

**CASO BARCELONA TRACTION LIGHT AND POWER COMPANY
LIMITED
España vs Bélgica
(1970)**

Fabián Novak Talavera*

1. OBJETIVOS

El presente caso reviste singular importancia porque en él, se analizan una serie de instituciones del Derecho Internacional Público que sentarían interesantes precedentes jurisprudenciales para futuros casos ante la Corte.

Si bien es cierto el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que las decisiones del tribunal son obligatorias tan sólo para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido materia de decisión, no cabe duda que los tribunales de la Haya se han orientado hacia una línea jurisprudencial homogénea; de ahí la importancia de analizar cuidadosamente esta sentencia.

La Corte de la Haya suele referirse constantemente a sus decisiones anteriores, aunque en principio no se encuentre obligada por sus propios precedentes. La misma sentencia de la Barcelona Traction evoca clásicos pasajes de sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y del Tribunal Internacional de Justicia como el Panavezys-Saldutiskis, Mavrommatis, Nottebohm e incluso opiniones consultivas, como el caso de las Reparaciones por daños sufridos en el servicio de las Naciones Unidas, entre otros. Sobre esto Rosenne señala: "El Tribunal Internacional de Justicia ha tratado de evitar obligarse por fallos anteriores, pero al mismo tiempo, no ha querido quebrantar los criterios establecidos".¹ Delbez, sobre lo mismo, agrega: "Tenemos la impresión que el tribunal quiere edificar un cuerpo de jurisprudencia homogénea"².

La justificación de tal postura adoptada por la Corte es explicada por el juez Kotaru Tanaka en su opinión individual en el caso de la Barcelona Traction, al señalar que la fun-

* Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Internacional Público de la Academia Diplomática del Perú y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

1 ROSENNE, Shabtai. *El Tribunal Internacional de Justicia*, (traducción española), Madrid, 1967, p. 203.

2 DELBEZ, L. *Les Principes Généraux du Contentieux International*, París, 1962, p. 19.

ción más importante del tribunal no sólo consiste en regular las diferencias concretas, sino también, contribuir al desarrollo del Derecho Internacional.

Efectivamente, la labor de un tribunal, cualquiera que éste sea, no puede limitarse a la solución de la controversia concreta, sino que debe ir mucho más allá; debe buscar sentar las bases para controversias futuras, establecer criterios comunes de solución, formar una jurisprudencia homogénea que permita predecir la solución de pleitos futuros y por ende, cumplir una labor disuasiva, aclarar puntos oscuros o no regulados y llenar espacios vacíos, permitiendo con todo ello, el enriquecimiento de esta disciplina.

Por tanto, la jurisprudencia de La Haya, tanto contenciosa como consultiva, trasciende al caso concreto y a las obligaciones de las partes litigantes.

En este sentido, el presente caso nos permitirá estudiar instituciones relevantes para el Derecho Internacional como por ejemplo:

- a. La institución de la Protección Diplomática, y en particular sus elementos y características.
- b. Las Excepciones en el Derecho Procesal Internacional.
- c. La figura del Desistimiento de Instancia y de Acción.
- d. El Abuso del Derecho y la Desviación de Poder en el Derecho Internacional.

Hecha esta breve introducción, pasemos ahora al análisis detallado del caso.

2. ANTECEDENTES

La sociedad Barcelona Traction Light and Power fue constituida en el año de 1911 en la ciudad de Toronto, Canadá, donde estableció su sede.

La empresa es una sociedad holding, es decir, aquella cuyo principal negocio consiste en poseer acciones u obligaciones de otras compañías, cuyos intereses o dividendos constituyen las rentas de dicha sociedad.

Algunos años antes de la primera Guerra Mundial, las acciones de la Barcelona Traction pasaron en gran parte a manos de súbditos belgas, personas naturales o jurídicas, y otro porcentaje importante de acciones no cesó de pertenecer a personas de dicha nacionalidad.

Luego de la Primera Guerra Mundial, la Barcelona Traction, con el propósito de construir y operar plantas de energía eléctrica en Cataluña, España, formó varias compañías subsidiarias cuyas acciones pertenecían, casi en su totalidad, a esta empresa.

Tres de dichas sociedades, cuyas acciones poseía Barcelona Traction en su totalidad, habían sido constituidas también conforme al derecho canadiense y tenían su domicilio en Canadá: "Ebro Irrigation and Power Company Limited", la "Catalonian Land Company

Limited” y la “International Utilities Finance Corporation Limited”. Las demás, fueron constituídas en virtud del derecho español y tenían su sede en España.

3. HECHOS ³

- .1936: A causa de la Guerra Civil Española, el Gobierno de España adoptó diversas medidas económicas destinadas a paliar las terribles consecuencias de la guerra. Entre ellas, decretó una serie de medidas con respecto a la transferencia de moneda extranjera, por las cuales, el servicio de las obligaciones de la Barcelona Traction en libras esterlinas fue interrumpido.
- .1940: En España, se reanuda el pago de los intereses de las obligaciones en pesetas, pero las autoridades administrativas españolas negaron autorización para transferir divisas para el servicio de las obligaciones en libras esterlinas, por lo cual, el pago de los intereses de estas obligaciones por parte de la empresa Barcelona Traction nunca se reanudó.
- 09.02.1948: Tres tenedores españoles de obligaciones pagaderas en libras por parte de la empresa Barcelona Traction, presentan una demanda ante el Tribunal Español de Reus. Esta demanda, buscaba hacer efectivo el pago de las obligaciones contraídas por esta empresa.
- 12.02.1948: El juez de primera instancia de Reus dicta un auto declarando la quiebra de la Barcelona Traction y su posterior liquidación. La declaración de quiebra trajo consigo la desposesión de la empresa quebrada y la ocupación de los derechos, acciones y bienes de ésta sobre sus filiales. Asimismo, se autorizó la emisión de nuevas acciones que cancelaban las antiguas, y la venta de estas nuevas acciones a una compañía española de reciente formación, que adquirió el control de la Barcelona y de sus filiales. En aplicación del auto, el comisario (Síndico) de quiebra, destituyó inmediatamente a los principales dirigentes de la Barcelona Traction y, en las semanas siguientes, el depositario nombró administradores españoles e hizo constar que la sociedad quedaba así normalizada.
- 14.02.1948: Declarada en quiebra la Barcelona Traction, se interponen en España una serie de recursos contra el auto declaratorio de quiebra y de las decisiones conexas. Sin embargo, la Barcelona Traction aún no había sido notificada judicialmente del procedimiento de quiebra, por lo cual, no actuó ajustada a derecho hasta el 18 de junio de 1948. ⁴
- .02.1948: La Barcelona Traction impugna la competencia del juez de Reus y la ju-

3 Todos los datos e informaciones referentes a los hechos del caso han sido extraídos de la segunda sentencia del Tribunal de la Haya de cinco de febrero de 1970. Asunto “Barcelona Traction, Light and Power Company Limited” (Nueva Demanda: 1962. Bélgica vs. España). Traducción española de Luis García Arias.

4 Debe resaltarse que la Barcelona Traction no interpuso recurso de oposición contra el auto de quiebra dentro del plazo previsto por el derecho español (8 días contados desde la fecha de publicación del auto). Esta omisión, resultará fundamental para el análisis posterior.

jurisdicción de la Corte española y, en general, plantea una serie de recursos ante este tribunal. Se dictaron en total en el asunto 2,736 providencias, 494 autos y 37 sentencias antes de la demanda belga ante la Corte Internacional de Justicia. Todos estos recursos empero, no tuvieron éxito alguno.

- 27.03.1948: Desde esta fecha hasta el 21 de abril de 1952, el gobierno canadiense dirige una serie de comunicaciones al gobierno español a través de notas diplomáticas, con el fin de reclamar y proteger los intereses de la empresa canadiense afectada. En un principio, alega denegación de justicia por parte de las autoridades españolas. Luego, propone al gobierno español el sometimiento a una solución arbitral, propuesta que fue rechazada. A partir de este momento el gobierno canadiense se limitó a tratar de favorecer un arreglo amistoso entre los grupos privados interesados.

Por otro lado, el gobierno belga, en resguardo de los intereses de los accionistas belgas que tenían el control mayoritario de la empresa, interviene el mismo día que lo hace el gobierno canadiense. En un primer momento, se limitó a una acción diplomática, política que continuó hasta el momento en que el gobierno español rechaza su propuesta de arbitraje (fines de 1951). A raíz de ello, Bélgica decide someter unilateralmente el litigio a la Corte Internacional de Justicia de la Haya.

- .03.1950: El gobierno español plantea la creación de una Comisión encargada de analizar el asunto, en la que participarían España, Canadá y Reino Unido. Esta propuesta fue aceptada de inmediato por estos países.
- 11.06.1951: Los trabajos de la Comisión dan como resultado una declaración conjunta de los tres gobiernos, señalando: “que la actitud adoptada por el gobierno español al no autorizar las transferencias de divisas solicitadas, estaba plenamente justificada”. Con esto, los gobiernos de Canadá y Reino Unido renunciaban implícitamente a todo intento futuro de protección diplomática.
- 15.09.1958: Se inicia el procedimiento judicial internacional con la demanda que introduce el gobierno belga ante la C.I.J. La demanda es registrada por la Corte ocho días más tarde.
- 15.10.1960: Los dirigentes del grupo privado cuya protección había asumido el gobierno belga, entraron en contacto con el grupo privado español FECSA, sociedad española a la que la reclamación atribuía haber sido la beneficiaria de los ilícitos del Estado español. Este acercamiento estaba destinado a alcanzar un arreglo amigable con la empresa española.
- .10.1960: El grupo español puso como condición previa a cualquier arreglo, el **retiro definitivo de la demanda**. Tras varios intentos infructuosos de atemperar esta postura, el gobierno belga finalmente cede. Es así como el 23 de marzo de 1961 y en base al artículo 69 del reglamento del tribunal,

el agente del gobierno belga puso en conocimiento de la Corte **su renuncia a continuar con la instancia (Desistimiento)**.

- 05.04.1961: El gobierno español comunica a la Corte Internacional de Justicia "Que de acuerdo con el artículo 69 del reglamento del tribunal no formulaba oposición alguna al desistimiento belga". Tres días después se reunían los dos grupos privados.
- 14.06.1962: Apenas transcurrido un año y ante el fracaso de las negociaciones con el grupo privado español, el gobierno belga interpone una segunda demanda ante la C.I.J.
- 11.03.1964: Se inicia el procedimiento oral ante la Corte Internacional de Justicia, el cual termina el 19 de mayo del mismo año.
- 24.07.1964: La Corte Internacional de Justicia dicta la primera sentencia, resolviendo las cuatro excepciones preliminares formuladas por el gobierno español. La primera y segunda excepciones, referidas a la competencia de la Corte fueron rechazadas. La tercera y la cuarta sobre la ausencia de vínculo de nacionalidad y no agotamiento de los recursos internos por parte de la empresa Barcelona Traction fueron unidas al fondo del asunto.
- .1965: La segunda fase se inicia con el procedimiento escrito, con la presentación de la memoria del gobierno belga. El gobierno español presenta por su parte su contra memoria el 31 de diciembre de 1965.
- 16.05.1967: Se produce la réplica del gobierno belga.
- 01.07.1968: Se lleva a cabo la réplica del gobierno español.
- 05.02.1970: Finalmente, la Corte Internacional de Justicia dicta su segunda sentencia definitiva.

En toda la historia del Derecho Internacional Público no se conoce un procedimiento judicial tan dilatado como éste. La inusitada duración de este caso (once años, cuatro meses y trece días) se debió fundamentalmente a dos circunstancias: por un lado, al pedido constante de las partes de una ampliación de los plazos fijados para presentar sus escritos y, por otro, a que bajo el mismo título, han habido dos instancias judiciales: la de 1958 y la de 1962.

4. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Posición del Gobierno Español: España deduce cuatro excepciones preliminares ante la demanda del gobierno belga.⁵

5 GARCIA ARIAS, Luis. "El Caso Barcelona Traction ante el Tribunal Internacional de Justicia". EN: *Revista Española de Derecho Internacional*, N° 2-3, Vol. XXIII, Madrid, 1970, pp. 207 y ss.

1. Competencia de la Corte: (Excepción de Desistimiento):

Frente a la segunda demanda del gobierno belga, España deduce una primera excepción, señalando que el pleito había acabado definitivamente en 1961 cuando Bélgica se desistió de la acción.⁶ España apoya esta excepción básicamente en los siguientes argumentos:

a. Califica los artículos 68 y 69 del Estatuto de la C.I.J. en los que basa Bélgica su desistimiento, como neutros. Es decir, que su sola cita no aclara frente a qué tipo de desistimiento nos encontramos, siendo necesario analizar los hechos y circunstancias en que dicho desistimiento se produjo, para determinar si fue un desistimiento de acción o de instancia.

b. Señala que, del análisis de estos hechos y circunstancias se desprende que Bélgica adoptó un desistimiento definitivo de acción, y no uno de instancia.

c. Por tanto, Bélgica no podía volver a interponer una nueva demanda sobre el mismo asunto y entre las mismas partes, en tanto su derecho y acción ya habían prescrito.

2. Competencia de la Corte: (Excepción de Incompetencia)

España, por otro lado, plantea como segunda excepción preliminar (15 de marzo de 1963) la falta de competencia del tribunal, en razón del tratado de conciliación belga-español- documento al cual Bélgica hace referencia- que no estableció un vínculo de jurisdicción obligatoria ante la Corte Internacional de Justicia, que pudiera permitir al gobierno belga someter unilateralmente un requête a dicho tribunal.

En consecuencia, según España, Bélgica carecía de título válido para someterle a la jurisdicción de la C.I.J.

3. Vínculo de Nacionalidad (Excepción de Ius Standi):

España deduce como tercera excepción la falta de Ius Standi del gobierno belga. Para España, no existía vínculo de nacionalidad entre la empresa Barcelona Traction y el gobierno belga, en tanto la empresa era de nacionalidad canadiense, en estricta aplicación de la teoría de la constitución. Por tanto, al no estar presente este vínculo jurídico-político entre Bélgica y la empresa Barcelona Traction, no podía la primera plantear reclamación alguna. Bélgica, nunca llegó a contestar la excepción española.

4. Agotamiento de los Recursos Internos:

Por otro lado, España trató de demostrar el incumplimiento de la regla del agota-

6 La excepción de desistimiento planteada por el gobierno español fue deducida en el año de 1963, esto es, luego de deducida la excepción de incompetencia y la excepción de ius standi. Pese a ello, el tribunal conoció de ella en primer lugar, pues la regla general es que las excepciones sobre competencia tienen prioridad sobre las excepciones acerca de la admisibilidad, ya que el tribunal no puede estatuir sobre la admisibilidad de la demanda sin haber antes establecido su competencia. ROSSENE, Shabtai. *The International Court of Justice*, Leyden, 1957, p. 356.

miento de los recursos internos por parte de Bélgica y la inexistencia de todo tipo de denegación de justicia. En este sentido alegó:

a. Que la mayoría de los recursos ejercitados por Bélgica buscaban una apariencia de agotamiento, teniendo como objetivo minimizar las omisiones relativas al auto declaratorio de quiebra. Los belgas buscaban, según España, sustituir la cantidad por la calidad de recursos.

b. Acusó a la empresa Barcelona Traction de no haber presentado recurso de oposición contra el auto declaratorio de quiebra en el plazo de ocho días hábiles establecido en el artículo 1208 del Código de Comercio español. Aún cuando Bélgica alegó de que sus filiales Ebro y Barcelonesa habían planteado el recurso, España sostuvo:

b.1 Que el derecho español reserva únicamente al quebrado y no a sus filiales, el derecho de oposición.

b.2 Que los recursos de Ebro y Barcelonesa sólo afectaban a la parte del auto relativa a la incautación de sus bienes y no a la empresa Barcelona Traction.

c. Señaló que, incluso después del vencimiento del plazo, Bélgica pudo atacar el auto de quiebra mediante el recurso de revisión, el cual procede: “cuando la sentencia irrevocable se haya obtenido indebidamente por subordinación, violencia o cualquier otra maniobra fraudulenta” (artículo 1796 de la ley de enjuiciamiento civil). Si, como se alega, el auto de quiebra se debió a la colusión del juez de Reus Andreu Domingo con el grupo demandante español March, era posible entonces, llevar la cuestión directamente al tribunal supremo; logrando, de esta forma, la anulación del acto y la restitución in integrum.⁷

Barcelona Traction perdió la única ocasión de remediar la falta de oposición, al no hacer uso de este recurso procesal.

d. Asimismo, los profesores Carreras y Jiménez de Arechaga señalaron, en sus alegatos orales, otras omisiones como las relacionadas con la actividad de los síndicos, al ejercicio de sus poderes y la ausencia de recursos jerárquicos y contencioso- administrativos contra el instituto español de moneda extranjera, entre otros.

5. Ausencia de Manos Limpias:

A lo largo del proceso, España a través de sus Consejeros hizo alusión a la conducta incorrecta y fraudulenta de la Barcelona Traction en España. Sin embargo, nunca llegó a deducir una quinta excepción en este sentido.

6. Fondo del Asunto:(Responsabilidad Internacional del Estado Español):

En su contramemoria el gobierno español esgrimió los siguientes argumentos:

7 MARTINEZ-AGULLO, Luis. “El Agotamiento de los Recursos Internos y el Caso de la Barcelona Traction”, EN: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970, n. 2-3, pp. 358-359.

a. Usurpación de Competencia:

a.1 España rechaza el primer argumento belga sobre una supuesta usurpación de competencia de sus tribunales, señalando que los tribunales españoles eran competentes para dictar la declaratoria de quiebra según el Derecho Internacional Privado comparado, en el que se admite que un Estado pueda declarar en quiebra a una sociedad extranjera si tiene con ella mayores puntos de conexión que otro Estado.⁸ Asimismo, señala que, el juez español era el *forum conveniens*, puesto que la Barcelona Traction ejercía actividad en España y en ella poseía bienes⁹. Por lo tanto, el juez español era quien debía conocer de la quiebra.

a.2 Respecto al segundo argumento belga, por el cual España había decretado fuera del territorio español ciertas medidas de ejecución de sus decisiones judiciales, España sostuvo que no se habían ocupado ni enajenado bienes situados fuera de territorio español. Por lo tanto, la acusación belga, debía ser declarada infundada.

b. Denegación de Justicia Formal:

España manifiesta, en primer lugar, su desacuerdo con la definición enunciada por el gobierno belga respecto del término “Denegación de Justicia Formal”, señalando que ésta no comprende a la decisión tomada por un tribunal sin que la parte haya sido escuchada. Para sustentar su posición, alegó que, tanto del dictámen arbitral del caso Fabiani así como de los trabajos de la Conferencia de la Haya de 1930 sobre Codificación del Derecho Internacional, se entiende como denegación de justicia formal a la negativa de acceso a los tribunales, la negativa a estatuir y los retrasos injustificados.¹⁰ Agrega que ninguno de estos supuestos podía ser atribuido a las autoridades judiciales españolas. Finalmente, añade que el gobierno español prefiere denominar este tipo de denegación, como “denegación de justicia en sentido propio”.

c. Denegación de Justicia Sustancial:

España denomina a este tipo de denegación “Responsabilidad Internacional por el contenido de las decisiones judiciales”. España alega que, según la doctrina y la jurisprudencia Internacional, debían existir tres requisitos para que se configurase este tipo de responsabilidad:

1. Mala fe o intención discriminatoria por parte de las autoridades judiciales del Estado. Bélgica niega este requisito.
2. Decisión de última instancia.
3. Que la violación del derecho interno sea flagrante e inexcusable.

Según España, ninguno de estos tres requisitos se cumplía en el caso, por lo cual no había tal denegación de justicia.¹¹

8 Contramemoria del Gobierno Español, pp. 480-489

9 *Ibid.*, p. 490.

10 *Ibid.*, pp. 498-575.

11 *Ibid.*, pp. 506-575.

B. Posición del Gobierno Belga:

1. Competencia de la Corte: (Excepción de Desistimiento):

Frente a la primera excepción preliminar de desistimiento planteada por el gobierno español, Bélgica sostuvo que su desistimiento fue de **instancia**, según consta en la nota de 23 de marzo de 1961, dirigida a la C.I.J.

Así, al ser un desistimiento de instancia y no de acción como señala España, Bélgica podía plantear nuevamente la demanda ante la C.I.J. en tanto su derecho y acción no habían prescrito.

2. Competencia de la Corte: (Excepción de Incompetencia):

Bélgica sostuvo la competencia de la C.I.J. para conocer de este asunto en base al artículo 17, párrafo 4, del Tratado de Conciliación Hispano-belga, y al artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

Bélgica señaló que dicho tratado otorgaba competencia a la Corte Permanente de Justicia Internacional para conocer de las controversias que pudieran surgir entre ambos países, y que si bien esta Corte había desaparecido, la Corte Internacional de Justicia había asumido todos los asuntos de la Corte Permanente, según el art. 37 antes citado.

Por lo tanto, correspondía a la Corte Internacional de Justicia ser la instancia judicial competente para conocer de las controversias entre Bélgica y España.

3. Vínculo de Nacionalidad: (Excepción de Ius Standi):

Bélgica en su primera requête ante la C.I.J. el 15 de setiembre de 1958 pidió al tribunal que se sirva decir y juzgar en derecho, que las medidas, actos, decisiones y omisiones de los órganos del Estado español en virtud de los cuales la Barcelona Traction había sido declarada en quiebra y sus bienes liquidados, eran contrarios al Derecho Internacional, y que por tanto, el Estado español era responsable del perjuicio ocasionado, estando obligado a restablecer íntegramente a Barcelona Traction sus bienes, derechos e intereses más una indemnización por los perjuicios ocasionados a ésta.

De esto parecería derivarse, según Miaja de la Muela, que Bélgica funda su primera requête en la lesión sufrida por la **Sociedad Barcelona Traction**. Bélgica entonces ejerció en esta primera parte, la protección diplomática de la **sociedad misma, y no la de los accionistas**, asumiendo implícitamente la teoría del control de la nacionalidad de las personas jurídicas.¹²

En efecto, al asumir la protección de la sociedad, Bélgica entendía que existía un vínculo de nacionalidad entre ella y la empresa, entendiendo que esta empresa era de nacionalidad belga y no canadiense, en tanto el control mayoritario de las acciones recaía en manos de nacionales belgas.

12 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. "La Cuestión del Ius Standi del Gobierno Belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970", EN: **Revista Española de Derecho Internacional**, Valladolid, 1970, n. 2-3, p.308.

Es así que basado en esta teoría, rechaza la tercera excepción preliminar española, negando la ausencia de este vínculo.

4. Agotamiento de los Recursos Internos:

En el caso, Bélgica no sólo alegó manifiestos errores de aplicación de la legislación española sino también arbitrariedad por parte de sus autoridades, discriminación, denegaciones de justicia *latu sensu* y denegación de justicia *strictu sensu*, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento del principio del agotamiento de los recursos internos.¹³ En otras palabras, Bélgica alegó denegación de justicia como principio de excepción de la regla de agotamiento.

5. Ausencia de Manos Limpias:

Bélgica, a través de su Consejero Rolin, se anticipa negando la institución del Clean Hands. Afirma que este supuesto principio carece de base alguna, tanto en el Derecho Internacional como en el derecho interno de algunos Estados europeos. Por otro lado, sostiene que aún cuando el Principio existiera, no le sería oponible a Bélgica, dado que no era posible atribuir a la empresa Barcelona Traction en España fraude o acto de ilegalidad alguno.

6. Fondo del Asunto: (Responsabilidad Internacional del Estado Español)

En la memoria del 30 de octubre de 1962 Bélgica alegó la Responsabilidad Internacional del Estado español por actos de sus autoridades judiciales, básicamente en tres ámbitos:

a. Usurpación de Competencia

a.1 Por la declaración de quiebra por parte de las autoridades judiciales españolas de la empresa Barcelona Traction, sin la existencia de un lazo de conexión mayor entre el Estado español y la sociedad quebrada.

a.2 Por la realización fuera del territorio español de ciertas medidas de ejecución de sus decisiones judiciales.

b. Denegación de Justicia Formal

Bélgica entiende que este concepto se refiere a la situación en la que un Estado rehusa el acceso de un justiciable a los tribunales, cuando se toma una decisión sin que la parte haya sido oída o cuando exista demora indefinida del examen de un recurso. En consecuencia, las autoridades judiciales españolas había incurrido en una denegación de este tipo.

¹³ Conclusiones finales presentadas por el gobierno belga el 14 de julio de 1969.

c. Denegación de Justicia Sustancial

Esta se produciría cuando un justiciable es víctima de actos discriminatorios o arbitrarios por parte del tribunal, de manera que la sentencia sea manifiestamente injusta.

El gobierno belga alegó, precisamente, actos discriminatorios por parte de los tribunales españoles con el ánimo de favorecer a un grupo privado español, planteando que tal trato discriminatorio configuraba una clara denegación de justicia sustancial.

Por estos tres actos de las autoridades judiciales españolas, Bélgica considera que el Estado español había incurrido en una serie de hechos ilícitos internacionales que acarrearban consiguientemente su responsabilidad internacional.

5. PROBLEMAS

De los argumentos esgrimidos por las partes en el presente caso, es posible deducir los siguientes problemas:

5.1 Competencia de la Corte: Excepción de Desistimiento:

a. ¿Cómo podría ser entendida la figura del desistimiento en el Derecho Internacional? ¿Que rol cumple en el Derecho Interno? ¿Qué tipos de desistimiento existen? ¿Cuáles son sus efectos jurídicos?

b. En el caso ¿Qué tipo de desistimiento fué el adoptado por el gobierno belga? ¿Qué consecuencias jurídicas se desprenden de tal desistimiento? ¿Qué postura adoptó finalmente el tribunal?

5.2 Competencia de la Corte: Excepción de Competencia:

a. ¿Qué establecía el tratado de conciliación hispano-belga de 1927? ¿A que jurisdicción se sometían ambos estados en caso de conflicto?

b. ¿Cómo debe ser interpretado el artículo 37 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia? ¿Esta Corte sustituyó a la C.P.J.I. en todas las cláusulas de sometimiento? ¿Cuál fue el criterio adoptado por el tribunal en el caso? ¿La Corte Internacional de Justicia de la Haya era competente para conocer de este asunto?

5.3 Vínculo de Nacionalidad: Excepción de Ius Standi:

a. ¿Procedía la unión de esta tercera excepción preliminar al fondo del asunto?

b. ¿Cuál es el fundamento jurídico de este requisito?

c. ¿Qué nacionalidad tienen las personas jurídicas? ¿Qué teorías existen al respecto? ¿Cuál es la teoría imperante? ¿Qué nacionalidad tenía la Empresa Barcelona Traction? ¿Quien podía ejercer la protección diplomática en su favor?

d. ¿Existe un derecho de protección subsidiario en favor de los accionistas? ¿En que supuestos opera este derecho? En el caso ¿estabamos ante alguno de estos supuestos?

e. En el presente caso ¿existía alguna obligación erga omnes?

5.4 Agotamiento de los Recursos Internos

a. ¿En que consiste la regla del agotamiento de los recursos internos? ¿Cuál es su fundamento jurídico?

b. ¿En que consiste la denegación de justicia?

c. En el caso ¿se agotaron los recursos internos por parte de Bélgica? o ¿acaso hubo denegación de justicia por parte de los tribunales españoles? ¿Cuál fue la opinión de la Corte?

5.5 Conducta Correcta del Reclamante

a. ¿Cuál fue la posición española sobre este tema en el presente caso? ¿La ausencia de esta conducta correcta fue alegada por España para desestimar la demanda belga?

b. ¿Cómo se justifica la omisión española?

5.6 Responsabilidad Internacional del Estado Español

a. ¿En que consiste la figura del abuso del derecho? ¿Qué elementos lo configuran? ¿Estuvieron estos elementos presentes en el caso?

b. ¿En que consiste la figura del desvío de poder? ¿Es esta figura aceptada por el derecho internacional?

c. ¿Cuál fue la opinión de la Corte en este punto? ¿La Corte consideró la existencia de algún tipo de denegación de justicia por parte de las autoridades judiciales españolas?

6. ANALISIS

6.1 Competencia de la Corte: (Excepción de Desistimiento)

En la práctica de la Corte Internacional de Justicia, la figura procesal del desistimiento se había planteado de algún modo, antes de este asunto, en casos jurisprudenciales como los siguientes:

* Asunto franco-egipcio relativo a la protección de los refugiados y protegidos franceses en Egipto (C.I.J., 1950);

* De l'or monétaire (C.I.J., 1954);¹⁴

14 Affaire de l'or monétaire, C.I.J., *Recueil*, 1954, p. 30.

* De la sociedad de electricidad de Beirut (C.I.J, 1964);¹⁵

* Incidente aéreo del 27 de julio de 1955 (C.I.J, 1969).¹⁶

Todos los casos jurisprudenciales señalados, sirvieron a la Corte para realizar un análisis de la figura del desistimiento. Sin embargo, es importante resaltar que, en este caso, la Corte Internacional de Justicia no siguió siempre el precedente sino que tomó distancia de él y adoptó, en varias ocasiones, una posición singular en la materia, como lo podremos comprobar a lo largo del análisis de la sentencia.

a. Conceptos Preliminares

La figura del desistimiento se encuentra regulada por los artículos 68 y 69 del Reglamento de la C.I.J. Según estos artículos un proceso judicial en curso ante la Corte puede terminar:

a. Si las partes llegan a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio objeto del proceso (Art. 68).

b. Si las partes renuncian de común acuerdo a seguir el proceso.

c. Si el Estado actor decide, unilateralmente, renunciar al proceso (desistimiento). En éste último caso:

c.1. Si el Estado demandado aún no se encuentra implicado en el procedimiento, el desistimiento opera sin más (Art. 69,1), es decir, en este caso, el desistimiento no requiere aprobación de la parte demandada.

c.2. Si el demandado ha quedado implicado en el proceso, es necesario que no exista oposición de dicho Estado demandado con el fin de que el desistimiento pueda operar (Art. 69,2). Este fue precisamente el tipo de desistimiento adoptado por el gobierno belga en el caso.

Por otro lado, el desistimiento puede producirse en cualquier etapa del proceso judicial y debe constar siempre en forma expresa. Veamos ahora, las clases o tipos de desistimiento que existen.

El Derecho Procesal Internacional- tomando una clasificación propia de los sistemas procesales internos- distingue dos tipos de desistimiento: ¹⁷

1. Desistimiento de Instancia: Es aquel que pone fin al procedimiento en curso. En este caso, queda abierta la posibilidad de plantear nuevamente la acción.

2. Desistimiento de Acción: También llamado definitivo porque implica un

15 Affaire de la Société d'Electricité de Beyrouth, C.I.J. *Mémoires*, Plaidoires, 1964, p. 535.

16 Incident Aérien du 27 juillet 1955, C.I.J. *Mémoires* Plaidoires, 1969. p. 598.

17 PECOURT, Enrique. *Ob.Cit*, p. 241.

desistimiento de la pretensión o del derecho. A diferencia del anterior, ya no es posible replantear la acción.

Es importante resaltar que ni el Reglamento ni el Estatuto de la Corte señalan algo respecto de esta distinción. Sin embargo, esto no es extraño porque si analizamos detenidamente la práctica de la Corte Internacional de Justicia se confirma la tendencia. Así tenemos:

a. En algunos casos, la parte optó por el desistimiento al considerar que su pretensión no tenía posibilidad de éxito. Esto puede apreciarse en:

- * Desistimiento Checoslovaco de 11 de abril de 1933 ante la C.P.J.I., en el asunto *Appels vs Certains Judgements* (Desistimiento de Acción).¹⁸
- * Desistimiento del Reino Unido de la Gran Bretaña ante la C.I.J. en 1959 en el asunto del incidente aéreo del 27 de julio de 1955. (Desistimiento de Instancia).¹⁹

b. En otros casos, el desistimiento se produjo por considerar desaparecida la causa que motivó la demanda:

- * Desistimiento belga como consecuencia de la denuncia del Tratado Chino-Belga del 2 de noviembre de 1865 (Desistimiento de Acción).²⁰
- * Desistimiento francés ante la C.I.J. en 1954 en el asunto de la sociedad de electricidad de Beirut entre Francia y Líbano (Desistimiento de Acción).²¹
- * Desistimiento francés ante la C.I.J. en 1954 en el asunto relativo a la protección de los refugiados y protegidos franceses en Egipto (Desistimiento de Acción).²²

c. Por haber sobrevenido un acuerdo entre las partes:

- * Desistimiento de los Gobiernos Alemán y Polaco en el asunto *Chorzow* (Desistimiento de Acción).²³
- * Delimitación de las aguas territoriales entre la Isla de Castellorizo y las costas de Anatolie, Italia y Turquía (Desistimiento de Acción).

d. Finalmente, el desistimiento ha obedecido a motivaciones políticas:

- * Desistimiento alemán en el asunto de la reforma agraria polonesa y la minoría alemana, ante la C.P.J.I. en 1933 (Desistimiento de Acción).²⁴

18 C.P.J.I., *Serie C*, núm 68, p. 278.

19 C.I.J., *Mémoires*, Plaidoires, 1959, p. 698.

20 C.P.J.I., *Serie A*, núms 18/19, p.6.

21 C.I.J., *Mémoires*, Plaidoires, 1954, p. 535.

22 C.I.J., *Recueil*, 1954, p. 24.

23 C.P.J.I., *Serie A*, núm 17, p.12.

24 C.P.J.I. *Serie C*, núm 71, p. 161.

En opinión del profesor español Enrique Pecourt García, a partir de estos casos, es posible extraer las siguientes conclusiones en materia de desistimiento ²⁵:

1. La fórmula literal de desistimiento es independiente de su verdadero sentido, de su alcance sustantivo. Es decir, si bien en muchos casos una de las partes en litigio expresamente señala un tipo de desistimiento, en el fondo, puede resultar siendo otro.

2. En caso de desistimiento unilateral, la postura adoptada por el Estado demandado, en la generalidad de los casos, ha sido la no oposición expresa o tácita.

En el caso de la *Barcelona Traction* se cumplió este supuesto, pues España, como demandada, mediante nota del 5 de abril de 1961, aceptó expresamente el desistimiento belga.

3. En ningún caso de desistimiento el actor intentó replantear el caso.

Contrariamente, en el caso bajo estudio, Bélgica replantó la demanda arguyendo que su desistimiento fue de instancia y no definitivo.

4. En aquellos casos en los cuales no hubiera sido posible determinar el tipo de desistimiento se presumirá que es uno definitivo (de acción). Sin embargo, es posible admitir prueba en contrario.

En el presente caso, el Tribunal Internacional de Justicia adoptó, en este punto, una postura contraria.

b. El Desistimiento en el caso de la *Barcelona Traction*.

En el presente caso nos encontramos frente al desistimiento unilateral del gobierno belga, regulado por el artículo 69 (2) del Estatuto de la CIJ; el mismo que contó con el asentimiento (falta de oposición) del gobierno español. En este punto, es importante determinar el tipo de desistimiento adoptado por Bélgica, pues de ser un desistimiento de acción como alegaba España, habría prescrito el derecho de reclamación belga y, por ende, la excepción preliminar de desistimiento planteada por España debía ser declarada fundada.

La C.I.J. acertadamente empezó calificando los artículos 68 y 69 del Reglamento de la Corte -en los cuales el gobierno belga basó su desistimiento- como **neutros**, al reconocer que ambos artículos dejan a la interpretación de la voluntad de las partes el tipo de desistimiento adoptado. Por tanto, resultaba necesario según la Corte, interpretar el caso concreto en base a todas las circunstancias de hecho que incidieron en la génesis y realización del acto de desistimiento, con el fin de determinar el tipo de desistimiento adoptado. En síntesis, era necesario examinar las circunstancias de hecho en las cuales se había dado el desistimiento belga a fin de calificarlo como uno de instancia o de acción. En este punto, la Corte aceptó el primer argumento español.

25 PECOURT GARCIA, Enrique. "El Desistimiento en el Proceso Internacional: A propósito de la Doctrina Establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso la "Barcelona Traction", EN: **Revista Española de Derecho Internacional**, 1970, n. 2-3, p. 240

Sin embargo, una revisión íntegra de la sentencia del tribunal, revela que ésta no sólo no tomó en cuenta hecho alguno, sino que además ninguna circunstancia fue objeto de valoración específica y detallada.

Si la Corte llegó a concluir que era necesario analizar el caso concreto para determinar el tipo de desistimiento adoptado por el gobierno belga, debió entonces analizar los hechos y las circunstancias en las que aquél se produjo. Entre los hechos podemos citar:

a) **La condición previa** impuesta por el grupo privado español para iniciar conversaciones con los belgas fue **el retiro definitivo de la demanda, condición que fue aceptada sin variación alguna por Bélgica**. Esto, consta en la nota base de 1961.

b) La conducta posterior de los belgas, consistente en la rebaja o modificación de la condición española señalada (nueve contrapropuestas que incluyeron la suspensión del procedimiento), indica que tenían conciencia del alcance de dicho desistimiento, es decir, se había producido un desistimiento de acción.

En consecuencia, de los hechos y no de la fórmula literal empleada por el gobierno belga, resultaba fácil deducir el tipo de desistimiento adoptado: un desistimiento de acción. Sin embargo, contradictoriamente, la Corte adopta una postura distinta, como veremos más adelante.

En un segundo argumento, España sostuvo que, en todo caso, si de los hechos no hubiera resultado claro el tipo de desistimiento adoptado por Bélgica, el tribunal debía presumir, siguiendo su propia jurisprudencia, que tal desistimiento era uno de acción. Sin embargo, la Corte, con buen criterio, abandona la tendencia vigente hasta ese momento y rechaza este segundo argumento, entendiendo que la renuncia de un derecho, por la gravedad de las consecuencias que implica no puede ser presumida. Sostiene, además que, en todo caso la presunción debe ser en sentido opuesto, es decir, entender el desistimiento belga como un desistimiento de instancia, salvo prueba en contrario.

La posición adoptada por la Corte en este punto, fue largamente criticada por la doctrina española de la época:

a) Porque la Corte entra en contradicción al afirmar (presumir) que el desistimiento belga era un desistimiento de instancia, luego de afirmar que España no podía presumir que el desistimiento era uno de acción.

b) Porque tal como lo sostienen autores como Pecourt, Cavaglieri, Charles de Visscher y Tommasi Di Vignano es perfectamente posible la renuncia implícita o tácita de un derecho.²⁶

c) Porque, como señala el profesor español Pecourt García, el principio alegado por la Corte, por el cual la renuncia de un derecho no se presume, no se aplica a situaciones como ésta, en las que están implicados recíprocamente derechos de dos Estados, y

26 PECOURT, Enrique. *Ob.Cit.*, p. 264.

d) Porque en todo caso, la jurisprudencia de la Corte ha señalado reiteradamente que en aquellos casos en los cuales no hubiera sido posible determinar el tipo de desistimiento adoptado, se presumirá que es uno definitivo, admitiendo prueba en contrario.

No obstante, pese a todas estas críticas, nosotros coincidimos con la solución de la Corte. Creemos que, si bien se equivocó al dejar a un lado el análisis de los hechos y circunstancias en las cuales fue hecho el desistimiento, -pudiendo deducirse fácilmente de tales hechos el carácter definitivo del mismo- creemos también que no podía arribarse a esta conclusión a través de una presunción.

Por tanto, por el primer argumento (y no por presunción) opinamos que la Corte erró el rechazar por doce votos contra cuatro la primera excepción española. El desistimiento, fue definitivo y la Corte no debió conocer del asunto.

6.2. Competencia de la Corte: (Excepción de Competencia)

a. Base Normativa

El Tratado de Conciliación, Reglamento Judicial y Arbitraje Hispano-Belga de 1927, al que alude de Bélgica en su demanda, señala en su artículo 2 la obligación para las partes de someter a arreglo judicial los litigios en los que se discutiera recíprocamente un derecho y, con tal fin, la de establecer el oportuno compromiso, caso de fracaso o no utilización de los métodos de conciliación igualmente previstos; añadiendo para el supuesto de que el compromiso no pudiese ser concluido por mutuo acuerdo en un cierto plazo, que en tal hipótesis, "cada parte podría, tras preaviso de un mes, presentar directamente, mediante requête la reclamación ante la C.P.J.I."

El artículo 37 del Estatuto de la C.I.J. por su parte, establece que, cuando un tratado o convención en vigor prevea la sumisión a una jurisdicción que debía establecer la Sociedad de Naciones o **al T.P.J.I., se entenderá que la Corte Internacional de Justicia constituye esta jurisdicción.**

Fue en base a estos artículos que el tribunal, por sentencia de 24 de julio de 1964 rechazó la segunda excepción española, declarándose competente para conocer del asunto. La Corte entendió que los tratados vigentes que conferían jurisdicción a la C.P.J.I., (como el Tratado Hispano-Belga), habilitaban la competencia de la C.I.J. en la medida en que las partes de tales acuerdos (en este caso, España y Bélgica) fueran también parte del Estatuto. En otras palabras, la Corte entendió que el lapso transcurrido entre la disolución de la antigua Corte y la admisión como nuevo miembro del Estatuto de la C.I.J., no extinguía la obligación surgida en virtud del tratado²⁷. Por tanto, al ser admitidos España y Bélgica como miembros del Estatuto de la C.I.J., y seguir vigente el Tratado Hispano-Belga de sometimiento a la C.P.J.I., ambos Estados quedaban automáticamente sometidos a la jurisdicción de la primera.

27 SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Público**, México: Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 655

b. Análisis de la Posición Española

En este punto resulta de particular importancia analizar con detalle la posición española.

El profesor español Francisco Sánchez-Apellániz, criticó en este punto, el fallo de la Corte Internacional pues, entendió, al igual que un sector importante de la doctrina española, que el momento en que España quedó sometida al Estatuto de la C.I.J. (diciembre de 1955) ya no estaba en vigor la disposición del artículo 17, párrafo 4 del Tratado hispano-belga, al haber desaparecido la C.P.J.I. el 17 de abril de 1946. Es decir, si bien el tratado estaba en vigor, esto no sucedía con el artículo 17 (4) ya caduco.²⁸

Frente a este argumento, Bélgica sostuvo la indivisibilidad del Tratado Hispano-Belga, basándose en el carácter esencial de la cláusula sin la cual el tratado entero quedaría vacío de contenido²⁹.

España argumentó en contra señalando que sostener tal planteamiento, llevaba en realidad a la caducidad de todo el tratado, lo que no afectaba en nada la posición española. En todo caso España entendía que la cláusula no era esencial, pues se establecían en el Tratado otros medios de solución de conflictos. Sostuvo que la cláusula era separable sin que el tratado se volviera absurdo, injusto, ni pudiera estimarse la solución judicial por la C.P.J.I. como base esencial del consentimiento de Bélgica.

A mayor abundamiento, los autores españoles que han comentado esta sentencia recurren a la doctrina italiana y francesa para apoyar su posición. En este sentido, citan a Siorat quien sostiene: "Es un caso en que la extinción resulta de la desaparición completa del objeto físico al que se refiere la obligación convencional"³⁰. Sobre lo mismo dice Sereni: "A diferencia de lo que ocurre en el orden interno, en que la jurisdicción de los tribunales tienen éstos por sí mismos, independientemente de la voluntad de las partes, la jurisdicción internacional es creada por los propios Estados. Por ello la desaparición del órgano, (esto es, la Corte Permanente de Justicia Internacional), implica necesaria y forzosamente la de la jurisdicción, sólo existente en cuanto atribuida al mismo"³¹.

España mantuvo entonces su posición. Entendía que al momento de quedar ambos Estados sometidos al Estatuto y serles aplicable el artículo 37, no existía el supuesto de hecho de la norma: el acuerdo en vigor.

¿En que casos operaría entonces la norma del artículo 37 según la posición española?. Operaría para aquellos Estados que, al momento de la disolución del Tribunal, fueran ya partes del Estatuto de la Corte.

28 SANCHEZ-APELLANIZ, Francisco. "La competencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction", EN: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970, n. 2-3, pp. 267-268.

29 Observaciones y Conclusiones del Gobierno Belga, p. 67. Citado por Francisco Sánchez-Apellániz, *Ob. Cit.*, p. 302

30 SIORAT. "L'article 37 du Statut de la Cour Internationale de Justice", EN: *AFDI*, 1962, pp. 306-307.

31 SERENI. *La Jurisdicción Internacional*, Valladolid, 1969, p. 33 y 34. Citado por Francisco Sánchez-Apellániz, *Ob. Cit.*, p. 298.

Entonces, si España hubiera suscrito originalmente la Carta o hubiera sido parte del Estatuto, por admisión en la ONU o por adhesión al Estatuto, **antes de la disolución de la C.P.J.I.**, el artículo 37 le hubiera sido aplicable y no hubiera existido caducidad.

Otro supuesto en el que era posible la aplicación del artículo 37, se hubiera configurado si las partes hubieran renovado la obligación o compromiso **luego de disuelta la C.P.J.I.** Esto último, ocurrió en el caso del Templo de Preah Vihear. La sentencia del 26 de mayo de 1961 sostuvo: "Al enviar su notificación de renovación, Tailandia hubo de tener la intención de aceptar la jurisdicción de un tribunal, cualquiera fuese éste, mas este tribunal no podía ser sino el actual, puesto que Tailandia sabía que el antiguo no existía ya"³².

Esta postura, que nosotros compartimos, tiene además como base a la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso del asunto Israel-Bulgaria (sentencia del 26 de mayo de 1959).³³ En este caso, Bulgaria aceptó la jurisdicción de la C.P.J.I. por declaración de 12 de agosto de 1921, pero, al igual que España, no había sido parte del Estatuto del actual tribunal sino hasta la posterior disolución del Tribunal Permanente. En este caso, la Corte declaró fundada la excepción, en tanto la declaración había cesado de estar en vigor, no constituyendo título válido para fundar la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Si bien es cierto este caso estaba referido al artículo 36 (5) del Estatuto, que hace referencia al sometimiento unilateral, resulta por demás aplicable a este caso, en tanto la función del artículo 37 (4) y la del artículo 36 (5) son idénticas, aunque referidas a instrumentos diferentes (tratado bilateral y declaración unilateral, respectivamente). Por consiguiente, la solución dada en un caso forzosamente debió de darse en el otro.³⁴ Aquí había identidad sustancial de los problemas debatidos e identidad de función de los preceptos aplicables.

Luego de conocer la posición de ambas partes, la Corte entendió erradamente que la disolución de la C.P.J.I. no afectaba a las cláusulas jurisdiccionales contenidas en tratados, pues la finalidad del artículo 37 -según la Corte- era precisamente evitar la caducidad de éstas.

Algunos jueces como Morelli y Spiropoulos consideraron que en el asunto de la Barcelona Traction se debió adoptar la solución planteada por España. Sin embargo es interesante anotar que en el asunto Israel-Bulgaria algunos jueces como Lauterpacht, Wellington Koo y Spender fueron más bien de la opinión que la solución debió ser precisamente en el mismo sentido que en el caso de la Barcelona Traction.

Asimismo, la sentencia incurrió en error cuando interpretó como momento en que debe estar en vigor el tratado, el momento en que se plantea la litis ante el tribunal y no el momento de entrada en vigor el Estatuto. La tesis de la Corte fue sustentada por el juez

32 C.I.J. Sentencia del 26 de mayo de 1961.

33 C.I.J. *Recueil*, 1959, p. 143.

34 SANCHEZ-APELLANIZ, Francisco. *Ob. Cit.* p. 270.

Fitzmaurice³⁵ y una posición similar fue adoptada por el juez Spender, en su opinión disidente en el Caso del Sud Oeste Africano.

Sin embargo, creemos que la posición española encuentra mayor respaldo en la doctrina y en la jurisprudencia. Es el caso de la sentencia del asunto Israel-Bulgaria, de la opinión disidente del juez Morelli en el caso que nos ocupa, de la sentencia de 1962 sobre el asunto del Sud Oeste Africano, en la que se estimó subsistente la obligación de la República de Africa del Sur de someterse a la jurisdicción obligatoria del tribunal³⁶ y de un sector importante de la doctrina europea encabezada por Ferrari Bravo³⁷.

En consecuencia, al no existir título válido en el cual fundar la competencia de la Corte, la segunda excepción preliminar española debió, en nuestra opinión, ser declarada también fundada, y por ende, la Corte debió declararse incompetente para conocer de este asunto.

6.3. Vínculo de Nacionalidad: (Excepción de Ius Standi)

a. Unión de la Excepción al Fondo del Asunto

Frente al escrito de excepciones presentado por España, el gobierno belga depositó el correspondiente a sus observaciones y conclusiones el 15 de agosto de 1963. El gobierno belga pidió, tanto en sus conclusiones orales como en las escritas, que de no ser rechazada la tercera excepción española (referida a la ausencia de ius standi), subsidiariamente fuera unida al fondo del asunto.

Bélgica, a través de su consejero Rolin, alegó que se puede deducir de la práctica del tribunal que la unión de una excepción al fondo del asunto es decidida en tres casos:

1. cuando la apertura del procedimiento sobre el fondo parece necesaria para verificar si el medio tiene el carácter de excepción preliminar;
2. cuando la unión al fondo parece necesaria para evitar el riesgo de una contradicción o de un perjuicio con las decisiones que deberán intervenir en el fondo del asunto, y,
3. cuando la vuelta al procedimiento de fondo parece indispensable para esclarecer completamente la cuestión, de tal manera que el tribunal pueda pronunciarse sobre la excepción con mejor conocimiento de causa.³⁸

Precisamente Bélgica basa su pretensión en este último supuesto. Señala que si el tribunal abordase y decidiera en su sentencia sobre las excepciones preliminares sin entrar a

35 FITZMAURICE. "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-1954", EN: **British Year Book of International Law**, 1958, p. 137.

36 SANCHEZ-APELLANIZ, Francisco. **Ob.Cit.**, pp. 289-290.

37 FERRARI BRAVO. **Rivista di Diritto Internazionale**. Vol. XLVI, 1963, p. 355.

38 Memoria del Gobierno Belga. Bruselas, 1959, Tomo 1, vol. II, p. 661.

analizar el fondo del asunto, estaría expuesto a hacerlo sobre la base de un examen insuficientemente profundo, dado el procedimiento que rige estas excepciones.

Por su parte, España rechaza el pedido. Uno de sus consejeros, el profesor de la Universidad de Roma Roberto Ago, señaló que: "La naturaleza preliminar de esta tercera excepción no se discute, a saber, su carácter de impedir el examen del fondo de la reclamación, en tanto que la misma excepción no haya sido considerada y resuelta"³⁹.

Del mismo modo, el profesor de Florencia Malintopi señaló que la naturaleza preliminar de esta excepción no podía ser desconocida por la Corte, agregando que, de unir el Tribunal esta excepción al fondo del asunto, se prolongaría innecesariamente el caso atentando así contra **el principio de la economía procesal**⁴⁰. El profesor Ago, sobre lo mismo, puso de manifiesto que la C.I.J. no había decidido la unión de una excepción al fondo del asunto más que en dos casos. El primero fue el asunto del Derecho de Paso sobre Territorio Indio y en el asunto de ciertos empréstitos noruegos. Sin embargo, en otros diez casos -concluye Ago- la Corte decidió las cuestiones preliminares sin añadirlas al fondo, incluso en aquellos casos en que fue pedido expresamente por el demandante.

Frente a estos argumentos, la Corte, en una votación muy apretada de nueve votos contra siete, finalmente decidió unir la tercera excepción al fondo del asunto.

La C.I.J. reconoció, en primer término, que la excepción tenía claramente un aspecto preliminar, pero luego señaló que el problema para ella era más complejo. La cuestión -según el Tribunal- aparece como una cuestión no simplemente de admisibilidad de la demanda, **sino de derechos sustantivos pertenecientes al fondo. Por tanto -concluyó- la cuestión de si el Derecho Internacional confiere o no tales derechos, forma parte de la esencia misma del asunto.**

Contrario al fallo, el juez Spiropoulos señaló que debió declararse fundada esta excepción. De la misma opinión fue el juez ad-hoc nombrado por España Armand-Ugon, quien en su opinión disidente de la sentencia de 1964 dijo: "el tribunal no puede recurrir a la unión al fondo de una excepción preliminar sino: a) cuando las mismas partes lo pidan, o b) cuando la cuestión planteada a título preliminar está totalmente ligada a la cuestión que constituye el fondo del asunto. En el presente caso, nada justifica la idea de una unión al fondo de la tercera excepción, pues "es evidente que la cuestión concerniente a la falta de capacidad del gobierno belga puede ser resuelta sin que haya nada que sacar, a este respecto, de un examen del fondo del asunto".⁴¹

El ex presidente de la Corte José Luis Bustamante y Rivero opinó lo mismo, precisando que la tercera excepción debió resolverse en igual sentido. Por su parte, el juez chino Wellington Koo señaló que la excepción debió ser también resuelta, aunque finalmente rechazada al establecer Bélgica su *ius standi*. El magistrado italiano Morelli se manifestó en el mismo sentido. Finalmente el juez libanés Fouad Ammoun vice-presidente del Tribu-

39 C.I.J. *Memorias*, Barcelona Traction, vol.II, p.263.

40 GARCIA ARIAS, Luis. "El Caso Barcelona Traction ante el Tribunal Internacional de Justicia", EN: *Revista Española de Derecho Internacional*, Valladolid, 1970, n.2-3, p. 215.

41 C.I.J. *Reports*, Barcelona Traction, 1964, p.164

nal, en su opinión individual, señaló también su disconformidad con la decisión de la Corte.

Nosotros, compartimos esta crítica. Nos resulta difícil comprender los argumentos esgrimidos por la Corte para justificar la unión de esta tercera excepción al fondo del asunto. Creemos que la naturaleza preliminar de ésta era indiscutible, y que el error de la Corte alargó el problema judicial innecesariamente. El determinar si se cumplía o no con el vínculo de nacionalidad entre el Estado protector y la sociedad protegida, era un análisis **de admisibilidad** y, como tal, debió de ser tratado por el Tribunal.

Por lo tanto, la falta de capacidad del gobierno belga para plantear la reclamación podía ser determinada sin más, sin necesidad de recurrir al análisis del fondo de la cuestión.

b. Fundamento Jurídico del Requisito de la Nacionalidad

El juez Ammoun en su opinión disidente en el caso que nos ocupa, señaló que no se había corroborado la existencia de una costumbre sobre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática, en favor **únicamente de una persona jurídica nacional**. Esto, por cuanto sólo un grupo de Estados se encontraba en situación de ejercer la protección diplomática y porque la mayor parte de los Estados de la Comunidad Internacional (países en desarrollo) no se había pronunciado aún sobre el tema.

Contradiendo lo dicho por el Juez Ammoun, el pleno de la Corte Internacional de Justicia inicia su sentencia afirmando precisamente como principio general, como obligación impuesta por la costumbre, que para el ejercicio de la protección diplomática se requiere cumplir con un requisito fundamental: el vínculo de nacionalidad. En efecto, la C.I.J. apoyándose en algunos precedentes judiciales señala que, para el ejercicio de la protección diplomática por parte de Bélgica, ésta debía demostrar el vínculo jurídico-político de nacionalidad con la sociedad Barcelona Traction. Este criterio, había sido ya establecido en el asunto del Ferrocarril Panavezys - Saldutiskis de 28 de febrero de 1939, resuelto ante la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴², donde se señaló: “Este derecho no puede ser ejercido necesariamente más que en favor de su nacional, porque, en ausencia de acuerdos particulares, es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de Protección Diplomática”.

Hoy en día pues, se entiende por parte de la doctrina que este requisito tiene su base en la costumbre y en la jurisprudencia internacional.

c. Ausencia del Vínculo de Nacionalidad entre Bélgica y la Empresa Barcelona Traction

Para determinar la existencia del vínculo de nacionalidad entre la empresa Barcelona Traction y el Estado belga, la Corte empieza analizando las diferentes teorías existentes sobre nacionalidad de las personas jurídicas.

42 Cour Permanente de Justice Internationale, **Serie A/B**, N° 76, p. 17.

En primer lugar, hace referencia a la llamada Teoría del Control. Esta teoría establece que la nacionalidad de una persona jurídica está determinada por la nacionalidad de quienes poseen la mayoría de las acciones de la empresa. Es decir, señala que una persona jurídica tendrá la nacionalidad de sus accionistas o más precisamente, la nacionalidad de quienes detentan la mayoría de las acciones. La Corte Internacional de Justicia en el caso, optó sin embargo por desechar la aplicación de esta teoría, señalando que poseía un carácter relativo y no había sido aceptada de manera general.

Esta teoría nació durante la Primera Guerra Mundial, incautándose los bienes de una sociedad aliada o neutral porque a pesar de su nacionalidad, estaba controlada por intereses económicos enemigos⁴³. La teoría del control entonces no nació para proteger a una sociedad o a sus accionistas, sino por el contrario, para el detrimento de éstos. Durante la Segunda Guerra Mundial la tendencia fue la misma. El levantamiento del velo social de las personas jurídicas se producía para investigar las realidades ocultas tras él, y sancionar en su caso a los accionistas nacionales de potencias enemigas.

La Teoría del Control según la Corte, ofrece una serie de inconvenientes. Al establecer la nacionalidad de la persona jurídica en función de la nacionalidad de los socios que detentan la mayoría de las acciones, la nacionalidad de la sociedad se encuentra en una situación de permanente y constante mutación, lo que crea una atmósfera de confusión e inseguridad jurídica. Asimismo la Corte señaló que no había que confundir la personalidad jurídica de la compañía con la del accionista, en tanto que, cada una poseía un conjunto de derechos y deberes distintos.

Con este fallo, la Corte de la Haya sentaría un importante precedente en materia de nacionalidad de las personas jurídicas rechazando la Teoría del Control y adoptando la Teoría de la Constitución.

En efecto, la Corte luego de desechar la Teoría del Control, consagra la Teoría de la Constitución como criterio para determinar la nacionalidad de una persona jurídica. Esta teoría, sostiene que la nacionalidad de las personas jurídicas debe estar determinada por el lugar donde ésta se constituye y establece su sede social; es decir, sostiene que una sociedad tiene la nacionalidad del lugar donde se ha constituido y donde ha establecido su sede central. Para la Corte, ésta era la regla tradicional en la materia.

En el caso, España sostuvo esta teoría, señalando que al haberse constituido la empresa Barcelona Traction en Toronto, Canadá, y tener allí su sede central, éste era el único país que tenía la facultad de solicitar la protección diplomática en favor de la compañía en tanto tenía con ésta un vínculo de nacionalidad. Alegó que no sucedía lo mismo con Bélgica, en la medida que la empresa Barcelona Traction no tenía vínculo de nacionalidad con este país. Por tanto, la protección diplomática por parte del Estado belga resultaba impropio.

43 GALVAÑ ESCUTIA. **La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles**, Valencia, 1931, p. 133. Citado por MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. "Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction a la jurisprudencia internacional", EN: **Revista Española de Derecho Internacional**, Valladolid, 1970, n.2-3, p.312.

La Corte Internacional finalmente falló en este sentido, sentando, como ya hemos dicho, un importante precedente a nivel jurisprudencial. Para la Corte existía el vínculo de nacionalidad si la sociedad se había constituido según las leyes del Estado y su sede tenía también lugar en el mismo.

Por tanto, en aplicación de la Teoría de la Constitución la Corte declaró que Bélgica carecía del vínculo de nacionalidad (*Ius Standi*), no pudiendo ejercer protección diplomática en favor de la sociedad Barcelona Traction, constituida en Toronto, Canadá. La Corte recogió con su fallo la tendencia seguida por la mayoría de países, incluyendo los inversionistas y, asimismo, consagró el criterio que años antes había sido establecido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la Alta Silesia Polaca.⁴⁴

d. Derecho Subsidiario de los Accionistas

Frente a la ausencia del vínculo de nacionalidad entre la empresa Barcelona Traction y Bélgica, el Tribunal se pregunta en qué circunstancias la regla de protección directa de la sociedad por su Estado nacional no se aplica.

En primer lugar, descarta la posibilidad de **derechos concurrentes**, es decir, que tanto la empresa como los accionistas puedan recurrir simultáneamente a sus Estados nacionales en busca de protección diplomática, pues ello -señala- introduciría un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales. A continuación, admite la posibilidad de un **derecho subsidiario** (que no nace sino en el momento en que cesa de existir el derecho originario) y plantea dos posibilidades:⁴⁵

a) Si la sociedad desaparece y ningún Estado puede ejercer su protección diplomática, cabe sostener -dice la Corte- la protección diplomática independiente de los accionistas, por el Estado de su nacionalidad. La Corte reconoció en este caso que podía surgir un derecho subsidiario independiente para ellos.

Sobre esta primera posibilidad, existen antecedentes judiciales negativos. Así por ejemplo: el asunto Rumano-Americano, por el cual una sociedad rumana -cuyos pozos petroleros fueron destruidos por el ejército inglés- fue objeto de protección en la persona de sus accionistas. La reclamación empero, fue rechazada el 5 de julio de 1928. No obstante, la doctrina ha admitido la posibilidad de esta protección. Es el caso del jurista suizo Bindschedler en 1956 y también de Vignes, Focsaneanu, Charles Kiss, de Visscher y Hochepped, en la década del sesenta⁴⁶.

En el caso de la Barcelona Traction sin embargo, **no nos encontrábamos ante este supuesto**, pues si bien esta empresa fue declarada en quiebra y su actividad estaba paralizada de hecho, no desapareció como sociedad, ni perdió la capacidad de ejercer la acción social, ni sus acciones dejaron de cotizarse en la bolsa.⁴⁷ Por tanto, la sociedad no había dejado de existir y no era por ende aplicable este supuesto.

44 C.P.J.I, Serie A, núm 7.

45 MIAJA DE LA MUELA, *Ob. Cit.*, p. 334.

46 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Ob. Cit.*, pp. 317-318.

47 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Ob. Cit.*, p. 334.

b) En segundo lugar, la Corte señaló que si la sociedad tenía la nacionalidad del Estado autor del hecho ilícito, había que admitir también esta posibilidad, bajo pena de colocar a los accionistas en un estado de auténtica indefensión. El juez Koo en su opinión separada ratificó esta idea al señalar: “La práctica estatal...y, los laudos arbitrales internacionales han llegado a reconocer el derecho de un Estado a intervenir en nombre de sus nacionales, accionistas de una compañía que ha sido perjudicada, por el Estado de la propia nacionalidad de ella”.⁴⁸

La protección de los accionistas frente al Estado cuya nacionalidad posee la sociedad, fue un tema efectivamente abordado por los tribunales arbitrales antes que la C.I.J. y la propia C.P.J.I. Así tenemos los siguientes antecedentes:

- * Caso Ruden y Compañía, resuelto por la comisión mixta Perú-Estados Unidos el 26 de febrero de 1870. En este caso, se reconoció el derecho a una indemnización al socio norteamericano de una sociedad peruana.⁴⁹
- * Caso Delagoa Bay Company. Sorensen califica este caso frecuentemente invocado, como inválido, pues el *ius standi* de los reclamantes fue reconocido por Portugal en un **compromiso**, y el laudo se basa en este acuerdo específico y no en el Derecho Internacional, concluye el autor.⁵⁰
- * Caso El Triunfo. Esta sentencia arbitral del 8 de mayo de 1902 fue producto de una reclamación norteamericana contra la República de El Salvador, por el cierre del puerto El Triunfo en perjuicio de una sociedad salvadoreña cuyos accionistas eran súbditos norteamericanos. Aquí el tribunal dió por sentada la legitimación del Estado reclamante basado en el caso Delagoa Bay.
- * Caso Cerruti y Compañía, entre Colombia e Italia en 1899.⁵¹
- * Caso Alsop, entre Chile y Estados Unidos en 1906. Sorensen también refuta este ejemplo pues sostiene que el caso fue decidido por el tribunal no con fundamentos jurídicos, sino como amigable componedor.⁵²
- * Caso Melilla-Ziat Ben Kiran en 1924, y el caso Shufeldt en 1930. Sorensen niega también estos casos, pues sostiene que están referidos a compañías privadas cuya personalidad jurídica no se encuentra reconocida por todos los sistemas jurídicos. Por ende, no sirven como precedentes a ser citados.

Pese a estas jurisprudencias favorables, existen algunas otras que niegan la posibilidad de protección a los accionistas, como por ejemplo:

48 Opinión Separada del Juez Wellington Koo, Barcelona Traction, 1964.

49 LAPRADELLE Y POLITIS. **Recueil des Arbitrages Internationaux**, T. II, París, 1957, pp. 589-593.

50 SORENSEN, Max. **Ob. Cit.**, p. 550. BASSETT MOORE. **Digest of International Law**, Vol. II, Washington, 1906, pp. 647-648.

51 BASSETT MOORE, **Ob.Cit.** Vol. III, pp. 802 y ss.

52 SORENSEN, Max. **Ob.Cit.**, pp. 550-551.

- * Caso Kundhart entre Estados Unidos y Venezuela donde se desestimó la petición en 1903.⁵³
- * Caso Basch y Romer entre Venezuela y Holanda en 1903.⁵⁴
- * Caso Brewer, Moller y Compañía, resuelto por la comisión mixta Germano-Venezolana en 1903, que rechazó la reclamación por daños a súbditos alemanes accionistas de una sociedad venezolana.⁵⁵
- * Finalmente, el Caso Henríquez en 1902.

En cuanto a la práctica de los Estados, en algunos casos se enviaron reclamaciones a los Ministros de Relaciones Exteriores en nombre de los accionistas, por parte de Estados Unidos y Gran Bretaña, pero tales reclamaciones, que no siempre constituyeron un ejercicio del derecho de la Protección Diplomática, fueron rechazadas por los países a los cuales fueron dirigidas, y se llegó a la solución definitiva por acuerdos mutuos, mediante satisfacciones hechas a las sociedades. Lo que es más significativo, es que en ciertos casos, la Gran Bretaña rechazó reclamaciones similares dirigidas a su propio gobierno, y Estados Unidos declinó intervenir en nombre de los accionistas en otros.⁵⁶

La doctrina por su parte, entre las dos guerras mundiales, comenzó también a sostener la posibilidad de plantear protección diplomática en favor de los accionistas. Además de los trabajos de Borchard, tenemos los de Erik Beckett en 1931, y los de Charles de Visscher en 1934. Luego de la Segunda Guerra Mundial la tendencia es aún más clara. Así, tenemos los trabajos de Mervyn Jones en 1949 y nuevamente Visscher en 1953.⁵⁷

Sin embargo, este segundo supuesto señalado por la Corte, tampoco era de aplicación al caso, puesto que la Barcelona Traction no era una sociedad española, sino canadiense.

Por lo tanto, la Corte llega a la conclusión de que al no ser aplicables al caso ninguno de los dos supuestos mencionados, los accionistas belgas carecían de un derecho subsidiario de protección diplomática. No obstante, la Corte pasa a analizar de inmediato un tercer y último supuesto.

El tribunal, sentando un importante precedente, va a distinguir entre **Simple Intereses y Derechos Subjetivos**.

La Corte señaló que, en este caso, resultaba claro que se trataba de una lesión a los derechos de la sociedad, con repercusión indirecta a los accionistas, a sus intereses, pero sin constituir infracción de alguno de sus derechos. Es decir, aquí los intereses de la sociedad y de los accionistas sufrieron un perjuicio, sin embargo, ello no significaba que los

53 **Recueil des sentences arbitrales**, Nations Unies, T. IX, p. 174.

54 **Ibid.** T. X, p. 709.

55 **Ibid.**, pp. 433 y ss.

56 **Ibid.**, pp. 549-550.

57 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Ob. Cit.**, pp. 315-316.

derechos de ambos habían sido violados. En todo caso, los únicos derechos afectados serían los de la sociedad. Solo ésta, por tanto, tendría derecho a solicitar protección diplomática.

La Corte entendió la posición belga en la que afirmaba la existencia una comunidad de destino entre sociedad y accionistas, derivando de ello que todo acto perjudicial cometido contra una afectaba a la otra. Pero la Corte señaló que si bien un mismo daño puede perjudicar a una sociedad y a sus accionistas, **ello no suponía que ambos tuvieran derecho a pedir reparación**. Aquí se lesiona un derecho de la sociedad y un interés de los accionistas. La Corte expresamente señaló: “[...] la responsabilidad no queda comprometida si resulta afectado un simple interés; solo queda comprometida si se viola un derecho, de modo que los actos que solamente se dirigen contra los derechos de la sociedad y solo a ellos afectan, no implican responsabilidad alguna respecto de los accionistas aunque sus intereses resulten afectados por tales actos”⁵⁸.

De esto se deriva que, si se hubieran vulnerado derechos del accionista (la confiscación de sus acciones, una ley prohibiéndole la participación en una junta general de accionistas o, prohibiéndole el cobro de dividendos, o le impidieran impugnar acuerdos), éstos hubieran podido interponer una acción independiente de la sociedad. No obstante, ninguno de estos supuestos se presentó en este caso. Más aún, la Corte rechazó pronunciarse sobre este supuesto en vista de que Bélgica no lo alegó en su memoria.

e. Posibilidad de Protección de una Obligación Erga Omnes

La Corte, sentando nuevamente un importante precedente, reconoce la existencia en el Derecho Internacional de obligaciones **erga omnes**, definiéndolas como aquellas obligaciones que derivan de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana. Estas, señala la Corte, conciernen a todos los Estados. Es decir, por la importancia de los derechos trastocados, todos los Estados pueden considerarse como directamente afectados y, por ende, todos ellos o cada uno independientemente, pueden demandar la responsabilidad internacional del Estado transgresor.⁵⁹

Esta innovación resulta trascendental, si consideramos que en la sentencia del 18 de julio de 1966 por siete votos contra siete, siendo dirimente el presidente Percy Spender, la Corte Internacional de Justicia afirmó el rechazo de la reclamación de Etiopía y Liberia contra la Unión de África del Sur, por violaciones de los derechos humanos, basándose precisamente en que los demandantes no habían acreditado la transgresión de un “derecho” que basara su pretensión.

La C.I.J. por tanto, al admitir en este asunto la existencia de obligaciones erga omnes, varió su posición, admitiendo la posibilidad de que cualquier Estado de la Comunidad Internacional pudiera reclamar por la violación de una obligación de tal naturaleza.

En el caso de la Barcelona Traction, empero, no estábamos frente a una obligación erga omnes. Las obligaciones protegidas por la Barcelona Traction y sus accionistas, no

58 C.I.J. Sentencia del 5 de febrero de 1970.

59 *Idem*.

entraban en esta categoría, en tanto eran obligaciones particulares que sólo podían ser exigidas por un único titular; esto es, por el Estado canadiense.

En consecuencia, al descartar la Corte la presencia del vínculo de nacionalidad y establecer, asimismo, la ausencia de algún supuesto que permitiera a los accionistas de la Barcelona Traction solicitar Protección Diplomática, declara fundada la tercera excepción preliminar del gobierno español por quince votos contra uno y, por ende, **rechaza**⁶⁰ **la demanda del gobierno belga.**

6.4 Agotamiento de los Recursos Internos

a. Fundamento Jurídico de este Requisito

Para Charles de Visscher el agotamiento de los recursos internos es “una regla procesal que realiza un cierto equilibrio entre la soberanía del Estado demandado y las exigencias superiores del Derecho Internacional”.⁶¹ Para el Juez Córdova “La principal razón de su existencia, está en la necesidad indispensable de armonizar las jurisdicciones nacional e internacional, asegurando de esta forma el respeto debido a la jurisdicción soberana de los Estados”⁶². En síntesis, el agotamiento de los recursos internos es entendido actualmente como un verdadero Principio del Derecho Internacional. El fundamento de esta regla es el respeto a la independencia y soberanía de los Estados y, más particularmente, de su poder jurisdiccional, cuyos actos se presumen conforme al Derecho Internacional.

b. Denegación de Justicia

Respecto a la denegación de justicia el ex-Secretario de Estado norteamericano Fish señaló en su tiempo que “no se puede exigir que se agote la justicia en un Estado cuando no hay justicia que agotar”.⁶³ Con esto, el Secretario de Estado norteamericano quiso poner en evidencia una excepción al principio del agotamiento de los recursos internos, cual es, la denegación de justicia. En efecto, el agotamiento no puede ser exigido cuando los recursos judiciales o administrativos son inexistentes o ineficaces.

La excepción de denegación de justicia ha sido así consagrada repetidamente por la jurisprudencia internacional. Como ejemplos podemos citar:

- * El asunto de las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos, resuelto el 1 de mayo de 1925 por un tribunal arbitral encabezado por el juez Max Huber.

60 La expresión empleada por el Tribunal es incorrecta. Miaja de la Muela la califica de “insólita” y busca explicarla en el intento del Tribunal por lograr la unanimidad y no la mayoría. Según el autor español se buscó acumular a la mayoría, los votos de los jueces Gross y Fitzmaurice, quienes entendieron que habían razones de facto más que de jure para no aceptar la demanda belga; y el de un tercero, que analizó el fondo del asunto y no las excepciones para rechazar la reclamación de este país.

61 DE VISSCHER, Charles. “Le Deni de Justice en Droit International”, EN: **R.C.A.D.I.**, 1935, p. 423.

62 Opinión individual del juez Córdova en el caso Interhandel, C.I.J., **Recueil des Cours**, 1959, p. 45.

63 MARTINEZ-AGULLO, Luis. **Ob.Cit.**, 1970, p. 348.

- * El asunto Borchgrave, resuelto en diciembre de 1936. En este caso el diplomático belga barón Jacques de Borchgrave fue asesinado y su muerte no fue reprimida por las autoridades españolas con la diligencia debida. Aquí se aplicó también la regla de excepción de denegación de justicia.

Como veremos a continuación, esta excepción fue planteada por el gobierno belga, con el propósito de justificar el incumplimiento de la regla del agotamiento.

c. Análisis del caso concreto

En la sentencia del 5 de febrero de 1970, la Corte no consideró necesario entrar al análisis de esta cuarta excepción al haber acogido la tercera excepción preliminar española negando a Bélgica el *locus standi*. Pese a esta posición de la Corte, algunos jueces se pronunciaron sobre el tema en sus opiniones individuales. El juez Tanaka llega así a la conclusión de que los recursos internos fueron agotados. Para él "la regla del agotamiento no exige de los interesados lo que sea imposible o ineficaz, sino sólo lo que requiere el sentido común, es decir, la diligencia de un *bonus pater familia*"⁶⁴. Por tanto -concluye Tanaka- el agotamiento de los recursos internos estuvo presente en este caso.

Por su parte, Fitzmaurice por su parte discrepa con Tanaka, concluyendo que la cuestión del agotamiento de los recursos internos no se presentó en este caso.⁶⁵ Del mismo modo el magistrado Padilla Nervo se limitó a afirmar que tanto de los alegatos escritos como orales se desprendía que los recursos internos no se agotaron, no existiendo motivos para justificar en el caso una excepción al empleo de la regla.⁶⁶ El juez Gros en su opinión individual también señaló que la Barcelona Traction debió presentar la oposición en el plazo legal, aún se tratara de un recurso teórico;⁶⁷ por tanto, no hubo para este juez agotamiento de recursos internos. Bustamante y Rivero señaló también que en este caso no se agotaron los recursos; sostuvo que el auto de quiebra podía asimilarse a una sentencia, especialmente cuando dicho auto se ha hecho firme por una decisión judicial. Los efectos del auto son los de una verdadera sentencia. Por tanto, el recurso de revisión podía ejercerse contra un auto declarativo de quiebra. Asimismo, Bustamante sostuvo que en el caso no se concluyó con el procedimiento administrativo⁶⁸.

Por último cabría señalar el voto disidente del juez Armand-Ugon en 1964 en este mismo asunto. Este juez señaló: "Si el extranjero deja de entablar procedimiento o de apelar dentro del tiempo requerido y, por consiguiente, tiene una decisión procesal adversa, no ha cumplido lo que debió hacer para obtener justicia del Estado demandado y está, por lo tanto, impedido de hacer que su caso se oiga y se decida por un tribunal internacional"⁶⁹. De estas opiniones resulta fácil concluir cuál hubiera sido la posición de la Corte en este punto.

64 Opinión individual del juez Tanaka, p. 60.

65 Opinión individual del juez Fitzmaurice, pp. 75-76.

66 Opinión individual del juez Padilla Nervo, p. 33.

67 Opinión individual del juez Gros, pp. 28-31.

68 Opinión individual del juez Bustamante y Rivero, p. 10, 11, 13 y 16.

69 Voto disidente del Juez Armand Ugon, 1964.

6.5 Ausencia de Manos Limpias

a. Análisis de la Posición Española

El gobierno español a lo largo del proceso puso en evidencia su intención de deducir la excepción del Clean Hands contra el gobierno belga. Así:

1. En el primer escrito de excepciones (21 de mayo de 1960) aludió a la condena por los tribunales belgas, del Director General de Comercio Exterior del Ministerio belga de Asuntos Exteriores (que había recibido repetidas remuneraciones de SOFINA, mientras estaba oficialmente encargado en el Ministerio del “dossier” de la Barcelona Traction). De manera que, al decir de un abogado en la sesión de la Corte de Apelaciones de Bruselas del 2 de marzo de 1959, “la introducción del proceso ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya es, al menos en parte, el resultado de la corrupción de un alto funcionario belga por los dirigentes de SOFINA”. Asimismo en el escrito, España realiza un examen histórico de las actividades de la Barcelona Traction anteriores a la declaración de quiebra, que revelan la ausencia de manos limpias y de buena fe de dicho grupo.

2. En el segundo escrito de excepciones (15 de marzo de 1963) el gobierno español volvió a aludir a la carencia del requisito de manos limpias de la sociedad, remitiéndose a su primer escrito. Y refiriéndose a él señaló: “Con el fin de situar en su verdadera perspectiva los elementos de orden moral de este asunto, el gobierno español probó en su exposición, presentando abundantes pruebas escritas en apoyo, las irregularidades cometidas en diversas ocasiones, sobre el plano financiero por los grupos que maniobraban los asuntos de la Barcelona Traction; igualmente mostró como ellos, con propósito deliberado, no han tenido en cuenta para nada la legislación y las reglamentaciones españolas para realizar sus operaciones financieras en España”.⁷⁰

3. Finalmente, en el procedimiento oral, el profesor Paul Reuter, consejero del Gobierno español, destacó el número, la extensión y la gravedad de los atentados contra el orden legal español, causados por el comportamiento del grupo de la Barcelona Traction y de sus dirigentes, añadiendo: “Uno tiene derecho a preguntarse si este grupo puede todavía ser objeto de una protección diplomática cualquiera y especialmente por parte del gobierno belga... El Derecho Internacional también pone al ejercicio de la protección diplomática condiciones que se refieren a la conducta de los que deben beneficiarse de ella y, a este respecto, el gobierno español estima que no es admisible que el grupo de la Barcelona Traction se beneficie de una protección diplomática”. Seguidamente, el profesor Reuter realiza un amplio examen de las actividades de la Barcelona Traction, incluyendo su evasión de impuestos, sus fraudes fiscales y de divisas, estimando que “hubiera sido posible situar muchos de los desarrollos que hemos presentado al Tribunal sobre la base de una excepción preliminar; mas hemos preferido hacerlo objeto de un desarrollo continuo, a causa de las dificultades extremas de la exposición”.⁷²

El gobierno español por tanto, no presentó ninguna excepción preliminar basada en

70 Corte Internacional de Justicia, **Memorias**, Volumen I, p. 91.

71 Corte Internacional de Justicia, **Memorias**, Volumen II, p. 5.

72 **Ibid.**, p.41 .

la falta del requisito del Clean Hands. Pero, ¿Cual fué la verdadera motivación de esta omisión?

b. Justificación de la Omisión Española

La razón de esta omisión es explicada por el consejero belga Rolin, quien sostuvo en el proceso oral que la doctrina del Clean Hands sólo es conocida en el derecho interno de los países anglosajones y que no ha sido consagrada por un tratado ni por una costumbre internacional. Si bien reconoció que en el asunto del "I'm alone" se tuvo en cuenta las faltas cometidas por ciertas víctimas para medir la atenuación de la responsabilidad que debía resultar, y que Jenks, en su obra "The Prospects of International Adjudications" cree haber encontrado en la sentencia del Tribunal Permanente relativa al asunto Chórzow una aplicación del principio de las manos limpias, en su opinión, la excepción del Clean Hands no habría podido ser opuesta al gobierno belga pues ningún fraude o ilegalidad había sido cometida por los dirigentes de la Barcelona Traction⁷³.

Asimismo, de los estudios de los colaboradores del gobierno español apareció que ni de la jurisprudencia internacional ni de la práctica de los Estados podía deducirse de manera segura que la conducta incorrecta del particular motivase la inadmisibilidad de la protección diplomática. Había sí, algunos escasos precedentes jurisprudenciales de fines del siglo XVIII y principios del XIX referidos a capturas de buques que se dedicaban al transporte de esclavos. Fuera de ello, ningún otro dato permitía sostener aquella doctrina.⁷⁴ Aquellos estudios, demostraron que la conducta incorrecta tenía mas bien incidencia sobre el fondo de la reclamación y sobre el montante de la reparación. Sobre el primero, porque un acto presuntamente ilícito podía estar justificado por el comportamiento ilegal o fraudulento del particular, sobre el segundo, porque si una parte de los daños derivan de la conducta del particular; y no del acto ilícito, tales daños deberían ser descontados de la reparación. Asimismo, se concluyó que la conducta incorrecta tenía cierto peso como argumento general de atmósfera. Es cierto que las jurisdicciones internacionales tienen que fallar sobre la base del Derecho Internacional, no es menos cierto que se dejen guiar por la idea general que desde un punto de vista ético se han hecho del asunto⁷⁵.

El propio Paul Reuter reconoce que el gobierno español no dedujo una quinta excepción en tanto la figura del Clean Hands está en discusión, pues los precedentes y la doctrina que existen sobre este punto son heterogéneos y desordenados.⁷⁶ Adolfo Miaja de la Muela señaló sobre esto: "No presentada esta alegación en ninguna de las fases del procedimiento como una excepción más, quedó flotando en el ambiente, en cuanto simple ele-

73 *Ibid.*, p. 360.

74 Según José Pastor Ridruejo, el jurista francés Salmón comparte la misma opinión, en su artículo "Des Mains Propres Comme Condition de Recevabilité des Réclamations Internationales", *AFDI*, 1964, p. 225. Posteriormente, la opinión disidente del juez Schwebel, en el asunto de las actividades militares y para-militares en y contra Nicaragua, señalaría que la reclamación nicaraguense debió ser rechazada porque Nicaragua no había observado una conducta correcta en El Salvador y otros Estados limítrofes. (C.I.J., 1986, párr. 266 a 272). Sin embargo, esta fue una opinión aislada.

75 PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, pp. 229-230.

76 Corte Internacional de Justicia, *Memorias*, Volumen II, p. 680-681.

mento de juicio respecto al fondo moral del asunto”⁷⁷. De allí, la omisión de toda alusión a este tema por parte de la Corte.

La única referencia que hace la C.I.J. en su sentencia de 1970 sobre este punto dice: “De un lado, ha sido sostenido que las autoridades administrativas y judiciales españolas han cometido actos ilícitos y que esos actos implican la responsabilidad internacional de España. Del otro, se ha afirmado que, en el desarrollo de su actividad, la Barcelona Traction y sus filiales violaron la ley española y causaron un perjuicio a su economía. Suponiendo probados los hechos en los dos casos, los últimos no podrían de ninguna manera legitimar los primeros”⁷⁸. Con este breve párrafo, la Corte salva toda opinión sobre el asunto, no existiendo entre las opiniones individuales una nueva referencia a este tema.

6.6 Fondo del Asunto: (Responsabilidad Internacional del Estado Español)

a. Abuso del Derecho

Al presentar Bélgica su Memoria en 1962, calificó los actos del órgano judicial español como **abuso del derecho** (trato injusto y discriminatorio de las autoridades judiciales españolas). Henri Rolin, consejero del gobierno belga, se basó en la definición de abuso del derecho dada por el “Diccionario de Términos de Derecho Internacional” publicado en París en 1960, la cual incluía el caso en que el ejercicio de un derecho por un Estado haya sido realizado con una finalidad que no se ajuste a aquella, en atención a la cual dicho derecho se haya reconocido. Bélgica calificará de abuso del derecho el auto de declaración de quiebra dictado por el juez español de Reus, y reprochará a los tribunales españoles por haber admitido procedimientos manifiestamente abusivos, para bloquear los recursos de la sociedad quebrada.

Frente a esta postura, el Gobierno español se opuso a estas acusaciones señalando que la figura del abuso del derecho, si bien era reconocida por el Derecho Internacional su contenido no era claro.

En efecto desde que el jurista griego Politis en su curso de la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1925 proclamó que la doctrina del abuso del derecho era reconocida por el Derecho Internacional se inició una fuerte polémica sobre este tema⁷⁹. Así, algunos autores europeos como Roulet negaron la teoría del abuso del derecho. Otros, como Anzilotti en su opinión individual en el asunto de la Compañía de Electricidad de Sofía, reconocían que la “teoría del abuso del derecho era extremadamente delicada”⁸⁰. Asimismo Lauterpacht advertía que el abuso del derecho era un instrumento que “debía manejarse con cuidadosa circunspección”⁸¹.

77 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Ob. Cit.**, p. 61.

78 Corte Internacional de Justicia, **Recueil de Cours**, 1970, p. 51.

79 POLITIS. “Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux”, **Recueil des Cours**, Vol. 6, 1925-I, pp.77-121.

80 C.P.J.I. Compagnie d’électricité de Sofía et de Bulgarie, Serie A/B, núm. 77, p. 98.

81 LAUTERPACHT, H. **The development of International Law by the International Court**, London, 1958, p. 164.

El abuso del derecho es una doctrina que ha tenido su origen en la jurisprudencia civil francesa del siglo XIX como una extensión de la doctrina medieval de los actos de emulación surgida para regular las relaciones de vecindad entre los predios⁸². La diversidad de ideas que se tienen respecto a su significado y el desconocimiento de la figura en algunos ordenamientos jurídicos como el Anglosajón, explica porqué algunos autores como Ago, Schlochauer y Guggenheim niegan o relativizan que el abuso del derecho sea un principio general del derecho internacional. Otros autores, como Kiss, lo admiten en cambio como principio general del derecho y algunos, como Friedmann, lo entienden como principio de enfoque e interpretación.⁸³

De lo expuesto, resulta fácil concluir la absoluta confusión que existe en torno a este tema. Más aún en la época en la que se desarrolló este caso. Pese a ello, en este asunto se arribó a conclusiones importantes. Así el consejero del gobierno español Guggenheim no negó que el abuso del derecho fuera admitido en el orden internacional pero si discrepó del intento belga de definirlo de acuerdo a un determinado ordenamiento nacional, resaltando la diversidad de definiciones, las contradictorias posiciones existentes en el plano internacional y el hecho de que en la jurisprudencia internacional (pese a haber sido invocada en algunas ocasiones) no se ha dado el caso de que la responsabilidad internacional de un Estado haya sido estimada en base a un supuesto de abuso del derecho.

En efecto, el abuso del derecho es un principio recogido por el Derecho Internacional. Sin embargo, debido a las opuestas posiciones que existen en torno al contenido del mismo, éste no puede ser definido tomando como referencia un determinado ordenamiento jurídico interno. Para la Corte resultó incluso claro que el abuso del derecho no ha sido puesto nunca en práctica para sostener la responsabilidad internacional de un Estado.

No obstante, si revisamos algunos autores y consultamos las posiciones de los gobiernos comprobaremos que para configurar el abuso del derecho, existe coincidencia en exigir al menos la presencia de un elemento **subjetivo o intencional**. Es el caso de autores como Ripert, Scerni, Volansky o Carrillo Salcedo.⁸⁴ Asimismo en la Conferencia de Codificación de la Haya de 1930, en los trabajos de la Comisión de Nacionalidad, el delegado de Polonia Rundstein acogió la propuesta belga solicitando se añadiera el término **intencionalmente** para subrayar la necesidad de mala fe en la configuración del abuso del derecho. Asimismo, a nivel de jurisprudencia, el elemento referido a la mala fe -como determinante del abuso del derecho- ha sido consagrado repetidamente. Así tenemos:

- * El arbitraje relativo a la caza de focas en el mar de Behring, donde el delegado inglés y el propio juez del asunto mencionaron el término **“malicia”** para referirse al abuso del derecho (1898).⁸⁵

82 CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. “Abuso de Derecho, Desviación de Poder y Responsabilidad Internacional”, EN: **Revista Española de Derecho Internacional**, Valladolid, 1970, n. 2-3, p. 470.

83 CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. **Ob. Cit.**, p. 473.

84 **Ibid.** pp. 471 y ss.

85 MOORE. **History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party.** vol. I, Washington, 1898, pp. 889-890.

- * El asunto de la compañía de electricidad de Sofía entre Bélgica y Hungría resuelto por la C.P.J.I., donde el delegado belga hizo también alusión al término “**intencionalmente**”.⁸⁶
- * El asunto de ciertos empréstitos noruegos resuelto por la C.I.J. En este caso, fue el gobierno noruego quien sostuvo la “**mala fe**” como requisito indispensable del abuso del derecho.⁸⁷

Del mismo modo algunos jueces en sus Opiniones Individuales ante la Corte Internacional de Justicia se han referido a este tema:

- * El juez Alvarez en el dictámen sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas en 1948.⁸⁸
- * El juez Read en el asunto Nottebohm en 1955.
- * Y el juez Spender en el asunto de la Tutela de los Menores en 1958.

En otros casos, el abuso del derecho ha sido señalado como la expresión negativa del principio de la buena fe. Este es el caso del:

- * Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca (C.P.J.I.).⁸⁹
- * El juez Alvarez en su opinión individual ante la CIJ sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas en 1949.⁹⁰
- * El juez Lauterpacht en su opinión individual y el juez Read en su opinión disidente en el asunto relativo a ciertos empréstitos noruegos, en 1958.⁹¹
- * El juez Spender en su opinión individual y el juez Lauterpacht en su opinión disidente en el caso Interhandel, en 1959.⁹²
- * Finalmente, el juez Tanaka en su opinión disidente en los asuntos del Sud-Oeste Africano, en 1966.⁹³

Por tanto, podemos concluir que Bélgica debía demostrar la mala fe de las autoridades judiciales del gobierno español para poder acusar a éste de abuso del derecho y por ende, de responsabilidad internacional. Sin embargo, el gobierno belga a lo largo del proceso no logró demostrar la mala fe requerida, y por ende, la presencia de abuso del derecho por parte de las autoridades judiciales españolas.

86 C.P.J.I., *Serie C*, núm. 88, p. 400.

87 C.I.J. *Mémoires*, Vol. I, p. 131.

88 C.I.J., *Recueil*, 1948, p. 71.

89 C.P.J.I., *Serie A*, núm. 7., p.30.

90 C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 71.

91 C.I.J., *Recueil*, 1958, pp. 53-54.

92 C.I.J., *Recueil*, 1959, p. 59.

93 C.I.J., *Recueil*, 1966, pp. 301-302.

b. Desviación de Poder

Al tomar conciencia los consejeros del gobierno belga de la imposibilidad de acusar a los órganos del gobierno español de haber actuado contra el principio de la buena fe y por lo tanto, de imputar a dicho gobierno un abuso del derecho, prefirieron hablar de “**desvío de poder**”, como una modalidad de esta figura. Es así como Bélgica sostuvo que un Estado incurre en responsabilidad internacional si al hacer uso de sus competencias las ejercita con una finalidad distinta a aquella en virtud de la cual le habían sido atribuidas por el Derecho Internacional ⁹⁴.

En los debates ante la C.I.J relativos a la composición del Comité de Seguridad Marítima, el consejero de Liberia Mr. Weeks invocó también la desviación de poder. Sin embargo, el consejero de Italia Mónaco señaló que la figura no había sido reconocida ni admitida por el Derecho Internacional. Señaló que el hecho que este recurso fuera admitido en los tratados constitutivos de las comunidades europeas o fuera utilizado por los tribunales administrativos internacionales en litigios entre funcionarios de organizaciones internacionales, no suponía su reconocimiento por el Derecho Internacional general. Del mismo modo Fawcett sostiene que el reconocimiento de la desviación de poder se limita a las organizaciones internacionales exclusivamente. Empero ¿qué argumentos pueden explicar que la desviación de poder no haya sido aceptada por el Derecho Internacional general? El profesor español Garrido Falla nos da la respuesta. El autor señala que por las características del ordenamiento jurídico internacional existen graves dificultades para la admisión del desvío de poder. Así tenemos:

1. La diferencia existente entre el abuso del derecho y la desviación de poder. El primero opera en el plano de la responsabilidad, dando lugar en su caso a una reparación; el segundo, juega en el plano del control de la legalidad de los actos y tiene como efecto la anulación del acto viciado. Pues, este efecto específico, no podría darse en el plano internacional; es decir, la anulación del acto recurrido. El Derecho Internacional no puede, a diferencia del derecho interno anular los actos estatales contrarios a este ordenamiento.

2. Las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen; son la excepción. Si bien en el derecho interno las facultades de los funcionarios han de ejercitarse en una dirección determinada, en el Derecho Internacional los actos de los Estados no se hallan limitados por una presunción o por regla general. Las limitaciones de soberanía son la excepción y no la regla.

3. Como vicio típico de los órganos administrativos, la desviación de poder no es extensible a los órganos judiciales, que es precisamente lo que hace el gobierno belga.

4. En el orden internacional es difícil determinar la finalidad de las competencias de que gozan los Estados. Incluso es muy discutido por la doctrina el simple hecho de que estas competencias sean **atribuidas** al Estado por el Derecho Internacional (Scelle) o se consideren como **inherentes** al Estado (Walz, Truyol y Serra, Rousseau, Arangio-Ruiz, Marmo y Allorio). En el plano interno esto es posible porque, aunque las disposiciones le-

94 *Ibid.*, p. 479.

gales no fijen con claridad la finalidad que se persigue al dotarlos de ciertas competencias, existe la determinación amplia de que en todo caso han de actuar de acuerdo con el **interés general** ⁹⁵.

5. La figura plantea un problema de prueba. La desviación de poder es muy subjetiva, en tanto implica verificar si la intención perseguida por el agente coincide con la finalidad objetiva contemplada por la ley.

A todas estas objeciones habría que agregar la práctica de los Estados, la cual nos dice que son escasas las situaciones en las que se ha invocado el desvío de poder, no pudiendo desprenderse de tales casos que la figura esté reconocida por el Derecho Internacional.

Pese a todo lo dicho, Bélgica trató de sostener lo contrario, citando para apoyar su posición el asunto Fletcher Smith, entre Estados Unidos y Cuba, en el que el súbdito norteamericano fue víctima de una expropiación por las autoridades municipales y judiciales cubanas, destinando las propiedades a una sociedad privada cubana y no a fines de utilidad pública. Pero, como aclaró Guggenheim, no estamos aquí ante un caso de desviación de poder sino frente a una violación del derecho interno cubano. Así lo señaló la propia Corte cuando dijo: "... The intended expropriation of the claimant's property was not compliance with the constitution, nor with the laws of the republic..." ⁹⁶.

En el dictamen de la CIJ de 28 de Mayo de 1948 sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas el profesor Scelle, consejero de Francia, señaló que el desvío de poder sí estaba reconocido en el orden internacional. Sin embargo, esta fue sólo una opinión aislada.

Por tanto, la táctica belga de plantear el abuso del derecho como una desviación de poder, por estimarlo menos subjetivo que un acto contrario al principio de la buena fe, fue definitivamente inconveniente. Quedó claro para la Corte, que la figura del desvío de poder no sólo era imprecisa sino que no había sido aceptada aún por el Derecho Internacional general.

c. Análisis de la Opinión de la Corte

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1970 no entró a analizar el fondo del asunto, es decir, a determinar la responsabilidad internacional del Estado español respecto del trato dispensado por sus autoridades administrativas y judiciales a la empresa Barcelona Traction. Pese a esta omisión justificada de la Corte, algunas opiniones individuales sí se avocaron al análisis del fondo de la cuestión.

Gerald Fitzmaurice respecto a la competencia de los tribunales españoles para declarar la quiebra de la Barcelona Traction, sostuvo que la jurisdicción primaria era manifiestamente canadiense y que los tribunales españoles debieron declararse incompetentes al menos en primera instancia. Señala que siendo el procedimiento -desde el punto de vista in-

95 **Ibid.**, pp. 484-485.

96 **Ibid.**, p.480 .

ternacional- nulo ab initio por exceso de competencia, no se planteaba la obligación de agotar los recursos internos⁹⁷. Fitzmaurice se basa, en que la falta de pago se refería a obligaciones emitidas fuera de España y detenidas también fuera de éste país. Si la finalidad real era el pago de los intereses atrasados, era en Canadá y no en España, donde se hubiera actuado y debía actuar, concluyó el magistrado. El juez Gros por su parte, discrepa con Fitzmaurice en su opinión individual, entendiéndolo como competentes a los jueces españoles por la concentración de la empresa industrial en España. Padilla Nervo igualmente, señaló que nada permitía “decir que haya habido un “miscarriage of justice” o que la quiebra acordada era ficticia. No hay duda -agregó- que la declaración de quiebra ha sido hecha de acuerdo con el derecho español en la materia. No hay bases legales para afirmar que España es responsable internacionalmente por el standard de sus leyes y por la calidad de la justicia administrada por sus Tribunales”⁹⁸. Finalmente, el juez Tanaka señaló no haber sido convencido “de la existencia de mala fe en las autoridades judiciales y administrativas españolas. Para demostrar la mala fe de los jueces españoles, el gobierno belga casi no se apoya mas que sobre simples presunciones; no se funda en hechos objetivos que constituyan colusión, corrupción, o abuso flagrante del procedimiento judicial”⁹⁹. Tanaka por último, sostiene el principio de la independencia del Poder Judicial, considerándolo como principio general de derecho de acuerdo al artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. Señala que la independencia del Poder Judicial, libera en principio al Estado de responsabilidad internacional por actos de sus órganos judiciales¹⁰⁰. Esta última opinión, sería luego descartada y duramente criticada por la doctrina.

En todo caso, lo importante a destacar es que la mayoría de las opiniones individuales que analizaron el fondo del asunto exculpan a España de toda responsabilidad internacional por actos de sus órganos judiciales y administrativos. Con la sola excepción de Fitzmaurice, los demás jueces que opinaron sobre el fondo del asunto no entendieron probada la responsabilidad española.

6.7 Otros aspectos jurídicos analizados por la Corte Internacional de Justicia

a. La Protección Diplomática como Derecho del Estado

En un breve pasaje de la sentencia de la Corte se afirma que “un Estado puede ejercer la Protección Diplomática de sus nacionales por los medios y en la medida que estime apropiados, **ya que es su derecho propio el que alega**”.¹⁰¹ Esta afirmación de la Corte resulta por demás trascendente pues confirma una tendencia que ya había sido planteada años antes. Efectivamente, en el asunto *Mavrommatis* en 1924, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló: “Al hacerse cargo del caso de uno de sus súbditos y al recurrir a la acción diplomática..., **el Estado se encuentra realmente afirmando sus propios derechos**, su derecho de garantizar, en la persona de sus súbditos, el respeto de las reglas de Derecho Internacional”¹⁰². La misma idea, fue plasmada en el voto disidente del Juez Badawi en el asunto *Corfú* en 1949, ante la Corte Internacional de Justicia.

97 C.I.J. *Recueil de Cours*, 1970, pp. 103-106.

98 *Ibid.*, p 265.

99 *Ibid.*, pp. 159-160.

100 *Ibid.*, p. 156.

101 C.I.J. *Recueil des Cours*, 1970, pp. 78-79.

102 C.P.J.I. Sentencia dictada en 1924 en el Asunto *Mavrommatis*.

De tales fallos se concluye, que el derecho de ejercer la Protección Diplomática no es un derecho de la persona, natural o jurídica, sino **un derecho propio del Estado**.

b. Carácter Discrecional de la Protección Diplomática

Según el Derecho Internacional, el Estado no tiene obligación de ejercer la Protección Diplomática en favor de sus nacionales, en tanto éste, es **un derecho de carácter discrecional**.

El Tribunal Internacional de la Haya en el caso que nos ocupa, reafirmó este concepto, añadiendo sin embargo “que el derecho interno sí puede imponer tal obligación al Estado y que incluso, puede asegurarla mediante las correspondientes sanciones”.¹⁰³

Sobre este último punto, podríamos poner como ejemplo algunas Constituciones nacionales, como la constitución portuguesa en su artículo catorce, o las constituciones de los ex-Estados socialistas¹⁰⁴. La idea de algunos ordenamientos jurídicos internos de imponer como obligatoria la protección diplomática obedece al deseo de impedir que los Estados puedan dejar de proteger a sus súbditos por intereses mezquinos. Como señala Charles de Visscher, en los hechos, el ejercicio de la Protección Diplomática muchas veces ha dependido de consideraciones de oportunidad política. Los gobiernos la ponen en marcha cuando entienden que puede favorecer, o al menos no contrariar los fines de su política general; en caso contrario -concluye el autor- los Estados se abstienen¹⁰⁵.

Es en razón de lo dicho, que algunos ordenamientos jurídicos imponen la obligación referida. Empero, no está demás aclarar que tal obligación será de carácter interno no acreando su incumplimiento ningún efecto jurídico internacional.

c. Incidencia del Derecho Interno

La incidencia del derecho interno en la “ratio decidendi” de la sentencia de la C.I.J. de 5 de febrero de 1970, queda clara a lo largo de todo el proceso. Si se analiza detenidamente la sentencia del Tribunal encontraremos constantes referencias al derecho interno. Para autores como Eloy Ruiloba la sentencia está así claramente inspirada en una **concepción monista**, con las siguientes características:

a) Se trata de un monismo moderado análogo al propuesto por la escuela vienesa.

b) El fundamento de la aplicación del derecho interno aparece reforzado cuando las normas internas pertinentes se encuentran plasmadas en las diversos sistemas estatales, de tal manera que lo que el Tribunal Internacional aplica no es ya una fuente formal interna, sino una regla en materia interna provista de un cierto grado de sanción jurídica internacional.

103 C.I.J., Sentencia de 5 de febrero de 1970.

104 MAKAROV, A. “Consideraciones sobre el Derecho de Protección Diplomática”, EN: **Revista Española de Derecho Internacional**, 1955, Vol. VIII, p. 512.

105 DE VISSCHER, Charles. **Teorías y Realidades del Derecho Internacional Público**, París, 1960, p. 342.

c) El hecho de que la sentencia precise que no se refiere a un derecho interno, sino a reglas generalmente aceptadas por los sistemas de derecho interno, indica ya una moderación del monismo a ultranza.

d) Finalmente, la sentencia de 1970 entiende que cuando no existe una norma internacional aplicable, el derecho interno puede ser tenido en cuenta como tal derecho.

CONCLUSION

De todo lo expuesto en el caso de la Barcelona Traction es posible concluir que la Corte Internacional de Justicia acertó en su fallo, al rechazar la demanda interpuesta por el gobierno belga en 1964. Contrariamente, creemos que el tribunal erró al dilatar este proceso innecesariamente, otorgando prórrogas excesivas de plazos y términos y uniendo al fondo del asunto una cuestión de evidente naturaleza preliminar cual era la excepción de *ius standi*.

De otro lado, el fallo no sólo contribuyó notablemente a esclarecer un tema oscuro hasta la fecha, cual era el determinar el criterio para establecer la nacionalidad de las personas jurídicas, consagrando definitivamente la Teoría de la Constitución, sino que, sentando precedente, se pronunció sobre otros temas fundamentales para el Derecho Internacional como el agotamiento de los recursos internos, la excepción de denegación de justicia, el desistimiento, la aplicación de figuraras como el abuso del derecho y el desvío de poder en el Derecho Internacional, la interpretación que debe darse al artículo 37 del Estatuto de la C.I.J. y, finalmente, a través de sus opiniones individuales, se manifestó también sobre cómo opera la responsabilidad internacional de los Estados por actos de sus autoridades judiciales.

Definitivamente, las dos sentencias dictadas por la Corte en este asunto contribuirían decididamente a la evolución posterior del Derecho Internacional.