
**LA PROTECCION DIPLOMATICA DE
ACCIONISTAS ANTE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

R. Díaz Albónico

La Protección Diplomática de Accionistas ante la Corte Internacional de Justicia

R. Díaz Albónico

INTRODUCCION

El gran jurista argentino Carlos Calvo expresaba que, admitir que un extranjero pudiese gozar de una situación superior a aquella del nacional en el interior de un Estado, sería crear un privilegio exorbitante y funesto, esencialmente favorable a los Estados poderosos y perjudicial para las naciones débiles; esto significaría establecer una injusta diferencia entre nacionales y extranjeros". (1)

Sin embargo, y a pesar de estas afirmaciones tan categóricas tanto la práctica como la jurisprudencia internacional ven en la protección diplomática una institución propia del derecho de gentes. (2)

Entendemos dicha institución, como la acción ejercida por el Estado nacional del extranjero con el objeto de obtener, por parte del Estado territorial, el respeto en la persona de su súbdito, del derecho internacional consuetudinario o convencional.

Así, por la institución de la protección diplomática, la competencia personal del Estado nacional limita la competencia territorial del Estado donde reside el extranjero, obligando a éste a respetar las reglas de derecho internacional.

De aquí que un individuo perjudicado por actos contrarios al derecho internacional, imputables a un Estado extranjero, tenga la posibilidad de solicitar la protección del Estado cuya nacionalidad posee. Este puede intervenir en su favor ante el gobierno presuntamente culpable exigiendo la reparación del daño sufrido.

Como Berlia dice muy bien, se produce un endoso del particular a su Estado. (3) Este endoso es decisivo en el desarrollo del proceso. En efecto, si el Estado no interviene, no aceptando en este caso proteger a su súbdito, no existirá apertura contenciosa en el plano internacional y el individuo perjudicado, quedará sin recursos frente a las decisiones de derecho interno, jurisdiccionales u otras, que le han causado el daño o perjuicio.

Sin embargo, una reclamación internacional no puede ser presentada sin reunir las condiciones exigidas por la doctrina y la jurisprudencia. La persona perjudicada, como es obvio, debe tener en principio la nacionalidad del Estado que interviene. No obstante, es necesario recalcar que en algunos instrumentos regionales no se requiere esta condición, pero esto es aún bastante excepcional. (4)

Esta regla de la nacionalidad de la reclamación es válida tanto para las personas físicas como para las personas morales.

En lo que se refiere a éstas últimas, se presentan una serie de problemas. La persona moral no es más que una ficción legal. Detrás del "velo social" se hallan personas físicas, individuos concretos. La personalidad moral jamás absorbe completamente la personalidad de los individuos; éstos conservan sus propios derechos, su nacionalidad, su patrimonio, etc. Lo que ocurre es que todos estos elementos no pierden su importancia o su valor, sino en la medida estrictamente necesaria para alcanzar los fines que la persona moral se ha propuesto obtener.

Pero, ¿qué sucede si los individuos no poseen la misma nacionalidad de la sociedad, lo cual es muy posible en una sociedad anónima cuya estructura reposa en la unidad de inversiones representadas por las acciones?. En este caso ¿quién tendrá derecho a ejercer la protección diplomática: el Estado de la sociedad, el Estado o los Estados de los accionistas si estos pertenecen a varias nacionalidades, o ambos a la vez?.

Para responder a estas preguntas es necesario analizar previamente en qué casos un accionista puede sufrir perjuicios diferentes y distintos de la sociedad:

1.— Un mismo hecho ilícito puede producir daño o lesión a distintos derechos. Así, un accionista puede sufrir perjuicios en sus derechos como persona privada, a causa de su participación en la vida de la sociedad. Esto sucede cuando un Estado confisca las acciones poseídas por extranjeros o cuando prohíbe a las sociedades que poseen su nacionalidad, proceder a una distribución de dividendos en favor de accionistas extranjeros.

En este caso cabe plenamente la protección diplomática del Estado de los accionistas, ya que éstos han sufrido lesión en sus derechos subjetivos, distintos de la sociedad como tal. Aún más, la sociedad no puede recibir ninguna clase de protección dado que posee la nacionalidad del Estado culpable.

2.— Otra hipótesis, tocante al caso que la Corte falló y que nosotros desarrollaremos, el accionista sufre un perjuicio o daño a consecuencias (de rebote) (5) de un acto ilícito que perjudica directamente los derechos de la sociedad, y que se manifiesta para éste, en forma indirecta, en una disminución del valor de su inversión en el activo de la sociedad.

En este caso ¿debe el accionista seguir la "suerte de la sociedad" y por lo tanto esperar obtener la reparación del daño sufrido, a través de la acción social?

A esta situación dará una respuesta la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 5 de febrero de 1970, a raíz de la controversia entre Bélgica y España en el pleito de la "Barcelona Traction Light and Power Company Limited". (6).

Históricamente, el problema de la existencia de una norma de derecho internacional que autorice a un Estado a proteger diplomáticamente a los accionistas que poseen su nacionalidad, ha sido ya suficientemente controvertido.

El profesor Paul de Visscher, en su curso en la Academia de derecho internacional de la Haya afirmaba que antes de 1870 no existían en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional indicios de una protección de accionistas. Los Estados procedían a través de gestiones oficiosas pero rechazando siempre la idea de elevar una verdadera reclamación diplomática. (7)

Esta actitud fue modificada a partir de dicha fecha, a consecuencia de un fallo de la Comisión Mixta de Lima. Dicho Tribunal conocía de una controversia surgida entre el Perú y los Estados Unidos a propósito de daños causados a una sociedad de derecho peruano en donde existían accionistas norteamericanos.

Si bien la Comisión constata su incompetencia para ocuparse de la reclamación, dada la nacionalidad de la sociedad, se encuentra habilitada en cambio para evaluar la indemnización debida en razón del mismo daño, al Señor Ruden ciudadano norteamericano, accionista de la sociedad.

La jurisprudencia arbitral confirmó posteriormente el fallo de la Comisión Mixta de Lima, tales son por ejemplo, los casos Cerutti, Compañía Ferroviaria Bahía de Delagoa, El Triunfo, etc. (8)

Sin embargo es necesario dejar en claro que todos los casos en donde se ha admitido la protección diplomática de accionistas, se trataba de sociedades que poseían la nacionalidad del Estado autor del daño, es decir, correspondían a la primera hipótesis anteriormente analizada.

De aquí entonces, la importancia del caso de la sociedad canadiense "Barcelona Traction", cuyos accionistas en su mayoría eran súbditos belgas, los cuales imputaban a un tercer Estado, España, actos contrarios al derecho internacional.

Estudiaremos la institución de la protección diplomática de accionistas a través del fallo de la Corte Internacional de Justicia bajo tres aspectos: primero, un breve relato de los hechos, puesto que éstos no son determinantes para el estudio del problema que nos preocupa; segundo, el análisis efectuado por el Tribunal de la protección diplomática de accionistas y tercero, el significado del fallo en el estado actual del derecho internacional.

I.-- Desarrollo de los hechos.

La "Barcelona Traction Light and Power Company Limited" era una sociedad holding, constituida en 1911, con sede en Toronto, Canadá. Con el fin de crear y desarrollar en Cataluña (España) una red de producción y distribución de energía eléctrica, fundó un cierto número de sociedades auxiliares, de explotación, financieras y titulares de concesiones. Algunas de estas sociedades fueron constituidas según el derecho canadiense y tenían su sede en Canadá; otras se constituyeron en virtud del derecho español y tenían su sede en España.

Después de la primera guerra mundial, las acciones de la "Barcelona Traction" pasaron a manos de súbditos belgas, personas físicas o jurídicas. Durante ciertos períodos de tensión internacional, gruesos paquetes de dichas acciones fueron transferidos a testaferros (nominees) americanos para protegerlos en caso de invasión del territorio belga durante el curso de la segunda guerra mundial.

La sociedad "Barcelona Traction" emite varias series de obligaciones; algunas de ellas en pesetas, y la mayor parte en libras esterlinas. En 1936 el servicio de las obligaciones de la "Barcelona Traction" fue interrumpido con motivo de la guerra civil española. En 1940 el pago de los intereses de las obligaciones en pesetas se reanudó, con la autorización del Servicio español de control de cambios; pero la autorización de transferir divisas para el servicio de obligaciones en libras esterlinas no fue concedida y el pago de los intereses no se reanudó nunca.

Por instancia del 9 de febrero de 1948, tres portadores españoles de obligaciones pagaderas en libras, demandaron ante el tribunal de Reus (Tarragona) que la sociedad fuera declarada en quiebra por no haber pagado intereses. Esta demanda fue admitida por resolución de 10 de febrero de 1943 y la quiebra fue declarada en juicio, el 12 de febrero. El juicio implicaba el nombramiento de un comisario provisional y orden de embargo de la "Barcelona Traction" y de algunas sociedades auxiliares.

Se interpusieron recursos contra el auto declarativo de quiebra sin éxito. En agosto de 1951 se autorizó la venta de la totalidad de las acciones cuyo adjudicatario fue una empresa española, FECSA, que obtuvo así el control completo de la empresa en España.

Después del juicio en que se declaró la quiebra, los Gobiernos de Inglaterra, de Canadá, de Estados Unidos y de Bélgica hicieron gestiones ante el Gobierno Español.

Con posterioridad todos estos Gobiernos, salvo Bélgica, se desinteresaron del caso. A fines de 1951 el Gobierno belga propone al Gobierno español someter la controversia a un arbitraje de acuerdo al tratado hispano-belga de 1927, proposición que fue rechazada.

En 1958, el Gobierno belga interpone una demanda contra el Estado español a fin de obtener reparación del perjuicio que se habría causado a la sociedad "Barcelona Traction"; no funda su demanda en perjuicios a los accionistas, cosa que no deja de llamar la atención, pero renuncia a proseguirla, en razón a negociaciones existentes entre los representantes de los intereses privados en litigio. La Corte ordena su archivo el 10 de abril de 1961.

Ante el fracaso de dichas negociaciones el Gobierno belga presentó ante la Corte una nueva demanda el 19 de junio de 1962, fundando la demanda en los perjuicios que habrían sufrido los súbditos belgas accionistas de la sociedad "Barcelona Traction" por actos contrarios al derecho internacional, imputables a organismos del Estado español.

Es interesante recalcar la diferencia en lo que respecta a los sujetos protegidos entre la primera y la segunda demanda. En una, es la sociedad la protegida, en la otra, son los accionistas, súbditos belgas.

El Gobierno español promueve cuatro excepciones previas: la primera, el desistimiento belga de 1961 tendría por efecto prohibir la introducción de toda nueva demanda; la segunda, para el Estado Español la jurisdicción de la Corte en dicha controversia no sería obligatoria; la tercera, sin duda la más importante, el Gobierno belga no tendría capacidad para ejercer la protección diplomática de accionistas de una sociedad canadiense; la cuarta, el Gobierno belga no habría agotado todos los recursos de jurisdicción interna.

Por sentencia de 14 de julio de 1964 la Corte rechazó las dos primeras excepciones previas, reuniendo la tercera y la cuarta para fallarlas conjuntamente con el fondo, lo cual realizó el 5 de febrero de 1970. (9)

II.— Análisis de la Protección Diplomática de Accionistas.

No queriendo deformar la coherencia del fallo estudiaremos la institución de la Protección Diplomática en tres puntos: concepción estricta de la institución (A); excepciones posibles no pertinentes (B); y justificación del fallo (C).

A.— Concepción estricta de la institución.

En la sentencia de julio de 1964 la Corte formuló de la siguiente manera el problema que ella fallaría en 1970:

“Resumiendo la cuestión de la capacidad de un gobierno para proteger los intereses de los accionistas en cuanto tales, no es sino un aspecto o una consecuencia de un problema anterior, es decir, de la situación jurídica de los accionistas tal como el derecho internacional la reconoce. Cuando un gobierno pretende no solamente ejercer una protección diplomática sino también presentar una demanda ante un tribunal internacional, debe invocar necesariamente en favor de sus nacionales los derechos que le han sido conferidos por las reglas del derecho internacional relativas a la condición de extranjeros. Así, estimar que el gobierno demandante no tiene capacidad para actuar equivaldría a concluir por parte de la Corte que esos derechos no existen y que por este motivo la demanda es injustificada en cuanto al fondo”. (10)

En 1970 la Corte formula de una manera ligeramente diferente la controversia por resolver:

“El Tribunal tiene que examinar una serie de problemas que resultan de una relación triangular entre el Estado cuyos súbditos son accionistas de una sociedad constituida conforme a las leyes de otro Estado en territorio del cual aquella tiene su sede; el Estado cuyos organismos habrían cometido actos ilícitos perjudiciales contra la sociedad, tanto a ésta como a sus accionistas, y el Estado según cuyas leyes la sociedad está constituida y tiene su sede”. (11)

Efectivamente hay aquí una relación triangular entre Bélgica, Estado de los accionistas, España, autor presunto del acto ilícito y Canadá, país en donde la sociedad tiene su sede (registred office).

La Corte comienza por recordar que un Estado está obligado a conceder a los extranjeros la protección de la ley (standard minimum). Las obligaciones que asume un Estado no son ni absolutas ni sin reservas:

“Debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con relación a la comunidad internacional en conjunto y a las que nacen frente a otro Estado en el campo de la protección diplomática”. (12)

Existen obligaciones erga omnes, es decir, obligaciones oponibles a la comunidad internacional, entre las cuales la Corte cita aquellas que el derecho internacional contemporáneo ha prohibido, como los actos de agresión y de genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, las cuales pueden dar lugar a una especie de “recurso objetivo”, abierto a quienes puedan justificar no un derecho sino un interés en su anulación. Esta posibilidad no deja de sorprender si se recuerda los argumentos aceptados como válidos por la Corte en 1966 en el caso del Suroeste Africano. (13)

Las obligaciones cuyo respeto la protección diplomática tiene por objeto asegurar no pertenecen a la misma categoría. La Corte, acogiendo la doctrina tradicional que distingue dos condiciones para la existencia del hecho ilícito (violación de una obligación internacional e imputabilidad), recuerda los términos que ella empleara en el dictamen que emitió en 1949:

“Un Estado no puede presentar una demanda de reparación derivada de la violación de una de estas obligaciones antes de haber establecido que tiene derecho, porque las reglas en la materia suponen dos condiciones: Primero, que el Estado demandado ha faltado a una obligación con respecto al Estado nacional y respecto a sus súbditos. Segundo, que sólo la parte en relación a la cual existe una obligación internacional puede presentar demanda en razón de la violación de ésta”. (14)

Todas estas consideraciones tienen por objeto permitir establecer claramente el problema de la capacidad para actuar del Gobierno belga. De aquí, entonces, que la Corte se pregunte:

“¿Ha sido violado un derecho de Bélgica porque los derechos pertenecientes a sus súbditos, accionistas de una sociedad que no tiene la nacionalidad belga, no han sido respetados?”. (15)

Es pues la existencia o la inexistencia de un derecho de Bélgica, reconocido como tal por el derecho internacional, el cual es decisivo en lo que se refiere a la capacidad para actuar por parte del Estado demandante. Existe por tanto una estrecha relación entre el fondo de la controversia, la protección diplomática de accionistas, y los aspectos de procedimiento.

La Corte recuerda que la existencia misma de la protección diplomática es una limitación a la soberanía del Estado territorial, lo que no autoriza a los Estados, por lo tanto, a ejercerla de manera desordenada y abusiva. Estas ideas dejan entrever desde ya que la Corte no garantizará una concepción extensiva de la protección diplomática.

Pero como Bélgica funda la demanda en los perjuicios sufridos por accionistas de nacionalidad belga, la Corte debe pronunciarse sobre la existencia de derechos propios de los accionistas, es decir, derechos distintos de los de la sociedad.

El Tribunal está obligado a examinar, entonces, la sociedad anónima como institución y ya que ésta no existe en el derecho internacional, debe referirse al derecho interno.

Ahora bien, puesto que el Tribunal de la Haya sólo aplica el derecho internacional, se siente obligado a justificar este llamado, indicando al mismo tiempo los límites:

“En este aspecto el derecho internacional está llamado a reconocer instituciones de derecho interno que juegan un papel importante y que están muy extendidas en el plano internacional. No resulta necesariamente analogía entre sus propias instituciones y las de derecho interno, y no hace depender las reglas del derecho internacional de categorías de derecho interno. Esto quiere decir simplemente que el derecho internacional ha debido reconocer en la sociedad anónima una institución creada por los Estados en un dominio de su competencia esencialmente nacional”. (16)

Desde el punto de vista doctrinal nos encontramos frente a una exposición de la teoría dualista con la posibilidad de reenvío.

La Corte extrae las siguientes conclusiones del estudio de la sociedad anónima:

“Es sobre una estricta distinción entre dos entidades separadas, la sociedad y el accionista, cada una dotada de un conjunto de derechos diversos, donde descansa la noción de sociedad anónima y se funda su estructura. La separación de los patrimonios de la sociedad y del accionista es una manifestación importante de esta distinción. Mientras la sociedad exista, el accionista no tiene ningún derecho sobre el activo social”. (17)

La Corte reconoce que, si bien algunos derechos internos prevén la posibilidad por parte de los accionistas de proteger los intereses de la sociedad como tal, dicha facultad es excepcional.

El Tribunal cree útil recordar de manera incidental, que todo accionista ha aceptado soportar un cierto número de riesgos. Entre éstos, por ejemplo, el de una baja de los dividendos, el de una depreciación de capital o incluso el de una pérdida originada por las actividades comerciales ordinarias o por un perjuicio que pudiera sufrir la sociedad a causa de un trato ilícito.

Para el Tribunal, el hecho que la sociedad tenga personalidad moral significa que sólo ella puede en principio defender sus derechos y que una violación a los

derechos de la sociedad no puede constituir un perjuicio para los derechos de los accionistas, sino, más bien, un menoscabo para los intereses de éstos:

“Así, cada vez que los intereses de un accionista son lesionados por un acto dirigido contra la sociedad, es ante la sociedad frente a quien debe acudir para que ella intente los recursos deseados porque, aunque dos entidades distintas puedan sufrir un mismo perjuicio, no hay más que un solo derecho violado”. (18)

Por último, la Corte, a fin de no aparecer ignorándolos, recuerda la existencia de derechos propios de los accionistas; tales como el derecho a los dividendos declarados, el derecho a tomar parte en la junta general y votar, el derecho a una parte del activo en el momento de la liquidación. Sin embargo, la Corte no se extiende sobre ellos a fin de no sobrepasar las conclusiones de las partes.

Después de haber examinado la sociedad anónima en los diferentes sistemas jurídicos, el Tribunal sitúa el problema en el plano del derecho internacional.

En muy pocas frases resolverá la controversia.

La Corte constata que no existen reglas de derecho internacional que autoricen expresamente la protección diplomática de los accionistas, “silencio que difícilmente puede ser interpretado en favor de los accionistas”, expresando que dicha laguna no puede ser utilizada para restringir la soberanía de los Estados, obligándoles a aceptar la protección diplomática de los accionistas tal como la entiende Bélgica.

El problema está ya fallado; la cuarta excepción previa no será examinada y si en este caso la Corte prosigue su raciocinio, lo hace en previsión de las posibles objeciones que podrían oponersele. La forma de hacerlo acusa por lo demás un afán perfeccionista aunque de un modo desordenado.

B.— Excepciones posibles no pertinentes.

La Corte procede, en primer lugar, al examen de la tesis belga, según la cual no existiría ninguna norma de derecho internacional que excluyese la posibilidad de una reclamación concurrente, en este caso Canadá y Bélgica. Aún más, según el demandante la propia Corte lo había sostenido así en su dictamen del 11 de abril de 1949.

Como se recordará la Asamblea General de Naciones Unidas había solicitado el 3 de diciembre de 1948 la opinión del Tribunal de la Haya en lo que se refiere a la situación de los funcionarios de Naciones Unidas, que murieron en el ejercicio de sus funciones, a raíz de los acontecimientos acaecidos en Palestina. A la Asamblea General le interesaba conocer en primer lugar, si las Naciones Unidas podían presentar una demanda internacional con el objeto de obtener reparación del daño sufrido en la persona de sus funcionarios y, en segundo lugar, como podrían conciliarse las acciones entabladas por las Naciones Unidas con las acciones ejercidas por el Estado cuya nacionalidad poseían las víctimas.

Dicho dictamen reconoce a las Naciones Unidas la personalidad internacional para ejercer una protección “funcionaria” (*protection fonctionnelle*) respecto de

sus agentes; ésta es perfectamente compatible con la protección que el Estado quiera otorgar a su súbdito. (19)

La situación anteriormente señalada, estima la Corte, no tiene analogía con la situación de los accionistas, de allí que no pueda ser invocada de manera pertinente en este caso.

En segundo lugar, la Corte cree que es de interés examinar la petición belga en el sentido que el derecho internacional permite al juez hacer abstracción de la personalidad jurídica de la sociedad (levantar el velo social) en interés de los accionistas.

Así ha sucedido en dos casos: el primero, respecto al trato que se otorgó a "bienes enemigos y aliados" durante las dos guerras mundiales. El segundo, el trato especial concedido a "bienes extranjeros" a raíz de nacionalizaciones efectuadas en estos últimos años.

Esto requiere una explicación.

a) Por lo que respecta al primer caso, la legislación sobre "bienes enemigos" era un instrumento económico con la intención de privar al adversario de las ventajas derivadas del anonimato y de la personalidad distinta de la sociedad. Dicho sistema fue aplicado en Francia por ejemplo, a través de una circular del Ministerio de Justicia de 29 de febrero de 1916, en virtud de la cual se incitaba a los tribunales franceses a poner bajo secuestro los bienes de una sociedad, "desde que notoriamente la dirección como sus capitales estuviesen, en su totalidad o en su mayor parte, en manos de sujetos enemigos".

Esta legislación introdujo en el derecho internacional privado la noción de "control", no obstante la nacionalidad aparente de la sociedad.

En lo que se refiere a los tratados de paz, éstos tenían por objeto una finalidad precisa: proteger los "bienes aliados" reuniendo los "bienes enemigos" para garantizar las demandas de reparación. (20)

b) El segundo caso se trata de acuerdos a los que se ha llegado con motivo de las indemnizaciones debidas por la nacionalización de "bienes extranjeros".

Ambas excepciones, que prescinden totalmente de la distinción entre la personalidad de la sociedad y de los accionistas, no son aplicables al caso de especie.

El primero, por su carácter particular y temporal, y el otro, por su naturaleza sui generis:

"Querer deducir analogías y conclusiones aplicables a otras materias, es desconocer su naturaleza particular de *lex specialis* y exponerse en consecuencia a errores". (21)

En tercer lugar, la jurisprudencia arbitral que las partes han invocado a lo largo del procedimiento, no es concluyente ya que en la mayoría de los casos las decisiones citadas se basan en instrumentos que establecen la jurisdicción del tribunal o de la comisión de reclamaciones, determinando al mismo tiempo el derecho aplicable, que puede no ser obligatoriamente el derecho internacional general.

Un ejemplo que ilustra la opinión de la Corte es el caso de la sociedad chilena Alsop y Cía. en donde existían intereses norteamericanos y que obligaron a un arbitraje ante el Rey de Inglaterra, en calidad de amigable componedor, quién otorgó indemnizaciones con intereses a los accionistas norteamericanos. (22)

De allí, entonces, que la Corte no entre en el estudio de la jurisprudencia arbitral, a la cual ya nos hemos referido en la introducción de este trabajo.

Sin embargo, el Tribunal de la Haya no puede negar que existen dos circunstancias especiales en que la regla general (la distinción absoluta entre la sociedad y los accionistas) no tiene efecto: el caso en que la sociedad hubiera dejado de existir o en el caso en que el Estado nacional de la sociedad no tuviera capacidad para actuar en favor de ésta.

Bélgica había tratado de aplicar aquí la situación de la "Barcelona Traction". Pero la Corte rechaza dicho razonamiento, estimando que, aunque precaria económicamente, la sociedad existe todavía:

"Una situación precaria no puede ser comparada a la desaparición de la entidad social; sólo la desaparición de la sociedad en derecho priva a los accionistas de la posibilidad de un recurso por mediación de ésta". (23)

En lo que se refiere a la segunda eventualidad, la Corte cree conveniente recordar que es el Estado nacional de la sociedad quien posee capacidad para ejercer su protección diplomática, dejando entender que no es favorable, en lo que se refiere a sociedades, a la aplicación de la exigencia de efectividad tal como lo había definido en la sentencia *Nottebohm*. Sin lugar a dudas porque dicha efectividad sería más difícil de establecer. (24)

De ahí, entonces, que la Corte haga hincapié en una serie de hechos (constitución de la sociedad bajo el derecho canadiense, lugar donde se encuentra su sede estatutaria), todo ello con el objeto de demostrar que existía un vínculo estrecho y permanente entre la sociedad y el Canadá.

Sin embargo, llama la atención esta negativa por parte de la Corte de considerar el principio de efectividad en materia de sociedades, cuando en otros instrumentos internacionales, codificadores de principios consuetudinarios, ha obtenido plena acogida. (25)

Para el Tribunal de la Haya, Canadá tenía la capacidad de ejercer la protección de la sociedad "Barcelona Traction" y así lo hizo, como lo demuestra una serie de documentos presentados por las partes.

El hecho que Canadá haya puesto fin a su acción, no es sino una manifestación de su soberanía, la protección diplomática es un derecho y no una obligación de los Estados, lo cual de ninguna manera ha creado un derecho en favor del Estado belga:

"El Estado debe ser considerado como único soberano para decidir si acordará la protección, en qué medida lo hará y cuándo pondrá fin". (26)

Por último, el Gobierno belga no puede pretender que por haber sufrido sus súbditos un perjuicio, éste repercute en su economía y le otorgue un derecho propio para obtener reparación del daño por parte del Gobierno español.

Una vez que el Estado admite en su territorio inversiones o súbditos extranjeros, debe concederles la protección de la ley. Pero esto no significa que asegure los recursos del otro Estado que estas inversiones representan.

C.— Justificación del fallo.

La Corte, habiendo rechazado sistemáticamente todas las objeciones presentadas, emprende la tarea de demostrar que la solución adoptada por ella se justifica bajo todo punto de vista:

“El Tribunal considera que la adopción de la tesis de la protección diplomática de los accionistas en cuanto tales, ante la vista de reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales.

Aún más, el peligro sería mayor, ya que las acciones de sociedades que tienen actividad internacional están muy dispersas y a menudo cambian de mano”. (27)

La corte, dando la impresión de que abre un debate doctrinal con ciertos autores, rechaza la idea de una protección diplomática de los accionistas, subsidiaria de la protección ejercida por el Estado cuya nacionalidad posee la sociedad.

El profesor Paul de Visscher, en el estudio ya citado, afirmaba que la primera regla que se desprendía de la jurisprudencia arbitral era aquella que consagraba el carácter subsidiario de la protección diplomática de los accionistas en relación a la protección del Estado cuya nacionalidad posee la sociedad, en los casos en que toda protección en favor de ésta fuese jurídicamente imposible. (28)

La Corte no puede aceptar esta interpretación, puesto que la naturaleza misma de un derecho subsidiario no lo permite:

“El Tribunal debe comprobar que la esencia de un derecho subsidiario es la de no nacer hasta el momento en que el derecho originario deja de existir. Como el derecho de protección pertenece al Estado nacional de la sociedad, no podría considerarse extinguido por el hecho de no haberse ejercitado, siendo imposible admitir que, en caso de no ejercicio, los Estados cuya nacionalidad poseen los accionistas, tendrían un derecho de protección subsidiaria con respecto al Estado cuya nacionalidad posee la sociedad”. (29)

La corte prosigue su justificación demostrando una serie de problemas que se presentarían si se admitiese la protección diplomática de los accionistas. Así, estima el Tribunal de la Haya, sería difícil negar el derecho a los Estados de los

accionistas de impugnar los convenios que no compensasen en forma suficiente las pretensiones de sus súbditos, no obstante existir un acuerdo entre el Estado, autor del daño, y el Estado cuya nacionalidad posee la sociedad.

La aceptación de acciones como las señaladas crearía una "inseguridad contraria a la estabilidad que el derecho internacional tiene por objeto establecer en las relaciones internacionales".

III.— Significado del fallo en el estado actual del derecho internacional.

Una visión crítica de este fallo nos debe conducir necesariamente a situarlo en relación al estado actual del derecho internacional.

En primer lugar, para profundizar sus aspectos innovadores, sin olvidar hacer referencia al papel que desempeña la Corte como "órgano del derecho internacional".

En segundo lugar, para dar a conocer los aspectos dudosos o por resolver que lleva implícita esta sentencia.

A.— Contribución del fallo.

Según la opinión de ciertos autores, la Corte adoptó en este caso una actitud en perfecta conformidad con las reglas del derecho internacional clásico, reafirmando al mismo tiempo su propia jurisprudencia.

Sin embargo, es necesario poner de relieve que en esta sentencia hay elementos notablemente innovadores que más adelante analizaremos.

a) Los alcances del fallo.

El fallo ha contribuido a actualizar el debate doctrinal, demostrando que la admisión de la protección diplomática de accionistas presentaría en general mayores inconvenientes que ventajas.

La Corte reafirma la tesis tradicional en el sentido que su rol consiste esencialmente en aplicar el derecho existente. Como se sabe, durante bastante tiempo el Tribunal de la Haya contó entre sus miembros al jurista chileno, Alejandro Alvarez, partidario convencido de la creación y no de la aplicación pura y simple del derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia.

Es así como en su opinión individual, adjunta al fallo del 9 de abril de 1949 en el caso del Estrecho de Corfú, Alvarez distinguía tres atribuciones de la Corte:

i) la antigua, es decir aquella que consiste en desprender el derecho existente, precisándolo y confirmándolo; ii) aquella, destinada a modificar los preceptos en vigor aunque caducos, conforme a las condiciones actuales de la vida internacional, y por último, iii) aquella que tiene por objeto crear, es decir, formular nuevos preceptos en las materias en donde no existan disposiciones. (30)

La Corte no parece haber acogido a lo largo de su jurisprudencia las ideas y anhelos del jurista chileno. Por el contrario, ha demostrado una actitud invaria-

ble, al pronunciarse en materia contenciosa, que ella es un "órgano del derecho internacional", cuya misión es declarar el derecho y no su creación.

En el caso de la "Barcelona Traction", como en el asunto del Suroeste Africano, la Corte rechaza la idea de hacer "progresar" el derecho internacional estimando, a justo título, que dicha misión le corresponde a la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas.

De aquí que la Corte estime que frente a una laguna o frente al silencio del derecho internacional en una determinada materia, esta laguna o silencio no pueden ser interpretados en desmedro de la soberanía de los Estados.

b) Innovaciones doctrinales.

Un segundo aporte notoriamente más innovador es la referencia que efectúa la Corte a la noción de *Jus Cogens*. (31)

Dicho concepto, después de haber permanecido tan olvidado por la doctrina, no obstante las influencias ejercidas por la Escuela de Viena, adquirió súbitamente actualidad a raíz del proyecto de artículos referente al derecho de los tratados, que la Comisión de derecho internacional presentó a la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966.

Dos son los problemas que se presentan en lo que respecta al *Jus Cogens*. En primer lugar, cuales son las características de las normas que le pertenecen y, segundo, que normas del derecho internacional forman parte de esta categoría.

En lo que se refiere al primer aspecto, algunos autores han asociado dicha noción a términos vecinos como orden público, normas de derecho constitucional, etc.; analogías que parecen desconocer las diferencias existentes entre la sociedad internacional y la sociedad estatal.

No existe en la actual sociedad internacional una autoridad que pueda definir el orden público, a semejanzas del papel que desempeña el Estado en el derecho internacional.

De allí, entonces, la necesidad de situar el *Jus Cogens* en el plano del derecho internacional, tratando además, como bien lo expresa el profesor Virally, de "establecer una noción utilizable en derecho positivo y no elaborar un concepto puramente doctrinal". (32)

El artículo 53 de la convención sobre el derecho de los tratados, se refiere a éste en los siguientes términos:

"Es nulo todo tratado que, al momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". (33)

Se desprende del texto transcrito que los elementos que caracterizan el *Jus Cogens* son tres: que la norma sea imperativa, que pertenezca al derecho inter-

nacional general, que su violación implique la nulidad de los actos contrarios a ella.

En las relaciones internacionales actuales, los sujetos de derecho son activos y pasivos, es decir, son creadores de las normas y están sujetos a ellas, correspondiendo a cada Estado proceder por su propia cuenta en la determinación de las normas que lo obligarán y la aplicación de éstas a una situación determinada. En resumen, para que una obligación sea oponible a un Estado es necesario que éste la haya reconocido.

La creación de las normas de derecho internacional se efectúa en general a través de convenciones o a través de la participación en la elaboración de la costumbre. El poder de crear implica también la facultad de derogar, subentendiendo el valor del principio *pacta sunt servanda*.

La noción de *Jus Cogens* como norma imperativa introduciría una limitación a la libertad o facultad que poseen los Estados en materia convencional, es decir, una limitación a posteriori a la autonomía de la voluntad.

En ciertas materias que son de interés de toda la comunidad internacional, normas relativas, por ejemplo, a los derechos del hombre, a la paz y la seguridad mundial, los Estados sufrirían una limitación a su soberanía y especialmente a su calidad de sujetos activos del derecho internacional.

El segundo elemento es que la norma debe pertenecer al derecho internacional general, esto es, debe pertenecer al conjunto de normas aplicables a todos los Estados miembros de la sociedad internacional. Esto significa la imposibilidad de concebir un *Jus Cogens* regional, particular o local.

Dentro de ciertos sistemas regionales pueden existir y existen normas consideradas como fundamentales por los Estados miembros. Tal es el caso de los Estados Latinoamericanos que condenan toda intervención en los asuntos internos, pero éstas no adquirirán la calidad de *Jus Cogens* sin el acuerdo de la comunidad internacional.

Los Estados miembros de un sistema regional determinado no podrían sustraerse a las obligaciones erga omnes, oponibles a toda la comunidad internacional. Esto, sin embargo, no impediría que en sus relaciones particulares establecieran ciertas obligaciones, subentendiendo que éstas deberán respetar el *Jus Cogens*.

La universalidad que hemos comentado no tendría una gran eficacia si las normas pertenecientes al *Jus Cogens* pudiesen ser modificadas por normas de naturaleza diferente. De allí que el artículo 53 estipule que las normas de *Jus Cogens* sólo pueden ser modificadas por "una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

El tercer elemento, quizás el más importante, ya que define los efectos jurídicos del *Jus Cogens*, es aquél que prevé la nulidad para los actos contrarios a éste.

Como lo hemos expresado anteriormente, los Estados concurren en la elaboración de las normas internacionales a través de convenciones o a través de su participación en la formación de la costumbre.

Los Estados que no han participado en dicha elaboración, pueden adherir a ellas o pueden permanecer en calidad de terceros. Para estos últimos la nueva situación jurídica le es inoponible mientras no medie su reconocimiento. La inoponibilidad reemplaza en el estado actual del derecho internacional la ausencia de un recurso en anulación.

Algo totalmente diferente ocurriría con las normas del **Jus Cogens**, puesto que todo acto contrario sería nulo, esto es, desprovisto de efecto jurídico, ya sea éste un tratado o, como lo expresa el profesor Reuter, "una acción unilateral". (34)

La importancia que el conjunto de Estado atribuya a estas normas, introducirá en el derecho de gentes en esbozo de personificación de la comunidad internacional.

Una vez establecidas las características del **Jus Cogens** nos corresponde determinar que normas del derecho internacional pertenecen a dicha categoría.

La Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas no quiso incluir en su proyecto ninguna precisión o enumeración, estimando conveniente dejar dicha tarea a la práctica de los Estados y a la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.

Sin embargo, en el curso de la conferencia de Viena se manifestaron dos tendencias: una, encabezada por la Unión Soviética, que proponía una lista de normas imperativas y otra, que proponía buscar en cambio un mecanismo para solucionar los conflictos que pudiesen presentarse entre los Estados con relación a la calificación de una norma como perteneciente al **Jus Cogens**.

La segunda tendencia fue acogida por la Conferencia al establecerse en el artículo 66 los medios de solución de conflictos, disposición que permite recurrir unilateralmente ante la Corte Internacional de Justicia. (35)

Las aspiraciones de la Comisión de derecho internacional fueron satisfechas por la Corte Internacional de Justicia en el fallo de la "Barcelona Traction" al hacer una referencia al **Jus Cogens**.

La Corte distingue dos categorías de obligaciones en derecho internacional: obligaciones de los Estados con relación a la comunidad internacional en conjunto (obligaciones erga omnes) y aquellas, tradicionales, entre dos Estados.

El profesor Ago en su tercer informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados, presentado ante la Comisión de derecho internacional (36), estima que al interior de la categoría de hechos ilícitos, algunos autores, entre los cuales cita a la Corte, tenderían a individualizar ciertos tipos de hechos, de tal manera graves y perjudiciales, los cuales darían lugar a una responsabilidad con relación a la totalidad de los Estados.

Sin embargo, el Tribunal de la Haya no precisó si esta relación entre el Estado culpable y el conjunto de Estados sería una consecuencia prevista por una

norma internacional consuetudinaria o al contrario sería el resultado de una regla de derecho convencional. La Corte tampoco precisa si esta relación se crearía con los Estados tomados individualmente o más bien como miembros de una organización internacional, la cual estaría calificada para solicitar la anulación de la medida incriminada y la aplicación de las sanciones correspondientes.

No obstante estas lagunas el fallo de la Corte que introdujo el *Jus Cogens* en la jurisprudencia internacional tendrá en el futuro una enorme trascendencia y será una notable contribución al debate doctrinal, desempeñando, como lo expresa Reuter, una función moralizadora en el derecho de gentes.

Esta precisión jurídica viene al encuentro de una vieja aspiración de los Estados débiles y pequeños, siempre temerosos del uso abusivo del derecho por parte de los Estados más poderosos.

B.— Los aspectos controvertidos.

Nos corresponde dar a conocer por último los aspectos controvertidos de esta sentencia.

Para ello nos referiremos especialmente a las opiniones individuales de los jueces y a ciertos estudios doctrinales.

Dos nos parecen ser lo más importante y de mayor trascendencia: primero, la situación jurídica de las inversiones internacionales y, segundo, la referencia o reenvío al derecho interno.

a) La situación jurídica de las inversiones internacionales.

No podemos omitir aquí la relación que establece la Corte en lo tocante a la situación jurídica de las inversiones internacionales.

Esta materia fue analizada detenidamente en las opiniones individuales más que en el fallo mismo.

En su opinión individual el juez de nacionalidad francesa, André Gross, se plantea la situación jurídica de las inversiones multinacionales en el derecho internacional y concretamente la suerte de las inversiones belgas efectuadas en el territorio español.

No hay que olvidar que las inversiones internacionales o multinacionales son en la actualidad de un gran volumen y de una gran complejidad. En el caso que nos ocupa la mayor parte de los accionistas de la "Barcelona Traction" eran sociedades y ésta, a su vez, era una sociedad holding de un grupo de otras 14 sociedades, que controlaba en su casi 100% de sus capitales.

En resumen, la Corte se encuentra abocada a fallar la situación jurídica de las inversiones extranjeras, calificadas como "un elemento de la política de desarrollo de la economía nacional", según la opinión de los agentes del Gobierno belga.

De aquí el interés por parte del demandante de involucrar en el perjuicio sufrido por los accionistas el daño que esto significaría para la economía nacional, concretamente el desequilibrio de su balanza de pagos:

“Se ha emitido la opinión —dice la Corte— de que un Estado puede formular una reclamación cuando unas inversiones hechas por sus súbditos en el extranjero sufriesen un perjuicio y que tales inversiones, formando parte de los recursos económicos de la nación, por el daño que sufren ponen inmediatamente en juego los intereses económicos del Estado”. (37)

La Corte no acogió la argumentación de Bélgica, haciéndose eco más bien de la posición que sobre la materia sostienen generalmente los países en vías de desarrollo y los países socialistas. El fallo fue adoptado por quince votos contra uno, éste del juez ad-hoc.

La doctrina subyacente a la sentencia, explicitada por algunos jueces de esos países, como Padilla Nervo (México) y Ammoun (Líbano), es la que estima que los Estados poseen un derecho soberano sobre sus riquezas naturales y, por tanto, el ejercicio de una protección diplomática indiscriminada por parte de los Estados cuya nacionalidad poseen los inversionistas, puede convertirse en un medio de presión contra los Estados débiles.

A este respecto las opiniones del juez Padilla Nervo son muy significativas:

“No son los accionistas de grandes sociedades los que tienen necesidad de protección diplomática; son más bien los Estados pobres o débiles en donde estos capitales han sido invertidos, quienes tienen necesidad de ser protegidos contra la injerencia de poderosos grupos financieros o contra la presión diplomática injustificada de Gobiernos, que parecen siempre estar dispuestos a apoyar a todo precio a los accionistas de su nacionalidad, aún cuando estos últimos estén jurídicamente obligados a compartir los riesgos de su sociedad en todas las circunstancias”. (38)

La Corte vuelve a repetir que la obligación que el derecho internacional impone a los Estados, en relación a la persona y bienes extranjeros, es concederles la protección de la ley.

El juez Morelli desarrolló de manera clara y precisa la posición del Tribunal en su opinión individual.

El jurista italiano distingue dos categorías de normas internacionales en relación al trato que debe concederse a los extranjeros. Unas, que definen directamente los intereses protegidos, independientemente de la actitud del derecho interno, intereses propios al individuo, como el respeto a la vida o a libertad, y otras, que atañen no solamente al individuo sino especialmente a las entidades colectivas y que tienden a proteger intereses esencialmente económicos.

En lo que se refiere a esta segunda categoría de normas, el derecho internacional impondría una doble obligación: primera, permitir el acceso a los tri-

bunales, esto es, impedir cualquiera denegación de justicia; segunda, respetar los derechos que el orden interno de cada Estado concede a los extranjeros.

Padilla Nervo explicita aún más estas ideas al expresar que "el derecho internacional se limita a imponer a un Estado un cierto número de obligaciones en relación a otro Estado, entre las cuales, aquellas de reservar a los extranjeros un trato determinado, por ejemplo, ofrecerles el acceso a los tribunales y permitir que sus demandas sean juzgadas imparcialmente en un plazo razonable y sin discriminación". (39)

La Corte no acepta de ninguna manera que los Estados, que acogen en su territorio inversiones extranjeras, asuman la obligación de asegurarles una rentabilidad determinada, ni menos que se priven del ejercicio de sus derechos soberanos:

"Desde que un Estado admite en su territorio inversiones o súbditos extranjeros, está obligado como se ha indicado en el párrafo 33, a concederles la protección de la ley. Pero ello no viene asegurar los recursos del otro Estado que estas inversiones representan. Todas las colocaciones de esta naturaleza implican riesgos". (40)

Toda inversión lleva implícita la noción y la posibilidad de un riesgo.

El juez mexicano ya citado reafirma una antigua posición de los Estados Latinoamericanos al estimar que "los inversionistas que van al extranjero en busca del lucro corren un riesgo, pudiéndole sucederles lo mejor o lo peor, no necesariamente lo mejor". (41)

Es pues la idea de "riesgo-lucro" (risque-profit) que conduce a la Corte a desechar algunas conclusiones del juez Gross, quien se asombraba ante una no protección de intereses económicos, particularmente en lo que se refiere a los accionistas de una sociedad anónima.

Todo inversionista ha debido prever, al percibir enormes utilidades, la posibilidad de un riesgo, debiendo aceptarlo cuando le cause daño o perjuicio:

"El Tribunal recuerda que al constituirse una sociedad los fundadores tienen en cuenta todos los factores pertinentes, valorando las ventajas y los inconvenientes. El accionista obra igual, ya se trate de un suscriptor de capital inicial o de una persona que compra acciones de la sociedad a uno de los accionistas. Puede buscar una imposición segura, dividendos elevados o una ganancia en capital, o esforzarse en combinarlos. En cualquier caso, esto no modifica el estatuto jurídico de la sociedad y no cambia los derechos del accionista. Este debe considerar el riesgo de una baja de los dividendos, de una depreciación del capital o, incluso, de una pérdida, originados por los riesgos comerciales ordinarios o por un perjuicio que sufriera la sociedad a causa de un trato ilícito". (42)

La Corte no desconoce que existen ciertos instrumentos internacionales, auspiciados por organismos como el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, que permiten encontrar una posible solución a las divergencias que puedan surgir entre los inversionistas y los países en vías de desarrollo:

“En el actual estado del derecho, la protección de los accionistas exige que se recurra a estipulaciones convencionales o acuerdos especiales concluidos directamente entre el inversionista privado y el Estado en el cual se han efectuado las inversiones”. (43)

Sin embargo, dichos acuerdos suponen, como en el caso del Centro Internacional para el Reglamento de diferendos relativos a las Inversiones (C.I.R.D.I.) (44), la voluntad de ratificarlos. El C.I.R.D.I. publicó su cuarto informe anual en septiembre de 1970, documento que ilustra una débil actividad y un alcance geográfico bastante reducido.

Según la opinión de ciertos autores, este fallo podría significar una disminución del volumen de las inversiones o un encarecimiento de su costo; otros en cambio ven en la sentencia una “moralización” del régimen jurídico de las inversiones privadas.

b) La referencia al derecho interno.

El segundo aspecto controvertido que presenta este fallo es la referencia o reenvío que efectúa la Corte al derecho interno.

Es éste otro de los aspectos en donde aparecen un gran número de opiniones individuales opuestas.

A juicio del profesor Charles de Visscher, esta referencia constituye la piedra angular de la sentencia, ya que el derecho de los accionistas a recibir la protección diplomática por parte del Gobierno belga dependería, en una gran medida, de categorías del derecho interno que rigen la sociedad anónima. (45)

Parece necesario, entonces, definir previamente el concepto de referencia, para estudiar con posterioridad sus efectos, esto es, apreciar la aplicación que, en este caso, realiza el Tribunal de la Haya.

Anzilotti la define como la acción que realiza el juez, cuando queriendo aplicar una norma que pertenece a un orden jurídico determinado, debe recurrir a una noción que pertenece a otro orden jurídico. (46)

La Corte estima que la sociedad anónima es una de aquellas instituciones en donde los inversionistas extranjeros ejercen generalmente sus actividades económicas.

Considerada en una perspectiva histórica, la sociedad anónima se ha convertido en un “factor poderoso de la vida económica de las naciones”, obligando al derecho interno a regir su creación y su funcionamiento:

“En este aspecto el derecho internacional está llamado a reconocer instituciones de derecho interno que juegan un papel importante y que están muy extendidas en el plano internacional”. (47)

El reconocimiento que el derecho internacional hace de instituciones de derecho interno, supone determinar la esencia de dichas instituciones según el orden competente:

“Este reconocimiento supone que el derecho internacional se refiere a las reglas pertinentes de derecho interno, cada vez que se planteen cuestiones jurídicas relativas a los derechos de los Estados que conciernen al trato de las sociedades y de los accionistas, a propósito de los cuales el derecho internacional no ha fijado reglas propias”. (48)

De aquí que la Corte estime que “vista la pertinencia de los derechos de la sociedad anónima y de los derechos de los accionistas en el orden interno, el Tribunal deba examinar su naturaleza y relaciones recíprocas”. (49)

El profesor Charles de Visscher critica esta referencia porque a su juicio no existiría ningún vínculo, dada la diversidad de materias. El fallo, expresa el jurista belga, transpone en el plano de la protección diplomática, que es aquel del derecho internacional público, los efectos que el derecho interno privado atribuye a la separación de la personalidad entre la sociedad y los accionistas, distinción que responde a preocupaciones propias al derecho interno.

Para el juez Fitzmaurice la referencia implica un falseamiento de la estructura de la sociedad anónima ya que el derecho interno admite, en ciertos casos, hacer abstracción de la hegemonía de la personalidad moral de la sociedad.

El juez japonés Tanaka considera en cambio que existiendo dos órdenes jurídicos diferentes, interno e internacional, la personalidad jurídica de la sociedad anónima no tiene otra finalidad que en cuanto técnica jurídica propia al orden interno y limitada a dicho plano.

Gross parte de un punto de vista diferente, al estimar que el reenvío conduce necesariamente a aceptar una superioridad del derecho interno sobre el derecho internacional, lo que constituye una negación de éste.

El profesor Jean Charpentier justifica en cambio este recurso al derecho interno de acuerdo al artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (50)

Dicha disposición permite al Tribunal de la Haya aplicar los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. De ninguna manera la Corte se ha referido a un derecho interno en particular y menos al derecho interno del Estado demandado:

“Si el Tribunal se pronunciara sin tener en cuenta las instituciones de derecho interno, se expondría a graves dificultades jurídicas sin justificación. Perdería contacto con la realidad, porque en derecho internacional no hay instituciones correspondientes a las que el Tribunal pudiera recurrir. Es por eso, como se indicó antes, que el Tribunal no sólo debe tomar en consideración el derecho interno, sino aún más referirse a él. El derecho internacional

atañe a reglas aceptadas generalmente por los sistemas de derecho interno que reconocen la sociedad anónima, cuyo capital está representado por acciones, y no al derecho interno de un Estado determinado". (51)

Sin embargo, la facultad que el artículo 38 concede a la Corte no puede ser usada sino bajo dos condiciones: la referencia debe hacerse a principios que se desprenden del derecho comparado y dichos principios no pueden oponerse a ninguna concepción general de derecho internacional público.

Ahora bien, pareciera que ambas condiciones estuviesen presente en el espíritu de los redactores de la sentencia.

La Corte examina la sociedad anónima en los diferentes sistemas jurídicos y extrae de ellos el principio de la separación de patrimonios y de la personalidad entre accionistas y la sociedad.

Por último el derecho internacional no ofrece reglas precisas, ni posee una concepción general en la materia. Existe una laguna o silencio que difícilmente puede ser interpretado en favor de los accionistas.

La Corte sólo se ha limitado a desprender una convicción jurídica general que tiene su lugar en las relaciones internacionales.

CONCLUSIONES

Con los antecedentes expuestos por esta jurisprudencia, ensayemos de llegar a ciertas conclusiones.

En lo que se refiere a la institución de la protección diplomática, ésta es un derecho de los Estados y no una obligación. La protección diplomática constituye una limitación a la soberanía de los Estados, por lo tanto, su uso no puede ser indiscriminado ni ejercerse de manera abusiva.

No existe una norma de derecho internacional que autorice a un Estado a ejercer la protección diplomática de accionistas de una sociedad que posee la nacionalidad de otro Estado, silencio que no puede ser interpretado en desmedro de la soberanía de los Estados.

La regla de la nacionalidad de una reclamación internacional es pues válida tanto para las personas físicas como para las personas morales. El criterio de la efectividad no tiene aplicación en estas materias.

Sin embargo, existen obligaciones oponibles a todos los Estados, cuya violación implicaría la nulidad del acto contrario, ya sea éste un tratado o una acción unilateral, lo que daría lugar a la intervención de quienes pudiesen justificar un interés en su anulación.

Los Estados poseen un derecho soberano sobre sus riquezas naturales. Los inversionistas extranjeros deben, al percibir grandes utilidades, prever los riesgos posibles, entre ellos el de un trato ilícito. Dichas inversiones se desarrollan en

un dominio de la competencia exclusiva del Estado territorial lo que significa, a falta de acuerdos especiales, que es el orden jurídico de dicho Estado el competente.

El derecho internacional público está obligado a reconocer instituciones de derecho interno que no existen en el orden internacional, pero dicha referencia o reenvío no significa necesariamente analogías ni dependencias.

LISTA DE ABREVIATURAS

A.F.D.I.	— Annuaire français de droit international
Barcelona Traction	— Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited
CIJ	— Corte Internacional de Justicia
C.P.J.I.	— Corte Permanente de Justicia Internacional
R.B.D.I.	— Revue Belge de Droit International
R.C.A.D.I.	— Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.
CIJ, 1970, N°	— Fallo de la Corte que corresponde al Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1970, Cour Internationale de Justice, seguido del número del párrafo.

NOTAS

(1) Citado por el Comité Jurídico Interamericano en su informe titulado, "Contribución del Continente Americano a los principios que rigen la Responsabilidad del Estado", Unión Panamericana, Marzo de 1962, p. 18

(2) "Es un principio elemental de derecho internacional el que autoriza a un Estado a proteger a sus súbditos, víctimas de actos contrarios al derecho internacional, cometidos por otro Estado, ante el cual aquellos no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias".

C.P.J.I. caso de "Concesiones de Mavrommatis en Palestina", Serie A, N° 2, p. 12

(3) Georges Berlia, "Contribution a l'étude de la nature de la protection diplomatique", A.F.D.I. 1957, p. 63

(4) Véase los artículos 24 de la convención Europea sobre derechos del Hombre y 45 de la convención Americana sobre derechos humanos.

(5) La Corte explicita estas ideas al expresar que "el problema jurídico se reduce a determinar si es legítimo assimilar un ataque a los derechos de la sociedad, entrañando un perjuicio para los accionistas, a la violación de sus propios derechos". CIJ, 1970, N° 48

(6) Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, CIJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1970.

(7) Paul de Visscher, "La Protection diplomatique des personnes Morales", R.C.A.D.I. 1961, tome 102, p. 467

(8) Un estudio general sobre la materia se encuentra en el artículo de A. Ch. Kiss, "La Protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales", en la obra colectiva del Instituto de derecho Comparado de París titulada, "La personnalité Morale et ses limites", Librairie Générale de droit et jurisprudence, Paris, 1960, p. 179 - 210.

(9) Fallo del 24 de julio de 1964, CIJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1964, p. 6 - 47.

Sobre esta sentencia puede verse el artículo de Jean-Victor Louis, "L'Estoppel devant la Cour Internationale de Justice", en la revista Droit international et de droit Comparé, tome XLII, 1965, p. 212 - 234.

(10) CIJ, 1964 (Excepciones previas) p. 45

(11) CIJ, 1970, N° 31.

(12) CIJ, 1970, N° 33.

(13) El 4 de noviembre de 1960, Etiopía y Liberia introdujeron una demanda ante la Corte en contra de la República de Sud-Africa por supuestas violaciones a las obligaciones que a dicha República imponía el ejercicio de su mandato sobre el territorio del Suroeste Africano.

La Corte, por el voto preponderante de su Presidente, el 18 de julio de 1966, rechazó las reclamaciones de los demandantes aduciendo la falta de interés jurídico de Etiopía y Liberia. CIJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1966, p. 4 - 51.

(14) CIJ, asunto, "Reparations des dommages subis au service des Nations Unies", dictamen consultivo. Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1949, p. 181 y 182.

(15) CIJ, 1970, N° 35.

(16) CIJ, 1970, N° 38.

(17) CIJ, 1970, Nº 41.

(18) CIJ, 1970, Nº 44.

(19) Según la opinión de mayoría, la Organización de las Naciones Unidas poseería una "personalidad objetiva", es decir, oponible a todos los Estados, incluso a los Estados no miembros, lo que le permitiría ejercer una protección "funcionaria" bastante extendida. CIJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1949, p. 174 - 188.

(20) Henri Batiffol, "Droit International Privé", Librairie Générale de droit et jurisprudence, Paris, 1970, tome I, p. 242 y 243.

(21) CIJ, 1970, Nº 62.

(22) A. Ch. Kiss, ob. cit. p. 190.

(23) CIJ, 1970, Nº 66.

(24) En este caso Liechtenstein pedía reparación del daño sufrido en la persona de su súbdito Nottebohm al Gobierno de Guatemala, por actos contrarios al derecho internacional. La Corte declara inadmisibile la demanda de Liechtenstein puesto que la nacionalidad de Nottebohm es ficticia. En efecto, Nottebohm, ciudadano alemán se instala en 1905 en Guatemala, donde adquiere la residencia. En 1929, en viaje por Europa, obtiene la nacionalidad de Liechtenstein, volviendo en 1940 a Guatemala, en donde asume nuevamente la dirección de sus negocios.

La nacionalidad de Nottebohm no tiene ningún fundamento y no puede oponerse a Guatemala. Más aún, el objetivo perseguido al naturalizarse en Liechtenstein es obtener el estatuto jurídico de un súbdito de un Estado neutral.

CIJ, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1955, p. 4 - 27.

(25) Véase el artículo 5 inciso 1 de la Convención sobre el Alta Mar, suscrita en Ginebra, el 29 de abril de 1958.

(26) CIJ, 1970, Nº 79.

(27) CIJ, 1970, Nº 96.

(28) Paul de Visscher, ob. cit. p. 472.

(29) CIJ, 1970, Nº 96.

(30) Opinión individual del juez A. Alvarez, Asunto del Estrecho de Corfu, CIJ, 1949 p. 40 y 41.

(31) Sobre el Jus Cogens se han publicado varias monografías, entre ellas: K. Marek, "Contribution a l'Etude du Jus Cogens en Droit International Public", en Hommage a Paul Guggenheim, 1968, obra publicada por la Universidad de Ginebra y por el Instituto universitario de Altos Estudios Internacionales; Erick Suy, "The concept of Jus Cogens in international law", Conference on International Law, Greece, 1966, publicado por Carnegie Endowment for International Peace, Ginebra, 1967; Michael Virally, "Reflexions sur le Jus Cogens", A. F. D. I. 1966, p. 5 - 29.

(32) Virally, Ob. cit. p. 8.

(33) Un estudio general de la Conferencia de Viena se encuentran en la obra de Shabtai Rosenne, "The Law of Treaties. A guide to the legislative history of the Vienna Convention", A. W. Sitthoff-Leyden, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, N. Y. 1970;

En lengua francesa puede consultarse el trabajo del profesor Reuter Paul, "La Convention de Vienne sur le Droit des Traités", Dossiers U 2, Librairie Armand Colin, Paris, 1970.

(34) Paul Reuter, ob. cit. p. 21.

(35) El profesor Quoc Dinh estima que en la práctica el art. 66 impedirá la ratificación de la Convención por parte de los Estados Socialistas que rechazan la jurisdicción de la Corte.

Quoc Dinh, "Cours de Droit International Public," Fascicule III, Les Cours de Droit, Paris, 1971 - 1972, p. 454.

(36) Roberto Ago, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, "Le fait illicite de l'Etat", Comisión de derecho Internacional, A/CN.4/246, 5 de marzo, 1971, p. 36.

-
- (37) CIJ, 1970, Nº 86.
- (38) Opinión individual del juez Padilla Nervo, CIJ, 1970, p. 249.
- (39) Opinión individual del juez Padilla Nervo, CIJ, 1970, p. 253.
- (40) CIJ, 1970, Nº 87.
- (41) Opinión individual del juez Padilla Nervo, CIJ, 1970, p. 250. El texto original es el siguiente: Investors who go abroad in search of profits take a risk and go there for better or for worse, not only for better.
- (42) CIJ, 1970, Nº 43.
- (43) CIJ, 1970, Nº 90.
- (44) Véase la convención sobre reglamento de diferendos relativos a inversiones entre Estados et inversionistas, nacionales de otro Estado. Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, 18 de marzo de 1965.