

CAPÍTULO II

El Derecho Internacional Público vigente	24
1. Concepto de nacionalización	24
2. La nacionalización como instituto del Derecho Internacional Público	27
3. La nacionalización como manifestación de la soberanía estatal	28
4. Requisitos de una nacionalización	31
5. La indemnización en la nacionalización	33
6. Forma de pago de la indemnización	37
7. Efectos de una nacionalización irregular por lo que res- pecta al dominio	39
8. Valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas	43

CAPÍTULO II

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO VIGENTE

1. *Concepto de nacionalización*

Aun cuando el tema relativo a las reglas de Derecho Internacional Público aplicables a una nacionalización corresponde a un estudio separado,¹¹ es importante recordar aquí brevemente cuál es la actual condición de esta institución dentro de la rama jurídica señalada.

Insistimos en que se trata de recordar las reglas hoy vigentes, porque la nacionalización es una categoría jurídica nueva, nacida después de la Primera Guerra Mundial y desarrollada después de la segunda, que debe tenerse por esencialmente diversa de la tradicional “expropiación por causa de utilidad pública”,¹² noción con la cual sus enemigos se esfuerzan por confundirla. Por tratarse

¹¹ Ese estudio separado es el que hemos realizado antes en la obra indicada en la nota 8.

¹² La diferencia jurídica esencial entre nacionalización y expropiación por causa de utilidad pública es reconocida hoy en forma general por tratadistas de muy variada procedencia. Entre otros podemos citar a: S. Petren, en “La Confiscation des Biens étrangers et les Reclamations Internationales auxquelles elle peut donner lieu”, publicado en *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International* (en adelante, R. C. A. D. I.) año 1963, vol. II, pp. 494, 495, 536, 545 y 553; Suzanne Bastide, en “Les nationalisations et la propriété privée”, publicado en *Revue de Droit Contemporain*, Paris, Sirey, 1959, p. 109; C. Berzowski, en *La reconnaissance internationale des différents régimes de propriété*, Editions A. Pedone, Paris, 1961, p. 23; Charles de Visscher, en *Théories et Realités en Droit International Public*, 4ème édition, Paris, 1970, p. 219; Ahmed Sadeck El-Kocheri, en “Les nationalisations dans les pays du tiers monde devant le juge occidental”, publicado en *Revue Critique de Droit International Privé*, tome LVI, 1967, núm. 2, avril-juin, p. 250; Eugène Schaeffer, en el artículo “Nationalisation” de la *Encyclopedie Dalloz* 1968, números 1, 3 y 4, en la p. 346 de dicha enciclopedia; G. Fouilloux, en *La Nationalisation et le Droit International Public*, Paris, 1962, p. 152; Albert de La Pradelle, en “Effets Internationaux des Nationalisations”, Institut de Droit International, 1950, *Rapports et projets des résolutions*, pp. 28 y 87. Hasta en el proyecto sobre “Responsabilidad de los Estados por lesión a intereses económicos de extranjeros”, preparado por la Universidad de Harvard, publicado en *American Journal of International Law*, July 1961, vol. 55, núm. 3, se indican diferencias entre las tomas de propiedad que hace el Estado para ejecutar programas generales de reformas económicas y sociales y las expropiaciones corrientes. También la sentencia de 21 de agosto de 1959 dictada por el Oberlandgericht de Bremen en el caso del tabaco indonesio, según consta en la obra de M. Domke citada en la nota 5, deja constancia que existen nacionalizaciones que se apartan de las expropiaciones individuales de tipo convencional, porque tienen por objeto cambiar la estructura social del país.

de un concepto jurídico nuevo, no puede sostenerse que le sean aplicables antiguas normas jurídicas,¹³ anteriores a la década de los treinta y concebidas para aquella expropiación, según lo pretenden las naciones exportadoras de capital como una manera de disminuir riesgos para sus inversiones en el extranjero.¹⁴

La nacionalización surge en un mundo moderno compuesto por muchísimos (casi un centenar y medio) Estados que tienen entre sí marcadas diferencias políticas, jurídicas, económicas, sociales, religiosas y culturales; para buena parte de ellos la propiedad privada ha perdido su carácter inviolable y sagrado,¹⁵ porque por sobre el derecho del propietario particular se reconoce como preponderante la potestad del Estado para ordenar la economía nacional en forma que ella pueda satisfacer mejor los intereses de la colectividad a su cargo.¹⁶ Es un hecho que parte importante de Estados buscan en la propiedad colectiva de los medios de producción (a la que conduce la nacionalización) y no en la propiedad privada de ellos el sistema económico más apropiado para sus pueblos.¹⁷

Ésta es la razón por la cual el mayor número de los nuevos tratadistas de Derecho Internacional reconoce ahora que ya no es posible proclamar la existencia dentro de este derecho de una regla generalmente reconocida que establezca el respeto absoluto de la propiedad privada y de los derechos adquiridos de extranjeros.¹⁸ Y esto se ve confirmado por la posición de la mayor parte de los

¹³ Nicholas R. Doman, en "Postwar nationalization of foreign property in Europe", publicado en *Columbia Law Review*, vol. 48, 1948, p. 1128, expresa: "Las nacionalizaciones postbélicas significan un desarrollo revolucionario y sería fútil intentar asociarlas con viejos conceptos legales. En su lugar deberían ser vistas como cosas *sui generis* y ser tratadas consecuentemente."

¹⁴ Ver S. Petren, *op. cit.*, p. 553. Ver también la obra del autor, que se menciona en la nota 8, en pp. 44-51.

¹⁵ G. Fouilloux, *op. cit.*, p. 55, expresa que el derecho de propiedad no es ya inviolable y sagrado.

¹⁶ Mismo autor y obra citados en nota precedente, pp. 178, 179, 197, 198 y 199.

¹⁷ El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, considera que la propiedad puede ser individual o colectiva. Es esta última la que en los Estados socialistas corresponde a los recursos naturales y los medios de producción, según puede verse en C. Berezowski, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸ Con expresiones variadas muchos juristas comprueban este cambio, originado en nuevas concepciones y prácticas económico-sociales y, especialmente, en la propagación de las nacionalizaciones. Entre ellos podemos mencionar a: R. Sarraute y P. Tager, en "Hier et aujourd'hui. Les effets en France des nationalisations étrangères", publicado en *Journal de Droit International (Clunet)*, 1952, p. 520, los cuales dicen: "... en ninguna época de la historia moderna ha sido puesta tan a prueba la propiedad privada como después de la guerra de 1939": C. Berezowski, *op. cit.*, nota 12, p. 22, quien expresa: "sería un error sostener, en el

Estados del mundo, según puede apreciarse en votaciones muy recientes ocurridas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, a las que más adelante nos referiremos.

Por nacionalización debe entenderse un acto gubernativo de alto nivel, destinado a un mejor manejo de la economía nacional o a su restructuración, por el cual la propiedad privada sobre empresas de importancia¹⁹ es transformada de manera general e impersonal en propiedad colectiva y queda en el dominio del Estado (bien sea directamente, bien sea a través de órganos especiales que lo representan), a fin de que éste continúe la explotación de ellas según las exigencias del interés general.²⁰

estado actual del desarrollo de las relaciones internacionales y del derecho de gentes, que el principio de la inviolabilidad de la propiedad es reconocido generalmente"; Charles de Visscher, *op. cit.*, en nota 12, p. 217 y 218, quien señala que los principios relativos al respeto de la propiedad privada se debilitan y que las nacionalizaciones acarrearán una "serie de consecuencias que derogan gravemente al principio del respeto de los derechos de los extranjeros"; S. Petren, *op. cit.*, en nota 12, p. 27, el cual comprueba que la protección constitucional del derecho de propiedad privada se va haciendo "considerablemente más débil" que antes; F. Münch, en "Les Effets d'une Nationalisation á l'étranger", publicado en R. C. A. D. I., 1959, vol. III, p. 10, quien admite que existen medidas en contra de la propiedad que aparecen como "una derogación al derecho común y tradicional que, en los países civilizados hasta la Primera Guerra Mundial, estaba basado en la propiedad individual y le daba serias garantías"; G. Fouilloux, *op. cit.*, nota 12, p. 85, el cual afirma que "desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la libertad de apropiación individual y la propiedad privada están en todas partes en retroceso de una manera indiscutible"; B. Chenot, en *Organisation Économique de l'Etat*, Dalloz, 1965, Paris, p. 364, quien asevera que "la noción de propiedad... no es más el derecho inviolable y sagrado, anterior y superior al Estado, que no cedería sino por excepción a las exigencias del interés público mediante una justa y previa indemnización"; E. Jiménez de Aréchaga, en "Fundamentos del Deber de Compensar las Nacionalizaciones de Propiedades Extranjeras", publicado en *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, año 1962, p. 64, conclusión 6, el que dice que "no es posible proclamar conforme al Derecho Internacional general o común la existencia de una regla que establezca el respeto de la propiedad privada, desde que éste no es ya un principio general de derecho reconocido hoy por los Estados civilizados"; y L. Focsaneanu, en "Les conséquences internationales des nationalisations", publicado en *Politique Etrangere*, 1953, pp. 35 y ss., quien expresa que las medidas de nacionalización han traído consigo "el derrumbe del principio del respeto de los derechos adquiridos".

¹⁹ El hecho de que la nacionalización recaerá sobre empresas, como unidades de producción, o sobre el conjunto de bienes que las conforman, aparece señalado por numerosos autores modernos, entre ellos: Suzanne Bastide, *op. cit.*, en nota 12, p. 102; Henri Batiffol, en "Problèmes Actuels des Nationalisations en Droit International Privé", publicado en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1962-1964, pp. 173-193, en la p. 174; B. Chenot, *op. cit.*, en nota 18, p. 367; Yvon Loussouarn, en "Le sort du passif des entreprises francaises victimes des mesures de dépossession algériennes", publicado en *Juris Classeur Périodique*, de 1968, vol. I, núm. 2140, párrafos 21 y 54; y A. S. El-Kocheri, *op. cit.*, en nota 12, pp. 250 y 263.

²⁰ E. Novoa Monreal, *op. cit.*, en nota 8, p. 50.

2. *La nacionalización como instituto del Derecho Internacional Público*

Una de las más importantes características de esta nueva institución jurídica moderna que es la nacionalización es que ella se inscribe de lleno en el campo del Derecho Internacional Público. Esta circunstancia permitirá deducir más adelante muy importantes consecuencias que favorecen al Estado que nacionaliza, por lo que debe ser cuidadosamente retenida.

Ya el concepto mismo de nacionalización consignado al fin del párrafo precedente recalca que ella consiste en “un acto gubernativo de alto nivel”, que se dirige a cubrir “las exigencias de interés general”²¹ y que se cumple mediante una modificación importante de la estructura económica del país. Todo ello denota un contenido que sobrepasa largamente un enfoque de Derecho Privado, apto para considerar únicamente situaciones, medidas o problemas que toquen al interés de los particulares.

Un conjunto de resoluciones de la mayor importancia, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas con abrumadoras mayorías, confirma que la nacionalización entra de lleno en el campo del Derecho Internacional Público.

La Resolución 1803 (xvii), de 14 de diciembre de 1962, la considera como un derecho del Estado, directamente vinculado a su facultad de libre determinación y de independencia económica, ligándola al “derecho que tienen los pueblos y las naciones de disponer de sí mismas”.

La Resolución 3171 (xxviii), de 17 de diciembre de 1973, es más explícita aún, pues la mira como un derecho inalienable de cada Estado y entrega a éste la plenitud de la potestad para decidirla, fijar sus condiciones y resolver las controversias que origine.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Resolución 3281 (xxix), aprobada por dicha Asamblea General el 12 de diciembre de 1974, la sitúa indiscutiblemente en el campo del Derecho Internacional Público, porque: *a*) esa Carta constituye por sí misma un instrumento de regulación de la conducta de los Estados en relación con otros Estados; *b*) tiene como antecedente un Programa de Acción sobre el Establecimiento de

²¹ Ch. de Visscher, *op. cit.*, nota 12, p. 216; dice que las razones que inspiran a las nacionalizaciones son variadas, “pero todas se vinculan, en el espíritu de quienes las dictan, al interés superior de la colectividad”. Por su parte E. Schaeffer, en *op. cit.*, en la misma nota, párrafo 4, manifiesta que “la nacionalización tiene un fin económico, es decir social, y de política general (operación de “alta política” según el proyecto definitivo de De La Pradelle...)”.

un Nuevo Orden Económico Internacional (Resolución 3202, de 18 de mayo de 1974); c) se basa en “la igualdad soberana, el beneficio mutuo y equitativo y la estrecha interrelación de los intereses de todos los Estados”, como asimismo, en “el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones y la realización de la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico y social”, conceptos todos que pertenecen al Derecho Internacional Público; d) sienta como fundamento de sus preceptos, principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados, de no agresión y no intervención, de coexistencia pacífica, de igualdad de derecho y libre determinación de los pueblos, etcétera, todos los cuales pertenecen también a la mencionada rama jurídica; e) señala a la nacionalización como un derecho del Estado como tal; f) dispone que el Estado que nacionaliza tiene libertad para considerar las circunstancias que han de influir en el monto de la indemnización; g) admite que las controversias que suscite una nacionalización deben ser resueltas “conforme a las leyes nacionales del Estado que nacionaliza y por sus tribunales...”

Después de la aprobación de esta Carta por 120 votos a favor, 6 en contra y 10 abstenciones, no podrá discutirse la naturaleza pública del acto de nacionalización y su consiguiente y exclusiva subordinación a las reglas jurídicas públicas.

Podría sostenerse que los términos de todas las resoluciones internacionales que se han citado son aplicables tan sólo a las nacionalizaciones que afectan específicamente a recursos naturales y no a las nacionalizaciones en general. En el párrafo siguiente podremos verificar que aunque los dos primeros de esos instrumentos se refieren a los recursos naturales y a la soberanía permanente que sobre ellos tienen los Estados, su fundamento es más amplio y se apoya en la libertad de cada país para decidir sobre su organización económica y su sistema político y social. Por su parte la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, deja expresa constancia del derecho de cada Estado a resolver soberanamente sobre tales aspectos.

3. La nacionalización como manifestación de la soberanía estatal

La más importante razón que sitúa a la nacionalización en el campo del derecho público consiste en que ella corresponde al ejercicio de la potestad general del Estado de regir en forma autónoma e independiente su propia organización y la sociedad civil que le

está subordinada, dentro de los límites que le marca su propio territorio.²² Se trata de ese poder supremo que algunos denominan la soberanía del Estado.²³ En ejercicio de esa potestad el Estado crea y garantiza el derecho positivo que ha de imperar dentro del país.

Es precisamente esa condición de soberanos que tienen los Estados, con plena atribución de decisión, acción y mando, lo que hace que en el mundo aparezca una pluralidad de voluntades soberanas sin las cuales el Derecho Internacional es impensable.²⁴ De allí que esa suprema potestad decisoria y efectiva del Estado se proyecte al interior del mismo como poder de mando y también al exterior, como presupuesto ineludible de un Derecho Internacional Público.

La Carta de las Naciones Unidas coloca a la igualdad, a la independencia y a la soberanía de los Estados como el cimiento de la organización jurídica actual de la comunidad internacional de naciones.²⁵

Ya en 1922, el 6 de enero, la conocida Declaración de Cannes sentó que "las naciones no pueden, de ninguna manera, invocar el derecho de dictarse las unas a las otras los principios sobre los cuales deben estar fundadas las reglas aplicables en materia de propiedad, de economía interna y de gobierno",²⁶ lo cual impor-

²² Según C. Berezowski, *op. cit.*, en la nota 12, p. 24, "en la doctrina de los países no socialistas se acepta como principio incontestable que un Estado es libre de disponer sobre su territorio del derecho de propiedad, opinión que comparte I. Seidl-Hohenveldern, en *Internationales Konfiscations und Enteignungsrecht*, Tübingen, 1952, p. 7. Según Berezowski, cada Estado posee el derecho de nacionalizar, derecho que deriva del principio de igualdad soberana.

²³ En el informe final, de 17 de abril de 1942, emitido por la Comisión Mixta de Expertos Estados Unidos-México acerca de la nacionalización mexicana del petróleo se afirma que "la expropiación (debiera decir nacionalización) y el ejercicio del derecho de dominio eminente en virtud de las constituciones y leyes respectivas de México y Estados Unidos, son una característica reconocida de la soberanía de todos los Estados".

R. Savatier, en su nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 5 de marzo de 1928 (caso la Ropit), opina que "los decretos de nacionalización son actos de soberanía y no actos de gestión patrimonial".

²⁴ Cfr. Peter Behrens, en "Rechtsfragen im Chilenischen Kupferstreit. Eine Fallstudie", publicada en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 37 Jahrgang, 1973, Heft. 2-3, p. 404.

En apoyo de la teoría consensual como base del derecho internacional, a falta de una instancia supramundial situada por sobre los Estados, ver el caso Lotus, fallado en 1927 por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

²⁵ Carta de Naciones Unidas, arts. 1, 2 y 55. Ver también la Resolución núm. 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, de la Asamblea General de esa Organización.

²⁶ Ver Saxon Mills, *The Genoa Conference*, p. 12 (extracto de trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, diciembre, A/CN 4/1952, anexo II).

taba una explícita admisión del poder de cada Estado de dar las reglas jurídicas que estimara adecuadas en esas materias, sin tener que considerar objeciones o reparos que procedieran de otros Estados.²⁷

Las Resoluciones 1803 (xvii) y 3171 (xxviii) de Naciones Unidas, presuponen la plena soberanía de todos los Estados, su facultad de libre determinación, su poder de completa independencia económica y el derecho a su desarrollo económico por medio de la modificación de su estructura interna y la adopción del sistema económico y social que libremente consideren más favorable para ese desarrollo.

En el artículo 1º de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados se dispone que: "Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin ingerencia, coacción ni amenaza externas de ninguna clase."²⁸ Y en el artículo 2 se reconoce a todo Estado el ejercicio libre de soberanía plena y permanente sobre la posesión, uso y disposición de toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas, con una amplitud total que evidentemente sobrepasa los linderos de los puros recursos naturales, puesto que llega hasta a "reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones

²⁷ Rudolf Bystricky en su ponencia al VI Congreso de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas celebrado en Bruselas en 1956, decía: "resulta de la noción de soberanía que cada Estado tiene el derecho de reglar, según lo entiende, las condiciones económicas y sociales en su territorio... Siendo iguales en soberanía los Estados, es al derecho interno y no al Derecho de Gentes al que corresponde reglar las relaciones de propiedad", A. I. J. D., *Trabajos de la Comisión de Derecho Internacional Privado*, Bruselas, 1956.

En el Coloquio de Roma, organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, en 1958, bajo los auspicios de la UNESCO, el relator general Manfred Lachs expresó: "una legislación soberana puede determinar la extensión de las atribuciones en el campo de la propiedad privada, puede eliminar de la circulación diversas clases de objetos y dejarlos como *res extra commercium*, puede también hacer de las riquezas naturales y de los recursos del país la propiedad de la nación". R. I. D. C., 1958, pp. 378 y 379.

²⁸ Este principio fue acogido también por el Congreso de Helsinki, celebrado en los últimos días de julio y primeros de agosto de 1975 en la capital de Finlandia, con asistencia de todas las naciones europeas con la sola excepción de Albania y, además, de Estados Unidos y Canadá. Para muchos entendidos, este Congreso es el más importante que haya habido en el orden internacional desde 1815, en que se celebró el Congreso de Viena. Según los informes de prensa, el Congreso de Helsinki aprobó que: "en virtud del principio de igualdad de derecho de los pueblos y del derecho que éstos tienen a disponer de sí mismos, todos los pueblos tienen siempre el derecho, en completa libertad, de determinar, cuando y como lo deseen, su estatuto político interno y exterior, sin ingerencia externa, y proseguir a su manera el desarrollo político, económico, social y cultural".

extranjeras dentro de su jurisdicción nacional . . . ” y hasta la nacionalización de la propiedad de bienes extranjeros.²⁹

No puede haber, por ello, duda alguna acerca de que un Estado soberano tiene la plena atribución de dictar las leyes internas que estime convenientes en materia de régimen de propiedad, organización económica y sistema de inversiones, y que esas leyes alcanzan también con su efecto a los bienes extranjeros situados dentro de su territorio.³⁰ Esto como ejercicio libre de su soberanía y en uso de una potestad que solamente puede ser regida por el Derecho Público, sea éste nacional o internacional. Por consiguiente, el derecho del Estado para nacionalizar bienes extranjeros se inscribe abiertamente en el campo del Derecho Público.

4. Requisitos de una nacionalización

El fundamento jurídico de una nacionalización deriva de la potestad soberana que tiene el Estado para adoptar dentro de su territorio todas las medidas que exige el mejor gobierno de la comunidad humana de la cual el Estado es la expresión jurídicamente organizada.³¹ Esa potestad la ejerce el Estado, desde el plano internacional, libremente. Basta que él estime que una nacionalización de bienes de extranjeros es conveniente para el bienestar de su pueblo para que tenga la facultad de disponerla.³²

²⁹ La carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados fue aprobada como Resolución núm. 3281 (XXIX) por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 1974.

³⁰ C. Berezowski, *op. cit.*, nota 12, p. 22, dice: “del hecho del reconocimiento recíproco de diferentes regímenes de propiedad se puede deducir que, desde el punto de vista internacional, cada Estado es libre de reglamentar el derecho de propiedad, de restringirlo y aun de suprimirlo”. Y P. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 402, explica que hay unanimidad acerca de que el Estado puede estatizar el patrimonio de personas privadas de cualquier clase, aunque sean extranjeras y cita en apoyo de esta aseveración, entre otros autores, a I. Seidl-Hohenveldern, en *Völkerrecht*, 2ª edición, 1969, p. 1069, y a Hyde, en “Permanent Sovereignty over natural wealth and resources”, A. J. I. L., vol. 50, 1956, pp. 854-862.

³¹ Ver mismos autores y obras citados en la nota precedente. Para C. Berezowski el derecho de nacionalizar deriva del principio de la igualdad soberana, p. 24. Para Behrens, ella es un atributo de la soberanía del Estado, p. 402.

³² Ch. de Visscher, *op. cit.*, nota 12, p. 216, expresa que las nacionalizaciones tienden a organizar la vida económica en un plan nacional, pero que, sean cuales fueren las razones que las inspiran, “los gobernantes son los únicos jueces de ellas”.

Según el Tribunal de Roma mencionado en la nota 5, el tribunal del foto que conoce de un reclamo respecto de bienes que fueron objeto de nacionalización por un gobierno extranjero, no puede indagar sobre los eventuales motivos del legislador extranjero, internos, subjetivos, no revelados por el texto legislativo y en contradicción con los datos objetivos.

Tousecoz, *op. cit.*, nota 7, p. 496, reconoce en forma expresa que el Estado tiene un poder discrecional para nacionalizar.

H. Rolin sugería para el proyecto del Instituto de Derecho Internacional sobre

Pero el que su potestad sea discrecional, en cuanto a que la apreciación que determina su ejercicio no está sujeta a reglas pre-establecidas, no significa que pueda llegar a lo arbitrario. El Estado puede disponer una nacionalización en tanto con ello decida un medio apropiado para satisfacer las necesidades económicas y sociales de su comunidad, pero no puede valerse de ella para fines que no son propios de la institución, como sería tomar represalia o perseguir injustamente y fuera de procedimientos regulares a los propietarios afectados. Por consiguiente, una nacionalización cuya finalidad propia de bien público sea distorsionada para buscar a través suyo objetivos diversos o injustos, no es sino una apariencia de nacionalización que no puede ser tenida como un acto de soberanía regular y debidamente ejercitado. Tampoco puede admitirse una nacionalización que sea discriminatoria en contra de los extranjeros, por el solo hecho de serlo.³³

nacionalizaciones un precepto que dijera: "Corresponde a cada Estado apreciar libremente, ajeno a toda presión exterior, si el interés público exige nacionalizaciones" ("Rapport et projet de résolutions de l'Institut de Droit International", *Annuaire*, 1950, vol. 43, p. 59).

³³ Según Ch. de Visscher, en su misma obra indicada en la nota anterior, no hay nacionalización, sino apropiación ilícita y enriquecimiento injusto cuando, a despecho de ciertas apariencias, las medidas dictadas respecto de extranjeros no tienen relación con los fines de utilidad pública que podrían justificarlas. Y agrega: "tal sería el caso si apareciera que estas medidas, en lugar de entrar en el cuadro de una reforma de estructura o de utilidad general, han sido determinadas por un sentimiento de xenofobia o con el fin de ejercer presión política sobre el Estado al cual pertenecen los extranjeros que son sus víctimas", p. 216.

P. Behrens menciona la opinión de Alenfeld acerca de que si toda una rama de industrias de un país se halla en manos de extranjeros de una misma nacionalidad no podrían dictarse a su respecto medidas de nacionalización; pero Behrens manifiesta una opinión contraria en este punto, pues, a su juicio, la prohibición de discriminación ha de entenderse como una prohibición de arbitrariedad y ésta no existiría si un Estado quiere nacionalizar, en tal caso, por exigencias de bien público, toda esa rama. *Op. cit.*, nota 24, pp. 407 y 408.

También El-Kocheri se ocupa de las nacionalizaciones que se dirigen contra propietarios de la misma nacionalidad, cosa que ocurre especialmente en países colonizados que han recuperado su independencia y concluye que "poner término a la situación privilegiada del país colonizador por medio de nacionalizaciones no es una discriminación, sino la forma de romper una desigualdad rota anteriormente en favor de la antigua metrópoli". *Op. cit.*, nota 12, p. 260.

En el caso del tabaco indonesio, los tribunales holandeses estimaron que la nacionalización era discriminatoria, pues se decretaba para apoyar las pretensiones sobre Nueva Guinea Occidental rechazadas por Holanda y se dirigía exclusivamente contra empresas holandesas. Los tribunales alemanes, conociendo de un caso enteramente análogo, no consideraron, por el contrario, que en este caso hubiera una violación del principio de igualdad, pues "igualdad significa solamente que los iguales deben ser tratados igualmente y que trato diferente para desiguales es admisible" y basta "que la actitud de los antiguos pueblos colonizados sea diferente en relación con sus antiguos amos coloniales en comparación con otros extranjeros" (ver sentencias de los tribunales de Amsterdam y de Bremen, respectivamente, en el trabajo de M. Domke que se cita en la nota 5).

En consecuencia, una nacionalización regular y legítimamente dispuesta desde el punto de vista del actual Derecho Internacional, presupone que ha sido decidida por finalidades de alto interés público; además, no debe ser discriminatoria para los extranjeros. Cumplido esto, la nacionalización no puede ser impugnada.

Juristas que apoyan las desvanecidas tesis de los países exportadores de capital agregan a lo anterior que la nacionalización necesita contemplar el pago de una determinada indemnización en favor del propietario de los bienes que son objeto de la nacionalización. Este aspecto será tratado en el párrafo siguiente.

5. La indemnización en la nacionalización

En lo concerniente a pago de indemnización, las prácticas internacionales, las tesis de los Estados y las opiniones de los tratadistas difieren mucho.

Las nacionalizaciones soviéticas se realizaron sin pago alguno y muchas de ellas fueron reconocidas por los tribunales occidentales. La enorme mayoría de las nacionalizaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial tuvieron lugar mediante el pago de indemnizaciones exiguas, incluso algunas que fueron dispuestas en países capitalistas como Gran Bretaña y Francia.³⁴ El que en numerosas oportunidades se haya llegado a acuerdos de pago de Estado a Estado para resolver las discrepancias producidas, no añade mucho en sentido jurídico, porque esos pagos tampoco alcanzaron al valor de los bienes afectados y se cumplieron por el país nacionalizador sin reconocer obligación jurídica de cubrirlos y solamente como manera de normalizar relaciones comerciales o políticas estimadas indispensables.³⁵

La URSS y los países socialistas han sostenido en las discusiones de las Naciones Unidas que “el Derecho Internacional no prevé ninguna indemnización obligatoria” cuando se trata de una nacionalización de bienes de extranjeros y que el pago de ella debe ser decidido con arreglo a la legislación nacional que adopta la medida, porque “toda restricción al derecho de nacionalizar limita

³⁴ Se refieren a lo disminuido del pago en el caso de las nacionalizaciones británicas y francesas, entre otros, los autores siguientes: Konstantin Katzarov, en *Théorie de la Nationalisation*, Neuchatel, 1960, pp. 417 y 418; G. Fouilloux, *op. cit.*, nota 12, p. 426; B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, párrafos 432 a 437, pp. 374-377; R. Bindschedler, en “La Protection de la Propriété Privé en Droit International Public”, publicado en R. C. A. D. I., año 1956, vol. II, p. 252, y Georges Ripert, en *Le Déclin du Droit*, Paris, 1949, párrafo 67, pp. 210 a 214.

³⁵ Ver: Eduardo Novoa Monreal, *op. cit.*, nota 8, pp. 38 y 39.

el principio de soberanía . . ." Esta tesis se impuso el 17 de diciembre de 1973, al aprobarse por 108 votos a favor, uno en contra (Reino Unido) y 16 abstenciones (entre ellas, las de los Estados Unidos, Alemania Federal, Francia, Italia y Japón) por la XXVIII Asamblea General de las Naciones Unidas el texto de la Resolución 3171, en la que se acepta la nacionalización como expresión de la soberanía de los Estados, mediante una indemnización que no es obligatoria sino solamente posible, la cual será determinada en su monto y modalidades de pago por el Estado que nacionaliza.

En cuanto a los internacionalistas más reputados, hay algunos que desde antiguo afirman que es el Estado que nacionaliza el que decide soberanamente si debe pagarse indemnización.³⁶ Otros afirman que debe contemplarse el pago de una indemnización, pero que ésta no necesita ser completa, por no existir regla de Derecho Internacional que establezca su monto.³⁷ Hoy día son los menos los que se pliegan a la tesis norteamericana de que una nacionalización exige el pago de una indemnización "pronta, justa y efectiva".

Muy importantes tratadistas, tomando en cuenta las condiciones en que actualmente se impone a los Estados la necesidad de las nacionalizaciones, llegan a la conclusión de que si se exigiera un pago total de los bienes nacionalizados, los países que por sus deficientes condiciones económicas reclaman la medida, no estarían en la posibilidad de adoptarla.³⁸ Por esto piensan que un

³⁶ Fischer-Williams, en "International Law and Property of Aliens", British Year Book of I. L., 1928, pp. 1 y ss.

Hay otros autores que piensan que el único límite del derecho del Estado de expropiar bienes de extranjeros, conforme al Derecho Internacional, está en que no deje a éstos en condición inferior a los nacionales que pueden ser afectados, según puede verse en Strupp, en *Das Völkerrechtliche Delikt*, Stuttgart, 1920, pp. 118 y ss.; Phillimore, en "Droits et Devoirs des États", publicado en R. C. A. D. I., 1923, p. 65; Weiss, en *Manuel de Droit International Privé*, 8^{ème} édition, p. 526; Marburg, en *Wörterbuch des Völkerrechts*, III, pp. 824, 829 y 1123, y ss.; Friedmann, en *Expropriation in International Law*, London, 1953, pp. 220 y ss. Es también la opinión de los juristas Bartin, Barthélemy, Rolin, Descamps, Sibert y Duguit, con motivo del estudio que hicieron a pedido del gobierno de Rumania sobre la reforma agraria implantada en ese país y que fue publicado como un conjunto de trabajos con el nombre de *La Réforme Agricole en Roumanie*.

³⁷ La gran mayoría de los estudiosos del Derecho Internacional actuales están en esta posición, según puede leerse respecto de G. White, A. de La Pradelle, Ch. de Visscher, L. Delbez, Ch. Chaumont, L. Oppenheim, P. Guggenheim, G. Fouilloux, H. Rolin, H. Lauterpacht, Kaeckenbeek, De Nova y otros autores en nuestra obra citada en la nota 8, en sus pp. 90-93.

³⁸ Louis B. Sohn, en *Proceedings*, A. J. I. L., 1960, p. 112, sostiene que la tesis norteamericana de un pago total apoya implícitamente la revolución, por el hecho de que un país pobre que necesita hacer reformas sociales no tiene la posi-

pago total no puede ser señalado como un requisito indispensable³⁹ y que serán las posibilidades económicas del Estado nacionalizador más que el monto del perjuicio causado al particular las que deberán ser consideradas en la determinación del monto.⁴⁰

bilidad de pagar una indemnización pronta y adecuada por los bienes incautados a inversionistas extranjeros en el proceso de reforma de la propiedad de la tierra. Con este fundamento recomienda una "transacción" que elimine la inconsecuencia y que permita acuerdos para el pago de compensaciones según las condiciones financieras del país. Ese criterio del profesor de Harvard se exterioriza en el proyecto sobre responsabilidad de los Estados por lesión a intereses económicos de extranjeros, que preparó la Escuela de Derecho de Harvard y que publican dicho profesor Sohn y Richard R. Baxter en *The American Journal of International Law* (A. J. I. L.) de julio de 1961, vol. 55, núm. 3.

A. de La Pradelle, en su trabajo citado en la nota 12, sostiene que una nacionalización, a la que distingue jurídicamente de una mera expropiación por causa de utilidad pública, sería prohibitiva si exigiera una indemnización justa y previa al igual que esta expropiación; por ello postula que basta una indemnización basada en las posibilidades del deudor (el Estado que nacionaliza), razonablemente consideradas, con un pago escalonado dentro de un plazo normal.

También H. Rolin, en "Avis sur la validité des mesures de nationalisation décrétées par le gouvernement indonésien", publicado en *N. T. V. I. R.*, 1959, pp. 260-277, afirma que el monto de la indemnización por una nacionalización depende de las posibilidades financieras del Estado nacionalizador.

R. de Nova, en "L'esproprio in diritto internazionale", publicado en *Il Politico*, 1953, pp. 261-274, opina que cuando se trata de la ejecución de un vasto programa de reforma social y las condiciones financieras del Estado expropiante son tales que solamente permiten el pago de una indemnización más limitada en su monto, la reducción puede ser considerada, como asimismo, puede graduársela en el tiempo.

P. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 430, explica que según la jurisprudencia alemana que cita, "la indemnización por expropiación debe ser el resultado de un balanceo de intereses y no de un mero reconocimiento unilateral de los intereses del afectado ni tampoco del solo reconocimiento de los intereses de la colectividad", lo que resulta de interpretar la Constitución alemana como ajena a la imposición de una indemnización rígida, orientada sólo por el valor de mercado. Esto hace improcedente el pago de un equivalente del total de lo que se ha tomado al expropiado y permite al legislador, según las circunstancias, fijar una indemnización total pero también una que no alcance el pleno valor.

El Oberlandgericht de Bremen, en sentencia de 21 de agosto de 1959, comentada por M. Domke en su obra citada en la nota 5, expone que cuando se trata de una expropiación realizada por una antigua colonia después de su independencia, con el objeto de cambiar su estructura social, bajo la forma de una expropiación general, la indemnización debe ser regulada de acuerdo "con las condiciones reinantes en el Estado expropiante", puesto que "a los países subdesarrollados debe ser otorgárseles la posibilidad de usar sus propios recursos naturales".

³⁹ El análisis del tema de la obligación de indemnizar no ha sido estudiado todavía de manera exhaustiva a la luz de los principios del "estado de necesidad", aspecto que ciertamente es muy pertinente desde el punto de vista del Estado que nacionaliza. Puede recordarse que en el caso "Lipke", el tribunal de primera instancia de Berlín expresó: "una expropiación sin indemnización hecha a ciudadanos en provecho del Estado, en tiempo de guerra o en presencia de un estado de necesidad, no puede ser considerada como contraria a las buenas costumbres en general, según la concepción del derecho alemán" (ver: *Clunet*, 1929, p. 184).

⁴⁰ No consideramos, en este momento, la posibilidad de que el Estado que nacionaliza reduzca el monto de la indemnización que va a pagar invocando cré-

Este parece haber sido el criterio predominante en los redactores de los términos definitivos en que quedó concebido el precepto de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados concerniente a nacionalización, porque en él se consigna una obligación de pagar indemnización "apropiada" (expresión lo bastante fluida como para no determinar un monto obligatorio), pero la determinación de ese monto la hará el Estado "teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que... considere pertinentes".

Ante tanta divergencia en las prácticas, las tesis de los diferentes Estados y el criterio de importantes tratadistas es perfectamente ajustado a la lógica jurídica concluir, que si bien el Derecho Internacional vigente reconoce el derecho de los Estados de nacionalizar, no contiene regla uniformemente aceptada que resuelva lo concerniente a si el pago de indemnización es obligatorio o no.⁴¹ Cuando menos, atendido un volumen muy amplio de opiniones doctrinarias, debería entenderse que en cuanto al monto de la indemnización debida por una nacionalización no habría regla jurídica que lo determinara,⁴² por lo que ese monto debería ser

ditos suyos en contra del propietario afectado por la medida. De esta materia se tratará en el capítulo x, párrafo 3.

⁴¹ Isi Foighel, en "Nationalization, a study in the protection of aliens Property in International Law", publicado en N. T. V. I. R., 1956, núm. 2-4, pp. 89 y ss., declara que "sobre la sola base de la práctica convencional no es posible dar una respuesta definitiva a la cuestión de saber si una nacionalización lleva consigo la obligación de pagar una indemnización a los extranjeros afectados".

J. L. Brierly, en *Law of Nations*, Oxford, 1963, 6ª edición, declara: "los precedentes son indecisos, pero puede admitirse que Fisher está en lo correcto al concluir que no hay, y no es tampoco deseable que la hubiera, una regla absoluta que prohíba la incautación de una propiedad ajena por el Estado sin ninguna compensación".

W. Bishop, en "General Course of Public International Law", publicado en R. C. A. D. I., 1965, vol. II, p. 265, concluye que no está establecida la ley internacional en lo concerniente a la obligación de pagar compensación por la expropiación de propiedades de extranjeros.

H. Rolin, en sus observaciones al proyecto sobre nacionalizaciones presentado por A. de La Pradelle a la sesión de Bath del Instituto de Derecho Internacional, sostuvo que "aun en lo que concierne a bienes que pertenecen a extranjeros el orden público internacional no impone a los Estados (la obligación) de asegurar a los expropiados una indemnización justa y previa" (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1950, vol. 43, I, p. 100).

⁴² M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, expresa en su nota 9 de la p. 30, que "es aún muy discutible que el Derecho Internacional General (a diferencia del particular) admita ya un principio semejante" (que cuando se priva a propietarios extranjeros de propiedades inmuebles, debe procederse mediante una plena indemnización).

Steinbach, en *Untersuchungen zum Internationales Fremdenrecht*, Bonn, 1951, pp. 84 y ss., manifiesta que no existe norma internacional según la cual el extranjero deba ser plenamente indemnizado cuando hay utilidad pública, y que lo único

señalado en cada caso por el mismo Estado que nacionaliza, atendiendo a las circunstancias que él considere pertinentes.⁴³

6. Forma de pago de la indemnización

Algunas antiguas legislaciones (por ejemplo, el artículo 545 del Código Civil francés) contenían reglas que exigían que el pago de indemnización debía ser previo en el caso de expropiación. Fue la indebida asimilación de la noción moderna de nacionalización a una expropiación la que condujo a la errónea conclusión de que la indemnización que correspondiera por una nacionalización debía ser pagada en forma previa.

Hoy día esa posición no tiene prácticamente sostenedores,⁴⁴ salvo cuando consta de un convenio internacional expreso. En los

que el Derecho Internacional no admite es una confiscación de bienes extranjeros que tenga por fin directo el enriquecimiento del Estado que adopta la medida.

Ph. Kahn, en su comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1972, dictada por el Tribunal de la Gran Instancia de París, en el caso "Corporación del Cobre con Braden Copper Corporation y Soc. Le Groupement d'importation des Métaux", publicada en *Clunet*, 1973, 100, pp. 227-236, dice: "... el Derecho Internacional no contiene regla alguna firme acerca del cálculo de la indemnización..." y cita en su apoyo a M. Ryziger, en su obra "Le problème de l'indemnization en cas de nationalisation d'entreprise", aparecida en *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-Monde*, Paris, 1968, p. 214, en la parte en que este autor señala la ausencia de acuerdo sobre este punto.

El Tribunal de Roma, en su sentencia de 13 de septiembre de 1954, que se cita en la nota 5, se conforma con que la medida de nacionalización fije una indemnización y piensa que no pueden ser aceptadas las opiniones que demandan una indemnización proporcionada al valor de los bienes, pues basta, a su juicio, que haya una indemnización que no sea aparente o ilusoria, sin que sea posible poner exigencias acerca de su monto.

⁴³ Tal es la solución que se da en el art. 2, apartado 2, letra c) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

⁴⁴ En su comentario a la sentencia de 23 de abril de 1969, dictada por la Corte de Casación francesa en el caso "Cie. française de crédit et de banque c. consorts Atard", publicada en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1969, p. 717; E. Schaeffer recuerda (ver párrafo 27, p. 732) que hasta entonces la Corte de Casación había tenido como criterio la exigencia de una indemnización "justa y previa", tal como lo señala el art. 545 del Código Civil francés, pero que en razón de los acuerdos de cooperación económica y financiera celebrados entre Francia y Argelia y atendiendo a opiniones que reclamaban una suavización de la exigencia, la Corte cambia su criterio y empieza a exigir "una indemnización equitativa y determinada previamente".

Ph. Kahn, en su comentario indicado en nuestra nota 42, manifiesta que "desde 1949 la Corte de Casación (francesa), vuelve a tomar incansablemente la fórmula de una indemnización 'equitativa' y fijada previamente".

Es de notar la importancia del cambio, pues al sustituir "justa" por "equitativa" se emplea un término que otorga una mayor flexibilidad. Por eso Touscoz, en su trabajo mencionado en la nota 7, p. 499, declara que una indemnización equitativa es la determinada según un procedimiento que ofrezca garantías y calculada con-

propios países en que la regla sigue vigente respecto de la expropiación, se han dictado leyes de nacionalización que no contemplan el pago de indemnización previa.⁴⁵

Las mismas razones que se dan para negar la necesidad del pago de una indemnización equivalente al valor total de la cosa nacionalizada y para admitir pagos de monto inferior a él, abonan la aceptación de un pago posterior y fraccionado, conforme a plazos y momentos que hagan posible el cumplimiento por el Estado nacionalizador.⁴⁶ Pues las posibilidades económicas de dicho Estado podrán llevar a que se acepten pagos así diferidos.

Se agrega, además, que el objeto de las nacionalizaciones son empresas muy importantes y valiosas, las que son adquiridas por el Estado como universalidades. Eso dificulta y dilata el cálculo

forme a ciertas reglas, pero que en estos dos aspectos "el Derecho Internacional general aporta solamente respuestas imprecisas y controvertidas".

Y al sustituir "indemnización previa" por "indemnización determinada previamente" se admite que no es necesario un pago anterior a la desposesión, sino que simplemente basta que al decretarse la privación de dominio estén dadas las reglas que permitan determinar el monto de la indemnización que será pagada.

P. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 425, sigue el curso de la evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas, que ha sido de gradual "aflojamiento", ya que después de haber exigido inicialmente que la indemnización fuera "justa y previa", pasó a reclamar una indemnización "equitativa y fijada previamente", para luego admitir la que era "prevista y determinada de antemano", y llegar a satisfacerse con una indemnización seria. Cita en cada caso las sentencias francesas que así lo establecen y consigna que "el concepto de equitativa es menos rigoroso que el de justa", al mismo tiempo que supone que la indemnización no tiene que ser completa. Incluso, menciona opiniones acerca de que deben considerarse las posibilidades económicas del Estado.

F. Münch está de acuerdo en que la indemnización no necesita ser "previa, inmediata o al contado", *op. cit.*, nota 18, p. 468.

S. Bastide afirma que el principio de la indemnización previa ha sido dejado de lado totalmente, *op. cit.*, nota 12, p. 109.

⁴⁵ Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 556, dicen que la mayor parte de los tribunales franceses no habla de indemnización previa desde que fue dictado en ese país el decreto-ley de 8 de agosto de 1935, sobre expropiaciones de utilidad pública.

Chenot, *op. cit.*, nota 18, p. 374, recuerda que las ordenanzas francesas de 13 de diciembre de 1944 y de 12 de octubre de 1945, sobre hulleras del norte y del Paso de Calais, se remitían a disposiciones legislativas posteriores en lo relativo a la fijación de las indemnizaciones para los antiguos propietarios y prevenían, a la vez, un inventario detallado y descriptivo y una estimación de los bienes.

Schaeffer, en su artículo mencionado en la nota 12, párrafos 20 y 21, concuerda en que para ciertos tribunales franceses la indemnización puede no ser previa y que la ley francesa de 2 de diciembre de 1945, sobre nacionalización de bancos, no menciona esta exigencia.

Por esto es que Y. Loussouarn, en su trabajo citado en nota 19, párrafo 34, expresa que es difícil consagrar la exigencia de que la indemnización o la fijación de ella debe ser previa, porque en las nacionalizaciones francesas ella no ha sido siempre previa y ni aun ha sido previamente determinada en algunos casos.

⁴⁶ Ver El-Kocheri, *op. cit.*, nota 12, p. 262.

del valor de los bienes, puesto que tal cálculo se transforma en una compleja operación técnica que requiere de un tiempo que el Estado nacionalizador no tiene por qué esperar para incorporar la empresa a su administración y explotación.⁴⁷

Hasta se ha llegado a sostener por muy prestigiosos tratadistas que basta con que la ley de nacionalización contemple una promesa seria de indemnización para que deba entenderse que la nacionalización no merece objeción jurídica.⁴⁸

En cuanto a que la indemnización sea pagada en medios de pago fácilmente reducibles a moneda de curso internacional o en moneda de la nación a que pertenezca el propietario de la empresa (que es lo que constituye la exigencia del "pago efectivo"), no se insiste ya mucho en ello. En el hecho muchas nacionalizaciones se han pagado con bonos estatales que se deprecian. Por las mismas razones ligadas a las posibilidades económicas del Estado que nacionaliza, esta exigencia ha adquirido una gran flexibilidad.⁴⁹

7. Efectos de una nacionalización irregular por lo que respecta al dominio

Nadie duda que una nacionalización enteramente ajustada a las normas jurídicas internacionales constituye para el Estado que nacionaliza (o para el órgano estatal que obra por su cuenta) un título adquisitivo originario indisputable.

Las dificultades comienzan cuando se trata de una nacionalización que quebranta esas normas.

Vimos en el párrafo 4 de este capítulo que una nacionalización

⁴⁷ H. Batiffol en su trabajo citado en nota 19, pp. 176 y 177.

⁴⁸ H. Batiffol en su trabajo mencionado en la nota precedente, mismas páginas y en su *Droit International Privé*, 5ª edición, Paris, 1970, tomo II, p. 151, dice: "la tendencia actual es la de no exigir una indemnización previa, sino un compromiso, que presente ciertas garantías de seriedad, de que se ha de pagar una indemnización, si no estrictamente adecuada, por lo menos seria". En ambos lugares citados recuerda decisiones del Tribunal Administrativo de Austria que apoyan su parecer.

⁴⁹ B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, p. 375, menciona leyes francesas de nacionalización con pagos a 50 años plazo en títulos negociables.

G. Fouilloux, *op. cit.*, nota 12, p. 444; I. Foighel, *op. cit.*, nota 41, pp. 120 a 123; E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, nota 18, p. 39, y L. Delbez, en *Les Principes Généraux du Droit International Public*, 3ª edición, Paris, 1964, p. 209, mantienen ese criterio.

Recordemos que en el proyecto sobre Responsabilidad internacional del Estado por daño causado a extranjeros, preparado por la Universidad de Harvard, se admiten facilidades de pago en el caso de ciertas expropiaciones generales que comportan cambios de estructura y que L. B. Sohn sostiene la misma tesis (ver notas 12 y 38).

solamente aparente, que es pretexto para disfrazar un acto irregular enteramente extraño a los fines de bien público en que se basa la institución, o una nacionalización discriminatoria para extranjeros, se apartan de los requisitos del Derecho Internacional.

Sin embargo, el juicio acerca de la realidad o regularidad de una nacionalización queda sustraído, según lo veremos más adelante (capítulo III, párrafo 2), a la competencia de los tribunales extranjeros.⁵⁰ Se trata de una materia que queda librada a la legislación del propio Estado que nacionaliza o que, cuando más, sólo podrá decidir un tribunal de rango internacional, capacitado para pronunciarse sobre responsabilidades del Estado infractor.

Con todo, una opinión generalizada en Derecho Internacional sostiene que una nacionalización que contraviene las exigencias de esa rama no pierde su potencialidad de dar dominio al Estado que nacionaliza, sin perjuicio de que el acto viciado constituya un delito internacional que lo obligue a pagar todos los perjuicios ocasionados a los afectados.⁵¹

⁵⁰ I. Seidl-Hohenveldern dice en *Journal de Droit International (Clunet)*, 1956, 83, p. 380 que existe un "principio básico de Derecho Internacional Público, conforme al cual un Estado no debe enjuiciar los actos de otro Estado".

⁵¹ La posición de G. Fouilloux, *op. cit.*, nota 12, es particularmente clara. Según él la facultad de un Estado de disponer de los bienes que se hallan en su territorio, aun cuando pertenezcan a extranjeros, emana de la soberanía y no puede ser negada en cuanto a su eficacia para transferir el dominio al Estado que nacionaliza, aun cuando ella se realice en contravención del Derecho Internacional. Sin embargo, el principio internacional del respeto de la propiedad privada y de los derechos adquiridos de los extranjeros, que él reconoce, permite a éstos que se haga efectiva la responsabilidad delictual del Estado que ha infringido sus obligaciones internacionales. Esta responsabilidad delictual se hace efectiva mediante la obligación de indemnizar los perjuicios causados que contrae el Estado infractor. Ver sus pp. 178, 179, 215, 221, 222, 230 y 305, entre otras.

H. Rolin sostuvo ante el Instituto de Derecho Internacional que la transferencia de los bienes al Estado es siempre válida, aun cuando la nacionalización no esté justificada ante el Derecho Internacional, según puede leerse en el *Anuario* de dicho instituto, año 1952, tomo 44, vol. II, p. 286.

Por su parte, Ch. de Visscher recuerda que la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Codificación de 1930 había planteado la cuestión en estos términos, en su trabajo "Responsabilidad de los Estados: bases de discusión", pp. 30 y ss.: "La afirmación de la responsabilidad internacional del Estado no afectará la eficacia, en el orden interno, de la medida adoptada; no cabe discutir los motivos que él puede tener para poner fin a una concesión o a la ejecución de un contrato, sino solamente obligarlo a reparar el perjuicio que él cause poniéndole fin contrariamente, se supone, a las disposiciones del acto de concesión o a las estipulaciones del contrato".

El Landgericht de Bremen, al conocer de las acciones que los antiguos propietarios holandeses intentaron sobre el tabaco indonesio nacionalizado llegado a Alemania, según el comentario de M. Domke citado en la nota 5, declaró que "aun cuando la nacionalización fuese contraria al Derecho Internacional, ello no implicaría nulidad de las medidas, sino solamente una acción de perjuicios que podría

Con mayor razón, cuando se trata simplemente del no pago de indemnización, dentro de las corrientes doctrinarias que afirman que ese pago debe ser realizado total o parcialmente, la tesis mejor fundada afirma que la falta de pago no invalida la nacionalización ni le resta eficacia jurídica.⁵² Por consiguiente, ella

ser ejercida por el Estado del ciudadano en contra del Estado nacionalizante'. Según Domke, el Oberlandgericht, al confirmar esta apreciación, citó a Hans Baade en su obra "Die Anerkennung im Ausland vollzogener Enteignungen", 3 *Jahrbuch für Internationales Recht*, 133, 134 (1954).

⁵² Torsten Gihl, en "Two cases concerning confiscation of foreign property", publicado en *Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge*, Estocolmo, 1956, pp. 56 y ss., expresa que un tribunal jamás puede declarar nula una confiscación (término que emplea para referirse a una nacionalización que se realiza sin pago de indemnización) o deshacerla u ordenar la restitución de la cosa al afectado. Tampoco podría el tribunal declarar que los bienes confiscados no han dejado de pertenecer al antiguo dueño que fue despojado de ellos sin pago de indemnización. Por injusto que sea el procedimiento que emplea el gobierno nacionalizador, no deja de convertirlo en dueño de los bienes nacionalizados. El único derecho que podría invocar aquél a quien pertenecieron los bienes que fueron objeto de nacionalización, sería el de obtener la reparación de los perjuicios causados.

Similar es el criterio de El-Kocheri, *op. cit.*, nota 12, pp. 254, 255, 265 y 272, pues expresa que aunque la nacionalización sea decretada con violación de las reglas del Derecho Internacional, ella es capaz de producir todos sus efectos y de realizar la transferencia de la propiedad; su ilegalidad no implica como resultado sino una reparación que debe cubrir la integridad de los perjuicios sufridos por los propietarios desposeídos.

Ch. de Visscher liga el problema con un necesario equilibrio entre la libertad del Estado de organizarse a su voluntad y la seguridad de las relaciones internacionales, entendiendo que desde la Declaración de Cannes se llegó a la fórmula: no intervención, pero indemnización. Esto significa que el derecho de nacionalizar no puede ser discutido por otros Estados ni en su principio ni en sus motivos, y que éstos hacen de la negativa a la indemnización adecuada el fundamento de una responsabilidad que generalmente será delictual (ver *op. cit.*, nota 12, pp. 217 y 218).

J. Touscoz, *op. cit.*, nota 7, p. 497, enfoca el problema con alguna diferencia, pero con iguales conclusiones prácticas, pues afirma que el derecho del Estado de nacionalizar, que es inalienable y discrecional, acarrea la obligación de indemnizar, pero esta obligación no limita el ejercicio de la competencia estatal, sino que es una simple consecuencia de ella.

R. Bindschedler, en su trabajo cit. en nota 34, cree que el pago de indemnización es una consecuencia de la nacionalización, la cual debe de ser cumplida por el Estado que nacionaliza y, en caso de no cumplirse, origina únicamente el derecho a cobrarla (pp. 187, 245 y 246). En cambio, si la nacionalización es ilegal (por contravenir otras normas internacionales diversas del pago de indemnización), debe ser dejada sin efecto y origina una obligación de *restitutio in integrum* (pp. 187 y 245).

Aun B. A. Wortley, en "The General Principles of Private International Law", publicado en *R. C. A. D. I.*, 1952, II, pp. 85-260, pese a que analiza el problema desde el punto de vista privatista, dice en su p. 207 que cuando no se hace el pago de una adecuada compensación y la incautación no puede ser justificada como válida por el Derecho Internacional, el resultado es que el tribunal competente *no tiene una obligación de reconocer el título de adquisición*, por lo que *podría* deschar el reclamo del propietario que fue confiscado. En otras palabras,

confiere título válido de dominio sobre la o las empresas nacionalizadas al Estado que adopta la medida. El único efecto jurídico de esa omisión de pago es hacer nacer en favor de los expropiarios afectados el derecho de reclamar el pago. Esto, en razón de que el pago de indemnización no constituye, como erróneamente lo consideran algunos, un requisito de validez de la nacio-

admite que hay libertad para desechar el título en caso de violación del Derecho Internacional Público, pero no establece una obligación de desconocer el título así viciado.

El Oberlandesgericht de Bremen, en el mismo caso aludido en la nota precedente, apoyándose en las doctrinas de Seidl-Hohenveldern concluye que "aun suponiendo que la ley de nacionalización violara en diversos aspectos principios generalmente reconocidos del Derecho Internacional, ni aun así podría decirse que en el estado actual de la doctrina del Derecho Internacional y consuetudinario la ley indonesia de nacionalización puede considerarse como nula..." ni que el tribunal del foro, al reconocer una ley de nacionalización dictada con infracción del Derecho Internacional, estaría cometiendo, a su vez, una violación de este derecho. Apoya esta apreciación, además, en la opinión de Georg Dahm, en "Völkerrecht", 1958, p. 268, para el cual ésta es la opinión jurídica prevaleciente, y en Frede Castberg, en "De l'effet extraterritorial des décrets d'expropriation et de requisition", publicado en *Studi in Onore di Tomaso Perassi*, vol. 1, Milán, 1957, p. 339.

El Landgericht de Hamburgo, en su sentencia de 22 de enero de 1972, dictada en el caso Soc. Minera el Teniente S. A. con Norddeutsche Affinerie y otro, sobre medidas precautorias solicitadas por la empresa que fue propietaria de los derechos mineros e industria extractiva de cobre afectados por la nacionalización chilena del cobre, declaró que "no existe en el Derecho Internacional moderno ningún principio universalmente reconocido conforme al cual el juez nacional esté obligado, en virtud del Derecho Internacional, a considerar como nulo de pleno derecho un acto de soberanía extranjera contrario al Derecho Internacional o según el cual el reconocimiento de actos extranjeros contrarios al Derecho Internacional... viole a su vez el Derecho Internacional". Y agregó: "Aun en el caso en que la expropiación (debió decir nacionalización) tenga lugar en condiciones discriminatorias o en que sea decretada sin indemnización, ella conservará su validez si, al momento de ella, una parte de los bienes se encontraba en el Estado en que tuvo lugar (aunque éstos) hayan sido llevados más tarde al extranjero." Para apoyar aquella afirmación la sentencia cita la opinión de Soergel (Kegel), B. G. B., VII, 1ª edición, 1970. (Un resumen de esta sentencia se publica en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 37 Jahrgang, 1973, Heft 2-3, pp. 579-584.)

P. Behrens, en su comentario a esta sentencia, publicado en la misma revista R. Z., p. 427, anota que dentro de la jurisprudencia alemana está claro ahora que la nacionalización que viola el Derecho Internacional no es considerada por ello ineficaz dentro de territorio alemán, independientemente de cuál sea el punto de Derecho Internacional vulnerado. Cita en apoyo de esta posición el trabajo de Meessen, "Die Verstaatlichung des Kupferbergbaus in Chile vor deutschen Gerichten", publicado en A. W. D., 1973, p. 177. Alude a la opinión contraria de F. A. Mann, pero recuerda que éste está solo.

La Corte Suprema de Tokio, en su sentencia de 1953 dada en el caso "Anglo-Iranian Oil Company c. Idemitsu Kosan Kabushiki Kaisha" decidió que, aunque a su juicio Irán estaba obligado a pagar una indemnización a los demandantes, "de ello no puede concluirse que la ley de nacionalización del petróleo de Irán sea nula y sin valor... por lo que la premisa de éstos de que no han perdido su propiedad no puede ser aceptada".

nalización, sino una mera consecuencia jurídica que ésta produce en favor de los particulares afectados. Por consiguiente, el que el Estado no quiera pagar indemnización no resta eficacia a la nacionalización como título de dominio para él, sino que a lo más, haría nacer en su contra una responsabilidad internacional de pagarla y concedería al particular afectado el derecho de cobrarla.

8. *Valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas*

La repetida referencia e invocación de resoluciones adoptadas en materia de nacionalización por la Asamblea General de las Naciones Unidas obliga a un breve examen del valor jurídico que a ellas pueda asignarse.⁵³

Los juristas que sostienen las tesis favorables a los grandes países industriales y exportadores de capital acostumbran a afirmar que dichas resoluciones no contienen textos de índole jurídica sino que proclamaciones políticas en las que se expresa la pugna entre países capitalistas y países pobres.⁵⁴ Tal rebajamiento del auténtico carácter de esas resoluciones no puede ser compartido por un jurista.

Es cierto que una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas no puede ser equiparada en valor jurídico a un tratado internacional celebrado entre dos o más Estados. En un tratado los Estados participantes contraen un compromiso formal con clara intención vinculatoria en todo lo que aparece de su texto, redactado con mucho rigor. La aprobación de un tratado, por lo mismo que liga jurídicamente a la nación en sus términos, está sujeta por las normas constitucionales respectivas a la exigencia de que los órganos representativos populares le den su ratificación. En cambio, las resoluciones de la Asamblea citada, aunque

⁵³ Sobre el valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas puede consultarse:

Jorge Castañeda, *El valor jurídico de las Resoluciones de Naciones Unidas*, El Colegio de México, 1967; F. Blain Sloan, "The binding force of a 'recommendation' of the General Assembly of the United Nations", *XXV British Yearbook of International Law*, 1948, pp. 1-34; D. H. N. Johnson, "The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations", *XXXII British Yearbook of International Law*, 1955-1956, pp. 97-123; M. Virally, "La valeur juridique des recommandations des organisations internationales", en *Annuaire Français de Droit International*, vol. II, 1956, pp. 66-97, y A. J. P. Tammes, "Decisions of International Organs as a source of International Law", en *R. C. A. D. I.*, vol. I, 1958, pp. 261-364.

⁵⁴ Gillian Fisher, en su trabajo "*La souveraineté sur les ressources naturelles*", publicado en *A. F. D. I.*, 1962, pp. 517, 520 y 527.

preparadas en su redacción por comisiones especializadas, son el resultado de debates multitudinarios y se aprueban con el voto de representantes de cada país designados comúnmente por el solo Poder Ejecutivo.

Pero de aceptar que el contenido de una resolución de la Asamblea no tiene la fuerza vinculante plena de un tratado, a negarle todo alcance en el plano jurídico, hay una distancia que no puede ignorarse so pena de caer en grueso error.

Lo razonable es considerar que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pese a carecer de la fuerza obligatoria de un tratado regularmente celebrado, expresan un consenso mundial —especialmente si han sido aprobadas por tan fuertes mayorías como es el caso de las resoluciones invocadas— por lo que ellas confirman o fortalecen precedentes existentes en el Derecho Internacional.⁵⁵ Al emanar del órgano representativo de la más vasta de las organizaciones jamás concebida por la humanidad, ellas tienen que tener un alcance considerable en el desarrollo de esta rama del Derecho.⁵⁶ Mediante ellas se reconocen o confirman prácticas generalizadas o principios legales, los cuales en esa virtud pueden ya ser admitidos como principios generales de derecho.⁵⁷

Las palabras mismas de las Resoluciones 1803, 3171 y 3281

⁵⁵ Para Oliver Lissitzyn, en *El Derecho Internacional en un Mundo Dividido*, Montevideo, 1965, p. 109, las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, si bien no son formalmente obligatorias, tienen la apariencia de expresar un consenso mundial y “no pueden ser ignoradas... (pues ellas) confirman y fortalecen precedentes existentes o inician nuevas tendencias en el Derecho Internacional”.

⁵⁶ Para Wolfgang Friedmann, en *Nouveaux Aspects du Droit International*, Paris, 1971 (es la traducción francesa de *The Changing Structure of International Law*), p. 102, “la Asamblea General desempeña un papel importante en la elaboración y desarrollo del Derecho Internacional... Es posible que estas resoluciones no estén formalmente previstas en los procedimientos de elaboración del Derecho Internacional. Sin embargo, emanando del órgano más representativo de la más vasta de las organizaciones que haya sido jamás concebida por la humanidad, ellas tienen con toda evidencia un alcance considerable sobre el desarrollo del derecho”.

⁵⁷ Según J. Castañeda, *op. cit.*, nota 53, pp. 170 y ss., las declaraciones generales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, si bien no tienen una fuerza creadora de derecho, expresan un carácter reconocitivo y declaratorio, bien sea de normas consuetudinarias, bien sea de principios generales de derecho. Y en tal sentido fijan, aclaran y precisan tales normas y principios y se convierten en elementos indicativos de derecho.

P. Behrens cree dudoso, en su obra mencionada en nota 24, p. 405 que las resoluciones de las Naciones Unidas deban ser reconocidas *per se* como reglas obligatorias de Derecho Internacional. Agrega que los Estados en vías de desarrollo están por la afirmativa, pero que los Estados industrializados frecuentemente las consideran tan sólo como indicio de una convicción jurídica que puede llevar a la fundamentación de nuevas reglas de Derecho Internacional.

indican que ellas abordan temas jurídicos con el propósito de esclarecer reglas que han sido objeto de controversia a lo largo de mucho tiempo y de dejar claramente fijados los términos de las normas que han de tenerse como vigentes. El sentido de la Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados, particularmente, es absolutamente jurídico. Ella fue elaborada con la finalidad precisa de “fortalecer los precarios fundamentos legales de la economía internacional”, mediante la creación de “obligaciones y derechos que protejan a los pueblos débiles” a fin de que se salga entre los Estados “del ámbito de la buena voluntad para cristalizarla en el campo del derecho”. Mediante ella se cumple “la urgente necesidad de establecer normas obligatorias que rijan en forma sistemática y universal las relaciones económicas entre los Estados”, por la vía de “proteger debidamente los derechos de todos los países y en particular de los países en desarrollo”. El contenido de los preceptos de la Carta, en especial de los artículos 1º y 2, directamente concernientes a la nacionalización, demuestra, por otra parte, su nítido alcance jurídico, pues en ellos se consignan y se precisan determinadamente ciertos “derechos de los Estados” y se indican las consecuencias jurídicas que el ejercicio de ellos puede imponer.

Tan indubitable es el valor jurídico de tales resoluciones que varios tribunales nacionales han invocado su contenido como manera de determinar los principios de derecho uniformemente reconocidos por las naciones.⁵⁸

Hay, finalmente, un argumento decisivo. Cualquiera que sea el juicio que se tenga sobre el valor jurídico de esas resoluciones, nadie podría admitir que lo contrario de lo que ha sido aprobado por medio de aplastantes mayorías en el seno de una asamblea que representa el sentir de la casi totalidad de las naciones que existen en el mundo, puede ser tenido como una costumbre internacional o por un principio generalmente admitido de Derecho Internacional. Por consiguiente, aun negado que esas resoluciones constituyan reglas jurídicas obligatorias o que confirmen reglas

⁵⁸ El Tribunal de Tokio, en su sentencia de 27 de mayo de 1953, dada en el caso señalado en la nota 52, invocó la Resolución núm. 626 (vii) de la Asamblea General de Naciones Unidas y apoyó en ella su decisión. Igual sucedió con la sentencia de 13 de septiembre de 1954, de la Corte de Roma, citada en la nota 5. Ha habido casos en los que tribunales norteamericanos han fundamentado sus decisiones en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU, como ocurrió en el caso “Fujii c. The State”, en 1950, de parte del Tribunal de Distrito de Apelación de California y en el caso “Wilson c. Hacker”, de que conoció la Corte Suprema de Nueva York.

o principios jurídicamente válidos, tendría que convenirse que el principio contrario (el derrotado en la votación) tampoco puede ser presentado como regla vigente. Siendo así, habría que concluir que el Derecho Internacional no contiene regla limitante en la materia y que el principio de soberanía del Estado recupera en este punto su más amplia dimensión; con lo que el Estado que nacionaliza queda facultado para señalar las normas con arreglo a las cuales será llevada a efecto la nacionalización de bienes de extranjeros.