

## CAPÍTULO IV

SOBERANÍA DE LOS ESTADOS . . . . .	183
23. Territorialidad y soberanía territorial . . . . .	183
24. Territorio estatal, adquisición de territorios y territorios internacionalizados . . . . .	186
A. Territorio estatal . . . . .	186
B. Adquisición del territorio . . . . .	189
C. Territorios internacionalizados (Antártica) . . . . .	191
25. Jurisdicción personal y nacionalidad . . . . .	192
A. Jurisdicción personal . . . . .	192
B. Nacionalidad . . . . .	193
26. Poder reglamentario en el caso de asuntos con vínculos en el extranjero y conflictos de jurisdicción . . . . .	199
A. Puntos de contacto para el ejercicio del poder reglamentario . . . . .	199
B. Conflictos de jurisdicción . . . . .	207
27. Derecho de los extranjeros y protección diplomática . . . . .	209
A. Estatus de permanencia de los extranjeros (incluyendo la entrada y terminación de la estancia) . . . . .	209
B. Protección diplomática . . . . .	213
C. Refugiados y derecho de asilo . . . . .	215
28. La soberanía como un concepto jurídico . . . . .	216

## CAPÍTULO IV

### SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

#### 23. TERRITORIALIDAD Y SOBERANÍA TERRITORIAL

Los conceptos de “soberanía territorial” y “territorialidad” se interrelacionan, aunque no tienen la misma cobertura. La soberanía territorial es el concepto más estrecho. Se relaciona con el territorio Estatal propiamente dicho. La soberanía territorial contempla la competencia exclusiva para desarrollar funciones estatales en el territorio estatal e incluye (al contrario de la territorialidad) el derecho de disponer del territorio. La expresión clásica del derecho de exclusividad vinculado a la soberanía territorial se encuentra en el laudo arbitral de Max Huber en el caso de la *Isla de Palmas* (1928):

La soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. Independencia respecto de una porción del globo es el derecho de ejercer allí, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de Estados durante las últimas centurias y, como corolario, el desarrollo del derecho internacional, han establecido este principio de la exclusiva competencia del Estado en relación con su propio territorio en forma tal que lo convierte en el punto de partida para solucionar la mayor parte de los cuestionamientos que conciernen a las relaciones internacionales (RIAA, II, p. 829).

La territorialidad significa la competencia exclusiva para adoptar actos de soberanía en un determinado territorio, que no requiere que el portador de la soberanía disponga de poder en el largo plazo. Un ejemplo lo constituye la transferencia de los *new territories* de Hong Kong por parte de China a la Corona Británica. En el caso de los antiguos territorios alemanes del Este, la independencia territorial respecto de Polonia y la Unión Soviética, con fundamento en el Tratado de Postdam, se convirtió

posteriormente en una soberanía territorial plena con base en el Tratado de Moscú de 1990.

El derecho internacional consuetudinario prohíbe a los Estados intervenir en el territorio de un Estado sin su autorización. Es así como el gobierno de la República Federal de Alemania tuvo que pedir la autorización del gobierno de Somalia para que las fuerzas de seguridad alemana pudieran proceder a la liberación del avión de Lufthansa que había sido secuestrado por terroristas en el aeropuerto de Mogadisú (1977).

El ataque llevado a cabo por miembros del servicio secreto francés en contra del barco Rainbow Warrior de Greenpeace (en el marco de las protestas de Greenpeace en contra de los ensayos atómicos franceses) en un puerto neozelandés en 1985, es un caso flagrante de la violación de un territorio extranjero. Luego de un pronunciamiento arbitral del Secretario General de las Naciones Unidas, Francia tuvo que excusarse por el ataque violatorio del derecho internacional, y pagarle una alta indemnización a Nueva Zelanda (*Rainbow Warrior Case (New Zealand vs. France)*, *ILM*, 26, 1987, p. 1346; véase M. Pugh, “Legal Aspects of the Rainbow Warrior Affair”, *ICLQ*, 36, 1987, pp. 655 y ss.). Las controversias entre ambos Estados sobre la sanción de los agentes franceses condujeron a otro proceso arbitral (*ILR*, 82, 1990, p. 499). En éste, Francia le pagó una indemnización a la familia de un ocupante del barco que murió en el ataque, y respondió por las prestaciones del seguro del barco. Finalmente, Francia y Greenpeace celebraron un acuerdo arbitral en el que fijaron el pago de una indemnización a la organización no gubernamental.

La violación de la territorialidad de un Estado se da también cuando los organismos extranjeros secuestran personas con el objeto de juzgarlas penalmente en otro Estado. El ejemplo más conocido es el del secuestro del criminal nazi Eichmann en Argentina por parte de agentes israelíes (véase “District Court of Jerusalem”, *ILR*, 36, 1961, p. 5; Supreme Court of Israel, *ILR*, 36, 1961, p. 277). En algunas ocasiones las cortes nacionales han tenido que ocuparse de las reclamaciones por secuestros violatorios del derecho internacional (sobre el secuestro del Coronel Argoud en München por parte del servicio secreto francés véase “Tribunal de Casación Francés”, *ILR*, 45, 1972, p. 90; sobre el secuestro de un médico mexicano en los Estados Unidos, véase Supreme Court, *U. S. vs. Alvarez-Machain*, 504 U. S. 655, 1992; véase también TCF, NJW 1995, p. 651). De conformidad con el derecho internacional, las pretensiones en materia penal del Estado persecutor no se aplican a la viola-

ción de la territorialidad de un Estado extranjero. Bajo reserva de las posteriores reclamaciones del Estado que sufre la violación, vale el aforismo: *male captus, bene detentus*.

La soberanía territorial no es ilimitada. Más aún, los Estados se encuentran obligados a tener en cuenta para el ejercicio de los derechos territoriales soberanos con efectos transfronterizos, los intereses de los Estados vecinos. Los deberes de cuidado desempeñan un importante papel especialmente en el derecho internacional ambiental (véase apartados 51, 52).

La soberanía territorial, al igual que la territorialidad, puede estar sometida a restricciones por diferentes motivos. Se deben considerar, en especial, las servidumbres como los derechos de transito, los derechos de estacionamiento de las tropas o las servidumbres de fronteras (por ejemplo, la estación de tren alemana en Basilea), las cesiones administrativas que sirven de fundamento a las competencias administrativas de otro Estado (ejemplo: la zona del Canal de Panamá hasta finales de 1999), así como el arrendamiento de un territorio.

La territorialidad ofrece un punto de partida esencial para la determinación de los poderes reglamentarios estatales de conformidad con el principio de territorialidad. De acuerdo con éste, un Estado puede establecerle derechos y deberes a las personas que se encuentran en su territorio estatal, así como regular el estatus de las personas y las cosas en su territorio estatal. Además de esto, un Estado puede, hasta cierto punto, someter a su derecho una conducta por fuera de su territorio estatal, con el objeto de proteger determinados intereses del Estado.

El principio de territorialidad, comprendido en el sentido amplio de la actual práctica de los Estados, permite también la reglamentación de sucesos en otros Estados con efectos en el territorio estatal propio (principio de los efectos). En los casos en que se le da una interpretación amplia al principio de los efectos se pueden dar graves conflictos de jurisdicción en el caso de asuntos con efectos en otros Estados (véase nuestro apartado 26. 2).

BIBLIOGRAFÍA: M. Herdegen, “Die völkerrechtswidrige Entführung eines Beschuldigten als Strafverfolgungshindernis”, *EuGRZ*, 1986, pp. 1 y ss.; H. D. Reid, *International Servitudes in International Law and Practice*, 1932; M. N. Shaw, “Territory in International Law”, *NYIL*, 1982, pp. 61 y ss.; A. Verdross/B. Simma/R. Geiger, *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit*, 1980.

## 24. TERRITORIO ESTATAL, ADQUISICIÓN DE TERRITORIOS Y TERRITORIOS INTERNACIONALIZADOS

### A. *Territorio estatal*

Al territorio estatal pertenecen en principio las porciones terrestres (en el caso de los Estados, costeros la tierra en tanto que se encuentre en forma permanente sobre la línea de base mínima). La mayor parte de las actuales fronteras territoriales se han fijado mediante tratados o a través de la práctica estatal. En Latinoamérica, y mucho más en África, la determinación de las fronteras se lleva a cabo de conformidad con la doctrina del *uti possidetis* con base en las fronteras administrativas o externas de las antiguas colonias (véase CIJ, *Case Concerning the Frontier Dispute, [Burkina Faso vs. Republic of Mali]*, *ICJ Reports*, 1986, p. 554). Un ejemplo de esto es la pertenencia del archipiélago de San Andrés (que se encuentra frente a las costas de Nicaragua) a Colombia, que se fundamenta, desde el punto de vista del derecho internacional, en una ordenanza de la Corona española de 1803, que determinaba el territorio del virreinato de la Nueva Granada. Esta ordenanza fue confirmada posteriormente mediante un tratado celebrado entre Colombia y Nicaragua. Mientras que en Latinoamérica esa doctrina no ha generado dificultades graves debido a la homogeneidad de los efectos que caracterizó al reino colonial español, acudir a las fronteras coloniales en África ha suscitado la creación artificial de fronteras con graves conflictos étnicos.

En el caso de las fronteras fluviales la frontera corre, por lo general, por la mitad del lecho del río; para el caso de los ríos naveables sin embargo, por la mitad del canal (“camino del lecho”). Una serie de importantes ríos se encuentra sometida a un régimen de uso internacional. Dentro de éstos se encuentra, por ejemplo, el Rin. Es así como las Carta de Navegación del Rin de 1868 (Acta de Mannheim, BGBI, 1966, II, p. 561) garantiza la libre navegación en el Rin:

La navegación fluvial en el Rin y sus afluentes desde Basilea hasta el mar, tanto cuesta arriba como cuesta abajo, debe ser permitida a las naves de todas las naciones, para el transporte de mercancías y personas, atendiendo a las disposiciones contempladas en este tratado y cumpliendo las normas de policía de carácter general necesarias para garantizar la seguridad (artículo 1o., número 1, Carta de Navegación del Rin).

En ocasiones, es difícil determinar los límites cuando hay lagos internos. Es así como en el caso de gran parte del Lago de Constanza (“Obersee”) se discute si el territorio del lago se encuentra dividido (división real) entre Alemania, Austria y Suiza o si es un condominio de los tres Estados. Debido a que la reglamentación contemplada en el tratado se ocupa en la práctica de cuestiones de uso, más importantes, esta discusión desempeña en la actualidad un papel secundario.

El territorio estatal comprende tanto las aguas internas (*internal waters*) como el mar territorial (*territorial sea*): “La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial” (artículo 20. número 1, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

Las aguas internas van hasta la línea de base del mar costero. La línea de base orienta a lo largo de la costa en el caso de la línea de bajamar (véase nuestro apartado 31. B. a). Inicialmente, el derecho internacional consuetudinario reconocía únicamente en un mar territorial con una extensión de tres millas (el alcance de un disparo de cañón). En la actualidad, se reconoce una extensión de mar territorial de hasta 12 millas marítimas: “Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas, medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención” (artículo 30., Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

La República Federal de Alemania goza de un mar territorial con una extensión tradicional de tres millas marítimas. Sin embargo, en algunas partes del Mar del Norte, Alemania ha reivindicado entre 12 y 16 millas marítimas con el objeto de evitar los derramamientos de petróleo en esa parte del Mar del Norte (*BGBI* 1984, p. 1366). Esa petición es difícil de justificar en la medida en que sobrepasa las 12 millas marítimas.

La soberanía territorial se extiende también al espacio aéreo, esto es a las columnas de aire sobre el territorio estatal. Sin embargo, la delimitación del espacio aéreo es difícil. La soberanía territorial sobre el espacio alcanza en todo caso hasta una altura en la que los aviones puedan volar (dependiendo de la forma de construcción, de 20-25 millas). No obstante, desde un punto de vista más amplio, el espacio aéreo de un Estado se extiende hasta una altura de por lo menos el alcance de la órbita terrestre de los satélites (cerca de 50-70 millas). Este punto de vista se apoya en

una práctica estatal de varias décadas (desde que se puso en órbita el satélite “Sputnik” en 1957). Existen también algunas reflexiones que llegan hasta ampliar el espacio aéreo del territorio estatal a todo el resto de la atmósfera (hasta 10,000 millas).

Cada vez más existe mayor consenso en establecer que el espacio aéreo de un Estado debe alcanzar por lo menos hasta una altura de 50 millas y que debe comenzar a partir de una altura de 80 millas del espacio terrestre. Se discute además, atendiendo al criterio de la territorialidad, si el posicionamiento de los satélites “geoestacionarios” requiere la autorización del respectivo Estado (en ese sentido la Declaración de Bogotá, adoptada por los ocho Estados ecuatoriales con profunda oposición de la comunidad de Estados) y si debe haber por lo menos un régimen legal especial para la órbita terrestre geoestacionaria.

El Convenio de Chicago sobre la Aviación Civil Internacional de 1944 (*BGBL.*, 1956, II, p. 442) contempla algunos principios básicos. En éste se divide entre tráfico aéreo regular y no regular. Al contrario del tráfico aéreo no regular, el desarrollo del tráfico aéreo regular se encuentra vinculado a una autorización especial del Estado sobre el que se sobrevuela (artículos 5o. y 6o.).

Se discute si de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, un Estado puede atacar las aeronaves civiles que penetran ilegalmente en su espacio aéreo (atendiendo a la proporcionalidad de los medios). El ataque a un avión de pasajeros de Corea del Sur que perdió su curso, por parte de la Unión Soviética en 1983 fue ampliamente censurado por la comunidad de Estados. Una modificación del Convenio de Chicago de 1984 (artículo 3o. bis, inciso a)<sup>87</sup> prohíbe el uso de armas en contra de las aeronaves civiles y obliga a los Estados parte, en caso de interceptación de estas aeronaves a no poner en peligro la seguridad de los pasajeros. Luego del ataque a una aeronave de pasajeros iraní (tomada en forma errónea como una aeronave militar) por parte de las fuerzas armadas americanas en 1988, los EEUU tuvieron que pagar a Irán cuantiosas indemnizaciones (*ILM*, 35, 1996, pp. 553 y ss.).

<sup>87</sup> Artículo 3o. bis a) Los Estados contratantes reconocen que todo Estado debe abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de éstas. La presente disposición no se interpretará en el sentido de que modifica en modo alguno los derechos y las obligaciones de los Estados estipulados en la carta de las Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA: J. Kokott y L. Gündling, “Die Erweiterung der deutschen Küstengewässer in der Nordsee”, *ZaöRV*, 45 (1985), pp. 675 y ss.; Petersen, *Deutsches Küstenrecht*, 1989; I. Schwartz, “Der gewohnheitsrechtliche Aspekt der Abgrenzungsfrage zwischen Luft- und Weltraum”, *ZLW*, 1988, pp. 228 y ss.; L. Weber, “Chicago Convention”, *EPIL*, t. 1, 1992, pp. 571 y ss.

### B. *Adquisición del territorio*

Los fundamentos para la adquisición del territorio los constituyen la ocupación (adquisición originaria), la cesión (renuncia voluntaria a un territorio), la adquisición por prescripción luego de que se cumple un término, la adjudicación (la adjudicación por vía judicial o arbitral de un territorio estatal) y finalmente el aluvión. Anteriormente se aceptaba también la anexión (adquisición por la fuerza de un territorio) como título de adquisición.

La ocupación constituye un título adquisitivo reconocido sólo en el caso de territorios abandonados (*terra nullius*). No obstante, desde la segunda mitad del siglo XIX esa forma de adquisición no se aplica en el caso de territorios con una población indígena que presenta un cierto grado de organización política (véase CIJ, *Western Sahara Case, ICJ Reports*, 1975, p. 12). Aquí se admite una adquisición derivativa (por ejemplo, mediante acuerdos con los propietarios del territorio soberano). En lo restante la ocupación presupone una dimensión mínima de efectividad y continuidad en el ejercicio del poder estatal (laudo arbitral *Isla de Palmas*, 1928, *RIAA*, II, pp. 829 y ss.: “El continuo y pacífico ejercicio de la autoridad estatal”). Se discute si la ocupación representa un título suficiente para la adquisición de las Islas Falkland por parte de la Gran Bretaña.

Una investigación de la House of Commons británica sobre la cambiante historia de la isla bajo la larga dominación de la Gran Bretaña, que siempre fue discutida por Argentina y condujo a un dictamen terminante en el marco del derecho internacional (House of Commons, Foreign Affairs Committee, Session 1982-1983, *Falkland Island, Minutes of Evidence*, 17. 1. 1983).

En la actualidad, la anexión (incorporación por medios violentos de un territorio) ha dejado de ser para la doctrina predominante del derecho

internacional un título de adquisición idóneo. Con base en la prohibición de hacer uso de la fuerza contemplada en la Carta de la ONU (artículo 2o., número 4) se concluye que los desplazamientos territoriales haciendo uso de la fuerza no tienen validez. Ya desde antes de la Segunda Guerra Mundial se había desarrollado la conocida Doctrina Stimson del no reconocimiento de las modificaciones territoriales que se encontraran relacionadas con el uso de la fuerza violatorio del derecho internacional. En forma similar se expresó la declaración de Friendly-Relations de la Asamblea General de las Naciones Unidas (anexo GA/Res. 2625, XXV, UNYB, 1970, p. 788): “El territorio de un Estado no podrá ser objeto de adquisición por parte de otro como resultado de la amenaza o el uso de la fuerza. Una adquisición territorial resultante de la amenaza o del uso de la fuerza no podrá ser reconocida como legal”.

Bastante problemáticas han sido las consecuencias de la anexión ilegal del Tibet por parte de China en 1950. En este caso, creció la disponibilidad de la comunidad occidental de Estados —junto con las preocupaciones por la seguridad de los estándares de derechos humanos y del estatus de autonomía de la población tibetana— de aceptar las pretensiones territoriales chinas sobre el Tibet. Problemas similares a los que plantea la anexión ilegal se presentaron cuando la República Turca creó a Chipre del Norte luego de la invasión turca. La creación de ese “Estado” con completa dependencia de Turquía no fue reconocida en la comunidad de Estados.

Casos de cesión se encuentran, por ejemplo en la adquisición de Luisiana, Florida y Alaska por parte de los EEUU con fundamento en los acuerdos de traspaso celebrados con Francia, España y Rusia, así como en el negocio británico-alemán sobre la permuta de Helgoland por Zanzíbar en 1890.

En ocasiones, existe la necesidad práctica de ampliar las reglas de un tratado a territorios que se encuentran bajo el dominio efectivo de un Estado, sin que se reconozca su pretensión territorial. La extensión de los acuerdos contemplados en los tratados a estos territorios no implica el reconocimiento automático de una pretensión territorial.

En este sentido, no se puede interpretar, por ejemplo, la aplicación que hace la República Federal de Alemania en Jerusalén oriental del acuerdo entre Alemania e Israel sobre seguridad social, como un reconocimiento alemán de las pretensiones de Israel sobre la totalidad de Jerusalén. Más aún, este tipo de ampliación territorial para la aplicación del

tratado a Jerusalén oriental está determinada sólo por motivos de protección del individuo (véase J. A. Frowein/S. Oeter, "Ost-Jerusalem und das deutsch-israelische Sozialversicherungsabkommen", *ZaöRV*, 48, 1988, pp. 18 y ss.). Las obligaciones contempladas en los tratados sobre derechos humanos pueden vincular también por el simple hecho del dominio efectivo sobre un determinado territorio (en este sentido sobre la validez de las obligaciones contempladas en la Convención Europea de Derechos Humanos para Turquía con motivo de la ocupación de Chipre del Norte por parte de las tropas turcas: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou-Turkey*, A, número 310, Rn. 64). Desde el punto de vista del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los ataques en contra de la República Federal de Yugoslavia en la primavera de 1999 no fueron suficientes para fundamentar una relación en los términos del artículo 1o. de la Convención Europea de Derechos Humanos (Bankovic, *Belgien, ILM*, 41, 2002, pp. 7 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA: R. Dolzer, *Der völkerrechtliche Status der Falkland-Inseln (Malvinas) im Wandel der Zeit*, 1986; T. S. Rama Rao, *The Legal Position of Tibet, Indian Yearbook of International Affairs*, t. XVIII (1980), t. II, pp. 205 y ss.; G. Schmitz, *Tibet und das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, 1998.

### C. Territorios internacionalizados (Antártica)

La Antártica está sometida a un régimen internacionalizado, a pesar de las pretensiones territoriales de algunos Estados en forma individual. Argentina, Australia, Chile, Francia, Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Noruega han reivindicado partes del territorio de la Antártica. Estas reivindicaciones han sido bastante discutidas en la comunidad de Estados.

De acuerdo con la opinión más acertada, la Antártica es un territorio que carece de dueño (*terra nullius*). Por consiguiente, ninguno de los que pretenden el territorio ejerce un control efectivo. El Tratado de la Antártica, de 1968 (*BGBL.*, 1968, II, p. 1518) limita la utilización de la Antártica a los fines pacíficos (artículo I).<sup>88</sup> Las pretensiones terri-

<sup>88</sup> Artículo I. 1. La Antártica se utilizará exclusivamente para fines pacíficos. Se prohíbe, entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras militares, así como los ensayos de toda clase de armas. 2. El presente tratado no impedirá el empleo de personal y equipo militares para investigaciones científicas o para cualquier otro fin pacífico.

toriales se “congelan” y de este modo se mantienen suspendidas (artículo IV).<sup>89</sup>

La presentación de nuevas o más amplias reivindicaciones de territorio quedan igualmente excluidas. El Tratado de la Antártica tiene efectos respecto de los Estados que no sean parte del mismo. El Protocolo de Madrid sobre el tratado de la Antártica (*BGBL.*, 1994, II, p. 2478), que hasta el momento no ha entrado en vigencia, tiene por objeto asegurar la conservación del medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA: J. A. Kämmerer, *Die Antarktis in der Raum- und Umweltschutzordnung des Völkerrechts*, 1994; J. Podehl, *Das Umweltschutzprotokoll zum Antarktisvertrag als Ergebnis der Verhandlungen über die Rohstoffnutzung in der Antarktis*, 1993; R. Wolfrum, *Die Internationalisierung staatsfreier Räume*, 1984.

## 25. JURISDICCIÓN PERSONAL Y NACIONALIDAD

### A. Jurisdicción personal

La jurisdicción personal (*personal jurisdiction*) ofrece los fundamentos para el reconocimiento del poder reglamentario del Estado sobre sus nacionales (y en un ámbito más limitado también sobre los extranjeros que se encuentran dentro de su territorio). Desde la perspectiva de la his-

89 Artículo IV. 1. Ninguna disposición del presente tratado se interpretará: a) como una renuncia, por cualquiera de las partes contratantes, a sus derechos de soberanía territorial o a las reclamaciones territoriales en la Antártica, que hubiere hecho valer precedentemente; b) como una renuncia o menoscabo, por cualquiera de las partes contratantes, a cualquier fundamento de reclamación de soberanía territorial en la Antártica que pudiera tener, ya sea como resultado de sus actividades o de las de sus nacionales en la Antártica, o por cualquier otro motivo;

c) como perjudicial a la posición de cualquiera de las partes contratantes, en lo concerniente a su reconocimiento o no reconocimiento del derecho de soberanía territorial, de una reclamación o de un fundamento de reclamación de soberanía territorial de cualquier otro Estado en la Antártica.

2. Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras el presente tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártica, ni para crear derechos de soberanía en esta región. No se harán nuevas reclamaciones de soberanía territorial en la Antártica, ni se ampliarán las reclamaciones anteriormente hechas valer, mientras el presente tratado se halle en vigencia.

toria de su desarrollo, el poder estatal se fundamentó menos en el territorio y más en lo personal. En el marco de la jurisdicción personal, un Estado puede, con ciertos límites, reglamentar la conducta de sus propios nacionales aun cuando éstos se encuentren por fuera de su territorio (véase nuestro apartado 26. 1. b). En el caso de personas con doble nacionalidad, predomina el poder estatal efectivo, el cual por lo general se encuentra relacionado con el lugar donde la persona tenga su residencia permanente.

BIBLIOGRAFÍA: M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law", *BYIL*, 46 (1972-1973), pp. 145 y ss.; A. Bleckmann, "Die Personalhoheit im Völkerrecht", *Gedächtnisschrift für W. K. Geck*, 1989, pp. 79 y ss.

### B. *Nacionalidad*

La nacionalidad sirve de fundamento de la estrecha y especial relación de derechos y deberes entre el Estado y sus nacionales. Los nacionales, en su totalidad, conforman una asociación de personas, la cual viene a constituir el Estado. Entre los nacionales y su Estado existe una relación de reciprocidad intensa de sometimiento al derecho por una parte y de otorgamiento de protección por la otra. De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, la nacionalidad constituye el presupuesto para el servicio militar obligatorio. Un Estado puede ejercer la protección diplomática, en principio, sólo respecto de sus propios nacionales, y no respecto de los extranjeros. Finalmente, un Estado no podrá desterrar a sus propios nacionales cuando ningún otro Estado se encuentra dispuesto a recibirla.

Desde el punto de vista del derecho constitucional, los derechos políticos de participación (por ejemplo, el derecho electoral activo y pasivo en el caso de las elecciones parlamentarias) se encuentran vinculados a la nacionalidad. Sin embargo en la Unión Europea existen tendencias que plantean excepciones: el derecho comunitario europeo extiende el derecho a elegir y ser elegible en el ámbito municipal y en el de las elecciones del Parlamento Europeo a los "ciudadanos extranjeros de la Unión" (véase el artículo 19 del Tratado de la Comunidad Europea).<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Artículo 19, CE, 1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el

De conformidad con la ley fundamental alemana determinados derechos sólo se aplican a los alemanes. El derecho penal diferencia también si el infractor y la víctima son o no alemanes (véase § 7, números 1 y 2 del Código Penal).<sup>91</sup> Finalmente, en Alemania y en la mayor parte de los Estados, los nacionales tienen un derecho ilimitado de salida y permanencia.

Sólo los Estados pueden tener nacionales en el sentido del derecho internacional. Por el contrario, cada Estado debe tener sus propios nacionales y otorgarles, por tanto, una nacionalidad. La “ciudadanía de la Unión” (artículo 17, CE)<sup>92</sup> permanece cualitativamente detrás de la nacionalidad.

El derecho internacional le traslada adicionalmente a los Estados en forma individual los presupuestos para reglamentar la nacionalidad. De acuerdo con esto cada Estado determina cuándo alguien adquiere o pierde la nacionalidad. Sin embargo los Estados no pueden reglamentar sin restricción alguna. El derecho internacional contempla determinados cri-

Consejo adopte, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 190 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.

<sup>91</sup> Código Penal §7 (1) El derecho penal alemán se aplica a los hechos cometidos en el exterior en contra de un alemán, cuando el delito se encuentra tipificado penalmente en el lugar donde se cometió el delito o cuando en el lugar de comisión del delito éste no se encuentra sometido a la jurisdicción penal. (2) Para otros delitos, que se cometan en el exterior, se aplica el derecho alemán cuando en el lugar donde se cometió el delito éste se encuentra tipificado penalmente o cuando en el lugar de comisión del delito no se encuentra sometido a la jurisdicción penal y cuando la persona que cometió el delito era alemán en el momento en que ocurrieron los hechos o luego de la comisión del delito se hizo alemán o era extranjero en el momento en que ocurrieron los hechos, estos ocurrieron dentro del territorio alemán, y a pesar de que la ley de extradición admite su extradición de conformidad con el tipo de delito, no fue extraditado porque la solicitud de extradición no fue interpuesta o fue denegada, o por que la extradición no es realizable.

<sup>92</sup> Artículo 17. 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. 2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.

terios para el reconocimiento de la adquisición o pérdida de la nacionalidad. De acuerdo con éstos, un Estado sólo puede reclamar a un individuo como nacional cuando existe para ello un punto de contacto suficiente. De otra forma, sólo cuando no existe este punto de contacto, pueden los otros Estados no reconocer la nacionalidad (véase también la Convención Europea sobre la Nacionalidad de 1997, ETS, número 166).

Para la adquisición de la nacionalidad existen dos principios reconocidos. De conformidad con el principio de la filiación (*ius sanguinis*) la nacionalidad se transmite por el padre o la madre. De acuerdo con el *ius soli* la nacionalidad se adquiere por haber nacido en un determinado territorio. El principio de la filiación se aplica en muchos Estados europeos y latinoamericanos. En los EEUU, la nacionalidad sigue el principio del *ius soli*.

En el derecho alemán, el principio de la filiación es el predominante (§ 4 de la Ley de Nacionalidad). Desde la reforma de 1999 el derecho alemán sobre nacionalidad, se aparta de ese principio en favor de los niños de padres extranjeros nacidos en Alemania, si uno de los padres ha tenido, desde ocho años antes, residencia regular en Alemania y una autorización de permanencia o si posee desde tres años un permiso de permanencia sin límite temporal. En este caso, se combinan entre sí el principio del *ius soli* con el principio del *ius sanguinis*. La combinación de ambos principios (filiación y lugar de nacimiento) puede llevar a que una persona tenga varias nacionalidades (ejemplo: el nacimiento de un niño de padres alemanes en los EEUU). En algunos casos aislados, la aplicación estricta del principio del *ius soli* por parte del Estado patria de los padres puede conducir a que el nacimiento en el extranjero implique la pérdida de la nacionalidad.

Luego del nacimiento se puede adquirir la nacionalidad a través de la nacionalización. Bastante problemático es el otorgamiento “obligado” de la nacionalidad sin la aprobación del interesado (por ejemplo, cuando una mujer adquiere automáticamente la nacionalidad al casarse con un nacional el otorgamiento automático de la nacionalidad cuando se adquiere un terreno). Esta clase de criterios, independientes de la voluntad, no tienen por qué ser reconocidos por los otros Estados.

Para el ejercicio de la protección diplomática en el caso de una persona nacionalizada, la Corte Internacional exigió en el famoso caso *Nottebohm* un vínculo de carácter legitimante personal o territorial entre el

Estado y el nacionalizado: una *genuine connection* (*Nottebohm Case, [Liechtenstein vs. Guatemala]*, *ICJ Reports*, 1955, p. 4).

En este caso se trataba de la protección diplomática de Liechtenstein para un antiguo ciudadano alemán, Nottebohm, que en 1905 había emigrado a Guatemala, y que en 1939 había adquirido la nacionalidad de Liechtenstein (perdiendo así la nacionalidad alemana). Al momento de la nacionalización en Liechtenstein, Nottebohm no tenía, con excepción de un hermano que vivía allí, ningún tipo de relación personal o de negocios con Liechtenstein. Durante la Segunda Guerra Mundial Nottebohm fue víctima de las medidas de guerra adoptadas por Guatemala. Debido a las supuestas violaciones al derecho internacional que esto implicaba, Liechtenstein hizo valer en favor de Nottebohm la protección diplomática. La Corte Internacional lo consideró inadmisible debido a que Liechtenstein le había otorgado a Nottebohm la nacionalidad sin que existiera una estrecha relación con Liechtenstein. De acuerdo con la Corte Internacional, la adquisición de la nacionalidad de Liechtenstein debía asegurarle a Nottebohm durante la Segunda Guerra Mundial el status de un nacional de un país neutral. Bajo esas circunstancias Guatemala no estaba obligada a objetar la nacionalidad de Liechtenstein.

Las múltiples nacionalidades son indeseables, porque pueden implicar la existencia de derechos y deberes que se contraponen entre sí. Los problemas que surgen de allí se han contrarrestado, por ejemplo, con la Convención del Consejo de Europa sobre la Reducción de los Casos de Múltiple Nacionalidad y sobre Obligaciones Militares en caso de Múltiple Nacionalidad de 1963 (*BGBL.*, 1969 II, p. 1953, véase también el artículo 21 de la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1997).

Motivos reconocidos para la pérdida de la nacionalidad son, por ejemplo, la solicitud de retiro de la nacionalidad, la adquisición de una nacionalidad extranjera, la entrada al servicio público o a las fuerzas armadas de otro Estado (véase sobre el derecho alemán de nacionalidad § 17 de la Ley de Nacionalidad). De bastante significado práctico es la pérdida de la nacionalidad alemana cuando un alemán que solicita la adquisición de una nacionalidad extranjera no tiene residencia en Alemania o una estadía permanente. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 protege frente a la pérdida arbitraria de la nacionalidad (artículo 15, apartado 2)<sup>93</sup>. La Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 (*BGBL.*,

<sup>93</sup> Artículo 15. (2). A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

1977, II, p. 598) le prohíbe a los Estados parte retirar la nacionalidad por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos (artículo 9o.).<sup>94</sup>

El fenómeno de la apatriadía es indeseable debido a las incertidumbres vinculadas a éste en el estatus de derecho internacional (por ejemplo para la protección diplomática), así como por la asimetría de derechos y deberes en el Estado de residencia.

De acuerdo con la Convención para Reducir los Casos de Apatriadía las personas, con el objeto de evitarla, deben adquirir la nacionalidad del Estado en el que se encuentran al momento del nacimiento o mediante la nacionanización (artículo 1o.).<sup>95</sup>

Las personas jurídicas no tienen nacionalidad en sentido estricto, sin embargo “pertenecen a un Estado”. Esa pertenencia a un Estado constituye, a su vez, un punto de contacto para el ejercicio del poder reglamentario nacional. La pertenencia a un Estado para las personas jurídicas se determina con base en el lugar de constitución y del derecho que fundamenta la creación (teoría de la constitución, teoría de la incorporación) o de conformidad con la sede efectiva de administración (teoría de la sede). De acuerdo con ésta, las relaciones jurídicas de la persona jurídica se juzgan con base en el derecho que se aplica en el lugar donde ésta tiene su asiento. El derecho alemán sigue la teoría de la sede (*BGHZ*, 78, 318). Sólo en casos especiales, el Estado puede apoyar las competencias reglamentarias con base en las relaciones de poder al interior de la persona jurídica, principalmente la mayoría de capital de algunos nacionales (teoría del control).

Como lo decidió la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction*, un Estado, con el objeto de hacer valer la protección diplomática, no puede invocar la posesión de una sociedad por parte de sus propios nacionales en el sentido de la teoría del control (*Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited [Belgium vs. Spain]*, *ICJ Reports*, 1970, p. 3; véase nuestro apartado 27. B).

Los buques tienen la “nacionalidad” del Estado de su pabellón (artículo 91 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del

<sup>94</sup> Artículo 9o. Los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a ninguna persona o a ningún grupo de personas, por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos.

<sup>95</sup> Artículo 1o. (1) Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.

Mar).<sup>96</sup> Entre un buque y el Estado de su pabellón debe existir una relación estrecha (artículo 91, número 1 frase 3, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). De ahí que se pueda impedir el acceso ilimitado a los pabellones que se otorgan sin el cumplimiento de todos los requisitos, esto es, al registro en Estados con estándares sociales y de seguridad más bajos. La fuerza de atracción de tales estándares reside en que las grandes flotas comerciales navegan bajo la bandera de Panamá y Liberia. En altamar se aplica la jurisdicción del Estado del pabellón (artículo 92, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).<sup>97</sup> Esa “jurisdicción del pabellón” comprende el registro y el control del buque (artículo 94, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).<sup>98</sup> Las aeronaves, en forma similar a los buques, se someten a la jurisdicción del Estado en el que se encuentren registradas. El Estado del registro puede ejercer su poder reglamentario (especialmente la jurisdicción penal) sobre los buques y aeronaves —por lo general a los que navegan o sobrevuelan en parte de su territorio Estatal— (véase por ejemplo, el § 4 del Código Penal Alemán).<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Artículo 91. 1). Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque. 2). Cada Estado expedirá los documentos pertinentes a los buques a que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón.

<sup>97</sup> Artículo 92. 1) Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. Un buque no podrá cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, salvo en caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro.

<sup>98</sup> Artículo 94. 1). Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolen su pabellón. 2) En particular, todo Estado: a) Mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolen su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas, y b) Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.

<sup>99</sup> § 4 El derecho penal se aplica, independientemente del derecho del lugar de comisión del delito, a los delitos que se cometan en un buque o aeronave que se encuentren autorizados a enarbolar el pabellón o la nacionalidad de la República Federal de Alemania.

De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, en el caso de modificaciones del territorio no se da automáticamente un cambio automático de nacionalidad. Los habitantes del respectivo territorio estatal conservan en principio su antigua nacionalidad. En la práctica estatal en ocasiones se les otorga a los respectivos habitantes el derecho a elegir entre la nacionalidad del antiguo Estado y la del sucesor.

BIBLIOGRAFÍA: R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2a. ed., 1994; H. J. Sonnenberger y H. v. Mangoldt, “Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht”, *BDGVR*, t. 29, 1988; P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2a. ed., 1979.

## 26. PODER REGLAMENTARIO EN EL CASO DE ASUNTOS CON VÍNCULOS EN EL EXTRANJERO Y CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

### A. *Puntos de contacto para el ejercicio del poder reglamentario*

El derecho internacional consuetudinario exige para la reglamentación de los asuntos (como también para regular la conducta o el estatus de las personas, así como para reglamentar los bienes y derechos) un punto de contacto que legitime. Sin una justificación a través de un punto de contacto, el ejercicio del poder estatal de reglamentación se considera como una intervención inadmisible en detrimento de otros Estados o de la comunidad de Estados. Es así como un Estado podrá sólo bajo determinados presupuestos aplicar su derecho a los comportamientos individuales que se desarrolle por completo por fuera de su territorio. Sólo en algunos pocos casos cada Estado podrá subordinar la conducta de las personas a su derecho penal o a su derecho nacional en general (principio de la universalidad).

Los puntos de contacto reconocidos aplican el principio de la territorialidad a los sucesos o los bienes que se encuentran en el territorio del Estado regulador. En su forma más amplia el principio de territorialidad abarca también los efectos externos que producen los asuntos en su propio territorio (principio de los efectos). Otras reglamentaciones emplean el principio de la personalidad activa (la conducta de los nacionales así

como con determinados límites la conducta de algunas personas con residencia permanente en el país) y el principio de la personalidad pasiva para la protección de los propios nacionales en el extranjero. Finalmente el principio de protección le permite a los Estados proteger los intereses propios y los bienes jurídicos nacionales de valor supremo frente a los perjuicios externos.

De conformidad con los famosos principios del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (tomo 1, 1987), se amplía el poder reglamentario de un Estado a (*jurisdiction to prescribe*):

1. a) una conducta que en forma total o en sustancia, se lleva a cabo dentro de su territorio;
  - b) el status de las personas, o los intereses sobre cosas, presentes dentro de su territorio;
  - c) la conducta por fuera de su territorio que tiene o puede tener efecto sustancial dentro de su territorio;
2. las actividades, intereses, estatus o relaciones de sus nacionales por fuera de su territorio así como dentro de su territorio, y
3. ciertas conductas por fuera de su territorio por personas que no sean nacionales que van directamente en contra de la seguridad del Estado o en contra de una clase limitada de otros intereses del Estado (§ 402).

Esta clase de relaciones con los asuntos internos del Estado que tienen carácter legítimamente le permiten a un Estado regular la conducta de personas en el extranjero o, en ocasiones (en forma total o en parte), los asuntos que ocurren en el extranjero. En este caso se habla de reglamentaciones extraterritoriales.

#### *a. Principio de territorialidad (incluyendo el principio de los efectos)*

La reglamentación de los asuntos se apoya la mayor parte de las veces en el principio de territorialidad. Ese principio se aplica cuando el suceso reglamentado se da en forma completa o parcial en el territorio del Estado que reglamenta, cuando se trata del estatus de los bienes y derechos, que se encuentran situados en dicho Estado. Para la reglamentación de las conductas es suficiente con que los elementos individuales (la acción o las consecuencias) se encuentren dentro de la jurisdicción territorial del

Estado (ejemplo: un disparo sobre la frontera, la ejecución en el territorio estatal de un acuerdo entre empresas extranjeras que limite la competencia).

De bastante interés es el principio de territorialidad en su versión más amplia, que vincula los efectos de un hecho en otro Estado con el territorio estatal (principio de los efectos). La competencia de un Estado para extender su poder reglamentario a sucesos con efectos en su territorio y el territorio estatal a los barcos en la medida en que encuentren en la misma situación, la reconoció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el famoso caso *Lotus* (*The Case of the S. S. Lotus [France vs. Turkey]*, *PCIJ Reports*, A, núm. 10, 1927).

En este caso, se trató el choque en altamar entre el buque correo francés *Lotus* y un barco turco, que condujo al hundimiento del barco turco y a la muerte de ocho nacionales turcos. Luego de la partida del *Lotus* en Estambul, las autoridades turcas iniciaron un proceso penal en contra del oficial de guardia francés, entre otros, que había sido acusado de homicidio culposo. Desde el punto de vista de Francia, a Turquía le faltaba el fundamento de derecho internacional para el reconocimiento de la jurisdicción penal en ese asunto, y por tanto la persecución penal en contra de los ocupantes del *Lotus* violaba la jurisdicción de Francia como Estado del pabellón. La Corte Permanente Internacional encontró en el principio de los efectos las bases suficientes para extender la jurisdicción penal turca a los procedimientos en colisión:

...lo que ocurre a bordo de una nave en alta mar debe ser considerado como si ocurriera en el territorio del Estado cuya bandera el barco enarbola. Si, entonces, un acto delictuoso cometido en alta mar produce sus efectos en un barco que enarbola otra bandera o en un territorio extranjero, se deberá aplicar el mismo principio como si concerniera al territorio de los dos diferentes Estados, y se debe llegar por tanto a la conclusión de que no existe una regla del derecho internacional que prohíba al Estado al cual pertenece la nave en la cual han tenido lugar los efectos de la ofensa, de considerar la ofensa como si se hubiera cometido en su territorio, y de perseguir, de acuerdo con esto, al delincuente (*ibid.*, p. 25).

En el caso *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional rechazó el punto de vista francés, de que el poder reglamentario estatal se limita en principio al propio territorio estatal. En lugar de éste la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció a los Estados individua-

les un amplio espacio de acción, que sólo se podía restringir en determinados casos mediante reglas que contenían prohibiciones (*ibid.*, p. 19).

La presunción que aparece aquí en favor de un poder de reglamentación extraterritorial de los Estados en forma individual, ha sido sometida a una ponderación de las justificaciones concretas en los recientes desarrollos de la doctrina del derecho internacional. De tal modo que existen bastantes reservas para acudir a la decisión *Lotus*.

Sin un punto de contacto que legítimamente, un Estado estaría violando la prohibición de intervención cuando regula la conducta de los extranjeros en el exterior o un asunto con puntos de contacto con el exterior. De ahí que se requiera de una precisión adicional sobre las consecuencias jurídicas de tales reglamentaciones. Los nacionales de Estados extranjeros, en especial, no pueden ser obligados en el extranjero a adoptar una determinada conducta mediante sanciones penales o sanciones similares a éstas, sin que exista un vínculo especial con el Estado que expide la reglamentación. Otra cosa diferente ocurre cuando se trata del retiro de beneficios que un Estado le hubiere otorgado por decisión propia a los extranjeros. En estos casos la reglamentación de la conducta de los extranjeros en el exterior no requiere necesariamente de una justificación especial. Es así como un Estado puede excluir a las empresas extranjeras que hacen negocios con un régimen dictatorial o con un Estado con vínculos con el terrorismo internacional, de desarrollar actividades con el gobierno o negarles el establecimiento, siempre y cuando no se viole ningún tratado internacional. Aquí se ve como la admisibilidad de las medidas extraterritoriales pueden determinarse también de conformidad con las consecuencias jurídicas.

Un ejemplo de una reglamentación extraterritorial bastante discutida sin una vinculación especial es el de la legislación sancionatoria de los EEUU en contra de Irán y Libia (*Iran and Libya Sanctions Act of 1996, ILM*, 35, 1996, p. 1273). Lo más problemático de esa legislación de los EEUU fue la imposición de sanciones en contra de las empresas que no eran americanas y que tenían diferentes actividades en ambos países. El gran significado práctico ha sido el recurso al principio de los efectos en el caso del derecho de competencia de la Comunidad Europea, TJE, casos unidos 89/1985 *et al.*, RJ, 1988, 5193 núm. 16 y ss.). La aplicación de la ley alemana se extiende también a las limitaciones a la libre competencia que tienen efectos internamente: “Esta ley se aplica a todas las

restricciones a la libre competencia que tienen efectos en el ámbito de aplicación de esta ley, aun cuando hubieren sido ocasionadas por fuera del ámbito de validez de esta ley" (§ 130, apartado 2 Ley de Competencia).

Bastante problemática es la aplicación del principio de los efectos en los casos en los que un comportamiento sólo tiene efectos lejanos en el acontecer económico o algunas relaciones internas. Al respecto existe, bajo la influencia de la jurisprudencia y la doctrina americana, una tendencia a debilitar el principio de los efectos y limitarlo sólo a los efectos internos que sean directos, predecibles y sustanciales (*direct, foreseeable and substantial effect*).

#### *b. Principios activo y pasivo de la personalidad*

El principio activo de la personalidad establece un punto de contacto para la reglamentación de derechos, deberes y el estatus de una persona por parte de su Estado patria. El principio activo de la personalidad desempeña un importante papel, por ejemplo, en el derecho penal (sobre la punibilidad de los alemanes en el caso de delitos en el extranjero véase el § 7, número 2 del Código Penal). De este modo, la República Federal de Alemania penaliza la producción de armas químicas o biológicas o ciertos negocios con esas armas, aun cuando esos delitos se hubieren cometido por un alemán en el extranjero (ejemplo: la cooperación de un alemán en la construcción de una fábrica de gas venenoso en África). Se exagera el principio activo de la personalidad cuando una prohibición nacional se extiende también a las filiales de una sociedad nacional, a pesar de que tengan su sede en el extranjero. Un ejemplo de una exageración del principio activo de la personalidad este tipo lo constituye la legislación americana sobre el embargo comercial en contra de la Unión soviética (en el contexto de la invasión a Afganistán). En este caso, los EEUU intentaron imponer a las empresas filiales la prohibición de colaborar en la operación de gasoductos, que había sido desaprobada, y que iba a ser desarrollada por empresas europeas y la Unión Soviética (Tribunal de la Haya, *caso Pipeline*, ILM, 22, 1983, pp. 66 y ss.).

Bastante controvertidas son las intenciones de los EEUU de someter a las empresas extranjeras a su jurisdicción nacional simplemente porque una filial opera en los EEUU o un producto se encuentra presente en el mercado americano (*doing business in the USA*). En este caso se debe tener en cuenta, desde la perspectiva del derecho internacional, que no se

puede abusar de la vinculación territorial con el Estado para sentar las bases de un poder reglamentario personal de carácter general. En especial, debe existir una conexión material entre la vinculación con el territorio y la intervención reglamentaria de carácter personal.

El principio pasivo de la personalidad se refiere a la protección de las personas, con base en el de su Estado patria o del Estado de residencia. Desempeña un papel especialmente importante en el caso de los delitos cometidos en el extranjero en contra de un nacional (véanse § 5, núm. 6 y ss. y § 7 núm. 1, Código Penal Alemán).

La extensión admisible del principio pasivo de la personalidad es discutible. Se reconoce que un Estado puede someter a su jurisdicción penal determinadas formas del terrorismo internacional o de la criminalidad organizada, independientemente del lugar en el que ocurran los hechos, cuando éstos se dirigen contra uno de sus ciudadanos (ejemplo: las medidas de persecución penal de los EEUU en contra de los secuestradores palestinos del barco italiano *Achille Lauro* en 1985, que asesinaron en altamar un ciudadano norteamericano; véase la ley expedida al respecto: Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act de 1986, Capítulo 113 A]; véase *U. S. v. Junis* [núm. 2], 681 F. Supp. 896 [1988]).

#### *c. Principio de protección*

De conformidad con el principio de protección un Estado puede extender también las disposiciones sobre seguridad para la protección de intereses públicos importantes a las conductas externas que amenazan su territorio estatal. Esto justifica también la penalización de la actividad de espionaje en el extranjero (en ese sentido, ver la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la punibilidad de los espías de la antigua República Democrática Alemana, TCF 92, 277). Con esta clase de disposiciones penales, se concreta el riesgo que implica el espionaje como una conducta que no es prohibida ni permitida por el derecho internacional. Al respecto los Estados se encuentran en plena libertad de imponer sanciones o no.

#### *d. Principio de la universalidad*

La comunidad de Estados tiene un especial interés en determinados bienes jurídicos, cuya protección con instrumentos del derecho penal se

le permite en el derecho internacional a todo Estado. Aquí se aplica el principio de la universalidad. El caso más clásico es el de la persecución penal de los piratas como “enemigos de la humanidad” (*hostis humani generis*). De conformidad con el principio de la universalidad, también son susceptibles de ser perseguidos por todo Estado el genocidio, el tráfico de esclavos, los crímenes de guerra, el secuestro de aviones y los ataques terroristas. En ese sentido, determina el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*: “Un Estado tiene jurisdicción para definir y prescribir castigos para ciertas ofensas reconocidas por la comunidad de naciones como de interés universal, tales como la piratería, el tráfico de esclavos, los ataques o los secuestros de aeronaves, los crímenes de guerra y quizás ciertos actos de terrorismo” (§ 404).

En una decisión de una sala de la Corte Constitucional alemana se reconoció que, para el caso de genocidio la aplicación de la jurisdicción alemana se apoyaba en el principio de la universalidad (BVerfG, JZ, 2001, pp. 975 y ss., con anotaciones de S. Kadelbach).

Una serie de tratados multilaterales para la lucha en contra de determinados delitos (actos terroristas, toma de rehenes o tráfico de drogas) prevén que los Estados parte deben extraditar a los delincuentes o llevar a cabo ellos mismos la persecución penal (*aut dedere aut iudicare*). Dentro de éstos se encuentran, por ejemplo, el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1984 (*BGBI.*, 1990, II, p. 246), que en el artículo 70., número 1, determina: “El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 50., si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

Una reglamentación similar contempla por ejemplo, el Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (Artículo VII, *BGBI.*, 1977, II, p. 1229)<sup>100</sup> y la Con-

<sup>100</sup> Artículo VII. El Estado en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter con la legislación de tal Estado.

vención de Tokyo Relativa a Ofensas y Otros Actos Realizados a Bordo de Aviones de 1963 (artículo 3o.; *BGBL.*, 1969, II, p. 122).<sup>101</sup>

Aquí se hace, al mismo tiempo, el reconocimiento del principio de universalidad entre los Estados parte. En efecto, en la doctrina del derecho internacional se discute si esta clase de convenciones multilaterales para la protección de los delitos internacionales, al ser ratificados por la gran mayoría de la comunidad de Estados conlleva a la adopción del principio de universalidad para los delitos allí regulados y vale, por tanto, como derecho consuetudinario internacional.

Se reconoce que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, en todo caso, las violaciones graves a los derechos humanos, pasando por el genocidio y los crímenes de guerra, pueden ser perseguidos penal o civilmente por cualquier Estado con base en el principio de la universalidad.

En la jurisprudencia de los tribunales federales americanos se reconoce una tendencia a someter a la jurisdicción civil americana determinadas formas de grave criminalidad gubernamental independientemente del lugar donde se cometió el delito y de la nacionalidad del autor (véase por ejemplo, *Court of Appeals, Filartiga vs. Peña-Irala*, 630 F. 2 d 876, 890, 2, 1980).

BIBLIOGRAFÍA: J. Basedow, “Anmerkungen zur einstweiligen Verfügung des Präsidenten der Arrondissementsrechtsbank Den Haag vom 17. 9. 1982 (Az. 82/716, Fall Sensor)”, *RabelsZ*, 47, 1983, pp. 147 y ss.; C. Blakesley, “Jurisdictional Issues and Conflicts of Jurisdiction”, en M. Ch. Bassiouni (ed.), *Legal Responses to International Terrorism: US Procedural Aspects*, 1988, pp. 133 y ss.; K. Doebring, “Zur Ratio der Spionenbestrafung – Völkerrecht und nationales Recht”, *ZRP*, 1995, pp. 293 y ss.; J. A. Frowein/R. Wolfrum/G. Schuster (ed.), *Völkerrechtliche Fragen der Strafbarkeit von Spionen aus der ehemaligen DDR*, 1995; W. Meng, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994; *id.*, “Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung”, *EuZW*, 1997, pp. 423 y ss.

<sup>101</sup> Artículo 3o. (1) El Estado donde se encuentre registrada la aeronave es competente para ejercer jurisdicción sobre las ofensas y actos cometidos a bordo. (2) Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción como Estado de registro sobre las ofensas cometidas a bordo de una aeronave registrada en ese Estado. (3) Esta convención no excluye cualquier jurisdicción criminal de conformidad con la ley nacional.

## B. *Conflictos de jurisdicción*

Diferentes puntos de contacto (como la relación territorial o la nacionalidad de los actores) pueden llevar a que dos o más Estados quieran ejercer su jurisdicción sobre un mismo asunto. Esto puede llevar a conflictos de jurisdicción cuando éstos se dan con tendencias diferentes: esto es, cuando un Estado prohíbe una conducta que el otro permite o simplemente no tipifica.

Un conflicto de jurisdicción especialmente dramático suscitaron las “órdenes de disparar” en las fronteras alemanas: los “protectores del muro”, que eran premiados por el régimen de la República Democrática Alemana, fueron objeto en la República Federal Alemana en esa época (y no sólo después de la reunificación) de persecución penal por homicidio.

De gran significado práctico son los conflictos de jurisdicción en el derecho de competencia y otros casos del derecho económico. En los casos más extremos, una empresa puede ser objeto directo de órdenes judiciales de dos Estados que se contradicen (véase la demanda de la empresa aérea británica Laker en contra de otra aerolínea europea por desplazamiento de la competencia ante una Corte americana y del intento del competidor demandado de que le prohibieran en Gran Bretaña ese proceso jurisdiccional a Laker: *House of Lords, British Airways vs. Laker*, 1985, A. C., 58). Las relaciones internacionales económicas se tornaron más tensas con la orden de los tribunales americanos de aportar las pruebas que se hubieran obtenido en otro Estado.

Acaloradas controversias suscitaron Helms-Burton-Act americano de 1996 (*ILM*, 35, 1996, p. 357), que con la finalidad de proteger a nacionales americanos que hubieren sido sometidos a expropiaciones en Cuba, imponía severas sanciones a los inversionistas de todo el mundo que negociaran en Cuba con los bienes que habían sido expropiados (por ejemplo, la construcción de un hotel en Cuba por una empresa española). La legislación sobre pasó los límites de la admisibilidad en la medida en que se trataba de la protección de los exiliados cubanos, que luego de las expropiaciones habían adquirido la nacionalidad americana. La ley americana (con la amenaza de sanciones aun en contra de los inversionistas europeos) ha dificultado continuamente las relaciones entre los EEUU y la Unión Europea. La Comunidad Europea reaccionó con medidas de defensa (el famoso *blocking statute*) que prohibía a su vez el cumplimiento

de la ley americana por parte de los ciudadanos de la Unión y de las empresas europeas, y dejó así sin piso los pagos compensatorios exigidos por esa ley en los EEUU.

Para evitar un conflicto de jurisdicción indeseado, con sus riesgos políticos y económicos, se han desarrollado en la jurisprudencia y en la literatura consideraciones que se deben tener en cuenta en el caso de las reglamentaciones con aplicación extraterritorial. Especial influencia ha tenido el modelo de ponderación del *Restatement* americano, que remite la reglamentación de los asuntos con efectos en el extranjero a la medida de la razonabilidad (*reasonableness*; § 403):

Límites a la jurisdicción para reglamentar:

1. A pesar de que se encuentre presente uno de los requisitos para ejercer la jurisdicción contemplados en el § 402 (véase nuestro apartado 26. 1], un Estado no podrá ejercer su jurisdicción para expedir leyes respecto de una persona o actividad que tenga conexiones con otro Estado, cuando el ejercicio de tal jurisdicción sea irrazonable.

2. Si el ejercicio de la jurisdicción sobre una persona o actividad es irrazonable, se determinará mediante la evaluación de todos los factores relevantes, incluyendo, cuando sea apropiado:

a) el vínculo de la actividad con el territorio del Estado regulador, esto es, la extensión en la cual la actividad se lleva a cabo dentro del territorio, o si tiene un efecto sustancial, directo o previsible en el territorio;

b) las conexiones, tales como la nacionalidad, residencia o actividad económica, entre el Estado regulador y la persona responsable principalmente de la actividad a ser regulada, o entre el Estado y aquellos que busca proteger la regulación;

c) el carácter de la actividad a ser regulada, la importancia de la regulación para el Estado regulador, la extensión en la cual otros Estados regulan tales actividades, y el grado en el cual la deseabilidad de tal regulación es generalmente aceptada;

d) la existencia de expectativas justificadas que pueden ser protegidas o atacadas por la regulación;

e) la importancia de la regulación para el sistema político, legal o económico;

f) la extensión en la cual la regulación es consistente con las tradiciones del sistema internacional;

g) la extensión en la cual otro Estado pueda tener interés en regular la actividad, y

h) la probabilidad de conflicto con la regulación de otro Estado.

3. Cuando no sea irrazonable para los dos Estados ejercer la jurisdicción sobre una persona o actividad, pero las prescripciones se encuentren en conflicto en los dos Estados, cada Estado tiene la obligación de evaluar tanto su interés como el del otro Estado en ejercer la jurisdicción, a la luz de los factores relevantes, subsección 2; el Estado deberá diferirla al otro Estado si el interés de ese Estado es claramente mayor.

BIBLIOGRAFÍA: P. M. Roth, “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the “Balance of Interests”, *ICLQ*, 41 (1992), pp. 245 y ss.

## 27. DERECHO DE LOS EXTRANJEROS Y PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

El derecho internacional extranjero reglamenta las relaciones legales entre un Estado y las personas naturales o jurídicas que no poseen la nacionalidad de ese Estado (incluyendo los apátridas). El derecho internacional consuetudinario siempre ha sometido a especiales restricciones el poder reglamentario de los Estados respecto de los extranjeros.

### A. *Estatus de permanencia de los extranjeros (incluyendo la entrada y terminación de la estancia)*

#### a. Aceptación de los extranjeros

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario, la aceptación de los extranjeros es decisión de cada Estado. Ese poder de decisión puede verse restringido por la obligación de garantizar la libertad de establecimiento o la libertad de circulación de los trabajadores, contempladas en acuerdos regionales de integración económica, acuerdos de libre comercio así como en otros acuerdos bilaterales o multilaterales (por ejemplo acuerdos para permitir el establecimiento, acuerdos de amistad y comercio o acuerdos para la protección de las inversiones). Especialmente amplias son la libertad de circulación de los trabajadores en el marco de la Comunidad Europea (artículo 39, CE)<sup>102</sup> y la libertad de estable-

<sup>102</sup> Artículo 39. (1) Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

cimiento empresarial (artículo 43, CE),<sup>103</sup> que se complementa con la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión (artículo 18, número 1 CE).<sup>104</sup>

### *b. Estatus de residencia*

El derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a garantizar a los extranjeros en su territorio un estándar mínimo. Ese estándar mínimo legal para los extranjeros puede estar por encima o por debajo de los derechos que un Estado le otorga a sus propios nacionales.

Al respecto existió durante largo tiempo en Latinoamérica (bajo la influencia de la doctrina del internacionalista argentino Carlos Calvo) una tendencia a otorgarle a los extranjeros el mismo tratamiento que a los nacionales. De conformidad con la doctrina Calvo, el otorgarle a los extranjeros un trato mejor que a los nacionales constituía un privilegio injusto. Esta doctrina influyó durante mucho tiempo en muchos países de Latinoamérica y en la reserva tradicional respecto del otorgamiento mediante tratados de garantías legales especiales a los extranjeros. La doctrina Calvo no se pudo imponer en el ámbito del derecho internacional. Aun en Latinoamérica se convirtió en un anacronismo. Detrás de esto se encuentra la opinión de que sólo con una situación legal segura para los extranjeros, podrá tener éxito duradero la atracción de las inversiones extranjeras.

Al estándar mínimo del derecho internacional pertenecen la protección jurisdiccional frente a las medidas soberanas y la protección mediante las fuerzas del orden en el caso de atentados en contra de la integridad corporal, la vida y el patrimonio, un proceso penal justo, la protección frente a detenciones arbitrarias, así como la responsabilidad en el caso de medidas ilegales de los órganos estatales. La violación de

<sup>103</sup> Artículo 43. En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

<sup>104</sup> Artículo 18. (1) Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

ese estándar presupone en general una violación masiva y grave en contra de los claros deberes de diligencia o de la violación de las normas de la “civilización”. En ese sentido se pronunció una comisión arbitral instalada por los EEUU y México en el caso *Neer* (1926): “Para que el tratamiento de un extranjero constituya un delito internacional, debe darse por un ultraje, la mala fe, el incumplimiento voluntario de un deber, o una insuficiencia de la acción gubernamental que carezca de los estándares internacionales, en forma tal que cualquier persona racional e imparcial pueda reconocer fácilmente su insuficiencia” (*RIAA*, IV, p. 60).

Las reglas del derecho internacional consuetudinario sobre el derecho de los extranjeros, obligan de manera especial a que en caso que se someta a un extranjero a una medida expropiatoria ésta se lleve a cabo con el cumplimiento de determinados presupuestos (especialmente que no se trate de una medida discriminatoria) y que se garantice siempre una compensación apropiada (véase nuestro apartado 54. A).

Más allá de la protección de la propiedad, el estándar mínimo de tratamiento a los extranjeros ha perdido significado debido a que los estándares del derecho internacional consuetudinario para los derechos humanos en general (incluyendo también los propios nacionales), se han desarrollado cada vez más. De ahí que en el derecho internacional consuetudinario la protección que ofrecen los derechos humanos se aproxima fuertemente al estándar mínimo de los extranjeros. Ese desarrollo ha avanzado en forma tal que, entre tanto, la diferencia entre estándares mínimos para los extranjeros y la protección de los derechos humanos no se puede establecer con facilidad. El trato especial de los extranjeros relevante para el derecho internacional se limita en la actualidad esencialmente a la protección especial de la propiedad.

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario los extranjeros se encuentran excluidos de toda actividad política. Los tratados para la protección de los derechos humanos, como la Convención Europea de Derechos Humanos, permiten establecer restricciones especiales a la actividad política de los extranjeros (véase el artículo 16 de la Convención Europea de Derechos Humanos).<sup>105</sup> El derecho comunitario europeo, por el contrario, integra a los “ciudadanos de la Unión” con resi-

<sup>105</sup> Artículo 16. Restricciones a la actividad política de los extranjeros. Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes

dencia en un Estado extranjero miembro de la Unión europea en el proceso político en el ámbito municipal y en las elecciones para el Parlamento Europeo.

### c. Medidas para dar por terminada la residencia

El derecho internacional consuetudinario autoriza a los Estados para que, a criterio propio, deporte a los extranjeros, esto es, les solicite dejar el Estado. Para la expulsión (ejecución de la orden de salida) se deben tener en cuenta algunos aspectos en materia de derechos humanos. Nadie puede ser obligado a abandonar un Estado cuando su vida se encuentra amenazada por una persecución estatal o privada. Las restricciones a la competencia para determinar una expulsión se pueden originar en el derecho de permanecer en el país contemplado en tratados, como por ejemplo, los tratados sobre libre circulación y derecho de establecimiento. La Convención de la OIT para la Protección de los Trabajadores Migrantes de 1990 contempla determinados requisitos para la expulsión (VN, 1991, p. 175).

El Tribunal Europeo de Derechos humanos ha inferido de la prohibición de someter a una persona a tratos inhumanos o degradantes (artículo 3o. de la Convención Europea de Derechos Humanos)<sup>106</sup> una protección más amplia frente a las medidas expulsión. De acuerdo con ésta, un Estado parte de la Convención no puede deportar a su país a los extranjeros que padeczan una enfermedad grave, incluso si hubieren sido penalizados en el país por haber entrado en forma ilegal para obtener un tratamiento médico, cuando en el otro país sus condiciones de existencia se vean amenazadas por una insuficiente atención médica (*Corte Europea de Derechos Humanos, D. vs. Reino Unido, NVwZ*, 1998, p. 161). En ese caso, un Estado miembro de la Convención Europea de Derechos Humanos se vio obligado, con fundamento en la necesidad de recibir un tratamiento médico, a cumplir con un deber de asistencia respecto de un extranjero, que había entrado ilegalmente en el país y había sido penalizado. Las deportaciones colectivas de los extranjeros se encuentran prohibidas de conformidad con el artículo 4 del Protocolo Número 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>106</sup> Artículo 3o. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

BIBLIOGRAFÍA: K. Doehring, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 1963; *id.*, “Die Rechtsnatur der Massenausweisung unter besonderer Berücksichtigung der indirekten Ausweisung”, *ZaöRV*, 45 (1985), pp. 372 y ss.; J. A. Frowein U. A. (ed.), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, 1987; K. Hailbronner, “Artículo 3o. EMRK —ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?—”, *DÖV*, 1999, pp. 617 y ss.; *id.* (ed.), *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts*, 2000; A. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, 1949.

### B. Protección diplomática

En el caso de la protección diplomática se trata de la protección de personas naturales y jurídicas a través de su Estado patria frente a tratos violatorios del derecho internacional por parte de un Estado extranjero. Aquí, el Estado patria se dirige en contra de una violación de los estándares mínimos del derecho internacional consuetudinario o del incumplimiento de obligaciones especiales contempladas en un tratado por parte del Estado donde el extranjero tiene su residencia.

El presupuesto para esto es, en principio, que la persona tenga al momento en que se cometió la violación la nacionalidad del Estado reclamante. En el caso de las personas jurídicas se requiere de su pertenencia al respectivo Estado. En el caso de las sociedades, sólo podrá ejercer la protección diplomática en contra de las medidas violatorias de otros Estados, el Estado patria de la sociedad misma, pero no el Estado patria de los accionistas o de algunos socios. Esto se aplica también a pesar de que varios asociados con la misma nacionalidad, posean el capital mayoritario y de este modo controlen la sociedad.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Internacional se considera el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado patria de los accionistas con una participación predominante en una sociedad extranjera sólo cuando la sociedad entra en disolución o cuando el Estado patria de la sociedad no se encuentra en posibilidad de ejercer la protección diplomática (*Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited [Belgium vs. Spain]*, *ICJ Reports*, 1970, p. 4). Se pueden pensar otras posibilidades de ejercer la protección

diplomática respecto de accionistas individuales (socios) cuando su situación jurídica goza de una protección propia con base en reglas especiales consagradas en un tratado (véase la protección individual de los accionistas americanos de una sociedad italiana por acciones en contra de presuntas medidas expropiatorias, Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. [USA vs. Italy]*, *ICJ Reports*, 1989, pp. 15 y ss.).

En el caso de más de una nacionalidad se ha impuesto cada vez más, a pesar de lo discutible, la opinión de que para el ejercicio de la protección diplomática se tiene en cuenta la nacionalidad efectiva (Mergé Claim, *ILR*, 22, 1955, p. 443). De conformidad con la posición clásica, pero recientemente puesta en duda, en el caso de la doble nacionalidad ninguno de los dos “Estados patria” pueden hacer valer la protección diplomática respecto de los otros. Sin embargo, de conformidad con la tendencia más reciente esto no es válido para la protección diplomática por parte del Estado al cual se le atribuye la nacionalidad dominante (Iran-United States Claims Tribunal, Case núm. A/18, Iran-U. S., *Claims Tribunal Reports*, 5 [1984], p. 251).

La protección diplomática presupone, además el agotamiento de los recursos internos (*local remedies rule*). Esto es válido sin embargo, sólo en la medida en que los recursos locales sean efectivos y prometan la posibilidad de éxito (*Ambatielos Arbitration*, *ILR*, 23, 1956, pp. 306 y ss.).

Aquí es decisiva la idea de la razonabilidad de los recursos legales internos. Bastante discutible es si con la protección diplomática el Estado persigue hacer valer un interés propio o también el de sus nacionales (por violaciones a sus propios derechos). Como quiera que el individuo puede actuar en la medida y extensión de sus pretensiones (por ejemplo, no agotando los recursos internos o con un incumplimiento consentido, incluso mediante la renuncia), existen buenas razones para considerar que detrás de la protección diplomática se encuentran también las pretensiones del nacional (caso del mandato).

Bajo la influencia de la Doctrina Calvo, algunos países latinoamericanos adoptaron una posición de rechazo respecto de la admisibilidad de la protección diplomática, y promovieron, en acuerdos con nacionales de otros Estados, la renuncia a la protección por parte del Estado patria (cláusula Calvo). No obstante, recientemente, casi la totalidad de Latinoamérica se ha abierto a los acuerdos de inversiones —especialmente por

la competencia por las inversiones extranjeras— los cuales contemplan la posibilidad de la protección diplomática por parte del Estado patria del inversionista extranjero. Un gran número de Estados latinoamericanos se ha sometido incluso a la jurisdicción arbitral internacional en su relaciones con los inversionistas privados.

BIBLIOGRAFÍA: E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1915; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, 1983; M. Herdegen, “Investitionsschutz in Lateinamerika: Neuere Entwicklungen im Verfassungs- und Völkervertragsrecht”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 94 (1995), pp. 341 y ss.; G. Ress y T. Stein (eds.), *Diplomaticischer Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996.

### *C. Refugiados y derecho de asilo*

De conformidad con el derecho internacional consuetudinario se deja a los Estados la decisión de proteger o no a un perseguido político. Esto se aplica también para la recepción de ciertos refugiados. Ese margen de decisión de los Estados encuentra importantes restricciones en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (*BGBL.*, 1953, II, p. 560). La disposición central de la Convención de Ginebra es la prohibición de expulsar o devolver a un refugiado que está siendo perseguido por determinados motivos. Ese principio del *no-refoulement* se encuentra contemplado en el artículo 33 de la convención de Refugiados:

1. Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

La prescripción del artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre Refugiados no le otorga al perseguido el derecho a ser recibido en forma duradera, y no implica en modo alguno un derecho de asilo. El principio del *non-refoulement* impide de manera especial el que el perseguido sea enviado a un tercer Estado, respecto del cual se tiene la seguridad que procederá a reenviar al perseguido al Estado donde esta siendo objeto de una persecución. Sólo en algunos pocos Estados se garantiza constitucionalmente el derecho de asilo a los perseguidos políticos (artículo 16, Ley Fundamental Alemana).<sup>107</sup>

BIBLIOGRAFÍA: J. A. Frowein y A. Zimmermann, *Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts*, 1993; G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1985; V. Gowland-Debbas, *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary Law Issues*, 1995; K. Hailbronner, “Refoulement-Verbote und Drittstaatenregelung (artículo 33, GK, artículo 3o., CEDH)”, *Festschrift für R. Bernhardt*, 1995, pp. 365 y ss.

## 28. LA SOBERANÍA COMO UN CONCEPTO JURÍDICO

La soberanía se ha considerado hasta ahora como un atributo necesario de los Estados. la carencia de soberanía aparece como un déficit del poder estatal, que pone en duda la capacidad del Estado para ejercer su dominio. Desde ese punto de vista tradicional, los Estados soberanos son miembros plenos de la comunidad de Estados y pueden acogerse al principio de la igualdad soberana (artículo 2o., número 1 de la Carta de la ONU).<sup>108</sup> En su famosa decisión *Maastricht*, la Corte Constitucional Alemana subrayó que a pesar de la entrada en la Unión económica y monetaria europea la República Federal Alemana conservaba “la calidad de un Estado soberano con derechos propios y el estatus de la igualdad soberana con otros Estados en el sentido del artículo 2o., número 1 de la Carta de las Naciones Unidas” (TCF 89, 155). Bastante discutible se muestra esa afirmación en lo que concierne a la pérdida de la soberanía monetaria, la que de conformidad con la concepción actual, pertenece (al

<sup>107</sup> Artículo 16. a (1) Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.

<sup>108</sup> Artículo 2o. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1o., la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: (1) La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

igual que la política exterior y de defensa) a los elementos fundamentales de la soberanía del Estado.

Mientras que los grandes Estados industrializados subrayan la creciente interdependencia de un orden económico globalizado, la soberanía desempeña todavía un importante papel en la retórica de varios países en desarrollo. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (UNYB, 1974, p. 402), expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974, trae sin embargo en ese mismo sentido el concepto de la soberanía: “Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluyendo la posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas” (artículo 2o., apartado 1).

Desde hace algún tiempo, se plantea la pregunta si la soberanía representa (aún) un concepto jurídico o se ha convertido en retórica política. En un comienzo se asociaba la independencia estatal con el concepto de la soberanía. Luego de la Primera Guerra Mundial se impuso en la comunidad estatal la opinión de que la soberanía no podía excluir la posibilidad de tener vínculos jurídicos. La soberanía se expresa también cuando se contraen libremente obligaciones, incluyendo las contempladas en los tratados. La Corte Permanente de Justicia Internacional subrayó en su decisión en el caso Wimbledon: “El tribunal se niega a ver en la celebración de un tratado mediante el cual un Estado se obliga a llevar a cabo o a refrenar una actuación en particular, el abandono de su soberanía...”. (*Wimbledon Case [France, Italy, Japan and the UK vs. Germany]*, PCIJ Reports, A, núm. 1, 1923, p. 15).

La idea sostenida por largo tiempo de que la soberanía significaba no estar sometido a una instancia superior, ha caído en desuso con el paso del derecho internacional, de un simple orden de coordinación a un sistema con rasgos de subordinación legal (véase nuestro apartado 2). A esto pertenecen especialmente las amplias competencias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la protección de la paz y la seguridad, que incluyen la intervención en las estructuras estatales internas en interés de la protección de los derechos humanos. Al respecto, se pueden señalar aquí, por ejemplo, las medidas del Consejo de Seguridad en contra de Irak en relación con la Segunda Guerra del Golfo: las limitaciones al potencial militar irakí, el estricto embargo comercial y las reglas para la protección de la población civil (S/Res., 686–689, 1991, NU, 1991, p.

74). Ese corsé impuesto por el Consejo de Seguridad de la ONU conlleva en algunos aspectos un régimen de ocupación.

En la doctrina moderna del derecho internacional, existe una tendencia a colocar en el mismo plano la soberanía con la independencia. De acuerdo con esto, las obligaciones de derecho internacional o contraídas en los tratados no tocan tangencialmente la independencia, en la medida que no afectan la organización interna del Estado (por ejemplo, en el sentido de la intervención externa en los órganos estatales).

Es así como Friedrich Berber, por ejemplo, considera que la independencia como un criterio de la soberanía, se ve amenazada cuando la intervención externa por parte de otros sujetos del derecho internacional hace parte de la sustancia de la soberanía constitucional, lo que significa que el desconocimiento de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales implica una grave violación de la constitución (F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. I, *Allgemeines Friedensrecht*, 2a. ed., 1975, pp. 126 y ss.).

De acuerdo con esto, la República Federal de Alemania (así como la RDA) fue hasta el tratado de Moscú de 1990 un Estado con una soberanía limitada debido a los derechos de reserva respecto de Berlín, el estacionamiento de las tropas aliadas y la reglamentación sobre la totalidad de Alemania.

Los nuevos desarrollos del derecho internacional también resquebrajan directamente el criterio de la autonomía constitucional como elemento constitutivo de la soberanía estatal. El ordenamiento constitucional de Bosnia-Herzegovina y de otros Estados se ha “internacionalizado” fuertemente con base en los acuerdos de derecho internacional, de tal modo que las violaciones a la Constitución se trasladan al plano del derecho internacional y las estructuras constitucionales sólo pueden ser modificadas a través de un proceso de derecho internacional (véase nuestro apartado 22. 4).

El proceso de integración europea ha obligado de manera especial a modificar el concepto de soberanía que se tenía hasta ahora. Con la creciente vinculación de lo político al ámbito comunitario (incluyendo materias tan sensibles como la política migratoria) llegando hasta el traslado de la soberanía monetaria a la Comunidad Europea, los Estados miembros de la Unión Europea han renunciado a sus más elementales competencias. Este proceso se continúa con el reconocimiento cauteloso de la

adopción de decisiones por mayoría cualificada en el marco de las políticas externas y de seguridad comunitaria (aun sin el traslado de los derechos soberanos; artículo 23, número 2, EEUU).<sup>109</sup>

La “independencia” de los miembros de la Unión Europea se ha reducido así a una simple fachada. Al respecto, no ayuda mucho la fórmula de que los Estados miembros siguen siendo los “soberanos de los tratados” (TCF 89, 155). Sin embargo, la totalidad de la comunidad estatal siguen considerando todavía a los miembros de la Unión Europea como Estados soberanos.

<sup>109</sup> Artículo 23. 1. El Consejo adoptará por unanimidad las decisiones que se rijan por el presente título. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de tales decisiones.

En caso de que un miembro del Consejo se abstuviera en una votación, podrá acompañar su abstención de una declaración formal efectuada de conformidad con el presente párrafo. En ese caso, no estará obligado a aplicar la decisión, pero admitirá que ésta sea vinculante para la Unión. En aras de la solidaridad mutua, el Estado miembro de que se trate se abstendrá de cualquier acción que pudiera obstaculizar o impedir la acción de la Unión basada en dicha decisión y los demás Estados miembros respetarán su posición. En caso de que el número de miembros del Consejo que acompañara su abstención de tal declaración representara más de un tercio de los votos ponderados con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no se adoptará la decisión.

2. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará por mayoría cualificada:

- Acciones comunes, posiciones comunes o cualquier otra decisión basada en una estrategia común
- Cualquier decisión por la que se aplique una acción común o una posición común;
- La designación de un representante especial de conformidad con el apartado 5 del artículo 18.

Si un miembro del Consejo declarase que, por motivos importantes y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que se deba adoptar por mayoría cualificada, no se procederá a la votación. El Consejo, por mayoría cualificada, podrá pedir que el asunto se remita al Consejo Europeo para que decida al respecto por unanimidad.

Los votos de los miembros del Consejo se ponderarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Para su adopción, las decisiones requerirán al menos sesenta y dos votos, que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo.

El presente apartado no se aplicará a las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa.

3. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, el Consejo se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen.

Esto hace presuponer una forma de consideración en la que ya no se depende de la competencia autónoma de un Estado en los ámbitos políticos esenciales. Más aun, se trata también de un incremento del poder en el sentido de una consideración global equilibradora, vinculada a una participación de los Estados, en forma individual, en las competencias comunitarias (aquí en el plano europeo).

Sin embargo, aun con esa consideración, sólo se podrá hablar de un mínimo de soberanía cuando las competencias esenciales (como la política económica, presupuestaria y de defensa) permanezcan en el ámbito de poder de decisión de los Estados en forma individual, y cuando la controvertida delimitación de las competencias no se lleve a cabo únicamente por los órganos de la Unión Europea o de las Comunidades Europeas (esto es, no se le transfiera la “competencia de competencias”).

En el mejor de los casos se puede entender hoy en día la soberanía como la síntesis de los derechos soberanos que tiene los Estados sobre el territorio y las personas (territorialidad y nacionalidad) así como el derecho a un reconocimiento en el plano del derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA: J. Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, 1993; A. Bleckmann, “Das Souveränitätsprinzip im Völkerrecht”, *AVR*, 23 (1985), pp. 450 y ss.; A. Chayes/A. Handler Chayes, *The New Sovereignty—Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995; F. H. Hinsley, *Sovereignty*, 2a. ed., 1986; S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; A. James, *Sovereign Statehood*, 1986; H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1928; G. Kreijen (ed.), *State, Sovereignty, and International Governance*, 2002; S. Oeter, “Souveränität: ein überholtes Konzept?”, en: *Festschrift für H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.; H. Quaritsch, “Bodins Souveränität und das Völkerrecht”, *AVR*, 17 (1976-1978), pp. 257 y ss.; C. Schreuer, “The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?”, *EJIL*, 4 (1992-1993), pp. 447 y ss.; H. Steinberger, “Sovereignty”, en: *EPIL*, t. 4, 2000, pp. 500 y ss.