad ya que suponía suscitar ante el Tribunal comunitario el control de la legalidad de una ley italiana confrontándola con el tratado internacional.

El demandante y la Comisión entendían que se trataba de una cuestión de interpretación. Que era competencia del tribunal de la CEE distinguir los problemas que pertenecían al ámbito de la interpretación del D. comunitario y que él no entraba a juzgar los motivos por los que el juez italiano había formulado así la pregunta.

El Sr. Costa y la Comisión entendían que la medida unilateral adoptada por Italia respecto de la nacionalización, era contraria al D. comunitario (art. 102) por haber sido tomada sin previa consulta a la Comisión. También consideraban que el Estado había prestado ayudas que exigían el conocimiento de la Comisión (art. 93). Cosa que no había sucedido. Y que el art. 53 prohíbe a los Estados miembros la introducción de medidas discriminatorias que fracturaren la unidad y libertad de los mercados.

Según el Sr. Costa, el art. 37 tendría el propósito de ir eliminando progresivamente los monopolios no sólo los gestionados directamente por los Estados sino todos los demás gestionados por organismos creados por ellos. La tal nacionalización era una medida semejante a la formación de un monopolio.

El Gobierno Italiano argumentó que se trataba de un bien de interés general basado en recursos naturales limitados y sometidos a concesión pública y a los que era sólo posible el acceso a un limitado número de productores, por lo que se trataba de una política de servicio público y no de una actividad comercial. Además de que la formación del Mercado común dejó libre a los Estados para organizar el régimen de propiedad que consideren más adecuado para si mismos.

FALLO:

Se ha alegado en contra de la cuestión suscitada que ésta tiene por objeto el enjuiciamiento, por la vía del art. 177, de la conformidad de una ley con el tratado.

La Corte no puede juzgar tal cosa pero puede entresacar aquellas cuestiones que tienen relación con la interpretación del tratado a la vista de los datos jurídicos expuestos por el juez nacional.

Al estar el art. 177 fundado en la separación de funciones entre las jurisdicciones nacionales y la Corte, no permite que ésta conozca los hechos ni le permite censurar los motivos de la demanda.

El Gobierno italiano afirma que al estar la instancia nacional obligada a aplicar su propia ley, no puede hacer uso del art. 177.

- Hay que considerar que a diferencia de los tratados internacionales, el tratado de la CEE ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado al de los Estados y que se impone a sus respectivas jurisdicciones.
- Que con la transferencia de competencias de los Estados a la comunidad, éstos han limitado sus D. soberanos.
- Que esta integración del D. Comunitario en el O.J. de los Estados tiene como corolario la imposibilidad de estos de hacer prevalecer una medida ulterior unilateral.
- Que la fuerza ejecutiva del D. Comunitario no puede variar de uno a otro Estado al compás de las legislaciones internas posteriores.
- Que en aquellos casos en los que ha sido reconocido a los Estados el D. de actuar unilateralmente, lo ha sido en virtud de una cláusula especial.
- Que las peticiones de que se hagan excepciones están sometidas a autorización de la Comisión.
- Que los Reglamentos tienen valor obligatorio y son directamente aplicables en todo Estado miembro.

En consecuencia, hay lugar a la aplicación del art. 177, a pesar de cualquier ley nacional, en caso que se suscite una interpretación del Tratado.

Según el art. 37, los Estados aseguraran las condiciones de abastecimiento y de mercado eliminando toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros, para lo cual adaptaran sus monopolios actuales y futuros.

Esta prohibición que entró en vigor con el tratado, y por esto mismo, integrada en el sistema jurídico de los Estados, pasa a ser ley entre ellos. Por lo cual genera D. individuales para los nacionales que sus jueces deben tutelar.

La CORTE DETERMINA que la cuestión suscitada por el juez de Milán en virtud del art. 177 es admisible en la medida en que plantea la interpretación de disposiciones del Tratado de la CEE:

DECLARA:

- Los art. 102 y 93 no contienen disposiciones que atribuyan D. a los justiciables que las jurisdicciones internas deban tutelar.
- Los arts. 53 y 37 si constituyen una regla comunitaria susceptible de atribuir D. a los justiciables que las jurisdicciones internas deben tutelar: Prohíbe toda medida nueva que someta a los nacionales de otros Estados miembros a una reglamentación más severa que aquella reservada a sus nacionales, cualquiera que sea el régimen jurídico de las empresas.

OBSERVACIONES

- *Relación del D. Comunitario con los Ordenamientos de los Estados miembros.*
- Inadmisibilidad de la cuestión previa.

El Tribunal Comunitario, a pesar de que la petición del juez italiano no es defectuosa, considera que puede haber elementos que le permitan modularla para transformarla en una cuestión de interpretación. Puesto que en este procedimiento no hay conocimiento de los hechos por parte del juez comunitario, éste no entra tampoco a juzgar de la motivación que el juez nacional tuviera para solicitarla. Se atiene exclusivamente a la conveniencia y utilidad de la interpretación de las reglas comunitarias.

- **Naturaleza del D. Comunitario:** Su integración en los D. nacionales. Primacía y efecto directo.

Hay una clara separación de funciones entre las jurisdicciones nacionales y la Corte pero que no lleva a una completa disociación. No obstante, el Gobierno italiano sostenía que la instancia nacional estaba obligada a aplicar su propia ley y no podía hacer uso del art. 177 del TCEE.

El Tribunal le contesta que a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos comunitarios han creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros.

Este sistema nuevo surge de las transferencias de competencias soberanas de los Estados a la comunidad y sus normas no sólo vinculan a los Estados, sino a los nacionales de esos Estados y al Estado respecto de sus propios nacionales.

Un rasgo que caracteriza la especificidad del D. Comunitario es su inserción automática en los sistemas jurídicos nacionales. Es decir, no son necesarias normas concretas en las constituciones nacionales para la incorporación de dicho D.

Dicha integración no estaría completamente garantizada si no se protegiera frente a un eventual efecto

derogatorio de medidas unilaterales posteriores que los Estados pudieran tomar.

La primacía del D. comunitario sobre los particulares de cada Estado se ejemplifica en el art. 189 TCEE que garantiza a los reglamentos valor obligatorio y directa aplicación en todos los Estados miembros.

El efecto directo del D. Comunitario lo recoge la argumentación del Tribunal al decir que es un cuerpo normativo no sólo vinculante para los Estados, sino también respecto de sus nacionales puesto que genera en favor de los justificables D. que deben tutelar los jueces internos.

El Tribunal aquí rompe con la postura dualista que afirma la irrelevancia jurídica interna de las normas internacionales mientras éstas no pasasen por un acto normativo que les confiriese fuerza de obligar.

- *Interpretación del art. 37.*

Según este art, era manifiesto que los monopolios de carácter comercial tenían que ser eliminados al final del periodo transitorio. Los Estados estaban en la obligación de abstenerse de cualquier práctica contraria a esa obligación de eliminación.

Esta era una obligación perfecta, susceptible de producir un efecto directo. Pero obligaba a distinguir entre los monopolios comerciales y los que no lo son, cuestión que ya no era de interpretación sino de valoración de los hechos que el Tribunal comunitario no podía hacer por la vía de la cuestión prejudicial, y por esto se la remite al juez de fondo.

- *Cuestiones marginales.*

Para todo sistema dualista, como es el italiano, es inadmisibles que la aplicabilidad de una norma de su D. sea modificada e incluso sustituida por una regla extraña a ese sistema. El Gobierno italiano iba tan lejos en esa posición que negaba al juez ordinario la facultad de acceso directo al Tribunal comunitario por la vía de interpretación, en contra del claro texto del art. 177.

Pero hay que insistir sobre que el problema de la primacía comunitaria no es una cuestión de jerarquía normativa, sino de aplicabilidad preferente. La norma comunitaria se aplica donde deba ser aplicada desplazando la regla interna contraria, en teoría igualmente aplicable, y esta es una obligación que le viene impuesta al juez nacional por obra del D. Comunitario.

¿Irreversibilidad de las competencias transferidas a las instituciones Europeas?.

El conjunto de las competencias transferidas no puede quedar desprotegido frente al riesgo del deterioro que sufrirían las instituciones comunitarias por el recorte posterior que hicieran las medidas unilaterales de los estados.

Nº 42

- **Naturaleza del D. Comunitario. Efecto directo:** orden jurídico que regula el efecto directo de las reglas comunitarias. Requisitos para que una norma comunitaria tenga efecto directo.

ASUNTO VAN GEND & LOOS

(STUE 5 Febrero, 1963)

En Septiembre de 1960 la firma holandesa Van Gend & Loos realiza una importación de Alemania a la que se le aplica, en la aduana holandesa, en virtud de una ordenanza de Marzo de ese año, un gravamen del 8%.

La empresa reclama ante el Tribunal de Amsterdam basándose en que en el momento de entrada en vigor del tratado de la CEE el gravamen de importación para ese producto era del 3%, por lo que el Gobierno holandés estaba infringiendo el art. 12 del tratado.

¿Produce el art.12 del TCEE efecto directo; esto es, pueden los particulares deducir directamente de esa norma D. que deban ser tenidos en cuenta por el juez interno?.

Tanto el Gobierno holandés como el belga decían que el art. 12 no podía tener efecto directo ya que, en cuanto norma convencional depende de la voluntad de las partes y de los términos del tratado. El art.12 impondría a los Estados medidas a adoptar y los tribunales internos no pueden aplicarlo en tanto que no haya sido desarrollado por normativa complementaria interna.

La reclamante y la comisión sostuvieron la aplicación directa por tratarse de una norma clara, completa y suficientemente concreta para poder ser aplicada.

FALLO:

Los Gobiernos holandés y belga niegan la competencia del Tribunal porque, según ellos, el recurso no afecta la interpretación del tratado sino a su aplicabilidad en el marco del D. Constitucional holandés, que es materia reservada exclusivamente a los tribunales internos holandeses.

Pero las cuestiones planteadas, en los términos en los que lo han sido, tienen relación con la interpretación del tratado. El tribunal es, por lo tanto, competente para dar una respuesta.

El que un tratado tenga o no efecto directo en el D. interno, de modo que el particular puede deducir de él D. que deban ser tenidos en cuenta por el juez nacional, depende de su fin, de su sistemática y de los términos en que haya sido redactado. Requisitos que cumple ampliamente el TCEE ya que esta dirigido no sólo a los Gobiernos sino también a los particulares. Crea un nuevo orden jurídico de DI en el que los Estados han limitado sus D soberanos y en el que los particulares son sujetos de D.

El art. 12 contiene una prohibición, no una obligación de hacer, sino de no hacer. Tal obligación no esta condicionada por reserva alguna de los estados por la cual la aplicación dependiera de un acto interno complementario. La obligación de dicho art. 12 es perfectamente idónea para producir efectos inmediatos entre los Estados miembros y en las personas individuales.

CONCLUSIONES.

En la comprobación de si, en contra del art. 12 que prohíbe el establecimiento de nuevos gravámenes arancelarios o medidas equivalentes, tales gravámenes han sido creados, debe tomarse como referencia el arancel aplicado por el Estado miembro en el momento de la entrada en vigor del Tratado.

OBSERVACIONES.

- *Naturaleza del D. Comunitario.*

De destacar es la importancia que el tribunal da aquí al particular como sujeto. En este orden jurídico no sólo los Estados, sino también las personas privadas son sujetos de D.

En contra de posiciones tradicionales del DI , el particular es titular de D. y deberes comunitarios y tales D. y deberes no se reducen a aquellos que el tratado los confiera expresamente, sino que son también aquellos que se deduzcan de obligaciones claras que el tratado establece en los otros sujetos.

Se rompe con el dualismo doblemente al establecer normas con efecto directo que permiten a un particular exigir prestaciones de otro particular obligado por la regla comunitaria y además obtener D subjetivo de las obligaciones que el tratado ha impuesto a los Estados.

- *Integración del D. Comunitario en los sistemas jurídicos. El falso problema de la constitucionalidad.*

La competencia del Tribunal no se limitaba a un juicio de reparación de daños por razón del incumplimiento sino que podía llegar a un contencioso de declaración de nulidad del acto contrario al D. Comunitario. A pesar de lo cual, los Gobiernos belgas y holandeses entendían que, fuera del ámbito del sistema de recursos había quedado la acción perjudicial de los particulares para suscitar un contencioso de nulidad.

Consideraban a la norma comunitaria como norma de DI que genera un problema constitucional. La tesis belga llega incluso a defender que es impensable que una decisión del Tribunal europeo influya en la Tariffcommissie y que el juez holandés tenga en cuenta otra normatividad que no fuera la que se deducía del orden jurídico interno.

- *El efecto directo. Reglas que lo determinan.*

El Tribunal sitúa el efecto directo del art. 12 en el campo del D. Comunitario y no en el del D interno holandés. No lo hace depender de la voluntad de las partes contratantes sino de las propias normas comunitarias y de la naturaleza de las obligaciones que ésta crean que son perfectamente idóneas para producir efectos inmediatos sin necesidad de medida alguna por parte del legislador estatal.

El aspecto más innovador del efecto directo de la regla comunitaria es que el particular pueda acudir a un tribunal interno, por la vía de la cuestión prejudicial, para que éste de a la regla comunitaria, así aclarada el efecto jurídico oportuno.

En consecuencia el efecto directo de las normas comunitarias, está regido por el D. Comunitario y no, como sucede en la relación DI– D. interno, por el D. de cada Estado.

Nº 43

- Acuerdos internacionales concluidos por Org. Int. Competencia de la Comunidad para concluir tratados int: Competencias de atribución. Competencias internas y externas. Poderes implícitos.
- Dictamen previo del Trib. De justicia en la conclusión de acuerdos int. por la comunidad. Admisibilidad de la petición de dictamen en función del objeto del acuerdo. No es necesario el texto definitivo del acuerdo int. proyectado.
- Capacidad de la Comunidad para adherirse al convenio para la protección de los D. del Hombre y de las libertades fundamentales: Criterios que la determinan. Falta de competencia en el estado actual del D. Comunitario.
- Constitucionalidad y conclusión de acuerdos internacionales ajustados por la Comunidad: el dictamen previo como garantía frente al riesgo de una mutación constitucional subrepticia.

DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 28– MARZO– 1996

(Emitido con arreglo al art. 228.6 del TCE: Adhesión de la comunidad al convenio para la Protección de los D. Humanos y de las libertades Fundamentales)

En virtud de una decisión del consejo de la UE se formuló ante el TJ una solicitud de dictamen en los términos del art. 228.6 de TCE.

- *Admisibilidad.*

El Reino Unido, Irlanda y Suecia no admitían la petición porque no existía ningún proyecto de acuerdo de adhesión de la comunidad al convenio y el art. 228.6 lo exigía y además como había unanimidad en todos los Estados miembros sobre que la base jurídica de petición de dictamen era el art. 235 que exige dicha unanimidad.

La Comisión, el Parlamento y otros Estados miembros defendían la admisibilidad, puesto que el proyecto de acuerdo era innecesario, como lo probaba la nueva redacción del art. 228 que sólo habla de acuerdos previstos.

- *Base jurídica de la adhesión prevista.*

El proyecto de la eventual adhesión de la Comunidad al Convenio implicaba que el Consejo de Europa podía aceptar a la comunidad como un sujeto vinculado al Convenio, al lado de los Estados partes en el.

Los Estados discrepaban, Austria sostenía que la Comunidad estaba capacitada para adherirse al Convenio, otros sostenían que la base de tal competencia estaba en el art. 235 TCE que dice que una acción de la Comunidad no prevista en el Tratado necesita la unanimidad del Consejo y la consulta previa al Parlamento.

El Parlamento decía que la Comunidad está obligada a garantizar los D.H. Sin embargo España, Francia Inglaterra, etc. Negaban que el TUE confiriese a la Comunidad competencia específica alguna en materia de D.H.

En efecto, el Art. 219 TCE es excepcional desde el punto de vista del DI., puesto que recorta, en materia comunitaria, la libertad tradicional de los Estados en la fijación por común acuerdo del modo y del órgano para resolver sus diferencias. Consagra su principio de jurisdicción obligatoria en esta materia.

DICTAMEN.

- *Sobre la admisibilidad del dictamen.*

Algunos Gobiernos sostienen la Inadmisibilidad de la solicitud de dictamen alegando que no existe un acuerdo cuyo contenido sea lo bastante preciso que permita al T de J examinar la compatibilidad de la adhesión con el Tratado.

A este respecto, el art. 228.6 permite a la Comisión, el consejo o a un Estado miembro solicitar dictamen del TJ. Sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto en las disposiciones del Tratado.

A fin de evitar complicaciones el Tribunal ha establecido un procedimiento excepcional, conforme con el art. 164 del Tratado, para la interpretación y aplicación del Tratado en una fase anterior a la celebración de un acuerdo que pueda dar lugar a litigios sobre la legalidad de un acto comunitario de celebración, de ejecución o de aplicación.

En este caso concreto no hay proyecto de acuerdo, ni cuando se pide el dictamen al T.J ni cuando éste lo emite, mediante el cual la Comunidad tenga la intención de adherirse al convenio.

La adhesión de la Comunidad al Convenio plantea dos problemas:

- El de la Competencia de la Comunidad para celebrar un acuerdo de este tipo.
- El de su compatibilidad con las disposiciones del Tratado, en especial con las relativas a las competencias del T.J.

Por lo que respecta a la competencia, el T.J declaró que interesa a todos que la cuestión quede aclarada desde la apertura de las negociaciones y antes incluso de que se negocien los puntos esenciales del acuerdo. El único requisito es que se conozca el objeto del acuerdo previsto antes de iniciar las negociaciones, como ocurre en este caso concreto. Por lo tanto procede declarar la admisibilidad de la solicitud de dictamen en lo que se refiere a la competencia de la Comunidad para concluir un acuerdo de la naturaleza del que aquí se contempla.

No puede decirse lo mismo en lo respecta a la cuestión de la compatibilidad del acuerdo con el Tratado ya que sus arts. 164 y 219 dicen que el T.J debe disponer de información suficiente sobre el modo en que la comunidad proyecta someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el convenio. El T.J no ha recibido precisión alguna sobre las soluciones previstas.

- *Sobre la competencia de la comunidad para adherirse al convenio.*

La Comunidad actúa normalmente basándose en competencias que, no necesariamente deben estar entre las disposiciones específicas del Tratado, sino que pueden también deducirse de dichas disposiciones.

El T.J declaró que siempre que el D Comunitario hubiera atribuido a la Comunidad competencias en el ámbito interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Comunidad estaba facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias, aun cuando no existiera una disposición expresa al respecto.

Como no existe ninguna disposición expresa en el Tratado que dote a la Comunidad de facultades para adoptar normas en materia de D.H. el art.235 puede constituir la base jurídica para la petición, puesto que suple la inexistencia de poderes explícitos en la Comunidad por disposiciones del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten necesarios para lograr un objetivo establecido en el Tratado.

Aun así, la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de D.H., en la medida en que implicaría la inserción de la comunidad en un sistema internacional distinto y la integración de las disposiciones del Convenio en el O.J. Comunitario.

Una modificación semejante tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría los límites del art. 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado.

Por consiguiente, en el estado actual del D.Comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio.

OBSERVACIONES

La admisibilidad no estaba condicionada por la existencia de un texto final del proyecto del Tratado. Hay un interés legítimo en el esclarecimiento de la competencia, antes de iniciar las negociaciones.

Ahora bien, la admisibilidad de la consulta no prejuzgaba en nada la contestación sobre la competencia de la Comunidad en el caso concreto ni sobre la compatibilidad de la adhesión al Convenio con el tratado de la C.E y el D. Comunitario en general.

El Tribunal Comunitario acepta la legalidad del recurso a los poderes implícitos: Es jurisprudencia

reiterada que la competencia de la Comunidad para contraer obligaciones int. puede resultar no sólo de disposiciones explícitas del Tratado, sino también puede derivarse de manera implícita de dichas disposiciones. Pero impone dos criterios restrictivos: la exigencia de un apoyo textual de la competencia y la necesidad de dicha competencia para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr uno de los objetivos establecidos por el Tratado.

El art. 3B del Tratado de Maastricht exige de la Comunidad que actúe dentro de los límites de las competencias que el Tratado le atribuye. En aquellos ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad está obligada a intervenir conforme al principio de subsidiaridad. Y a éste se le interpreta hoy como un recorte que el tratado quiso imponer a ciertas tendencias expansivas de las competencias que se venían manifestando en las instancias comunitarias y en el Tribunal.

48

3