

## EN TORNO A LA “LEY HELMS-BURTON” DE 1996

**SUMARIO:** I. *La Ley para la Solidaridad Democrática y Libertad Cubana (1996).* II. *Boicoteo primario y boicoteo secundario.* III. *Expropiación y “quantum” de la indemnización.* IV. *“Daños indirectos”.* V. *Pérdida de utilidades.* VI. *Repercusión del “daño” sobre un tercero, persona física o moral.* VII. *La nacionalidad y la interposición diplomática en la práctica internacional.* VIII. *Extraterritorialidad: su concepto y significación.* IX. *Teoría del Act of State en la jurisprudencia estadounidense.* X. *Opinión del Comité Jurídico Interamericano del 23 de agosto de 1996.* XI. *La “Ley Antídoto” de México.* XII. *Canadá y su reacción a la “Ley Helms-Burton”.* XIII. *Conclusiones.*

### I. LA LEY PARA LA SOLIDARIDAD DEMOCRÁTICA Y LIBERTAD CUBANA (1996)

La Ley para la Solidaridad Democrática y Libertad Cubana, aprobada por el Congreso de Estados Unidos y conocida generalmente como la “Ley Helms-Burton”, por el nombre de los dos congresistas republicanos que la patrocinaron, fue firmada por el presidente William Clinton el 12 de marzo de 1996, habiendo sido aprobada por el Senado, el 29 de febrero de 1996, por 74 votos a favor y 22 en contra, y por la Cámara de Representantes el 6 de marzo del mismo año, por 336 votos a favor y 86 en contra.<sup>1</sup>

En las presentes notas, trataremos algunos de los puntos que nos parecen más controvertidos de esta Ley que, por lo demás, es de una gran extensión, y se contempla en ella un total de 35 secciones, muchas de ellas que consagran a su vez, numerosas subsecciones y secciones suplementarias de estas mismas subsecciones.

<sup>1</sup> Ver texto de la “Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996 (Helms-Burton Act)”, *International Legal Materials*, vol. XXXV, núm. 2, marzo de 1996, pp. 359-378.

Casi todas las restricciones que se contemplan en la Ley, deberán permanecer vigentes hasta que el presidente de Estados Unidos, proclame que ha sido “democráticamente electo”, un nuevo gobierno en Cuba (sección 203 (c)).

La sección 206 (c) de la Ley requiere que para poder calificar como gobierno que ha sido democráticamente electo como tal, éste debe realizar significativos progresos encaminados a devolver a los ciudadanos estadounidenses las “propiedades expropiadas” por el gobierno cubano, durante, o después del 1o. de enero de 1959, o aportando una “compensación absoluta” de conformidad con los parámetros del derecho internacional y la práctica relativa (*or providing full compensation in accordance with international law standards and practice*).

Sin embargo, la misma Ley prevé la posibilidad de que el Ejecutivo federal pueda suspender temporalmente una gran parte de las medidas abarcadas por el embargo, siempre y cuando se compruebe la existencia de un “gobierno en transición”, que esté contribuyendo a la fundación real de un eventual gobierno democráticamente electo.

En la sección 205 de esta Ley, se especifica que para los propósitos de dicha legislación, un *transition government in Cuba*, es un gobierno que:

- a) Haya legalizado toda su actividad política.
- b) Haya liberado a todo prisionero político, y haya permitido la investigación de las prisiones cubanas por parte de organizaciones internacionales de derechos humanos debidamente constituidas.
- c) Haya disuelto el actual Departamento de Estado de Seguridad en el Ministerio del Interior en Cuba, incluyendo los Comités para la Defensa de la Revolución y las Brigadas de Respuesta Inmediata.
- d) Haya proclamado públicamente obligarse a organizar elecciones libres y justas para un nuevo gobierno.

Dichas elecciones deberán realizarse en un periodo de tiempo no mayor de 18 meses después de que el gobierno en transición haya asumido el poder, con la participación de múltiples partidos políticos independientes, y bajo la supervisión de observadores internacionales, tales como la OEA o la ONU.

Igualmente, para que un gobierno en transición sea considerado como tal para los efectos de la “Ley Helms-Burton”, deberá haber cesado toda interferencia con Radio y Televisión Martí, debiendo además exponer pú-

blicamente su compromiso, mediante las medidas necesarias, para establecer un Poder Judicial independiente; respeto de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y las libertades fundamentales, tal y como se asientan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual es Cuba país signatario; y permitir el establecimiento de sindicatos independientes, tal y como se consagran en las Convenciones 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, y autorizando el establecimiento de asociaciones sociales, políticas y económicas independientes.

Además de los requisitos anteriores, se estipula que al determinar si un gobierno en transición está debidamente instituido, el Ejecutivo estadounidense deberá tomar en consideración, para tal efecto, hasta qué punto dicho gobierno:

- a) Demuestra fehacientemente que se realiza una transición de una dictadura comunista totalitaria hacia una democracia representativa.
- b) Haya hecho pronunciamientos públicos por los cuales se compromete a llevar a cabo:
  - El efectivo cumplimiento y garantía de que se ejerzan los derechos a la libertad de expresión y la libertad de prensa, incluyendo garantía de permisos para la propiedad privada de los medios de comunicación que operan en Cuba.
  - La autorización efectiva para retomar la ciudadanía de las personas nacidas en Cuba a su retorno a dicho país.
  - La garantía efectiva de garantizar el respeto a la propiedad privada.
  - Adoptar las medidas conducentes para la devolución a los ciudadanos estadounidenses (y entidades que posean el 50 por ciento o más, como propietarios estadounidenses) de las propiedades tomadas por el gobierno cubano el 1o. de enero de 1959, o después de esa fecha, o en su caso, aportar la compensación equitativa a dichos ciudadanos, personas físicas o morales.
- c) Haya extraditado o entregado, a Estados Unidos, toda persona perseguida por el Departamento de Justicia por crímenes cometidos en territorio estadounidense.

- d) Haya permitido el desplazamiento a lo largo y ancho del territorio cubano de personalidades y agencias de derechos humanos, libres e independientes.<sup>2</sup>

El punto nodal del título III de la “Ley Helms-Burton”, se refiere a los problemas que pueden derivarse de la indemnización que deba otorgarse por propiedad expropiada a estadounidenses. El esquema de la Ley es el de crear un derecho de acción procesal ante los tribunales de Estados Unidos.

Cualquier persona que haya comerciado (“traficado”) con propiedades que pertenecieron en alguna época a ciudadanos estadounidenses, está enfrentando la perspectiva de un litigio en Estados Unidos, y expuesto al resarcimiento de daños que sea en principio equivalente al valor de la propiedad en cuestión; si la comercialización ha continuado, entonces deberá enfrentar la persona inculpada, demanda por daños triplicados (sección 302 (a)).<sup>3</sup>

2 Ver Pub. 1, núms. 104-114, 110, Stat. 785 (marzo 30, 12, 1996). En la misma sección 205, se añade expresamente que el “gobierno de transición” de ninguna forma podrá incluir a Fidel Castro o a Raúl Castro (*sic*), y que este gobierno, debe haber dado las seguridades adecuadas de que permitirá la eficiente y rápida distribución en asistencia al pueblo cubano. Sec. 205, *Requirements and Factors for Determining Transition Government*, incisos 7) y 8).

3 El término utilizado en la Ley: *trafficking*, es un término definido para incluir no solamente la venta, transferencia, compra o alquiler de la propiedad en cuestión, sino también para incluir, el involucrarse en una actividad comercial que de alguna manera haya sido producto o beneficiaria, de la propiedad confiscada (section 4 (13)). De esta suerte, como dice el profesor Andreas F. Lowenfeld, la Ley puede contemplar el caso, por ejemplo, de una compañía británica que hubiese adquirido azúcar de una empresa estatal cubana, y que esté realizando negocios en Estados Unidos y, por lo tanto, pudiendo ser enjuiciable ante los tribunales americanos, podría llegar a ser responsable frente a un ciudadano norteamericano que demostrase ante el tribunal, que una cantidad x de las adquisiciones de azúcar por parte de la compañía británica, consistieron en cantidades de azúcar provenientes del cultivo de un ingenio azucarero de la cual el demandante en alguna época, era presunto propietario de la misma. No tiene por qué existir una conexión necesaria entre el valor de la propiedad sobre la cual se base la reclamación, y el valor de la transacción sobre la cual se hace valer la actividad comercial (*trafficking*). Este mismo autor, desde la famosa “Enmienda Sabbatino” (o *Hickenlooper*), había ya cuestionado el problema que surgiría en relación con la carga de la prueba para el demandante, su propiedad confiscada, y las diversas interpretaciones que pudieran generarse. Así, por ejemplo, se preguntaba lo que sucedería con un hotel construido muchos años después, en un terreno que alguna vez perteneció al demandante? o cantidades immensas de famosos puros que hubiesen sido elaborados en España, por ejemplo, con tabaco proveniente presuntamente de terrenos cubanos en litigio, etcétera. Ver de Lowenfeld F., Andreas, “The Sabbatino Amendment-International Law Meets Civil Procedure”, *American Journal of International Law*, núm. 59, 1965; y “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, *American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 3, julio de 1996, pp. 419-434.

## II. BOICOTEO PRIMARIO Y BOICOTEO SECUNDARIO

El típico embargo, o “boicoteo primario” que lleva a cabo un Estado, no genera en principio problemas de derecho internacional, por la sencilla razón de que el Estado que realiza el boicoteo contra otro Estado, no hace sino ejercer su exclusiva jurisdicción sobre su propio territorio (o sobre sus propios nacionales), esto es: el Estado “A” puede prohibir todo comercio con el Estado “B”, y ello no viola el orden internacional.

Por el contrario, en lo que puede denominarse un “boicoteo secundario o accesorio” (*secondary boycott*) como dice A. Lowenfeld, la situación cambia radicalmente, ya que el Estado “A” sostiene que si “X”, un nacional de un Estado “C”, comercia con el Estado “B”, “X” podrá no negociar en lo sucesivo con el Estado “A” o realizar inversiones en el mismo. En otras palabras, “X” está siendo requerido para realizar una elección entre hacer negocios con el Estado “A”, el país actor del boicoteo, o hacer negocios con el Estado “B”, el Estado que es el blanco del mencionado boicoteo, aun y cuando bajo la legislación del Estado “C”, en donde “X” está domiciliado, el comercio entre el Estado “A” y el Estado “B” esté jurídicamente permitido.<sup>4</sup>

En conclusión, para el profesor Andreas F. Lowenfeld, la “Ley Helms-Burton”, significa un obstáculo a la esfera discrecional de las facultades del Poder Ejecutivo; implica la intención de administración en transición de un fenómeno cuyos contornos no pueden ser predecibles; pone demasiado énfasis en cuestiones relativas a la propiedad privada, con una antigüedad de casi dos generaciones; pervierte las leyes de inmigración y de turismo estadounidense; y busca, por último, imponer el juicio de una particular política estadounidense sobre naciones de Estados amigos, en una forma carente de toda legalidad y de todo sentido común.<sup>5</sup>

Sin embargo, para otros autores, tales como el abogado Brice M. Claggett, el título III de la “Ley Helms-Burton” no viola en forma alguna el derecho internacional, y obviamente aún menos las otras secciones de la mencionada Ley.

De acuerdo con este abogado (de la firma *Covington and Burling*), un Estado posee jurisdicción para dictar reglas de derecho con respecto a

<sup>4</sup> Ver Lowenfeld F., Andreas, “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, *op. cit.*, pp. 429 y 430. “A tertiary boycott occurs if state A, the boycotting state, blacklists not only X, which traded with state B, but also Y, which traded with X. Both the Arab boycott of Israel and some of the United States Export Control Regulations have in the past imposed tertiary boycotts”, *idem*, p. 430, nota 56.

<sup>5</sup> “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, *op. cit.*, pp. 433 y 434.

conductas realizadas fuera de su territorio que tengan, o pretendan tener un efecto substancial dentro de su propio territorio, al menos cuando el ejercicio de dicha jurisdicción sea razonable en toda circunstancia.<sup>6</sup>

Aquí hay que decir que el señor Clagett se está basando, como él mismo lo asienta —para fundamentar esta aseveración— en el *Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987)*, y por más autoridad que quiera dársele al *Restatement* dentro de Estados Unidos, no hay que olvidar que para efectos del derecho internacional, el *Restatement*, que es elaborado por el *American Law Institute*, posee el valor y carácter que es reconocido por las opiniones y doctrina de los publicistas de derecho internacional, esto es, no posee valor jurídico vinculante. La doctrina del *Restatement* debemos entenderla en todo caso, como “medio auxiliar” para la determinación de las reglas jurídicas (artículo 38 del Estatuto de la CIJ), pero al igual que toda doctrina no puede llegar a ser en la actualidad, considerada como una posible “fuente de producción de normas”, a lo más que pueden pretender es servir como prueba de un eventual derecho consuetudinario, cuando éste sea bien el caso.<sup>7</sup>

En suma, para el abogado Brice M. Clagett la Ley Helms-Burton, en particular su título III, no sólo no es violatoria del derecho internacional, sino que antes al contrario, fortalece y desarrolla la instrumentación de este derecho, en una área en donde por razón de los rudimentarios mecanismos estatales, pueden existir gobiernos que con toda impunidad violen los más elementales derechos humanos de sus propios ciudadanos, además de los pertenecientes a los extranjeros. La Ley susodicha es un poderoso discurso al inmoral comercio de la propiedad robada, y es ni más ni menos, que un verdadero ejercicio legítimo de la jurisdicción de Estados

6 Ver Clagett, M. Brice, “Title III of the Helms-Burton Act is Consistent with International Law”, *America Journal of International Law*, vol. 90, núm. 3, julio de 1996, p. 436.

7 A nuestro modo de ver tienen mayor relevancia para el derecho internacional, ciertos informes de la Comisión de Derecho Internacional o los del Institut de Droit International, o muchas de las opiniones individuales o disidentes de los jueces de la Corte Internacional de Justicia; pero incluso éstas, gozando de una mayor autoridad, no poseen una fuerza jurídica vinculante. Ver Buerenthal, Thomas y Maier, G. Harold, *Public International Law in a Nutshell*, 2a. ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1990. Ver el capítulo II, en donde se hace constante referencia al *Restatement (Third)*, en el sentido que hemos advertido anteriormente, pp. 19-36. Pero hay que señalar que incluso basándose en el *Restatement*, este esfuerzo tampoco es consistente, como lo ha demostrado el profesor Lowenfeld, quien al respecto sostiene: “even leaving aside the thirty-six-year interval between conduct and effect on the one hand, and exercise of prescriptive jurisdiction on the other, the effort to place Helms-Burton within the effects doctrine is no more than a play on words. It does not withstand analysis, and it would carry the effects doctrine farther than it has ever been carried before”, op. cit., p. 431.

Unidos, “*and the international rule of law should be a principal beneficiary of its enactment*” (*sic*).<sup>8</sup>

### III. EXPROPIACIÓN Y “QUANTUM” DE LA INDEMNIZACIÓN

En la mayor parte de los casos en que los tribunales internacionales se han abocado al examen de saber si una expropiación había sido decidida con fines de utilidad pública, lo han hecho porque desde un principio habían ya admitido que la expropiación por causa de utilidad pública es, incontrovertiblemente, un caso típico del ejercicio legítimo de la plenitud de competencias del Estado; como un verdadero atributo inherente a su soberanía.

En el Caso de los “Intereses Alemanes en Alta Silesia”, la Corte Permanente de Justicia Internacional, mencionó la “expropiación por razones de utilidad pública”, entre las medidas que no podrían verse afectadas por la Convención que prohibía las medidas que el derecho internacional general no permitía adoptar frente a los extranjeros.<sup>9</sup>

La cuestión de la indemnización en caso de afectación a la propiedad privada, tal y como ha sido analizada en las decisiones dictadas por los tribunales internacionales, concierne, por una parte, a la existencia misma de la obligación de compensación o indemnización, y por otra parte, a las normas que deben encontrar aplicación para determinar el *quantum* de la indemnización.

Así, la existencia de una obligación internacional de otorgar una indemnización por bienes extranjeros que sean objeto de una afectación, que desde todo punto de vista es legítima, está corroborada por un cierto número de decisiones de tribunales internacionales que frecuentemente

8 Clagett, M. Brice, *op. cit.*, p. 440. Nada más hay que preguntarse cómo reaccionarían los estadounidenses si la situación fuera inversa. Supóngase, dice Lowenfeld, que Francia adaptará una ley por la cual, compañías estadounidenses tales como la Mobil o la Ford, que han realizado de hecho, importantes inversiones en Vietnam, pudieran ser llevadas ante los tribunales franceses en razón de demandas interpuestas por la propiedad confiscada, ocurrida cuando Francia se retiró de Vietnam, a principios de la década de los cincuenta. Es de presumir que ningún funcionario de Estados Unidos, ya no digamos de la comunidad empresarial, vería dicha legislación francesa como razonable y consistente con el derecho internacional. Lowenfeld, A., “Agora: the Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act”, *op. cit.*, pp. 431 y 432.

9 Ver “Intérêts Allemands en Haute Silésie”, *CPJI*, serie A, núm. 7, p. 22. En la obra clásica de Amerasinghe, C. F., *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, este autor asienta en una de sus conclusiones lo siguiente: “*The evidence is overwhelmingly in favour of the view that the right to nationalize is conceded in international law just as much as can apparently only be renounced by treaty*”, *op. cit.*, p. 166.

vinculan la necesidad de compensar, al llamado principio clásico de los “derechos adquiridos”; en ocasiones ha sido la teoría del enriquecimiento sin causa que ha sido invocado como fundamento de esta obligación.

Pero en realidad, si se analizan las cosas con cautela, nos damos cuenta que en la mayoría de los casos, las decisiones dictadas por los tribunales internacionales no han dirimido en forma tajante, la cuestión de saber si la obligación de indemnizar era un elemento constitutivo de la legitimidad de la afectación de la propiedad, o si se trataba únicamente de una obligación que se desprendía, para el Estado que expropiaba, de un acto en sí mismo lícito, esto es, jurídicamente legítimo ante el derecho internacional.<sup>10</sup>

En la sentencia arbitral dictada en el caso de los *Norwegian Shipowners*, que se refería principalmente al monto de la indemnización debida, en razón del hecho que Estados Unidos se había apropiado en tiempos de guerra de los contratos de construcción naval, el tribunal constató que las leyes de las dos partes reglamentando la expropiación, eran conformes al derecho internacional consuetudinario.

El tribunal declaró que en los casos de afectación de la propiedad (*takings*) los tribunales deberían decir, principalmente, si el apoderamiento estaba justificado por motivos de utilidad pública. El Tribunal juzgó pertinente examinar la cuestión de saber si “*the taking for title and the keeping of the title without a sufficient emergency or after the emergency has passed, was necessary*”. El tribunal concluyó, en su laudo de 1921, que Estados Unidos no había podido probar, como era su obligación, que “*the keeping of title to the claimant's property was needed for public use after 1st. July, 1919*”.<sup>11</sup>

10 En el caso *Dickson Car and Wheel Company* conocido por la Comisión Mixta de Reclamaciones, México-Estados Unidos, en 1931, ésta desestimó el presunto principio de “enriquecimiento sin causa” que había sido invocado para justificar el otorgamiento de una indemnización: “*It is obvious that the theory of unjust enrichment as such, has not yet been transplanted to the field of International Law as this is of a juridical order distinct from local or private law...*”, ver en los volúmenes: *Reclamaciones entre México y los Estados Unidos, Decisiones*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1929-1931.

11 *Norwegian Shipowners Claims*, USA/Norway, ONU-RSA, vol. I, 1921, pp. 332-335 y 336. Caso citado en el estudio: *Etat de la question de la Souveraineté Permanente sur les Richesses et les Ressources Naturelles*, A/AC, 97/5/Rev. 2. E/3511. A/AC, 97/13, p. 101, párr. 37. En el caso de la Fábrica de Chórzow, *CPJI*, la Corte asentó que, en caso de expropiación legítima, debía acordarse una “indemnización equitativa”; en el arbitraje *Goldemberg*, el Tribunal sostuvo que debía acordarse una “justa indemnización”, y en el Caso del *Chemin de Fer de la Baie de Delagoa*, se sostuvo por el tribunal, que la indemnización debía acordar una “reparación integral”, *op. cit.*, p. 105, párr. 68, notas 64, 65 y 66.

#### IV. “DAÑOS INDIRECTOS”

A propósito de los problemas que plantea la reparación en derecho internacional, tanto la doctrina como la práctica se han ocupado de los llamados “daños indirectos” (*consequential damages*), señalándose como uno de los puntos más controvertidos en la materia. Previamente, debemos aclarar que dicho problema es sólo una parte, dentro de la serie de cuestiones que pueden suscitarse, en aquello que la doctrina moderna y jurisprudencia internacional conoce como las “relaciones de causalidad” entre hecho ilícito y daños producidos.

El rasgo que parece caracterizar la teoría de los daños indirectos, es el de que dicha teoría se ha presentado como un medio para eliminar ciertos daños que no aparecen a la consideración del juez como resarcibles.<sup>12</sup>

Una opinión bastante generalizada en la materia, parece inclinarse por el rechazo de esta noción de daños indirectos, por considerar que se trata de una división artificial —daño directo e indirecto—, que puede sólo provocar confusiones e imprecisiones dentro del terreno de la responsabilidad internacional.

Así, André Hauriou, al aplicarse al análisis de este concepto dentro del arbitraje internacional, estimaba que debería de ser proscrito del lenguaje jurídico, en tanto que no era en realidad más que la manifestación de una cierta impotencia por determinar la causa precisa de dichos perjuicios.<sup>13</sup>

Sin duda, el examen de la jurisprudencia internacional revela que la terminología de daños indirectos ha sido aplicado no sólo con referencia a

12 Hauriou, André, “Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux”, *RGDIP*, 1924, p. 207. Es la declaración hecha por el Tribunal de Ginebra en el caso de Alabama, la que se considera estar en origen de esta teoría. La Gran Bretaña aducía que los daños que deberían ser sometidos a la consideración del tribunal no habrían de comprender más que pérdidas individuales, mientras que, para Estados Unidos, debía abarcar igualmente las pérdidas llamadas nacionales, como aquellas ocasionadas por la prolongación de la guerra, motivada por la asistencia de Gran Bretaña a los cruceros confederados. Estas últimas pérdidas fueron calificadas por Gran Bretaña como daños indirectos. El presidente del Tribunal, conde Scolpis, declaró que “en el tribunal estimaba las reclamaciones por pérdidas indirectas, mencionadas en la comunicación de Estados Unidos del 25 de junio, como enteramente excluidas de su consideración”, “Affaire de l’Alabama (entre les Estats-Unis et la Grande Bretagne)”, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, París, Pédone, Lapradelle & Politis, vol. II. (1856-1872), 1923, p. 840.

13 Hauriou, A., *op. cit.*, p. 218. Igual criterio sostiene Reitzer, quien proponía reemplazar el término de daños directos o indirectos por el de causalidad adecuada o jurídicamente pertinente. Reitzer, Ladislas, *La réparation comme conséquence de l’acte illicite en droit international*, Bélgica, Georges Thône, 1938, p. 183.

aquellos daños considerados como “remotos”, sino también a aquellos estimados como frecuentemente ajenos al hecho ilícito; ello no obstante, por lo general, el término es aplicado cuando a criterio del juez el examen de los hechos no permite trazar una vinculación cierta entre el hecho ilícito y el daño reclamado.

Si reconocemos que el derecho internacional consagra la existencia de una obligación de reparar los daños consecuencia de un acto u omisión ilícitos, la función que desempeña en la práctica la división entre daño directo e indirecto dentro del sistema jurídico internacional, no parece ser otra, sino la de pretender fijar un límite a la responsabilidad que le es imputable al sujeto autor del daño; de esta forma, aquella categoría de reclamación de daños en la que no se aprecie una conexión de dependencia cierta en relación con el hecho ilícito, no se estimará que dé lugar a reparación. En realidad, el problema en la práctica sigue residiendo en esa “infinita variedad” de relaciones y circunstancias exteriores que pueden intervenir entre el hecho ilícito y los daños producidos, con el resultado de ser imposible elaborar un criterio único que permitiera deslindar los daños susceptibles de indemnización, de aquellos no resarcibles.<sup>14</sup>

En el caso *H. G. Venable* ante la Comisión General de Reclamaciones de Estados Unidos y México, el primer acto que implicaba la responsabilidad directa de México, según demanda del gobierno de Estados Unidos, era el envío de un telegrama, hecho por un superintendente (Rochín) de los ferrocarriles mexicanos, que prohibía la salida del territorio mexicano de varias locomotoras propiedad de una compañía estadounidense, de la cual Venable era presidente. El presidente de la Comisión, Van Vollenhoven, sostuvo que si el telegrama era relacionado con toda la situación que posteriormente se había producido, el telegrama podría estimarse como la causa de todos los daños reclamados por el demandante, pero que, sin embargo, era claro que dicho telegrama no podía apreciarse como causa “directa e inmediata” de las pérdidas y daños producidos. La reclamación por indemnización de daños y perjuicios causados fue acordada a Estados Unidos con fundamento, principalmente, en ciertos hechos ilícitos de omisión imputables al gobierno mexicano.<sup>15</sup>

14 Anzilotti, D., *Corso de Diritto Internazionale*, Padova, Poligrafica, 1955, vol. I, pp. 430-432.

15 “Caso H. G. Venable (entre México y los Estados Unidos), General Claims Convention of 8 sept. 1923”, *Recueil de Sentences Arbitrales*, vol. IV, ONU, pp. 219 a 261. En la opinión emitida por el comisionado mexicano Fernández Mac Gregor, el telegrama “Rochin”, además de no poder apreciarse como “causa y origen” de los daños y pérdidas, su acción no era ilícita conforme al derecho internacional, dado que, según él, no actuó en su capacidad de autoridad.

En el caso *Mallén*, esta misma Comisión General de reclamaciones rehusó tomar en cuenta, para la evaluación de la reparación, cierto tipo de daños sobre el estado de salud del cónsul *Mallén*, y que en opinión del gobierno mexicano deberían de ser igualmente resarcibles por considerarse como producidos a raíz de los malos tratos sobre la persona de *Mallén*. La Comisión consideró que no existía una relación “cierta” entre el ataque sufrido y los perjuicios reclamados para poder ser apreciados como daños directos.<sup>16</sup> Este caso, entre otros, revela la dificultad que existe en la práctica para determinar qué tipo de daños deben ser considerados como consecuencia necesaria del hecho ilícito y, por lo tanto, resarcibles, sobre todo si tenemos en cuenta la opinión en disidencia del comisionado *Fernández Mac Gregor*, para quien es evidente que la pérdida de la facultad del oído en *Mallén*, deberían estimarse como consecuencia directa de la agresión ilícita por él sufrida,<sup>17</sup> interpretación ésta completamente divergente como veíamos, con la opinión no sólo del presidente de la Comisión, sino también con la del comisionado *Nielson*.<sup>18</sup>

## V. PÉRDIDA DE UTILIDADES

La categoría de daños susceptibles de indemnización, a través del análisis de la relación entre hecho ilícito y daños reclamados, se plantea en forma diferente si se está en presencia de una demanda de reparación por eventuales ganancias de las que se ha sido privado, es decir, de una reclamación por *lucrum cessans*.

En cuanto a la noción misma en derecho internacional, ésta no ofrece dudas en cuanto a su significación; denota un beneficio no obtenido, pero que eventualmente habría podido obtenerse de no mediar la realización del hecho ilícito.<sup>19</sup>

En términos generales, el principio esencial que parece ser tomado en consideración por la jurisprudencia internacional para otorgar o rehusar una reparación por los beneficios no obtenidos y cuya pérdida es invocada, es un criterio basado en la normalidad o curso ordinario de una sucesión de hechos; una indemnización será negada si se estima que “normal-

16 “Caso *Mallén*”, *Recueil...*, *op. cit.*, pp. 173 a 187.

17 *Idem*, pp. 187-190.

18 *Idem*, pp. 180-186.

19 Reitzer, *op. cit.*, p. 188.

mente”, teniendo en consideración las circunstancias conocidas y presumibles, el beneficio cuya pérdida se reclama no habría tenido posibilidades de realizarse aun en ausencia del hecho ilícito.

Es claro que de la jurisprudencia internacional no podría inferirse un riguroso criterio que permitiera determinar con certeza en qué hipótesis deberá otorgarse una reparación por pérdida de beneficios; siendo el *lucrum cessans*, por definición, una eventualidad; el problema que se plantea al juez internacional es el de la determinación del grado de probabilidad que dicha eventualidad pudiere presentar en el caso específico.<sup>20</sup>

En el caso del *William Lee*, fallado por la Comisión Mixta de Lima, entre Estados Unidos y Perú, un buque ballenero, el *William Lee*, estando por zarpar para una temporada de pesca del puerto de Tumbez, Perú, el capitán del puerto prohíbe en el último momento la salida del buque. Aun y cuando el capitán del navío alega que se habían satisfecho todas las demandas legítimas, el capitán de puerto mantiene su oposición; no es sino pasado un periodo de tres meses que se le concede licencia para abandonar el puerto.

Los árbitros en su decisión otorgan, por unanimidad, indemnización por pérdida de la temporada de pesca y beneficios que habrían podido ser obtenidos. Para realizar la evaluación del *lucrum cessans*, la Comisión toma como criterio el número de barriles de aceite que habían sido obtenidos por el navío durante los periodos anteriores a su detención.<sup>21</sup>

En otro arbitraje, el caso del *Canada*, que guarda con el anterior varios puntos de semejanza, la reparación por pérdida de beneficios fue rechazada. Los hechos eran los siguientes: el *Canada*, buque ballenero que había partido igualmente para la temporada de pesca, sufre una serie de averías al chocar en contra de unos arrecifes cerca de las costas del Brasil, en gran parte por un comportamiento negligente del capitán. Después de varios días de incesantes maniobras para poner fuera de peligro el navío, al estar a punto de lograrlo, el capitán y su tripulación son obligados a detener toda maniobra por órdenes de un oficial de la armada brasileña, quien toma por la fuerza posesión de navío, quedando éste completamente destruido al cabo de unas semanas.

20 Salvioli, Gabriele, “La responsabilité des États et la fixation des dommages et intérêts par les Tribunaux internationaux”, *Recueil des Cours ADI* (1929-III), París, Hachette, 1930, t. 28, p. 256.

21 “Affaire du William Lee (Commission Mixte de Lime)”, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, París, Pédone, Lapradelle & Politis, vol. II (1856-1872), 1923, pp. 282 y ss.

El único daño que será tomado en consideración para objeto de la compensación reclamada, será provocado por la pérdida del navío y algunos otros gastos ocasionados; el árbitro Thoronton, en su decisión, niega toda indemnización relativa a la pérdida de la temporada de pesca y las eventuales ganancias que pudieran haber obtenido.<sup>22</sup>

Si hiciéramos referencia únicamente al rechazo del árbitro en conceder reparación por la pérdida de beneficios, podría parecer como un laudo contradictorio al dictado en ocasión del *William Lee*. En realidad si se niega compensación en el caso de *Canada* por el *lucrum cessans* reclamado, es porque el árbitro estima que, dadas las circunstancias presentes y presumibles, en particular cierto descuido en la tripulación del navío por parte del capitán, la realización de ganancias que habrían podido obtenerse aparecen como bastante inciertas, aun en ausencia del hecho ilícito.

## VI. REPERCUSIÓN DEL “DAÑO” SOBRE UN TERCERO, PERSONA FÍSICA O MORAL

En la hipótesis de un hecho ilícito por el que se presume se haya ocasionado por “repercusión” un perjuicio sobre una tercera persona, física o moral, el problema que se plantea principalmente es el de determinar si, y en qué medida, el orden jurídico internacional confiere un derecho de reparación para aquella persona calificada jurídicamente como tercero en relación al hecho ilícito producido.

Cierta parte de la doctrina<sup>23</sup> estima que si un hecho ilícito ha ocasionado un daño a una persona A y que a su vez un perjuicio subsiguiente es reclamado por un tercero B como resultado del daño inicial resentido por A, el Estado al cual le es imputable la responsabilidad por el daño sufrido por A deberá también otorgar reparación por el perjuicio reclamado por B, a condición de que exista una relación de causalidad entre ambos tipos de daños. Sin embargo, esta concepción, que no es sino una aplicación directa de los criterios de presunción de causalidad, difícilmente parece encontrar una formulación semejante si nos referimos a la jurisprudencia internacional.

Volviendo de nuevo a la sentencia número 13 (demanda en indemnización) relativa al caos de la fábrica de Chorzów, la Corte Permanente de

22 “Affaire du Canada”, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, París, Pédone, Lapradelle & Politis, vol. II (1856-1872), 1923, pp. 632 y ss.

23 Salvioli, *op. cit.*, p. 251.

Justicia Internacional, después de sustentar que la violación de todo acuerdo genera una obligación de reparar, pasa al análisis de los daños que, según la demanda interpuesta por Alemania, sufrieron las sociedades *Oberschlesische* y *Bayerische*; al constatar la Corte un desacuerdo entre las partes sobre el monto y modalidades de pago referentes a una eventual indemnización, declara que deberá aplicarse primeramente el examen de los daños reclamados que se consideren sean susceptibles de dar lugar a una reparación.<sup>24</sup> A este propósito la Corte sostiene:

Al abordar este examen, es conveniente constatar previamente que, para la evaluación del daño causado por un acto ilícito, se debe tener en cuenta exclusivamente el valor de los bienes, derechos e intereses que han sido infringidos y cuyo titular es la persona en cuyo provecho la indemnización es reclamada (...) Este principio, admitido por la jurisprudencia arbitral, tiene por efecto excluir del monto de la reparación los daños causados a terceros por el acto ilícito (...).<sup>25</sup>

Decir que la Corte en este caso se refiere en realidad a la hipótesis en que un Estado A no estuviera habilitado para presentar una reclamación en nombre de otro sujeto B, incluso si fuera B quien hubiera resultado directamente lesionado,<sup>26</sup> es dar una interpretación que no parece encontrar mayor fundamento ni en los hechos mismos origen de la controversia ni en la motivación de la sentencia; la excepción de incompetencia para entablar una reclamación por parte de un Estado plantea el problema en términos de prueba de la existencia de un *ius standi* como condición previa al análisis de la posible repercusión del daño.

Una aplicación del principio asentado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en cuanto a la exclusión de terceros para efectos de la reparación, es posible encontrarla en el caso de la *Dickson Car Wheel Company*, fallado por la Comisión General de Reclamaciones entre México y Estados Unidos,<sup>27</sup> la cual permite ilustrar la hipótesis en que interviene una relación contractual.

24 “Caso relativo a la fábrica de Chorzów” (demande en indemnité), *Recueil des Arrêts et des Avis de la CPJI*, Serie A., núm. 17, 13 de septiembre de 1928, pp. 29 y 30.

25 *Idem*, p. 31.

26 Salvioli, *op. cit.*, pp. 251 y 252.

27 “Affaire de la Dickson Car Wheel Company (Estados Unidos y México)”, *Recueil de Sentences Arbitrales*, vol. IV, ONU, pp. 669-682.

En virtud de un contrato celebrado entre la *Dickson Car Wheel Co.* y una compañía ferroviaria mexicana, la *Dickson*, empresa norteamericana, había efectuado varias entregas de mercancías sin recibir ningún pago en cambio por parte de la compañía ferroviaria mexicana, la cual aducía que, por un decreto de 1914, el gobierno constitucional de México había tomado a su cargo la explotación de las líneas ferroviarias pertenecientes a dicha Compañía (1914-1925), y que, por tanto, sus obligaciones de pago no podían ser cumplidas, dado que no habría percibido ingreso alguno. La demanda interpuesta por el gobierno norteamericano pretende imputar la responsabilidad al gobierno mexicano, argumentando que este último se habría substituido en los derechos y obligaciones contraídos por la compañía ferroviaria. La Comisión sostuvo que aun cuando el gobierno mexicano hubiere sido poseedor de la mayoría de las acciones en el momento de la celebración del contrato con la *Dickson*, esto no podía tener por efecto de considerar al gobierno mexicano como Parte en el contrato,<sup>28</sup> y por otro lado, la Comisión precisó que la compañía ferroviaria mexicana nunca había perdido su personalidad jurídica, por lo que el demandante habría estado siempre en posibilidad de interponer demanda por incumplimiento del contrato ante los tribunales mexicanos.<sup>29</sup>

El razonamiento básico expuesto por la Comisión en sus conclusiones por lo que a nuestro tema se refiere, es el siguiente:

Un Estado no incurre en responsabilidad internacional por el hecho de que un individuo o empresa, con nacionalidad de otro Estado, resienta un daño pecuniario como corolario o resultante de un daño infligido por el Estado demandado sobre un individuo o empresa con independencia de su nacionalidad, cuando las relaciones entre el primero y el ulterior son de naturaleza contractual.<sup>30</sup>

La Comisión rechaza, por lo tanto, la demanda de indemnización por daños y perjuicios, y enfatiza el criterio según el cual el daño o perjuicio reclamado por una persona física o moral, parte en un contrato, como repercusión o consecuencia de un daño inicial resentido por la otra parte contratante, no es susceptible de dar lugar a compensación, de conformidad con las reglas del derecho internacional.

En relación con el punto que estamos examinando, uno de los aspectos que representan mayor actualidad, pero sin duda no menor complejidad

28 *Idem*, p. 670.

29 *Idem*, pp. 675 y 676.

30 *Idem*, p. 681.

dad, es el referente a las reclamaciones relativas a daños que se pretende han sido resentidos por los miembros de una sociedad en su carácter de accionistas como consecuencia del daño inicial sufrido por la sociedad.

En el supuesto en que el accionista sea considerado como tercero, en relación con el daño ocasionado a la sociedad en cuanto tal, le será negado todo derecho a exigir reparación, o lo que es lo mismo, el Estado de su nacionalidad no podrá pretender el ejercicio de una capacidad procesal para ejercer la protección diplomática en favor de su nacional.

Para ilustrar lo que puede interpretarse como la orientación actual del problema dentro del derecho positivo, haremos referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tal y como se desprende del caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*,<sup>31</sup> circunscribiéndonos al punto referente a la repercusión del daño.

Señalemos sucintamente los antecedentes del caso: la *Barcelona Traction*, sociedad cuya personalidad jurídica había sido constituida de acuerdo con la ley canadiense en 1911 y con domicilio legal (*head office*) en Toronto, Canadá, forma un cierto número de sociedades auxiliares, explotadoras y titulares de concesiones en Cataluña, España, en vistas al desarrollo de una red de producción y distribución de energía eléctrica. Varias de dichas filiales se constituyeron igualmente conforme a la ley canadiense, poseyendo la *Barcelona Traction* la totalidad o la casi totalidad de las acciones emitidas.

Posteriormente, con motivo de una demanda por presunto incumplimiento de ciertas obligaciones financieras de la sociedad, demanda ésta presentada por ciudadanos españoles accionistas recientes de la *Barcelona Traction*, el tribunal de Reus, provincia de Tarragona, por sentencia del 12 de febrero de 1948, declara en estado de quiebra a la empresa y se dicta orden de embargo de sus bienes, así como los de sus filiales.

Según declaración del gobierno de Bélgica, algunos años después de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de las acciones de la *Barcelona Traction* (el 88 por ciento del capital) habían pasado a manos de nacionales belgas, personas físicas o morales. Bélgica demanda la anulación de la sentencia dictada por el tribunal de Reus, por existir error manifiesto en la aplicación del derecho español, denegación de justicia en sentido amplio y por desconocimiento de los derechos de la defensa en el curso del

<sup>31</sup> “C.I.J sentencia del 5 de febrero de 1970, segunda fase en el caso de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (España y Bélgica)”, *Recueil des arrêts, avis et ordonnances de la C.I.J.*

procedimiento, denegación de justicia en sentido estricto (según terminología de la Corte). De no ser práctica ni jurídicamente posible la *restitutio in integrum*, el gobierno belga reclama una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los nacionales belgas, personas físicas o morales (en particular la Sociedad Sidro, propietaria de más del 75 por ciento del capital social) accionistas de la *Barcelona Traction*, como consecuencia de las decisiones tomadas por los órganos judiciales y administrativos del Estado español.

Para el punto que nos interesa, es decir, el problema de la “repercusión” del daño, la Corte examina primeramente si las pérdidas, que se aduce habrían sido resentidas por los accionistas belgas, tienen por causa una violación de obligaciones de las cuales fueren ellos beneficiarios.<sup>32</sup>

La Corte no desconoce que exista la posibilidad de que la sociedad anónima pueda sufrir un daño que ocasione también perjuicio o pérdida financiera a los accionistas, pero de esto último no se infiere, según la Corte, el que ambos puedan pretender un derecho a ejercer una acción en reparación:

la prueba de que un perjuicio haya sido causado no es suficiente para justificar *ipso facto* una reclamación diplomática [...] La responsabilidad no se origina por el hecho de que un simple interés sea afectado. Sólo se origina si un derecho es violado, de tal suerte que aquellos actos que no tiendan y no afecten más que los derechos de la sociedad, no implican ninguna responsabilidad en relación con los accionistas, aun y cuando sus intereses se encuentren afectados.<sup>33</sup>

Así, en opinión de la Corte, el Estado belga no estaría en capacidad de ejercer una acción de indemnización en favor de los nacionales belgas, accionistas de la *Barcelona Traction*, por la pretendida lesión a sus intereses económicos, “resultante” del daño original cometido en contra de los derechos propios de la sociedad anónima.

Otro problema distinto y que no debe prestarse a confusión, sería el de determinar si la violación de los derechos de la sociedad que cause un perjuicio a los accionistas puede asimilarse a una violación de los derechos propios de los accionistas. La Corte no analiza esta cuestión, en virtud de que la demanda de Bélgica no se basa en ninguna pretendida viola-

32 *Idem*, p. 32.

33 *Idem*, p. 36.

ción de los derechos propios de los accionistas, sino en la lesión económica resentida por sus nacionales como “consecuencia” de una pretendida violación de los derechos propios de la *Barcelona Traction*.

Aun cuando el fundamento legal para rechazar la demanda del gobierno belga haya sido una falta de *locus standi* por parte de Bélgica (la Corte estimó que no existía disolución de la sociedad como persona moral y que, por tanto, el ejercicio de la protección diplomática no correspondía más que al Estado de la nacionalidad de la sociedad), no parece haber duda de que en la concepción de la Corte la naturaleza jurídica del accionista con respecto a la sociedad, es la de poseer un carácter de tercero y, por lo tanto, sin derecho a reparación cuando el daño lesiona derechos diversos de aquellos que pudiera pretender en su carácter de accionista (derecho de participación a la asamblea general de la sociedad, derecho de ejercicio de voto, etcétera).

## VII. LA NACIONALIDAD Y LA INTERPOSICIÓN DIPLOMÁTICA EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

El principio base del ejercicio de la protección diplomática, es el de que un Estado soberano no puede ejercer dicha protección frente a otro Estado, más que con respecto de aquellas personas que poseen efectivamente su nacionalidad.

Ahora bien, en principio, la persona supuestamente lesionada en sus derechos no puede poseer a la vez la nacionalidad del Estado reclamante, y la nacionalidad del Estado autor del daño, como se desprendía de la concepción del caso *Rafael Canevaro* entre Italia y Perú, fallado por la Corte Permanente de Arbitraje en el año de 1912. Sin embargo a partir del famoso caso *Notteböhlm* (CIJ 1955), numerosos laudos arbitrales han hecho prevalecer el criterio de la “nacionalidad efectiva”, y de esta suerte se ha permitido al Estado reclamante, el poder invocar esta jurisprudencia para proteger a su nacional contra el Estado de nacionalidad “secundaria”.

Así, en el caso *Florence-Mergé* fallado el 10 de junio de 1955, la Comisión de Conciliación Italo-Americanica asentó lo siguiente: “El principio basado sobre la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en casos de doble nacionalidad, debe ceder frente al principio de nacionalidad efectiva, cada vez que ésta última nacionalidad sea aquella del Estado reclamante. Sin embargo, no deberá hacerse dicha

excepción, cuando dicha preeminencia no haya podido ser probada jurídicamente”.<sup>34</sup>

En cuanto al problema del “cambio” de nacionalidad y del “momento” en que debe poseerse para proceder a un endoso de la reclamación por parte del Estado que ejerza la protección diplomática, aquí también puede apreciarse un cambio substancial en la jurisprudencia internacional.

En un principio se adoptó una regla muy estricta consistente en la llamada “continuidad de la nacionalidad”. Lo que implicaba que la nacionalidad de la persona víctima del daño, debería poseerla desde el comienzo, hasta la terminación del conflicto, esto es, la víctima debía tener y conservar la nacionalidad del Estado reclamante desde el inicio del hecho generador, hasta la fecha de la decisión dictadas por los tribunales.

Sin embargo, más adelante, esta jurisprudencia se fue flexibilizando, de tal modo que pudo admitir, que la posesión de la nacionalidad al momento de la firma del compromiso, o del acuerdo relativo a las modalidades de la reparación era suficiente para el procedimiento del endoso, lo cual equivalía a abandonar la idea de la continuidad estricta de la nacionalidad.

Este cambio en la jurisprudencia internacional se vino produciendo a raíz de un interesante caso, conocido como el “caso de las viudas del *Lusitania*”, fallado por la Comisión Mixta Germano-Americana, de fecha 1o. de noviembre de 1923.

El *Lusitania*, buque británico, hundido por la marina alemana, traía a bordo un gran número de ciudadanos estadounidenses. Tiempo después, varias de las viudas de los ciudadanos estadounidenses que se encontraban en el *Lusitania*, llegaron a adquirir una nacionalidad distinta a la estadounidense.

La Comisión en cuestión se apartó de la solución tradicional (“continuidad de la nacionalidad”), y aceptó la protección diplomática para todas aquellas viudas que ostentaban la nacionalidad estadounidense al momento de la firma del Tratado entre Estados Unidos y Alemania por el que se establecía el procedimiento de arbitraje.<sup>35</sup>

34 *Recueil des Sentences Arbitrales*, t. XIV, p. 239. Ver Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1973, pp. 400-479; *Treatment of Aliens*.

35 *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. VII, pp. 32 en adelante. Ver Green, L. C., *International Law Through the Cases*, 3a. ed., Londres/Estados Unidos, Oceana Publications, 1970, pp. 248-331 y 666-685.

¿En qué fecha, en qué momento exacto, debe existir la nacionalidad del particular lesionado para que la reclamación presentada por su cuenta, pueda ser internacionalmente considerada como admisible por el órgano encargado de conocer de la demanda interpuesta?

Un punto en donde parece existir unanimidad de opinión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es el referente al hecho de que la demanda debe ser nacional en su origen (*a claim must be national in origin*).

Este principio implica que el demandante debe poseer efectivamente la nacionalidad del Estado reclamante en la fecha o momento, en que se haya producido el hecho ilícito.

Otro punto más controvertido es el de saber, ¿hasta qué fecha debe persistir la nacionalidad del reclamante?

Aquí, es bastante difícil, como sostiene la gran autoridad del profesor Charles Rousseau, desprender una regla uniforme del examen de la práctica internacional, ya que la mayor parte de las comisiones mixtas de reclamaciones, o de los tribunales arbitrales que se han dedicado al examen de este punto, lo han hecho sobre la base y fundamento de los textos particulares que los habían instituido, y por lo tanto en función de ellos.<sup>36</sup>

Así, el profesor Charles Rousseau cree poder desprender de la práctica internacional, tres sistemas u orientaciones principales acerca del problema de la “continuidad de la nacionalidad”:

- a) Una primera orientación que consistiría en la posesión ininterrumpida de la nacionalidad desde el hecho ilícito, hasta el momento de la decisión final.

Así, en el arbitraje pronunciado por el profesor Max Hüber, referente al caso de las reclamaciones británicas por daños sufridos en la zona española de Marruecos se sostuvo: “*C'est un principe bien établi de la jurisprudence international qu'une réclamation doit être nationale du point de vue de l'Etat demandeur dès l'origine jusqu'à sa présentation comme réclamation de droit international [...] Il en résulte que le caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement ou tout au moins jusqu'à la clôture des débats*”.<sup>37</sup>

36 Ver Rousseau, Charles, *Droit International Public: “Les rapports conflictives”*, París, Sirey, 1983, t. V, p. 119, párrafo 113.

37 Ver *Affaire Benchitou* del 10. de mayo de 1925. *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. II, núm. 706, en *Cases and Materials on International Law* (Harris), *op. cit.*, pp. 375-381.

- b) Un segundo sistema se orienta a una visión más liberal, siendo suficiente al reclamante poseer la nacionalidad requerida en la fecha de la entrada en vigor del compromiso, o del tratado de reclamaciones, que crea el órgano internacional llamado a pronunciarse sobre la materia.

De acuerdo con Charles Rousseau, la aplicación más célebre de esta concepción fue hecha por la Comisión Mixta de Reclamaciones Germano-Americana, instituida por el acuerdo del 10 de agosto de 1922, en su Decisión Administrativa, número V, dictada el 31 de octubre de 1924, por el árbitro Parker.

Esta Decisión señala que la falta de uniformidad en lo que se refiere a la duración de una nacionalidad ininterrumpida exigida por las necesidades jurisdiccionales, resulta del hecho de que el arreglo de cada caso estaba en función de los términos de la Convención particular de la que dependía ella misma. En consecuencia, es suficiente que los reclamantes posean la nacionalidad estadounidense en la fecha en que se produjo el daño, y en la fecha de entrada en vigor del tratado en cuestión.<sup>38</sup>

- c) Tercer sistema. Como frecuentemente sucede, frente a dos corrientes extremas, se perfila una tercera, que viene a ser una vía intermedia entre las mismas. Esta concepción intermedia consiste, básicamente, en sostener que la nacionalidad del reclamante debe al menos persistir hasta el momento del endoso de la reclamación, es decir, hasta el momento de la presentación de la demanda por el Estado interesado frente al órgano internacionalmente competente para conocer del mismo.

Independientemente de encontrar esta tercera orientación intermedia, en algunas decisiones de tribunales arbitrales mixtos, esta posición la encontramos en forma clara en la Comisión Mixta de Reclamaciones Anglo-Mexicana, en el caso *W. H. Gleadell* del 19 de noviembre de 1929, y en el caso *Minnie Stevens Eschauzier*, del 4 de junio de 1931. De esta suerte se simplifica el trabajo de las Comisiones, al no tener que tomar en cuenta los cambios inter-

38 Ver Rousseau, Charles, *op. cit.*, t. V, p. 120. Este sistema según el cual, basta y sobra que se posea la nacionalidad, el día de entrada en vigor del compromiso arbitral, fue sustentada por varias comisiones mixtas, además de encontrarse en diversos laudos dictados por los Tribunales Arbitrales Mixtos, instituidos por los Tratados de Paz de 1919, *ibidem*.

venidos durante el periodo comprendido entre la presentación de la reclamación, y la fecha de la decisión.<sup>39</sup>

### VIII. EXTRATERRITORIALIDAD: SU CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN

Una norma es extraterritorial si, al momento en que se instrumenta, pretende incidir en el comportamiento de personas, la determinación de situaciones, o tomar en consideración hechos exteriores al territorio del Estado.

Es un principio de derecho consuetudinario, el que las leyes nacionales no deben producir un efecto extraterritorial, es decir, que su validez tiene como límite el territorio sobre el cual el Estado ejerce su propia jurisdicción, esto es, la plenitud de sus competencias.

La exclusividad de la competencia territorial del Estado como principio consuetudinario, no tiene discusión. En el célebre caso *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional se expresó de la manera siguiente: “La limitación primordial que impone el derecho internacional es aquella de excluir —salvo la existencia de una regla permisiva contraria— todo ejercicio de su poder sobre el territorio de un tercer Estado”.<sup>40</sup>

Lo anterior quiere decir, que por el hecho de que el Estado es soberano sobre su territorio, y que esta soberanía es exclusiva, ello impide a un Estado tercero el poder ejercer el más mínimo acto de autoridad sobre el territorio del primer Estado.

Evidentemente, pueden, y de hecho surgen, situaciones complejas en donde se está en presencia de una oposición, de un conflicto entre la competencia territorial y la competencia personal o de protección. Es indiscutible

39 Ver Rousseau, Charles, *op. cit.*, t. V, pp. 120 y 121. En dos famosas sesiones del *Institut de Droit International*, en Cambridge (1931) y en Oslo (1932), el relator, profesor estadounidense Borchard, concluía con la tesis de la continuidad de la nacionalidad, desde el día del daño mismo, hasta la presentación de la demanda internacional. Sin embargo, esta posición fue seriamente criticada, ahí mismo, por juristas tales como Antoine de La Pradelle, Georges Scelle, Henri Rolin, M. Bourquin, el profesor Politis, etcétera. Pero, con todo y todo, el punto de vista del profesor Borchard obtuvo 27 votos a favor, contra 29 y 6 abstenciones, *ibidem*. En los casos conocidos por el Tribunal de Reclamaciones entre la República de Irán y Estados Unidos, el Tribunal siempre sostuvo que frente a la hipótesis de una doble nacionalidad, lo que tendría que determinarse siempre, cuál de las dos era la *dominant and effective*, y ésta tendría que prevalecer. Ver *IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL*, A9, Case núm. 968. Chamber two, Award núm. 565-968-2 de 7/VII/1995, b) Case núm. 193 Chamber Three, Award núm. 68/193-3, 23/VI/198.

40 CPJI, serie A, núm. 10, p. 18; Judgment, núm. 2, “The Lotus”, en Hudson, O. Manley, *The World Court 1921-1934*, 4a. ed., Boston, World Peace Foundation, 1934, pp. 44 y 45.

ble que, en principio, para reglamentar las personas o la situaciones dentro de su territorio, el Estado no tiene necesidad de invocar su competencia personal: todos los individuos, todos los objetos que se encuentran en el territorio de un Estado están sometidos a su competencia, en razón simplemente de su colocación, de su ubicación territorial.

Sin embargo, cuando el extranjero reside en el territorio de un Estado, persona física o moral, se encuentra sin duda sometido a la jurisdicción de dicho Estado, pero pueden generarse conflictos de grave naturaleza entre dos Estados, cuando uno de ellos pretende ejercer su competencia territorial, y el otro su competencia personal.

Sin duda, y por regla general, en estos casos se puede defender jurídicamente la primacía de la competencia territorial sobre los otros títulos de competencia, y ello en virtud de la fundamental y medular importancia que constituye el factor territorio, como elemento constitutivo del Estado soberano.<sup>41</sup>

Para nadie resulta desconocido que los Estados Unidos, más que cualquiera otro país, tienen de tiempo atrás una arraigada tradición de pretender dar un efecto extraterritorial, y a veces exorbitante, a algunas de sus propias leyes nacionales.

Esto se puede ver más claramente respecto a las famosas “leyes anti-monopolio” (*antitrust*). Tal parece que desde mediados de la década de los 70, los tribunales de apelación estadounidenses han decidido regresar al criterio consagrado en la célebre decisión *Alcoa (US vs. Aluminium Company of America, 148 F2d. 416-2 Circuito 1945)*, y según el cual “todo Estado posee el derecho de imponer determinadas obligaciones, incluso a personas con las cuales no tiene vinculación nacional, por actos realizados en el extranjero, por poco que éstos conlleven sobre su territorio consecuencias, que sean de su incumbencia”.

Así, en varias decisiones, los tribunales estadounidenses han determinado tomar igualmente en consideración los intereses legítimos de los ter-

41 Ver Carreau, Dominique, *Droit International*, París, A. Pédone, 1986, pp. 327-335. El caso del antiguo régimen de “capitulaciones” del siglo XIX, en donde potencias occidentales imponían a sus propios nacionales, residentes en países tales como China, Turquía, Egipto, etcétera, su propio derecho aplicado por tribunales especiales, y no el del Estado de su residencia, era un ejemplo claro en donde la “competencia personal” adquiría la primacía sobre la “competencia territorial”. De nuestros días, este tipo de excepciones, puede encontrarse, pero por voluntad del Estado y en forma recíproca, en las inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos y consulares. Aquí está convenido que en razón de sus funciones representan a un Estado tercero, y en esta medida la “competencia personal”, priva sobre la “competencia territorial”, *ibidem*.

ceros países, y ya no únicamente de Estados Unidos, y de reconocer la competencia del Estado que posea los más fuertes intereses en el asunto en cuestión.

Pero no se puede dejar de advertir que el juego de este nuevo criterio de “comparación equilibrada de intereses nacionales en presencia”, no ha sido mínimamente favorable al reconocimiento de las competencias de los Estados extranjeros, pues los tribunales estadounidenses han fallado, casi sistemáticamente, en favor de la plena validez de su propia y única jurisdicción (Ej. In.) *Re Uranium Antitrust Litig* 617. E. 2d. 1248. (7th. Cir. 1980).<sup>42</sup>

## IX. TEORÍA DEL *ACT OF STATE* EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

La teoría del *Act of State*, puede visualizarse como una construcción puramente pretoriana de los tribunales estadounidenses, formalizada a fines del siglo XIX, y mantenida contra viento y marea, hasta el año de 1964, año en el cual la Suprema Corte dictó su famosa decisión del caso *Sabbatino*.

La Suprema Corte de Estados Unidos, daba su formulación clásica de la concepción del *Act of State* en su sentencia de 1897 en el caso *Underhill vs. Hernandez*, en donde quedó asentado que los tribunales de Estados Unidos debían rechazar, el apreciar la validez de los actos adoptados sobre su propio territorio por gobiernos extranjeros. Esto es, la ley extran-

<sup>42</sup> Ver Wallace, Don Jr., “Extraterritorial Jurisdiction”, *Law and Policy in International Business*, vol. 15, núm. 4, 1985, pp. 1099-1107; Shenfield H., John, “Extraterritoriality in Antitrust”, *Law and Policy in International Business*, pp. 1109-1155; Borns, B. Gary, “A reappraisal of the Extraterritorial Reach of US Law”, *Law and Policy in International Business*, vol. 24, núm. 1, 1992, pp. 1-101, y Robinson, David, “Conflicts of Jurisdiction and the Draft Restatement”, *Conference on Extraterritoriality*, disertación presentada en el simposio de junio 7 de 1983. Es interesante señalar que en los artículos arriba citados se encuentra un denominador común: todos sus autores están convencidos que Estados Unidos no viola el derecho internacional en la aplicación de sus leyes extraterritoriales. Así, por ejemplo, el profesor Don Wallace, Jr., de Georgetown University, sostiene: “*The absence of substantive international law provides an indication. Just as there is a lack of consensus to develop substantive international law, so there is probably a lack of consensus to define the proper outer reach of national law, that is, rules of jurisdiction. International law notions of jurisdiction are really rationalizations of national power over foreign persons and foreign transactions*”, *op. cit.*, p. 1100. En tanto que el abogado Gary B. Born, de la firma Wilmer, Cutler and Pickering, concluye al final de su estudio con la aseveración siguiente: “*The territorial presumption is illegitimate because it no longer provides an accurate indicator of what Congress and the President intend; it is not required by (and is sometimes at odds with) public international law; it frustrates vital US. regulatory policies; and it is a poor means of preventing conflicts between US. and foreign laws*”, *op. cit.*, p. 100.

jera beneficia de una presunción inquebrantable de validez, poseyendo un régimen privilegiado respecto a la ley nacional sobre la cual el juez estadounidense está obligado a examinar su conformidad o disconformidad, *vis-à-vis* la Constitución Federal.<sup>43</sup>

La sentencia dictada en el caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, el 23 de mayo de 1964 (376 US. 398), por la Suprema Corte de Estados Unidos, iba a constituir un caso de gran notoriedad, pero también de gran polémica en lo que a la doctrina del *Act of State*, se refiere. Por primera vez en este siglo, la Suprema Corte se vería claramente confrontada con el eventual examen de la validez de un acto de un Estado extranjero *vis-à-vis* el derecho internacional, en donde el demandado sostenía la violación del orden jurídico internacional. El Congreso de Estados Unidos intervendría poco después para modificar radicalmente la teoría tradicional.

En julio de 1960, se promulgó la ley número 851 del gobierno de Cuba, por la cual se autorizaba mediante resoluciones, la nacionalización, por vía de expropiación, de bienes y empresas propiedad de personas físicas o jurídicas nacionales de Estados Unidos.

En este contexto, un agente financiero del gobierno cubano introdujo una demanda en contra de un corredor de mercancías de Nueva York exigiendo la devolución de ciertos productos de la venta de azúcar pertenecientes a Cuba.

El auto de la Corte Suprema del Estado de Nueva York disponía que el dinero entregado al depositario judicial, Peter I. G. Sabbatino, debería a su vez ser depositado en un banco neoyorquino, hasta en tanto no se determinase por la propia Corte, su destinatario final.

Esto dio como resultado, la acción establecida por el Banco Nacional de Cuba, por conversión ilícita del producto de la negociación de los documentos que le fueron entregados, y contra el depositario judicial para que pusiese a la disposición del Banco Nacional de Cuba los fondos obtenidos por la negociación de los documentos realizada por los correderos.

Todo el grupo de acciones reclamatorias fueron consolidadas bajo un sólo rubro y remitidas a la consideración de la Corte de Distrito Sur de Nueva York, la cual dictó sentencia en sentido desfavorable para el gobierno cubano, al igual que lo hizo la Corte de Apelación el 6 de junio de 1962, reproduciendo los argumentos de la Corte de Distrito.

43 Ver Harris, D. J., *Cases and Materials on International Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1977, p. 155.

Así las cosas, el Banco Nacional de Cuba sustanció recurso de apelación ante la Suprema Corte de Estados Unidos (29 de agosto de 1963), alegando que los decretos cubanos de nacionalización no eran “retaliatorios”, sino de propósito público, y consistentes con la nueva estructura de gobierno, y que en forma alguna podrían considerarse como discriminatorios contra los extranjeros.

En su sentencia del 23 de marzo de 1964, luego de disponer sobre dos cuestiones de excepción, la Suprema Corte de Estados Unidos, sostuvo que los tribunales norteamericanos no tenían capacidad jurídica para tratar de realizar el análisis de la validez de la nacionalización por Cuba de ingenios azucareros propiedad de nacionales americanos. Debía así mantenerse la doctrina del Acto de Poder Soberano, a pesar de lo gravoso que pudiera llegar a ser: “*Since the act of state doctrine reflects the desirability of presuming the relevant transaction valid, the same result follows: the forum may not apply its local law regarding expropriations. Since the act of state doctrine proscribes a challenge to the validity of the Cuban expropriation decree in this case, any counterclaim based on asserted invalidity must fail*”.<sup>44</sup>

Esta posición de la Suprema Corte, traería como consecuencia inmediata, el que el Congreso de Estados Unidos aprobara introducir modificaciones a la *Foreign Assistance Act* de 1964, contenido la conocida Enmienda Hickenlooper, cuya finalidad era revertir, al menos parcialmente, la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de *Act of State*.

No obstante cualquier otra disposición de Ley, ningún tribunal de Estados Unidos declinará, basándose en la *Federal Act of State Doctrine*, dictar una decisión que se fundamente en los méritos del caso en que se hagan efectivos los principios del derecho internacional en el supuesto de que una reclamación de titularidad o de otro derecho, se arguya por cualquier parte, incluso un Estado-soberano extranjero que esté basado, o tenga su origen, en una confiscación u otra incautación después del 10. de enero de 1959, por una ley de dicho Estado, en violación de los principios de derecho internacional, incluso los principios de compensación. [22 U. S. C p. 2370 (2)].

Así, a partir de la Enmienda *Hickenlooper* (o Enmienda Sabbatino), los tribunales estadounidenses deben controlar la “licitud internacional”

44 Ver “Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino: Supreme Court of the United States (1964), U. S. 398”, Green, L. C., *International Law Through the Cases*, 3a. ed., Londres, Stevens and Sons Limited, 1970, pp. 319-325.

del acto del Estado extranjero cuando así les sea demandado, y salvo oposición formal del titular del Poder Ejecutivo (motivos de “alta política”). La ley extranjera no beneficia de una presunción de validez irrefutable; antes, al contrario, el principio general es, desde entonces, el “control internacional” de los actos de los Estados extranjeros por el juez estadounidense.<sup>45</sup>

Ahora bien, lo que importa saber es si la llamada “Doctrina del Acto de Estado” constituye una regla de derecho internacional público, o solamente se circumscribe al derecho estadounidense.

En este punto preciso existen opiniones diversas y, a nuestro entender, es el jurista británico, Michael Akehurst, quien mejor ha puesto en claro el problema, ya que probablemente el desacuerdo se debe al hecho de que no se advierte, dice M. Akehurst, que la doctrina del Acto de Estado cubre en realidad dos tipos de situaciones muy diversas.

La primera situación se genera cuando un individuo es demandado o procesado ante los tribunales de un Estado por actos que lleva a cabo como empleado o agente de otro Estado. En esta situación, la doctrina del “Acto de Estado” es una especie de corolario del principio de la inmunidad del Estado extranjero, y constituye, en tanto que tal, una bien establecida regla de derecho internacional.<sup>46</sup>

La segunda situación, continúa diciendo el profesor M. Akerhurst, se genera cuando un Estado realiza la expropiación de bienes situados en su territorio y vende éstos a una persona particular, la cual resulta a su vez, demandada por el propietario original ante los tribunales de otro Estado. Aquí van a intervenir consideraciones de muy diversa índole; el comprador no estaba obligado a comparar los bienes en cuestión, a diferencia de lo que sucede con el empleado o agente del Estado, quien tiene la obligación de cumplir las instrucciones de este último.

45 Para todo esto, ver el excelente estudio del profesor Prosper Weil; “Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Etats étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, París, Centre National de la Recherche Scientifique, 1977, p. 9; ver también el ensayo crítico de Angulo, R. Manuel y K. Adrien Wing, “Proposed Amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 and the Act of State Doctrine”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 14, núm. 2 y 3, invierno-primavera, 1986, pp. 299-316; Noyes, Leech E., Cövey T. Oliver y Joseph Modeste Sweeney, “The act of state doctrine”, *Cases and Materials on The International Legal System*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1973, pp. 392-458, Sections A., Band C.

46 Ver Akehurst, Michael Barton, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Gran Bretaña, Harper Collins Academic, 1987, pp. 51 y 52; Akerhurst, Michael Barton, “Jurisdiction in International Law”, *British Year Book of International Law*, Gran Bretaña, vol. 46, 1972-3, en particular pp. 240-257.

La mayoría de los casos que aplican la doctrina del “Acto de Estado” en este sentido, y en situaciones de este tipo preciso, los encontramos en Estados Unidos. La sentencia estadounidense fundamental a este respecto (*the leading U. S. case*), la del *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino* (1964), considera a la doctrina del Acto de Estado, no como una regla de derecho internacional público (*not as a rule of public international law*), sino, por el contrario, como una regla de derecho constitucional estadounidense, derivada del principio de separación de poderes. En vista de esta regla, los tribunales no deben entorpecer las actividades del Ejecutivo en la conducción de las relaciones exteriores, sometiendo a revisión y cuestionando los actos de Estados extranjeros.<sup>47</sup>

## X. OPINIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DEL 23 DE AGOSTO DE 1996

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su XXVI periodo de sesiones (3 de junio de 1996), celebrado en Panamá, adoptó una Resolución mediante la que instruía al Comité Jurídico Interamericano para que examinara, concluyera y presentara su opinión al Consejo Permanente, sobre la validez conforme a derecho internacional de la legislación Helms-Burton, considerando que los artículos 10 y 34 de la Carta señalan que todo Estado americano tiene el deber de respetar los derechos de que disfrutan los demás Estados de acuerdo con el derecho internacional, y haciendo patente su preocupación por la promulgación y aplicación, por parte de los Estados miembros, de leyes y disposiciones reglamentarias cuyos efectos extraterritoriales afectan la soberanía de otros Estados, los intereses legítimos de entidades y las personas bajo su jurisdicción, así como la libertad de comercio e inversión.<sup>48</sup>

La Opinión del Comité Jurídico Interamericano, en cumplimiento de la Resolución de la Asamblea General (AG/DOC.3375/96), fue adoptada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 23 de agosto de 1996, en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil.

El Comité emitió su Opinión con arreglo a las competencias que le son asignadas en los artículos 104 y 105 de la Carta de la OEA, precisan-

<sup>47</sup> Ver Akehurst, Michael Barton, *A Modern Introduction...*, cit., y “Jurisdiction in international law”, *op. cit.*

<sup>48</sup> Ver Resolución aprobada en la cuarta sesión plenaria: “Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio”, OEA/Ser. P. AG/ doc. 3375/96, 14 de junio, 1996 (Anexo A).

do que no intentaba interpretar o pronunciarse sobre la legislación interna de un Estado miembro, y que interpretaba su mandato como referido a la conformidad de la legislación en examen con el derecho internacional público, tal y como se desprende de la enumeración de sus fuentes del artículo 38, párrafo 1o., del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero excluyendo aquellas normas contenidas en instrumentos de carácter subregional o universal, de los que no son miembros parte todos los Estados de la OEA.<sup>49</sup>

El Comité Jurídico Interamericano examinó los dos órdenes principales de asuntos jurídicos suscitados por la legislación Helms-Burton:

- a) La protección de los derechos de propiedad de nacionales y
- b) Los efectos extraterritoriales de la jurisdicción.

No cabe duda que la Opinión emitida por el Comité es una de las más importantes y más lúcidas que se han dictado desde un punto de vista estrictamente jurídico e independientemente de su obvia incidencia política; es por ello que lo mejor es reproducirla textualmente a continuación (toda glosa es innecesaria):

#### A. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE NACIONALES

- 1) El Comité consideró que la promulgación de la legislación, en algunos casos, y de su eventual aplicación, en otros, pueden conllevar los siguientes efectos jurídicos:
  - a) Transformar la arrogación<sup>50</sup> de una reclamación de Estado a Estado, según el derecho internacional, en una demanda ante la jurisdicción interna entablada por un nacional contra nacionales de terceros países.
  - b) Otorgar el derecho de presentar tales demandas a personas que no eran sus nacionales en el momento en que ocurrió el presunto daño.

49 Ver “Opinión del Comité Jurídico Interamericano en cumplimiento de la Resolución AG/DOC. 3375/96, de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, titulada ‘Libertad de Comercio e Inversión en el Hemisferio’”, CJI/SO/II/doc. 67/96, rev. 5, 23 de agosto, 1996. Los miembros del Comité que por unanimidad aprobaron esta Opinión fueron: E. Vío Grossi, M. A. Espesche Gil, O. Sanjur G., João G. Rodas, A. Zelada Castedo, Keith Highet, M. Gutiérrez Castro, J. T. Fried, L. Herrera Marcano y el eminente jurista mexicano, profesor José Luis Siqueiros, quien, huella decirlo, tuvo un peso y participación preponderante en el trabajo, análisis y redacción de la Opinión del Comité.

50 La expresión “arrogación” se emplea como equivalente de “interposición diplomática”, que también se usa cuando el Estado hace suya la reclamación de su nacional.

- c) Atribuir responsabilidad por los actos del Estado extranjero a personas de naturaleza privada que pueden ser nacionales de terceros países.
  - d) Autorizar que el monto de la compensación se fije de tal forma que puede incrementarse en un valor triple al de los daños causados por el acto de expropiación.
  - e) Responsabilizar al particular demandado por la totalidad del valor del bien expropiado sin tomar en cuenta el valor del “beneficio” que el particular haya derivado de su uso o del pretendido “daño” que su uso haya causado al presunto propietario originario.
  - f) Permitir que reclamaciones que deben dirigirse contra un Estado extranjero se puedan hacer efectivas a través de procesos contra nacionales de terceros países, sin conferirles los medios efectivos para refutar o contradecir las alegaciones contra ellos o contra el Estado extranjero, respecto del fundamento o el monto de dichas reclamaciones, incluyendo aquellas fundadas en certificaciones con fuerza probatoria irrebatible emitidas por una comisión interna de carácter administrativo.
  - g) Confundir una reclamación por daños o restitución, derivada de una nacionalización, con una acción real para reivindicar una “propiedad ilícitamente confiscada”, adicionándola con una acción personal de enriquecimiento indebido por el uso de tal “propiedad ilícitamente confiscada”, por parte de cualquier persona subsecuentemente involucrada en dicho uso, en forma amplia e indeterminada.
  - h) Responsabilizar a los nacionales de terceros países por el uso lícito de la propiedad expropiada en el territorio del Estado expropiante, o por el uso lícito de una propiedad que no constituye, en sí, propiedad expropiada.
- 2) El Comité consideró las normas de derecho internacional aplicables respecto de la protección diplomática, la responsabilidad de los Estados y los derechos mínimos de los extranjeros en lo que atañe a la protección de los derechos de propiedad de los nacionales. A juicio del Comité, los siguientes principios y normas sobre la materia son generalmente aceptadas por los Estados miembros:
- a) El Estado que expropie, nacionalice o tome medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización de una propiedad perteneciente a nacionales extranjeros, debe respetar las siguientes reglas: que sea para un fin público, en forma no discriminatoria, mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, otorgando al expropiado recursos administrativos y judiciales efectivos en relación

con la medida y el monto de la compensación. El incumplimiento de esas reglas acarrea la responsabilidad del Estado.

- b) La obligación del Estado en virtud de su responsabilidad por actos de expropiación consiste en restituir el bien expropiado o indemnizar adecuadamente el daño causado, incluyendo los intereses hasta el momento del pago.
  - c) Cuando el nacional de un Estado extranjero no lograre obtener una reparación efectiva conforme al derecho internacional, el Estado del cual es nacional puede arrogarse su reclamación en un proceso de reclamación oficial de Estado a Estado. Es condición para que proceda dicha arrogación que desde el momento de la ocurrencia del daño hasta el momento en que se resuelva la reclamación, el titular de ésta haya sido, sin interrupción, nacional del Estado que asume la reclamación y que no haya tenido la nacionalización del Estado expropiado.
  - d) Las reclamaciones contra un Estado por la expropiación de la propiedad de nacionales extranjeros no se pueden hacer efectivas contra la propiedad de personas de naturaleza privada, salvo cuando dicha propiedad sea, en sí, el bien expropiado, y se encuentre bajo la jurisdicción del Estado reclamante. Los productos cultivados o manufacturados en una propiedad expropiada, o los frutos de la misma, no constituyan, de acuerdo al derecho consuetudinario internacional, bienes expropiados.
  - e) Cualquier utilización, por nacionales de un tercer Estado, de una propiedad expropiada ubicada en el Estado expropiante, cuando dicha utilización fuere conforme a la legislación de ese Estado, así como la utilización, en cualquier parte o lugar, de productos o de propiedad intangibles que no constituyan el mismo bien expropiado no infringen el derecho internacional.
  - f) Los nacionales de Estados extranjeros tienen derecho al debido proceso legal en todos los procedimientos judiciales y administrativos que pudieren afectar su propiedad. El debido proceso incluye la posibilidad de objetar efectivamente, tanto el fundamento como el monto de cualquier demanda o reclamación, en las vías judicial o administrativa.
- 3) A la luz de los principios y normas enunciados en el punto 2 anterior, el Comité considera que la legislación que se analiza no se conforma al derecho internacional, en cada uno de los siguientes aspectos:
- a) Los tribunales nacionales del Estado reclamante no constituyen el foro competente para la resolución de reclamaciones de Estado a Estado.

- b) El Estado no tiene el derecho de arrogarse reclamaciones de personas que no eran sus nacionales en el momento de ocurrir el daño.
- c) El Estado reclamante no tiene el derecho de atribuir responsabilidad a nacionales de terceros Estados por una reclamación que tuviere en contra de otro Estado.
- d) El Estado reclamante no tiene el derecho de atribuir responsabilidad a nacionales de terceros Estados por la utilización de bienes expropiados situados en el territorio del Estado expropiante cuando tal utilización cumpla con las leyes de este último, ni por la utilización en el territorio de terceros Estados, de productos o de bienes intangibles que no constituyen el mismo bien expropiado.
- e) El Estado reclamante no tiene el derecho de estatuir una responsabilidad de terceros no involucrados en una nacionalización, creando en su detrimento motivos de responsabilidad no vinculados a la nacionalización, o no reconocidos por el derecho internacional sobre esta materia, modificando así las bases jurídicas de la responsabilidad.
- f) El Estado reclamante no tiene el derecho de imponer compensación por cualquier monto que exceda el daño efectivo, incluso intereses, que resulte de una presunta acción ilícita del Estado expropiante.
- g) El Estado reclamante no puede privar a un nacional extranjero del derecho de defensa efectiva, de acuerdo al debido proceso legal, en contra del fundamento y el monto de reclamaciones que puedan afectar a dicho extranjero y a su propiedad.
- h) La ejecución efectiva de una reclamación contra los bienes de un nacional de un tercer país, en contravención de los principios y normas del Derecho Internacional, constituirá, en sí misma, una medida con efectos equivalentes a una expropiación y daría lugar a la responsabilidad del Estado reclamante.

#### B. LA EXTRATERRITORIALIDAD Y LOS LÍMITES QUE FIJA EL DERECHO INTERNACIONAL AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

- 4) El Comité entiende que “la legislación” resultaría en el ejercicio de la competencia legislativa o judicial sobre actos realizados en el exterior por extranjeros sobre la base de una figura que denomina “tráfico en propiedades confiscadas”.
- 5) El Comité examinó también las normas aplicables del derecho internacional, respecto al ejercicio de la jurisdicción por parte de los Es-

tados y los límites que aquél fija a dicho ejercicio. En la opinión de este órgano, las referidas normas incluyen:

- a) Todos los Estados están sujetos al derecho internacional en sus relaciones. Ningún Estado puede tomar medidas no conformes al derecho internacional sin incurrir en responsabilidad.
  - b) Todos los Estados tienen la libertad de ejercer jurisdicción, pero dicho ejercicio debe respetar los límites impuestos por el derecho internacional. En la medida en que tal ejercicio no esté conforme con dichos límites, el Estado que lo ejerce incurrirá en responsabilidad.
  - c) Salvo la existencia de una norma de derecho internacional que lo permita, el Estado no podrá ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado. La premisa básica, según el derecho internacional, para establecer las competencias legislativas y jurisdiccionales, radica en el principio de la territorialidad.
  - d) En el ejercicio de su jurisdicción territorial un Estado puede regular un acto cuyos elementos constitutivos hayan ocurrido sólo parcialmente en su territorio, es decir, si tal acto iniciado en el exterior es consumado en su territorio (“territorialidad objetiva”) o, a la inversa, un acto iniciado en su territorio que sea consumado en el exterior (“territorialidad subjetiva”).
  - e) Un Estado podría justificar la aplicación de la ley del territorio, sólo en la medida en que un acto ocurrido fuera de su territorio tenga un efecto directo, sustancial y previsible dentro de su territorio, y que el ejercicio de la competencia sea razonable.
  - f) Un Estado podría ejercer competencia en forma excepcional, sobre una base distinta a la territorialidad, sólo cuando existiere una conexión sustancial u otra significativa entre la materia que se trate y su autoridad soberana, como es el caso del ejercicio de jurisdicción sobre actos realizados en el extranjero por sus nacionales y, en algunos casos específicos, para la protección objetivamente necesaria para la salvaguarda de sus intereses soberanos esenciales.
- 6) El Comité examinó las disposiciones de la legislación que establece el ejercicio de la competencia sobre bases distintas de la territorialidad y al respecto concluye que el ejercicio de competencia sobre actos de “tráfico de propiedad confiscada” no se conforma con las normas que el derecho internacional establece para el ejercicio de la jurisdicción en cada uno de los siguientes aspectos:
    - a) El Estado que legisla no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de “tráfico” en el exterior por parte de extranjeros

a menos que algunas condiciones específicas sean satisfechas y que no aparecen cumplidas en esta situación, y

- b) El Estado que legisla no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de “tráfico” en el exterior por parte de extranjeros en circunstancias en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio y no existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales.

Por lo tanto, un Estado que ejerce su competencia sobre actos de “tráfico” en el exterior por parte de extranjeros en circunstancias en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio, y cuando tampoco existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales, ese ejercicio de competencia no se conforma con el derecho internacional.

Por las razones expuestas, el Comité concluye que los fundamentos y la eventual aplicación de la legislación en esta opinión, en las áreas significativas anteriormente descritas, no guardan conformidad con el derecho internacional.

## XI. LA “LEY ANTÍDOTO” DE MÉXICO

Con fecha 23 de octubre de 1996, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la “Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que contravengan al derecho internacional”, decretada por el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta Ley de Protección al Comercio, conocida comúnmente como la “Ley Antídoto” o “Ley Espejo”, consta de un total de nueve artículos, y su objetivo primordial es el de contrarrestar los efectos de la Ley Helms-Burton.

De acuerdo con el artículo 1o., se prohíbe a las personas físicas o morales, públicas o privadas, que se encuentren en territorio nacional, realizar actos que afecten el comercio o la inversión cuando tales actos sean consecuencia de los efectos extraterritoriales de leyes extranjeras.<sup>51</sup>

Para efectos de esta Ley de Protección al Comercio, se entiende que una ley extranjera tiene efectos extraterritoriales que afectan el comercio

51 La prohibición se aplica igualmente para aquellas personas cuyos actos ocurran o surtan efectos total o parcialmente en dicho territorio, así como a aquéllas que se sometan a las leyes mexicanas. Ver artículo 1o. de la “Ley de Protección al Comercio [...], *Diario Oficial de la Federación*, México, t. DXVII, núm. 17, 23 de octubre de 1996.

o la inversión de México, cuando tenga o pueda llegar a tener cualesquiera de los siguientes objetivos:

- a) Que pretenda imponer un bloqueo económico o incluso limitar la inversión hacia un país para provocar el cambio en su forma de gobierno.
- b) Que permita reclamar pagos a particulares con motivo de expropiaciones realizadas en el país al que se aplique el bloqueo.
- c) Que prevea restringir la entrada al país que expide la ley como uno de los medios para alcanzar los objetivos antes citados (artículo 1o., párrafo 2o.).

Los tribunales nacionales denegarán el reconocimiento y ejecución de sentencias, requerimientos judiciales o laudos arbitrales, emitidos con base en las mencionadas leyes extranjeras (artículo 4o.).

Aquellas personas que hubieren sido condenadas al pago de una indemnización mediante sentencia o laudo emitido con base en las leyes extranjeras aludidas, tendrán derecho a contrademandar, ante tribunales federales, el pago por parte del demandante del juicio incoado en país extranjero, reclamando daños y perjuicios así como la suerte de lo principal (artículo 5o.).

Los tribunales nacionales podrán homologar, las sentencias emitidas en el extranjero que conducen al pago de daños y perjuicios, “a una persona que a su vez hubiere obtenido un beneficio económico derivado de una sentencia o laudo emitidos con base en las leyes extranjeras a que se refiere el artículo 1o.” (artículo 6o.).

Tanto la Secretaría de Relaciones Exteriores, como la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, son las dos dependencias que deberán asesorar a las personas afectadas, y tienen la facultad para emitir criterios generales de interpretación de la Ley de Protección al Comercio (artículos 7o. y 8o.).

Es en la última disposición, esto es, en el artículo 9o. de la Ley, donde se consagran las sanciones que deberán imponerse por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores al infractor de esta ley, sin perjuicio de las responsabilidades de carácter civil, penal, o de otra índole.

De esta suerte, la sanción administrativa que puede imponerse es susceptible de un monto de hasta 100 mil días de salario mínimo; y en caso de reincidencia, se aplicará multa hasta por el doble del límite máximo de la sanción que corresponda.

Es importante señalar que la misma Ley establece que para fijar el monto de la sanción, la Secretaría de Relaciones Exteriores deberá considerar las circunstancias pertinentes del infractor y el grado en que resulten afectados el comercio o la inversión según la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (artículo 9o., 3er. párrafo).<sup>52</sup>

## XII. CANADÁ Y SU REACCIÓN A LA “LEY HELMS-BURTON”

Por su parte, el gobierno de Canadá reaccionó en forma inmediata y sin ambigüedades en contra de la “Ley Helms-Burton”.

Por un lado, el 22 de octubre de 1996, la Cámara de Comercio de Canadá adoptó en primera lectura un proyecto de ley con objeto de permitir a los descendientes del Imperio Unido que hubieren huido del territorio estadounidense después de la Revolución americana de 1776, reivindicar los bienes de los cuales eran propietarios ellos mismos o sus ancestros en Estados Unidos, y que hubiesen sido confiscados sin indemnización (*compensation*), de reclamar dicha indemnización ante los tribunales canadienses y rehusar la entrada a Canadá de todo extranjero que realizara comercio ilegal (*trafficking*) en dichos bienes.<sup>53</sup>

Si la Corte Federal de Canadá estima que la demanda interpuesta se encuentra debidamente fundada, entonces el demandante puede exigir de la Corte lo siguiente:

- a) Puede exigir que se emita un decreto en contra de la persona que se pretende propietaria del bien en cuestión con objeto de restituirlo al demandante;
- b) Puede exigir que le sea otorgado a título de indemnización, el pago de daños e intereses que la Corte establezca al más elevado

52 Es precisamente, en relación con el punto sobre sanciones administrativas, que el profesor Manuel Becerra Ramírez, muestra su extrañeza al facultarse a la Secretaría de Relaciones Exteriores la imposición de sanciones, en vez de que se hubiera dado competencia a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por ser más acorde a sus atribuciones inherentes y experiencia acumulada. Ver Becerra R., Manuel, “Acerca de la ‘Ley espejo mexicana’”, *Novedades*, 4 de octubre de 1996. Por otra parte, el profesor Víctor Carlos García Moreno sostiene, con razón, que hubiera sido deseable que el gobierno mexicano consagrara en la Ley el hecho de que se negarían visas de ingreso a estadounidenses involucrados en la reclamación originada en Estados Unidos, como medida de retorsión conforme al derecho internacional. Ver García Moreno, Víctor Carlos, “Ley Antídoto contra la Helms-Burton”, *Lex*, México, año II, núm. 16, octubre de 1996, pp. 27 y 28.

53 Ver Projet de Loi C-339, Chambre des Communes du Canada, Ley Godfrey-Milliken, Deuxième session, trente-cinquième législature, 45 Elizabeth II, Ottawa, *Travaux publics et Services gouvernementaux*, 1996.

de los montos siguientes: 1) El justo valor en el mercado del bien en el momento en que fue confiscado y los intereses a las tasas prevalecientes desde la fecha en la cual el bien fue confiscado, hasta la fecha del pago por daños e intereses; 2) El justo valor en el mercado del bien en el momento en que el decreto es emitido y los intereses devengados desde la fecha de la sentencia, hasta la fecha del pago por concepto de daños.

Toda persona que continuara disfrutando ilegítimamente del bien en cuestión, después de haber recibido la notificación correspondiente de restitución, estará obligada a pagar el triple del monto por concepto de daños e intereses que hubieren sido fijados por la Corte Federal de Canadá.

Por último, se establece la prohibición absoluta a toda persona que haya sido condenada por la Corte Federal a la restitución del bien confiscado, de penetrar en territorio canadiense, o permanecer en el mismo, hasta en tanto no haya efectuado la restitución debida.<sup>54</sup>

Por otra parte, la Cámara de Comunes de Canadá adoptaría el 9 de octubre de 1996, un Proyecto de Ley (C-54), con objeto de modificar o enmendar la Ley Canadiense sobre las Medidas Extraterritoriales Extranjeras, y establece, entre otras cosas, el principio de que cualquier sentencia dictada en virtud de la Ley de los Estados Unidos, intitulada, *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996*, no serán en modo alguno reconocidos ni ejecutoriados por el orden jurídico canadiense.<sup>55</sup>

El procurador general de Canadá, si estima que el reconocimiento o la ejecución en Canadá de una sentencia dictada por un tribunal extranjero, en relación a un procedimiento emprendido bajo el régimen de una ley *antitrust*, ha generado o es susceptible de generar una afectación a importantes intereses canadienses, en el ámbito del comercio o de los intercambios internacionales, en relación con una actividad ejercida en todo o en parte dentro de Canadá, o de una manera general es susceptible de infringir la soberanía de Canadá, puede declarar según el caso, lo siguiente:

54 Para los propósitos de la Ley, el término “persona” implica: “a) *Where the person is an individual, includes the spouse and dependents of the person;* b) *Where the person is a corporation, means every shareholder, director and senior officer of the corporation;* and c) *Where the person is an agency or department of a government or is a municipality, means the official of that agency, department or municipality*”, artículo 4o., párrafo 3.

55 Ver Project de Loi C-54: Loi modifiant la Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères, Chambre des Communes du Canada, Deuxième session, trente-cinquième législature, artículo 7, párrafo 1o., Ottawa, *Travaux publics et Services gouvernementaux*, 1996.

- a) El fallo —ya sea que se trate o no, de una suma de dinero— no será reconocido ni ejecutado en forma alguna por Canadá;
- b) La suma eventualmente acordada por la sentencia será, para los fines de reconocimiento y ejecución de ésta en Canadá, considerada como restringida al monto fijado por la decisión judicial (artículo 8o.).

En caso de que exista una demanda presentada por alguien, que posea la calidad de ciudadano canadiense, por persona residente en Canadá, por persona moral constituida bajo el régimen de una ley federal estatal (provincial), por persona que ejerza una actividad en Canadá, contra las cuales ha sido dictada una sentencia que pudiera ser objeto de un fallo en virtud del artículo 8o., o de una sentencia fundada en la ley de Estados Unidos intitulada *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996*, el procurador general puede declarar, que dichas personas están autorizadas a recuperar (*recouvrer*), en virtud de esta ley de medidas extraterritoriales, la totalidad o una parte, de las sumas que ha invertido, los gastos que haya efectuado, así como toda pérdida o daño sufrido (artículo 81).<sup>56</sup>

### XIII. CONCLUSIONES

1. Es un principio de derecho consuetudinario internacional el que las leyes nacionales no deben producir un efecto extraterritorial, es decir que su validez tiene como límite el territorio sobre el cual el Estado ejerce su propia jurisdicción, esto es, la plenitud de sus competencias.

2. Un Estado puede emitir cierto tipo de normas, ya sean individuales o generales, en ámbitos específicos, como pueden ser los relacionados con el *status civil* de las personas, con problemas de derecho fiscal, o la reglamentación de leyes antimonopolio, y dotar a estas leyes con efectos extraterritoriales. Sin embargo, dichas leyes no podrán producir sus efectos en territorio de un tercer Estado, a menos que dicho Estado otorgue

56 Este Proyecto de Ley modificando la Ley sobre Medidas Extraterritoriales Extranjeras, se convertiría poco después en derecho positivo, entrando en vigor el 1o. de enero de 1997. Ver *The New York Times*, 2 de enero de 1997.

expresamente su aprobación, o que, por lo menos, no exprese su desaprobación o rechazo.

3. Los principios jurídicos referentes a la “inmunidad soberana” son parte integrante del derecho internacional consuetudinario, en tanto que aquellos principios relativos a la doctrina del “Acto de Estado” deben ser considerados como limitaciones autoimpuestas por los órganos judiciales al ejercicio de la jurisdicción del foro. En este sentido, la teoría del “Act of State” puede considerarse como una construcción fundamentalmente pretoriana de los tribunales estadounidenses; un conjunto de principios de derecho constitucional estadounidense.

4. Para que la demanda de una persona física o moral, pueda ser endosada por un Estado y proceda en la esfera internacional, se requiere necesariamente que el demandante posea efectivamente la nacionalidad del Estado reclamante, desde la fecha en que se cometió el presunto hecho ilícito, hasta el momento —por lo menos— de la presentación de la demanda por el Estado interesado frente al órgano internacionalmente competente para conocer del mismo. Esta condición del vínculo y continuidad de la nacionalidad, no es, en modo alguno, una condición de procedimiento para el ejercicio de la protección diplomática, sino antes al contrario, una condición de fondo, un requisito substancial para el debido ejercicio de la misma.

5. La llamada “Ley Helms-Burton” es violatoria del derecho internacional por ir en contra de los principios base del derecho internacional, esto es de los principios de derecho internacional consuetudinario. Concretamente la legislación Helms-Burton infringe el derecho internacional, al pretender, *inter alia*, que los tribunales nacionales de un Estado reclamante puedan constituir el foro competente para la resolución de reclamaciones de Estado a Estado, y al pretender que un Estado pueda endosar la reclamación de una persona que no poseía su nacionalidad en el momento de ocurrir el hecho ilícito. Igualmente, es violatoria, al pretender que el Estado reclamante tenga derecho a imputar una responsabilidad a nacionales de terceros Estados por la utilización de bienes expropiados, o pretender privar a un nacional extranjero del derecho de defensa, de acuerdo con el debido proceso legal.

Por estas razones, el Comité Jurídico Interamericano sostuvo que todo Estado está sujeto, en sus relaciones recíprocas, al derecho interna-

cional, no pudiendo adoptar medidas no conformes con este orden jurídico sin incurrir en responsabilidad, como sería precisamente el caso al no respetar los límites impuestos por el derecho internacional para ejercer su propia jurisdicción.<sup>57</sup>

57 Ver Stern, Brigitte, “Vers la Mondialisation Juridique? Les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, *RGDIP*, París, Pédone, 1996, pp. 979-1003.

La profesora Brigitte Stern, se pregunta si el próximo siglo será un triste testigo del surgimiento de una “pseudo-legalidad internacional” dominada por los Estados Unidos, o por el contrario, será el testigo de una “profundización” de una comunidad internacional fundamentada en la igualdad soberana de todos los Estados. *Op. cit.*, p. 1003.