

Cuarta parte
DERECHO INTERNACIONAL

Sección iv: Procedimiento	557
§1. Fijación de la indemnización	557
§2. Legitimación	567
§3. Responsabilidad	584
§4. Inmunidad judicial del Estado	588

SECCIÓN IV

PROCEDIMIENTO

...we must now face the fact that we have broken with the past, that we live in a changed and changing world, and that the law, if it hopes to maintain its authority, must take account of these changes.

H. A. Smith. *The Crisis in the Law of Nations*, Londres, 1947, p. 16.

§ 1. *Fijación de la indemnización*

1. Antes de asomarnos a los más importantes problemas de procedimiento que plantea la nacionalización en derecho internacional, veamos en primer lugar de qué manera se presentan esos mismos problemas en derecho interno. La posición de principio del derecho interno es notablemente uniforme, a pesar de las numerosas variantes en las soluciones propuestas. Un examen retrospectivo nos permite esbozar el cuadro siguiente:

En Inglaterra, con exclusión de los casos en que los accionistas se convierten en obligacionistas en virtud de la ley de nacionalización,¹ se prevé un procedimiento administrativo relativamente complicado para fijar la indemnización, procedimiento que parece esencialmente inclinado a conferir un peso decisivo a la opinión de la administración,² dando la posibilidad al mismo tiempo de recurrir ante una autoridad judicial especial.³

¹ Artículo 1/1, (b) de la "Bank of England Act", 1946.

² Por ejemplo, "The Gas Act, 1948, artículo 25: "Every holder of securities... shall be entitled to be compensated by the issue to him by the Gas Council of such amount as in the opinion of the Treasury is at the vesting date of a value equal to the said securities..."

³ Por ejemplo, "The Coal Industry Nationalisation Act", 1946, artículo 10/3: "The aggregate amount of the compensation to be made in respect of the coal industry value of all the transferred interests shall be a sum fixed in accordance with the terms of reference specified in the agreement made in that behalf before

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

En la nacionalización efectuada en Francia, se pueden distinguir dos métodos fundamentales en lo que se refiere al procedimiento utilizado para determinar la indemnización: rescate de las acciones por el Estado o pago de una indemnización cuando la empresa es liquidada.⁴ Las reglas de procedimiento establecidas de manera detallada para el cálculo de la indemnización en las dos hipótesis tienen varias características comunes: a) toman como base criterios que no garantizan una indemnización total; b) el legislador mismo ha enunciado de manera definitiva las reglas que sirven para la determinación de la indemnización;⁵ o c) un poder casi discrecional se confiere a la administración,⁶ aunque en circunstancias especiales se prevé el funcionamiento de comisiones cuya tarea se limita a apreciar el valor de las acciones⁷ o del activo.⁸ Se parte generalmente del principio de una indemnización "equitativa", pero no "total".⁹

Con motivo de la nacionalización llevada a cabo en Checoslovaquia, la fijación de la indemnización se dejó en manos de la administración. La ley formula el criterio a seguir en sus grandes líneas,¹⁰ pero deja al ministro de la industria la tarea de dar las instrucciones precisas para la determinación de la indemnización.¹¹ Una solución idéntica ha sido adoptada para las nacionalizaciones efectuadas en Polonia, en donde el monto de la indemnización es decretado por comisiones especiales que

the passing of this Act between the Minister and the Mining Association of Great Britain, by a tribunal constituted as therein specified."

⁴ Rivero, J. *Le Régime des Nationalisations*, p. 29.

⁵ Por ejemplo, el artículo 2 de la ley relativa a la nacionalización del Banco de Francia, etcétera... del 2.12.1945: "Los accionistas recibirán obligaciones nominativas negociables entregadas por el banco, cuyos valor de reembolso es fijado según el valor de liquidación de la acción tal como se ha determinado por una comisión compuesta..."

⁶ Rivero, J. *Le Régime des Nationalisations*, p. 30.

⁷ Por ejemplo, el artículo 12/2 de la ley relativa a la nacionalización de los combustibles minerales del 17.5.1946: "Para toda sociedad cuyas acciones son cotizadas en la bolsa, el valor global de la indemnización concedida a los accionistas es igual al producto de la cotización media de las acciones obtenidas en el primer semestre de 1944..."

⁸ Por ejemplo, el artículo 12, in fine, de la ley relativa a la nacionalización de los combustibles minerales del 17.5.1946: "Para las sociedades cuyas acciones no se cotizan en la bolsa, la indemnización debida a los accionistas es determinada con base en el valor de liquidación de la empresa por comisiones formadas para tales efectos..."

⁹ Rivero, J. *Le Régime des Nationalisations*, p. 29: "...La indemnización quiere ser justa. Pero la aplicación del principio no es nada fácil."

¹⁰ Artículo 8/2 del "Dekret betreffend die Nationalisierung der Bergwerke und Industrieunternehmen" del 24.10.1945 (3.6.1948): "...Die Entschädigung entspricht dem gemeinen Preise des Vermögens, berechnet nach den amtlichen Preisen zum Tage der Nationalisierung..."

¹¹ Artículo 10/1 del "Dekret betreffend die Nationalisierung der Bergwerke und gewisser Industrieunternehmen" del 24.10.1945 (3.6.1948): "...über die Entschädigung und die Weise ihrer Bezahlung... wird vom Industrieminister... entschieden."

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

deciden contradictoriamente.¹² Estas últimas están colocadas sin embargo bajo una dependencia total de la administración y no parecen estar sometidas a un control judicial.¹³ En Yugoslavia, la ley prescribe que la indemnización sólo sea otorgada por “el activo neto”¹⁴ valuado por un servicio administrativo creado para ese fin.¹⁵ En Bulgaria, han sido adoptados varios métodos, por las diferentes leyes de nacionalización en lo relativo a la fijación de la indemnización. Las normas previstas en estas leyes se fundan principalmente en la valuación fiscal, que es normalmente desfavorable al propietario con relación al precio real; además esta evaluación es disminuida progresivamente según un porcentaje establecido por el consejo de ministros hasta llegar a una cifra que esté en armonía con el monto del activo.¹⁶ En Hungría, la competencia para establecer el procedimiento relativo al cálculo de la indemnización ha sido dejada a una ley particular,¹⁷ la que a su vez la delega a la administración. En Rumania la indemnización es decretada por comisiones sujetas a las cortes de apelación; dichas comisiones juzgan en última instancia.¹⁸

En Austria, unas leyes especiales determinan la indemnización.¹⁹ En el momento de la nacionalización de la industria petrolera en Irán, la indemnización, en lo concerniente a “las reivindicaciones equitativas de la Compañía”, fue dejada por completo en manos del Parlamento que la decretó por mayoría de las dos cámaras.²⁰ En realidad se pretendía en este caso fijar la indemnización por medio de negociaciones directas entre el gobierno y los medios afectados por la nacionalización.

¹² Artículo 7/6 de la “Gesetz über die Uebernahme der Hauptzweige der völkischen Wirtschaft in das Eigentum des Staates” del 3. 1. 1946: “Die Höhe der zustehenden Entschädigung wird von Sonderkommissionen festgesetzt werden. An dem Verfahren vor diesen Kommissionen werden die interessierten Personen das Recht haben teilzunehmen...”

¹³ Artículo 7/6 de la “Gesetz über die Uebernahme der Hauptzweige der völkischen Wirtschaft in das Eigentum des Staates” del 3. 1. 1946: “Eine Verordnung des Ministerrates stellt die ins einzelne gebende Grundsätze der Entschädigungsrechnung fest, der Berücksichtigung der im Abs. 5 erwähnten Umstände sowie die Art der Auszahlung der Entschädigung (Abs. 2) und die Art der Tilgung der Wertpapiere.”

¹⁴ Artículo 9/1 de la ley del 6. 12. 1946.

¹⁵ Artículo 10/2 de la ley del 6. 12. 1946.

¹⁶ Artículo 13/2 de la ley sobre la nacionalización de empresas industriales y núncras privadas del 27. 12. 1947.

¹⁷ Artículo 14/1 de la “Gesetz betreffend die Uebernahme einzelner gewerklicher Unternehmen in staatliches Eigentum” del 8. 5. 1948.

¹⁸ Artículo 13/1-2 de la ley sobre la nacionalización de empresas industriales, bancarias, de seguros, de minas y de transportes del 11. 6. 1948.

¹⁹ Artículo 1/2 de la “Gesetz über die Verstaatlichung von Unternehmen” del 26. 7. 1946, y artículo 2 de la “Gesetz über die Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft” del 26. 3. 1947.

²⁰ Artículo 3 de la ley sobre nacionalización de la industria petrolera en todo el país del 30-31. 3. 1951.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

2. Ese rápido examen del derecho interno muestra, a pesar del número de fórmulas adoptadas para el procedimiento relativo al establecimiento de la indemnización, las particularidades de principio siguientes, que presentan entre ellas una gran similitud:

a) Por una parte, el legislador, casi en cada caso, distingue claramente desde el punto de vista del procedimiento a la nacionalización de la expropiación de tipo clásico. Para ésta, es usual que no solamente las condiciones de su ejecución, sino también el monto de la indemnización debida sean determinados por los tribunales o por autoridades colocadas bajo control judicial; para aquélla, el hecho de que la definición de las condiciones de la nacionalización sea, sin excepción alguna, un acto soberano del Estado libre de todo control, se refleja en las reglas que presiden el cálculo del monto de la indemnización. Los principios fundamentales de la indemnización son previstos, para el conjunto de nacionalizaciones, en la ley respectiva y no están sometidos a ningún control judicial. Éste se establece, según ciertas leyes, para el procedimiento a seguir con el objeto de determinar la indemnización;²¹ la mayoría de los textos legislativos guardan silencio al respecto, lo que se interpreta en el sentido de que un control de la indemnización no es admisible. Algunas leyes disponen expresamente que el monto de la indemnización fijada no es susceptible de ser recurrido.²²

b) Por otra parte, el legislador —en Europa oriental— reserva él mismo la hipótesis en la que el monto de la indemnización se establece por medios diferentes a los mencionados por las leyes, en especial por medio de la libre negociación. Ya examinamos nosotros esta particularidad.²³ Señalemos aquí sin embargo que este procedimiento especial tiende precisamente a permitir la discusión del monto de las indemnizaciones dentro del marco de las relaciones internacionales, de manera de adaptar la nacionalización al orden público internacional; el legislador parece haber comprendido, en efecto, que no podría participar en un debate internacional invocando, como únicos argumentos, su apreciación soberana de la indemnización —la cual es normalmente desfavorable a los interesados— y la repulsa que su derecho interno opone a toda eventualidad de someter esta apreciación a un control judicial interior cualquiera.

c) Por lo que se refiere al monto de la indemnización, el legislador ha adoptado, de una manera a veces franca, a veces disfrazada o más o menos sincera, criterios perjudiciales al propietario y bastante ale-

²¹ Por ejemplo, el artículo 72 y 102 de la "Transport Act" 1947, en Inglaterra.

²² Por ejemplo, el artículo 13/2 de la ley sobre nacionalización de empresas industriales, bancarias, de seguros y de transportes del 11. 6. 1948, en Rumania.

²³ Ver *supra*, pp. 520, 522, 544, nota 156.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

jados del valor real de los bienes. Nos asomamos a este problema en la sección III, párrafos 1 a 3, en donde concluimos que el legislador procedió de tal manera premeditadamente, no solamente porque no estaba en posibilidad de pagar una indemnización íntegra, sino porque no descaba pagar tal indemnización, ni juzgaba conveniente hacerlo.²⁴ Es la razón por la cual los modos particulares de cálculo de la indemnización debida consecuente a una nacionalización deben permitir, contrariamente a lo que sucede en el caso de la expropiación, la fijación de una indemnización limitada y en todo caso incompleta, que el legislador considera como “conveniente” o “equitativa”, sin la intervención de ningún control, particularmente el judicial.²⁵

Es evidente que el legislador se fundaba ideológicamente en la tesis de que la adquisición de la propiedad, en caso de nacionalización, es originaria. Desde el punto de vista del procedimiento, esta actitud ideológica respecto al problema de la indemnización ha conducido, en derecho interno, a soluciones que otorgan a los interesados una participación poco importante, si no es que nula, en la fijación del monto de la indemnización o en el procedimiento para su establecimiento.

3. Para regular los problemas planteados por las nacionalizaciones en las que están interesados los extranjeros, particularmente aquellos que conciernen al cálculo de la indemnización, se pueden considerar principalmente dos posibilidades.

a) Las personas dañadas por la nacionalización pueden establecer las relaciones así creadas, tratándose especialmente de la indemnización, *directamente con el Estado nacionalizador* según las normas del derecho interno y particularmente según las leyes que establecen la nacionalización.²⁶ En los casos habituales y en la expropiación de tipo clásico, eso representa el procedimiento normal. Sin embargo, según hemos visto, la nacionalización se caracterizaba desde dos puntos de vista: por una parte, la enajenación de los bienes, al igual que el alcance y el modo de transferencia de la propiedad son decididos soberanamente y sin apelación; por otra parte, las indemnizaciones son generalmente desfavorables a los interesados con relación a las que eran concedidas en el pasado, sobre todo en materia de expropiación: la indemnización no es nunca ni previa ni íntegra. Esta situación vigente en el plano del procedimiento en derecho interno complica las posibilidades del procedimiento

²⁴ Ver *supra*, pp. 527-528.

²⁵ Gueullette, S. *Op. cit.*, p. 93: “Se ofrecía una primera solución al problema: llevar a cabo pura y simplemente el procedimiento de expropiación por causa de utilidad pública y entregar a los accionistas una “justa” y “previa” indemnización. El parlamento la rechazó a causa de lo prolongado del procedimiento, de las sumas líquidas de que habría sido necesario disponer y quizás también por motivos sentimentales.”

²⁶ Bindschedler, R. I. *Op. cit.*, pp. 73-74.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

en el campo del derecho internacional.²⁷ Aunque en un principio los fenómenos jurídicos engendrados por la nacionalización conciernen únicamente a aquellos que han sido afectados por ella y por el Estado nacionalizador, la forma nueva y poco satisfactoria como fueron tratados los interesados por el Estado nacionalizador obliga a dar a los problemas de procedimiento, tratándose del arreglo de las relaciones consecutivas a la nacionalización, una significación internacional. Es por lo que los ejemplos de reglamentos directos se hacen más raros.²⁸

b) La segunda posibilidad para resolver los problemas planteados por la nacionalización, cuando son afectados intereses distintos a los del Estado nacionalizador, reside en la celebración de un acuerdo *entre éste y los Estados cuyos nacionales* son afectados por la nacionalización. Es algo aceptado en derecho internacional el que estos últimos puedan asumir la defensa de los intereses de sus nacionales.²⁹ Están igualmente habilitados, con ese fin, para plantear las demandas necesarias, especialmente ante la Corte Internacional de La Haya.³⁰ Ahora bien, en vista de que el derecho interno no ofrece, en materia de nacionalización, sino soluciones y medios muy poco satisfactorios para los interesados y, en todos los casos, unilaterales, se hace inevitable asociar al reglamento de las relaciones que se establecen en el plano internacional como consecuencia de la nacionalización, el país del que son nacionales las personas afectadas por ella. De lo que resulta que el procedimiento relativo a ese reglamento se convierte en un asunto de Estado a Estado. Se llega así a las negociaciones entre el Estado nacionalizador y el Estado cuyos nacionales son afectados por la nacionalización. Ha sido por este medio que han sido reguladas, en la mayoría de los casos, después de la segunda

²⁷ Carabier, Ch. *L'Arbitrage international* . . . , p. 221.

²⁸ Una forma intermedia de tales acuerdos internacionales está representada por los arreglos celebrados entre Suiza y Francia, así como entre Suiza y Checoslovaquia. Ver: *Botschaft des Bundesrates betr. Frankreich, Schweiz. Jahrbuch für internationale Recht*, t. VII, 1950, p. 136: "Die schweizerisch-französische Vereinbarung berht auf der Methode der individuellen Entschädigung. Sie vermeidet also eine Lösung in Form einer Globalentschädigung". Más típico todavía para esta categoría de acuerdos es el arreglo celebrado entre Checoslovaquia y los nacionales suizos afectados por la nacionalización. Ver: Bindschedler, R. L. *Op. cit.*, p. 73, concerniente al protocolo del 18. 12. 1946: "Nach Beedigung des Legitimationsverfahrens haben die schweizerischen Berechtigten oder ihre gesetzliche Vertreter zwecks Ergreifung der mit der Interessenwahrung zusammenhängenden Massnahmen und zur Einrechnung eines Entschädigungsbegehrens oder eines andern auf die Herbeiführung einer annehmbaren Regelung hinzielenden Vorschlag jederzeit das Recht an die zuständigen techechoslovakischen Behörden zu gelangen." En este caso, el procedimiento condujo al resultado de que con dos protocolos —núm. 1 del 18. 12. 1946 y núm. 2 del 18. 1. 1947—, el problema de las indemnizaciones haya podido ser liquidado.

²⁹ Ver *infra*, p. 567.

³⁰ C. P. J. I., serie A, núm. 20/21. Hambro, E. *La Jurisprudence de la Cour internationale*, Leyden, 1952, p. 140.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

guerra mundial, las relaciones establecidas por la nacionalización con los extranjeros.³¹

4. Cuando la solución de los problemas planteados por una nacionalización se trata, en la medida en que se extiende a los extranjeros, entre Estados, aquel de entre ellos que defiende los intereses de sus nacionales, personas o empresas, dañados por la nacionalización, desempeña una doble función:

a) En primer lugar, ejerce un *derecho soberano* que le es propio y que es reconocido por el derecho internacional, a saber el derecho fundamental de todo Estado miembro de la comunidad internacional de afirmar su igualdad con los otros Estados y de hacer respetar los derechos y los bienes de sus nacionales.³² En el cumplimiento de esta función, el Estado no tiene por qué preguntarse si defiende intereses concretos de sus nacionales, o si esta defensa ha sido reclamada por ellos.³³

b) En segundo lugar, cuando interviene para vigilar las relaciones engendradas por el acto de nacionalización, el Estado ejercita su derecho de *defender a sus nacionales*, pero al asumir esta función, no goza de una completa libertad. De hecho, aun cuando el Estado reclama algunas indemnizaciones por causa de nacionalización, no es el mandatario de sus nacionales, porque, aunque actúa a petición y por las indicaciones de ellos, llena una obligación correspondiente al derecho del ciudadano de requerir y de obtener la protección de su país.³⁴ Sin embargo, el Estado no está enteramente desligado de los deseos del particular interesado, puesto que tiene que tomar en cuenta sus aspiraciones y el tenor de su reivindicación.³⁵

Esas dos funciones están habitualmente vinculadas, sin llegar por ello a coincidir o a fusionarse; por esto no se les debe confundir. En uno y otro casos, desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado ejerce derechos que le son propios, pero diferentes: en el primer caso se trata de su derecho imprescriptible de asegurar el respeto, tanto por él mismo como por sus nacionales, del principio de igualdad, de los derechos adquiridos y del derecho de propiedad; y en el segundo, de su derecho de defender a sus nacionales y a los derechos de éstos. Una separación clara entre estas dos funciones nos lleva a la comprobación de que en lo que concierne a la indemnización a propósito de una nacionalización, el Estado hace valer las pretensiones de sus nacionales dentro

³¹ Bindschedler, R. L. *Verstaatlichungsmassnahmen...*, pp. 73-79, 113. Vienot, G. *Op. cit. Op. cit.*, pp. 39 y ss.

³² Roth, A. H. *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, 1949, p. 49. Ver igualmente: *Botschaft des Bundesrates betr. Schweiz-Yugoslavien*, p. 11.

³³ Freyria, Ch. *Op. cit.*, p. 216.

³⁴ Ver sobre este problema, *infra*, pp. 567 y ss.

³⁵ Jones, M. *Op. cit.*, pp. 256-257.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

de límites que sólo él puede determinar, pero en tanto que sus nacionales, ejercitando su derecho de pedir la defensa diplomática de su propiedad, soliciten su intervención.³⁶ La negativa del nacional a invocar sus pretensiones, o la renuncia por su parte a las pretensiones ya formuladas, extingue igualmente, en principio, la obligación del Estado de procurar su protección. Solicitar la defensa de su propiedad, especialmente por la vía diplomática, constituye para el propietario un derecho y no una obligación.³⁷ Eso corresponde además a la práctica del ejercicio de la defensa diplomática, en el sentido de que los Estados esperan que se realicen y que se les pidan las reclamaciones para dirigirse a su vez a las autoridades extranjeras competentes. Eso no equivale a una limitación del derecho fundamental del Estado a pedir para sus nacionales un régimen digno, uniforme y conforme a los principios del derecho internacional, así como el respeto de la propiedad y de los derechos adquiridos de los mismos. En este plano, el Estado interesado puede obrar independientemente, aunque tal o cual de sus nacionales haya o no hecho valer sus pretensiones.

El resultado final y concreto de esta distinción es el siguiente: a) un Estado puede siempre exigir que sean observadas respecto a sus nacionales las reglas del derecho internacional y, en particular, que les sea reconocido en materia de nacionalización el derecho a una indemnización conveniente o que no sean afectados por la nacionalización en virtud de normas discriminatorias;³⁸ b) una indemnización no podrá ser reclamada ni obtenida sino en la medida en que el propietario lo requiera.³⁹ Es verdad que en el primer caso, el Estado no invoca derechos determinados fundados en relaciones específicas y que por consiguiente podría oponérsele el principio "sin interés, no hay acción". Pero eso no sucede porque en este caso, el Estado defiende su honor y su posición de miembro igual en derechos de la comunidad internacional. Por otra parte, en lo que concierne a la segunda hipótesis, el Estado no puede, dentro de los límites estrechos de una determinada propiedad privada, asumir su protección en el plano internacional en contra de la voluntad del propietario privado,⁴⁰ quien puede tener ciertos motivos para renunciar a sus prerrogativas de propietario. Puede por lo tanto

³⁶ *Botschaft des Bundesrates betr. Frankreich...*, p. 136: "Da die Interessenten diese Entschädigung als annehmbar betrachten, besteht für die Eidgenossenschaft keine Veranlassung, eine andersgeartete Wiedergutmachung zu verlangen."

³⁷ Ver *infra*, pp. 569 y ss.

³⁸ Guggenheim, P. *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bale, 1948, p. 281.

³⁹ Wehberg, H. *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*, Sesión de Bath, 1950, p. 110: "Es al hombre a quien hay que atribuir el derecho a la propiedad."

⁴⁰ Wehberg, H. *Anuario del Instituto...*, 1950, p. 109: "Es correcto decir que los Estados hacen valer los derechos de sus nacionales, según el derecho internacional vigente, como derechos que pertenecen al Estado. Pero eso sólo se refiere al procedimiento internacional a seguir para la obtención de la indemnización. Independientemente del aspecto del procedimiento, los extranjeros tienen un derecho propio a la propiedad."

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

sucedir que el Estado intervenga contra un trato desfavorable o desigual aplicado a sus nacionales con motivo de una nacionalización y que se le otorgue una satisfacción moral, sin que pueda reclamar ni obtener sin embargo una indemnización material efectiva, por la sencilla razón de que ésta no ha sido solicitada por sus nacionales.

Pero aquí también cabe formular una reserva, porque tocamos el tema de la función social de la propiedad. Si se considera que la propiedad en general o en particular es un derecho "absoluto" y "exclusivo" hacia el cual la colectividad es absolutamente extraña, se debe admitir entonces sin restricción que el Estado, obrando en el plano del derecho internacional, no podría formular una demanda de indemnización sin el consentimiento del propietario.⁴¹ Si, en cambio, vemos en la propiedad un elemento social, "una función social" debemos reconocer al Estado la posibilidad de solicitar, en derecho internacional, una indemnización independientemente de la voluntad del propietario. Todo eso nos demuestra la manera tan poco satisfactoria como el tema tratado se plantea actualmente en derecho positivo internacional.⁴²

5. Después de que los problemas planteados a la nacionalización hubieron sido transferidos al plano del derecho internacional, por las razones indicadas, después de la segunda guerra mundial, este mismo derecho demostró tener una gran flexibilidad y ser capaz de adaptarse a las nuevas condiciones. Fue posible darse cuenta de ello por dos razones: por una parte, en cuanto al procedimiento, los Estados cuyos nacionales fueron afectados por la nacionalización manifestaron muy rápidamente su intención de que se establecieran y se aplicaran reglas propias para liquidar los problemas existentes;⁴³ por otra parte, desde el punto de vista material, ni la práctica ni, en numerosos casos, la doctrina adoptaron posiciones extremas e inconciliables, contribuyendo así no solamente a resolver las dificultades pasajeras, sino a crear además un nuevo derecho, adquisición durable para el futuro.⁴⁴

Examinando el problema de la indemnización con tal criterio en derecho internacional después de la segunda guerra mundial, los Estados interesados realizaron negociaciones directas que condujeron en casi todos los casos a la celebración de acuerdos bilaterales. El número de esos acuerdos es impresionante y las fórmulas adoptadas muy varia-

⁴¹ Ver *infra*, pp. 581 y ss.

⁴² Carabiber, Ch. *L'Arbitrage international*..., p. 234.

⁴³ *Botschaft des Bundesrates betr. Schweiz-Yugoslawien*..., p. 13: "Es ist zweifellos vorteilhafter, eine bestimmte Entschädigung, in einer relativ kurzen Frist zu erhalten, als zu versuchen, eine Summe zu erwirken, welche vielleicht etwas höher ausfallen würde, deren Festsetzung sich jedoch über Jahrzehnte hinziehen könnte."

⁴⁴ Ver las discusiones y los proyectos de resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, Sesiones de Bath, 1950 — *Anuario*, pp. 42-132 y de Siena, 1952 — *Anuario*, pp. 251 y ss.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

das; ⁴⁵ su celebración debe ser considerada sin embargo como un fenómeno favorable a las relaciones internacionales, porque es una condición previa al establecimiento de un régimen internacional de la nacionalización, considerada como una institución jurídica distinta en el plano del derecho interno. En razón de las particularidades que acusa la estructura de la nacionalización en sus relaciones con el derecho internacional —actitud diferente con respecto a la propiedad o a la legitimidad de la nacionalización, etcétera— la evolución de la vida internacional lleva precisamente al empleo cada vez más frecuente de la negociación, de Estado a Estado, de una indemnización global, y se expresa a menudo la esperanza de que este procedimiento se perfeccione. ⁴⁶

6. No resulta superfluo preguntarse en qué medida dichos acuerdos bilaterales consagrados a la indemnización en caso de nacionalización son únicamente un compromiso económico o político sin relación con el aspecto jurídico del problema, o si no sientan los fundamentos de un nuevo derecho.

Señalemos a este respecto que, con mucha frecuencia, al celebrar esos acuerdos, los Estados interesados han preferido guardar silencio sobre los problemas relativos a los principios del derecho. Algunos acuerdos contienen a veces una declaración expresa del Estado que procede a la nacionalización, reconociendo que debe una indemnización “adecuada”. ⁴⁷

Es verdad que esos acuerdos bilaterales representan convenios, o compromisos que no implican necesariamente el reconocimiento o la creación de un nuevo derecho, ni constituyen un precedente capaz de orientar definitivamente la evolución por venir. ⁴⁸ No se puede afirmar sin embargo, en el estado actual de las cosas y con base en lo que acabamos

⁴⁵ Por ejemplo, Schwarzenberger, G. *The Protection of British Property abroad*, pp. 305, 306 y ss., da algunos detalles respecto a los acuerdos celebrados con Inglaterra.

⁴⁶ Por ejemplo, el artículo 18 del *Proyecto definitivo de resoluciones* del Instituto de Derecho Internacional, Sesión de Bath, 1950: “Para más rapidez los Estados interesados, nacionalizador y nacionalizados, pueden de común acuerdo, hacer de la indemnización, en un plazo determinado (de 2 a 3 años, por ejemplo), el objeto de un pacto negociado en el libre juego de la interdependencia económica con la posibilidad de recurrir, en caso dado, al procedimiento arbitral de tribunales económicos, ya previstos, o en su defecto, de cualquiera otro, procedimiento organizado dentro del marco de la ONU o de una asociación federativa regional.”

⁴⁷ Makaroff, A. N. *Die Nationalisierungsmassnahmen und die Entschädigung der durch sie betroffenen Ausländer in der internationalen Praxis der letzten Jahre*, Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart, 1950, p. 257: “So brachte Artículo 1 des schweizerisch-tschechoslovakischen Protokolls Nr. 1 folgende Bestimmung: die tschechoslovakische Regierung anerkennt die auf dem Spiele stehenden schweizerischen Interessen mit allen damit verbundenen Rechten und ird den schweizerischen Berechtigten eine adäquate und effektive Entschädigung ausrichten.”

⁴⁸ Donan, N. R. *Op. cit.*, p. 1161. Guggenheim, P. *Referat über Völkerrecht*, 1949, p. 131.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

de decir, que esos acuerdos no habrán de ejercer ninguna influencia sobre la evolución del derecho internacional en la materia.

§ 2. Legitimación

1. Respecto al efecto de la nacionalización en el derecho internacional público, se trata de saber también quién está legitimado para reclamar una indemnización. Aquel que ha sido afectado por el acto de nacionalización —sea persona física o jurídica— está legitimado, por supuesto que en el plano del derecho privado o del derecho público, directamente y en primer lugar. Esta legitimación no se discute y la legislación relativa a la nacionalización se funda en ella.⁴⁹ Sin embargo, por las razones que hemos expuesto, se considera inoportuno en este caso que la persona afectada por la nacionalización —ya sea física o jurídica— haga valer ella misma sus pretensiones. Por eso el Estado del que es nacional el interesado se encarga de ello.

2. En cuanto a la posibilidad para un Estado, cuyos nacionales son dañados por las iniciativas de otro Estado, de intervenir en su favor por la vía diplomática, no se puede decir que existan a este respecto divergencias fundamentales en las concepciones. Es indiscutible que *puede* otorgarles una protección diplomática. Se admite igualmente, en derecho internacional contemporáneo, que el Estado miembro de la comunidad internacional está también legitimado para defender a sus nacionales ante los tribunales internacionales, tales como la Corte Internacional de Justicia de La Haya,⁵⁰ por ejemplo, con tal que hayan sido agotados los otros medios.⁵¹ Es afirmativamente, en principio, como se resuelve el problema del derecho que tiene el Estado, en las relaciones internacionales, a proporcionar defensa diplomática a sus nacionales; señalemos sin embargo que algunos Estados de la América del Sur han adoptado el punto de vista según el cual el Estado no goza de esta facultad en tanto que a su nacional, de acuerdo con la doctrina Cárdenas,⁵² no se le haya negado el acceso a los tribunales o el derecho de recurrir a los medios jurídicos de la legislación interna.

3. El Estado cuyos nacionales son afectados por el acto de nacionalización puede figurar *como parte en un acuerdo eventual* acerca de la

⁴⁹ Ver *supra*, pp. 514 y ss.

⁵⁰ Ver la decisión citada frecuentemente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, núm. 20/21: "A este respecto, conviene recordar lo que la Corte ha expresado en varias ocasiones y particularmente en sus fallos núms. 2 y 13, a saber, que al salir en defensa de sus nacionales ante un tribunal internacional, el Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar en la persona de sus nacionales al derecho internacional." Hambro, E. *La Jurisprudence de la Cour internationale*, p. 140.

⁵¹ Sibert, M. *Op. cit.*, t. 1, pp. 565-566.

⁵² Cavare, L. *Op. cit.*, t. 1, p. 227.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

indemnización.⁵³ Se trata de un fenómeno relativamente nuevo que no puede invocarse sino indirectamente algunos principios establecidos del derecho internacional y resultante más bien de las necesidades de la vida, a saber:

a) la naturaleza de la transacción es tal que parece inevitable, por una parte, que uno de los Estados —el Estado nacionalizador— sea parte contratante. Por otra parte, el principio de la inmunidad judicial del Estado, adoptado por el derecho internacional, aparece como un obstáculo que hace imposibles o poco prácticas las negociaciones y los acuerdos entre los particulares afectados por la nacionalización y el Estado nacionalizador;⁵⁴

b) la segunda causa por la cual se ha impuesto esta solución radica en las difíciles condiciones de la postguerra, que imposibilitaron generalmente al Estado nacionalizador a pagar en una sola vez una indemnización en divisas transferibles.⁵⁵ Fue necesario pues negociar plazos para el pago y buscar los medios que permitieran efectuar los cambios. El cumplimiento de una o de otra de esas tareas es inconcebible si el Estado, cuyos nacionales son afectados por la nacionalización, no ofrece su colaboración ni pone el engranaje de su comercio exterior al servicio de tal transacción. Ahora bien, como el Estado que defiende a sus nacionales afectados por la nacionalización tiene interés —lo que representa además el interés de la mayoría de sus nacionales— en mantener y en desarrollar su comercio exterior con el Estado nacionalizador, se ha llegado al siguiente resultado: casi la totalidad de las indemnizaciones pagadas con motivo de las nacionalizaciones efectuadas después de la segunda guerra mundial lo fueron conforme a acuerdos bilaterales interestatales celebrados entre los Estados nacionalizadores y los Estados cuyos nacionales habían sido afectados por la nacionalización.⁵⁶

4. Podemos preguntarnos si el *nacional* de un Estado puede renunciar de antemano a la defensa diplomática según la doctrina conocida como “cláusula Calvo”. Los tribunales internacionales responden negativamente a esta pregunta,⁵⁷ aunque ella haya sido examinada más bien a propósito de la admisibilidad de la negativa a recurrir a un tribunal internacional y cuando la disposición de tal negativa es practicada a pesar de todo.⁵⁸

⁵³ Ver *supra*, p. 562, nota 28, p. 567.

⁵⁴ Ver *infra*, pp. 588 y ss.

⁵⁵ Schwarzenberger, G. *The Protection of British Property abroad*, p. 308.

⁵⁶ Ver *supra*, p. 562.

⁵⁷ Cavare, L. *Op. cit.*, t. II, pp. 263-265.

⁵⁸ Ver, con relación a los países sudamericanos, el Tratado de conciliación Brasil-Polonia del 27. 1. 1939, descartando el procedimiento internacional de conciliación en caso de competencia de los tribunales internos, pero a condición de una “denegación de justicia evidente”. Cavare, L. *Op. cit.*, t. II, p. 265.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

5. Por el contrario, ¿el Estado cuyo nacional ha sido dañado en sus intereses por las iniciativas de otro Estado *está obligado* a asumir su defensa? Se trata de saber —para expresarse de manera más general— si *el ciudadano tiene derecho a una defensa diplomática* o si esta última no es sino una posibilidad a la que recurre el Estado sin estar obligado a ello. Si se admite el segundo término de la alternativa, eso significa además que la negativa del Estado a otorgar protección diplomática a su nacional no está sometida a ningún control, sino que depende por entero de la apreciación soberana y discrecional de la administración. Éste es un punto tanto más importante cuanto que la doctrina y la práctica judicial contemporáneas se adhieren casi unánimemente a esta última concepción negativa,⁵⁹ según la cual el ciudadano no tiene un derecho subjetivo a la defensa diplomática, la que puede serle otorgada únicamente dentro del marco de una apreciación discrecional y no se encuentra sujeta a ningún control judicial. Aunque algunos adeptos a esta tesis no parecen enteramente convencidos⁶⁰ y aunque la práctica judicial en la materia no conduzca a ella siempre inevitablemente,⁶¹ tenemos que reconocer sin embargo que, actualmente, esta solución negativa del problema sigue preponderando tanto en la doctrina como en la práctica judicial.

6. A nuestro parecer esta solución contiene sin embargo algunas inexactitudes en las premisas, de donde se deduce que las conclusiones son poco satisfactorias y erróneas. Por otra parte, a partir de la segunda guerra mundial, han aparecido nuevos fenómenos en la estructura de la vida nacional e internacional que no han dejado de influir en este problema tan importante. Dentro del terreno del derecho interno, dicho problema reviste un carácter de actualidad, porque algunas recientes constituciones consagran por medio de textos explícitos la teoría opuesta, según la cual el ciudadano tiene el derecho de ser defendido diplomáticamente en el extranjero.⁶² Se trata por consiguiente de saber si eso

⁵⁹ Cavare, L. *Op. cit.*, t. I, p. 227. Guggenheim, P. *Op. cit.*, t. I, p. 281. Oppenheim-Lauterpacht. *Op. cit.*, p. 626. Waline, M. *Traité élémentaire...*, pp. 95 y ss.; etcétera.

⁶⁰ Por ejemplo, a la pregunta: “¿Se trata en este caso de un verdadero derecho individual a la protección del Estado?”, Cavare, L. *Op. cit.*, t. I, p. 227, responde: “Me parece que según el estado actual del derecho positivo, se debe responder negativamente.”

⁶¹ Por ejemplo, la decisión del Tribunal federal suizo en el caso Gschwind citado por Bindschedler, R. L. *Verstaatlichungsmassnahmen*, pp. 105-106, en la que insistiremos más adelante, p. 578, nota 94.

⁶² Tenemos que citar primeramente, en lo relativo a la situación anterior a la segunda guerra mundial, el artículo 112/2 de la Constitución alemana de Weimar del 11. 8. 1919: “Dem Ausland gegenüber haben alle Reichsangehörigen innerhalb und ausserhalb des Reichsgebietes Anspruch auf den Schutz des Reiches.” Con respecto a la situación posterior a la segunda guerra mundial, artículo 83 de la Constitución de Bulgaria del 7. 12. 1947: “Todo ciudadano búlgaro goza en el extranjero de la protección de la República popular búlgara”; artículo 28/10 de

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

puede ser considerado como un nuevo derecho o si, en realidad, esas normas constitucionales confirman simplemente de una manera más especial un derecho ya existente del ciudadano. Además, en lo concerniente al terreno internacional, los problemas que afectan en general a la realización de la protección de los derechos del hombre han entrado en virtud del párrafo 2 del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas,⁶³ así como de la Declaración de los derechos del hombre del 10 de diciembre de 1948⁶⁴ y del Convenio sobre los derechos del hombre del 4 de noviembre de 1951⁶⁵ que lo siguieron, en una fase que nos parece debe arrojar una sombra sobre los fundamentos legales de la concepción dominante según la cual el otorgamiento de una protección diplomática no es un derecho del ciudadano, sino un acto enteramente dejado a la discreción de la administración.

Esta tesis merece pues hoy día ser sometida una vez más a un examen en lo que concierne a: a) su justificación para el derecho interno y b) a la manera como es sostenida en el derecho internacional.

7. De hecho, el derecho del ciudadano a una defensa diplomática puede ser estudiado primeramente, desde el punto de vista interno e internacional, con relación al problema de saber si el *derecho interno* lo reconoce. En este caso, la solución deriva principalmente del derecho interno constitucional y administrativo, lo que hace que el aspecto del problema bajo el ángulo del derecho internacional sea menor.⁶⁶ Ahora bien, este aspecto, después de la importancia creciente de los derechos del hombre, reviste actualmente una significación particularmente importante. Dentro de este orden de ideas, se ofrecen dos posibilidades al derecho interno, a saber que éste: a) otorgue⁶⁷ o b) no otorgue al ciudadano esta defensa.⁶⁸

la Constitución de Yugoslavia: "Los ciudadanos de la República popular federativa de Yugoslavia gozan en los Estados extranjeros de la protección de la República popular federativa de Yugoslavia"; etcétera.

⁶³ Párrafo 2 del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: "A proclamar de nuevo nuestra fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de los hombres y de las mujeres, así como de las naciones, grandes y pequeñas..."

⁶⁴ Artículos 1, 3, 6, 8, 17; ver Lauterpacht, H. *International Law and Human Rights*, pp. 429-431.

⁶⁵ Artículo 7: "There shall be full freedom of petition to the national authorities and to the United Nations." Lauterpacht, H. *International Law and Human Rights*, p. 315.

⁶⁶ Guggenheim, P. *Lehrbuch des Völkerrechts*, p. 281: "Der Staat ist nicht verpflichtet die diplomatische Protektion zu gewähren, insofern sein Landesrecht nichts anderes bestimmt."

⁶⁷ Ver Bindschedler, R. L. *Verstaatlichungsmaßnahmen*, p. 106, que cita: Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, pp. 698-699; Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, pp. 230-231 und Anmerkung 42; Ruediger, P. *Der diplomatische Schutz juristischer Personen, Rechtsgutachten*, p. 6.

⁶⁸ Ver *Botschaft* des Bundesrates über den Vertrag mit Jugoslawien del 29. 10. 1948: "Weder die Bundesverfassung noch die Bundesgesetzgebung gewähren

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

Tenemos que señalar inmediatamente que ninguna legislación nacional establece por un texto explícito que el ciudadano no tiene el derecho a una defensa diplomática en el extranjero, a menos que sea la administración la que establezca disposiciones para otorgársela. Por consiguiente, en el plano del derecho interno, no se puede decir que el ciudadano no tenga derecho a una protección internacional sino en el caso en que la constitución, o una ley especial cualquiera, *no le confieran expresamente* ese derecho.

Sin embargo es un error plantear el problema de tal manera. En lo que se refiere al fundamento constitucional de ese derecho, se trata de saber previamente si es necesario de una manera general que el derecho interno haya tratado expresamente este problema y lo haya resuelto afirmativamente, incluyéndolo, por ejemplo, dentro de los derechos de los ciudadanos enumerados en la constitución o en otra acta legislativa. En realidad, cualquiera puede dirigirse a las autoridades y al parlamento.⁶⁹ Todos tienen derecho a lo que constituye una obligación de la autoridad hacia los ciudadanos, puesto que sus funciones tienden a su bien común.⁷⁰ Si un derecho es expresamente confirmado por un texto constitucional, éste no lo crea realmente. Tal confirmación no tiene para las obligaciones elementales de la autoridad, y respectivamente para los derechos elementales del ciudadano, sino una significación declarativa, simbólica.⁷¹ Eso significa, por otra parte, que si, dentro de los límites de la organización orgánica de un servicio determinado, una obligación de protección incumbe a este último, a quien concierne de cualquier manera el interés de un ciudadano, a esta obligación del servicio corresponde un *derecho individual del ciudadano* de exigir y de obtener esta protección. El ciudadano puede siempre ejercer ese derecho, porque debido a la naturaleza de su posición frente al Estado puede utilizar los servicios de la administración en la medida en que estén encargados de los problemas de los ciudadanos;

dem einzelnen einen Rechtsanspruch auf Vertretung seiner Interessen im Auslande." Citado por Bindschedler, R. L. *Verstaatlichungsmaßnahmen*, p. 104.

⁶⁹ Derecho reconocido en todos los países, independientemente de cualquier confirmación expresa. Ver algunas confirmaciones expresas en el artículo 8 de la Constitución de Holanda; artículo 9 de la Carta de las Libertades de Polonia del 22. 2. 1957; artículo 34 de la Constitución de Rumania del 17. 4. 1948; etcétera.

⁷⁰ Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución suiza: "La Confederación tiene por fin... proteger la libertad y los derechos de los confederados y acrecentar su prosperidad común."

⁷¹ El principio figura en términos expuestos en el artículo 36 de la Constitución de Argentina del 16. 3. 1949: "La declaración, derechos y garantías enumerados por la Constitución no excluyen los demás derechos y garantías no enumerados en ella, pero que derivan del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"; artículo 8 de la Constitución de Portugal del 11. 4. 1933: "La enumeración de estos derechos y garantías no excluye los demás derechos y garantías cualesquiera que estos sean, contenidos en la Constitución y en las leyes."

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

por eso, no es indispensable que el ciudadano esté expresamente autorizado a ello por una acta legislativa distinta.⁷²

En cuanto a la protección diplomática del ciudadano, no cabe, en el plano del derecho interno, establecer una distinción entre los diferentes servicios, tratándose de su deber de otorgar al particular lo que, por la naturaleza de sus atribuciones, entra dentro de sus funciones y constituye para ellos una obligación. Así, de la misma manera que, por ejemplo, los servicios sanitarios, cuya función consiste en proteger la salud de los particulares, están obligados a proporcionar a estos últimos ayuda y protección sanitarias, de la misma manera que los servicios de policía, cuyas atribuciones comprenden la salvaguardia de la seguridad de los particulares, están obligados a otorgar a éstos protección policiaca, del mismo modo, los servicios diplomáticos, de los que una de las funciones, elementales es indiscutiblemente defender en el extranjero los intereses del país y de los nacionales, están obligados en principio a garantizar protección diplomática a estos últimos.⁷³ Por lo tanto, no es indispensable, para reconocer al ciudadano un derecho subjetivo a reclamar a la administración una protección diplomática, entregarse a análisis y a estudios complicados de los textos constitucionales o legislativos relativos a este problema. En efecto, por una parte, es difícil pedir a una constitución que enumere de manera explícita y concreta los diferentes derechos del ciudadano; es habitual y suficiente que la constitución sólo trate de aquellos principios y derechos más importantes. Por otra parte, las constituciones consagran: 1) el derecho del ciudadano de enderezar una petición a las autoridades; y 2) la obligación del gobierno de defender tanto los intereses de los ciudadanos como los de la colectividad. Eso significa que el ciudadano posee el derecho de reclamar una protección, cuya realización constituye precisamente la protección diplomática de que goza en el extranjero. La mayoría de los Estados contemporáneos admiten que una de las funciones elementales de la administración y de sus servicios —en este caso el ministerio de asuntos extranjeros— que están particularmente encargados de la representación en el extranjero, consiste en defender los intereses del Estado, es decir, de la colectividad, en el extranjero. Esta tarea de la administración reviste un carácter total y general en el sentido de que tiene como objetivo, principalmente,

⁷² Duguit, L. *Traité de Droit constitutionnel*, t. v, p. 1: "Cualquiera que sea la noción que se tenga del Estado y del derecho, tenemos que afirmar que el Estado tiene deberes hacia los individuos, que su acción está limitada positiva y negativamente por el derecho, es decir, que hay cosas que no puede hacer y cosas que está obligado a hacer." Ver igualmente Schneider, H. *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Tübingen, 1951, pp. 27, 28 y 74.

⁷³ Hyde, Ch. *Op. cit.*, t. II, p. 1293: "A diplomatic officer is, in a broad sense, the representative of his countrymen in the State of his sojourn... It was declared that such officers should 'countenance and protect' their countrymen before the authorities of the country in all cases in which they might be injured or oppressed..."

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

el cuidado de los intereses de la colectividad sin ignorar tampoco los intereses de los particulares cuya reunión forma la colectividad. Por consiguiente, la existencia de ese derecho *no depende de un texto explícito* de la constitución o de cualquier acto legislativo. En principio, es otorgado por el derecho interno a cualquier ciudadano en todos los países. La confirmación explícita de ese derecho que figura en algunas constituciones recientes⁷⁴ tiene una significación más bien declarativa que constitutiva y elimina simplemente las dudas que pueden subsistir aún a este respecto.

8. La segunda hipótesis concerniente al derecho interno a la que llegamos con base en lo anterior, según la cual el particular *posee en principio el derecho* a una protección diplomática, nos obliga sin embargo a trazar *los límites concretos de dicho derecho*. Porque aún si resolvemos el problema negativamente, es decir, si sostenemos que el ciudadano no tiene ese derecho, tal negativa no debe apoyarse en la afirmación de que el ciudadano no está por lo general legitimado para reclamar tal protección cuando la constitución u otro texto de la legislación interna no le reconoce expresamente ese derecho. La negativa debe estar fundada por el contrario en la circunstancia de que la ejecución de la protección solicitada sea considerada —por la doctrina y por la práctica judicial— como derivada de una actividad de la administración perteneciente a la categoría de lo que se llama “actos de gobierno” o *Hohheitsakte*,⁷⁵ y por lo tanto no susceptible de sufrir la influencia de los particulares, aun cuando estén directamente interesados en esta actividad, ni de ser sometida a ningún control, especialmente al control judicial.⁷⁶ Es esta en verdad la manera correcta de plantear el problema del derecho del ciudadano a una protección diplomática y se deben rechazar los argumentos según los cuales sería necesario tener un texto explícito, eventualmente constitucional, proclamando en términos claros la existencia de tal derecho.

Esta manera de considerar el problema merece ser examinada más detenidamente.

Podemos comprobar primeramente que la clasificación de un determinado acto de la administración entre los “actos de gobierno”, así como la liberación de todo control judicial de una determinada función de la administración pueden resultar de una disposición constitucional expresa o de una ley especial que establezca las autoridades judiciales existentes en cada país. Pero, según sabemos, en ninguna parte niegan los textos formales al ciudadano el derecho de reclamar una protección diplomática o liberan a la actividad diplomática del país en el extranjero del control judicial. Sea como fuere, *tanto la teoría*

⁷⁴ Ver *supra*, p. 569, nota 62.

⁷⁵ Schneider, H. *Op. cit.*, p. 7, los llama “justizlose Hohheitsakte”.

⁷⁶ Carabiber, Ch. *L'Arbitrage international*, pp. 227 y ss.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

como la práctica judicial, al negar al ciudadano el derecho individual a la protección diplomática, confieren precisamente a la actividad diplomática de la administración *inmunidad frente a las autoridades judiciales*,⁷⁷ calificando los actos diplomáticos de “actos de gobierno”.⁷⁸

Cabe pues examinar si el acto por el cual la administración otorga protección diplomática al particular, que nos interesa más directamente —o algunas de sus subdivisiones— debe ser considerado, por regla general, entre el número de los actos de gobierno.⁷⁹ En el estado actual de la doctrina y de la práctica judicial, es no solamente admisible, sino deseable que se proceda a una revisión del problema.⁸⁰

Agreguemos que sería conveniente que las nociones mismas de “acto diplomático”, “actividad diplomática” o “protección diplomática” fueran más estrictamente delimitadas, porque no se podría admitir que la mayoría de las actividades de una administración determinada —en este caso el ministerio de asuntos extranjeros— o de la administración en el extranjero figuraran entre los “actos diplomáticos” y fueran íntegramente incorporadas en la categoría de “actos de gobierno” o, por el contrario, se encontraran excluidas. No se le ha prestado siempre a este aspecto la atención suficiente.⁸¹ Los actos diplomáticos esenciales de carácter político, tales como el reconocimiento o el no reconocimiento de un Estado, el mantenimiento o la ruptura de las relaciones diplomáticas, el nombramiento de un representante diplomático en el extranjero, la aceptación o la negativa de aceptar el nombramiento de un representante diplomático extranjero en el país, etcétera, pueden efectivamente aspirar a la calidad de “actos de gobierno”.⁸² Mientras que la doctrina y la jurisprudencia conserven la calificación especial de “actos de gobierno”, los actos que acabamos de citar como ejemplo deberán ser considerados como tales.⁸³

⁷⁷ Waline, M. *Traité élémentaire* . . . , p. 99.

⁷⁸ Waline, M. *Idem.*, p. 98: “La lista que se puede formar comprende algunos actos de política interior y sobre todo actos diplomáticos.”

⁷⁹ Duez-Debeyere. *Op. cit.*, p. 486: “...barrera artificial, puesto que no está sostenida por razones provenientes de la técnica jurídica; nada en la naturaleza jurídica del acto de gobierno repele el control jurisdiccional.” Waline, M. *Traité élémentaire* . . . , p. 100: “Es indiscutible que, como la piel de zapa, la lista de los actos de gobierno se reduce gracias al liberalismo creciente de la jurisprudencia; por ejemplo, las medidas tomadas en virtud del derecho de expulsión de los extranjeros (*contra* Duguít, t. v, p. 90) han dejado de ser consideradas como actos de gobierno.”

⁸⁰ Waline, M. *Traité élémentaire* . . . , p. 100.

⁸¹ Bonnard, R. *Op. cit.*, p. 261: “Es dentro de la materia de las relaciones internacionales en donde se encuentran actualmente los más numerosos y frecuentes casos de actos de gobierno. La jurisprudencia, lejos de reducirlos, tiene más bien la tendencia a aumentarlos para librar lo más posible a los asuntos diplomáticos del control jurisdiccional del Consejo de Estado.”

⁸² Duez-Debeyere. *Op. cit.*, p. 486: “La ausencia de todo control jurisdiccional solamente se explica por razones de orden político.”

⁸³ La lista de los actos de la administración a los que se atribuye la calidad de “actos de gobierno” es indefinida y variable. Respecto al derecho anglo-ame-

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

Sin embargo la actividad de la administración en el extranjero o la que, aunque siendo desplegada en el país, interesa en el extranjero, comprende una serie de actos diferentes de menor importancia. Dentro del marco de su actividad, los servicios diplomáticos desempeñan innumerables funciones cuya naturaleza es elemental. Nombran choferes y sirvientes, toman las disposiciones necesarias para la impresión de las fórmulas que les son necesarias, dan las indicaciones y los informes indispensables para el turismo o el establecimiento de relaciones comerciales, expiden visas, pasaportes y certificados de repatriación, etcétera. Esos diferentes actos de los servicios diplomáticos, aun si admitimos que derivan de una "actividad diplomática" entendida en un sentido muy amplio o que constituyen "actos diplomáticos", no podrían sin embargo aspirar a la calificación de "actos de gobierno" y ser liberados de todo control.⁸⁴

Dentro de la escala de los actos diplomáticos tal como la hemos descrito a grandes rasgos, deberá figurar, en un cierto punto situado entre las dos categorías de ejemplos citados, la verdadera protección diplomática de los particulares nacionales en el extranjero. Ésta puede además revestir un aspecto muy diferente según los casos. Podrá ser solicitada porque las autoridades locales se niegan a otorgar al extranjero residente en tal país las tarjetas de abasto que recibe ahí cada habitante, porque el ciudadano residente en el país extranjero es objeto de un trato discriminatorio con relación al que es adoptado frente a otros individuos, o porque su propiedad es enajenada sin indemnización. Podrá ser igualmente solicitada porque al ciudadano extranjero se le niegan las ventajas a que tiene derecho en virtud de acuerdos celebrados entre los Estados, etcétera.

Hemos comprobado que el derecho interno no niega en principio al ciudadano, sino que por el contrario, le reconoce el derecho de reclamar y de obtener protección diplomática.⁸⁵ Así pues, respecto a la posibilidad para el particular de ser defendido diplomáticamente en el extranjero, debemos admitir que las autoridades diplomáticas están obligadas por regla general a intervenir en favor de sus nacionales por todos los medios.⁸⁶ Decimos "obligadas", porque: 1) al recla-

ricano, se afirma que el número de esos actos tiende a aumentar. Schneider, H. *Op. cit.*, p. 78; con relación al derecho francés y especialmente a los actos diplomáticos, las opiniones difieren —unos consideran que su número crece— por ejemplo, Bonnard, R. *Op. cit.*, p. 261 —otros, que disminuye— por ejemplo, Waline, M. *Traité élémentaire*, p. 100; ver igualmente Duez-Debeyere, *Op. cit.*, p. 493: "Pero la timidez del juez, la indiferencia de la opinión pública, las resistencias de una parte de la doctrina no permiten pensar, en un plazo breve, en tal supresión."

⁸⁴ Duez-Debeyere. *Op. cit.*, pp. 490-491.

⁸⁵ Ver *supra*, p. 573.

⁸⁶ No faltan textos expresos, en ese sentido, contenidos en los reglamentos de algunos servicios diplomáticos —ver, por ejemplo, Hyde, Ch. *Op. cit.*, p. 1293,

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

mar esta protección, el particular ejerce uno de sus derechos constitucionales irrevocables; 2) los servicios diplomáticos, en virtud de una de sus obligaciones orgánicas esenciales, están obligados a asumirla.⁸⁷ Tal es el derecho subjetivo de protección diplomática que posee el ciudadano.

Este derecho está no obstante sometido a la reserva creada por la jurisprudencia de que existen dentro de la actividad de la administración e igualmente dentro de la de los servicios diplomáticos, actos a los cuales se les debe reconocer la calidad de "actos de gobierno". De tal suerte, cada vez que se trata de tales actos, se deja al juicio discrecional de la administración la función de decidir si cabe o no proceder al acto, sin que esta decisión esté sujeta a ningún control.

9. La tesis de que el ciudadano tiene derecho en principio a la protección diplomática no significa que una petición de su parte tendiente a obtenerla deba ser siempre e incondicionalmente admitida. Esta petición sólo puede ser acogida favorablemente en dos categorías de casos:

a) En primer lugar, los servicios diplomáticos *deben juzgar de la legitimidad* de la petición presentada con el fin de obtener protección diplomática y no darle curso sino en el caso que, según su opinión, esta petición esté verdaderamente justificada y si tienen la idea o disponen de informaciones de las que aparece que el interesado se encuentra colocado en una situación perjudicial a causa de un error o de una medida que no está en conformidad con la ley. Al formular ese juicio, los servicios diplomáticos gozarán de una completa libertad. Pero dicho juicio está sometido en primer lugar a un control jerárquico, y luego, en la medida en que la legislación interna lo permita —lo que sucede en la mayoría de esas legislaciones— a un control judicial.⁸⁸ La negativa arbitraria o la omisión, consecutiva a una negligencia, de otorgar al ciudadano protección diplomática —cuando se trata, por ejemplo, de registrar su matrimonio en el país en que reside o de repatriarlo en tiempo oportuno, etcétera— no son actos que, por la sola razón de que estén localizados en el extranjero y sean decididos por los servicios diplomáticos, constituyan "actos de gobierno" y escapen a todo control jerárquico o judicial.

b) Los servicios diplomáticos defienden en el extranjero ante todo los *intereses del Estado*, es decir, el interés colectivo del país. Están

citado anteriormente; también, Bindschedler, R. L. *Verstaatlichungsmassnahmen*, p. 103.

⁸⁷ Liszt, v. Fr., *Das Völkerrecht*, Berlin, 1918, p. 97, concerniente a la Constitución de la Alemania anterior a la primera guerra mundial: "Dem Ausland gegenüber haben alle Deutschen gleichmässig Anspruch auf den Schutz des Reichs."

⁸⁸ Duez-Debeyere. *Op. cit.*, p. 491.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

por ellos obligados a adecuar cada una de sus acciones —por insignificantes que sean— al interés del Estado, es decir, al interés colectivo y a la política del Estado. Al proceder de tal manera, los servicios diplomáticos llenan funciones capaces de hacer clasificar sus actos dentro de la categoría de “actos de gobierno”.⁸⁹ Pueden así negar a sus ciudadanos una protección diplomática en los casos más elementales y aunque sus demandas estén muy bien fundadas, como por ejemplo en el caso de la negativa de las autoridades locales a entregarles sus tarjetas de abasto, si esos servicios estiman, en este caso, que tal gestión perjudica al interés del Estado o a la política que ellos siguen en un momento determinado. Cuando estudian la conveniencia de acceder a una petición de protección diplomática, los servicios diplomáticos pueden y deben confrontar la acción proyectada con el interés del Estado y, si esta confrontación los lleva a la conclusión que tal gestión de protección diplomática no debe ser emprendida o debe ser abandonada, ellos *deberán otorgar la prioridad al interés del Estado, es decir, al interés colectivo*, y no realizar la gestión o abandonarla si ya se había iniciado. La unanimidad es absoluta respecto a esta función de los servicios diplomáticos; es también indiscutible su prioridad frente a las otras funciones de estos últimos. El error es que se exagera su importancia, dejando que se despersonalice y se desdibuje el derecho individual del ciudadano. Además, es de una importancia secundaria en este caso, cuando tratamos de determinar si un acto tiene la calidad de “acto de gobierno”, que nos fundemos en la “teoría del móvil”⁹⁰ o en un “criterio general”,⁹¹ o finalmente en una “lista de actos”.⁹² En vista de la gran diversidad que pueden revestir los actos de los servicios diplomáticos, tanto en el fondo como en la forma, sería difícil no partir del criterio que consiste precisamente en efectuar esta apreciación. Solamente los actos de los servicios diplomáticos consecutivos a tal apreciación —cuando ésta es favorable a la prioridad del interés del Estado—⁹³ son susceptibles de ser considerados como “actos de gobierno” y de atenuar —y no de suprimir el derecho subjetivo del ciudadano de reclamar y obtener una protección diplomática. En cambio, cuando esta apreciación no es desfavorable a la protección diplomática solicitada, el otorgamiento de esta protección es una obligación de los servicios diplomáticos así como su obtención, un derecho del ciudadano.

10. Concerniente al derecho interno, se puede concluir, con base en lo anterior, que solamente representa un “acto de gobierno” la negativa de otorgar protección diplomática *motivada por la prioridad debida*

⁸⁹ Ver *supra*, pp. 573 y ss.

⁹⁰ Duez-Debeyere. *Op. cit.*, p. 487.

⁹¹ Duez-Debeyere. *Op. cit.*, p. 488.

⁹² Duez-Debeyere. *Op. cit.*, p. 489.

⁹³ Hauriou, M. *Précis élémentaire de Droit administratif*. Paris, 1943, p. 259.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

al interés del Estado. La negativa de otorgar al ciudadano una protección diplomática sólo podría ser calificada de “acto de gobierno” si los servicios diplomáticos *invocaran* la prioridad del interés del Estado. A falta de esto, al derecho del ciudadano de reclamar la protección diplomática corresponde la obligación de la administración, es decir, de los servicios diplomáticos, de otorgarla; obligación que si-gue sometida al control normal —jerárquico judicial.

Este resultado no es, por lo demás, extraño a la jurisprudencia, la que se pronuncia especialmente sobre los casos individuales y no tiene a establecer definiciones o principios válidos para el futuro; es por lo que se debe ser muy prudente al proceder a las deducciones de las soluciones dadas por la jurisprudencia sobre tal o cual problema. Es el caso específicamente de la determinación de la calidad de “actos de gobierno” de los actos diplomáticos.⁹⁴

Eso demuestra además que es indispensable, o al menos recomendable, que la negativa a otorgar protección diplomática esté debidamente motivada, con el fin de que se pueda establecer, teniendo en cuenta la naturaleza de esos motivos, si la negativa está o no sometida a un control jerárquico y judicial, o si se trata de un “acto de gobierno”.⁹⁵ Es un problema diferente al de saber si esos motivos deben ser expuesto por escrito, o comunicados a la persona que solicita la protección diplomática, etcétera. Éstos son detalles de procedimiento que pueden dejarse de lado.

⁹⁴ Con relación a la práctica judicial en Francia, Hauriou, M. *Op. cit.*, p. 260: “Si los actos, por los cuales se hace aplicación del acto diplomático, presentan un carácter administrativo, el Consejo de Estado se reconoce actualmente el derecho de examinarlos (C. E. S., febrero 1926, Caraco, R. p. 125).”

En lo concerniente a la práctica en Suiza, dos competentes autores —Guggenheim y Bindschler— citan el fallo del Tribunal federal Gschwind del 14. 10. 1932 (Guggenheim, P. *Op. cit.*, Schweiz. Jahrbuch, 1949, p. 130; Bindschler, R. L. *Verstaatlichungsmassnahmen*, p. 105). Pero los motivos del Tribunal federal en el caso citado no nos parecen conducir indiscutiblemente a la negación pura y simple de un derecho del ciudadano a la protección diplomática. Después de haber comprobado que: “Das Gesuch eines Schweizer... bei dem fremden Staate vorstellig zu werden... kann deshalb nur die Bedeutung haben... sie zu dessen Prüfung zu veranlassen”, el Tribunal federal da las siguientes razones: “Ein subjektives Recht darauf... *im verlangtem Sinne*... erwächst dem Bürger... nicht. Es kann schon deshalb nicht in Frage kommen, weil das zuständige Organ der auswärtigen Verwaltung sich bei seinen Entschlüssen *nicht bloss* von den berechtigten Interessen eines einzelnen Geschädigten leiten lassen kann, *sondern daneben und ihnen vorangehend* auch das allgemeine Staatsinteresse... ins Auge fassen muss.” (Lo escrito en *italica* es de nosotros). Esos considerandos determinan una restricción y una calificación del caso que no excluyen, a nuestro parecer, una respuesta positiva en cuanto a la existencia, en principio, de un derecho subjetivo del ciudadano a ser protegido por la vía diplomática.

⁹⁵ Schneider, H. *Op. cit.*, p. 8: “Man kann auf Art. 5 Ziff. 2 des Reichsbeamtenhaftung-Gesetzes von 1910 hinweisen: keine Staatshaftung für diplomatische Akte, wenn der Bundeskanzler amtlich erklärt, dass das schädigende Verhalten ‘politischen oder internationalen Rücksichten’ entsprochen habe.”

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

En cuanto al derecho interno, por consiguiente, podemos decir en conclusión que, cuando se niega al ciudadano el derecho a la protección diplomática, se confunden en realidad dos cosas: 1) el derecho subjetivo del ciudadano a la protección diplomática —derecho que posee siempre en principio; 2) la prioridad del interés colectivo sobre el interés particular —esta debe ser reconocida siempre en principio y solamente la apreciación hecha con relación a ella puede conferir a un acto diplomático determinado el carácter de “acto de gobierno”.

11. Proyectadas en el plano del *derecho internacional*, las reflexiones precedentes en lo que concierne a la manera como se plantea el problema en el derecho interno se encuentran no solamente confirmadas, sino apoyadas y consolidadas. No es por ello menos cierto que la tesis de un derecho subjetivo del ciudadano de gozar de protección diplomática se enfrentaba en el pasado a la actitud negativa del derecho internacional con relación al individuo, al que no se le quería reconocer en ninguna forma como portador de derechos y obligaciones en derecho internacional. En el tema que nos ocupa, eso condujo al derecho internacional a negar obstinadamente al ciudadano individuo el derecho a la protección diplomática, aun cuando el derecho interno se lo confiere; ⁹⁶ ese punto de vista se fue suavizando en el curso de los últimos años, como consecuencia especialmente de la importancia tomada por el problema de los “derechos del hombre” en el derecho internacional.

Nosotros consideramos en primer lugar que, cuando un Estado determinado, miembro de la comunidad internacional, otorga, en su calidad de sujeto de derecho internacional, protección diplomática a los intereses particulares de sus nacionales, obra en el ejercicio de un derecho que poseen individualmente sus nacionales —o que al menos es esencialmente individual. Cuando se habla, por ejemplo, del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos de los extranjeros, eso quiere decir que en derecho internacional también, se admite la noción de “propiedad privada” y de “derechos privados adquiridos”; ahora bien, en derecho internacional existe un principio establecido por el que se reconocen al extranjero —a él personalmente como individuo, y no solamente como nacional del Estado que reclama el reconocimiento de esos derechos— el derecho de propiedad y el respeto de los derechos adquiridos. ⁹⁷ Añadiremos que el reconocimiento de esos derechos

⁹⁶ Ver Oppenheim-Lauterpacht. *Op. cit.*, p. 626: “Now there is certainly, as far as the law of nations is concerned, no duty incumbent upon a State to exercise its protection over its citizens abroad. The matter is absolutely in the discretion of every State, and no citizen abroad has by international law a right to demand protection from his home State, although he may have such a right by municipal law.” Grassi, M. *Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Winterthur, 1955, p. 333.

⁹⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, serie H., núm. 7: “Es lo que resulta del principio del respeto de los derechos adquiridos, principio que forma

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

en el extranjero por el derecho internacional se remonta a épocas remotas, que preceden en todos los casos a la época en que se atribuyó a la propiedad privada, en el derecho civil contemporáneo, una función social y en que sufrió limitaciones debidas a esta última. Es evidente desde entonces que al conferir al Estado el derecho de defender al propietario privado así como a los derechos adquiridos de sus ciudadanos, el derecho internacional dirige sus esfuerzos, si no exclusivamente al menos preferentemente, hacia *la protección de los derechos individuales subjetivos privados del individuo* o de personas jurídicas privadas, y de ningún modo la de un derecho cualquiera del Estado mismo. Es también válido cuando el Estado otorga protección diplomática porque se le ha negado, por ejemplo, la inscripción del acta de nacimiento, de matrimonio o de defunción a su nacional, porque se le han negado las tarjetas de abastos, o porque ha sido indebidamente detenido por la policía, etcétera. Por consiguiente, cada vez que el derecho internacional admite que el Estado está legitimado para defender esos derechos de sus nacionales, se apoya en el hecho de que es imposible al individuo actuar en el campo del derecho internacional, porque el derecho internacional público sólo toma en consideración a los Estados.⁹⁸ No podríamos, sin embargo, llegar a afirmar que la posibilidad para un Estado de invocar el derecho de propiedad privada y los derechos privados adquiridos o, en regla general, los intereses privados de sus nacionales constituya un derecho del Estado que, en derecho internacional, le sea a tal punto propio que resulte indiferente a este último que, por una parte, el Estado en cuestión desee o no hacer valer esos derechos cuando su nacional le pida intervenir; o que, por otra parte, el titular de éstos —en tal caso el ciudadano— sea persona física o jurídica —desee hacerlos valer o pretenda restringir sus pretensiones o modificarlas.⁹⁹ También para el derecho internacional, el derecho reconocido por él al Estado para hacer valer los derechos privados de sus ciudadanos es principalmente un derecho de representación aunque no se identifique al poder o mandato del derecho privado interno, porque la posición misma del ciudadano frente a su estado no es la de un mandato hacia un apoderado, sino un derecho de ciudadanía.

Tal concepción de ese problema no rechaza de ningún modo —ni contraría—, la tesis según la cual el Estado, al asegurar la protección diplomática de sus ciudadanos, ejerce *simultáneamente un derecho que le es absolutamente propio* y está enteramente situado en el plano del derecho internacional, a saber el derecho del Estado de ser correcta, digna y uniformemente tratado y, por lo tanto, de exigir que

parte del derecho internacional común, tal como la Corte ha tenido la oportunidad de comprobarlo en varias ocasiones..." —ver Hambro, E. *Op. cit.*, p. 282.

⁹⁸ Rousseau, Ch. *Op. cit.*, p. 3.

⁹⁹ Ver, contra: Guggenheim, P. *Lehrbuch des Völkerrechts*, p. 281.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

sus nacionales estén colocados en un pie de igualdad y sean justamente tratados.¹⁰⁰ Cuando en derecho internacional se niega al ciudadano el derecho a ser protegido diplomáticamente por su Estado, se están confundiendo precisamente estas dos posibilidades de acción del Estado.

12. La tesis, según la cual la protección de los derechos e intereses particulares del individuo por parte del Estado, del que es nacional, representa para el derecho internacional un derecho individual del ciudadano y no un derecho exclusivo del Estado que hace valer esos derechos, está plenamente confirmada por la evolución y por el estado actual del problema de la protección de los “derechos del hombre” en derecho internacional. Las más claras indicaciones a este respecto nos son proporcionadas por la Carta de las Naciones Unidas que declara, en el párrafo 2 de su preámbulo: “Nosotros, pueblos de las Naciones Unidas, resueltos . . . a proclamar de nuevo nuestra fe en los derechos fundamentales del hombre . . . hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar esos designios.” Por otra parte, según el artículo 1, número 3 de la Carta, el fin de la Organización de las Naciones Unidas está precisado de la siguiente manera: “Realizar la cooperación internacional resolviendo los problemas internacionales de orden económico, social, intelectual o humanitario, desarrollando y fomentando el respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión”.¹⁰¹

Es verdad que esas disposiciones de la Carta están enunciadas en términos tan generales que es difícil establecer práctica y positivamente la realización de esos postulados tan solemnemente proclamados.¹⁰² En cuanto a su forma, constituyen expresiones muy amplias con valor de anhelos más que con la fuerza de un derecho en vigor. Es por lo que la Organización de las Naciones Unidas no se contentó con ellas y procedió además a la elaboración de una “Declaración de los derechos del hombre”, adoptada por la Asamblea general de la ONU del 10 de diciembre de 1948, que contenía una definición concreta de los derechos del hombre,¹⁰³ así como de un “Convenio sobre el estatuto internacional de los derechos del hombre”.¹⁰⁴ Después de la entrada en vigor de este convenio, el respeto de los derechos del hombre que figuran ahí representa sin duda alguna un derecho internacional válido para las partes.

¹⁰⁰ Ver Hambro, E. *Op. cit.*, p. 140, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A., núm. 20, 21. Graf, K. B. *Die Grundrechte der Staaten im Völkerrecht*, Bâle, 1948, p. 14. Verdross, A. *Op. cit.*, pp. 256 y ss.

¹⁰¹ Con relación a las declaraciones oficiales y oficiosas en el mismo sentido de los derechos del hombre anteriores a la Carta de las Naciones Unidas, ver Ruck, E. *Grundsätze im Völkerrecht*, Zurich, 1946, pp. 38 y ss.

¹⁰² Sibert, M. *Op. cit.*, t. 1, pp. 454-455.

¹⁰³ Lauterpacht, H. *International Law and Human Rights*, pp. 429-431.

¹⁰⁴ Lauterpacht, H. *Idem.*, p. 315.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

Sin embargo, se admite cada vez más en la doctrina el punto de vista según el cual las cláusulas de la Carta relativas a los derechos del hombre, aunque concebidas en términos generales, constituyen un derecho en vigor.¹⁰⁵ La jurisprudencia es más exigente, lo que explica la actitud dilatoria o contradictoria que ha venido observando.¹⁰⁶ Pero no podemos negar —y la jurisprudencia proporciona indicaciones en este sentido— que, para los miembros de la ONU, la regla del respeto de los derechos del hombre, tal como resulta de la Carta, en el estado actual de las cosas, acusa un cierto carácter de obligación, y puede ser asimilada por consiguiente al derecho en vigor.¹⁰⁷ Finalmente, desde hace algún tiempo, la concepción según la cual la Declaración de los derechos del hombre tiene un valor indicativo e indirectamente obligatorio para los miembros de la ONU, sin tener la fuerza jurídica de un convenio, encuentra igualmente una confirmación oficial.¹⁰⁸

Así pues, las disposiciones sobre los derechos del hombre se imponen a todos aquellos que firmaron la Carta como un método de interpretación e indican el espíritu común en el que se deben inspirar tanto la conducta de los Estados miembros en el campo del derecho internacional como la interpretación de su legislación interna.

Por este motivo, el problema de los derechos del hombre tal como se le plantea en nuestros días tiene una importancia primordial en lo que concierne al derecho del ciudadano a la protección diplomática. El deseo formulado en el párrafo 2 del preámbulo de la Carta: "... a proclamar de nuevo nuestra fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana...", y la "Declaración de los derechos del hombre", pero particularmente el artículo 7 del "Proyecto de convenio sobre los derechos del hombre": "Toda persona tiene derecho a un recurso ante las autoridades nacionales y ante las Naciones Unidas"¹⁰⁹ pueden con todo derecho ser

¹⁰⁵ Lauterpacht, H. *Report to the Human Rights Committee* —International Law Association, Brussels Conference, 1948, p. 13: "In the first instance, members of the United Nations are under legal —and not merely a moral— obligation to respect human rights and fundamental freedoms as repeatedly reaffirmed in the Charter."

¹⁰⁶ Horvath, B. *The European Court of Human Rights*, Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, t. v, fasc. 1-2, 1952, pp. 166 y ss.

¹⁰⁷ Hudson, M. O. *Charter Provisions on Human Rights in American Law*, The American Journal of International Law, t. iv, 1950, núm. 3, p. 547.

¹⁰⁸ Respuesta del ministro de Asuntos Extranjeros de Francia publicada en la *Revue Critique de Droit International Privé*, 1952, núm. 1, pp. 154-155: "La Declaración universal de los derechos del hombre constituye una declaración de principios que está comprendida en la obligación general de cooperación de los Estados miembros, tal como la define el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas: esos principios deben inspirar la acción nacional e internacional de esos Estados. Pero la Declaración no reviste, por sí misma, el carácter de un compromiso jurídico convencional y no tiene, por lo tanto, que ser sometida a ratificación."

¹⁰⁹ Ver Lauterpacht, H. *International Law and Human Rights*, p. 315.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

citados como un indicio de la presencia entre los *derechos elementales del ciudadano*, desde el punto de vista del derecho internacional contemporáneo, del derecho a obtener en primer lugar de su país protección diplomática cada vez que su persona o sus intereses son afectados en el extranjero. En vista del espíritu que anima esos textos del más reciente derecho internacional, parece posible y admisible otorgar al ciudadano el derecho de demandar el respeto de esos derechos aun ante un tribunal internacional¹¹⁰ y de actuar directamente, aun contra la voluntad de su propio Estado. De lo que se deduce que la protección de los derechos del ciudadano por mediación de su Estado y por medio de la protección diplomática no podría ser considerada por el derecho internacional contemporáneo como una función enteramente soberana del Estado, sobre la que el ciudadano no puede ejercer ninguna influencia.

13. En último análisis, debemos hacer las siguientes observaciones sobre el derecho del ciudadano a obtener protección diplomática:

a) En cuanto al *derecho interno*, aunque determinada constitución, o determinado acto legislativo no contengan textos explícitos que prevean expresamente el derecho de protección del ciudadano por la vía diplomática, no por ello deja de existir ese derecho en principio, porque se deriva de otras disposiciones que establecen los derechos del ciudadano, especialmente de su derecho de petición y de la obligación de la administración, y específicamente del ministerio de asuntos extranjeros, de representar en el extranjero los intereses del país en general y los de sus nacionales en particular.¹¹¹ En el plano del derecho interno, la práctica según la cual se considera al otorgamiento de protección diplomática al ciudadano como algo enteramente dependiente de la apreciación discrecional de la administración, aparece como uno de los casos en que la administración, exagerando sus prerrogativas, trata de liberarse de los compromisos y de las responsabilidades que le incumben efectivamente.

b) En el plano del *derecho internacional*, la tesis de que el ciudadano no tiene derecho a la protección diplomática deriva de la concepción ya abandonada de que el individuo no existe en ninguna parte y nunca para el derecho internacional, el que se aplica únicamente a los Estados.¹¹² La existencia del párrafo 2 del Preámbulo de la Carta de la ONU y de la "Declaración de los derechos del hombre" demuestra categóricamente la incompatibilidad de esta tesis con el derecho internacional contemporáneo. Si en el estado actual de este último, es concebible y deseable otorgar al individuo el derecho de defender en el plano internacional y directamente sus derechos humanos individuales, aun en contra de su

¹¹⁰ Artículos 17-19 y especialmente 20-26 del proyecto de convenio.

¹¹¹ Ver *supra*, pp. 573 y ss.

¹¹² Ver *supra*, p. 579.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

país, no se podría juzgar como compatible con el derecho el ver privado al ciudadano del derecho a ser defendido en el extranjero por su propio Estado o el afirmar que esta protección es una función exclusiva e incondicional de los servicios diplomáticos;¹¹³ muy por el contrario, ella debe ser considerada, como inspirada por el espíritu común, el sentido de la nacionalidad y el derecho de ciudadanía.

c) Tanto frente al derecho interno como al derecho internacional, que está situado por encima del primero, es menester reconocer en principio no solamente el derecho individual y subjetivo del ciudadano a ser protegido diplomáticamente, sino además la posibilidad de someter la negativa a tal protección a las *consecuencias constitucionales* respectivas, y especialmente de recurrir ante el tribunal administrativo, el Consejo de Estado, etcétera, y eventualmente de reclamar daños y perjuicios.¹¹⁴ Eso no significa sin embargo que la administración esté obligada a intervenir cada vez que sea requerida para ello. Ella tiene el poder discrecional de decidir: *aa)* si es legítimo que ella garantice una protección a su nacional o si el derecho invocado con miras a la protección diplomática no existe o no la justifica; y *bb)* si, aunque el derecho exista realmente y justifique una acción diplomática, otros intereses más importantes —colectivos de Estado— no la hacen inoportuna o imposible. No obstante, en la primera hipótesis, el juicio discrecional de la administración estará sometido a un control jerárquico y judicial, control que el derecho interno reconoce como legítimo en lo que se refiere a los actos administrativos en general; en la segunda hipótesis solamente, el juicio discrecional de la administración constituirá un “acto de gobierno” libre de todo control judicial.

§ 3. Responsabilidad

Surge también otro problema al tratar de determinar quién responde de la indemnización. Aunque es éste un aspecto que concierne al derecho material, lo examinaremos aquí porque está ligado al problema de procedimiento que constituye la legitimación con motivo del establecimiento de una base internacional de la indemnización.

10. Desde el punto de vista del derecho interno, la responsabilidad del pago de la indemnización corresponde al *Estado que efectúa la nacionalización*. Es de él de donde emana el acto que transforma una actividad o una propiedad privada en actividad o en propiedad “colectiva” o “estatal” y es él quien se convierte en deudor de la indemnización.¹¹⁵ Esta

¹¹³ Ver *supra*, p. 582.

¹¹⁴ Ver *supra*, p. 576.

¹¹⁵ En lo que se refiere al derecho interno, el problema se resuelve, en los actos legislativos respectivos, de manera indiscutiblemente afirmativa, reconociendo sin excepción la obligación *del Estado* de indemnizar a los antiguos propietarios.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

consideración vale igualmente para el derecho internacional. Igualmente, para este último, el Estado que dicta el acto de nacionalización es simultáneamente el beneficiario de esta transacción y si es verdad que, para defender los intereses de individuos considerados separadamente —sus nacionales en este caso—, el Estado está legitimado para representarlos en el plano del derecho internacional,¹¹⁶ con mayor razón no se debe admitir que el Estado responda de sus acciones que conducen a la supresión de la personalidad de las empresas privadas nacionalizadas o a la transferencia a éste de su patrimonio.

No se podría objetar esta tesis por la circunstancia de que los Estados nacionalizadores establezcan una distinción rigurosa entre la personalidad jurídica, el patrimonio y la responsabilidad, respectivamente de las empresas nacionalizadas y del Estado. Esta separación, en la medida en que puede ser reconocida en derecho internacional —tema que trataremos en el párrafo siguiente—, tiene un efecto *ex nunc*, en el sentido de que no actúa sino para el futuro y no se aplica sino a las actividades económicas de las nuevas empresas creadas gracias a la nacionalización y consecutivas a ésta.¹¹⁷ No podría ser confundida con el acto mismo de nacionalización, que es y sigue siendo un acto del Estado nacionalizador y lleva en sí su propia responsabilidad; ésta no ha sido negada, en ningún caso hasta ahora, por un Estado nacionalizador. Sería difícil que surgiera algún litigio a este respecto y no conocemos opiniones divergentes.

2. Las *nuevas empresas* no responden de la indemnización, porque no existe un vínculo jurídico de sucesión entre la empresa que existía anteriormente a la nacionalización y la que fue creada después de la nacionalización y en virtud de ésta; muy por el contrario, la nueva empresa adquirió su activo de una manera originaria.¹¹⁸

3. Podemos preguntarnos también si *el Estado cuyos nacionales han sido afectados por la nacionalización* está obligado en alguna medida al pago de la indemnización debida como consecuencia del acto de nacionalización de otro Estado.

En ese plano, cabe indicar primeramente que la obligación del Estado de otorgar una protección diplomática al ciudadano —obligación que le corresponde efectivamente— no debe ser confundida con la responsabilidad del Estado frente a sus nacionales consecutiva a la nacionalización, efectuada por un Estado extranjero, de sus bienes situados en ese Estado.¹¹⁹ Si no es posible lograr una indemnización cualquiera, o suficiente —con o sin la ayuda del Estado, interviniendo como defensor de las personas afectadas por la nacionalización—, este último no res-

¹¹⁶ Ver *supra*, p. 567.

¹¹⁷ Ver *supra*, pp. 311, 324, 332.

¹¹⁸ Ver *supra*, pp. 302 y ss.

¹¹⁹ Bindschedler, R. L. *Verstaatlichungsmassnahmen*, p. 103.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

ponde, respecto de sus nacionales, de la indemnización.¹²⁰ Si no asume ninguna responsabilidad a este respecto, ello proviene de que se trata de una perturbación de la relación de derecho entre aquéllos de sus nacionales que tienen el estatuto de extranjeros en el Estado nacionalizador y este último. Cualquier extranjero, que realiza inversiones o emprende una actividad en el extranjero esperando obtener ciertos beneficios, corre inevitablemente algunos riesgos. La relación que se estableció en ese caso deriva del derecho privado. Ella está sometida en principio al derecho interno y limitada a aquel que realiza la inversión, por una parte, y al Estado en donde tiene lugar la inversión, por la otra. El Estado no puede responder frente a sus nacionales del daño causado por una nacionalización en sus inversiones o en sus actividades en el extranjero salvo que haya *contraído expresamente* tal compromiso —lo que es posible cuando un Estado desea, por ejemplo, fomentar la exportación de capitales y su inversión en el extranjero. Tales casos deben ser explícita y limitativamente previstos.

4. Podemos preguntarnos finalmente si el Estado está en posibilidad de invocar los derechos de su nacional, afectado por la nacionalización *a pesar de la voluntad de éste*.

La intervención del Estado en materia de nacionalización es susceptible de revestir, como lo dijimos en el párrafo precedente, una doble naturaleza. El Estado puede, con motivo de la nacionalización, ejercer su derecho fundamental en las relaciones internacionales de exigir el respeto en principio de los derechos y de la propiedad de sus nacionales, de insistir para que tal o cual actividad no les sea prohibida a éstos, etcétera. Pero el Estado cuyos nacionales han sido afectados en su propiedad privada o en sus actividades no puede hacer valer ninguna reclamación concreta sin que haya sido requerido para ello por los interesados. En tanto que el conflicto se refiera únicamente a los intereses privados de sus nacionales dañados por la nacionalización y que se encuentre dentro del campo de la propiedad y del derecho privados, no se podrá sostener razonablemente que el Estado, por propia iniciativa, pueda actuar fuera de los límites ya indicados o hacer valer o defender los intereses de su nacional a pesar de su voluntad.¹²¹ No se podría aceptar tampoco el punto de vista según el cual el extranjero afectado por la nacionalización y titular de la propiedad privada no puede renunciar a la intervención de su Estado en su favor, o a un trato privilegiado.¹²² En su esencia, la nacionalización, aunque siendo impersonal,

¹²⁰ Bindschedler, H. *Verstaatlichungsmassnahmen*, p. 110.

¹²¹ Ver opinión contraria: "Jessup (citado por Bindschedler, R. L. *Op. cit.*, p. 103) erwähnt sogar den umgekehrten Fall, wo der diplomatische Schutz gegen den Willen der Geschädigten gewährt wurde (amerikanische Missionare in China)."

¹²² Ver artículo 9 del "Proyecto definitivo de Resoluciones": "No les corresponde a los extranjeros renunciar de antemano al trato internacional" — Instituto de Derecho Internacional, *Anuario*, Sesión de Bath, 1950, p. 127.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

afecta en último análisis al derecho de propiedad privada de personas determinadas, derecho del que disponen estas últimas, conforme a la definición clásica, de manera “exclusiva” y “absoluta”. Aún si nosotros integramos un elemento social en ese derecho privado y absoluto para considerarlo como una relación entre el propietario, el objeto de la propiedad y la colectividad, el resultado no es diferente; en efecto, la pretensión de la colectividad de aparecer en la relación que la propiedad establece entre el propietario y el objeto de la propiedad concierne, principalmente si no es que exclusivamente, a la colectividad y al medio social del lugar en donde está situada la propiedad y en donde ella puede ejercer alguna influencia; ahora bien, este lugar es habitualmente el Estado en donde se localiza el interés y en donde se efectúa la nacionalización. Suponiendo que incluyéramos el medio del Estado del que es nacional la persona afectada por la nacionalización en la esfera del medio social susceptible de participar en dicha relación entre propietario y objeto de propiedad, el Estado en cuestión no podría sin embargo hacer valer espontáneamente, sin el asentimiento y menos todavía contra la voluntad del propietario, los derechos de propiedad de la persona dañada por la nacionalización. Su papel debería limitarse a defender la tesis esencial del respeto de su derecho fundamental a un trato no discriminatorio y a cuestiones de procedimiento. El derecho de propiedad sigue siendo, aun cuando comprende funciones sociales, un derecho individual del propietario desde el punto de vista del derecho privado interno e internacional y, en cierta medida, un derecho del hombre desde el punto de vista del derecho internacional público.¹²³

No sería posible admitir lo contrario, a saber que el Estado, cuyo nacional es afectado por la nacionalización, posee un derecho “propio” y “soberano” de intervenir y de reclamar una indemnización o un trato privilegiado sin el consentimiento o a pesar del propietario, y sostener simultáneamente, como ya lo vimos,¹²⁴ que el ciudadano no tiene un derecho de protección diplomática, es decir que el Estado no está obligado a encargarse de los intereses de sus nacionales, y que el otorgamiento de una protección diplomática es, en este caso, un derecho “discrecional” del Estado más no una de sus obligaciones respecto a sus nacionales. Eso conduciría, en caso dado, a una hipertrofia totalitaria de las funciones del Estado, así como a la negación de las prerrogativas más importantes de la propiedad, es decir el derecho del propietario a disponer del objeto de propiedad, de una manera si no exclusiva y absoluta, al menos preponderante.

¹²³ Wehberg, H., Instituto de Derecho Internacional, *Anuario*, Sesión de Bath, 1950, p. 109.

¹²⁴ Ver *supra*, p. 569.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

§ 4. *Inmunidad judicial del Estado*

1. En un pasado reciente, la participación del Estado en los intercambios económicos, en lo que se refiere concretamente al derecho procesal judicial, no planteaba ninguna dificultad para la doctrina jurídica tocante al derecho internacional.¹²⁵ La participación del Estado en los intercambios comerciales colocaba hasta entonces al derecho internacional, desde el punto de vista del procedimiento, en presencia de ciertas dudas, tratándose especialmente del problema de la inmunidad judicial del Estado (*par in parem non habet jurisdictionem*).¹²⁶ Es conocida a este respecto la discriminación que la doctrina y la jurisprudencia habían comenzado a establecer entre los actos del Estado realizados en ejecución de sus funciones de gobierno (*acta jure imperii*) y los actos del Estado de naturaleza económica o de negocios (*acta jure negotii* o *acta jure commercii*).¹²⁷

2. La estructura propia de las “empresas estatales”, que revela la existencia entre éstas y el Estado de un vínculo orgánico que aparece manifiestamente en las ideas y en los hechos,¹²⁸ llevará quizás a buscar igualmente, en el derecho procesal que rige los intercambios internacionales, una *identificación entre la personalidad y la responsabilidad* respectivamente del Estado y de las empresas estatales¹²⁹ o, al menos, a trazar una línea de demarcación entre el Estado considerado como una persona jurídica de derecho público y las empresas estatales como personas jurídicas distintas del Estado, encargadas de garantizar la totalidad o una parte esencial de los intercambios comerciales internacionales.¹³⁰ Podemos estimar que esta idea no es extraña al espíritu del artículo 13 del Proyecto de declaración de los derechos y obligaciones del Estado¹³¹ que estipula: “Todo Estado tiene el deber de ejecutar de buena fe las obligaciones nacidas de los tratados y demás fuentes de derecho internacional, y no puede invocar para faltar a ese deber,

¹²⁵ Katzarov, *Nouveaux Aspects de l'Immunité...*, pp. 429 y ss.

¹²⁶ Cheshire, G. C. *Op. cit.*, pp. 132-136. Fauchille, P. *Traité de Droit international public*, Paris, 1922, t. I, S. 1, pp. 666-667. Sack, A. I. *Immunité des Services publics d'un Etat étranger dans la Jurisprudence des U.S.A.*, *Journal de Droit international*, Paris, 1931, pp. 970 y ss. Scelle, G. *Cours de Droit international public*, Paris, 1948, pp. 791 y ss.

¹²⁷ Delbez, L. *Manuel de Droit international public*, Paris, 1948, p. 99. Spiropoulos, J. *Traité théorique et pratique de Droit international public*. Paris, 1933, pp. 135-137. Wolff, M. *Op. cit.*, pp. 55, 56.

¹²⁸ Ver *supra*, pp. 311, 324, 332.

¹²⁹ Gmur, E. A. *Zur Frage der gerichtlichen Immunität fremder Staaten und Staatsunternehmungen*, Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, t. VII, 1950, p. 75.

¹³⁰ Holland, D. C. *Diplomatic Immunity in English Law* (Current Legal Problems 1951), Londres, 1951, pp. 104-105.

¹³¹ *Reporte de la Comisión de Derecho internacional* sobre los trabajos de su primera sesión del 12 de abril al 9 de junio de 1949, Lake Success, 1949, p. 10.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

las disposiciones de su constitución o de su legislación." Es muy probable que uno de los elementos que se haya tenido en cuenta para la elaboración de este texto haya sido el estatuto de las empresas estatales en el derecho procesal internacional que estamos estudiando aquí.

Las dificultades que se presentarán en este nuevo planteamiento del problema de la participación del Estado en los intercambios comerciales internacionales con motivo de la solución de las cuestiones ligadas a la responsabilidad y a la inmunidad judicial del Estado en el derecho internacional se encuentran aún más agravadas por la circunstancia de que el derecho internacional contemporáneo ha abandonado ya, en gran medida, la tesis de que solamente los Estados pueden ser sujetos del derecho internacional;¹³² otra complicación proviene de la tendencia a atenuar, si no es que a suprimir la distinción fundamental clásica entre el derecho privado y el derecho público y a no oponerlos más entre sí. Por ello, el interés creciente que la doctrina contemporánea manifiesta por la inmunidad judicial del Estado en el derecho internacional no es debido al azar.¹³³

3. La teoría y la práctica de los últimos decenios tienden a incluir el problema de la inmunidad judicial del Estado dentro del marco siguiente: a) o el Estado interviene como persona jurídica de derecho público, cualesquiera que sean los motivos y los objetivos de su acción; o bien b) interviene en el ejercicio de su soberanía, pero en asuntos que derivan del derecho privado. Este último caso ha llevado a distinguir cuando el Estado actúa *jure imperii* o *jure gestionis*. Llegando a negar la inmunidad al Estado cuando actúa *jure gestionis*.¹³⁴ Si nos fundamos en estos datos, establecidos hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia respecto a la inmunidad judicial del Estado, nos encontraremos colocados en primer lugar, al examinar la actividad del Estado por mediación de las "empresas estatales", ante la alternativa: a) de considerar que el problema de la inmunidad judicial del Estado no depende de la situación de las empresas estatales ni está influido por esta última; lo

¹³² Sibert, M. *Op. cit.*, t. I, pp. 87 y ss.

¹³³ Ver especialmente: Fawcett, J. E. S. *Legal Aspects of State Trading*, pp. 34 y ss. Levin, D. B. *Inmunidad diplomática*, pp. 357 y ss. Niboyet, J. P. *Immunité de Jurisdiction et Incompétence d'Attribution*, *Revue critique de Droit international privé*, 1950, pp. 139 y ss.

¹³⁴ Pero ni la doctrina ni la práctica han llegado a un acuerdo unánime —ver Freyria, Ch. *Op. cit.*, p. 224: "Tal es el estado de la jurisprudencia francesa sobre el problema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. Su sola descripción muestra, hasta la evidencia, la grave incertidumbre que reina en la materia... y cuando se tratan de aplicar esas distinciones de principio, la incertidumbre es aún más grave: las divergencias profundas de la jurisprudencia, aún después de los más recientes fallos de la Corte de Casación, lo demuestran ampliamente." Wedderburn, K. W. *Sovereign Immunity of Foreign Public Corporations*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1957, núm. 2, p. 299.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

que equivale a separar completamente, en el derecho internacional público, al Estado sujeto del derecho internacional de las empresas estatales; b) o de considerar que en razón de la naturaleza particular determinada de las empresas estatales, su situación en el derecho internacional está vinculada a la del Estado, lo que equivale a admitir una identidad entre el Estado y las empresas estatales para el derecho internacional.

Tal simplificación del problema no es, sin embargo, plenamente satisfactoria.¹³⁵

4. ¿Podemos juzgar como convincente una solución que lleva a *dissociar completamente* al Estado de las empresas estatales en los intercambios económicos internacionales y, por lo tanto, en el derecho internacional?¹³⁶

Las empresas estatales son establecidas, modificadas y liquidadas por el Estado. Están administradas por órganos designados por el Estado, el que los controla desde el punto de vista disciplinario, civil y penal.¹³⁷ Dichas empresas no disponen a menudo de un patrimonio sino en una medida restringida. Su responsabilidad está limitada frecuentemente en proporciones que no corresponden a la importancia de las operaciones que están llamadas a efectuar.¹³⁸ El procedimiento de ejecución forzosa sólo les es aplicable formalmente; en realidad, se sustraen la mayor parte del tiempo a la acción de sus acreedores, con excepción del Estado. Ellas realizan su tarea dentro del marco del plan estatal. Y se llega a dudar de la validez de las transacciones que pudieran realizar al margen del plan.¹³⁹ Consideradas desde el extranjero, las empresas estatales no son de hecho, respecto a los intereses de los intercambios económicos internacionales, otra cosa sino el Estado ejerciendo su función de organizador y de animador principal o único de los intercambios comerciales. En su conjunto, las empresas estatales están por naturaleza muy próximas al Estado en tanto que explotador socialista.

Evidentemente es difícil establecer tanto en los intercambios económicos internacionales como en el derecho internacional una distinción estricta entre el Estado considerado como persona jurídica de derecho público, por una parte, y las empresas estatales que realizan y repre-

¹³⁵ Fawcett, J. E. S. *Legal Aspects of State Trading*, p. 34. Van Ryn, J. *Op. cit.*, p. 572: "Las empresas económicas estatales —cualquiera que sea su vestidura jurídica— no pueden ser simples personas de derecho público como las otras."

¹³⁶ Löwenfeld, E. H. *The Doctrine of Sovereign Immunity*, International Law Association, Copenhagen, 1950, p. 5. Savatier, R. *Travaux du Comité français*, p. 56: "Contra esas reclamaciones no pensamos que el Estado demandado pueda oponer la inmunidad de jurisdicción, porque demostraremos que ésta no parece abarcar a los establecimientos nacionalizados."

¹³⁷ Ver *supra*, pp. 328, 335-337.

¹³⁸ Ver *supra*, p. 327.

¹³⁹ Ver *supra*, pp. 436, 446.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

sentan una actividad, por la otra,¹⁴⁰ aunque, formal y teóricamente, sea concebible tal separación y esté establecida por textos explícitos del derecho interno.

5. Pero, por otra parte, sería muy difícil tratar de *identificar totalmente* a las empresas estatales con el Estado en el campo del derecho procesal internacional, sin ir en contra de los objetivos del legislador, quien se opone a ello con mucha firmeza.¹⁴¹ Semejante identificación contravendría igualmente algunos textos explícitos de la ley y, si admitiéramos a las disposiciones del derecho interno como base formal y rigurosa de nuestro juicio, deberíamos rechazarla.

Además, no se podría considerar resuelto el problema, aunque consideráramos posible el identificar a las empresas estatales con el Estado considerado como una persona jurídica de derecho público, en lo relativo especialmente a las transacciones celebradas por ellas en el extranjero.¹⁴² Nos encontraremos de nuevo, en este caso, en la necesidad de fijar la naturaleza de las actividades del Estado en los intercambios económicos internacionales, actividades realizadas por mediación de las empresas estatales. Las nacionalizaciones responden a móviles que no son únicamente de naturaleza económica.¹⁴³ Ellas están determinadas en gran parte por razones de orden moral y estatal. Descansan en la idea básica de que la colectividad debe ser la verdadera propietaria de los medios de producción y circulación, o al menos de los más importantes, llamados "medios-clave", de que debe realizar los intercambios económicos y cumplir con esta tarea según los conceptos socialistas, es decir en el interés colectivo y no en el privado. Esta manera de plantear el problema puede inclinarnos a pensar que los actos del Estado, y respectivamente de las empresas estatales, cuando se trata de realizar dichos intercambios económicos tanto en el país como en el extranjero, constituyen actos de gobierno —*acta jure imperii*¹⁴⁴—, y no tienden solamente a realizar una explotación, es decir a procurar una fuente durable de rentas, en otros términos, que no son *acta jure gestionis*.

Si es así, el problema de la inmunidad judicial del Estado en el derecho internacional sufrirá una regresión en su evolución actual. En efecto,

¹⁴⁰ Savatier, R. *Travaux du Comité français*, p. 59.

¹⁴¹ Ver *supra*, pp. 311 y ss., 325.

¹⁴² Niboyet, J. P. *Cours de Droit international privé...*, p. 325.

¹⁴³ Ver *supra*, pp. 33, 39.

¹⁴⁴ Fawcett, J. E. S. *Legal Aspects of State Trading*, p. 35: "...But the performance of a non-sovereign act, *jure gestionis*, may also be in the exercise of a public function." Ver igualmente Corte de Apelación de Poitiers (cámaras reunidas) 16.6.1949: "En vista de que no corresponde al derecho interno, sino al derecho de gentes, determinar en qué medida está sometido un Estado extranjero a la jurisdicción de otro Estado... el Estado, persona pública y moral, no puede nunca ir más allá de sus funciones; de que no puede desdoblarse; de que, haga lo que haga, tiene que apegarse al estricto ejercicio de sus funciones." Ver *Revue Critique de Droit International Privé*, 1951, núm. 4, pp. 660-662.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

después de haber pasado de la tesis en que el Estado goza siempre de la inmunidad judicial a la concepción según la cual se establece una distinción entre la naturaleza de los actos del Estado —*acta jure imperii* o *acta jure negotii*—, la situación creada por las empresas estatales nos llevará a la conclusión de que los actos *jure negotii* del Estado, en materia de nacionalización o de socialización de la vida económica, no son en realidad sino actos *jure imperii*. Como consecuencia de ello, deberíamos concluir que es necesario reconocer al Estado la inmunidad judicial en los casos más importantes de participación —directa o por mediación de las empresas estatales— en la vida económica internacional. Tal es el punto de vista que ha adoptado resueltamente la doctrina de la URSS¹⁴⁵ y que defiende con vigor,¹⁴⁶ aunque con un éxito no muy grande.¹⁴⁷ Sin embargo, aunque no nos hubiésemos adherido a la tesis de la inmunidad total del Estado “comerciante”, las particularidades que hemos expuesto a propósito de la actividad del Estado nos habrían obligado a admitir que, paralelamente a las dos hipótesis que hemos formulado en cuanto a las actividades del Estado capaces de plantear el problema de su inmunidad judicial, a saber la separación entre los actos del Estado *jure imperii* y los actos *juri negotii*, existe todavía una tercera posibilidad que resulta de la nacionalización: el Estado podría intervenir en actos comerciales o en actos considerados hasta ahora como derivados solamente del derecho privado de tal manera (según los conceptos socialistas), en tales proporciones (de manera preponderante y total) y con tales intenciones (con la conciencia de llenar una función social y no una función derivada del derecho privado),¹⁴⁸ que sus actividades comerciales o regidas por el derecho privado se aproximarían a sus acti-

¹⁴⁵ Levin, D. B. *Inmunidad diplomática*, p. 359.

¹⁴⁶ Freund, H. *Das Aussenhandelsmonopol*, pp. 22-23.

¹⁴⁷ Freund, H. *Das Aussenhandelsmonopol*, p. 22: “In ihren Abmachungen mit ausländischen Staaten hat die Sowjetunion stets mit grosser Zähigkeit die Anerkennung ihres Aussenhandelsmonopols durchzusetzen gewusst, doch ist es ihr nicht möglich gewesen alle Positionen zu halten.” Guggenheim, P. *Referat über Völkerrecht*, p. 137: “Am 17. März 1948 kam zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken ein Abkommen über die Handelsvertretung der Sowjetunion in Bern zustande. Gemäss Art. 3, Abs. I bildet die Handelsvertretung einen integrierenden Bestandteil der Gesandtschaft der URSS. in der Schweiz und hat ihren Sitz in Bern. Infolgedessen erstrecken sich der Gesandtschaft der Sowjetunion in der Schweiz gewährten Rechte und Vorrechte in gleicher Weise auf die Handelsvertretung.”

¹⁴⁸ Gmur, E. A. *Op. cit.*, p. 76: “Als weit brauchbareres Kriterium, um zu bestimmen, ob die dem Staat in mehr oder minder weitgehendem Masse zugestandene Immunität auch auf untergeordnete Körperschaften, Anstalten und Unternehmen auszudehnen sei, erscheint dasjenige der Befugnis zu befehlen und Erfüllungszwang zu üben...” “...es erscheint demnach als angezeigt, die Immunitätsfähigkeit auf jene Körperschaften, Anstalten usw. auszudehnen, welchen vom Staat ein Stück Befehlsgewalt delegiert ist.”

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

vidades de gobierno, se identificarían quizás con ellas, y constituirían por consiguiente *acta jure imperii*.¹⁴⁹

6. El problema de las responsabilidades y de la inmunidad del Estado con motivo de su participación en los intercambios económicos internacionales por mediación de las empresas estatales se complica todavía más, en lo relativo al procedimiento, como consecuencia de la distinción que conviene establecer entre la "inmunidad de jurisdicción" y la "incompetencia de atribución".¹⁵⁰ En virtud de la inmunidad de jurisdicción, las personas físicas o morales que gozan de ella no pueden ser juzgadas por los tribunales de otro país.¹⁵¹ Sin embargo, en el derecho interno de todos los países, un tribunal civil no puede conocer de la validez de un acto administrativo que deriva de un Consejo de Estado, (o de una alta corte administrativa), único capacitado para juzgar la administración del país.¹⁵² Eso significa que en ningún caso, salvo el de la inmunidad de jurisdicción, podría ser censurado el acto de función de una administración extranjera por una jurisdicción del país —por incompetencia de atribución.¹⁵³

Para las empresas estatales, este problema aparece de una manera muy clara. Hemos visto, en primer lugar, que las empresas estatales constituyen una especie de síntesis entre la personalidad jurídica de derecho público y la personalidad jurídica de derecho privado. Por otra parte, su actividad es una síntesis entre la actividad económica del Estado derivada del derecho privado y su actividad administrativa. Finalmente, la economía socializada, es decir la economía basada en el plan económico estatal, cuyo mecanismo está animado¹⁵⁴ por el Estado o por las "empresas estatales", suscita por su naturaleza una nueva manera de resolver los litigios.¹⁵⁵ En vista de que las empresas encargadas de realizar los intercambios económicos, aunque constituidas y organizadas por el Estado, están, por una parte, sometidas a los principios de la economía privada y, por otra parte, son erigidas en personas jurídicas distintas, ha sido indispensable crear una autoridad especial capaz de resolver los conflictos que pudieran surgir entre ellas, de oponerlas al Estado mismo, o a organismos del Estado. Esta institución procesal es

¹⁴⁹ Es menester citar aquí las dudas que se descubren en: *United Nations survey of international law in relation to the work of codification of the International Law Commission*, Lake Success, 1948, pp. 31 y 32: "A State which was engaged in commercial operation would of course be regarded as a private individual, but when the State was engaged in transactions affecting the very existence of the nation, the situation was not quite the same." Ver igualmente Katzarov, K. *L'Etat commerçant*, p. 33. Luchaire, Fr. *Op. cit.*, p. 253.

¹⁵⁰ Niboyet, J. P. *Immunité de Jurisdiction...*, p. 139.

¹⁵¹ Niboyet, J. P. *Idem*, p. 141.

¹⁵² Niboyet, J. P. *Idem*, p. 142.

¹⁵³ Niboyet, J. P. *Idem*, p. 143.

¹⁵⁴ Ver *supra*, pp. 430, 436.

¹⁵⁵ Ver *supra*, p. 447.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

conocida bajo el nombre de "arbitraje estatal".¹⁵⁶ Su competencia se extiende a la mayoría de los litigios patrimoniales contractuales, extra-contractuales y precontractuales derivados del derecho civil, surgidos entre las empresas y administraciones indicadas y el Estado.¹⁵⁷ El arbitraje estatal es una autoridad judicial enteramente nueva y sin precedente en el pasado; por su organización, competencia y naturaleza, se sitúa entre el "Consejo de Estado" o el tribunal administrativo y el tribunal civil ordinario, puesto que está esencialmente llamada a conocer de las controversias jurídicas civiles relacionadas con los bienes. Una institución procesal de este género sólo existe y es concebible o indispensable en aquellos países cuya economía está socializada por completo o de una manera preponderante. Es en cambio extraña a los Estados de economía liberal.

Por su naturaleza, ella plantea dificultades extraordinarias en materia de inmunidad judicial, porque, al problema de saber si las empresas estatales pueden someterse a la justicia de un tribunal extranjero, se agrega la imposibilidad de encontrar en el país extranjero una institución procesal con la competencia deseada para los casos previstos por el arbitraje estatal. Éste aparece como un tribunal administrativo más que civil y, por tal razón, no es posible que sea reemplazado por un tribunal extranjero. Por otra parte, como regla general, la mayoría de las veces no puede ser encontrado en el extranjero, por el hecho de que casi todos los Estados ignoran o no poseen tal procedimiento.¹⁵⁸ Por lo tanto, los actos de las empresas estatales, independientemente de la inmunidad judicial, no pueden ser juzgados por un tribunal extranjero en razón de su carácter de actos administrativos particulares, por una parte, y derivados del derecho privado, por la otra, además de que requieren de una autoridad que generalmente no existe en los demás Estados.¹⁵⁹

7. En conclusión, tenemos que señalar los siguientes puntos:

El Estado manifiesta cada vez más claramente y con mayor insistencia su deseo de realizar él mismo la totalidad o la mayoría de los intercambios comerciales internacionales. Pero el Estado trata de transferir esta actividad, considerable y de una importancia vital, a ciertos sujetos, servicios públicos personalizados y empresas estatales, de los que distingue cuidadosamente la personalidad, el patrimonio y la responsabilidad de los suyos y a quienes dota de una organización que le

¹⁵⁶ Ver *supra*, p. 450.

¹⁵⁷ Artículo 8 de la ley sobre el arbitraje de Estado del 31.5.1950 en Bulgaria: "Están sometidos al arbitraje estatal todos los litigios de naturaleza mobiliaria pre-contractuales, contractuales o extra-contractuales surgidos entre los organismos económicos y los servicios mencionados en el artículo 1." Ver *supra*, pp. 450 y ss.

¹⁵⁸ Freyria, Ch. *Op. cit.*, p. 462: "Las soluciones examinadas conducen a no atribuir a los tribunales franceses más competencia frente al Estado y a la administración extranjeros que la que tienen nuestros tribunales judiciales frente a la administración francesa."

¹⁵⁹ Dolle, H. *Op. cit.*, p. 93 (401).

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

permite conservar sobre ellos una influencia predominante. Por correcta que sea esta posición respecto al problema de la responsabilidad en relación con el derecho interno, hay que reconocer que no resulta tan satisfactoria para las relaciones internacionales y para el derecho internacional.¹⁶⁰ No se puede esperar que los intercambios internacionales y el derecho internacional acepten sin objeción una disociación íntegra y sin reserva entre el Estado y las empresas estatales nacionalizadas. Además el Estado está guiado por otras intenciones dentro de las actividades que desarrolla en relación con los intercambios comerciales: haciendo a un lado a veces los móviles puramente especulativos que tienden a la obtención de una ganancia, se deja guiar por las necesidades de la colectividad considerada como un todo. Eso nos ocasiona dificultades cuya solución por medio de la teoría es complicada e incierta, y lleva a una situación paradójica:

a) o admitimos la existencia de hecho de una *separación* entre el Estado y los sujetos distintos de él, por medio de los cuales participa en los intercambios económicos, acogiendo las consecuencias de esta aceptación. En este caso, el Estado no respondería de los compromisos de sus servicios personalizados y de las empresas estatales; no podría tampoco, en el ejercicio de esta actividad, invocar en su favor la inmunidad judicial,¹⁶¹ aunque la asumiera *jure imperii*. No es cómodo prácticamente adherirse a esta hipótesis en su resultado final en lo que se refiere a la responsabilidad, para los intercambios internacionales, y la inmunidad, para el Estado;

b) o *identificamos*, en los intercambios económicos internacionales, al Estado con sus servicios personalizados y con las empresas estatales; se deduce entonces que el Estado ha de responder de la actividad de esos servicios personalizados y de las empresas estatales,¹⁶² las cuales deberán gozar sin embargo de la inmunidad judicial. Pero esta hipótesis es tan difícilmente admisible como la precedente, tratándose de la responsabilidad, para el Estado, y de la inmunidad, para los intercambios económicos internacionales.

8. Vemos pues que la solución de los problemas que plantea la inmunidad judicial del Estado, en la situación presente, no es satisfactoria¹⁶³ y que deben ser buscados nuevos caminos para resolverlos.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Freyria, Ch. *Op. cit.*, p. 217. Loewenfeld, E. H. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁶¹ Savatier, R. *Travaux du Comité français*, p. 59. Shepard, P. *Sovereignty and State-Owned Commercial Entities*, New-York, 1951, p. v.

¹⁶² Niboyet, J. P. *Cours de Droit international privé...*, p. 325.

¹⁶³ Freyria, Ch. *Op. cit.*, p. 215: "La intervención creciente del Estado en la vida económica hacía necesario un empleo adecuado en la inmunidad de jurisdicción. Pero la dificultad era encontrar un criterio de los actos del Estado extranjero protegidos o no por la inmunidad." Shepard, P. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁴ Ver III Congreso de la Academia de Derecho Comparado, *Resoluciones...*, p. 545: "Sección iv, c. 4 — Inmunidad de jurisdicción de los Estados extran-

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

Ni la tesis relativa a la inmunidad total e ilimitada del Estado ni la que consiste en distinguir en las actividades del Estado los *acta jure imperii* de los *acta jure negotii* podrían convencernos en vista de la situación actual. Es por lo que la opinión de Fawcett no debe ser rechazada de inmediato, opinión que considera a la inmunidad del Estado, por regla general, como un anacronismo.¹⁶⁵ Es quizás por el mismo motivo que la comisión de derecho internacional de la ONU inscribió, en su relación, a la inmunidad judicial dentro de los principales problemas que conviene codificar, tarea a cargo de la Organización.¹⁶⁶ Por otra parte, nuestra época demuestra que posee un dinamismo desbordante y que todos los fenómenos de la vida social e internacional están sujetos a continuos y radicales cambios. Por lo que es poco probable que se encuentren rápidamente fórmulas adecuadas para regular el problema de la inmunidad judicial del Estado por medio de la jurisprudencia o del análisis jurídico.

Un medio más seguro y más prometedor consiste en tratar de resolver, *por acuerdos entre Estados*, las dificultades que plantea la nueva actitud del Estado frente a los intercambios económicos tratándose de definir su calidad de parte en los litigios. Las tentativas para celebrar tales acuerdos deben estar orientadas, desde el principio, hacia la creación de un *tribunal internacional permanente* que conozca de los asuntos civiles y mercantiles.¹⁶⁷

El problema del establecimiento de tal autoridad judicial internacional no es nuevo. Antes de la primera guerra mundial, se aceptaba como un axioma que los litigios, derivados del derecho privado y concernientes al Estado, no podían ser objeto de una acción salvo que ésta fuera intentada en el territorio del Estado-demandado. Sin embargo los tratados de paz que pusieron fin a la primera guerra mundial proporcionaron espontáneamente, como consecuencia de nuevas necesidades y de nuevas exigencias, los primeros ejemplos del abandono de esta regla al recurrir a organismos llamados "Tribunales mixtos de arbitraje", ante los cuales se renunció voluntariamente al principio de la inmunidad judicial del

jeros: "...3. La inmunidad de jurisdicción es una regla de práctica o política internacional, su fundamento es la cortesía internacional, la oportunidad y no la legalidad. Sus límites no pueden ser trazados de antemano ni tomar su lugar dentro de un marco rígido. Ellos cambian de acuerdo con la evolución social." *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1950, núm. 3.

¹⁶⁵ Fawcett, J.E.S. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁶ *Survey of international law to the work of codification of International Law Commission*. Memorandum submitted by the Secretary General, Lake Success, 1948, pp. 31-32. *United Nations report of the International Law Commission* covering the first session, 12 de abril a 9 de junio de 1949. *The American Journal of International Law*, 1950, vol. 44, núm. 1, documents, p. 6.

¹⁶⁷ Katzarov, K. *Nouveaux Aspects de l'Immunité...*, p. 443. Gmur, F. A. *Op. cit.*, p. 76.

Cuarta parte: DERECHO INTERNACIONAL

Estado.¹⁶⁸ En 1920, cuando fue elaborado el proyecto de estatuto del Tribunal permanente de justicia internacional, se había pedido —lo que finalmente no se adoptó— que la posibilidad de someter una causa individualmente a este tribunal fuese dada también a los particulares. En 1924, este tema se presentó en una forma más concreta en el congreso de la *International Law Association* celebrado en Estocolmo, en donde se propuso que fuera formado un tribunal internacional competente para los asuntos civiles y mercantiles.¹⁶⁹ En 1930, la Asamblea Nacional francesa aprobó una resolución en la que se invitaba al gobierno a celebrar negociaciones con otros gobiernos para que fueran establecidos algunos tribunales internacionales mixtos que pudieran conocer de litigios surgidos entre un Estado y los particulares, o entre particulares de Estados diferentes.¹⁷⁰ En 1934, finalmente, en el congreso de la *International Law Association* celebrado en Budapest, la delegación francesa presentó un proyecto de convenio que preveía la creación de un tribunal permanente de justicia internacional privada.¹⁷¹

Los problemas de un nuevo procedimiento, aparecidos en derecho internacional y resultantes de la intromisión cada vez más marcada del Estado en la vida económica internacional, ya directa, ya indirectamente, por mediación de sus servicios o de las empresas estatales constituidas por él, obligan a sentar sobre una base aún más amplia que antes los estudios tendientes a la creación de un tribunal de este género.¹⁷² De la misma manera que la salvaguardia de la paz y de la seguridad internacionales había conducido en los años 1907, 1919 y 1945 a la creación de la Corte permanente internacional de arbitraje y de la Corte internacional de justicia, de la misma manera que el respeto de los principios elementales humanitarios y morales en las relaciones internacionales había tomado forma en 1946, en Nuremberg, en la elaboración de un principio de justicia penal internacional, igualmente, quizás la participación directa e indirecta del Estado en los intercambios económicos internacionales, que se ha intensificado en el curso de los últimos años, apresurará también la solución práctica del problema relativo al establecimiento de una Corte civil internacional permanente.

¹⁶⁸ McNair-Lauterpacht. *Annual Digest of Public International Law Cases*, Londres, 1929, pp. 18-19. Scelle, G. *Cours de Droit international public*, p. 797. Carabiber, Ch. *L'Arbitrage international*, p. 243.

¹⁶⁹ International Law Association. *Report of the 38th. Conference*, p. 75.

¹⁷⁰ "Se invita al gobierno a entrar en negociaciones con los gobiernos de las potencias extranjeras con el fin de crear tribunales mixtos internacionales encargados de resolver los litigios que pueden surgir entre el Estado y los particulares, o entre los particulares de los Estados que hayan aceptado esta jurisdicción." Ver Lapie, P. *Tribunales mixtos de Derecho privado*, ponencia presentada a nombre de la Comisión especial de la sección francesa de la International Law Association, *Anuario 1936* p. 6.

¹⁷¹ International Law Association. *Report of the 39th. Conference*, pp. 71 y ss.

¹⁷² Carabiber, Ch. *Le Concepts des Immunités...*, pp. 492 y ss. Katzarov, K. *Nouveaux Aspects de l'Immunité...*, pp. 442-444.

TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

Lo ideal sería, en este caso, que la ONU asumiera la iniciativa de tal movimiento. El objetivo final será alcanzado cuando una autoridad judicial internacional permanente de la más alta concepción haya sido creada y comprenda, en sus tres subdivisiones, la competencia de la actual Corte internacional de justicia, de la Corte penal internacional y de una nueva Corte civil internacional.