



**Presupuestos y Limitaciones del Ejercicio de
la Protección Diplomática por Daños a Ex-
tranjeros.**

T E S I S

Que para obtener el título de :
LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a :
JUAN MANUEL GARCIA VELASCO

MEXICO, D. F.

1968

853



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis muy amados padres.

A mi esposa e hijos, seres queridísimos

**H mis hermanos, Evelina, Jorge, Guadalupe,
Pablo, Guillermina, Raquel, Fernandito.**

A todos mis maestros universitarios.

A mis amigos.

A todas aquellas personas que han mostrado para conmigo comprensión y para quienes tenga motivos de agradecimiento.

PRESUPUESTOS Y LIMITACIONES DEL EJERCICIO DE LA
PROTECCION DIPLOMATICA POR DAÑOS A EXTRANJEROS

S U M A R I O

CAPITULO PRIMERO

IDEA GENERAL SOBRE EL TRATO A LOS EXTRANJEROS.

- I.- BREVE DESARROLLO HISTÓRICO DEL TRATO A LOS EXTRANJEROS.
- II.- PRINCIPIO PARA EL TRATO A LOS EXTRANJEROS.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLO--
MATICA.

- I.- DEFINICION Y CONCEPTO SOBRE EL DERECHO DE PROTEC--
CION DIPLOMATICA.
- II.- LA PROTECCION DIPLOMATICA DERECHO DEL ESTADO.
- III.- DISCUSION EN LA DOCTRINA SOBRE SI EL ESTADO ACTUA
EN SU PROPIO NOMBRE.

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATI--
CA.

- I.- NACIONALIDAD DEL RECLAMANTE.
 - 1.- Personas Físicas.
 - a).- Limitaciones al Derecho del Estado a proteger--
a sus nacionales.
 - b).- Momento en que ha de existir la nacionalidad -
de la persona lesionada.
 - c).- Caso Nottebohm.
 - d).- Personas que no poseen la nacionalidad del Es--
tado que ejerce la Protección Diplomática.

- e).- Protección ejercida por Organismos Internacionales.
- 2.- Personas Morales.

CAPITULO CUARTO

CONDUCTA CONTRARIA AL DERECHO INTERNACIONAL. EL ACTO ILICITO INTERNACIONAL.

- I.- TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS-ESTADOS.
 - 1.- Requisitos de la responsabilidad para su existencia.
 - a.- Acto ilícito.
 - b.- Imputación.
 - 2.- Los sujetos pasivos del acto ilícito.
 - 3.- Elemento del dolo o de la culpa en el acto ilícito.
 - 4.- El acto ilícito cometido por el Estado por medio de sus órganos.
 - a.- Organo Legislativo.
 - b.- Organo Ejecutivo.
 - c.- Organo Judicial.
 - Denegación de Justicia.
 - 5.- El acto ilícito derivado de actos de individuos-particulares.

CAPITULO QUINTO

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS LOCALES.

- I.- TRATADOS Y CONFERENCIAS INTERNACIONALES.
- II.- TRIBUNALES INTERNACIONALES.
- III.- DOCTRINA. PONENCIA DE VERSIJL.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

P R O L O G O .

Reconociendo los alcances reducidos del presente ensayo y sin pretender considerarlo fuera de toda crítica, muy por el contrario, lo presento a la culta consideración de los señores sinodales, componentes de mi jurado, deseando benevolencia y comprensión con respecto a los errores y defectos que pudieran encontrar en él.

Desarrollo un tema que tiene conexiones con muchos otros, de los cuales no intervengo a fondo, exponiendo sólo algunas consideraciones a modo de ejemplo y de interrogante. Y es que en la protección diplomática late en el fondo, el problema de la personalidad internacional del hombre. Limitamos nuestro trabajo a precisar las condiciones bajo las cuales procede la protección diplomática, fuera de las mismas, su ejercicio, aunque bajo aparente legalidad, envuelve una intromisión arbitraria.

CAPITULO

PRIMERO

IDEA GENERAL SOBRE EL TRATO A LOS EXTRANJEROS.

I.- Breve desarrollo histórico del trato a los extranjeros.

II.- Principio para el trato de los extranjeros.

I.-Breve desarrollo histórico del trato a los extranjeros.

En la antigüedad el extranjero era considerado como un enemigo o estaba colocado en una situación de inferioridad. En todos aquéllos países organizados más o menos en forma teocrática, en donde el concepto de derecho estaba íntimamente ligado al de religión, se manifiesta esa inferioridad del extranjero con respecto del nacional. El pueblo hebreo rehusó a los demás la igualdad jurídica y de trato, sin embargo, del principio bíblico de la unidad de origen y naturaleza del género humano, se deriva la benevolencia que se tuvo con algunos extranjeros.¹

El pueblo griego no admitía igualdad alguna con respecto de otros pueblos puesto que los consideraba como de una naturaleza inferior a la suya. Sus más grandes genios proclamaban esa desigualdad y Aristóteles establecía una distinción entre los hombres, enseñando, que todos -- los bárbaros estaban destinados a la esclavitud. Platón, refería que con los extranjeros no podía existir ningún -- vínculo ni relación de humanidad.

- - - - -

1) Truyol y Serra, Antonio. Fundamentos de Derecho Internacional Público. Barcelona, Ed. F. Seix, -- 1955. p. 119.

En Grecia pues, se manifiesta la superioridad -- natural del griego sobre los extranjeros o bárbaros, siendo éstos considerados como enemigos, destinados por la naturaleza a servir como esclavos. Esta desigualdad, como observa Truyol y Serra,² se basa en una superioridad cultural y sentimiento peculiar étnico-lingüístico.

El derecho romano no regía mas que para los ciudadanos de Roma. La inclinación del pueblo romano a relacionarse con el exterior y establecer comercio con otros pueblos disminuyeron ese rigor y se acordaron a los extranjeros algunos derechos que en conjunto formaron el Jus Gentium, que vino a llenar el hueco jurídico que en relación con el extranjero existía. Y para resolver las controversias que se suscitaban entre los propios extranjeros y entre éstos y los romanos, se creó una magistratura, la del Praetor Peregrinus. Con este funcionario la seriedad de la legislación romana respecto de los extranjeros fué templándose, disminuyendo gradualmente hasta la famosa Constitución de Caracalla en que todos los súbditos del imperio romano adquieren la ciudadanía.

- - - - -

2) Ibidem., p. 123.

El imperio se disgregó con la irrupción de las tribus bárbaras. Estos pueblos nómadas se hallaban divididos en grupos independientes y entre cuyos miembros reinaba una gran solidaridad. Las leyes propias de cada tribu dominaron la vida y la condición de sus miembros en cualquier parte en que se encontraran. Todos aquéllos que no formaban parte de estas tribus, eran considerados como extranjeros expuestos a toda clase de vejaciones. Al cambiar su vida de nómadas en sedentarios, impúsose un nuevo sistema, se consideró extranjero ya no aquél que no pertenecía a la tribu, sino a toda persona nacida fuera del territorio ocupado por élla. El extranjero mejoró su condición -- pero siempre sujeto a rigurosas restricciones.

Fundado el régimen feudal en un doble concepto -- de sumisión política y religiosa, el señor, propietario de vastos dominios, se encargó de la defensa y protección de todos aquéllos que habitaban en ellos. El señor era soberano y aplicaba su estatuto, fueros y costumbres dentro de su territorio, considerando como extranjero a todo aquél -- nacido fuera del mismo. La vida y libertad del extranjero dependía del señor feudal, que entre otros derechos inicuos tenía el llamado de aubana o albinagio, por el cual -- adquiriría la propiedad de los bienes del extranjero muerto--

en su territorio.

Fiore, al hablar del derecho de aubana en la ---
edad media expresa: "Considerándose a los extranjeros fue-
ra del derecho común, se les había quitado la facultad de-
hacer testamento, por lo cual los bienes pertenecientes a-
un individuo fallecido en un territorio que no era el de -
su país, eran declarados libres, y se devolvían, ya al se-
ñor de la tierra, ya al fisco, aun con exclusión de los he
rederos legítimos. Hubo países en que prevaleció la inhos-
pitalaria costumbre en virtud de la cual sus habitantes se
atribuyeron, *jure hospitii*, los bienes de los extranjeros-
fallecidos en su territorio."

"Desde el siglo X hallamos designado, con el nom
bre de aubana el derecho de apropiarse los bienes de los -
extranjeros, derecho que, en los tiempos del feudalismo, -
fué ejercido por los señores feudales, quienes se apropia-
ban los bienes de los extranjeros fallecidos en sus domi--
nios. Cuando más adelante la monarquía hubo sometido a los
señores y apropiándose de sus derechos, el de albinagio fué
considerado como una prerrogativa de la corona y -
ejercido como un verdadero derecho de regalía, hasta-
la época de la Revolución francesa y de sus nuevos

³
códigos."

Al triunfo de la Revolución francesa, que tuvo - por objeto la reivindicación de los derechos del hombre, - la Asamblea Constituyente influida por las ideas humanitarias en boga no permitió que subsistieran las incapacidades que tenían los extranjeros, y proclamó que el derecho de aubana era contrario a los principios de fraternidad y que debía ser abolido.

Los principios proclamados en la Revolución francesa germinaron y se infiltraron en la conciencia general. El intenso movimiento migratorio facilitado por el desarrollo de los grandes descubrimientos científicos sobre la locomoción, crea una doctrina jurídica y de legislación internacional e interna sobre la condición del extranjero.

II.-Principio para el trato de los extranjeros.

A partir del momento en que un Estado da cabida a un extranjero debe reconocerle ciertos derechos y por lo mismo exigirle también algunas obligaciones. La obligación

- - - - -

3) Fiore, Pasquale. Derecho Internacional Privado. Madrid, Centro Editorial de F.Góngora, 1889. pp. 58-59.

por parte del Estado a reconocer y respetar ciertos derechos a los extranjeros, proviene de su calidad de miembro de la Comunidad internacional y del principio reconocido por todos los países civilizados y ya enunciado por Francisco de Vitoria: el respeto a la personalidad humana.

Los Estados deben reconocer a los individuos, sin excepción, sean nacionales o extranjeros, ciertos derechos esenciales, imprescindibles e inherentes a la personalidad humana. Tienen los individuos derecho a la justicia, elemento básico de la vida humana. Son esos derechos tales como el derecho a la vida, libertad y a los bienes, los que fundamentan la organización social y política de los hombres. No es posible negar al extranjero su calidad de persona sujeto de derechos, y por tanto, no es admisible considerarlo como por ejemplo, como un esclavo.

El extranjero, como persona, necesita de garantías primarias para la subsistencia de la vida, de ciertos derechos esenciales para hacer posible la vida individual y colectiva. En resumen, es un deber de justicia internacional el reconocimiento y el respeto de esos derechos.

El reconocimiento a un Estado y su admisión en la Comunidad internacional suponen su aptitud para satisf

cer sus obligaciones internacionales y hacer efectivos los derechos fundamentales del individuo. No es posible desconocer esos derechos fundamentales y por lo mismo ignorar los principios liberales reconocidos por la Revolución francesa y someter al extranjero, como sucedió en el Código de Napoleón, a una condición notoriamente inferior, concediéndole derechos por excepción y sólo a título de reciprocidad. No podemos subordinar a consideraciones políticas la condición de esa gran masa de individuos.

Existen otros derechos que podemos calificar de no fundamentales, que no son inherentes a la persona humana y que calificándolos de gran trascendencia en el desarrollo de la actividad, no son imprescindibles. Esos derechos no inherentes a la persona "aparecen, en mayor o menor extensión, como consecuencia de la actividad desplegada por ella. Así, el derecho de participar en la vida política del país, a adquirir inmuebles, a ejercer el comercio, la industria, la navegación, la enseñanza, el culto público, a ocupar empleos de Estado, etc., son derechos contingentes, denegados o simplemente restringidos a los extran-

4
jeros."

Pero, tampoco podemos caer en la consideración opuesta de reconocer a los extranjeros derechos ilimitados, de admitir la posibilidad de que impongan condiciones a su entrada al país que no es el suyo.

Si bien es cierto, como se ha manifestado anteriormente, que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos esenciales del hombre y los derechos contingentes que le acuerda a través de sus instituciones, también lo es, que no tiene obligación de asegurar bienestar y garantizar seguridad incondicionales, sino tan sólo velar con diligencia y buena fé porque esos derechos sean regularmente satisfechos.

Concluimos que los derechos que un Estado otorga a un extranjero, reglamentados por la Comunidad internacional, no son absolutos, que dentro de esa situación jurídica, que le asegura subsistencia regular con el goce de derechos privados a veces iguales a los del nacional, no le puede crear odiosos privilegios. Por tanto, los de-

-
- 4) Costa Podesta, L.A. La Responsabilidad del Estado por daños irrogados a la persona o a los bienes de extranjeros en luchas civiles. La Habana, Editorial Derecho Internacional, 1939. p. 31.

rechos de los extranjeros no son uniformes en todos los países, si se tiene en cuenta, como ya se ha dicho, que no son absolutos, pues están algunos, sujetos a una compatibilidad con el óden público y las buenas costumbres. Que las restricciones se derivan principalmente del principio del interés público y conservación del Estado.

El extranjero no puede reclamar para disfrutar de una situación privilegiada, cualquier perjuicio que se le ocasione podrá sólo ser reparado ante los mismos tribunales de los nacionales. Si los derechos fundamentales se le reconocen, si se le otorgan los derechos civiles, salvo los reservados a los nacionales, no tiene derecho a un tratamiento más favorable que el que se acuerda a los nacionales.

Considero pues, que contra lo que sucedía en la antigüedad, se debe igualar en el trato al extranjero con el nacional. Este principio no implica para aquél, un tratamiento superior a éste, sino tan sólo que los derechos que la ley concede al extranjero deben ser protegidos en la misma forma que los derechos similares del nacional.

Este principio de igualdad entre nacionales y - extranjeros, postulado básico entre los países de Lati

noamerica, ha sido desconocido por países que han practicado en forma nefasta la intervención, pretextando hacer efectiva la responsabilidad de un Estado por daños causados a sus nacionales en el extranjero, creando un tratamiento privilegiado para los extranjeros al ejercer la -- protección diplomática, no como un recurso de manifiesta-excepcionalidad, sino en forma desmesurada y sin base alguna, en detrimento de la jurisdicción y disposiciones in ternas.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE PROTECCION DIPLOMATICA

- I.-Definición y concepto sobre el Derecho de Protección Diplomática.**
- II.-La Protección Diplomática Derecho del Estado.**
- III.-Discusión en la doctrina sobre si el Estado actúa en su propio nombre.**

I.-Definición y concepto sobre el Derecho de Protección Diplomática.

Si el Derecho internacional ha cuidado de proteger al extranjero, ha permitido la elaboración de la institución que conocemos como "protección diplomática" debido a dos circunstancias:

- 1) El pasado régimen de inferioridad, en que se encontró el extranjero.
- 2) La acción tutelar que habitualmente ejerció el Estado con respecto de sus súbditos, de los cuales fué su protector.

La protección diplomática arranca sus bases de un supuesto de hecho, que es la lesión causada a un nacional en el extranjero, en forma antijurídica y como consecuencia exige reparación.

Cuando los individuos sufren alguna lesión, la reclamación que pudieren hacer contra el Estado que la ha ya causado, se hará necesariamente por conducto de otro - Estado que presentará la reclamación, ejercitando la lla-

mada protección diplomática, exigiendo que sea reparado - el daño causado. Esta acción diplomática debe ser considerada como una pretensión jurídica procesal de carácter internacional, como un recurso jurídico extraordinario.

Se ha definido la protección diplomática como:-
"la gestión realizada ante un gobierno por el representante oficial de otro Estado a fin de obtener de aquél una indemnización o una solución favorable a determinados intereses que se considera lesionados."⁵

Por su parte, Sepúlveda, afirma que para "apoyar las reclamaciones de sus conciudadanos, ante los países atrasados, surgió la práctica conocida con el nombre, de interposición diplomática, nombrada también de manera indebida, la protección diplomática, que consiste en - las representaciones ante las autoridades por los agentes diplomáticos, en nombre de esos compatriotas supuestamente dañados, que se pretendió fundamentar en el derecho de intervención, primero y cuando ésta quedó desacreditada, - en vagos principios de honor nacional, de utilidad econó-

5) Costa Podesta, L.A. La Responsabilidad Internacional del Estado. La Habana, Ed. Lex, 1952. p. 167.

mica del extranjero y de su patrimonio hacia el Estado de origen, etc.,"⁶

Consiste pues, la protección diplomática, en - que un Estado hace suya la causa de sus nacionales, cuando se lesionan los intereses de esos nacionales en el extranjero por actos contrarios al Derecho internacional, de los cuales ellos no hayan podido obtener satisfacción por las vías ordinarias internas, encomendando a sus representantes diplomáticos la labor de representarlos.

De esta forma se cambia la situación jurídica, - estableciéndose una relación de Estado a Estado y no de particular a Estado.

Como fundamento de la práctica de la protección diplomática, que actualmente se considera de excepcional pero sólidamente establecida como principio elemental del Derecho internacional, se cita el siguiente párrafo escrito por Vattel a mediados del siglo XVIII: "Cualquiera que ocasione un daño al Estado, viole sus derechos, perturbe su paz o le cause injuria de cualquier modo, se transfor-

6) Sepúlveda, Cesar. Curso de Derecho Internacional Público. México, Ed. Porrúa, 1960. p. 167.

ma en enemigo declarado y se encuentra en situación de ser justamente castigado. Cualquiera que maltrate a un ciudadano, injuria indirectamente al Estado que debe proteger a dicho ciudadano. El soberano del ciudadano injuriado debe vengar la ofensa, y en lo posible debe obligar al agresor a dar plena satisfacción o castigarlo, una vez que en otra forma el ciudadano no haya obtenido el principal objeto de la sociedad civil, que es la protección." ⁷

⁸
Pero Dunn, cree que Vattel en este párrafo se refería a las injurias producidas por particulares y no por los gobiernos.

Creemos, sin embargo, que el Estado tiene el derecho o el deber moral de proteger a sus nacionales en el extranjero. Siendo el interes que tiene un Estado de proteger a sus nacionales, el fundamento de la protección diplomática, y es, que al individuo no se le reconoce ser sujeto del Derecho internacional, por lo que es imposible

7) Cit. por Accioly, Hildebrando. Tratado de Derecho Internacional Público. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1945. Vol.I. p.581.

8) Dunn, Frederick. The Protection of Nationals. Baltimore The Johns Hophins Press, 1932. p.48.

que éste pueda presentar reclamaciones internacionales al Estado que le haya causado alguna lesión, siendo el Estado al cual pertenece el indicado para presentar la reclamación.

Pero, no hay que excederse al considerar que -- cualquier lesión u ofensa a un extranjero lo sea también para el Estado del que es nacional. De ser así, debería medirse el daño por la ofensa recibida por el Estado y no por el daño causado a su nacional. Es la concepción tradicional, la que considera, que en todos los casos de responsabilidad resulta siempre dañado el Estado del nacional que de hecho sufre los efectos de los actos u omisiones.

De ahí la distinción que la doctrina hace entre el daño político moral y el estrictamente moral. El primero se causa directamente a un Estado y el segundo indirectamente, por daños a sus nacionales. Esta distinción es -- producto de la importancia que se ha atribuido al Estado de la nacionalidad y del hecho de considerar al Estado como el único sujeto capaz de presentar reclamaciones internacionales. De aquí, que en el Derecho internacional, en caso de daños a extranjeros, hay que recurrir a un artifi

cio jurídico y considerar como lesionado al Estado a que pertenecen.

Esto trae como consecuencia, al atribuir al Estado la capacidad de reclamar internacionalmente, que muchas veces, un asunto netamente jurídico se convierta en político. En donde la fuerza es la que impera y en la que los Estados llamados fuertes son los que tienen, con éxito de antemano, el derecho de ejercer la protección diplomática sobre los países débiles. La historia nos lo demuestra, y así vemos como en la mayoría de los países de América, a consecuencia del ejercicio de la protección diplomática, se establece una rivalidad en el que aparecen por un lado, la filosofía política de los países fuertes de proteger su comercio y los intereses privados de sus ciudadanos en el extranjero, y por el otro, las repúblicas débiles, con invasión de capitales extranjeros y con intereses de guardar su soberanía e independencia. El desarrollo de la protección diplomática en cuanto a su desmesurado ejercicio creó un tratamiento privilegiado para los ciudadanos extranjeros y una viciosa práctica de solicitar protección de sus gobiernos por motivos triviales que no la ameritaban. Es decir, la práctica de la protec-

ción diplomática ha aparecido en el Continente Americano no como una excepción sino como una regla, siendo fuente de excesos y violencias, practicada sólo por determinados Estados. Por tanto, si observamos que en la práctica, al hacerse efectiva la protección diplomática, un asunto de poca o nula importancia, se puede convertir en un grave y espinoso conflicto de carácter internacional, poniendo incluso en peligro la soberanía de un Estado, pensamos que es preferible dotar al individuo de capacidad para presentarse y valer por sí mismo sus derechos ante los tribunales internacionales.

II.- La Protección Diplomática, Derecho del Estado.

La doctrina discute si el ejercicio de la protección diplomática es un derecho o un deber del Estado que la ejercita. Ya desde Vattel, se habló con frecuencia no del derecho sino de la obligación del Estado a otorgar su protección, siendo el súbdito protegido el titular del derecho correlativo. Sin embargo, la doctrina dominante y más calificada de los autores modernos, así como la prác-

tica, se manifiestan en el sentido de que desde el punto de vista del Derecho internacional, no existe más que el derecho del Estado a prestar su protección, pues no hay - un deber jurídico, impuesto tanto en el Derecho internacional como en el interno, que obligue a los Estados, excepción hecha de las Constituciones de Bismarck de 1871 y de Weimar de 1919, en sus artículos 3, párrafo sexto, y - artículo 112, párrafo segundo, respectivamente, en que los alemanes tenían un derecho reconocido frente el Estado patrio para invocar la protección diplomática.

Por lo demás, repito, siendo la protección diplomática un derecho del Estado, éste no responderá ante el individuo, teniendo facultades discretionales para ejercer o no tal protección, y más aún, cualquier reclamación presentada por un Estado puede ser abandonada, sin - que el particular lesionado pueda exigir una indemnización por abandono de sus intereses privados, predominando el interés general del Estado sobre el interés del nacional, e interviniendo muchas veces factores de política exterior, sin embargo, cuando se ejerce la protección diplomática, ésta debe practicarse con prudencia, buena fé y - estar bien fundamentada.

El Estado, tiene el derecho de proteger a sus súbditos independientemente de que éstos se ausenten del país, pues lo vincula el lazo de la nacionalidad, siendo entonces, el único que puede ejercer la protección diplomática.

En la sentencia del 30 de agosto de 1924, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el ya famoso caso MAVROMATIS, se pronuncia en el sentido de considerar el ejercicio de la protección diplomática como un derecho del Estado, estableciendo: "Es un principio elemental del Derecho internacional el que el Estado tiene derecho a proteger a sus súbditos cuando se les ocasionen daños por actos contrarios al Derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no ha sido posible obtener satisfacción por las vías ordinarias"⁹

Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, ha afirmado, como lo hizo en varias sentencias el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que un Estado al poner en movimiento la acción diplomática o la acción jurídica internacional en favor de uno de sus súbditos; -

9) Cit. por Verdross, Alfred. Derecho Internacional Público. Madrid, Ed. Aguilar, 1957. p. 297.

hace valer un derecho, derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho internacional.¹¹

Por tanto, siendo el ejercicio de la protección diplomática un derecho del Estado y teniendo éste facultades discrecionales para ejercitarla o no, es posible que algún Estado se niegue a otorgar su protección, en reclamaciones fundamentadas, basado simplemente en consideraciones políticas.

Pero, en el caso de que se ejercitara la protección diplomática, ésta debe practicarse de buena fé, por eso ya Accioly manifestaba: "la buena fé y la cortesía exigen que un Estado no ejerza la protección diplomática sin exámen previo del asunto y la convicción de que su acto se justifica. Es menos admisible todavía que un Estado presente una reclamación de esta índole, sabiendo que la misma carece de fundamento o se basa en datos falsos o erróneos."¹²

Por su parte Borchard expresa: "cuando el Go---

11) Cit. por García Arias, Luis. Estudios de Historia y -
Doctrina del Derecho Internacional. Madrid,
Ed. Instituto de Estudios Politicos, 1964.-
p. 609.

12) Accioly, Hildebrando. op. cit., p. 430.

bierno presenta una demanda por vía diplomática, el Gobierno demandante está fundado en confiarse en el Gobierno reclamante de lo que concierne al hecho de que éste le presenta bona fide una demanda formulada de buena fé por una persona que es un ciudadano honorable. El Gobierno extranjero puede presumir, a justo título, que la reclamación ha sido cuidadosamente examinada y que el Gobierno reclamante está convencido de su justicia. Es ésta, en cierta medida, una salvaguarda contra la presentación de reclamaciones fraudulentas..... Si en un momento cualquiera del procedimiento, el Gobierno reclamante descubre que el asunto no puede ser seguido honorablemente u honestamente, no tiene sólo el derecho, sino también el deber de abandonar la demanda. Incluso prosigue el iurisinternacionalista norteamericano, máxima autoridad en materia de protección diplomática- si el Gobierno extranjero hubiese ya pagado una indemnización, debe restituirla, como hicieron los Estados Unidos en favor de Méjico en los asuntos de "Weil" y de "La Abra Silver Mining Company", pues en estos dos casos la indemnización fué restituida al Gobierno mejicano después de una sentencia arbitral a favor del reclamante norteamericano y después que una parte de la -

indemnización le había sido ya pagada".¹³

Por tanto podemos afirmar que el Estado que pretenda otorgar su protección diplomática a uno de sus nacionales en el extranjero, debe cerciorarse de que éste halla observado una conducta correcta, es decir, de acuerdo con los autores anglosajones, que tengan las manos limpias (- clean hands) .

Esta teoría de la clean hands, arranca sus bases del Derecho Romano, en el principio general: "A nadie puede beneficiar su propio dolo, pero si le perjudica".

Borchard, así lo ha entendido, indicando: "Es una máxima establecida en todo derecho, interno e internacional, que uno no puede aprovecharse de su propia culpa, y - que un demandante o un reclamante debe comparecer ante un¹⁴ Tribunal con las manos limpias".

No se justifica, entonces, la protección diplomática de un Estado, si uno de sus nacionales en el extranjero no conforma su conducta de tal forma que ésta pueda ser calificada de reprobable y por tanto, no acomodarse a las

13) Cit. por García Arias, Luis. op. cit., p.634.

14) Borchard, Edwin M. The Diplomatic Protection of Citizens Abroad. New York, The Banks Law Publishing Co., 1919. p. 713.

reglas del Derecho internacional.

Por eso es que se ha señalado, que un acto ilegal no puede servir como base de una acción de Derecho,¹⁵ y en el caso de la protección diplomática, no es la discrecionalidad sino la obligación de su Estado, por la que debe rehusar el ejercicio de la protección diplomática.

III.- Discusión en la doctrina sobre si el Estado actúa en su propio nombre.

La Doctrina, por la discrepancia de opiniones, discute si el Estado al ejercer el derecho de protección, lo hace por su propio derecho, es decir, actúa en su propio nombre, o bien actúa en nombre y representación del individuo perjudicado.

¹⁶
Borchard, sostiene que en estos casos el Estado actúa por un derecho propio. Verdross,¹⁷ es de la misma opinión. Y en el caso Mavromatis, el ya desaparecido -

-
- 15) García Arias, Luis. op. cit., p. 637.
16) Borchard, Edwin M. op. cit., p. 29.
17) Verdross, Alfred. op. cit., p. 300.

Tribunal Permanente de Justicia Internacional, se pronunció en el mismo sentido.

En sentido contrario, Lauterpacht,¹⁸ opina que el Estado actúa en nombre de la persona perjudicada.

La doctrina dominante europea y norteamericana opina que el Estado al ejercitar la protección, el derecho del individuo pasa al Estado, basada posiblemente, en la ya enunciada regla de Vattel, de que todo daño causado a un extranjero es un daño que se infiere al Estado del cual aquél es súbdito.

Sin embargo, este principio ha sido calificado de ficticio y artificial propio de una época en que la capacidad de tener y adquirir derechos internacionalmente, sólo correspondía a los Estados soberanos. Pero aún así,¹⁹ García Amador, reconoce que este principio calificado por él mismo de artificial, está sustentado en una práctica internacional vigente que a su vez está apoyada en una doctrina dominante y en la jurisprudencia del Tribunal --

18) Lauterpacht, Hersch. International Law and Human Rights. London, Stevens and Sons Limited, 1950. p. 27.

19) Cit. por García Arias, Luis. op. cit., p. 611.

Permanente de Justicia Internacional.

Shücking, afirma: "Como el ejercicio del derecho de la protección diplomática es una manifestación del poder discrecional del Estado, no puede ser limitado por la voluntad de una tercera persona que no es sujeto de ²⁰ derecho en las leyes internacionales".

De todo lo anterior despréndese que la posible solución a las dos corrientes doctrinales, depende del concepto que se tenga de los sujetos del Derecho internacional. Y la tendencia actualmente, es la de considerar que el Estado no es el único sujeto posible del orden jurídico internacional, sino que cabe considerar a otros en tes como sujetos de ese ordenamiento.

Además, de la solución que se tenga en esta cuestión depende también que se acepte o no la validez de la Cláusula Calvo. Creemos, que si el individuo es el que de hecho sufre un daño, el lesionado es él y por tanto es el sujeto titular a pedir reparación, y el Estado al ejercer la protección diplomática actúa en representación del

20) Cit. por Shea Donald, R. The Calvo Clause. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955. p. 283.

individuo. Es decir, el ejercicio de la protección diplomática fundado en el Derecho internacional corresponde al Estado y la titularidad del derecho a pedir reparación corresponde al individuo.

Pero, aún suponiendo que el Estado haga valer - su propio derecho al ejercer el derecho de protección diplomática, tal y como lo ha afirmado el Tribunal de la -- Haya en su jurisprudencia, es posible, sin embargo, admitir que verdaderamente el Estado hace valer no solamente su propio derecho sino el del nacional perjudicado. Por - eso, Brierly establece: "Parece que, en realidad dos derechos han sido lesionados por la misma infracción: el derecho del Estado y el derecho del particular, derechos am--bos que el Estado trata de reivindicar, encargándose de-
21
la producción del proceso".

21) Cit. por García Arias, Luis. op. cit., p. 610.

CAPITULO

TERCERO

**PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCION
DIPLOMATICA**

I.- Nacionalidad del Reclamante.

1.- Personas Físicas.

- a).- Limitaciones al Derecho del Estado a proteger a sus nacionales.
- b).- Momento en que ha de existir la nacionalidad de la persona perjudicada.
- c).- Caso Nottebohm.
- d).- Personas que no poseen la nacionalidad del Estado que ejerce la protección diplomática.
- e).- Protección ejercida por Organismos Internacionales.

2.- Personas Morales.

Si bien hemos asentado que el Estado tiene el derecho de ejercer la protección diplomática, su ejercicio estará sujeto a la existencia de ciertos requisitos, que deberán ser considerados como presupuestos indispensables y sin los cuales la protección diplomática no deberá ser ejercitada por el Estado Demandante. Claro está que la doctrina y la práctica ofrecen ciertos matices y limitaciones a las reglas generales, que motivan, hasta cierto punto, la modificación a los presupuestos que vamos a enunciar.

Ya en la sentencia pronunciada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el ya varias veces citado caso Mavrommatis, se establecen las tres siguientes condiciones que han de cumplirse para que la protección diplomática sea admisible:

- 1) Existencia del vínculo de la nacionalidad entre el individuo lesionado y el Estado que ejerce la protección.
- 2) Conducta contraria al Derecho Internacional del Estado contra quien se ejercita la pro-

tección, o sea violación de una obligación -
internacional.

- 3) Agotamiento de los recursos locales por parte del perjudicado.

I.- Nacionalidad del Reclamante.

La primera y principal condición o presupuesto para el ejercicio de la protección diplomática, es la posesión de la nacionalidad por parte del lesionado del Estado que la ejerce. La nacionalidad viene a ser un requisito, una condición previa para ejercitar la protección diplomática y para admitir en lo general una demanda ante las autoridades internacionales y sin la cual no es posible estudiar el fondo de cualquier asunto.

La falta de institucionalización y estructura rudimentaria de la actual sociedad internacional en la que no existe la protección directa del individuo, lleva necesariamente al Derecho Internacional a otorgar a los distintos Estados la facultad de dirigir y ordenar a determinados sectores humanos, responsabilizándolos de la -

suerte de los mismos "para lo cual le concede medios y poderes adecuados. Los medios son su amplia competencia y entre los poderes está el de la protección diplomática".²²

Ahora bien, en principio el Estado sólo tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales, bien sean personas físicas o morales, y por tanto debe demostrar la existencia del vínculo de la nacionalidad entre él y el lesionado. Pero este principio trae como consecuencia que el apátrida, ya que ningún Estado está calificado para protegerlo, se encuentre en una situación de desamparo.

1.- Personas Físicas.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el caso del Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (litigio entre Estonia y Lituania en 1939), ha afirmado "que al tratar el caso de uno de sus nacionales, por recurso a la acción diplomática o a los procesos internacionales ju

22) Aguilar Navarro, Mariano. Reglamentación Internacional del Derecho de Nacionalidad. En Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, 1957. Vol. X No. 3 p. 367.

diciales, lo que en realidad afirma un Estado es su propio derecho, el derecho de asegurar el respeto a las normas del Derecho internacional, en la persona de sus propios nacionales. Este derecho, necesariamente está limitado a la intervención en provecho de sus propios nacionales, porque en ausencia de todo tratado especial, es el lazo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo, - lo único que confiere al Estado el derecho de protección-diplomática, el derecho a reclamar el respeto a las normas del Derecho internacional".²³

La protección diplomática se ejercita cuando - las personas radicadas en el exterior sean nacionales del Estado que la practica y por eso en el caso, de que por el juego de las diversas legislaciones estatales, existan personas con múltiple nacionalidad y otras que carezcan de ella, nace incertidumbre acerca de la procedencia o im procedencia, en determinados casos de la protección diplomática.

Sin embargo, ¿quien ha de decidir, quien ha de-

23) Cit. por Brierly, J.L. La Ley de las Naciones. Introducción al Derecho Internacional de la Paz. México, Editora Nacional, 1950. P.

determinar, si un individuo posee o no la nacionalidad -- del Estado que lo protege?. Creemos que la determinación la debe hacer fundamentalmente el derecho del propio Estado que ejerce la protección.

En las condiciones actuales, la nacionalidad, -- considerada jurídicamente como un vínculo que une a los -- sujetos de derecho, individuales o colectivos, en un ór-- den juridico estatal del cual reciben su estatuto y que -- sirve así para caracterizar la organización misma del Es-- tado que no está formada solamente por un territorio, --- sino también por una población, tiene una relevancia en -- Derecho internacional que durante mucho tiempo fué desco-- nocida por la doctrina y la práctica que fijaban en cuan-- to a su adquisición y pérdida, dominio reservado del Esta-- do y su competencia exclusiva en cuanto a su regulación.

Si mediante la atribución de la nacionalidad -- los hombres son repartidos en las distintas unidades polí-- ticas estatales que forman la Comunidad internacional, y el Estado por medio de la nacionalidad traza el ámbito de su competencia personal sobre su población, si en fín, me-- diante la nacionalidad el hombre puede ser atendido en el ámbito internacional, aunque sea indirectamente a través--

de la protección diplomática, resalta la importancia de una debida reglamentación e intervención del Derecho internacional.

Si la nacionalidad confiere al hombre un estatuto jurídico que es supuesto base para la mayoría de sus actuaciones legales y sociales, ²⁴ comprendemos que una regulación anárquica en esta materia, en el que cada Estado actúe sin atender los intereses comunitarios de los individuos y al hecho de la concurrencia de Estados, conduciría a resultados desastrosos.

Fué Grierpel, quien más combatió la vieja doctrina que no conocía límites al poder estatal sobre la adquisición y pérdida de su nacionalidad, ya que si no existiere ninguna limitación, cada Estado podría reclamar como nacionales suyos a todos los hombres.

El Derecho internacional no atribuye ciertamente los individuos a las distintas unidades estatales, -- sino que otorga a los Estados la facultad de regular lo -- concerniente a la adquisición y pérdida de su nacionalidad, de aquí, que ningún otro Estado tiene la facultad de

24) Aguilar Navarro, Mariano. op. cit., p. 333.

decidir como se adquiere la nacionalidad del otro. Esta libertad de regulación no es absoluta, debe reconocer límites y es precisamente el Derecho internacional quien fija esos límites.

El problema a resolver, es la cuestión de saber cuales son los límites impuestos por el Derecho internacional común a la libertad del Estado. De la práctica de los Estados y de los tribunales podemos, según Verdross, deducir las siguientes reglas:

1) Cada Estado puede atribuir su nacionalidad a personas que estan respecto a él, en una relación fáctica próxima. Ejemplo, descendencia de un nacional o nacimiento en su territorio.

2) La naturalización de un extranjero no tiene eficacia sin su consentimiento.

3) Excepción a la regla número dos, es el caso de cesión territorial.

4) Otra excepción, es el caso de la esposa e hijos menores que adquieren sin su consentimiento la nacionalidad del padre.

- - - - -

25) Verdross, Alfred. op. cit., p.p. 206-209.

5) Una persona que rompa toda relación permanente con su patria de origen y crea una relación permanente en otro Estado, puede pretender la nacionalidad de éste. La sola fijación del domicilio en el extranjero no implica pérdida de la nacionalidad anterior.

6) Las disposiciones que hacen depender la pérdida de la nacionalidad de una exclusión formal de la agrupación estatal son ineficaces ante el Derecho internacional si la persona en cuestión, establecida permanentemente en un país extranjero, hubiere adquirido la nacionalidad de éste sin haber sido excluido de la agrupación estatal anterior.

7) El Derecho internacional prohíbe la aplicación del Jus Soli a los hijos de las personas que gozan de extraterritorialidad.

8) Además de las limitaciones generales, se encuentran en los tratados de paz y cesión territorial prescripciones sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad.

9) Sólo en su territorio tienen los Estados derecho a promulgar normas de esta índole.

10) Todos estos principios formulados no excluyen la posibilidad de casos de posible nacionalidad plural.

a) Limitaciones al Derecho del Estado a proteger a sus --
nacionales.

En la práctica puede suceder, que a una persona se le atribuya más de una nacionalidad. La doble nacionalidad es una situación anormal y es el resultado de una - anarquía legislativa, de la existencia de leyes estatales que confieren la nacionalidad al individuo sin tener en - consideración la acción semejante de otras entidades esta
26
tales.

En este caso y para los efectos de la protec --
ción diplomática, cuando ninguna de las nacionalidades -
que tiene el sujeto dañado es la del Estado contra el que se reclama, cualquiera de los Estados que atribuyan su na
cionalidad pueden ejercer la protección, dando preferen-
cia al Estado en que el lesionado tenga su residencia ha-
bitual y principal o con el que tenga una relación real -
más íntima. Este principio es denominado el de la naciona
lidad más fuerte, consagrado en el artículo 5o. del Conve
nio de 12 de abril de 1930 de la Haya.

Me parece que este principio no podría ser de -
- - - - -

26) Aguilar Navarro, Mariano. op. cit., p. 360.

otra forma, y es que aunque se considere que los Estados se sientan con derecho para ejercer la protección, por -- ser su nacional lesionado, hay que estimar que el acto -- ilícito es uno y no puede proceder en su caso, sino una - sola indemnización.

Pero cuando el lesionado posee la nacionalidad tanto del Estado que ejerce la protección diplomática como la del Estado que la sufre, se establece que en este - caso ninguno de ambos Estados puede proteger a esa persona frente al otro. Este principio reconocido universalmente implica que existe un criterio internacional por encima del valor imperativo de los criterios estatales.

Esta limitación se encuentra consagrada en el - artículo 4o. del Convenio de la Haya de 1930, y también - en algunas legislaciones internas, tales como la que se - encuentra en el artículo 18 del Código Civil Portugués: - "El súbdito portugués, que simultáneamente sea ciudadano de otro Estado no podrá acogerse a la nacionalidad portuguesa mientras se encuentre en territorio de ese Estado".

El tribunal Arbitral que conoció del caso CANEVARO, entre Italia y Perú, decidió que la reclamación italiana en favor de Canevaro, que tenía la nacionalidad italiana

liana por el Jus Sanguinis, era improcedente porque Canavaro también era peruano por el Jus Soli.

Por excepción, una persona privada puede ser -- protegida contra su propio Estado si existe un deber convencional particular con el Estado que ejerce la protección diplomática. Ejemplo de ello, citado por Verdross,²⁷ es cuando en una extradición el delincuente sólo fué entregado al Estado patrio con la condición de que no se le castigara por determinados actos. O cuando el Estado patrio se haya comprometido convencionalmente a amnistiar a sus súbditos que durante una ocupación militar hubieren actuado contra él.

b) Momento en que ha de existir la nacionalidad de la persona lesionada.

Ya señalamos, que generalmente se requiere que la persona lesionada interesada en la protección diplomática, sea nacional del Estado que la practica. La doctrina

27) Verdross, Alfred. op. cit., p.297.

na es unánime en este punto.

Pero teóricamente, algunos autores suponen, que la nacionalidad ha de ser ostentada a partir del momento-²⁹ en que se han agotado los recursos locales. Y Rousseau, cita, que los tribunales arbitrales mixtos que se crearon inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, se contentaban con la regla según la cual el demandante debería poseer la correspondiente nacionalidad en el momento de la entrada en vigor de un tratado de paz.

Sin embargo, pensamos que el verdadero momento en que se debe poseer la nacionalidad del Estado reclamante, es aquél en que el individuo es lesionado, en el tiempo del acaecimiento del daño, en que el acto ilícito que se alegue es producido.

También se requiere, conforme a la opinión dominante,³⁰ que el nacional conserve la nacionalidad hasta el momento en que se ejercite el derecho de protección. Dicho momento debe contar a partir de que sea presentada,

28) Borchard, Edwin. op. cit., p.660.

29) Rousseau, Charles. Derecho Internacional Público. Barcelona, Ed. Ariel, 1961. p. 362.

30) Borchard, Edwin. op. cit., p. 664.

la nota correspondiente, o en su caso la demanda ante el órgano internacional competente, bien sea un tribunal judicial o arbitral o ante una comisión mixta. Así lo estableció en 1929, la Comisión británica-mexicana en el caso F. W. Flack: "La reclamación debe basarse en el daño u ofensa que se ha inferido al ciudadano del Gobierno demandante, y que el derecho a reclamar lo conserven sin interrupción los ciudadanos de ese gobierno hasta que se presente la reclamación ante la Comisión".³¹ Por tanto, de acuerdo con lo anterior, el requisito de la nacionalidad debe concurrir desde el origen de la reclamación hasta su interposición por el Estado.

El punto relativo a si es necesaria la subsistencia de la nacionalidad hasta el momento en que el asunto se resuelva o en que se dicte la sentencia correspondiente, no ha sido decidido uniformemente y tanto la doctrina tradicional, como la práctica diplomática, en algunos casos, no lo consideran necesario, por lo que lógicamente el Estado en cuestión puede continuar la reclama---

31) United Nations. Reports of International Arbitral Awards. 1948. Vol V. p. 62.

ción aunque el lesionado haya cambiado de nacionalidad -- con posterioridad a la presentación de aquélla.

No estamos de acuerdo con este punto de vista.- No vemos razón alguna para no exigir la continuidad de la nacionalidad sin interrupción hasta que la reclamación - sea resuelta o se dicte sentencia. Así, un proyecto de la Sociedad de las Naciones, en la base de discusión No. 28, apartados 1 y 2, establecía que la nacionalidad debía conservarse hasta el momento de dictarse sentencia, en caso de que un reclamación llegase a un procedimiento arbi ---
32
tral.

En caso de que la persona lesionada muera a cau sa precisa del daño inferido, dejando herederos, sólo los que tengan la misma nacionalidad del causante pueden pre sentar reclamaciones, siempre y cuando no tuvieren la na cionalidad del Estado demandado. Por tanto, el Estado del nacional perjudicado no puede continuar una reclamación -
33
cuando los herederos posean distinta nacionalidad.

32) Verdross, Alfred. op. cit., p. 298

33) Caso Burthe Vs. Denis. En Moore, John B. A Digest of International Law. Washington, Government Pain ting Office, 1906. Vol. VI. p. 644.

c) Caso Nottebohm.

La Corte Internacional de Justicia, estableció otra limitación al ejercicio de la protección diplomática en la famosa sentencia del caso Nottebohm, al separar la posesión de la nacionalidad y el ejercicio del derecho de protección.

Aún, cuando en esta sentencia, la Corte no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino por lo que pudiéramos llamar excepción perentoria alegada por Guatemala, su contenido ha contribuido poderosamente a fijar las reglas de un orden jurídico que tiene por destinatarios a Estados independientes y en el que ninguna autoridad superior procede al reparto de los nacionales entre los Estados. Es una de las más discutidas de cuantas se han dictado por los tribunales internacionales y que demuestra la disociación entre los efectos internos y los internacionales de un mismo acto jurídico.

Es el asunto Nottebohm, el primer caso en que -

el tribunal, se ha encontrado con una cuestión de nacionalidad y protección diplomática, diciendo que la nacionalidad entra en la competencia nacional del Estado, siendo el Derecho internacional el que determina si un Estado -- está autorizado para ejercer la protección.

Por todo lo anterior, resalta la importancia -- que para este tema de estudio tiene el caso Nottebohm y -- por lo cual es preciso establecer someramente sus antecedentes:

El ciudadano alemán Federico Nottebohm, nace en Hamburgo en 1881, y en el año de 1905 se traslada a Guatemala donde fija su residencia y asienta el centro de sus negocios, convirtiéndose en el año de 1937 en figura principal y relevante del negocio "Nottebohm Hermanos", que -- anteriormente habían fundado dos de sus hermanos. En marzo de 1939 decide dejar Guatemala y trasladarse a su ciudad de origen, en donde vive siete meses aproximadamente, para trasladarse después en octubre de ese año al Principado de Liechtenstein, y en donde también en ese mismo mes de octubre solicita carta de naturalización que le es concedida. Nottebohm regresa a Guatemala con pasaporte de Liechtenstein visado por el Cónsul General de Guatemala, --

en diciembre de 1939, y en enero del año siguiente declara ante el Ministerio de Relaciones Exteriores Guatemalteco, que ha adoptado la nueva nacionalidad a fin de que -- sea inscrito en el registro de extranjeros como súbdito -- de ese Principado. En julio de 1940 le es entregado el -- certificado correspondiente.

En octubre de 1943 es detenido Nottebohm, por -- estar incluida la firma "Nottebohm Hermanos" en la lista -- negra del gobierno británico y puesto a disposición del -- ejército norteamericano, siendo trasladado a Estados Unidos. Allí, por medio del Consulado Suizo obtiene la pro-- tección diplomática de Liechtenstein que logra para Nottebohm su libertad y la liberación de sus créditos.

En 1946, puesto ya en libertad, se dirige a Nueva Orleans en donde solicita al Consulado de Guatemala -- permiso de internación a Guatemala que le es rehusado, -- por lo que se ve obligado a regresar a Liechtenstein, no -- siendo autorizado por el Gobierno Guatemalteco a entrar -- a Guatemala a defender sus bienes de los que había sido -- despojado.

El Gobierno de Liechtenstein demandó de Guatemala la, ante el Tribunal de la Haya, reparación de daños y --

perjuicios, por violación del Derecho internacional, basado en el arresto ilegal de Nottebohm y en la confiscación de sus bienes.

En sus conclusiones finales, Liechtenstein sostenía que la naturalización de Nottebohm no era contraria al Derecho internacional y que su reclamación de indemnización era admisible toda vez que los hechos demostraban una violación por Guatemala del Derecho internacional por la forma en que la persona y bienes de Nottebohm fueron tratados.

Guatemala, por su parte, en sus conclusiones finales sostuvo que era inadmisibile la demanda por ausencia de negociaciones diplomáticas preliminares entre las partes. Que no era admisible la demanda, en razón de no uso de los oportunos recursos que conforme a la legislación Guatemalteca se ofrecían ante los pretendidos perjuicios causados en la persona y bienes de Federico Nottebohm.

La Corte, sostuvo en su sentencia que era de vital importancia, y por tanto examinarse en primer término, si la nacionalidad que Liechtenstein otorgó a Nottebohm puede ser válidamente invocada respecto a Guatemala, y si da al Principiado título suficiente para ejercer la pro--

tección de Nottebohm frente a Guatemala y deducir una reclamación en defensa de los intereses de dicha persona. - Que examinada la documentación, ofrecida en autos, no se encuentra en ellos ningún reconocimiento jurídico por parte de Guatemala que autorice a Liechtenstein a otorgar su protección a Nottebohm, sin embargo, corresponde a este país, como Estado soberano, regular por su propia legislación la adquisición de la nacionalidad, ya que en esta materia, en su más alto sentido es competencia nacional de cada Estado, pero es el Derecho internacional el que determina si un Estado tiene competencia para ejercitar su³⁴ protección ante la Corte Internacional de Justicia.

La realidad ofrece el hecho de que muchos países se abstienen de ejercitar su protección en provecho de un naturalizado, cuando éste rompe por su alejamiento prolongado su vinculación al país de naturalización, que no viene a convertirse en otra cosa que una patria únicamente nominal.

Más adelante, la sentencia se expresa en los si

- - - - -

34) International Court of Justice. Pleadings, Nottebohm Case. (Liechtenstein v. Guatemala). 1955. Vol. I. p. 24 y Sigs.

güentes términos: Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales; la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene - por fundamento un hecho social de dependencia, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses y de sentimientos, unido todo a una reciprocidad de derechos y deberes.

Señala la Corte, que en este caso es necesario-examinar, si la nacionalidad concedida a Nottebohm tiene estos caracteres, es decir si es lo suficientemente real-y efectiva, y llega a la conclusión de que la vinculación de Nottebohm con Liechtenstein es extremadamente débil, - donde no hay domicilio, residencia prolongada, ni siquiera que exteriorice su voluntad de permanecer en el país o de transferir al principiado todo o parte de sus intere--ses o negocios, por lo que es de suponer que el fin único de solicitar la naturalización es de buscar la protección de Liechtenstein pero no el de compartir sus tradiciones-e intereses. Guatemala, por tanto, señalaba la Corte, no-estaba obligada a reconocer una nacionalidad así otorgada y Liechtenstein carecía de fundamento para extender su --protección a Nottebohm frente aquel país, por tanto declal

ró inadmisibile la demanda.

Resalta, que la Corte en este caso, consideró - que la nacionalidad otorgada por Liechtenstein carecía de la precisa efectividad para ser oponible a otro Estado, - creando un precedente en materia de nacionalidad. Pensa-- mos, que aunque la nacionalidad concedida a Nottebohm era un acto válido en Derecho interno, carecía de legitima--- ción activa en Derecho internacional. Es pues, de acuerdo con este criterio, requisito que un Estado ejercite su -- protección sólo en relación con lesionados que tengan su-- nacionalidad real y efectiva.

d).- Personas que no poseen la nacionalidad del Estado que ejerce la Protección Diplomática.

A partir del establecimiento del ya desapareci-- do régimen convencional llamado de las Capitulaciones, -- sistema especial de derechos que sustraía al extranjero - en parte a la jurisdicción local, fué frecuente que algu-

35) Ibidem., p. 26 y Sigs,

nos Estados ejercieran la protección en beneficio de personas que no eran sus nacionales. Esta práctica sólo fué posible mediante la celebración de tratados entre el Estado protector y el Estado en que residía el extranjero sin intervención del Estado del cual fuera súbdito. Esto daba ocasión frecuentemente a que el individuo pudiera colocarse a elección, bajo la protección de alguno de los distintos Estados que habían celebrado con ese mismo país un -- tratado de capitulaciones.

Este principio evolucionó, hasta culminar en el estado actual, en que el Estado que ejercita la protección diplomática deberá hacerlo por encargo del Estado de quien el lesionado es súbdito. Así, Suiza ha concretado -- acuerdos con Alemania y Estados Unidos para que éstos se encarguen de la protección de los súbditos helvéticos.

En la práctica, suele suceder, que un Estado no otorgue su protección a uno de sus ciudadanos que se enro³⁶le como marinero bajo pabellón extranjero. Y también se puede dar el caso que un Estado ejerza la protección ---

36) Hyde, Charles Ch. International Law. Chiefly as In--
terpreted and Applied by the United States. Bos
ton, Little Brown and Company, 1947. Vol. II.
p. 1179.

diplomática a favor de marinos que no son sus nacionales, pero que presten servicios en buques que ostenten su pabellón.

Por tanto, el ejercicio del derecho de protección diplomática está limitado a los nacionales del Estado reclamante, y solamente situaciones especiales, derivadas de la celebración de determinados tratados en que se consagre la protección de un Estado respecto de personas que no son sus nacionales, o resultar de una situación -- consuetudinaria universalmente reconocida (caso de los - ciudadanos de los Estados protegidos, bajo mandato o fideicomiso) o referirse a extranjeros que sirvan en las - fuerzas armadas de un Estado, fijan las excepciones a la - regla general. Es decir, fuera de estos casos, en que la persona protegida es asimilada a la categoría de nacional, la protección diplomática se limita a los nacionales del Estado que la ejercita.

e).- Protección ejercida por Organismos Internacionales.

Anteriormente hemos establecido, que la protección diplomática es un método internacional entre Estados y que la nacionalidad, con las limitaciones establecidas, es una condición previa para su ejercicio, siendo lógico que el apátrida, persona que no es considerada como nacional por ningún Estado, no pueda a través de ningún Estado, puesto que no existe el vínculo de la nacionalidad, presentar reclamaciones internacionales, quedando en una situación precaria e ingrata ya que, repito, ningún Estado puede acogerlo y prestarle su protección. Es por esto que la Comunidad internacional se preocupe aunque sea recientemente de su situación; y basada en los principios fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas de desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales sin hacer distinciones de ninguna especie, se proteja a los extranjeros apátridas a través del Alto Comisario de las Naciones Unidas. Las funciones de este Alto Comisario consisten en proporcionar protección internacional bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

Otro aspecto de la mayor importancia, es la pro

tección que las Organizaciones internacionales pueden ejercer con relación a sus funcionarios que sufran algún perjuicio en el ejercicio de sus funciones especiales. Hay en este tema, conexiones con el ejercicio de la protección diplomática realizada por los Estados, que es preciso analizar.

En el año de 1948, el mediador de las Naciones Unidas en Palestina, Conde Folke Bernadotte, fué asesinado junto con un observador Francés, Coronel André P. Sarrat, por judíos en Jerusalem. Este caso, vino a plantear nuevas y diversas cuestiones en materia de responsabilidad internacional. Pero el caso se enfocó sobre la protección de las Naciones Unidas con respecto de sus servidores y su posibilidad de presentar una reclamación para exigir una indemnización por reparación de daños causados a la víctima.

La Corte Internacional de Justicia, manifestó en su dictamen de 11 de abril de 1949, después de explicar lo que se entiende por capacidad para presentar una reclamación internacional, que la Organización de las Naciones Unidas es una persona internacional y está facultada

da para proteger a sus funcionarios.

Siendo así, entonces las Naciones Unidas como - el Estado del cual la víctima fuere nacional, tienen capacidad para presentar una reclamación, pero ¿cuáles deberán ser las relaciones entre el derecho de la Organización de las Naciones Unidas y el Estado de la víctima?

Debemos de partir del hecho, de que no es posible asimilar el lazo de la nacionalidad que existe entre el Estado y su súbdito y el lazo jurídico que pudiere --- existir entre la Organización y su personal. Y, además, - que la regla según la cual la protección diplomática es - ejercida sólo por el Estado nacional, no es causa para -- que la Organización de las Naciones Unidas no pueda presentar una reclamación internacional, pues aún entre los Estados, hay excepciones en que la protección diplomática se ejerce en favor de personas que no son sus nacionales.

Pero, en general, aún cuando no existen reglas jurídicas realmente verdaderas, se aplican los mismos -- principios ya enunciados con relación a la concurrencia -

37) International Court of Justice. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations. 1949. p. 24.

de varios Estados para ejercitar la protección diplomática, toda vez, como ya lo establecimos, un Estado no puede ser obligado varias veces a la reparación de un mismo hecho.

Aquí desde luego la concurrencia será entre el derecho de la protección diplomática perteneciente al Estado y el derecho de la protección llamada funcional, que corresponde a la Organización.

Cuando el agente no tuviere la nacionalidad del país en que sufre el daño, tanto su Estado nacional -- puede ejercer la protección diplomática, como la Organización puede ejercer su protección funcional, pero como sólo una podrá concurrir, lo más lógico es que se debe celebrar un acuerdo entre la Organización y el Estado en cuestión, sobre la base de que debe darse preferencia a aquella, por que el daño a la víctima se causa precisamente estando a su servicio.

Pero, cuando un agente fuere nacional del Estado responsable del daño no le es dable a éste eludir a la nacionalidad de la víctima para eludir su responsabilidad.

2.- Personas Jurídicas.

La protección diplomática puede tener como objeto a las personas jurídicas, por lo que es posible que esa protección se extienda no sólo a los nacionales, personas físicas, sino también a las personas jurídicas. El problema que se nos plantea en este último caso, es el del criterio que hay que seguir para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas llamadas sociedades, y más importante aún, el establecer la situación del extranjero dentro de las sociedades nacionales.

Respecto del primer punto, diremos que la nacionalidad de las personas jurídicas no tiene la misma preponderancia que se atribuye a las personas físicas para el efecto del ejercicio de la protección diplomática, superada ya la discusión sobre si las sociedades pueden o no tener nacionalidad al concluirse como útil y cómoda la noción de nacionalidad, "Considerando a las personas morales unos como resultado de una técnica jurídica fundada sobre una idea de justicia y otros como un medio para que la persona humana cumpla finalidades que individualmente-

38

no podría llevar a cabo".

Y, aunque se puede desprender de los distintos derechos positivos tres sistemas principales, para determinar y atribuir la nacionalidad de las personas jurídicas, siendo uno de ellos la sede de la persona jurídica, - el otro de acuerdo con el ordenamiento jurídico con arreglo a cuyos preceptos fué constituida y por último el del control, creemos que la protección no se concede en virtud de que la persona jurídica posea formalmente la nacionalidad del Estado protector, sino que es necesario, además, una vinculación con ese Estado. Así, podemos aquí -- aplicar la cuestión de la nacionalidad efectiva.

39

Borchard, sostenía que la práctica americana había negado la protección diplomática cuando la mayoría de los accionistas eran extranjeros.

En relación al segundo punto, diremos que como resultado de la introducción de la teoría del control a partir de la Primer Guerra Mundial, y que es considerada actualmente como una teoría concebida para un período ex-

- - - - -

38) García Arias, Luis. op. cit., p.617.

39) Borchard, Edwin. op. cit., p. 621.

cepcional y no aplicable por tanto para determinar la nacionalidad a una sociedad para los efectos del derecho de protección, surgió la tesis del interés preponderante o - substancial para ejercer la protección diplomática y proteger no sólo a la sociedad sino a "sus accionistas en sociedades extranjeras independientemente de éstas".

El problema que se plantea no es nuevo, sin embargo es de suma importancia y bastante controvertido.

Por lo que se refiere a la práctica diplomática, los Estados Unidos de Norteamérica y la Gran Bretaña mantuvieron una línea de conducta hasta poco antes de la terminación del siglo XIX, distinta a la que sostuvieron posteriormente y que mantienen actualmente. Así, primero no intervinieron a favor de sus nacionales que participaran en sociedades que poseían una nacionalidad extranjera por que los intereses de los accionistas individuales estaban plenamente sumergidos en el ente social, y así tenemos el caso ANTIOQUIA que se planteó en 1886 en Colombia, en que el Secretario de Estado norteamericano, Mr. Sewars, manifestó ante la solicitud de protección que habían hecho -- ciudadanos americanos socios de la "Compañía Unida de Navegación por Vapor en el Rio Magdalena" por daños causa--

dos a la sociedad que: "cuando un ciudadano americano emi-
gra al exterior e invierte sus intereses en las acciones
de una persona moral, los derechos que dentro de ella de-
tenta, se refieren sólo a los probables beneficios de --
aquella, y no puede pretender por tanto, una reclamación
válidamente apoyada por un gobierno. El socio no tiene --
una propiedad individual dentro del capital social. Así -
lo ha reconocido la Suprema Corte de Estados Unidos".⁴⁰

Vemos aquí, que el Departamento de Estado Norteamericano-
rehusó de plano intervenir a favor de ciudadanos norteamer-
icanos socios en una sociedad extranjera.

Igualmente, en el caso "Cia. Salitrera del Pe-
rú", en que socios americanos de esta Compañía, solicita-
ron protección diplomática de su gobierno por ciertos he-
chos de expropiación realizados por el gobierno peruano,-
en 1875, el entonces Secretario de Estado Mr. Fielinghuy-
sen, manifestó: "Los derechos que han sido afectados co--
rresponden sólo a la sociedad y no al derecho individual-
de los accionistas, ya que aún en el caso de que todos --
los miembros individuales de la Compañía fueren america--

40) Moore, John B. op. cit., p. 644.

nos, ni aún así podrían interponer válidamente su reclamación bajo su propio nombre, sino únicamente interpuesta por la misma Compañía que es la propietaria global de todo el capital..... la pretensión para una interposición diplomática, en apoyo de los intereses individuales de los nacionales, se halla completamente fuera de la cuestión".
41

Esta regla de conducta seguida por los gobiernos americano y británico, tomó otro sesgo, abandonando esta política para adoptar otra contraria: la de proteger a sus súbditos que poseían intereses en sociedades de otra nacionalidad en el extranjero.

Fué en 1889, en el caso "Delagoa Bay Railway Company",⁴² en que ambos gobiernos, por primera vez, sustentaron un punto de vista diferente, reconociendo que en determinadas circunstancias se podían presentar reclamaciones diplomáticas a favor de sus nacionales que poseyeran intereses en una sociedad extranjera. Aunque, en este caso se plantearon cuestiones de concesiones y expropiación

41) Ibidem., p. 646-647.

42) Ibidem., p. 647-649.

ción, fué el asunto de los accionistas extranjeros sobre el que se enfocó el problema. En el año de 1883, el gobierno portugués otorgó al ciudadano americano Edward Mac Murdo, la concesión para la construcción y explotación de un ferrocarril en la colonia portuguesa de Mozambique, Africa Oriental, y que corría del Puerto de Lourenco Marqués a la Frontera Transval. Para este proposito, según los términos de la concesión, Mac Murdo constituyó una sociedad portuguesa a la cual transfirió su concesión, sin embargo, apremiado a pagar unos bonos acudió a capitalistas británicos, quienes formaron una sociedad inglesa la "Delagoa Bay Railway Co." a la cual Mac. Murdo cedió todas sus acciones de la sociedad portuguesa juntamente con el beneficio de su concesión, recibiendo a cambio acciones de la nueva sociedad inglesa. Al surgir ciertas desavenencias con el gobierno portugués, relativas a la concesión, éste confisco el ferrocarril ya construido y canceló la concesión, Los gobiernos inglés y americano protestaron conjuntamente y decidieron ejercer la protección diplomática de la sociedad británica y del súbdito americano respectivamente. El gobierno portugués alegó que las medidas adoptadas se referían exclusivamente a la

sociedad portuguesa y que sólo con ella debería entenderse. Sin embargo, finalmente, los gobiernos interesados me diante negociaciones diplomáticas firmaron un protocolo de arbitraje. Los árbitros, tres juristas suizos, se limi taron a fijar la cuantía de la indemnización a cargo del gobierno portugués, cuyo pago había sido acordado previamente por la vía diplomática.

En algunos otros casos posteriores, por decisio nes arbitrales, se resolvió que un Estado podía presentar reclamaciones por sus nacionales en sociedades constituidas bajo leyes del Estado territorial y que, en la mayo-- ría de los casos, habían dejado prácticamente de exis --- tir. ⁴³ En el asunto "Tlahualilo Company", sociedad formal mente mexicana compuesta mayoritariamente por norteamericanos e ingleses, los gobiernos de estos ciudadanos inter vinieron a su favor, por supuestos daños motivados por mo dificaciones en la distribución de las aguas del río Naza. Aquí, se llegó a un acuerdo en que el gobierno mexicano - accedió en algunas pretensiones.

Otro caso, en que se ejercitó la protección di-

43) García Arias, Luis. op. cit., p. 623.

plomática en favor de súbditos propios, accionistas en sociedades extranjeras, fué el de la "Mexican Eagle Company" (1938), sociedad mexicana cuyas acciones mayoritarias estaban en manos de ingleses y holandeses. Ante la intervención del gobierno inglés, México sostuvo que la sociedad en cuestión era mexicana y como no hubo acuerdo incluso se llegó al rompimiento de relaciones con la Gran Bretaña, las que se reanudaron en 1941. En el año de 1946, México concertó un acuerdo en el que aceptaba indemnizar a los súbditos británicos.

En todos estos casos, no hubo decisión arbitral toda vez que siempre existió acuerdo entre los gobiernos en disputa. Y en el caso "Delagoa Bay Railway Co.", como ya señalamos, los árbitros sólo fijaron el importe de la indemnización, cuyo pago había sido acordado previamente por la vía diplomática por el gobierno portugués con el inglés y norteamericano.

Sin embargo, en el caso "El Triunfo Company, Ltd.", cuyos antecedentes mencionaremos a continuación, si hubo decisión arbitral. En el año de 1894, el Gobierno de la República de el Salvador otorgó a una sociedad, compuesta por socios americanos y salvadoreños, concesión pa

ra para explotar una línea de navegación en el Puerto el-Triunfo. La mayoría de las acciones las tenía una sociedad norteamericana llamada "Salvador Commercial Company". El gobierno salvadoreño, canceló la concesión otorgándosela a una nueva sociedad.

La sociedad americana, considerando que sus derechos habían sido lesionados, acudió a su gobierno solicitando protección, el cual propuso que el asunto se sometiera a una decisión arbitral. El gobierno salvadoreño, - en principio se opuso a lo anterior alegando que la sociedad en cuestión era salvadoreña, pero finalmente aceptó y el Tribunal Arbitral que conoció del asunto lo condenó a pagar una indemnización a la sociedad norteamericana. ⁴⁴

Puedo citar otros casos, como el "Cerruti Co." (1893), que arbitró el Presidente de los Estados Unidos, - Cleveland, ante la protección ejercida por el gobierno italiano a uno de sus súbditos, socio mayoritario de una sociedad colombiana. Y el "Ruden Co.", que conoció una Comisión de Reclamaciones, entre los Estados Unidos y Perú. En las correspondientes sentencias se tomó en cuenta el -

44) Moore, John B. op. cit., p. 649-650.

daño causado al súbdito pejudicado, socio de una sociedad extranjera. En ambos casos, sin embargo, las sentencias - no contienen ninguna argumentación para reconocer los derechos de los Estados a proteger a sus súbditos socios en sociedades extranjeras.

En el caso "Ziat Ben Kiran", en el que Inglaterra otorgó su protección diplomática a súbditos británicos partícipes en una sociedad española, el tribunal arbitral que conoció del caso, sostuvo que la jurisprudencia-preponderante de los tribunales arbitrales reconocía la - posibilidad de distinguir, para los hechos de un litigio-internacional, entre las partes constitutivas de las so--ciedades por un lado y la sociedad misma del otro. Que el Derecho internacional, que en esto es dominante y que se-inspira en los principios de equidad, no ha establecido - criterio formal para acordar o refutar la protección di--plomática a los intereses nacionales.

Es por eso que "en rigor, ni de la práctica nacional ni de la internacional parece posible presentar su suficientes precedentes que apoyen en forma directa la existencia de una norma general que conceda a un Estado un derecho de intervención a causa de un daño ocasionado al -

accionista por el daño infligido a la sociedad".⁴⁵

Y el mismo De Visscher que afirma que a pesar - de ciertos precedentes diplomáticos y ciertas convencio-- nes que han insituído Comisiones mixtas de reclamaciones- que han admitido la "existencia de una práctica favorable a la protección de los derechos individuales de los accio-- nistas cuando la sociedad es ella misma víctima de las me didas dictadas por un Estado del que dependen....no pare-- ce, sin embargo que la práctica internacional esté entera⁴⁶ mente adherida a esta concepción".

Uno de los casos mas recientes, es el de una so ciedad canadiense, la "Barcelona Traction and Power Compa ny Ltd", que realiza operaciones en España. Bélgica ha -- protegido a sus nacionales que tienen acciones en esta so ciedad por actos que el gobierno español realizó en con-- tra de los intereses de la sociedad.

El caso ha sido planteado en la Corte Interna-- cional de Justicia por el gobierno de Bélgica contra el - español. En relación con este litigio, Jimenez de Aréche-

45) García Arias, Luis. op. cit., p.626

46) Ibidem., p. 626-627

ga, afirma que "un pronunciamiento de la Corte, en favor de la tesis belga entrañaría un precedente de gran trascendencia, en cuanto que habrá de significar necesariamente una enorme ampliación, una extensión alarmante y desmedida del instituto de la protección diplomática. En la economía contemporánea, de grandes sociedades anónimas con proyección trasnacional, cuyas acciones al portador se colocan libremente en las bolsas y mercados extranjeros, la aceptación de la protección diplomática del accionista -- significaría que en breve plazo cualquier Estado y particularmente las grandes potencias invasoras de capitales - en el exterior, adquirirían personería para formular reclamaciones diplomáticas, y aún demandas judiciales internacionales contra cualquier otro Estado, independientemente del cuidado que el Estado territorial tenga en la nacionalidad de las sociedades anónimas que actúan en su jurisdicción".⁴⁷

Me parece acertado el párrafo transcrito con anterioridad, ya que en mi opinión y tal como se ha manifes-

47) Jiménez de Aréchaga, Eduardo. Una Alarmante tentativa de ampliación del amparo diplomático. La-protección judicial del accionista. 1964. p. 1.

tado anteriormente, no existe una práctica nacional ni internacional que apoye suficientemente el ejercicio de la protección diplomática de un Estado por causa de un daño infringido a uno de sus súbditos, accionista de una sociedad extranjera, además, otorgar la protección diplomática a los accionistas de las sociedades, significa desconocer algunos principios reconocidos sobre la personalidad moral. Las sociedades dotadas de personalidad moral constituyen entes independientes y diferentes de los individuos que las forman, significando con ello, que las sociedades tienen un patrimonio y una nacionalidad ajena al que pueden tener los socios, personas físicas, y que por tanto, los bienes de la sociedad que constituyen un patrimonio propio, no forman parte del patrimonio personal del socio. Y por último, que la sociedad tendrá personalidad jurídica propia para ejercer a través de sus representantes sus derechos ante los tribunales. Por eso, en caso de daño en contra de la sociedad, ella es la directamente dañada y no los sujetos que la integran que no tienen, para reclamar y buscar reparación, acción alguna.

"El que la nacionalidad de la sociedad y no la de los accionistas, sea la que determine la jurisdicción-

de un tribunal internacional, en lo referente a las pérdi
das sufridas por la sociedad, se evidencia del hecho de -
que es ella, quien posee el completo título legal y equi-
tativo, para poder comparecer como parte. El accionista -
posee únicamente un derecho de equidad y exigible solamen-
te ante una Corte de Equidad para compeler a los directi-
vos, a una mejor administración de la sociedad, pero sin-
tener nunca el derecho de comparecer como parte interna--
cionalmente".

"Así pues, mientras que es posible para su go--
bierno, el apoyar y seguir una reclamación a nombre de --
una sociedad nacional, en la cual existen accionistas ex-
tranjeros, no le es de ninguna manera posible, por los in
convenientes que se presentan, el hacerlo en el caso o---
48
puesto.....".

Mención aparte, es la situación del accionista-
que directamente sufre un daño en su propio derecho, que-
no hay que condundir con la situación anteriormente anali
zada, del daño ocasionado directamente a una sociedad co-
mo tal. Ejemplo del daño que en su propio derecho sufre -
- - - - -

un accionista, y en que si procede la protección diplomática, es cuando se le desconozcan algunos derechos inherentes a su calidad de socio.

CAPITULO CUARTO

CONDUCTA CONTRARIA AL DERECHO INTERNACIONAL.
EL ACTO ILICITO INTERNACIONAL.

- I.- Teoría de la Responsabilidad Internacional de los Estados.
 - 1.- Requisitos para la existencia de la responsabilidad.
 - a).- Acto Ilícito.
 - b).- Imputación.
 - 2.- Los sujetos pasivos del acto ilícito.
 - 3.- Elemento del dolo o de la culpa en el acto -- ilícito.
 - 4.- El acto ilícito cometido por el Estado por me dio de sus órganos.
 - a).- Organo Legislativo.
 - b).- Organo Ejecutivo.
 - c).- Organo Judicial.
Denegación de Justicia.
 - 5.- El acto ilícito derivado de actos de indivi-- duos particulares.

I.- Teoría de la Responsabilidad Internacional de los Estados.

Cuando un Estado daña al extranjero en virtud de una actividad ilícita, el Derecho internacional tutela a éste mediante la teoría de la responsabilidad internacional de los Estados, que obliga a ese Estado a reparar el daño causado. El extranjero para obtener reparación acudirá a su propio Estado en busca de la protección diplomática. La efectividad de la responsabilidad internacional se consigue mediante la protección diplomática, que implica el paso de la cuestión del marco del Derecho interno al del Derecho internacional. Es decir, la protección diplomática se ejerce cuando hay una acción ilícita, una violación de las normas del Derecho de Gentes.

Sabemos ciertamente, que la elaboración de la teoría de la responsabilidad internacional de los Estados, así como su fundamentación y estructuración en bases más técnicas y su aceptación en la práctica, tiene su inicio a partir de principios de este siglo. Causas de la elaboración de esta teoría y su reconocimiento -- por los Estados en la práctica, son la aparición de la-

moderna tesis del Estado de derecho con Jellineck, y el desarrollo de la noción de soberanía, pilar tanto tiempo considerado como inatacable del Derecho internacional, sobre el que fué erigida toda la teoría del absolutismo político del antiguo régimen y la del positivismo de parte del moderno. El concepto de soberanía se halla en la actualidad en proceso de revisión formal y material. El dogma de la soberanía absoluta, obstáculo permanente a todo efectivo progreso en el orden internacional, se opone al concepto de comunidad orgánica de naciones.

Actualmente, se establece que la responsabilidad internacional de los Estados existe sin que se piense que haya menoscabo a la soberanía. La Comunidad internacional y la convivencia de los Estados, crea para éstos obligaciones de reparar los daños causados a otros. Si las normas internacionales tienen carácter jurídicamente obligatorio, su violación lleva necesariamente al concepto de responsabilidad para precisar las consecuencias.

Sin embargo, la conceptualización de la responsabilidad internacional de los Estados, no ha sido lo su-

ficientemente precisada en la doctrina porque esta institución se ha desarrollado a la sombra del estudio que los autores y los organismos internacionales hacen del concepto de responsabilidad del Estado por daños causados a los extranjeros en su territorio, llegando inclusive a sostenerse que no puede hablarse de una responsabilidad general.

La responsabilidad es piedra angular de todo sistema jurídico y clave en especial del Derecho internacional. Es la especial naturaleza de los sujetos internacionales y de las normas del Derecho internacional que dan características propias a la responsabilidad internacional. Es uno de los temas más torturantes del Derecho de Gentes, por la variedad de las tesis existentes, por la indisciplina terminológica, por la penumbra creada a su alrededor por razones políticas y diplomáticas que impiden, al surgir las discusiones y apasionamientos, la unificación en las teorías, doctrinas y juicios.

En el momento, no creo que sea posible, a pesar de los intentos realizados en la Conferencia Codificadora de la Haya en 1930, una uniformidad de las re---

glas y principios que rigen la responsabilidad internacional y que la teoría y la práctica han establecido, - toda vez, que han surgido nuevos postulados que han --- transformado esas reglas especialmente en lo relacionado con la personalidad internacional. Son esas transformaciones del Derecho internacional, tales como la pretensión a los derechos humanos y el castigo a los culpables de los crímenes de guerra, los que han motivado -- una revisión de los conceptos tradicionales en relación a los sujetos del Derecho internacional y a la responsabilidad internacional. El concepto de que el Estado es el único sujeto del orden jurídico internacional ha evolucionado para admitirse la existencia de otros sujetos. El Derecho internacional ha evolucionado para que en -- una nueva fase, ofrezca como rasgo característico la amplitud de la subjetividad internacional.

No es posible seguir hablando unilateralmente de la responsabilidad internacional del Estado en cuanto que el Derecho internacional también establece obligaciones sobre los individuos y las organizaciones internacionales. Además, entre los sujetos pasivos de la responsabilidad internacional, el hombre alcanza una im

portancia dada la actual tendencia del Derecho de Gen--
tes a la protección de los derechos humanos. ⁴⁹

Así, Sánchez de Bustamante, establecía que --
los Estados no sólo son los únicos sujetos que pueden -
incurrir en responsabilidad sino que podrían incurrir -
en élla ciertas organizaciones de la Comunidad jurídica
internacional. ⁵⁰

Ciertamente, los Estados no son los únicos su-
jetos del Derecho internacional, pero si los de mayor -
importancia, siendo el orden jurídico internacional el-
que regula sus relaciones dentro de la Comunidad inter-
nacional, donde, dentro de ella, todos son soberanos e-
iguales. La existencia de los Estados dentro de la Comu-
nidad internacional los obliga a responder de sus actos
y el deber de respeto mutuo que deben guardarse entre -
si.

Para algunos autores, como Freeman, la respon-

49) García Amador, F.V. State Responsibility in the --
light of news trends of International Law. --
The American Journal of International Law. --
Washington, 1954. Vol. 48. p.p: 339-346.

50) Sánchez de Bustamante, Antonio. Manual de Derecho --
Internacional Público. La Habana, Carasa y -
cía., 1939. p. 428.

sabilidad consiste nada más, en un deber de reparar el-
daño causado por la acción delictuosa del Estado. ⁵¹

Para Anzilotti, la base de la responsabilidad internacional será la conducta de un Estado contraria a las reglas de derecho. "La violación del orden jurídico internacional cometida por un Estado sujeto a ese orden ⁵² da nacimiento a un deber de reparación".

Estos autores confunden lamentablemente la -- responsabilidad con su consecuencia más notoria, la o-- bligación de reparar el daño, y como resultado de ello, dan a la responsabilidad internacional un concepto redu cido, ya que no toman en cuenta que pueden existir o--- tras consecuencias como resultado del incumplimiento de una obligación internacional. Siendo, pues factible, la existencia de otras consecuencias como por ejemplo, la- satisfacción moral cuando la lesión es de esta naturale za, y aún más, inclusive puede haber responsabilidad -- sin daño.

51) Freeman, Alwyn V. The International Responsibility- of States for Denial of Justice. N.Y., Longmans, Green and Co., 1938. p. 17.

52) Anzilotti, Dionisio. Curso de Derecho Internacional. Madrid, Ed. Reus, 1935. p. 407.

Ya el tratadista cubano García Amador, ha establecido: "que se ha considerado que la responsabilidad internacional no sólo supone el deber de reparar, - sino también el derecho del Estado ofendido a recurrir a las sanciones de que ha conocido el Derecho Internacional tradicional: las represalias y la guerra".⁵³

Además, como afirma este autor, se generaliza una corriente de opiniones en el sentido de que la reparación, en la práctica ha revestido a veces el carácter de verdaderas sanciones penales. Es decir, "que en ocasiones las medidas de reparación se han exigido o impuesto a título de un castigo a una pena por la violación o inobservancia de una obligación internacional".⁵⁴

Claro está, que en la mayoría de los casos, - puede surgir responsabilidad por un acto contrario al Derecho internacional y que llega a producir un daño.

53) García Amador, F.V. Principios de Derecho Internacional que rigen la Responsabilidad. Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, --- 1963. p. 35.

54) Ibidem., p. 37.

1.- Requisitos para la existencia de la responsabilidad.

Para que se produzca la responsabilidad internacional, son necesarios ciertos requisitos, algunos esenciales es decir, que no pueden dejar de concurrir y otros que pueden concurrir o no según sean los casos -- planteados.

Los supuestos necesarios y esenciales para la existencia de la responsabilidad internacional son:

- 1) Existencia de un acto ilícito.
- 2) Imputación al Estado.

El acto ilícito internacional implica violación a una norma jurídica impuesta por el Derecho de Gentes; un acto contrario a las obligaciones internacionales impuestas a un Estado u otros entes que tengan -- personalidad internacional, ya sea que estas obligaciones impliquen una actitud de hacer o una actitud pasiva de no hacer, Es preciso, sin embargo, hacer notar que -- sólo los sujetos del orden jurídico internacional pueden incumplir sus obligaciones. Es decir, la capacidad para cometer actos ilícitos se atribuye a los sujetos -- que constituyen el ordenamiento internacional y por tan

to sólo los Estados y en general cualquier ente que tenga personalidad internacional, pueden incurrir en res--ponsabilidad.

En todo caso, la ilicitud de la acción u omisión debe ser estimada de conformidad con los preceptos del Derecho internacional y no del interno.

Ahora bien, ¿que actos deben ser considerados como propios de tales sujetos? Por lo que hace a los Estados, para que éstos puedan ser considerados responsables internacionalmente se necesita, además, que el hecho o acción les sea imputable. La imputación implica - que el acto ilícito sea acreditado al Estado como pro--ducto de un proceder, y la imputabilidad le es atribui-ble al Estado cuando los individuos con sus actos u omisiones representen a éste y en su calidad de tales cometan esos actos. Por tanto debe haber una relación, un -vínculo entre el acto ilícito y el sujeto obligado.

Dentro de los elementos no esenciales tenemos el daño o perjuicio que se causa como producto de un acto contrario al Derecho internacional. Y no es esencial porque a veces concurre y en otros casos no, como por -ejemplo cuando el daño no se materializa.

2.- Los sujetos pasivos del acto ilícito.

En los casos de responsabilidad internacional hay que ver no sólo al agente de los hechos lesivos, -- sino también hay que precisar el agente que es afectado por esos hechos. Para este efecto, es preciso establecer que sólo puede ser sujeto pasivo del acto ilícito -- internacional, aquél que sea reconocido como tal por el Derecho internacional, es decir, sólo los sujetos internacionales pueden ser sujetos pasivos del acto ilícito-- internacional. Lo anterior no significa que el acto dañoso pueda afectar solamente en forma directa a otro Estado u otros sujetos internacionales, sino es posible -- que el acto dañoso afecte directamente a la persona o -- bienes de los extranjeros. En el primer caso, el Estado puede aparecer directamente afectado con toda evidencia siendo obvio establecer que el Estado posee personali-- dad jurídica internacional propia.

Considerando al Estado como agente de un he-- cho ilícito, la responsabilidad le es atribuible por -- violación de las obligaciones derivadas de un tratado, -- o por violación de los deberes que tiene hacia otro Es-

tado, derivados de los principios fundamentales que rigen la vida de relación internacional. "La convivencia internacional, tiene por base un deber de respeto mutuo que todos los Estados deben guardarse entre si. Ese deber tiene un vista la integridad moral, la integridad política, la integridad jurídica y la integridad material de todos los Estados".⁵⁵

En cuanto a la responsabilidad internacional por daños causados a extranjeros, ésta surge realmente por no haber concedido a éstos un determinado tratamiento. Los daños que se les ocasionen pueden derivarse de circunstancias varias y de agentes distintos. Es aquí, donde se produce el mayor número de casos de responsabilidad internacional, siendo en este tipo de responsabilidad, por su propia naturaleza, donde es más factible llegar a una regulación y obtener soluciones jurídicas más viables. Además, es aquí, donde la doctrina tradicional considera en caso de daños a extranjeros, como lesionado al Estado a que pertenecen, pues es éste y no el individuo al cual reconocen como sujeto del Derecho-

55) Costa Podesta, L.A. op. cit. p. 170.

internacional ya que el individuo no puede alegar directamente contra un Estado extranjero ninguna pretensión internacional. Por tanto, la lesión ocasionada a un individuo extranjero es considerada como si se hubiera ocasionado al Estado a que pertenece.

3.- Elemento del dolo o de la culpa en el acto ilícito.

Se discute si la responsabilidad internacional del Estado presupone, para la imputación del acto ilícito, el dolo o la culpa, o por si el contrario, la responsabilidad surge sólo del hecho de una conducta -- contraria a la norma internacional. Existen con firmeza, y en contraposición, dos teorías que tratan de fundamentar y explicar la responsabilidad internacional. Una, - la teoría tradicional la de la culpa, que parte de Grocio, considera que para establecer la responsabilidad - por un hecho contrario a las obligaciones internacionales, se necesita la existencia de una falta u omisión - voluntaria.

La otra, sustentada por Anzilotti, Shoen y --

Triepel, entre otros, sostiene que el Estado asume la responsabilidad ante los demás, por cualquier hecho contrario al Derecho internacional, Estos autores dan a la responsabilidad un fundamento meramente objetivo, estableciéndose una relación de causalidad entre la acción u omisión y el hecho contrario al Derecho internacional, sin hacer referencia a una culpa.

En uno de los párrafos de la Primera resolución del Instituto de Derecho Internacional, de 1927, se establece:

"La Responsabilidad del Estado no existe si la falta de cumplimiento de la obligación no es consecuencia de la culpa de sus órganos, a no ser en el caso particular de que una regla convencional o consuetudinaria, especial en la materia, admita la responsabilidad sin culpa".

Como vemos el Instituto adoptó la tesis de la teoría de la culpa, tesis apoyada por la mayoría de sus miembros, sin embargo, no desconoció el hecho de que en caso particular puede haber responsabilidad objetiva.

También, la práctica internacional, a veces, se ha inclinado por la teoría de la culpa, admitiendo -

la responsabilidad por violación, ya sea por acción u omisión, de una norma de Derecho internacional, debiendo concurrir una premeditación o negligencia por parte de quien la cometa.

Sin embargo, hay que destacar que algunos autores que han atacado la teoría de la culpa, han tenido que recurrir a ella para explicar la responsabilidad del Estado por omisión, así como la derivada de actos de particulares.

"En realidad si se tiene presente cuanto sucede en la práctica internacional, parece que ha de afirmarse que la culpa se requiere o no para que surja la responsabilidad, según el tenor y contenido de la norma violada, lo que se explica por el actual modo de ser de la Comunidad internacional, pues la responsabilidad por mera violación de la norma corresponde a tipos de sociedad muy individualista, inspirados en la protección a toda costa de los derechos de los miembros, mientras que, en cambio, el requisito de la culpa del transgresor para que se produzca la responsabilidad es exigido por ordenamientos más sensibles a criterios de justicia retributiva. En consecuencia, el ordenamiento interna--

cional, por encontrarse en vías de evolución, presenta, en éste como en otras de sus instituciones, aspectos no homogéneos y a veces claramente contrastantes".⁵⁶

Por nuestra parte, en principio aceptamos la teoría de la culpa, a pesar de los ataques hechos por Anzilotti y Guggenheim entre otros, que sostienen que la teoría de la culpa no tiene validez porque la investigación de la culpa es incierta y difícil, que en muchos casos es imposible determinar cual es la actitud psicológica del órgano en el momento de cometer el delito.

Sin embargo, debemos destacar el hecho de que la teoría de la culpa no es absoluta, que si bien es cierto que no podemos admitir que un Estado se le responsabilice de lo inevitable, no debemos desconocer que hay casos que generan responsabilidad sin que exista falta, pues dados los actuales adelantos técnicos, se ha considerado que determinadas actividades entrañan, a pesar de todas las medidas de seguridad y precaución, -

- - - - -

56) Vitta, Eduardo. La Responsabilidad de los Estados. En Revista Española de Derecho internacional. Madrid, 1959. Vol. XII No. 1-2. p. 26.

peligros que pueden envolver responsabilidad independientemente de si hubo o no culpa, como el caso de los experimentos nucleares que de hecho y a pesar de que se tomen todas las precauciones, pueden llegar a constituir actos internacionalmente ilícitos. Y es, que es necesario destacar, que por un lado está la necesidad imperante de probar la culpabilidad del autor del acto, obligado a reparar, y por el otro, aparece la persona perjudicada, que sin culpa alguna, ha sido lesionada en sus derechos e intereses legítimos. "En un caso la responsabilidad se polariza en torno del acto ilícito, de la culpa; en el otro supuesto la responsabilidad gira en torno del daño, del efecto, de la necesidad de reparar".⁵⁷

Es decir, se pueden presentar causas extraordinarias, que pueden calificarse como de excepción, que obliga a reconocer la existencia de una responsabilidad sin culpa, y que por tanto no podemos generalizar.

57) Ibidem., p. 27.

4.- El acto ilícito cometido por el Estado por medio de sus órganos.

De la división clásica y tradicional de poderes se ha pretendido establecer que los actos ilícitos internacionales pueden cometerse por los distintos órganos del Estado, según que puedan provenir del poder legislativo, ejecutivo o judicial. Por supuesto, que cualquiera que sea el órgano que cometa un acto ilícito conforme al Derecho internacional, la responsabilidad siempre recaerá sobre el Estado considerado como unidad. Pues como manifiesta Accioly: "para la responsabilidad internacional no importa como pueda manifestarse la actividad del Estado, éste es una entidad unitaria y por tanto responsable de ---
58
cualquiera de sus órganos".

En el primer apartado de la Resolución del Proyecto adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Lausanne de 1927, se establece: "El Estado es responsable por los daños causados a los extranjeros por cualquier acción u omisión contraria a sus obliga

58) Accioly, Hildebrando. op. cit., p. 318.

ciones internacionales, cualquiera que sea la autoridad - del Estado de quien procede: constitucional, legislativa, gubernativa, administrativa o judicial".

Al respecto, creemos que es unánime la doctrina al considerar, que el Estado es responsable por actos de sus órganos contrarios al Derecho internacional, y que lógicamente actúen dentro del marco de su competencia. La - imputación de un acto al Estado como sujeto internacional se realiza mediante una operación lógica, atribuyendo actos materiales a entes abstractos. Siendo el Estado un ente abstracto, su actividad debe manifestarse por intermedio de sus representantes, es a través de ellos como se - exterioriza su voluntad. Si estos representantes en su calidad de funcionarios, es decir, en su calidad de órganos representativos, cometen un acto ilícito internacional, - la responsabilidad del Estado será directa e innegable.

Pero, de hecho, puede suceder que el órgano representativo actúe más allá de la competencia que le confiere el derecho interno respectivo, aquí, por regla general, se considera que el Estado también es responsable -- siempre y cuando el órgano actúe en su calidad de tal, -- como órgano representativo.

a) Organismo Legislativo.

Se reconoce generalmente que el organismo legislativo puede ocasionar la responsabilidad internacional del Estado, cuando con su actuación viole el Derecho internacional, bien sea que promulgue leyes contrarias a este orden. Aquí, debemos manifestar, que no basta para originar el acto ilícito internacional y hacer surgir la responsabilidad, que una ley se haya promulgado, sino, que esa -- ley se haya aplicado, es decir, hayan sido ejecutadas las disposiciones contenidas en la misma y ocasionen daño a -- los extranjeros, pues previamente sólo podría existir una simple amenaza de daño que podría no realizarse en la --- práctica.

Existen, sin embargo, autores como Guggenheim y Rousseau que consideran que la mera publicación de una -- ley contraria al Derecho internacional constituye un deli- to internacional. Esta posición, a mi modo de ver, no da oportunidad al Estado que la ha promulgado para que pueda a su vez abrogarla antes de que se pudiera producir con -- su aplicación, el daño resultado del acto ilícito. Hay -- que dejar al legislador la oportunidad de revisar sus --

decisiones.

Tambien el poder legislativo hace incurrir a su Estado en responsabilidad internacional, cuando al contrario del caso anterior, no promulgue una ley necesaria -- para no faltar al cumplimiento de una obligación de carácter internacional.

b) Organó Ejecutivo.

Respecto a la responsabilidad del Estado por -- actos del órgano ejecutivo, podemos afirmar, que es aquí, donde derivan la mayoría de los daños ocasionados a un extranjero, por la misma naturaleza de sus funciones. Esto se debe a que la actividad estatal se manifiesta mayormente en el aspecto administrativo y por tanto en donde, en la práctica, se presentan más ocasiones de cometer actos-ilícitos internacionales. Ejemplos de tales actos, pode--mos mencionar: expropiación ilícita de propiedades priva-das, y extralimitación de las funciones de las autorida--des policíacas.

Ahora bien, si la responsabilidad está comprome

tida si un Estado o un ciudadano extranjero sufre un daño resultante de una acción u omisión del poder ejecutivo -- que sea incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, hay que distinguir de quien responde el Estado por la realización de dichos actos u omisiones. Esto, porque es en este campo de actividades donde se presenta el problema del rango, que las autoridades ocupan en la jerarquía administrativa y que ha llevado a algunos Estados a eludir su responsabilidad por actos de funcionarios subalternos.

En primer lugar, responde por actos de sus funcionarios investidos de autoridad y en ejercicio de sus funciones; también responde por actos de funcionarios que se exceden en sus funciones o fuera de su competencia si ha procedido en su calidad oficial. No responde y por tanto no hay responsabilidad cuando los actos u omisiones se realicen por funcionarios públicos que obren en su carácter puramente privado.

- c) Organo Judicial.
Denegación de Justicia.

Finalmente, los actos del poder judicial contrarios al Derecho internacional pueden comprometer la responsabilidad del Estado. Los actos ilícitos de los órganos judiciales pueden derivar, ya sea por aplicación de normas de derecho interno contrarias al Derecho internacional, como por la aplicación errónea de normas generales de Derecho internacional; o bien, ya sea por la comisión de la denominada denegación de justicia.

Y aunque para algunos autores, la responsabilidad del Estado no está comprometida por actos del órgano judicial, basados en el principio de la independencia que suelen tener los tribunales respecto a los otros órganos del Estado, hay que objetar, que de hecho hay que considerar al Estado como una unidad, siendo el órgano judicial una parte integrante de él.

Como en la práctica internacional, la denegación de justicia ocupa un papel muy destacadísimo, y toda vez que a esta figura se le ha dado un contenido variable y que las resoluciones internacionales muchas veces no coinciden en cuanto a la apreciación del significado, me referiré a ella como hecho determinante de la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros y

consecuentemente del ejercicio de la protección diplomática.

Denegación de Justicia.

Dada la importancia que tiene para la responsabilidad internacional la denegación de justicia y considerada ésta como un acto derivado de los cuerpos judiciales y como hecho determinante de la responsabilidad del Estado por daños a extranjeros, es necesario precisar que entendemos por este concepto.

La doctrina discute y no determina con exactitud lo que debe entenderse por denegación de justicia, y no sólo ella le ha dado un contenido variable sino que, además, las resoluciones internacionales muchas veces no coinciden en cuanto a la apreciación del significado.

La falta de aceptación del contenido de este concepto, es uno de los problemas que han impedido establecer en reglas prácticas la responsabilidad de los Estados en el Derecho internacional, por lo que incluso algunos autores, se han pronunciado por la supresión del concepto.

Desde luego, la batalla por el reconocimiento del significado "denegación de justicia", ha sido entre quien ha tenido la fuerza para exigir responsabilidad por dicho concepto y quien no la ha tenido. Las grandes potencias lógicamente han pretendido darle una acepción amplia, los otros países, los débiles, por el contrario pretenden restringir el significado.

En su acepción amplia, cualquier violación al Derecho internacional implica denegación de justicia. Dentro de esta postura uno de los defensores más ardientes es Nielsen, para quien "todo daño de un Estado o de cualquiera de sus órganos en perjuicio de un extranjero, implica denegación de justicia". Por su parte, Freeman, notable tratadista americano y uno de los autores que más profundamente han estudiado la denegación de justicia, expresa que este término en su sentido amplio, significa todo agravio internacional cometido por cualquier órgano esta-

59) Nielsen, Frederick. International Law Applied to Reclamations. Washington, Ed. Byrne Co., 1933. p. 132.

60) Freeman, Alwyn V. The International Responsibility - of States for Denial of Justice. Nueva York, Longmans, Green and Co., 1938. p. 97.

tal perjuicio de los extranjeros.

Hyde, Fenwick, entre otros, son también de la misma opinión, es decir, consideran que hay denegación de justicia, cada vez que un Estado por medio de cualquiera de sus departamentos o agentes, deja de observar con relación a un extranjero algún deber impuesto por el Derecho internacional. También, la práctica internacional en algunos casos fué de la misma opinión.⁶¹

La acepción amplia para el término denegación de justicia, no la estimamos admisible, los autores que así la entienden no toman en cuenta su significado gramatical que debiera conducirlos necesariamente a una relación con un proceso legal, en el que se negare justicia a un extranjero. Confunden lamentablemente denegación de justicia con responsabilidad internacional. Debe conectarse el término antes que nada a un órgano que administre justicia, de no ser así, no existiría como afirmaba Van Vollenhoven,⁶² falta internacional que no estuviera o fue

61) Caso R. E. BROWN.

62) Opinión de Van Vollenhoven, árbitro de la Comisión General de Reclamaciones México-Americana.

ra cubierta por la frase denegación de justicia, perdiendo dicha expresión su valor como distinción técnica. Toda denegación de justicia es una violación del Derecho internacional, pero no toda violación al Derecho internacional imputable al Estado, es una denegación de justicia.⁶³

Si hemos rechazado la acepción amplia, debemos colocar esta figura dentro de la actividad judicial del Estado, pero aún aquí, existen controversias dado que muchos autores sostienen que la denegación de justicia consiste en cualquier perjuicio o falta por parte de los órganos encargados de administrar justicia contraria a las obligaciones internacionales. Así, De Vissher, considera la denegación de justicia como "toda falla en la organización o en el ejercicio de la función jurisdiccional que implique incumplimiento del deber del Estado de protección judicial a los extranjeros".⁶⁴

El criterio restrictivo dentro de la actividad

- - - - -

63) Eagleton, Clyde. The Responsibility of States in International Law. N. Y., The New York University Press, 1928. p. 113.

64) Visscher, Charles De. La Deni de Justice en Droit International. Recueil de Cours, 1935. Vol. - 52. p. 390.

judicial ha sido sostenida por muchos países latinoamericanos quienes han sostenido este punto de vista como reacción contra los países que admiten el sentido amplio. En este sentido, la denegación de justicia, significa negar a un extranjero el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos o el que los tribunales se negaren a pronunciar sentencia.

65

Para el Dr. Guerrero, ex-presidente de la Corte Internacional de Justicia, la denegación de justicia - consiste en rehusar a los extranjeros el libre acceso a - los tribunales para defender los derechos que la legisla- ción nacional les reconoce. Habrá igualmente denegación - de justicia cuando el juez competente se rehusara a ejer- cer jurisdicción.

Estoy de acuerdo con el criterio del ya falleci- do Dr. Guerrero, toda vez que en efecto, y partiendo del- sentido gramatical, denegar justicia expresa abstención,- rehusar a conocer algo. El extenso contenido que se ha -- pretendido darle, parte del supuesto de que este término- es el único que trae como consecuencia la responsabilidad

- - - - -

65) Eagleton, Clyde. op. cit., p. 257.

internacional del Estado.

Y aun dentro de la actividad judicial, se pretende dar al concepto un sentido que rebasa los lineamientos presentados por el Dr. Guerrero, ya que aquí se considera que la denegación de justicia es también, el único acto de lo judicial que genera para un Estado, responsabilidad internacional.

Creemos, que el contenido de la denegación de justicia se resume a negar a un extranjero el acceso a los tribunales u órganos que desarrollen una función jurisdiccional para hacer valer sus derechos o el que los tribunales se nieguen a pronunciar sentencia.

66

Para Borchard, el concepto estricto de denegación de justicia, existe únicamente cuando la autoridad judicial se niega a dar una decisión ya sea en el asunto principal o en un incidente del proceso. En consecuencia un juez podrá pronunciar una sentencia en cualquier sentido, pudiéndose establecer que ésta es una sentencia iniqua dada ciertamente contra la ley, pero no se podrá decir que hubiera habido una denegación de justicia.

66) Borchard, Edwin M. op. cit., p. 334.

Aún cuando el concepto de Borchard es exacto, - no podemos menos que pensar, que así entendido la denegación de justicia, podría parecer que se acepta la irresponsabilidad del Estado por una sentencia violatoria del Derecho de Gentes. Lo que pasa, es que la denegación de - justicia es tan sólo uno de los actos judiciales que pueden hacer incurrir a un Estado en responsabilidad, y siendo así, no es posible confundir como lo ha hecho la doctrina, el acto ilícito internacional denegación de justicia, con la regla del agotamiento de los recursos locales que es un requisito procesal necesario para el ejercicio de la protección diplomática.

La denegación de justicia, como uno de los actos ilícitos internacionales está sujeta para su reclamación en el ámbito internacional al agotamiento de los recursos locales por parte del extranjero que haya sido lesionado.

De todos los otros actos ilícitos por los cuales los tribunales pueden hacer incurrir a un Estado en - responsabilidad, el más discutido es la sentencia manifiestamente injusta. Pensamos en efecto, que ciertos Estados aunque aparentemente otorguen justicia cometen en rea

lidad verdaderas arbitrariedades. Y es por eso, que la --
sentencia injusta puede ser causa de una reclamación in--
ternacional cuando es violatoria del Derecho de Gentes y--
notoriamente injusta, visiblemente parcial, siempre con --
el ánimo claro de perjudicar al extranjero por su condi--
ción de tal. No significando con ello que porque una de--
terminada organización judicial puede ser diferente en --
ciertos aspectos, sus fallos sean siempre injustos. Los --
Estados que integran la Comunidad internacional se organi--
zan para asegurar los derechos de sus habitantes, siendo--
por eso de vital y primordial función establecer institu--
ciones que administren justicia. La creación de esas auto--
ridades judiciales, se hacen con el ánimo de que sean ho--
nestas, respetables, competentes e imparciales. Sus fa--
llas pueden presumirse como errores y no de mala fé, por--
eso las sentencias injustas deben ser en alto grado visi--
bles, comprobadas plenamente en cada caso, dictadas cons--
cientemente y de mala fé.

5.- El acto ilícito derivado de actos de individuos particulares.

Aquí debemos de partir, de que los individuos - particulares no son órganos del Estado y que éste no es - responsable por actos ilícitos cometidos en su territorio por individuos particulares. Lo anterior, no es desconocer que existen situaciones en que el individuo ejecute actos ilícitos internacionales que causen agravio a un Estado - extranjero. Sin embargo, como afirma Accioly,⁶⁷ la respon- sabilidad del Estado no deriva de los actos de los parti- culares propiamente dicho, sino de la actitud tomada por- el Estado ante el compartimiento de los individuos.

El Estado no puede, ni esta obligado a garanti- zar a la sociedad la prevención de todo daño. De hecho, - no hay ningún Estado que logre a través de sus ordenamien- tos, impedir en el seno de la sociedad hechos dañosos. Y- en el caso de lesiones o daños en contra de un extranjero por actos de particulares, el Estado no es responsable -- por el hecho de cometerse, sino por conducirse con negli-

67) Accioly, Hildebrando. op. cit., p. 356.

gencia en el cumplimiento de sus deberes para proteger al extranjero afectado. Cuando ha podido evitar el daño y no lo hace. En resúmen, cuando no ha adoptado las medidas -- elementales y razonables de previsión que impidan que se produzcan los actos ilícitos.

Desprendemos de lo anterior, que el Estado no responde por actos lesivos de particulares, salvo el caso de haber omitido las medidas necesarias que en virtud de las circunstancias debía haber adoptado para prevenir o reprimir tales actos.

Este principio fué adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en 1927, al declarar: "El Estado no es responsable de los actos lesivos realizados por particulares, excepto cuando el daño resulte del hecho de haberse omitido las medidas a las que debía, en aquellas -- circunstancias, normalmente recurrir con el fin de prevenir o reprimir tales acciones".

CAPITULO QUINTO

AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS LOCALES

- I.- Tratados y Conferencias Internacionales.**
- II.- Tribunales Internacionales.**
- III.- Doctrina. Ponencia de Versijl.**

Otro de los presupuestos, de acuerdo con la sentencia relativa al caso Mavrommatis pronunciada por el -- Tribunal Permanente de Justicia Internacional, es el agotamiento de los recursos locales.

El Estado para hacer reparación por sus actos - otorga los medios y recursos necesarios para que el ex--- tranjero los ejercite de acuerdo con el derecho interno - del país de que se trate. El extranjero que sufre un agravio y quiere que éste se repare, es necesario que agote - primero los recursos locales acudiendo a la jurisdicción- local para que ésta resuelva sobre sus pretensiones. Así, todos los Estados tienen que reparar las violaciones cometidas por ellos, pero siempre primero a través de sus sistemas jurídicos.

I.- Tratados y Conferencias Internacionales.

Este principio, del agotamiento de los recursos locales, no siempre ha sido aceptado y así vemos como --- ciertos países, especialmente en el siglo pasado y principios de éste, en algunos tratados internacionales hacen - expresamente referencia a él aceptándolo y otros lo han -

negado considerándolo como superfluo. Así, en el Acta General de Ginebra de 1928, y en el tratado de 28 de junio de 1948, celebrado entre Estados Unidos y Francia, sobre cooperación económica, el agotamiento de la vía interna - fué considerado como presupuesto absoluto para el ejercicio de la protección diplomática.

Sin embargo, en las Comisiones mixtas México-Estados Unidos de 1839 y 1849, el gobierno estaunidense se negó a reconocer la posición adoptada por México de considerar la regla del agotamiento de los recursos locales -- como requisito necesario para la intervención diplomática.

En la Comisión Mixta de Reclamaciones mexicana-norteamericana de 1868, no se siguió un criterio fijo que determinara con precisión si la regla del agotamiento de los recursos locales era una condición previa a una reclamación internacional. Así, Dunn,⁶⁸ cita casos como el de Garrison y Grets contra México, en que el árbitro de la Comisión, Mr. Lieber, manifestó que no era necesario el agotamiento de los recursos locales para que esa Comisión

68) Dunn, Frederick. The Diplomatic Protection of Americans in México. N. Y., Columbia University Press, 1933. p. 202.

conociera de las reclamaciones presentadas, a pesar de --
los bien fundamentados puntos de vista del Comisionado me
xicano, Palacio, que consideraba que esta regla consti---
tufa un principio de Derecho internacional.

69

En el caso Frederick Bronner contra México, -
que conoció también esta Comisión, tampoco consideró nece
sario que el reclamante hubiera agotado los recursos loca
les a su disposición. El árbitro Thornton, en este caso, -
fué de la misma opinión que la del comisionado norteameri
cano y en contra, naturalmente, de la del mexicano que --
pretendía que se rechazara la reclamación en vista que el
reclamante había abandonado el recurso de acudir a los --
tribunales federales.

70

Dunn, también consigna en su obra, algunos ca
sos en que si se hizo valer la regla de los recursos loca
les, tales como: Goleta Ada Vs. México y el "El Pueblo
de Cinecue Vs. Estados Unidos.

La Comisión General de Reclamaciones entre Méxi
co y los Estados Unidos de 1923-34, no exigió el agota---

69) Ibidem., p. 205.

70) Ibidem., p. 217 y 219.

miento de los recursos locales para recurrir a la protección diplomática, debido a que Estados Unidos aprovechándose de la situación reinante en nuestro país, coaccionó moralmente al gobierno mexicano para que en una de las cláusulas del tratado bilateral renunciara al requisito del agotamiento de los recursos locales previo al ejercicio de la interposición diplomática.

También la Comisión General de Reclamaciones de 1926 entre Panama y Estados Unidos consideró innecesario este principio.

Ya en la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México en el año de 1902, se adoptó una Convención relativa a los derechos de los extranjeros y en la que se establecía que éstos en casos que tuvieran alguna reclamación contra un Estado o sus nacionales, deberían someter sus demandas ante el tribunal competente del país.

En la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, surgida de las sesiones de la Séptima Conferencia Interamericana celebrada en Montevideo, se aprobó una resolución que establecía:

"Reafirman igualmente que el amparo diplomático

no debe promoverse en favor de los extranjeros, sino que deben éstos agotar todos los recursos jurisdiccionales establecidos por las leyes del país ante el cual se instaura la acción..."

También en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, se incorporó en el artículo VII del Tratado Americano para la Solución Pacífica de los Conflictos, la necesidad de agotar los recursos locales antes de intentar solicitar la protección diplomática.

Art. VII.- "Las altas partes contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos del Estado respectivo".⁷¹

La Resolución doce del Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Lausanne de 1927, hizo referencia a la necesidad de acudir a los procedimientos e --

71) En Publicaciones de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional. Washington, Conferencias Interamericanas, con un suplemento. 1938.

instancias internas para obtener reparación antes de presentar cualquier reclamación internacional bien sea a través de la protección diplomática o por la vía judicial.

Durante la Conferencia para la Codificación del Derecho internacional celebrada en 1930 en la Haya, las respuestas de los gobiernos de Bélgica, Suecia, Alemania y Dinamarca entre otros, a los cuestionarios previos, fueron en el sentido de aceptar el principio del agotamiento de los recursos internos.

La Tercera Comisión de la Conferencia aprobó en primera lectura el texto siguiente:

Art. 4.I.- No puede invocarse la responsabilidad internacional para la reparación del daño sufrido por un extranjero mientras no se hayan agotado los recursos que la legislación internacional del Estado ofrece al individuo lesionado.

II.- Tribunales Internacionales.

En el caso *Mavrommatis* anteriormente citado, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, aunque no se ocupó precisamente de este problema, hizo referencia a

él, al considerar como principio elemental que un Estado está autorizado a proteger a sus nacionales por actos contrarios al Derecho internacional cometidos por otro Estado, y no hallan podido obtener satisfacción por la vía ordinaria.

En la resolución de 28 de febrero de 1939, en el caso Chemin del Ferrocarril Panevesys-Saldutiskis, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, atendiendo a que las partes en disputa reconocían la regla del Derecho internacional que exige el agotamiento de los recursos internos, sólo se limitó a precisar en este caso las posibles excepciones a la regla.

Hay pocos antecedentes de esta regla en las sentencias de la actual Corte Internacional de Justicia, y aunque en algunos casos, como el Ambatielos (1953) y el Nottebohm (1955), alguna de las partes haya alegado el principio del agotamiento de la vía interna, la Corte se limitó a otra cuestión como el de Nacionalidad y su significación para el derecho de protección en el Nottebohm.

Y, más recientemente, en el caso Interhandel (1959) conocido también por el Corte Internacional de Justicia, encontramos la regla de que no se puede iniciar --

una reclamación internacional sin haberse agotado antes - los recursos locales.

En cambio, en algunas sentencias arbitrales encontramos que los árbitros, se han ocupado en forma un po co más detallada de esta regla. Así, en el caso Salem, en la disputa entre Estados Unidos y Egipto, el árbitro sueco Dr. Walter Simons, en su sentencia de 8 de junio de -- 1932, precisaba que la regla del agotamiento de la vía in terna no tenía en el Derecho internacional un carácter -- absoluto, los tribunales que la habían utilizado la ha--- bían adoptado a las circunstancias. Llegando a la conclu- sión que de acuerdo con el derecho egipcio, los recursos internos habían sido agotados.

Con motivo de la disputa británico-finés en la que buques finlandeses fueron requisados en Inglaterra du- rante la Primera Guerra Mundial, el gobierno británico, - en un memorandum enviado a la Liga de las Naciones acerca de las reclamaciones presentadas en su contra por el go-- bierno finlandés, expresó: "En materia de derecho interna ci onal y de práctica internacional, existe una regla per- fectamente establecida, según la cual un Estado no tiene- derecho de presentar, en nombre de sus nacionales, una re

clamación diplomática contra otro Estado por cuestiones - en las cuales la ley nacional permite, si la reclamación es válida, formular un recurso, a menos que los recursos nacionales hayan sido agotados. Si los particulares interesados no hubieren agotado los recursos nacionales que a ellos se ofrecen, la reclamación diplomática no se justifica en modo alguno".

El árbitro Algot Bagge, que conoció de esta disputa, se ocupó en la sentencia arbitral de fecha 9 de mayo de 1934, de la cuestión de la regla del agotamiento de la vía interna, en la que se insistió que la regla debe ser interpretada de acuerdo con cada caso concreto. En este caso, el árbitro llegó a la conclusión que los recursos ofrecidos por la legislación inglesa habían sido agotados.

III.- Doctrina. Ponencia de Versijl.

La doctrina, con mayoría de autores, sostiene - que la regla del previo agotamiento de los recursos inter

72) Accioly, Hildebrando. op. cit., p. 385.

nos es un principio general del Derecho internacional. --
Así, Borchard,⁷³ sostiene que es un principio lógico que--
cuando exista un remedio judicial debe buscársele.

Dunn,⁷⁴ afirma, que es una práctica generaliza--
da el reconocer la necesidad que tiene el extranjero de --
agotar los recursos locales.

No existe una regla de Derecho internacional --
más firmemente establecida, dice Eagleton,⁷⁵ que aquélla--
según la cual, donde existen recursos legales instituidos
por el Estado, debe tratarse primero de obtener repara---
ción por esa vía.

Ahora bien, si esta regla del agotamiento de --
los recursos internos la aceptamos como firmemente esta--
blecida, cabe preguntar, si esta regla es un requisito de
la responsabilidad, o si es un presupuesto o condición --
previa a la protección diplomática.

Consideramos que el agotamiento de los recursos

73) Borchard, Edwin. op. cit., p. 818.

74) Dunn, Frederick. Protection of Nationals. Baltimore,
The John Hopkins Press, 1932. p. 153.

75) Eagleton, Clyde. op. cit., p. 217.

internos, es un requisito procesal para el ejercicio del derecho de protección diplomática, y por tanto, éste, --- sólo se justifica en tanto se hayan agotado los recursos locales. Siendo entonces, este agotamiento de los recursos internos, una condición previa, un presupuesto indispensable para que un conflicto de carácter interno pase - al campo del Derecho internacional. Por tanto, no creemos que sea un presupuesto para el nacimiento de la responsabilidad, es decir, que para que el acto ilícito se perfeccione y se considere consumado hay que agotar los recursos locales sin que con ellos se obtenga reparación, ---- porque ésta, la responsabilidad, puede originarse y nacer desde el momento en que es lesionado el extranjero y no - cuando se hallan agotado los recursos internos o se produzca una denegación de justicia, caso en que la responsabilidad internacional no nacería por haber ya existido, - sino que sólo se haría efectiva.

Sin embargo, no importa mucho, conocer el momento preciso en que teóricamente comienza la responsabilidad del Estado. Pues como afirma Accioly: "Lo que importa saber es cuando la responsabilidad se hace efectiva, cuando puede, inmediatamente, dar lugar a reparaciones, cuan-

do puede, motivar una intervención diplomática. Si los -- recursos locales no han sido agotados poco importa decir- que ya existe responsabilidad del Estado porque, en el he⁷⁶cho, no será todavía efectiva, es como si no existiera".

El internacionalista holandés Versijl, presentó una ponencia acerca de la regla del agotamiento de los re⁷⁷ cursos internos en la reunión del Instituto de Derecho In⁷⁷ternacional, sesión de Granada, justificándola como "una- regla impuesta por la oportunidad, por un criterio políti⁷⁷co de ponderado equilibrio entre la competencia del Esta⁷⁷do protector y del Estado responsable".

Uno de los principios fundamentales de la ponen⁷⁷cia, se refería al supuesto de que lesión en la persona o bienes de un extranjero comprometa por sí misma la respon⁷⁷sabilidad del Estado en cuyo territorio fué cometida y - que existan en el orden jurídico de dicho Estado recursos⁷⁷ accesibles al lesionado, y que no resulten, según toda ve

76) Accioly, Hildebrando. op. cit., p. 387.

77) Aguilar Navarro, Mariano. La Responsabilidad Interna⁷⁷cional y los trabajos del Instituto de Dere--⁷⁷cho Internacional. En Revista Española de Dere⁷⁷cho Internacional. Madrid, 1956. Vol. IX. -⁷⁷ No. 3. p. 504.

rosimilitud, insuficientes o ineficaces, en cuyo caso -- cualquier reclamación diplomática o judicial resultante -- del hecho de aquella lesión, debe quedar en suspenso, por razones de oportunidad, hasta que sea agotado el uso normal de estos recursos a menos que el acto motivador de la responsabilidad emane del poder constituyente, del legislativo, o de los más altos órganos del ejecutivo, haya si do cometido en violación directa de un tratado internacional, o haya sido dirigido contra una persona que goce de una protección especial.

Como vemos, en esta hipótesis, producida la res ponsabilidad por la lesión en la persona o bienes de un -- extranjero pueden existir motivos excepcionales que pro-- duzcan un aplazamiento en el ejercicio de la protección -- diplomática.

Posteriormente, el ponente señor Versijl, pre-- sentó una ponencia suplementaria ante las observaciones -- hechas a su trabajo por internacionalistas tales como Guggenheim, Charles de Visscher y Verdross entre otros. Y -- después de minucioso estudio el Instituto de Derecho In-- ternacional, estableció que cuando un Estado afirme que -- uno de sus súbditos ha sufrido un perjuicio, en su perso--

na o en sus bienes, con violación del Derecho internacional, toda reclamación diplomática o judicial será inadmisiblesi el ordenamiento jurídico interno del Estado contra el cual es aducible la pretensión, ofrece vías de recursos accesibles a la persona injuriada y si son eficaces y suficientes según toda verosimilitud, mientras estas vías no hayan sido agotadas, excepción hecha de las personas que gozan de una protección internacional especial y cuando los Estados interesados lo hayan acordado así.⁷⁸

De lo anterior, se desprende, que esta resolución se ha formulado como un requisito que debe cumplir la interposición diplomática, siendo necesario que los recursos no sean habitualmente ineficaces. No se aplica la regla en el caso en que el acto dañoso ha afectado a una persona que goza de una protección especial.

⁷⁹
Rousseau, por su parte, afirma que la regla -
- - - - -

78) Cit. en Makarov, Alejandro. Consideraciones sobre el Derecho de Protección Diplomática. En revista Española de Derecho Internacional. Madrid, -- 1955, Vol. VIII. No. 3 p. 550-552.

79) Rousseau, Charles. op. cit., p. 352.

del agotamiento de los recursos locales antes de recurrir a la interposición diplomática no es absoluto sino relativo, admitiendo las siguientes excepciones:

1) Cuando existe una cláusula expresa en sentido contrario, en el correspondiente convenio de reclama--ciones o en el compromiso de arbitraje. Lo que quiere decir que no es una regla de orden público. Esta imposición generalmente se tiene que soportar debido a las presiones de tipo económico y político que sufren los países débi--les en relación con las grandes potencias.

2) Cuando no existan recursos internos.

3) Por último, el principio del agotamiento de los recursos internos, sólo es norma de derecho de gentes en materia de responsabilidad internacional. No cabe ex--tenderlo más allá del marco de esta institución, como por ejemplo, en materia de protección de minorías.

En conclusión, podemos afirmar, que la protec--ción diplomática y en general en todos los casos de recla--mación internacional en que se produzca un acto ilícito - internacional en contra de una persona privada, estará sujeta en cuanto a su ejercicio o formulación a que el per--judicado agote previamente los recursos jurídicos inter--

nos en todas las instancias. Haciendo la aclaración, que la regla del agotamiento de los recursos locales, no es absoluta, que sufre excepciones. Que establecida la regla, se establece también sus derogaciones, tendientes ellas a otorgar verdadera justicia al extranjero,

C O N C L U S I O N E S .

1).-En contraposición a la negación absoluta de derechos para los extranjeros que se establecía en la antigüedad, en la época moderna debe concederse a aquéllos -- ciertos derechos básicos. El extranjero no debe ser discriminado, por eso aceptamos la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Este principio de igualdad que debe ser base en la relación de las naciones, no significa que el extranjero deba ser nunca un privilegiado. El reconocimiento a los Estados de fijar las limitaciones establecidas por las leyes locales a los derechos civiles de los extranjeros, debe impedir las reclamaciones internacionales basadas en la salvaguarda de la vida e intereses de los extranjeros.

2).-Entendemos por protección diplomática, toda actividad realizada por un Estado, a fin de obtener reparación, cuando se lesionan los intereses de sus nacionales - en el extranjero por actos contrarios al Derecho internacional, de los cuales ellos no hayan podido obtener satisfacción por las vías ordinarias internas.

3).-Siendo la protección diplomática un derecho del Estado, su ejercicio, por éste, no está sujeto a control y si a una voluntad discrecional.

4).-El Estado que pretenda otorgar su protección a uno de sus nacionales en el extranjero, debe cerciorarse de que éste haya observado una conducta correcta en relación con la producción de los hechos que han dado origen a la posible reclamación.

5).-El ejercicio de la protección diplomática -- fundado en el Derecho internacional corresponde al Estado-- que actúa en representación del individuo perjudicado.

6).-El principal afecto de la protección diplomática, es sacar el conflicto del campo del Derecho interno-- para pasarlo al campo del Derecho internacional, estable-- ciéndose una relación de Estado reclamante a Estado respon-- sable y no de particular perjudicado a Estado demandado.

7).-Las injustas y peligrosas consecuencias que se derivan de la protección diplomática, ya que un Estado-- por consideraciones de política puede dejar de prestar su-- protección a sus nacionales en el extranjero o por el con-- trario, que su desmesurado ejercicio lleve a límites exage-- rados, desaparecerían si se otorgase al individuo una per-- sonalidad y tutela jurídica internacional. Por tanto, pen-- samos, la protección diplomática ha subsistido en cuanto -- que el individuo ha sido privado para reinvidicar eficaz--

mente sus derechos en el ámbito internacional, y que desaparecerá lógicamente cuando se le reconozca plena y absolutamente su calidad de sujeto de derechos fundamentales protegidos por el Derecho internacional, facultándole para -- presentarse ante tribunales internacionales.

8).-Es la nacionalidad, base y supuesto sobre la que descansa y legitima el derecho del Estado a interponer su protección diplomática.

9).-En vista de la importancia que se da a la nacionalidad como presupuesto para el ejercicio de la protección diplomática, surgen casos, como el de los apátridas -- que no tienen una nacionalidad o como aquél en que los individuos a pesar de sus legítimas pretensiones su Estado -- nacional no la ejerza, en que se manifiesta una verdadera-injusticia al verse privados de una posible protección. -- Por eso, debería otorgarse al individuo personalidad para-presentar reclamaciones internacionales.

10).-Mientras ésto no suceda, el Estado que utilice la vía diplomática para presentar un reclamo por reparación de daños y quiera llegar a un acuerdo, no le es lícito intervenir unilateralmente en otro Estado, sino que -- debe utilizar los medios pacíficos que el Derecho interna-

cional ofrece, tales como los buenos oficios, arbitraje, etc.

11).-La preponderancia que se ha atribuido a la nacionalidad, se debe a la incapacidad del individuo para presentar reclamaciones internacionales, y es debido a esta incapacidad por la cual el individuo lesionado recurre al Estado de su nacionalidad, capaz internacionalmente para presentar reclamaciones, a fin de que lo represente ejerciendo un derecho del individuo.

12).-En los casos de doble o múltiple nacionalidad, para los efectos de la protección diplomática, cuando ninguna de las nacionalidades que tiene el sujeto dañado es la del Estado contra el que se reclama, cualquiera de los Estados que atribuyan su nacionalidad podrá ejercer la protección, dando preferencia al Estado en que el lesionado tenga su residencia habitual y principal o con el que tenga una relación real más íntima.

13).-Pero cuando el lesionado posee la nacionalidad tanto del Estado que ejerce la protección diplomática como la del Estado que la sufre, ninguno de ambos Estados puede proteger a esa persona frente al otro.

14).-Solamente situaciones especiales, derivadas

de la celebración de determinados tratados en que se consagre la protección de un Estado respecto de personas que no sean sus nacionales, o resultar de una situación consuetudinaria universalmente reconocida o referirse a extranjeros que sirvan en las fuerzas armadas de un Estado, funciona plenamente el principio de que el ejercicio de la protección diplomática se limita a los nacionales del Estado que la ejercita.

15).-Habiéndose reconocido por la Corte Internacional de Justicia la capacidad de la Organización de las Naciones Unidas para ejercer ciertos actos de protección para con sus funcionarios, desaparece la nacionalidad como elemento indispensable, surgiendo solamente la calidad de funcionario de la Organización.

16).-En los casos en que una sociedad, sea ella misma la que sufra un daño, no debe concederse la protección diplomática al accionista que sufra un perjuicio en sus derechos individuales.

17).-La efectividad de la responsabilidad internacional se consigue mediante la protección diplomática, que implica el paso de la cuestión del marco del Derecho interno al del Derecho internacional. Es decir, la protec-

ción diplomática se ejerce cuando existe una acción ilícita, una violación de las normas del Derecho de Gentes.

18).-La denegación de justicia significa negar a un extranjero el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos o el que los tribunales se nieguen a pronunciar sentencia. Siendo esta figura una de los actos ilícitos internacionales, estará sujeta para su reclamación al agotamiento de los recursos locales por parte del extranjero que haya sido lesionado.

19).-La protección diplomática, estará sujeta en cuanto a su ejercicio, a que el perjudicado agote previamente los recursos jurídicos internos en todas las instancias. Por tanto, debemos considerar el agotamiento de los recursos locales, como un requisito procesal necesario para el ejercicio de la protección diplomática, y no como presupuesto para el nacimiento de la responsabilidad internacional.

B I B L I O G R A F I A .

- ACCIOLY, HILDEBRANDO.- Tratado de derecho internacional público. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, -- 1945.
- AGUILAR NAVARRO, MARIANO.- Reglamentación internacional -- del derecho de nacionalidad. En revista Española de Derecho Internacional. Madrid, 1957. Vol. X. No. 3.
- La responsabilidad internacional y los trabajos del instituto de derecho internacional. En revista Española de Derecho Internacional. Madrid, 1956. Vol. IX. No. 3.
- ANZILOTTI, DIONISIO.- Curso de derecho internacional. Madrid, Ed. Reus, 1935.
- BORCHARD, EDWIN M.- The diplomatic protection of citizens abroad. New York, The Banks Law Publishing Co., 1919.
- BRIERLY, JL.- La ley de las naciones. Introducción al derecho internacional de la paz. México, Editora Nacional, 1950.
- DUNN, FREDERICK.- The protection of nationals. Baltimore,-- The Johns Hopkins Press, 1932.
- The diplomatic protection of americans in México. N. Y., Columbia University Press, 1933.
- EAGLETON, CLYDE.- The responsibility of states in international law. New York, The New York University Press, 1928.
- FIGLIORE, PASQUALE.- Derecho internacional privado. Madrid, - Centro Editorial de F. Góngora, 1889.
- FREEMAN, ALWYN V.- The international responsibility of -- states for denial of justice. New York, Longmans, Green and Co., 1938.

- GARCIA AMADOR, F.V.- Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad. Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1963.
- State responsibility in the light of news -- trends of international law. En The American Journal of International Law. Washington, -- 1954. Vol. 48.
- GARCIA ARIAS, LUIS.- Estudios de historia y doctrina del derecho internacional. Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1964.
- HYDE, CHARLES Ch.- International Law. Chiefly as interpreted and applied by the United States. Boston, Little, Brown and Company, 1947.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, EDUARDO.- Una alarmante tentativa de ampliación del amparo diplomático. La Protección judicial del accionista. 1964.
- LAUTERPACHT, HERSCH.- International Law and human rights. London, Stevens and Sons Limited, 1950.
- MAKAROV, ALEXANDER.- Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática. En revista Española de Derecho Internacional. Madrid, 1955. Vol. VIII. No. 3.
- MOORE, JOHN B.- A digest of international law. Washington, Government Printing Office, 1906.
- NIELSEN, FREDERICK.- International law applied to reclamations. Washington, Ed. Byrne Co., 1933.
- PODESTA COSTA, L. A.- La responsabilidad internacional del estado. La Habana, Ed, Lex, 1952.
- La responsabilidad del estado por daños irrogados a la persona o a los bienes de extranjeros en luchas civiles. La Habana, 1939.
- ROUSSEAU, CHARLES.- Derecho internacional público. Barcelona, Ed. Ariel, 1961.

- SANCHEZ DE BUSTAMANTE, ANTONIO.- Manual de derecho internacional. La Habana, Caraza y Cía., 1939
- SEPULVEDA, CESAR.- Curso de derecho internacional público. México, Ed. Porrúa, 1960.
- SHEA, DONALD R.- The calvo clause. A problem of inter-American and international law and diplomacy. - Minneapolis, University of Minnesota Press, - 1955.
- TRUYOL Y SERRA, ANTONIO.- Fundamentos de derecho internacional público. Barcelona, Ed. F. Seix, 1955.
- VERDROSS, ALFRED.- Derecho internacional público. Madrid, - Ed. Aguilar, 1957.
- VISSCHER, CHARLES DE.- La deni de justice en droit international. Academie de Droit international, Recueil de Cours, 1935. Vol. 52.
- VITA, EDUARDO.- La responsabilidad de los estados. En Revista Española de Derecho Internacional. Madrid, 1959. Vol. XII. No. 1-2.