

NUEVAS REALIDADES Y TEORIAS SOBRE LA EFECTIVIDAD EN DERECHO INTERNACIONAL

Adolfo MIAJA DE LA MUELA

SUMARIO: I.—*Propósito de este trabajo*. 1. Factores que daban actualidad a la cuestión de la efectividad hacia 1957. 2. Resultados de un estudio sobre la efectividad en 1957. 3. El camino a seguir. II.—*La efectividad en la jurisprudencia internacional posterior a 1957*. 1. La sentencia arbitral de 20 de septiembre de 1958 (caso Flegenheimer). 2. Desconocimiento del requisito de efectividad en la nacionalidad de los buques en el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de junio de 1960. 3. El principio de efectividad y la pretendida protección a los accionistas en el asunto «Barcelona Traction». 4. Un caso de tensión entre la efectividad de una situación y su contrariedad con el Derecho internacional: el dictamen sobre Namibia. 5. Otra inefectividad inoponible: la de la zona exclusiva de pesca islandesa en las sentencias de 25 de julio de 1974. 6. Deducciones de la doctrina jurisprudencial analizada. III.—*Las construcciones teóricas sobre la efectividad*. 1. Metodología jurídicointernacional y aproximación a la realidad. 2. La efectividad como principio informador del Derecho internacional. 3. Efectividades estructurales y en acción. 4. La efectividad como límite del relativismo del Derecho internacional. 5. Efectividad y dialéctica. IV.—*La efectividad en la producción de las reglas jurídicas internacionales*. 1. Las diferentes capas del Derecho internacional. 2. El papel de la efectividad en la formación de las reglas internacionales. 3. El límite a los efectos de la efectividad.

I. PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO.

1. *Factores que daban actualidad a la cuestión de la efectividad hacia 1957.*

El autor de estas páginas —que no puede por menos de pedir perdón por comenzar hablando de sí mismo— expuso en los cursos estivales de Vitoria de 1957 un ciclo de cinco lecciones, acerca del tema sobre el que ahora vuelve, dadas a conocer en una pu-

blicación inmediatamente aparecida¹. Es el caso que, sin otro mérito por parte del que escribe que el de haber valorado el interés y actualidad de un tema que estaba en el ambiente, se anticipó un tanto a otros juristas, alguno tan egregio como el llorado profesor Charles de Visscher, que poco después escribirían ampliamente sobre la efectividad en Derecho internacional.

Es claro que en los libros y artículos dedicados a este tema en los veinte últimos años tuvo mucho que aprender el autor de este trabajo y no menos de la efectividad de sí misma, es decir, de la vida internacional en todos sus aspectos, en la que tan perceptible es el fenómeno que mi Maestro, el profesor Barcia Trelles, gusta llamar de «la celeridad de las desactualizaciones».

Poco a poco habían de aparecer teorías y realidades nuevas suficientes para permitir la redacción de una segunda edición corregida y aumentada de aquel ensayo, que así pudiera ser convertido en un extenso libro. Sin un propósito tan ambicioso, es posible la selección de algunos aspectos en los que la efectividad se manifiesta en la vida internacional y su regulación jurídica, para una reconsideración de los datos y de las ideas, ajenas y propias, objeto de la exposición hecha hace veinte años.

Seguramente, de mayor interés que recoger las conclusiones de entonces es recordar los motivos por los que, a los pocos años de terminada la segunda guerra mundial, se «puso de moda» entre los internacionalistas hablar de la regla o principio de efectividad.

Con antecedentes en la conocida frase de Jellinek del «poder normativo de lo fáctico», fue la doctrina italiana entre las dos guerras mundiales la que señaló la tendencia de las situaciones de hecho consolidadas por su efectividad a transformarse en situaciones jurídicas. Utilizada la idea en cuanto justificación para la anómala situación del régimen fascista que había conservado de la vieja Constitución albertina dos piezas, la Corona y el Senado, insertándolas en un sistema dictatorial, era fácil su trasposición al ámbito internacional, en el que la fuerza se había convertido en muchas ocasiones en la *ultima ratio*.

Por otra parte, la efectividad era susceptible de servir de criterio decisorio, tanto a falta de títulos jurídicos como en las pretensiones contrarias basadas en títulos equivalentes. Incluso la efectividad era susceptible de convertirse en un requisito de validez, a veces el fundamental, para la adquisición de ciertos derechos subjetivos en el orden internacional.

1. MIAJA DE LA MUELA, A.: *El principio de efectividad en Derecho internacional*. Cuadernos de la Cátedra Dr. James Brown Scott. Valladolid, 1958.

El terreno de elección para el despliegue de estos efectos era el de la adquisición de soberanía por ocupación de territorios calificados de *nullius*. Los artículos 34 y 35 del Acta de Berlín de 26 de febrero de 1885 señalaron como requisitos indispensables para el establecimiento de nuevas colonias en las regiones de África a las que afectaba lo regulado en aquel documento la efectividad de la ocupación y la notificación por el Estado ocupante a los demás. El Convenio de Saint Germain de 10 de septiembre de 1919, no sólo extiende a otros territorios africanos la obligatoriedad de la ocupación efectiva, sino que la regula en cuanto «obligación de mantener en las regiones sometidas a su autoridad la existencia de un poder y de los medios de policía suficientes para asegurar la protección de las personas y de los bienes y, en su caso, la libertad de comercio y de tránsito».

Es bien conocido que el alcance de la efectividad en este aspecto ha sido precisado en varias sentencias internacionales, desde la arbitral de Max Huber de 4 de abril de 1928 en la diferencia entre Holanda y los Estados Unidos por la soberanía de la isla de Palmas hasta la del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 5 de abril de 1933 en la diferencia sobre Groenlandia Oriental entre Noruega y Dinamarca.

En ámbitos diferentes del de la ocupación de territorios la efectividad de una situación ha desempeñado un papel fundamental para la calificación de aquella situación como válida o inválida, lícita o ilícita, pero de manera muy especial en aquellos casos en que los tribunales internacionales han preferido abstenerse de hacer un pronunciamiento en cualquiera de los sentidos indicados, para limitarse a declarar si la situación en presencia era oponible o inoponible a determinado Estado, normalmente a aquel que se veía enfrentado en una diferencia con otro Estado que por un acto o serie de actos unilaterales había generado la situación en cuestión.

Dos sentencias del Tribunal Internacional de Justicia, las recaídas en los asuntos de las Pesquerías noruegas y de Nottebohm, siguieron aquella ruta: la primera, dictada el 18 de diciembre de 1951, al declarar que el sistema adoptado por Noruega para fijar la línea de base para la medición de su mar territorial era oponible al Reino Unido; y la última, que la nacionalidad otorgada por el Principado de Liechtenstein al hasta entonces alemán Frederik Nottebohm no era oponible a Guatemala al efecto de servir de título a su protección diplomática por el Principado.

Aparte de centrar los respectivos litigios en la alternativa entre oponibilidad o inoponibilidad, abstracción hecha de otras calificaciones sobre la licitud o la validez de las situaciones interna-

cionales examinadas, ambos fallos tenían en común la característica de buscar sus respectivas *rationes decidendi* en la efectividad de una situación, para afirmarla en el caso de las Pesquerías y para llegar a su negación en la reclamación por daños causados a Nottebohm.

La analogía era clara. Ambos conflictos, recayendo en materias diferentes pero paralelas —la competencia territorial y la personal de los Estados—, ofrecían la coincidencia en que, si bien afecta al Derecho internacional la delimitación de las dos competencias, por el fenómeno que Georges Scelle llamó *desdoblamiento funcional*², son los Estados quienes determinan, por medio de sus leyes y actos unilaterales, tanto ciertos límites territoriales a su competencia como las personas físicas y jurídicas a las que consideran como nacionales. Es posible, y a veces necesario, preguntarse por la validez o la licitud de las situaciones creadas por aquellos actos unilaterales ante el Derecho internacional general, pero en la práctica resulta suficiente y más fácil reducir el problema al de la oponibilidad de la situación frente a un determinado Estado.

En su día, vio con claridad esta unidad de enfoque Madame Bastid, al decir, con referencia a las sentencias Nottebohm y de las Pesquerías, que ambos fallos expresan ciertos principios jurídicos de coexistencia, consistentes en determinadas exigencias fundamentales de un orden jurídico en una sociedad compuesta de Estados independientes, en la que ninguna autoridad superior procede al reparto del espacio y de los hombres entre las diversas unidades políticas³.

Aparte del estímulo que esta tendencia jurisprudencial supusiese para la doctrina, ésta no pudo por menos de fijar su atención preferente sobre la efectividad en los años que siguieron a la segunda guerra mundial como consecuencia de una orientación realista que, seguramente, ocasionada por la decepción que supuso el derrumbamiento del sistema ginebrino existente entre las dos guerras mundiales, trató de trabajar el Derecho internacional con métodos diferentes a los estructuralmente formalistas.

Es más, hasta en una constitución tan presidida por el normativismo como la de Kelsen, la problemática de la regla jurídica no se reduce a la validez resultante de su conformidad con una norma superior, sino que también se toma en consideración la

2. SCELLE: *Précis de Droit des Gens*. T. I. París, 1932, pág. 42 y ss.

3. BASTID: «L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice», *Revue critique de Droit international privé*, 1956, pág. 608.

nota de eficacia, hasta el punto de proclamar el principio de efectividad en Derecho internacional⁴.

No hay porqué ocultar la existencia de otro factor coadyuvante al mismo resultado. Una constante del pensamiento humano es la de aquellos negadores del Derecho internacional que entienden que lo que designamos con este nombre no es otra cosa que el producto de la fuerza, la resultante de la constelación de fuerzas operantes en cada momento en la vida internacional. Tal concepción resulta hoy difícil de ser mantenida en toda su crudeza, pero es posible, en cambio, una versión atenuada de la misma sin otro esfuerzo que el de señalar, como nota específica del Derecho internacional frente a los ordenamientos jurídicos internos, la existencia en aquél de una regla o principio de efectividad en virtud del cual los actos de fuerza inicialmente antijurídicos quedan convalidados por su efectividad de hecho.

Pudo así aparecer en cuanto cuestión central del Derecho internacional, la de si en él tiene vigencia la regla *ex iniuria, ius non oritur*, la contraria de *ex iniuria, oritur ius*; o una tercera que delimite el ámbito de aplicación de cada una de estas dos reglas contradictorias.

2. Resultados de un estudio sobre la efectividad en 1957.

Todos los aspectos reseñados hacían prever el interés de un estudio a fondo sobre la efectividad, pero igualmente la enorme dificultad de su estudio. Índice de ambas características es el hecho de que en marzo de 1956 el Institut de Droit International convocó un concurso para la atribución de uno de los Premios Brown Scott, cuyo tema era «el principio de efectividad en Derecho Internacional», que hubo de quedar desierto por falta de aspirantes, a pesar del amplio plazo de más de dos años previsto para la presentación de los trabajos.

Mientras tanto, en un tono menor, más de diálogo que de lección magistral, el autor de estas páginas expuso en Vitoria y dio a la publicidad el curso antes mencionado. Por su propia naturaleza de mera contemplación de un panorama susceptible de rápidas modificaciones, aquel ensayo no contenía conclusiones, que, sin embargo, hubiesen sido fáciles de deducir. Parece oportuno ahora expresarlas, siquiera no sea más que como punto de refe-

4. KELSSEN: *Principles of International Law*. New York, 1952, págs. 225 y ss.

rencia desde el que poder contemplar lo que de nuevo haya habido en los veinte años pasados desde entonces.

Primera tesis fundamental afirmada en aquel trabajo era la de considerar a la efectividad de ciertas situaciones internacionales como condición *necesaria* para su regularidad jurídica, pero negar, de acuerdo con juristas como Verdross y Salvioli, que la efectividad fuese condición *suficiente* para aquella regularidad en todas las hipótesis posibles. Es admisible que lo sea en algunas, mientras en otras puede llegar a serlo con la concurrencia de otros requisitos como la consolidación en el tiempo o el reconocimiento por parte de otros Estados.

En cambio, respecto al significado de la efectividad en el orden jurídico internacional, era más fácil hace cuatro lustros la formulación de unas conclusiones negativas que las de una afirmación. Del análisis realizado aparecía que el principio de efectividad no estaba proclamado de una manera general por una norma convencional ni consuetudinaria, aunque en algunas de ambas clases sean reconocidas determinadas consecuencias jurídicas a la efectividad de una situación. Tampoco el mencionado principio podía catalogarse entre los generales del Derecho que las Naciones civilizadas reconocen en sus ordenamientos internos, ni dentro de los principios específicos del Derecho internacional, tenía cabida entre los de carácter normativo.

Realizadas estas exclusiones, varias caracterizaciones plausibles se presentaban a la mente y habían sido defendidas por algunos sectores doctrinales: simple tendencia a la aproximación de la normatividad a la realidad, regla prejurídica, o principio estructural que nos muestra, no el *sollen*, como debe funcionar la vida internacional, sino su *sein*: cómo funciona de hecho.

Seguramente, estas explicaciones nada tienen de incompatibles entre sí, sino que responden a la contemplación de unos mismos hechos desde diferentes ángulos visuales, que pueden sintetizarse en la expresión de que la efectividad constituye un principio informador del Derecho internacional. Pero, aún así, no puede olvidarse el hecho de que el mismo papel informador reviste la efectividad en Derecho interno: baste recordar casos como los de la protección posesoria, las modalidades adquisitiva y sanatoria de la prescripción y la posibilidad de convalidación jurídica de un régimen político establecido por una revolución triunfante.

3. *El camino a seguir.*

Se trata ahora de un intento de revisión de los resultados sumariamente expuestos, a la luz de las últimas orientaciones de

la jurisprudencia y de la doctrina internacionales. Naturalmente, se trata del ensayo de una visión sintética en la que forzosamente han de dejar numerosas lagunas tanto la limitación de espacio disponible como el de la capacidad e información de quien se dispone a desarrollarla. Y siempre acercándose al tema con la humildad de quien sabe que, dado lo cambiante del panorama examinado, cualquier conclusión que de su análisis pueda obtener no pasaría del relativo valor de una fotografía instantánea hecha en un momento cualquiera de un proceso en marcha.

Los materiales disponibles marcan por sí mismos las etapas de la ruta que ha de ser recorrida. En primer lugar, habida cuenta de que la base que permitió hablar de la efectividad con algún rigor jurídico hace veinte años era la constituida por varias sentencias arbitrales y del Tribunal Internacional de Justicia, es procedente el estudio de la jurisprudencia internacional más reciente para preguntarse si en ella se encuentra algún nuevo dato que permita rectificar de algún modo las conclusiones de entonces.

Con la investigación propuesta no queda agotada la tarea. Es preciso completarla con otra labor más difícil: el examen de las modificaciones operadas en los dos últimos decenios en lo que afecta a las fuentes del Derecho internacional, respecto a las cuales también es posible observar cierto enriquecimiento en relación a los moldes, un tanto rígidos, del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

Finalmente, la doctrina internacional de los últimos veinte años nos ofrece un campo interesante de examen, tanto en lo que ha contribuido al estudio de la efectividad como por lo que contiene de nuevas, o renovadas, direcciones metódicas con la nota común de acercamiento a la realidad.

II. LA EFECTIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL POSTERIOR A 1957.

1. *La sentencia arbitral de 20 de septiembre de 1958 (caso Flegenheimer).*

Tres años después del fallo del Tribunal Internacional de Justicia recaído en el caso Nottebohm, la Comisión de Conciliación y Arbitraje italonorteamericana tuvo que decidir acerca de la admisibilidad de una reclamación hecha por el Gobierno de los Estados Unidos en favor de una persona cuya nacionalidad norteamericana era discutible y discutida. Como todas las Comisiones de tipo instituidas en virtud de los Tratados de paz de 10 de fe-

brero de 1947, esta Comisión poseía una doble función que era ejercida en dos momentos diferentes: en el primero de estos momentos, los comisionados designados por cada uno de los Estados parte tenían encomendada una función de conciliación, que, si no era lograda, hacía pasar la diferencia a una fase arbitral, en la que entraba en escena el tercer miembro de la Comisión.

En el caso Flegenheimer concurría la circunstancia de que este tercer miembro era el justamente reputado jurista suizo Georges Sauser Hall, quien, años antes, había actuado ante el Tribunal de La Haya como abogado de Liechtenstein en la reclamación en favor de Nottebohm.

Los dos litigios, tenían en común el estar centrados en la llamada «nacionalidad» de la reclamación como supuesto de la protección diplomática, pero las circunstancias de hecho eran diferentes: mientras Nottebohm era un alemán naturalizado en Liechtenstein en decisión de notoria benevolencia dada su falta de vinculación anterior con aquel Principado, Albert Flegenheimer, hijo de un judío alemán naturalizado en los Estados Unidos en 1873 y nuevamente naturalizado en Wurtemberg en 1894, después de varios años de residencia en territorio alemán donde habían nacido sus tres hijos que fueron comprendidos en la naturalización de su padre, al surgir la persecución a los de su raza en 1933, pensó en la posibilidad de poseer *iure sanguinis* la nacionalidad americana, que le fue reiteradamente rechazada, hasta que la vio reconocida por un acuerdo del *Immigration and Naturalization Service* en 24 de febrero de 1942, a pesar de lo cual el Departamento de Estado le denegó el pasaporte americano en 1946, para acabar meses después concediéndoselo, así como un certificado de nacionalidad⁵.

La actitud de la Comisión arbitral al tratar de encontrar las consecuencias jurídicas de estos hechos difería de la del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Nottebohm: en éste, no se discutía que el interesado hubiera adquirido la nacionalidad de Liechtenstein con validez en el orden interno del Principado, sino si aquella nacionalidad, dadas las especialísimas circunstancias en que fue otorgada, producía el efecto jurídicointernacional de servir de título a una protección diplomática; en el caso Flegenheimer, el debate entre las partes estaba centrado en la cuestión

5. «Commission de Conciliation italo-américaine. Décision du 20 septembre 1958 dans l'affaire Flagenheimer», *Annuaire Suisse de Droit International*. 1961, págs. 155 y ss. Vid, también CORRIENTE: «La nacionalidad de las personas físicas ante el Derecho Internacional», *Anuario de Derecho Internacional*. I, 1974, págs. 244 y ss.

de sí, ante el Derecho norteamericano, la persona sobre quien el Gobierno de los Estados Unidos pretendía la protección era o no uno de sus nacionales.

No nos interesa seguir el razonamiento por el cual la Comisión arbitral dio una solución negativa que necesariamente llevaba aparejada la desestimación de la reclamación, sino el hecho de que, después de llegar a esta conclusión, el fallo examina si la demanda es inadmisibile por otros motivos que el de la falta de nacionalidad de los Estados Unidos, ante el argumento de la parte demandada de que, aunque Flegenheimer la hubiere poseído, se encontraría falta de efectividad para producir el efecto deseado por el Estado demandante.

La Comisión arbitral recuerda lo que constituyó la *ratio decidendi* en el asunto Nottebohm:

«Conferida por un Estado, ella (la nacionalidad) no le da título a la protección diplomática más que si es la traducción en términos jurídicos de la conexión del individuo considerado con el Estado que ha hecho de él su nacional»⁶.

Para la Comisión arbitral:

«Es dudoso que el Tribunal Internacional de Justicia haya entendido enunciar una regla de Derecho internacional general exigiendo, en el asunto Nottebohm, que sea realizada la condición de pertenencia efectiva de una persona a un Estado para que éste pueda ejercer su derecho de protección diplomática en favor de ella». «El Tribunal mismo ha restringido el alcance de su sentencia, declarando que una adquisición de nacionalidad en un Estado debe ser reconocida por todos los otros Estados, con la doble reserva de que se trata no de un reconocimiento a todos los efectos, sino tan sólo a los efectos de la admisibilidad de la demanda, y, por otra parte, de un reconocimiento, no por parte de todos los Estados, sino solamente de Guatemala».

A la vista de estas restricciones que la misma sentencia Nottebohm establece para la aplicación del criterio de efectividad en materia de nacionalidad, el Tribunal arbitral entiende que esta

6. Cour Internationale de Justice. Affaire Nottebohm (Deuxième phase). Arrêt 6 avril 1955, pág. 23.

doctrina no es oponible a los Estados Unidos en el caso Flegenheimer. Y, de una manera más rotunda, la sentencia arbitral declara:

«Cuando una persona está investida de una nacionalidad que le es atribuída, bien *iure sanguinis*, ya *iure soli*, ya por una naturalización válida entrañando la pérdida cierta de la nacionalidad anterior, la teoría de la nacionalidad efectiva no puede ser aplicada sin riesgo de confusión, falta de un fundamento bastante seguro para poder prevalecer sobre una nacionalidad que se apoye en un Derecho estatal. No existe, en efecto, ningún criterio de eficacia probada para precisar la efectividad de la conexión a una organización política, y las personas que, dadas las facilidades de desplazamiento del mundo moderno, tienen, por millares, la nacionalidad jurídicamente cierta de un Estado, pero viven en otro donde se encuentra su domicilio, el centro de su vida familiar y económica, estarán expuestas al desconocimiento en el plano internacional, de la nacionalidad que poseen indiscutiblemente en virtud de las leyes de su Estado nacional, si esta doctrina se generalizase».

¿Hasta qué punto es exacto que la sentencia Nottebohm se haya abstenido de formular una regla general de Derecho internacional? Caso de haberla formulado, ¿ha podido ser afectada esta regla por el valor absoluto que la sentencia Flegenheimer parece atribuir a la nacionalidad *oficial*? Es difícil contestar a estas preguntas, ya que la respuesta requeriría previamente ponerse de acuerdo acerca de los requisitos para la creación y para la modificación de las reglas internacionales de origen jurisprudencial.

Lo que es indudable es que la postura doctrinal adversa a la tesis de la nacionalidad efectiva, al menos tal como fue formulada en la sentencia Nottebohm, se ha robustecido un tanto con la sentencia arbitral de 1958. Ambas posturas antagónicas iban a tener una nueva ocasión de enfrentarse con motivo de la discusión por el Institut de Droit International de una ponencia del profesor norteamericano Herbert Briggs en 1965 sobre la protección diplomática de los individuos.

Aparece por primera vez en los trabajos del Instituto acerca de este tema una referencia al papel desempeñado por la efectividad en la atribución de la nacionalidad en el proyecto de Resolución que la Comisión correspondiente presentó al pleno del

Instituto en su reunión celebrada en Varsovia en 1965, cuyo artículo 4.º, número 4 decía:

«Una reclamación internacional en favor de un individuo puede ser declarada inadmisibile cuando, habida cuenta de las circunstancias propias de la causa, aparece que la naturalización ha sido concedida a este individuo en ausencia de todo lazo de conexión»⁷.

Al presentar este texto, el señor Briggs se hizo eco de la división existente en la Comisión acerca del mismo, puesto que mientras algunos de sus miembros lo consideraban como *de lege ferenda*, otros, como el profesor Paul de Visscher creían que expresa una regla jurídica bien establecida⁸.

En la reunión plenaria, el profesor Paul de Visscher expuso con toda claridad el sentido de la discusión mantenida en el seno de la Comisión: varios de sus miembros habían estimado necesario recoger en la Resolución que se preparaba la doctrina contenida en la sentencia Nottebohm, que, habida cuenta de que el Tribunal Internacional de Justicia aplica el Derecho internacional, había que estimar incorporada en él. Sostenía el profesor belga que en materia de protección diplomática ha habido en los años inmediatamente anteriores una tendencia de esta modalidad para introducir más honestidad, frente a graves abusos. El texto propuesto es fruto de un compromiso, en cuanto dice que una reclamación puede ser declarada inadmisibile y que serán tenidas en cuenta las circunstancias de cada caso, lo que hace recaer la carga de la prueba en el Estado que niega la efectividad⁹.

Entre las opiniones expresadas es de singular interés la del profesor Guggenheim, que en el caso Nottebohm había sido juez *ad hoc* designado por Liechtenstein y discrepante del fallo: recordó que aquel caso hubo un punto que recogió la unanimidad: la existencia de un lazo entre el individuo y el Estado del que es nacional, lazo sobre el que puede pronunciarse el juez internacional; no corresponde al Instituto fijar criterios para la comprobación de este lazo, por lo que la solución debe estar en función de las circunstancias de cada caso mejor que hacer, como proponía el señor Binschedler, una reserva del supuesto de abuso de derecho¹⁰. El texto final de la Resolución fue aprobado

7. *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Session de Varsovie. T. II. Bâle, 1965, pág. 160.

8. *Annuaire* cit., págs. 165 y 166.

9. *Annuaire* cit., págs. 225 y 226.

10. *Annuaire* cit., págs. 244 y 245.

por treinta y un votos a favor, ninguno en contra y siete abstenciones, con la siguiente redacción:

«Una reclamación internacional presentada por un Estado en razón de un daño sufrido por un individuo puede ser rechazada por el Estado requerido o declarada inadmisibles cuando, habida cuenta de las circunstancias propias de la causa, aparece que la naturalización ha sido concedida a este individuo en ausencia de todo lazo de conexión»¹¹.

Como se ve, ni la sentencia Flegenheimer ni la Resolución del Instituto de Varsovia contradicen esencialmente la doctrina que el Tribunal Internacional de Justicia estableció en el caso *Nottebohm*. Las diferencias con respecto a ella constituyen esencialmente matizaciones tendentes a recomendar a los Tribunales internacionales cierta dosis de prudencia en su aplicación.

2. *Desconocimiento del requisito de efectividad en la nacionalidad de los buques en el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 8 de junio de 1960.*

A la luz de la doctrina desarrollada por las sentencias de las *Pesquerías noruegas* y *Nottebohm*, el requisito de efectividad por ellas proclamado era fácilmente extensible a otras situaciones creadas por la voluntad unilateral de un Estado, como acontece con el otorgamiento de su nacionalidad a un buque mercante.

Si es, por una parte, facultad soberana de cada Estado la de adoptar el criterio que estime conveniente para condicionar la inscripción en sus Registros marítimos de aquellos navíos cuyos propietarios la pretendan, la naturaleza de acto unilateral del que satisface esta pretensión autoriza a pensar que, al menos en el supuesto de que de la nacionalidad del buque puedan derivar efectos jurídicos internacionales, la producción de estos efectos quede condicionada a que la nacionalidad que la nave ostenta responda a una realidad.

El problema no era nuevo cuando se tuvo que ocupar de él la primera Conferencia de Derecho del Mar reunida en Ginebra en 1958. Ya el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Venecia de 1876 había señalado las condiciones que debía

11. *Annuaire*, cit., pág. 262.

reunir un navío para ser matriculado en un determinado Estado: 1.º Que más de la mitad del navío fuese propiedad de personas físicas o jurídicas de la nacionalidad del país del pabellón; y 2.º Que el armador, individuo o sociedad, estuviera domiciliado en el Estado del pabellón. En cambio, no se tomaba en cuenta la nacionalidad del capitán ni de los miembros de la tripulación ni el lugar de construcción del buque. En los trabajos preparatorios para la Conferencia de Ginebra, el ponente general, profesor François, proponía dos condiciones: la primera, que constituía una síntesis de las fijadas en su día por el Instituto, era que el barco fuese, al menos en su mitad, propiedad de nacionales, de personas establecidas en el territorio del Estado del pabellón o de una sociedad domiciliada en el territorio de este Estado; a lo que, como segunda condición, se añadía la de que el capitán tuviese la nacionalidad del Estado del pabellón.

Reciente, en vísperas de la celebración de la primera Conferencia sobre el Derecho del Mar, la decisión del caso *Nottebohm* por el Tribunal Internacional de Justicia, no es de extrañar que la doctrina de la efectividad del vínculo nacional se mantuviese en cuanto condición, al menos, para la oponibilidad a terceros Estados de la nacionalidad de los buques. Tan excelente observador de las realidades internacionales como el profesor Schwarzenberger escribía en aquellos años:

«In accordance with the underlying the principle of sovereignty, it is for the state to decide for its on the conditions on which it is prepared to grant its nationality to ships. In view of the finding of the world Court in the *Nottebohm* case (1955), however, the rules governing recognition may also have be to taken into consideration in cases «a genuine connection» between a professed flag states claims to be entitled to international protection of the ship and her owners»¹².

Aunque no faltasen tanto en los trabajos de la Comisión de Derecho internacional como en la misma Conferencia algunos criterios adversos al trasplante de la doctrina de la efectividad de la nacionalidad de los individuos a la de los buques, habida cuenta de la diferencia del atributo de nacionalidad aplicado a unos y a otros, la mayoría de las delegaciones en la Conferencia se mostró partidaria de condicionar el derecho de cada Estado a fijar

12. SCHWARZENBERGER: *International Law*. Vol. I. London, 1957, pág. 341.

los requisitos para la nacionalidad de sus buques a ciertos requisitos de efectividad. La fórmula aprobada pasó al artículo 5.º del Convenio sobre el Alta Mar, con la siguiente redacción:

«1. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscritos en su territorio en un registro y tengan el derecho de enarbolar su bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque; en particular, el Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolan su pabellón en los aspectos administrativo, técnico y social».

Con esta regulación es atacada de frente una práctica conocida ya desde largo tiempo, pero que se ha hecho más frecuente e intensa a partir del final de la segunda guerra mundial: la de los *pabellones de complacencia*, nombre con el que designa el abanderamiento de buques mercantes en Estados no vinculados por una conexión efectiva con el mismo navío o con su empresa explotadora. Por una parte son protagonistas de este fenómeno grandes empresas navieras que matriculan sus buques en países de escasa presión tributaria y poco avanzados en materia de protección al trabajo y a la seguridad social. De otro lado, la expresión, muy generalizada en los medios marítimos, de «flotas Panlibhonco» señala inequívocamente a los cuatro Estados que, sorprendentemente, tenían matriculadas en sus respectivos Registros marítimos las más altas cifras de buques mercantes y de tonelaje: Panamá, Liberia, Honduras y Costa Rica, si bien el último suprimió, a raíz de la Conferencia de Ginebra, a partir del 31 de diciembre de 1958, las licencias otorgadas a buques extranjeros para enarbolar el pabellón costarricense¹³.

La interpretación del artículo 5.º del Convenio sobre Alta Mar constituye un semillero de problemas. Aparte la situación de los Estados que no lleguen a estar vinculados por el Convenio, es muy difícil determinar hasta qué punto los sujetos a él han limitado su facultad soberana de fijar los criterios para permitir en sus Registros la matriculación de buques: ¿Cómo se concreta la «relación auténtica» ente el Estado y la nave? ¿Con qué módulo puede medirse el ejercicio de la autoridad del Estado en los aspectos administrativo, técnico y social? Estas interrogantes y

13. ROUX: *Les pabillons de complaisance*. París, 1961, pág. 8.

otras nada fáciles de responder reconducen la efectividad del vínculo nacional para los buques a la zona de contacto y posible fricción entre el Derecho interno y el internacional, en la que la consecuencia más clara de una de estas fricciones sería la inoponibilidad a otros Estados de una nacionalidad otorgada a un buque en infracción del artículo 5.º del Convenio, solución claramente paralela a la sentencia *Nottebhom*.

El problema así planteado se iba a colocar en un primer plano en la escena internacional con motivo de una consulta elevada al Tribunal Internacional de Justicia por la Asamblea de la Organización Intergubernamental Consultiva de la Navegación Marítima por acuerdo de 19 de enero de 1959. La citada Asamblea hizo su consulta ante el resultado de la votación habida en ella para designar el Comité de Seguridad Marítima de la Organización, para el que no habían sido elegidos Panamá ni Liberia, lo que era susceptible de constituir una violación del artículo 28 a) del Convenio regulador de la Organización que dice:

«El Comité de la Seguridad Marítima se compone de catorce miembros elegidos por la Asamblea entre los gobiernos de los países miembros que tienen un interés importante en las cuestiones de seguridad marítima. Ocho, al menos, de estos países deben ser aquéllos que posean las flotas mercantes más importantes; la elección de los otros debe asegurar una representación adecuada, de una parte, a los gobiernos de otros países que tienen un interés importante en las cuestiones de seguridad marítima, tales como los países cuyos habitantes entran en gran número en la composición de las tripulaciones o que están interesados en el transporte de un gran número de pasajeros de cabina y de puente, y, de otra parte, a las principales regiones geográficas».

El dictamen, emitido por el Tribunal el 8 de junio de 1960, llegó a la conclusión de:

«Que el Comité de la Seguridad marítima de la Organización intergubernamental consultiva de la Navegación marítima, elegido el 15 de enero de 1959, no ha sido elegido conforme al Convenio por el que fue creada la Organización»¹⁴.

14. Cour Internationale de Justice. Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime. Avis consultatif du 8 juin 1960, pág. 25.

El dictamen comienza con la narración de cómo tuvo lugar la votación: los delegados de los Estados miembros en la Asamblea tenían en su poder un documento de trabajo presentado por el Secretario General de la Organización, en la que se reproducía del «Lloyd's Register of Shippings Statical Tables 1953», una lista de tonelajes por países, en la que Liberia ocupaba el tercer puesto y Panamá el octavo, no obstante lo cual ninguno de ambos Estados fue elegido, tras una discusión en la que varias delegaciones, entre ellas la inglesa, sostuvieron que el mayor tonelaje matriculado en los Registros y el mayor interés en la navegación no eran en todo caso coincidentes, por lo que la Asamblea había de gozar de un poder discrecional para elegir los Estados, que, a su juicio, tuviesen mayor interés en la navegación.

El Tribunal centra su tarea en este aspecto de la discrecionalidad. Establece que el mayor interés de la navegación es una condición común a las dos clases de miembros del Comité, puesto que se halla implícita en los ocho Estados poseedores de mayor tonelaje matriculado en sus Registros, condición cuya aplicación no es discrecional en cuanto define la naturaleza del interés exigido para formar parte del Comité, por lo que:

«Cualesquiera que fuesen los países que poseen las flotas mercantes más importantes, estos países deben ser necesariamente llamados al Comité: el interés importante de cada uno de ellos en las cuestiones de seguridad marítima está admitido como «allant de soi», lo que es decir inherente al hecho de que sean los ocho países poseedores de las flotas de comercio más importantes»¹⁵.

El Tribunal recoge, pero no puede compartir, la opinión sostenida en la Asamblea por las delegaciones holandesa e inglesa de que, careciendo de sentido preciso o técnico claro la posesión de las flotas mercantes más importantes, su apreciación es discrecional dentro de la toma en consideración de todas las circunstancias de la realidad. El Tribunal cree lo contrario, puesto que aquella discrecionalidad vaciaría de sentido los términos imperativos con que el artículo 28 a) se refiere a los ocho países que posean las flotas mercantes más importantes, por lo que:

«Es evidente que, para determinar los países que poseen las flotas mercantes más importantes, hay que referirse a algún patrón de medida. La razón de ello es que, cuando el

15. Cour Internationale de Justice. Avis cit., pág. 15.

artículo 28 a), menciona «los países que poseen las flotas mercantes más importantes», no se puede tratar más que de su importancia en relación a los otros países poseedores de tonelaje. No existe otro método práctico para medir la importancia de la flota mercante de cada país»¹⁶.

El examen de la práctica internacional hace descartar al Tribunal el criterio que midiese la importancia del tonelaje por el de los barcos que sean propiedad de cada Estado o juntamente del Estado y de sus respectivos nacionales, por lo que llega a la conclusión de que el artículo 28 a), se refiere únicamente al tonelaje matriculado, razonamiento que le lleva a concluir que el Comité de la Seguridad Marítima no está debidamente constituido, al no figurar en él Liberia y Panamá.

Como se ve, el dictamen ha hecho caso omiso de la influencia que la efectividad tuviera en la cuestión objeto de consulta para atenerse a una interpretación estrictamente literal del texto aplicable.

Emitido el dictamen por nueve votos contra cinco, tan sólo dos de los jueces votantes en contra razonaron su disidencia. Uno de ellos, el Presidente Klaestad, para adoptar una postura tan literalista como la de sus colegas, en la que centraba su atención en el término «elegidos por la Asamblea», elección que, excluyendo una designación automática, abría paso a la discrecionalidad en los electores, sin referirse para nada a la posible falta de efectividad en el vínculo con Liberia y Panamá de los buques inscritos en sus respectivos Registros¹⁷.

El otro disidente, el juez Moreno Quintana, después de señalar también la incompatibilidad, a su juicio, existente entre la elección y una designación automática, alude a la efectividad en los siguientes términos:

«Una cosa es el registro de navíos hecho por una autoridad administrativa, y la posesión de una marina mercante es otra. Esta traduce una realidad económica internacional que sólo un lazo sustancial de conexión del propietario de la nave al pabellón que ella puede establecer de una manera satisfactoria»¹⁸.

Cualquiera que sea la corrección jurídica de la argumentación del Tribunal, la postura de acercamiento a la realidad que

16. Cour Internationale de Justice. Avis cit., pág. 20.

17. Cour Internationale de Justice. Avis cit., págs. 27 a 30.

18. Cour Internationale de Justice. Avis cit., pág. 32.

había supuesto el valor decisivo que la carencia de efectividad había tenido en el caso *Nottebohm* aparece abandonada en el dictamen de 1960, sin que en él se encuentre ninguna explicación para la diferencia de trato entre dos supuestos de indudable paralelismo.

Los comentarios al dictamen han ofrecido diferentes explicaciones a lo que, al menos a primera vista, aparece como una clara antinomia. No tiene esta diferente consideración de la efectividad en un caso y en otro por qué derivar de que la reclamación por los daños causados a *Nottebohm* fue objeto de una sentencia y la cuestión sobre la composición del Comité de Seguridad marítima de un dictamen, puesto que la asimilación del valor jurisprudencial de sentencias y dictámenes es uno de los rasgos más característicos de la tendencia seguida tanto por el antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional como del actual Tribunal Internacional de Justicia¹⁹. Es posible, en cambio, que haya sido operante para aquella discriminación acerca del valor de la efectividad del vínculo nacional, el diferente significado de este vínculo cuando constituye atributo de las personas que cuando se aplica a los buques²⁰.

Los párrafos arriba reproducidos del dictamen de 1960 revelan que si, por un lado, se ha omitido hacer toda alusión tanto al criterio de efectividad como a la sentencia *Nottebohm*, el deseo de la mayoría del Tribunal ha sido expresado como la necesidad de reducir su labor a un terreno estrictamente jurídico, hecho caso omiso de las cuestiones políticas que se ocultaban bajo los términos de la consulta hecha al Tribunal. Rosenne, que se pronuncia claramente en favor del criterio del Tribunal, subraya el hecho de que la consulta versaba sobre la interpretación de un artículo del texto constitutivo de una Organización internacional, por lo que su alcance trasciende de la solución del problema que inmediatamente estaba en juego, para significar un paso en el proceso de fiscalización jurisdiccional de las decisiones de las Organizaciones internacionales²¹. Evidente esta consideración, no lo es menos que igualmente hubiera quedado afirmada la posibilidad de aquella fiscalización si el Tribunal hubiera dado una respuesta afirmativa a la consulta que al contestar a ella ne-

19. MARTÍ DE VESES PUIG, C.: «La nacionalidad de las naves, los pabellones de complacencia y el principio de efectividad en Derecho internacional», *Estudios de Derecho internacional marítimo*. Zaragoza, 1963, pág. 193.

20. KUNZ: «The *Nottebohm* judgment», *American Journal of International Law*. 1969, pág. 571.

21. ROSENNE: «La Cour International de Justice en 1960», *Revue générale de Droit international public*, 1961, pág. 516.

gativamente, es decir, si la decisión hubiere sido la de considerar bien constituido el Comité de Seguridad marítima por entender que el principio de efectividad exigía dar por bien excluidos de aquel Comité a Liberia y Panamá cuyas ingentes flotas mercantes estaban integradas por buques dotados de pabellones de complacencia.

El profesor Charles de Visscher estima que el Tribunal ha descartado «no de manera absoluta, sino para las necesidades del caso la noción del lazo sustancial»²². «Es —añade el maestro belga— que se trata aquí de un orden de intereses completamente diferente del que, en el reconocimiento internacional de una naturalización, había dictado la actitud del Tribunal en la sentencia *Nottebohm*. Basta recordar toda la distancia que separa la conexión del hombre a una patria que las consideraciones puramente prácticas de certidumbre y de seguridad que deciden ampliamente de la condición jurídica de los medios de transporte»²³.

De todas maneras, se puede pensar que la certidumbre jurídica no se satisface plenamente con que respondan a ella una o varias decisiones aisladas de casos concretos, sino que exige también, si no una unidad de criterio, sí, al menos, la posibilidad de que, una vez determinado por vía inductiva uno de estos criterios, sea susceptible de ser aplicado a casos nuevos, punto de vista desde el que no es satisfactoria la falta de armonía entre el dictamen que venimos estudiando y la sentencia *Nottebohm*.

3. *El principio de efectividad y la pretendida protección a los accionistas en el asunto «Barcelona Traction».*

La coincidencia cronológica entre los años en que la efectividad se convirtió en uno de los principales centros de interés para la doctrina internacionalista con los de la larga tramitación de la reclamación del Gobierno de Bélgica contra el de España por la declaración en quiebra de la sociedad canadiense *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ante el Tribunal Internacional de Justicia, motivó que en el sector doctrinal que miró con simpatía la tesis del Estado demandante se utilizase el criterio de efectividad como base para la defensa de los intereses

22. DE VISSCHER, Ch.: *Les effectivités du droit international public*. Paris, 1967, pág. 143.

23. El profesor DE VISSCHER añade, para fortalecer esta afirmación y como término de comparación, la ausencia de la exigencia de efectividad en la matriculación de aviones (*ob. cit.*, págs. 144 y 145).

de los accionistas belgas afectados por la quiebra de la sociedad canadiense.

No hay necesidad de tratar extensamente de este caso, bien conocido en los medios jurídicos españoles y al que ha dedicado bastantes páginas el autor de éstas²⁴. Baste recordar que, basada la protección diplomática de individuos y sociedades en la nacionalidad, y condicionada, en el caso Nottebohm, la de aquéllos a su efectividad para otorgar título de protección al Estado que la confiere, era explicable la extensión del mismo criterio a las sociedades.

Para ello, resultaba aprovechable la tendencia, procedente del Derecho interno, consistente en traspasar la realidad formal constituida por la existencia y personalidad jurídica de una sociedad para poner en primer plano los intereses y realidades que se ocultan bajo aquella apariencia formal. Este «levantamiento del velo social» admite una aplicación máxima, consistente en hacer caso omiso de la nacionalidad «oficial» o «formal» de una sociedad para adoptar otro criterio que se estime más conforme con la realidad (nacionalidad de los capitales o de los dirigentes de la sociedad como sustitutivo de un vínculo de nacionalidad que no responde a aquella realidad).

En otra versión más moderada de la efectividad, los lazos reales señalados se pueden tomar en consideración, no como sustitutos de la nacionalidad oficial o formal, sino como complementarios de ella, como condición adicional exigible para que aquella nacionalidad haya de servir de título para una protección diplomática.

Es fácil observar que ambas modalidades de la toma en cuenta a este efecto de las circunstancias reales de una sociedad responden respectivamente a las dos maneras posibles de concebir la efectividad de una situación en Derecho internacional: como condición *suficiente* para la producción de efectos jurídicos, o como condición *necesaria*, entre otras, es decir, *no suficiente* para que aquellos efectos sean generados.

Este planteamiento era el aplicable a una primera fase del litigio durante la cual el Gobierno de Bélgica pretendía proteger diplomáticamente a *Barcelona Traction*, de nacionalidad canadiense. Pero el planteamiento tenía que ser otro cuando el Estado

24. MIAJA DE LA MUELA, A.: *Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction a la jurisprudencia internacional*. Valladolid, 1970; «La cuestión del «ius standi» del Gobierno belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970, págs. 306 y ss.

demandante abandonó esta pretensión, para limitarse a otra, también susceptible de basarse en la efectividad: la protección de los accionistas belgas, en especial la sociedad *Sidro* por su participación en el capital de la sociedad canadiense quebrada. Es de observar que, caso de haber sido aceptado por el Tribunal Internacional de Justicia este título, también nos encontraríamos ante otro caso de «levantamiento del velo social» en aplicación, acertada o errónea, del principio de efectividad.

La sentencia de 5 de febrero de 1970 no encuentra en el Derecho internacional en vigor ninguna regla claramente establecida sobre este punto: después de aludir a que, respecto al lazo entre una sociedad y un Estado a los fines de la protección diplomática, el Derecho internacional se funda, aunque en medida limitada, en una analogía con las reglas que rigen la nacionalidad de los individuos, añade que la práctica de algunos Estados ha exigido para la protección diplomática de las sociedades que ostentan su nacionalidad lazos más estrechos y diferentes como que el domicilio, la dirección o el centro de control de la sociedad se encuentren en su territorio o que la mayoría o una parte sustancial de las acciones pertenezcan a sus nacionales, por lo que

«Es en estos casos solamente, se ha dicho, cuando existe entre la sociedad y el Estado en cuestión un lazo de conexión efectiva como el que es conocido en otros ámbitos del Derecho internacional. No obstante, en el plano de la protección diplomática de las personas morales, ningún criterio absoluto ha sido aceptado de una manera general. Los criterios que se han retenido tienen un carácter relativo y se ha puesto a veces en balanza los lazos de una sociedad con un Estado y sus lazos con otro. A este respecto, se ha hecho referencia al asunto *Nottebohm*, al que las partes han mencionado frecuentemente en el procedimiento. No obstante, dados los aspectos de hecho y de Derecho que presentan la protección en este caso, el Tribunal estima que no puede haber analogía con las cuestiones planteadas a la decisión tomada en este asunto»²⁵.

Referidas estas consideraciones a la protección de las sociedades, en el aspecto de la diferencia relativo a la protección de los accionistas, su legitimidad había de basarse en el «levantamiento del velo social». El Tribunal abordó esta cuestión en términos muy generales, para recordar que tal recurso ha sido uti-

25. Cour Internationale de Justice. *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*. Arrêt du 5 février 1970, pág. 43.

lizado en Derecho interno, por ejemplo, para evitar abusos de los privilegios de la persona jurídica, como en casos de fraudes o actividades culpables, para proteger a terceros como el acreedor o el comprador o para asegurar el respeto de obligaciones legales o de obligaciones. En consecuencia, el «levantamiento del velo» es lo más frecuentemente utilizado desde el exterior, en el interés de los que tratan con la sociedad, pero también puede ser puesto en obra desde el interior, en interés especialmente de los accionistas, pero sólo en circunstancias excepcionales²⁶.

La sentencia admite que el «levantamiento del velo», procedimiento excepcional en Derecho interno, desempeñe un papel análogo en Derecho internacional, siempre que haya circunstancias especiales que lo justifiquen. En dos casos se ha ido más allá de la personalidad jurídica de la sociedad: en el trato de los bienes enemigos en los Tratados de paz y otros instrumentos internacionales durante y después de las dos guerras mundiales y en el trato de bienes extranjeros a consecuencia de las nacionalizaciones operadas en los últimos años. Pero, según el Tribunal, en ambos supuestos se trata de situaciones extraordinarias o anormales, por lo que ni de ellos ni de otros precedentes citados por las partes se puede inferir una regla general²⁷.

Aparece así claramente, aunque alguna vez se haya sostenido lo contrario²⁸, que el fallo del caso Barcelona Traction no ha afirmado la necesidad de una conexión efectiva para la protección diplomática de las sociedades o la de sus accionistas. Díez de Velasco recuerda que el contraste entre la sentencia que se dictaba y la recaída años antes en el caso Nottebohm fue analizado desde diferentes puntos de vista en las opiniones individuales formuladas por varios jueces, pero que, en la medida que se estimaba que una *genuine connection* era necesaria para que una sociedad llevase la nacionalidad de un Estado, el Tribunal estimó suficientes el lugar de constitución, el Derecho que la rige, que en aquel Estado tenga su domicilio, su contabilidad y su Registro de accionistas, que en él se encuentre su Consejo de Administración y que la sociedad figure en la documentación fiscal del mismo Estado, sin tener en cuenta la nacionalidad de los accionistas o administradores²⁹.

26. Cour Internationale de Justice. Arrêt cit., pág. 39.

27. Cour Internationale de Justice. Arrêt cit., págs. 39 y 40.

28. MANN: «The protection of the shareholders interests in the light of the Barcelona Traction Case», *American Journal of International Law*, 1973, págs. 269 y ss.

29. DIEZ DE VELASCO: «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *Recueil des Cours*, 1974-I, págs. 127 y 128.

Es posible que en otro aspecto fundamental de la sentencia Barcelona Traction la efectividad no haya dejado de desempeñar cierto papel: en el método seguido por el tribunal para delimitar dentro de la sociedad anónima las esferas respectivas de derechos y obligaciones correspondientes a la sociedad y a sus accionistas, consistente en ir a buscar la solución allí donde existe la sociedad anónima, es decir, en los Derechos internos. Un texto de la sentencia aclara perfectamente cuál ha sido la técnica que ha sido utilizada en este punto fundamental:

«En este ámbito, el Derecho internacional está llamado a reconocer instituciones de Derecho interno que representan un papel importante y que están muy extendidas en el campo internacional. No resulta de ello necesariamente una analogía entre sus propias instituciones y las del Derecho interno y tampoco conduce a hacer depender las reglas de Derecho internacional de categorías de Derecho interno. Esto quiere decir simplemente que el Derecho internacional ha debido reconocer en la sociedad anónima una institución creada por los Estados en un terreno que depende esencialmente de su competencia nacional. Este reconocimiento necesita que el Derecho internacional se refiera a las reglas pertinentes de Derecho interno cada vez que se plantean cuestiones jurídicas relativas a los derechos de los Estados que concurren al trato de las sociedades y de los accionistas, a propósito de los cuales el Derecho internacional no ha fijado sus propias reglas»³⁰.

Nos llevaría muy lejos el análisis del texto acabado de reproducir, en cuanto supone un nuevo ángulo visual para la contemplación de las relaciones entre el Derecho internacional con los ordenamientos internos. Interesa, en cambio, observar que, como ha dicho Ruiloba Santana: «La carencia, *prima facie*, de una norma de producción jurídica que fundamente la recepción de instituciones de Derecho interno podía suplirse con el recurso al principio de efectividad. Como explicación teórica de la sentencia estaría, además, especialmente justificado por el énfasis con que se subraya la necesidad de reconocer una situación plasmada en los Derechos internos y que constituye una realidad a que ha abocado la evolución de los fenómenos económicos a escala nacional e internacional»³¹.

30. Cour Internationale de Justice. Arrêt cit., págs. 33 y 34.

31. RUILOBA SANTANA, E.: «Virtualidad del Derecho interno en el caso

4. *Un caso de tensión entre la efectividad de una situación y su contrariedad con el Derecho internacional: el dictamen sobre Namibia.*

Hemos visto que la versión maximalista de la efectividad en el orden internacional es la expresada como *ex injuria, oritur ius*, es decir, admitir la fuerza normativa de lo fáctico incluso en los supuestos en que el hecho que dio origen a la nueva situación había sido producido por un acto antijurídico. Ordinariamente, tales situaciones llegan a los tribunales internacionales rodeadas de circunstancias que pueden equivaler a una legitimación *a posteriori* mediante la creación de costumbre contraria a la normatividad anterior, la prescripción sanatoria o el reconocimiento por parte de Estados diferentes al que dio lugar con su conducta a la creación de la situación antijurídica.

Sin embargo, el Tribunal Internacional de Justicia ha tenido que pronunciarse en vía consultiva, sobre una situación contraria al Derecho internacional en la que muy difícilmente hubiera podido encontrarse indicios de alguno de aquellos elementos legitimadores: la continuidad en la ocupación del territorio de Namibia por la Unión Surafricana.

Como es sabido, el Tribunal Internacional de Justicia, en sentencia de 18 de julio de 1966 se abstuvo de entrar en el fondo de la reclamación presentada por los Gobiernos de Etiopía y Liberia contra la Unión de Africa del Sur por supuestas violaciones de los derechos humanos cometidos en aquel territorio sobre el que la Unión continuaba en el ejercicio del mandato que le había sido conferido por la Sociedad de las Naciones. Reunida semanas después la Asamblea de las Naciones Unidas, decidió, en su Resolución 2145 (XXI), declarar extinguido el mandato y designar una Comisión internacional para la administración del territorio, al que se restituía su antiguo nombre de Namibia. Como la Unión no dio cumplimiento a esta Resolución, después de varias vicisitudes, el asunto fue llevado al Consejo de Seguridad, que, en su Resolución 276 (1970) declaró ilegal la presencia de Africa del Sur en Namibia, invitando a los Estados a obrar en consecuencia. Ante las dudas suscitadas por esta invitación, el Consejo de Seguridad formuló al Tribunal la siguiente consulta: ¿cuáles son las consecuencias de la presencia continuada de la Unión Surafricana en Namibia no obstante la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad?

de la 'Barcelona Traction' y repercusiones de la sentencia de 5 de febrero de 1970 sobre la teoría de las relaciones entre los órdenes jurídicos interno e internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970, pág. 504.

La respuesta a esta consulta está contenida en el dictamen de 21 de junio de 1971³², cuyo análisis no es necesario. Baste recordar que su primera conclusión es que la continuidad de la presencia de la Unión en Namibia es ilegal y debe ser puesto término a ella por la Unión. Lo interesante es que ni por ninguno los Estados informantes ni por los jueces que disintieron de la mayoría se sostuvo que un acto ilícito hubiere de quedar convalidado por su efectividad. Todas las opiniones en contrario se basaban en estimar que la persistencia en la ocupación de Namibia no era ilícita por un supuesto exceso de poder tanto por parte de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad al dictar las mencionadas Resoluciones.

En cambio, la efectividad es tenida en cuenta en el dictamen a un efecto diferente del de la convalidación de situaciones impuestas por la violencia: el de ser fuente de posibles responsabilidades:

«Africa del Sur, a la cual incumbe la responsabilidad de haber creado y prolongado una situación que según el Tribunal, ha sido válidamente declarada ilegal, está obligada a ponerla fin. Tiene, por tanto, la obligación de retirar su administración del territorio de Namibia. En tanto que deja subsistir esta situación ilegal y ocupa el territorio sin título, Africa del Sur incurre en responsabilidades internacionales por violación persistente de una obligación internacional. El hecho de que Africa del Sur no tenga ningún título jurídico que le habilite para administrar el territorio no le libera de las obligaciones y responsabilidades que el Derecho internacional le impone respecto a otros Estados y que están ligadas al ejercicio de sus poderes en este territorio. Es la autoridad efectiva sobre un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado en razón de actos concernientes a otros Estados»³³.

5. *Otra ineffectividad inoponible: la de la zona exclusiva de pesca islandesa en las sentencias de 25 de julio de 1974.*

En esta fecha, el Tribunal Internacional de Justicia decidió sobre las reclamaciones de la Gran Bretaña y de la República

32. International Court of Justice. Advisory Opinion of 21 June 1971.

33. International Court of Justice. Opinión cit., pág. 54.

Federal Alemana contra Islandia por la ampliación a cincuenta millas de su zona exclusiva de pesca³⁴.

De los dos fallos interesa en este momento recoger que el Tribunal, una vez más, se abstiene de pronunciarse acerca de la validez o invalidez del acto unilateral islandés, y aún de declarar que éste fuera oponible o inoponible *erga omnes*, para reducirse en una de las sentencias a declarar su no oponibilidad al Reino Unido y en la otra la misma inoponibilidad respecto a la República Federal en razón de que en el espacio marítimo afectado ambos Estados demandantes poseían ciertos derechos concurrentes de pesca.

A través de ambas sentencias y de las opiniones individuales y disidentes de algunos de los jueces, es fácil percibir que el Tribunal es consciente de operar en una materia muy delicada, en la que se está gestando un nuevo Derecho del Mar, pero que en esta situación

«la Cour, en tant que Tribunal, ne saurait rendre de décision *sub specie legis ferenda*, ni énoncer le droit avant que le législateur l'ait édicté»³⁵.

6. *Deducciones de la doctrina jurisprudencial analizada.*

Es evidente que, aunque algunas de las decisiones judiciales estudiadas concedan algún papel a la efectividad, éste es menor del que hubiera podido esperarse de un desarrollo del criterio reflejado en 1951 en la sentencia de las Pesquerías noruegas y en 1955 en la del caso Nottebohm.

Por una parte, en los casos de tensión entre efectividad y juridicidad, el Tribunal se ha inclinado del lado de ésta, aún en las circunstancias de una normativa internacional en vías de reforma como ocurría en el litigio de la zona de pesca islandesa.

De otro lado, en lo referente a la efectividad de la nacionalidad de las personas físicas o jurídicas, el Tribunal Internacional de Justicia se ha abstenido de formular *obiter dicta* en los que tuviere aplicación la necesidad de un vínculo nacional efectivo sin que se haya rectificado esta necesidad tanto por el Tribunal Internacional de Justicia en los asuntos del Comité de la Organi-

34. International Court of Justice. Fisheries Jurisdiction. Judgment of 25 July 1974. Vid., una nota sobre estas sentencias de M. V. CASTILLO DAUDI, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1976, págs. 437 y ss.

35. International Court of Justice. Opinión cit., pág. 172.

zación Marítima Consultiva como por la Comisión arbitral que resolvió el asunto Flegenheimer. Lo único que aparece claro en esta evolución jurisprudencial es que la efectividad opera en la vida internacional a través de la oponibilidad³⁶, aunque esto no signifique que todas las situaciones efectivas sean oponibles ni excluya la oponibilidad de reglas internacionales y decisiones de las Organizaciones internacionales contrarias a situaciones de hecho efectivas.

III. LAS CONSTRUCCIONES TEÓRICAS SOBRE LA EFECTIVIDAD.

1. *Metodología jurídicointernacional y aproximación a la realidad.*

El punto de partida de la mayor parte de los estudios sobre la efectividad en el orden jurídico internacional es la interpretación de la línea evolutiva de los procedimientos para su tratamiento científico en cuanto una tendencia que trata de acercarse cada vez más a las realidades que contempla.

Si la existencia de esta tendencia es indudable, no hay inconveniente en ver su iniciación en la obra de Johann Jakob Moser, quien, como dice Verdross³⁷, fue el primero que proyectó una teoría de la experiencia pura en Derecho internacional, que, en su opinión, no tiene por qué preguntar cómo deben los Estados comportarse en sus relaciones, sino decirnos qué reglas observar de hecho en ellas.

Aparece así, a mediados del siglo XVIII, un tratamiento positivista del Derecho internacional decenios antes del positivismo sociológico de Augusto Comte, y muchos años más con relación con respecto a la penetración de esta última tendencia en Derecho internacional con los enfoques, por ejemplo, de Max Huber o de Georges Scelle.

Del positivismo, en otro sentido más acentuadamente jurídico, se reclaman otras direcciones como el voluntarismo de Triepel y el normativismo de Kelsen, que va a operar la diferenciación conceptual y metodológica más profunda entre el campo del *sollen*, o del deber ser, en el que se mueve el Derecho, y el del *sein* o de

36. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, 2.ª edición. Madrid, 1976, págs. 251 y 253.

37. VERDROSS: *Derecho internacional público* (5.ª edición alemana, traducida por A. TRUYOL SERRA, nueva edición puesta al día con la colaboración de M. MEDINA ORTEGA. Madrid, 1976, pág. 87.

los puros hechos, así como entre la ciencia jurídica concebida como estrictamente normativa y las disciplinas que tienen como material de estudio lo que acontece en el mundo del ser. Sin embargo, en el pensamiento kelseniano, si bien la validez de cada norma (Geltung) deriva siempre de su conformidad con reglas superiores, como otro atributo de la norma se dibuja su efectividad, eficiencia u operancia (Wirkung) dependiente de su aplicación en la práctica.

Tiéndese así, en cierto modo, un puente entre el *ser* y el *deber ser* que permite a la efectividad desempeñar cierto papel aún en las construcciones jurídicas más rigurosas. Y en Derecho internacional este papel ha de ser más relevante todavía, habida cuenta de la especial estructura de este ordenamiento en el que sus principales sujetos, los Estados, asumen con frecuencia el cumplimiento de funciones internacionales y en el que existen modalidades y gradaciones en la vigencia y en la precisión de las reglas jurídicas. Baste recordar la existencia de una zona en el ordenamiento internacional cubierta por un Derecho blando, muelle, fofo (Soft Law), integrado por las que Dupuy llama «costumbres salvajes»³⁸.

En este medio jurídico, la efectividad tiene reservado un papel fundamental o, acaso, una pluralidad de papeles que desempeñar. Cuando menos, ha de servir como ángulo visual para contemplar en un corte vertical, un gran número de problemas internacionales, singularmente aquéllos que atraviesen la situación crítica de que su regulación anterior no responda a necesidades actuales sin que haya sido formalmente derogada por otra normativa nueva destinada a sustituirla.

2. *La efectividad como principio informador del Derecho internacional.*

El enfoque más frecuente en relación con la efectividad es el de asignarle la nota de constituir el resultado del funcionamiento de un principio, denominación de tal amplitud y vaguedad que exige una precisión.

El principio de efectividad, según la *communis opinio* de quienes lo han estudiado, no posee el contenido de un principio normativo que, dentro del Derecho internacional, pudiera tener cabida en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de

38. DUPUY: «Coutume sage et coutume sauvage», *Mélanges Rousseau*. Paris, 1974, pág. 86.

Justicia entre los principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas, en cualquiera de sus dos formas de principios específicos del Derecho internacional o aquéllos que éste recibe de los ordenamientos jurídicos internos en los que han sido generalmente admitidos.

Se trata, según aquella doctrina mayoritaria de un principio informador del funcionamiento del orden jurídico internacional. Sperduti³⁹ fue, seguramente el primero en adoptar este enfoque, cuya aceptación implica la ruptura con un normativismo integral, al aceptar que el Derecho internacional pueda estar compuesto de elementos no jurídicos, en el propio Sperduti de costumbres prejurídicas. No menos claramente Quadri cree de esencia en el principio de efectividad su falta de carácter normativo, puesto que «es absurdo decir que el orden jurídico debe observar ciertas reglas. Todo lo más que se puede decir es que funciona, más o menos, según las reglas de que se trata. El criterio es aquí la efectividad y no la obligatoriedad»⁴⁰.

Una formulación clara de este papel informador del principio de efectividad ha sido la base sobre la que está construido el libro más completo acerca de sus efectos en el orden internacional, el de Jean Touscoz, cuyo punto de partida es que «en virtud del principio de efectividad, únicamente las reglas y las situaciones jurídicas dotadas de cierta efectividad son válidas y oponibles»⁴¹. Desde el primer momento, el autor expone el fundamento metodológico que subyace en su tesis: mientras para el positivismo crítico el criterio de validez de las normas jurídicas en su conformidad con otra regla superior, el positivismo sociológico cree que el criterio de esta validez es la efectividad, pero esta afirmación, que se funda en la observación de la realidad jurídica, añade Touscoz, «no puede ser aceptable más que si establece que el principio de efectividad —criterio de validez— es una regla de Derecho positivo».

La efectividad queda así, en el pensamiento de Touscoz, dotada de una ambivalencia, en tanto que contenido de un simple principio informador y como regla de Derecho positivo. En ambos aspectos, el Derecho internacional es terreno abonado para el despliegue de las consecuencias propias de la efectividad, a la que tiene que recurrir constantemente la técnica jurídica por no estar

39. SPERDUTI: *L'individuo nel Diritto internazionale*. Milán, 1950, pág. 647.

40. QUADRI: «Le fondement du caractère obligatoire du droit international», *Recueil des Cours*, 1952, I, pág. 622.

41. TOUSCOZ: *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*. Paris, 1964, pág. 5.

tan centralizado y jerarquizado como los ordenamientos internos, lo que hace más grave en él la tensión existente entre las reglas y las situaciones jurídicas de un lado y la realidad social del otro.

Para el análisis de estas tensiones, parte Touscoz de dos hipótesis de trabajo: 1.^a La relación que existe entre la realidad y el conjunto de reglas y situaciones jurídicas es una relación necesaria, y 2.^a Una adecuación, tan perfecta como sea posible, entre estos dos términos tiende a realizarse, o dicho de otra manera: *«Existe una relación necesaria entre las reglas y situaciones jurídicas y la realidad social y esta relación tiende progresivamente hacia su identificación»*⁴².

Para la comprobación de estas hipótesis de trabajo, el autor se propone pasar revista a cada uno de los terrenos del Derecho internacional a través de dos categorías de supuestos que corresponden a sendas funciones que el principio desempeña en el orden internacional: una función creadora que preside la formación o la elaboración del Derecho y otra revisionista o modificadora que rige el cambio y la revisión de las reglas y situaciones jurídicas.

En el primer aspecto, el análisis que realiza permite al profesor Touscoz sintetizar las hipótesis en que la efectividad cumple una función creadora en las siguientes conclusiones:

La efectividad condiciona la formación de ciertas reglas jurídicas de dos maneras: directamente, en la formación de las reglas consuetudinarias, subordinada a la condición necesaria y suficiente de una relación suficientemente estrecha y duradera de la norma con la realidad; indirectamente, por medio de técnicas jurídicas, en el caso de los tratados multilaterales, la efectividad conferida por la adhesión de un grupo de Estados limita la libertad de los que no pertenecen a él, mientras en las Organizaciones, una efectividad de orden cualitativo —grandes Potencias— o cuantitativo —mayoría— determina las condiciones de elaboración de las decisiones⁴³.

También según Touscoz, la efectividad despliega una función creadora en relación con ciertos títulos jurídicos, para los que alguna vez es condición necesaria y suficiente para la oponibilidad de ciertas competencias, mientras en otras ocasiones es condición necesaria aunque no suficiente⁴⁴.

La otra función de la efectividad es la de operar, o contribuir

42. TOUSCOZ: *ob. cit.*, pág. 8. El subrayado es del autor.

43. TOUSCOZ: *ob. cit.*, págs. 78 y 79.

44. TOUSCOZ: *ob. cit.*, pág. 154.

a operar, el cambio de reglas o situaciones jurídicas, en cuanto produce la armonización del poder de hecho con el poder jurídico.

El análisis realizado permite al autor ver confirmada su hipótesis inicial de que la efectividad es el contenido de un principio informador, o, si se quiere adoptar la técnica de algunos autores italianos, un principio «constitucional» que expresa ante todo cómo funciona de hecho la sociedad internacional⁴⁵, sin que se le pueda atribuir el carácter de una regla consuetudinaria ni el de un principio general del Derecho, en cuanto, si lo fuese, podría ser transgredido. En todo caso, presenta un doble carácter en la vida internacional: en cuanto garantía de estabilidad y como factor de cambio. Desde otro punto de vista, a diferencia de lo que ocurre con la validez de las normas, a la que hay que dar una respuesta afirmativa o negativa, la efectividad es susceptible de grados, lo que hace incierta la aplicación del principio, al menos, en los casos límites.

Tal es la concepción expuesta por Touscoz, en la obra de contenido más exhaustivo que hasta ahora se ha escrito sobre la efectividad. Su crítica es difícil, especialmente para quien como el autor de estas páginas había escrito, años antes y con mucha menor información, sobre el tema con unas conclusiones bastante análogas a las del profesor francés. Dentro de este enfoque esencialmente común, es posible echar algo de menos en la magistral monografía reseñada: la medida de los efectos de la efectividad desde el ángulo visual de su valoración jurídica. Y la respuesta a esta interrogante la encontramos claramente expresada en una afirmación sencillísima de Verdross: «El principio de efectividad no carece de límites jurídicos internacionales: *sólo funciona en el marco que el propio Derecho internacional establece*. Si el principio de efectividad valiera sin restricciones, quedaría disuelto todo Derecho internacional»⁴⁶.

Así, al prescindir de una calificación normativa para el principio de efectividad, nos encontramos ante una situación con elementos un tanto contradictorios: por un lado, la efectividad opera solamente en el ámbito permitido por ciertas reglas jurídicas internacionales, pero estas reglas, a su vez, cualquiera que sea su validez formal, necesitan para su vigencia un grado apreciable de efectividad. Tales son los términos en que se plantea una tensión entre legalidad y efectividad, presente en todo orden jurídico y más acentuada en Derecho internacional que en cualquier otro.

45. TOUSCOZ: *ob. cit.*, pág. 256.

46. VERDROSS: *ob. cit.*, pág. 116.

3. Efectividades estructurales y en acción.

Es posible que lo que acaba de ser expuesto explique las cautelas con las que el jurista debe aproximarse al concepto y al contenido de la efectividad en Derecho internacional, y que, mejor que hablar de una regla o principio en la materia, resulte el análisis de las efectividades concretas. Tal ha sido el proceder del profesor Charles de Visscher, quien varias veces trató del tema en los últimos años de su fecunda y larga carrera científica.

De Visscher inició lo que pudiera denominarse su última navegación con la publicación en 1953 del libro *Théories et réalités en Droit international public*, en el que se dedicaban algunas páginas a la efectividad. Aquella obra, de la que, dada la edad del autor, hubiera podido pensarse que constituía su testamento científico, vino a ser un programa de trabajos futuros, en los que varios de los capítulos de 1953 adquirieron un pleno desarrollo en otros tantos libros, aparte de trabajos más breves, alguno dedicado a la efectividad⁴⁷ y el desenvolvimiento alcanzado por este tema en sucesivas ediciones de «*Théories et réalités*».

El punto de partida del profesor De Visscher es preguntarse si la frecuencia de aplicaciones de la efectividad la configuran como un principio general y autónomo en Derecho internacional o es, simplemente, el proceso normal y absolutamente general de la penetración de los datos sociales en el Derecho. La verdadera fisonomía de las efectividades sólo se conocerá y sus contornos quedarán delimitados cuando se les aisle de su contexto sociológico general, señalando su propia acción ante ciertas inadaptaciones momentáneas del Derecho positivo a exigencias sentidas como particularmente imperativas. Así, llega el autor a la conclusión de que si la efectividad no es un principio de Derecho internacional, en cambio, refleja altamente el espíritu de este Derecho⁴⁸.

Continuaba el maestro belga con la diferenciación de dos clases de efectividades: unas consisten en estructuras estáticas, consolidadas por el tiempo, que el Derecho internacional recibe aparte de todo juicio de legitimidad, mientras otras efectividades derivan esencialmente de la ley del movimiento, las que se afirman donde una inadaptación flagrante del Derecho impone una formulación nueva de la norma o su aplicación individualizada aco-

47. DE VISSCHER, Ch.: «Observations sur l'effectivité en droit international public», *Revue générale de Droit international public*, 1958, págs. 601 y ss.

48. DE VISSCHER, Ch.: *Les effectivités du Droit international public*. Paris, 1967, págs. 8 a 11.

modada a las nuevas circunstancias. Son las efectividades en acción que sugieren a la vez la idea de cierta tensión y la de una última adecuación entre el hecho y el Derecho. La efectividad así entendida, no se reduce a un «dato», encierra un imperativo puesto en obra por juicios de valor para asegurar al Derecho su adaptación en un medio social renovado⁴⁹.

Las efectividades llevadas a término son las estructurales, creadoras de situaciones objetivas, en principio oponibles *erga omnes*. Las efectividades en acción son las que crean una tensión, para acabar influyendo tanto en el Derecho objetivo como en las situaciones subjetivas. Su función, en cuanto nace de una inadaptación momentánea, es transitoria, que se extingue cuando la adaptación se realiza, en la formación del Derecho, cuando se llega a una regulación adecuada, y en las situaciones subjetivas cuando se produce una aplicación individualizada de la regla jurídica.

Con base en estas ideas generales, el profesor De Visscher dedica una buena parte de su obra a la busca de la efectividad allí donde se trata de conferir a la regla de Derecho la plenitud de su efecto mediante la adaptación de su expresión a las realidades sociales, por dos vías: la acción gubernamental y la jurisprudencia internacional⁵⁰.

Realizada esta busca de la efectividad en diferentes ámbitos del Derecho internacional público, el autor corona su obra con el descubrimiento de lo que llama «postulados» de la efectividad, que su gran experiencia como juez en los dos Tribunales de La Haya le lleva a investigar en las decisiones de éstos. En todos ellos encuentra como principio animador la finalidad, la noción de fin y de valor, lo que explica su carácter evolutivo y su acción tan manifiesta en las estructuras nuevas del Derecho internacional. Los aspectos principales que el Profesor De Visscher encuentra en la jurisprudencia de ambos Tribunales son los siguientes:

1. *La practicabilidad* de la regla, como aspecto elemental de la efectividad, sobre todo cuando su aplicación está condicionada a circunstancias de orden físico o material. El mejor ejemplo es el de la sentencia de las Pesquerías noruegas, que ha aceptado una línea de base para medir el mar territorial basada en las «realidades geográficas».

2. *La estabilidad*, a la que la justicia internacional debe con-

49. DE VISSCHER, Ch.: *ob. cit.*, págs. 11 a 13.

50. DE VISSCHER, Ch.: *ob. cit.*, págs. 29 a 31; «La recherche de l'effectivité dans les principales orientations de la jurisprudence internationale». *Homage to Guggenheim*. Ginebra, 1968, págs. 760 a 777.

tribuir, procurando no prolongar situaciones obscuras o movilizadas, lo que tiene especial aplicación a las fronteras de los Estados. Ejemplos claros son los de consolidación de títulos históricos y de la fe debida al título en los trazados de fronteras.

3. *La seguridad del Derecho* manifestada en la jurisprudencia internacional en la interpretación de los tratados partiendo de su texto, en el alcance de los actos unilaterales o de actitudes unilaterales como el no uso de un derecho, el silencio, la aquiescencia tácita, etc., situaciones ante las que los Tribunales de La Haya han recurrido tanto a la aplicación del principio de buena fe como a consideraciones objetivas derivadas del interés general, especialmente de la necesidad de certidumbre y seguridad del Derecho.

4. *La continuidad del Derecho*. La sentencia de 10 de septiembre de 1929, sobre jurisdicción territorial de la Comisión internacional del Oder, basó la efectividad del principio de internacionalización de los ríos en una comunidad de intereses, convertida en comunidad de Derecho por los acuerdos del Congreso de Viena y la práctica de los Estados. Y en el dictamen de 11 de julio de 1950 sobre el Estatuto internacional del Suroeste africano se inspira en la continuidad de una institución, el mandato internacional, dedicada a fines humanos y civilizadores.

5. Consideraciones de *finalidad*, de aplicación muy restringida en los tratados bilaterales, se colocan en el primer plano en los tratados creadores de Organizaciones internacionales. Ejemplo clarísimo es la toma en consideración de las competencias implícitas en el Dictamen sobre Reparación de daños. Pero, concluye el profesor De Visscher, en la busca de la efectividad existe un límite evidente: en lo que pudiera llamarse la «dinámica» de las Organizaciones internacionales, nada sólido se puede hacer si se rebasa lo que autoriza el grado de solidaridad real entre los Estados que las han constituido⁵¹.

No es pertinente ahora intentar una crítica de la construcción sobre la efectividad del que fue en vida Presidente de honor del Instituto de Derecho Internacional, pero es posible hacer sobre ella unas observaciones que no implican juicio de valor.

En primer lugar, el profesor De Visscher entiende la efectividad en un sentido muy amplio, en el que tiene entrada una interpretación finalista o teleológica de los textos internacionales, a fin de que produzcan los efectos necesarios para que sean satis-

51. DE VISSCHER: *ob. cit.*, págs. 153 a 159.

fechas las exigencias que corresponden al mejor cumplimiento de los propósitos y funciones de las Organizaciones internacionales y del objeto y fin de los tratados. Con esta concepción, el panorama se ensancha considerablemente en relación al contemplado en otros estudios sobre la efectividad.

Por otra parte es de subrayar la diferenciación entre las efectividades estructurales y las que se encuentran en acción, que resulta más útil que la formulada por Touscoz entre las funciones creadora y modificadora de la efectividad que bien pueden coincidir en un mismo fenómeno o proceso.

En todo caso, la construcción del profesor De Visscher viene a confirmar lo acertado del planteamiento del problema de la efectividad como una tensión entre un estado de hecho y otro de Derecho, generalmente resuelta a la larga en favor de la juridificación del primero. En la última versión de su pensamiento, el profesor De Visscher hacía de la duración de una situación efectiva creada por un acto ilícito el criterio para que aquella situación pudiera llegar a dar lugar a una situación de Derecho nueva. «La duración —decía— produce aquí la función mediadora de la efectividad aclarando la relación entre dos máximas que no son contradictorias más que en apariencia: *ex iniuria, ius non oritur* y *ex facto, ius oritur*⁵².

4. *La efectividad como límite del relativismo del Derecho internacional.*

Contemplamos un enfoque, seguramente no del todo ausente en las construcciones sobre la efectividad reseñadas, que ha sido utilizado con tanta claridad como rigor por el profesor Carrillo Salcedo, para quien, aparte el condicionamiento de las reglas internacionales por el tipo de realidades que están llamadas a regir, significa que «en principio, para que una obligación vincule a un Estado o una situación produzca efectos respecto de él, es preciso que dicho Estado haya participado en su creación o las haya reconocido»⁵³.

Carrillo explica que no puede afirmarse este relativismo de una manera absoluta, y que, cuando se ha hecho así, es porque se ha intentado comprender el Derecho internacional desde el Estado soberano, y no desde el grupo social del que aquel forma par-

52. DE VISSCHER: *Théories et réalités en Droit internationale public*. 4.^a edición. París, 1970, págs. 319 y 320.

53. CARRILLO SALCEDO: *ob. cit.*, pág. 107.

te⁵⁴. Por eso el relativismo tiene, entre otros límites, el constituido por la actuación del principio de efectividad.

Esta actuación es examinada por el autor, como habían hecho también los otros juristas que han estudiado el tema, a través de diferentes ámbitos de las relaciones reguladas por el Derecho internacional, pero principalmente, en consecuencia con el ángulo visual adoptado por Carrillo, en cuanto al modo de operar del Derecho internacional mediante «la oponibilidad», esto es, la necesaria reacción de una modificación del orden internacional sobre el comportamiento de los terceros Estados, con independencia de su voluntad⁵⁵.

Por ello, «la noción de efectividad aparece en todo caso como un factor de objetivación en un mundo dominado por el voluntarismo de los Estados: contribuye a poner de relieve que no todo el Derecho internacional puede quedar reducido a producto de la voluntad de los Estados, así como el hecho de que la función de la voluntad de los Estados en la elaboración del Derecho internacional y en el establecimiento de situaciones jurídicas *es importante pero no exclusiva*»⁵⁶.

Como en Touscoz y en otros juristas, para Carrillo Salcedo, la naturaleza jurídica de la efectividad es la de un principio informador, actuante en el cumplimiento de varias funciones, la más importante de ellas la de producir el efecto de oponibilidad a los Estados que, dentro de una concepción puramente voluntarista, sólo sería susceptible de alcanzarse mediante el reconocimiento de aquellos para la situación de que se trate.

La exposición de Carrillo, al cargar el acento sobre este punto, sin añadir nada esencialmente nuevo a las construcciones expuestas por Touscoz y De Visscher, proporciona un ángulo visual para la mejor comprensión de la efectividad y de sus efectos en la vida internacional.

5. *Efectividad y dialéctica.*

Si la efectividad de una situación es relevante para el Derecho internacional en cuanto se contrapone a una falta de regulación o a una normativa contraria al hecho creador de aquella situación, es posible interpretar este fenómeno como la contraposición

54. CARRILLO SALCEDO: *ob. cit.*, pág. 193.

55. CARRILLO SALCEDO: *ob. cit.*, págs. 251 y 252.

56. CARRILLO SALCEDO: *ob. cit.*, pág. 228.

entre una tesis y su antítesis, susceptible de ser resuelta en una síntesis.

Este planteamiento en términos hegelianos influyó, como es bien conocido, en el pensamiento de Marx y, a través de él, en algunas construcciones jurídico internacionales defendidas por autores socialistas. El Derecho mismo, en su opinión, nace de las contradicciones entre las clases⁵⁷, y la misma coexistencia pacífica puede considerarse como la síntesis entre dos efectividades: los sistemas económicos, sociales y jurídicos vigentes a cada uno de ambos lados del telón de acero.

Una base más fácil para el despliegue de este método dialéctico se encuentra en la teoría de las contradicciones de Mao⁵⁸, que no parece haber sido muy utilizada por los internacionalistas chinos⁵⁹, pero que ha servido de guía al profesor Chaumont para el curso general que desarrolló en la Academia de La Haya en 1970.

Señala Chaumont tres grandes antinomias que se encuentran en la esencia misma del Derecho internacional: entre la cooperación internacional y las independencias nacionales, entre el orden jurídico internacional y la revolución, y entre el derecho de los pueblos a la libre disposición de sí mismos y las zonas de influencia⁶⁰.

El mismo Chaumont ha explicado años después, de qué manera ha aplicado un enfoque dialéctico al Derecho internacional. Reconoce que es un método no ligado a una ideología exclusiva, pero que, presente en la Filosofía de Hegel, ha sido utilizado por los teóricos del socialismo. Parte Chaumont de la idea de que la misión del Derecho internacional es resolver contradicciones por medio del acuerdo de voluntades estatales, pero añade que la autenticidad y la duración del acuerdo depende de factores concretos que el observador puede analizar. El acuerdo será tanto más auténtico cuanto mejor preserve los objetivos de todos los Estados pactantes, pero la heterogeneidad de las infraestructuras de cada voluntad introduce en el acuerdo un elemento de mala inteligencia.

Con esta base, la obligación jurídica puede ser sometida a un análisis dialéctico. Las relaciones internacionales son el soporte estructural de las reglas de Derecho, en relación entre sí análoga

57. TUNKIN: *Droit international public*. Paris, 1965, pág. 147.

58. MAO TSETOUNG: *Cinq essais philosophiques*. Paris, 1971, págs. 44 y ss.

59. TIEN THE-HAO: «Conception et pratique du droit international public en la République populaire de Chine», *Journal de Droit International*, 1976, págs. 863 y ss.

60. CHAUMONT: «Cours général de Droit international public», *Recueil des Cours*, 1970-I; T. 129, págs. 348 y ss.

a la existente entre el ser y el deber ser, entre los que, según algunos teóricos, existe un foso infranqueable, pero esta imposibilidad del paso del *sein* al *sollen* no responde a la realidad, puesto que de un tratado realiza, a partir de una contradicción, una armonía que, aunque relativa y provisional, posee cierta duración. En esta medida, la norma se semeja a una ley natural: va más allá del momento de su enunciación, pues supone un porvenir a través de un pasado y de un presente, y se convierten en un *ser*. Puesto que se trata de una mutación, se trata también de un proceso dialéctico: si la norma jurídica forma una fuerza comparable a la de una ley natural, es porque la contradicción primitiva desaparece, o, al menos, se dulcifica. Pero en cuanto la norma ha entrado en el ámbito de las realidades sociales, surge una nueva contradicción, que puede ser el fruto de una desacralización de la norma, sobre todo, cuando existe una tensión demasiado grande entre el aparato del Estado y la conciencia popular, si esta «contradicción consecutiva» es más fuerte que la «contradicción primitiva, el deber ser se evapora y todo ocurre como si nunca hubiese existido, produciendo una ausencia del sentimiento de obligación. Esto ocurre cuando la norma pierde su credibilidad, que es la de cierto medio y de cierta época, produciendo una «contradicción sucesiva»⁶¹.

En la medida en que el profesor Chaumont se inspiró en su curso de 1970 en la metodología que iba a explicar años después, la primera contradicción, la existente entre la soberanía y la cooperación es una antinomia real, pero con la que es preciso vivir: supuesto que la cooperación se hace con independencias nacionales; si estas últimas faltan, no habría cooperación, sino dominación»⁶². La antinomia entre el orden jurídico internacional y la revolución responde a la que existe entre un sistema de conservación de valores y un movimiento de renovación de estos valores, antítesis necesaria, puesto que, como ha dicho Mao, «en la sociedad de clases, las revoluciones y las guerras revolucionarias son inevitables: sin ellas, es imposible obtener un desarrollo por saltos de la sociedad». Finalmente, el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos conduce a su independencia, pero ésta supone ciertas condiciones concretas cuya existencia y mantenimiento son difíciles, sobre todo cuando opera contra ellos la práctica de las zonas de influencia⁶³.

61. CHAUMONT: «Méthode d'analyse du droit international», *Revue belge de droit international*, 1975, págs. 32 a 37.

62. CHAUMONT: *Cour Général*, pág. 349.

63. CHAUMONT: *ob. cit.*, págs. 351 y 353.

La clara y confesada inspiración de Chaumont en la teoría de Mao sobre las contradicciones no significa que la haya seguido hasta sus últimas consecuencias. La dialéctica del pensador chino, como no podía ser por menos una vez aceptado el dogma marxista de la lucha de clases, se despliega en una construcción beligerante que lleva a Mao a distinguir dos tipos de contradicciones sociales: las que existen entre el pueblo chino y sus enemigos y las contradicciones que se dan en el seno del pueblo. «En la etapa actual, que es el período de edificación socialista, todas las clases y capas sociales, todos los grupos sociales que aprueban y sostienen esta edificación y participan en ella forman el pueblo, mientras que todas las fuerzas sociales y grupos sociales que se oponen a la revolución socialista, que son hostiles a ella o se aplican a sabotearla son los enemigos del pueblo»⁶⁴.

En el pensamiento de Mao, sólo estas últimas contradicciones son «antagonistas», aunque pueden comenzar siéndolo también algunas contradicciones en el seno del pueblo, como las que oponen a los explotadores y a los explotados, pero pueden ser transformadas en «no antagonistas», si se tratan de una manera juiciosa, expresada en la fórmula *Unidad-crítica-Unidad*. «Más explícitamente, es partir del deseo de unidad y llegar, resolviendo las contradicciones por la crítica o la lucha, a una nueva unidad, reposando sobre una base nueva»⁶⁵.

Evidentemente, esta visión aplicada a cualquier realidad sólo permite contemplarla como una fotografía instantánea, sin seguridad de la permanencia de lo reflejado durante un tiempo determinado. Pero, aún con este valor relativo de referencia a la más estricta actualidad, es posible señalar en cada momento cuál aparece como preponderante entre los dos términos en pugna. Así, en relación a las contradicciones señaladas por Chaumont en el Derecho Internacional, González Campos estima que «las exigencias de la soberanía e independencia nacional priman sobre las de la cooperación pacífica. La función de orden y estabilidad propias del sistema jurídico internacional son dominantes respecto a las exigencias revolucionarias de los pueblos, presentes en el orden interno. Finalmente, el principio de autodeterminación de los pueblos constituye el aspecto dominante de la contradicción, frente a las potencias de los Estados más poderosos»⁶⁶.

64. MAO TSETOUNG: «La juste solution des contradictions», *Cinq Essais philosophiques*, pág. 154.

65. MAO TSETOUNG: *ob. cit.*, págs. 165 y 166.

66. GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho internacional público*, vol. I, Oviedo, 1975, pág. 38.

Si esta interpretación, como nos parece, es exacta, el principio de efectividad constituye una fuerza conservadora en favor de la soberanía nacional y de las exigencias de orden y estabilidad del sistema jurídico internacional, pero, por otro lado, es un mecanismo muy sensible a las consecuencias de los hechos consumados en que se transforman algunas reivindicaciones inicialmente revolucionarias, como ha acontecido con el principio de autodeterminación de los pueblos, aunque es posible que el profesor González Campos haya incurrido en cierto optimismo al infravalorar las esferas de influencia de las grandes potencias.

Parece necesario añadir la posibilidad de que efectividades nuevas erosionen las otras tendencias preponderantes. La cooperación internacional, aunque lentamente, va ganando terreno, precisamente en los casos en que ha dado lugar a ciertas realidades estructurales que parecen irreversibles. Y las tendencias revolucionarias de algunos pueblos pueden beneficiarse, por ejemplo, del avance logrado por el principio de autodeterminación de los pueblos: tal ocurre con la reivindicación a la soberanía sobre las riquezas y recursos naturales.

IV. LA EFECTIVIDAD EN LA PRODUCCIÓN DE LAS REGLAS JURÍDICAS INTERNACIONALES.

1. *Las diferentes capas del Derecho internacional.*

Una visión panorámica de las cuestiones más controvertidas desde el punto de vista jurídico en la vida internacional nos muestra la necesidad de distinguir diferentes capas, en lo que afecta a la vinculatoriedad para sus destinatarios, en el sistema de reglas que constituye el orden jurídico internacional.

La mayor parte de estas reglas poseen el grado de imperatividad propio de las normas de Derecho dispositivo, es decir, susceptibles de quedar descartada su aplicación a un caso concreto mediante acuerdo expreso o tácito de los que en aquel supuesto son sus destinatarios.

Actualmente, no sólo la doctrina sino textos internacionales como los artículos 53 y 64 del Convenio de Viena de 1969 admiten la existencia de un *ius cogens* internacional, integrado por aquellas reglas que la Comunidad internacional en su conjunto ha admitido como dotadas de tal grado de imperatividad que producen tanto la nulidad inicial de un tratado contrario a ellas como la sobrevenida para un convenio válido en el momento de su entrada en vigor pero opuesto a una regla de *ius cogens* aparecida con posterioridad.

Al lado de estas reglas dotadas de un máximo de imperatividad, la realidad nos permite contemplar y la doctrina ha señalado la existencia de otras reglas, a las que difícilmente puede negarse la categoría de jurídicas, que, no obstante, no poseen más que una imperatividad limitada. Un importante sector doctrinal engloba estas normas en la zona denominada de *Soft Law* (Derecho blando, muelle, fofo), a diferencia de un Derecho «duro» (*Hard Law*).

Se incluyen en esta categoría unas reglas de tipo bien conocido en los ordenamientos internos, sobre todo en el Derecho constitucional: las normas programáticas, es decir las expresivas de una voluntad del órgano legislativo encaminada a la consecución de ciertas finalidades.

El acrecentamiento de este tipo de reglas en la vida internacional puede contribuir a que, dentro de él, se dibujen algunas especies con caracteres propios. Así, en el Derecho del medio ambiente al que el profesor Dupuy ha caracterizado como un Derecho de finalidad⁶⁷, lo mismo que otros autores han dicho respecto al llamado Derecho del Desarrollo económico. Es natural que las reglas integrantes de cada uno de estos nuevos ámbitos del orden jurídico internacional muestren diversos grados de elaboración.

El más claro de todos es el de las reglas que imponen a sus destinatarios una obligación de resultado, con libertad en cuanto a los medios utilizados para alcanzar las finalidades deseadas: tal es el caso de las *recomendaciones* en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el de las *directivas* o *directrices* de la Comunidad Económica Europea y de la Euratom.

Seguramente, dotadas de menor precisión e imperatividad son las reglas que Dupuy llama de «Derecho programatorio»⁶⁸, cuya debilidad no deriva tanto de su fuente de producción, generalmente consistente en Resoluciones de las Organizaciones internacionales, como de su contenido impreciso y proyectado hacia el desarrollo de un programa futuro. Parece imposible negar a estas reglas un carácter jurídico, derivado de la conjunción de la *ratio* de su contenido con la *voluntas* positivadora que las proclama, pero todavía es preciso discernir en cada caso si estamos en presencia de simples reglas *de lege ferenda* o si poseen el mínimo carácter de positividad para atribuir la calificación de ilícito al acto que se les oponga. Es claro que para la consideración de una

67. DUPUY: *Colloque 1973*. Academie de Droit International, pág. 621.

68. DUPUY: «Droit déclaratoire et Droit programmatore: De la coutume sauvage à la 'Soft Law'», *L'elaboration du Droit International public*. Colloque de Toulouse. Paris, 1975, págs. 139 y ss.

regla como meramente programática o *de lege ferenda* no es criterio decisivo su inclusión en un documento aprobado por una Organización internacional con el nombre de Plan o de Programa, puesto que pueden existir en este tipo de documentos reglas dotadas de cierto grado de precisión, como las que imponen obligaciones negativas o *in non faciendo*⁶⁹. Y también es concebible que una regla a la que se atribuye la calificación *de lege ferenda* no llegue siquiera a este valor mínimo de la norma programática, como ocurre con las opiniones doctrinales o con los proyectos que no han llegado a entrar en vigor.

Finalmente, hay que mencionar los actos unilaterales de los Estados, que, si no constituyen fuente del Derecho internacional, al menos, según la feliz expresión de Wengler⁷⁰, contribuyen a la conformación del Derecho internacional público, y, en todo caso, poseen una clara potencialidad generativa de situaciones jurídicas subjetivas.

2. *El papel de la efectividad en la formación de las reglas internacionales.*

El panorama acabado de bosquejar nos demuestra que, aparte del procedimiento clásico del tratado como acuerdo expreso de voluntades de dos o más Estados soberanos, existen diferentes procedimientos en los que los hechos, por regla general también imputables a los Estados, crean o contribuyen a crear nuevas reglas internacionales.

Nada de ello es nuevo, puesto que en todo ordenamiento jurídico existe una zona de Derecho consuetudinario, para cuya elaboración, cualesquiera que sean otros requisitos exigibles, es condición esencial la repetición de actos imputables a los sujetos de cada ordenamiento: en Derecho internacional a los Estados.

La realidad actual nos muestra un panorama más complejo, en cuanto el Derecho internacional consuetudinario puede ser generado de manera diferente a la de la repetición de actos unilaterales de los Estados entre los que va a regir. En primer lugar, en cuanto que es posible que determinadas reglas consuetudinarias internacionales sean también vinculantes respecto a otros Es-

69. VIRALLY: «La notion de Programme —un instrument de la coopération technique internationale», *Annuaire française de Droit international*, 1968, págs. 530 y ss.

70. WENGLER: *Völkerrecht*. Band I. Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1964, págs. 303 y ss.

tados diferentes: tales son los supuestos en que la regla consuetudinaria internacional viene a configurar una situación objetiva que, por su propia naturaleza, es oponible *erga omnes*. No ofrece duda de que, en la apreciación de la medida en que esta situación objetiva existe, la efectividad desempeña un papel fundamental.

Otro tanto ocurre respecto a las Resoluciones de Organizaciones internacionales que, emanadas de un órgano carente de poder nomogenético, sólo pueden adquirir fuerza vinculatoria para sus destinatarios mediante la adición que implica el cumplimiento de otras condiciones, entre las que puede ser decisiva la conducta de los propios destinatarios, susceptible de un mayor o menor grado de efectividad. Esta conducta se manifiesta en una repetición de actos que rápidamente puede dar nacimiento a una costumbre jurídica, habida cuenta de que el otro elemento necesario para este resultado, la *opinio iuris*, está cumplido por el nuevo hecho de la aprobación de la Resolución por la Asamblea General de la O.N.U. u otro órgano internacional, especialmente cuando esta aprobación ha sido conseguida por unanimidad o por gran mayoría.

Y no es necesario detenerse en razonar como, aún en los casos en que la efectividad no genera ni modifica reglas internacionales, posee una función creadora de situaciones jurídicas subjetivas, o, al menos, de requisito para su existencia válida u oponible.

3. *El límite a los efectos de la efectividad.*

La tendencia realista que lleva a la toma en consideración de las diferentes funciones que la efectividad desempeña en la vida jurídica puede incidir en el riesgo de sobrestimar sus consecuencias hasta el punto de pasar, con más facilidad en Derecho internacional que en el interno, de admitir que *ex factis, oritur ius*, esto es, reconocer la conformación del Derecho por su estructura socio-política, a sostener que *ex injuria, oritur ius*, es decir, que del acto antijurídico puede nacer el Derecho como regla de conducta y un derecho subjetivo para el Estado autor del acto ilícito.

En el actual Derecho internacional, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza desde la Carta de las Naciones Unidas hasta la Declaración de Helsinki de 1975, pasando por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, nos alejan un tanto de este resultado indeseable, pero no han faltado, desgraciadamente, hechos contrarios a aquella prohibición cuyas consecuencias

han quedado consumadas y, a veces, con carácter probablemente irreversible.

En ocasiones, en los últimos decenios, situaciones impuestas por la fuerza han llegado a consolidarse, al ser consagradas en documentos diplomáticos que tienen la virtualidad de transformarlas en situaciones jurídicas. Focsaneanu cita como ejemplos la ocupación soviética de territorios de Alemania oriental, la ocupación de la isla de Sajalina y de las Kuriles meridionales, la ocupación por Israel de Cisjordania, Sinaí y Gaza. «Se tiene —dice Focsaneanu⁷¹— la impresión de que el temor de un enfrentamiento mayor determina a los Estados a resignarse a una especie de *uti possidetis* antes de correr los riesgos de una guerra».

La conclusión no es necesaria ni nueva. Por un lado, viene a confirmar una de las posibilidades de actuación de la efectividad en la vida internacional, que difícilmente puede desaparecer: la de convalidación jurídica de los actos de fuerza. Pero también demuestra la necesidad de que algún elemento externo contribuya a aquella legitimación y hasta de que sea el factor decisivo de ella.

Es posible preguntarse hasta qué punto, la prohibición del empleo de la fuerza señala un límite negativo al proceso de consolidación jurídica de los hechos consumados en la vida internacional. En principio, en un momento inicial este límite debe considerarse como absoluto: la ilicitud del acto de fuerza impide la producción de efectos jurídicos diferentes de la responsabilidad para el Estado autor, aunque ésta no siempre pueda ser exigida ni destruidas las consecuencias de hecho del acto ilícito. Y, luego, a partir de esta consolidación fáctica, la jurídica del acto de fuerza y de sus efectos tendrá una posibilidad, a plazo más o menos largo, mediante la oponibilidad frente a cada Estado en particular resultante del reconocimiento prestado a la nueva situación ilícitamente creada o a sus consecuencias.

La negación de efectos jurídicos a los hechos producidos por la fuerza, deseable a corto plazo, es tan difícil de prolongarse en el tiempo como la pretensión expresada en ciertas Constituciones o leyes políticas de que algunas de las reglas o principios que contienen son absolutamente permanentes e irreformables. Es posible que lo sean ante la mentalidad de una generación o del grupo social hegemónico en ella, pero tal pretensión de perma-

71. FOCSEANEANU: «Norme et comportement en Droit international. Pour un Droit des Gens phénoménologique», *Symbolae Garcia Arias*. Zaragoza, 1973-74, pág. 74.

nencia no puede excluir la continua erosión de aquello que se supone irreformable por realidades nuevas.

En éstas, al lado de elementos puramente fácticos, existe, o puede existir, otro elemento normativo, integrado por reglas que, si no una vigencia jurídica, al menos pueden poseer la vigencia social suficiente para facilitar su tránsito al ámbito de la normatividad jurídica, al llevar una carga de contenido axiológico susceptible de impulsar la creación de un Derecho nuevo. La concepción tridimensional del Derecho aclara esta ascensión a la esfera jurídica positiva de esta mezcla de realidades fácticas y de elementos valorativos⁷².

72. RUILOBA SANTANA: «La concepción tridimensional del Derecho y el Derecho internacional», en *Homenaje al Profesor Corts Grau*, T. II, Valencia, 1977, págs. 426 y ss.

