



691 A
Dej

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
EXAMENES PROGRAMADOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

Licenciado en Derecho

P R E S E N T A :

Rebeca Ramírez Rodríguez

MEXICO, D. F.

1991.

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL EJERCICIO DE LA
PROTECCION DIPLOMATICA

I N D I C E

	pág.	
CAPITULO PRIMERO		
CONCEPTO Y FORMAS DE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD		
I. Concepto de la nacionalidad	1	
II. Formas de adquirir la nacionalidad	10	
III. Antecedentes Históricos	11	
IV. Sistema Mexicano	17	
CAPITULO SEGUNDO		
PROTECCION DIPLOMATICA		
V. La Protección Diplomática	30	
VI. Principios americanos sobre la protección diplomática	38	
VII. Criterio de México	53	
VIII. Agentes diplomáticos y consulares	59	
A. Agentes Diplomáticos		
1. Categorías	60	
2. Funciones	61	
3. Negociación	62	
4. Observación	63	
5. Protección	63	
6. Funciones Mixtas	63	
7. Obligaciones	64	
8. Inmunidades de los agentes diplomáticos	65	
9. Término de la misión diplomática	66	
B. Los Cónsules		66

	pág.
1. Funciones	68
2. Información	69
3. Ejercicio de Competencias	69
4. Fin de la misión consular	71
5. Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano	72
6. Obligaciones de los Agentes Consu- lares	75

CAPITULO TERCERO

HECHOS Y ACTOS EN QUE INCURRE EL ESTADO TERRITORIAL QUE PUEDEN SER OBJETO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIO NAL	77
IX. Condición Jurídica de los Extranjeros	77
X. Condición del extranjero en el Derecho Mexicano	82
XI. Hechos y Actos en que Incurre el Estado Te- rritorial que pueden ser objeto de Respon <u>s</u> abilidad Internacional	85
XII. Fundamento de la Responsabilidad Internacio nal	88
XIII. Hechos y actos que dan origen a la responsa bilidad internacional	103
A. Responsabilidad del estado por actos le gislativos	103
B. Responsabilidad por actos administrati- vos	107
C. Responsabilidad por actos judiciales	109
D. Responsabilidad por actos de los parti- culares	112
E. Responsabilidad por guerra civil	117

	pág.
CAPITULO CUARTO	
CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCION	
DIPLOMATICA	
	134
XIV. Primera condición	134
XV. Existencia de un vínculo jurídico-político entre el estado y el individuo lesionado	136
XV. Segunda condición: Agotamiento por el reclamante de los recur- sos internos.	144
XVI. Tercera condición: Conducta correcta del reclamante	148
XVII. El individuo entre los tribunales interna- cionales	149
XVIII. Efectos de la responsabilidad internacional.	161
XIX. Consecuencias de la protección diplomática.	171
CAPITULO QUINTO	
RENUNCIA A LA PROTECCION DIPLOMATICA	
	174
XX. Doctrina Calvo	174
XXI. Cláusula Calvo.	179
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO Y FORMAS DE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD

I. CONCEPTO DE LA NACIONALIDAD

La nacionalidad es la más importante de las dos relaciones con que puede estar sujeta una persona al control de un Estado en particular. Estas dos relaciones son, en orden de proximidad al vínculo, el domicilio y la nacionalidad. Usado en el sentido sociológico nación, es una sociedad natural de hombres con unidad de territorio, de costumbres y de lengua y con una vida y conciencia comunes y su derivado nacionalidad se usa para representar el vínculo jurídico político que une al individuo con el Estado e implica el derecho de protección que los estados ejercen sobre sus nacionales que se encuentran en el extranjero. En virtud de este vínculo a los nacionales se les otorgan ciertos derechos particularmente políticos, y el individuo está obligado al cumplimiento de ciertas obligaciones para con su Estado.

Para Edwin Borchard la nacionalidad envuelve una relación legal y política entre el Estado y el ciudadano en virtud de la cual éste es dotado de ciertas cualidades que lo -

distinguen de otros individuos.¹

Stoerk y Oppenheim, opinan que la nacionalidad es una - condición anterior al disfrute de los derechos internacionales, afirmación que Von Bor refuta demostrando que aquéllos - que no la tienen también gozan de estos derechos. La confusión surge porque en el Estado actual el individuo, como ser humano, se le han otorgado ciertos derechos fundamentales -- por todos los Estados que se consideran miembros de la Comunidad Internacional. En los gobiernos constitucionales han recibido el nombre impuesto por Blackstone de derechos absolutos de toda la humanidad, el derecho a la seguridad personal, a la libertad personal y a la propiedad privada. En -- cierto período de la historia del Derecho, fueron conocidos - como derechos naturales; posteriormente fueron denominados - derechos internacionales y algunas veces derechos humanos. - Ya sea que el reconocimiento insensible del Derecho, o ya -- sea como resultado de una legislación conciente es cierto - que por declaraciones legislativas y judiciales ciertos dere - chos fundamentales del individuo en un estado civilizado han sido hechos positivos de la misma manera que el jurisconsulto romano, por medio de su *Ius Respondi* lo hizo con los prin - cipios del derecho natural. Estos derechos como todos son - creación del sentimiento público e intereses legalmente pro

¹. Borchard, Edwin. "Diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims". New York. 1919, pág.6.

tegidos, los cuales pueden ser expresados tanto por la costumbre como por la legislación.

Desde el punto de vista doctrinario, varios autores principalmente franceses definen la nacionalidad como el vínculo-jurídico que liga a un individuo con un Estado. Sin embargo, esa definición no es aceptable universalmente, lo que no es - de extrañar dado que no se ha mantenido invariable en el tiempo y en el espacio el contenido y las características del - - vínculo.

Para Niboyet, es el vínculo jurídico político que une al individuo con el Estado. Esta definición ha sido considerada clásica y en ella se apoyan la mayoría de los autores, a la - cual me adhiero porque resume las características esenciales del titular o sea el Estado, pues el Estado es una organiza- ción jurídico política.²

En teoría constitucional pura, el Estado impone, en virtud de su soberanía, la nacionalidad a quien él quiera, independientemente de la voluntad de la persona; el vínculo es -- creado por o con el consentimiento del individuo. La teoría- queda limitada en su aplicación por la regla internacional en virtud de la cual los Estados permiten que sus súbditos ad- - quieran una nueva nacionalidad, imponiendo como requisito que tal cambio sea un acto voluntario del sujeto, acompañado por-

² Niboyet, Jean Paul. "Principios de derecho internacional - privado". Editora Nacional. México, 1965, pág. 2.

un cambio de domicilio y de filiación política.

Andre Weiss expone un argumento para demostrar que la nacionalidad es de naturaleza contractual; esto lo funda en el derecho privado comparando la nacionalidad con un contrato sinalagmático de "do ut des". El individuo y el Estado son las partes que celebran el contrato cuya génesis se realiza estableciendo el vínculo mediante una ley, un tratado o una naturalización otorgada bajo las condiciones que sujetan la calidad de nacionalidad y regula su capacidad; el individuo acepta expresa tácitamente la condición jurídica que determina el Estado, perfeccionándose así el contrato y quedando firme la relación de derecho.³

Esta opinión la ataca Arjona Colomo, pues considera que el vínculo de la nacionalidad no es una relación contractual. La nacionalidad es una situación jurídica que afecta al orden público interior de cada Estado y tiene su base en la soberanía, cayendo de lleno en la esfera del derecho público. La nacionalidad, por la esencia misma del hecho jurídico, pertenece al orden público, forma parte integrante del estado de la persona en cuanto determina la ley por la cual debe regularse el individuo, y delimita la esfera de acción en que debe ejercitarse su capacidad jurídica. El carácter público determina en el orden interior del Estado la plenitud de derechos civiles y políticos del individuo que ostenta --

³. Citado por Arjona Colomo Miguel. "Derecho Internacional Privado". Bosch Casa Editorial. Barcelona 1954, pág. 13.

aquella condición; en el orden exterior, la protección diplomática y consular del estado del cual es súbdito, cuestiones una y otra que afectan a la soberanía de los estados. Más - esta preeminencia del interés del Estado no implica una completa absorción. En el concepto de nacionalidad luchan tres intereses de gran importancia: el individuo, el familiar y - el social o del Estado. Si el primero propende a cada uno - pueda con entera libertad adquirir o modificar la nacionalidad conforme a su criterio particular, el interés familiar - en nombre de la unidad familiar limita y restringe al individuo exigiendo que la mujer y los hijos sigan la nacionalidad del padre, supeditando su derecho particular al régimen de - dependencia de la familia. Lo restringe, sobre todo, el interés social o del Estado imponiendo la nacionalidad por nacimiento en el territorio o en virtud de una larga residencia en el mismo.

Sin embargo, algunos autores modernos encuentran en la concesión de la nacionalidad, esto es, en la naturalización, un acto público legal de carácter bilateral, pero aun estos publicistas admiten que las relaciones no son análogas a una obligación contractual privada, sino más bien al contrato de adopción en el Derecho Familiar.

Por nuestra parte consideramos que la relación entre el Estado y el individuo es en realidad una relación sui generis. La admisión como miembro del Estado y el status de na-

cionalidad, es un acto de soberanía, y por lo mismo no es un contrato ni un acto de cortesía.

La teoría de un convenio en la relación entre el Estado y sus nacionales, ha atraído la atención de filósofos políticos durante siglos. Esta teoría tuvo mucha importancia en el siglo XVIII cuando algunos escritores de las nacientes colonias americanas, apelando a Locke, hicieron avanzar la teoría de que el individuo entra en el Estado por acuerdo voluntario y puede establecer las condiciones de su calidad de miembro e inclusive limitar el poder del Estado. En Francia, Montesquieu y Rousseau fueron sus más prominentes defensores.

Otro criterio para fundamentar la naturaleza de la nacionalidad lo encontramos en Kelsen. Afirma este autor que la nacionalidad no es esencial al Estado; el Estado ha de tener súbditos, pero no es preciso que éstos sean nacionales. La diferencia entre nacionales y extranjeros está en los derechos que cada uno posee en un Estado. No cabe duda que en teoría se puede pensar en un Estado donde no existan nacionales, pero si súbditos; lo mismo que existe la posibilidad de un Estado sin territorio, pero la existencia de un Estado -- sin nacionales que en caso de un conflicto internacional llegaran a tomar las armas contra los nacionales del Estado, adversario choca con el principio de supervivencia sin Estado.

Otros autores consideran la nacionalidad como un status

del individuo. Esta concepción de la nacionalidad como un estado del individuo fue introducida por el derecho privado y se opone al concepto de soberanía, actualmente vigente.

Como puede verse, la nacionalidad ha sido una de las cuestiones más debatidas y al definirla, los autores no llegaron a un criterio uniforme, sobre los términos que debe contener. Esas diferencias están principalmente motivadas por la discrepancia, entre los conceptos de nación y Estado.⁴

Nos parece certero Arjona Colomo cuando dice que el Estado empíricamente constituye una sociedad y sus súbditos son miembros societarios de él; que la nacionalidad es la cualidad de miembro esencial del estado en cuanto comunidad nacional organizada, en la que el súbdito experimenta una cierta restricción de su libertad individual. Esa dependencia del individuo y ese poder del estado, están delimitados. El campo de la actividad individual está acotada por una cima que el Estado no puede franquear más que conforme a las condiciones previstas por la Ley. Y no sólo por la Ley civil, sino también por la Ley natural. Quiere decir esto que el individuo está garantizado, en gran parte, contra el poder del estado: se le conceden diversos derechos de libertad, conocidos con el nombre de libertades individuales: libertad personal, de conciencia, etc.⁵

⁴ Citado por M. Arjona Colomo. Op. cit., pág. 15.

⁵ Arjona Colomo, op. cit., pág. 16.

Por otra parte afirmamos que la obligación legal del individuo para con el Estado supone un mínimo de derechos del individuo frente al Estado. No cabe por esto decir que la nacionalidad equivale a ser miembro exclusivo de un Estado, porque también se le reconoce al extranjero una calidad de miembro del estado de residencia. El extranjero no está hoy, como antiguamente, al margen de la comunidad nacional, antes bien, se le admite y conceden muchos derechos y deberes públicos.

Precisamente por esa coincidencia y calidad jurídica -- del nacional y del extranjero, es por lo que en Hispanoamérica se suele hablar de nacionalidad y ciudadanía. No son idénticos en la terminología jurídica: La nacionalidad es el carácter que adquiere una persona por el hecho de pertenencia a una agrupación determinada y la ciudadanía es el carácter especial que adquiere el que teniendo una nacionalidad, disfruta de ciertos derechos y una participación directa en la actividad política. Así se puede ser nacional y no ser ciudadano. La calidad de ciudadano supone la nacionalidad, pero además implica la plenitud de derechos políticos, es la plena expresión de las relaciones políticas entre el Estado y el individuo.

Se ha querido ver el núcleo esencial de la nacionalidad en el deber de fidelidad que vincula al nacional con el Estado, puesto que el deber de fidelidad, por ser obligación mo-

ral, no vincula más que temporalmente al extranjero.

Volvemos a Arjona Colomo quien dice que lo característico de la nacionalidad es la esencia de los deberes y derechos que encierra:

Los derechos y deberes superiores del nacional dimanante de su actitud y aptitud intrínseca de su personalidad, mientras que en el extranjero son una consecuencia natural de su capacidad jurídica que se le otorgan excepcionalmente, en ciertas condiciones, por razones particulares y accidentales.⁶

Según Borchard, cuatro principios dominan el vínculo de la nacionalidad: El primero envuelve la idea de unión legal expresada antiguamente por la cualidad de miembro de algún clan o tribu, avanzando posteriormente hacia el vínculo más amplio de una ciudad, estado y nación; Sverik llama a esta cualidad civitas, o sea la cualidad de pertenecer a alguna nación, así como toda embarcación en el mar es reconocida como perteneciente a la comunidad organizada. El segundo principio es la exclusiva de la nacionalidad; en teoría y de propósito, el derecho público asigna únicamente una nacionalidad a cada individuo, aunque las diferencias en el derecho municipal de diversos Estados han dotado ocasionalmente a algunos individuos con nacionalidad plural. El tercero es el principio de mutalidad, y el cuarto, es el principio de con

⁶. Idem.

tinuidad, por el cual se pierde la nacionalidad original hasta que se adquiere una nueva; el emigrar a otro país, sin naturalizarse, no rompe el vínculo de nacionalidad. Tal emigración puede implicar por derecho municipal y bajo ciertas condiciones, la pérdida de la protección diplomática, pero éste es únicamente uno de los derechos incidentales de la nacionalidad.⁷

II. FORMAS DE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD

La forma de adquirir la nacionalidad puede ser originaria o derivada. Es originaria la que se recibe por el simple hecho del nacimiento. Es derivada aquélla que se presenta en un acto posterior al nacimiento.

Los modos originarios de adquirirla se reducen a dos: - Ius Sanguinis y Ius Soli. El primero es el que proviene de la estirpe, de la sangre y atribuye la nacionalidad de los padres a los hijos; el segundo es el que se basa en el hecho del nacimiento de un determinado territorio y concede la nacionalidad del país donde se viene a la vida.

Es conveniente mencionar que algunos autores consideran un tercer modo originario de adquirir la nacionalidad, el --

⁷ Borchard M. Edwin, op. cit., pág. 15.

Ius Domicili, conforme al cual el nacido tendrá la nacionalidad del país donde sus padres están domiciliados.⁸

Esta última forma no ha tenido aceptación suficiente y más bien se considera como una condición que debe tomarse en cuenta para otorgar la naturalización, ya que un país debe otorgar la nacionalidad sólo al individuo que establezca en él su domicilio.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A través del tiempo, los sistemas del Ius Sanguinis y Ius Soli han dominado alternativamente, lo cual significa -- que han sido factores de tipo social, económico, político, demográfico, etc., los que han influido grandemente en la -- distinta adopción que los Estados han hecho de ambos criterios para asignar la nacionalidad.

Paul de la Pradelle, afirma que el problema de atribución fue de una absoluta simplicidad en la ciudad antigua -- fundada sobre la familia, donde la nacionalidad era una situación más cercana a la aristocracia que a la sujeción y, -- en consecuencia, se transmitía simplemente por filiación, por lo cual en los pueblos antiguos con inclusión de los griegos y los romanos, se observó un predominio de la atribución de

⁸ Duncker Federico. "Derecho Internacional Privado". Editora Jurídica de Chile. Chile, 1956, pág. 170:

la nacionalidad en razón de la sangre.⁹

En Roma, aparece ya la distinción entre hijos legítimos; el nacido *justis nuptias* adquiría la nacionalidad del padre; los hijos extra-matrimoniales seguían la de la madre.

El sistema del *Ius Sanguinis* también imperó entre los pueblos bárbaros como el germano, godo, etc., pues su fase no podía vincularse a ningún territorio, y la pertenencia a cada tribu se determinaba predominantemente por la sangre.

El edicto de Caracalla es considerado como el primer antecedente del *Ius Soli* ya que comprendía como nacionales a los nacidos en el territorio del Imperio Romano. Posteriormente en la Roma que siguió al edicto citado surge firmemente frente al sistema del *Ius Sanguinis* el principio opuesto, el *Ius Soli*, que hace derivar la nacionalidad de los individuos del lugar donde ocurre su nacimiento. Y es el feudalismo, cuyo criterio estrictamente territorial hacía del hombre un accesorio inseparable de su tierra natal, donde encontramos la aceptación de este sistema. Durante esa etapa el individuo debía obediencia al dueño de la tierra, debiendo sujetarse a sus leyes. Así el hijo que nacía dentro de los dominios del señor feudal no heredaba la nacionalidad de sus padres, sino aquella que derivaba del suelo en que vio la luz.

⁹ Citado por J. P. Niboyet, op. cit., pág. 10.

A la desaparición del régimen feudal se adopta para la integración jurídica del pueblo del Estado, el antiguo sistema de la nacionalidad hereditaria; es con el triunfo de la Revolución Francesa, sobre todo al ser consagrado por el Código de Napoleón, cuando se volvió a generalizar la aceptación del Ius Sanguinis, como resultado de las ideas que proclamaban la dignidad humana y abolfan el concepto territorial.

En el siglo pasado casi todas las naciones consagraban en sus leyes el Ius Sanguinis, sin embargo, durante los primeros años del siglo XX los países de inmigración observaron que de continuar aceptando el Ius Sanguinis, llegaría el momento en que el pueblo de su Estado estaría integrado por un mayor número de extranjeros que de nacionales, lo cual motivó la idea de otorgar la nacionalidad por medio del Ius Soli, principio mediante el cual se trataba de obtener una garantía de libertad y de independencia.

Por último, observamos que en el transcurso de la historia, se han empleado indistintamente uno y otro sistema.

Como consecuencia de la adopción de estos dos sistemas, surge la discusión sobre la conveniencia de adoptar alguno de los dos, para lo cual se han esgrimido numerosos argumentos en pro de uno y otro.

Miaja de la Muela considera que en la adopción del derecho del suelo por los países americanos influye de una mane-

ra decisiva el factor demográfico. Dotados de una débil población en el momento de su independencia, población continuamente aumentada con emigrantes de las más distintas procedencias, la admisión del Ius Sanguinis hubiese conducido a estos países a tener que soportar enormes colonias extranjeras, compuestas además de los recién nacidos, de los descendientes de los antiguos inmigrantes. El mejor medio de evitar este peligro era declarar nacionales a los hijos de extranjeros nacidos en el territorio nacional.

El Ius Soli se vuelve a formar en América no como un vestigio feudal, sino como una garantía de independencia territorial y como la fuente misma de la libertad.

Por el contrario, el Ius Sanguinis es propio de los países de donde parten las corrientes migratorias, que no se resignan fácilmente a que los hijos de sus espatriados pierdan la nacionalidad de sus progenitores. Esta aspiración explica el predominio del sistema impuesto a la mayor parte de los países europeos.

Tan claro es el peso del factor demográfico en la nacionalidad de origen, que cuando un Estado que antes fue productor de emigrantes a otras tierras ve disminuido el éxodo de sus hombres, y recibe en cambio una creciente corriente de inmigración extranjera, pasa rápidamente del Ius Sanguinis más o menos puro a concesiones cada día mayores al criterio opuesto.

Este contraste de consideraciones demográficas entre -- los países de emigración y los de inmigración relega a un se gundo plano los argumentos de carácter doctrinal que pueden- aducirse en favor, de cada uno de los dos sistemas en pugna, tales como la voluntad presunta del niño, la unidad de nacio- nalidad en la familia o el interés del Estado, en no poseer- nacionales falsos, por su formación familiar, de la necesaa- ria lealtad hacia él, tradicionalmente esgrimidos en favor - del Ius Sanguinis, o las exigencias de la soberanía estatal- en no mantener demasiados elementos extraños en su territo-- rio, y la influencia social en la formación del individuo, ~ razones en pro del Ius Soli.¹⁰

Los partidarios del Ius Sanguinis han tratado de fundar lo invocando poderosas razones. Sostienen que las condicio- nes sociológicas van transmitiéndose de padres a hijos por ~ la herencia de la sangre; las tradiciones de familia, la in- fluencia de la educación y la comunidad de intereses, que -- son los que constituyen el amor a la patria, argumentando -- que los individuos deben seguir la nacionalidad de sus pa- ~ dres para evitar la desintegración de la familia; añaden que los hijos reciben de los padres el amor a su estado de ori-- gen, la lengua materna, la identificación con los elementos-

10. Miaja de la Muela Adolfo. "Derecho Internacional Privaa- do". 2o. Tomo. Ediciones Atlas. Madrid, 1966, págs. 26 y 27.

tradicionales de dicho estado, por lo que es lógico que deban tener la nacionalidad de sus progenitores.

Los defensores del Ius Soli también han proporcionado razones convincentes, ya que consideran que el individuo que nace y se desarrolla en un determinado país, debe ser nacional del mismo puesto que en el territorio es donde se realiza la influencia del medio sobre el individuo, transformándolo, tanto física como espiritualmente y es ahí donde realiza la mayor parte de sus relaciones jurídicas con los nacionales de ese país. Los tratadistas adheridos a este sistema afirman que la verdadera patria es aquella donde se nace, la tierra donde siempre se vive y no el sitio ignorado de donde provienen sus antepasados. Existen individuos que nacidos de padres extranjeros no conocen siquiera el país de donde provienen sus padres, y en cambio aman el de su nacimiento, adquieren la lengua de éste, identificándose plenamente con él, y no con el de sus padres.

Los opositores del Ius Soli consideran que el nacimiento de la persona puede ser absolutamente accidental, en un territorio y que resulta ilógico que el hijo de dos extranjeros que nace accidentalmente en un país donde se atribuye la nacionalidad por el derecho del suelo, durante una semana de estancia de ambos en ese país, el hijo sea considerado como nacional de ese Estado.

Hay que observar que aunque teóricamente no cabe término medio entre los dos sistemas que regulan la nacionalidad originaria, en las legislaciones de la mayoría de los Estados, ninguno de ambos se encuentra en su pureza; existe, sí, predominio de uno o de otro, pero casi siempre con concesiones al sistema opuesto, cuando no la acumulación de ambos -- con vistas a lograr el mayor número posible de nacionales. -- Por regla general, la admisión del Ius Soli o del Ius Sanguinis se combina en las legislaciones con un margen de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual los interesados, o sus padres durante la menor edad de aquéllos, tienen concedida una opción en favor del sistema opuesto.

IV. SISTEMA MEXICANO

En la Constitución de 1814 en su artículo 13 dice: se reputan ciudadanos de esta América a todos los nacidos en ella, con lo que establece como base de la nacionalidad el Ius Soli. Más adelante, en el artículo 14, habla de la nacionalidad adquirida: Los extranjeros radicados en este suelo, que profesen la religión católica, apostólica y romana, y no se opongan a la libertad de la nación, se reputarán también ciudadanos de ella, en virtud de carta de naturaleza -- que se les otorgarán y gozarán de los beneficios de la Ley.

La Constitución de 1824 fue omisa respecto de la condi-

ción de nacionales y extranjeros.

En la de 1836 el artículo I establecía: Son mexicanos- los nacidos en el territorio de la República, de padre mexicano por nacimiento o por naturalización; los nacidos en - - país extranjero de padre mexicano por nacimiento, si al entrar en el derecho de disponer de sí, estuvieren ya radicados en la República o avisaren que resuelven hacerlo, y lo verificaren dentro del año después de haber dado aviso; los nacidos en territorio extranjero de padre mexicano por naturalización, que no hayan perdido esa cualidad, si practicanlo prevenido en el párrafo anterior; los nacidos en el territorio de la República, de padre extranjero, que hayan permanecido en él hasta la época de disponer de sí y dando al entrar en ella el referido aviso; los no nacidos en él, que estaban fijados en la República cuando ésta declaró su independencia, juraron el acta de ella y han continuado residiendo aquí y los nacidos en el territorio extranjero que, introducidos legalmente después de la Independencia juraron el acta de ella y han continuado residiendo aquí. Como se puede - - apreciar, predomina el Ius Soli para determinar la nacionalidad.

Por lo que toca a la Constitución de 1843, señalaba: Artículo 11. Son mexicanos; todos los nacidos en cualquier -- punto del territorio de la República y los que nacieren fuera de ella de padre mexicano; los que sin haber nacido en la

República se hallaban vecinados en ella, en 1821 y no hubie-
ren renunciado a su calidad de mexicanos; los que siendo na-
turales de Centroamérica cuando perteneció a la Nación Mexi-
cana se hallaban en el territorio de ésta, y desde entonces-
han continuado residiendo en ella; los extranjeros que hayan
obtenido u obtuvieren carta de naturalización conforme a las
leyes. Artículo 12: Los nacidos en territorio de la Repúbli-
ca de padre extranjero, y fuera de ella de padre mexicano --
que no estuviere en servicio de ella, para gozar de los dere-
chos de mexicano han de manifestar que así lo quieren. La -
ley designará el modo de verificar esta manifestación y la -
edad en que debe hacerse. Artículo 13: A los extranjeros ca-
sados o que se casaren con mexicana, o que fueren empleados-
en servicio y utilidad de la República, o en los estableci--
mientos industriales de ella o que adquirieren bienes raíces
en la misma se les dará carta de naturaleza sin otro requisi-
to, si la pidieren. Aquí vuelve a predominar el Ius Soli, -
aunque para algunos casos rige el Ius Sanguinis.¹¹

La Constitución de 1857, presentó un atraso considera-
ble en relación con los textos de las de 1836 y 1843 en cuan-
to se refiere a la definición de nacional. En primer lugar-
en la fracción I del Artículo 30 se decía: Son mexicanos,

I. Todos los nacidos dentro o fuera del territorio de-

¹¹. Tena Ramírez J. Leyes Fundamentales de México. Editora
Porrida. México, 1964, págs. 33, 199 y 408.

la República de padres mexicanos.

Se consagra el Ius Sanguinis o derecho de filiación de tal forma que para ser mexicano no era suficiente que el individuo hubiera nacido dentro de la República, sino tenía como condicionante el ser hijo de padres mexicanos; además, el citado artículo no explicaba qué sucedía cuando el padre era mexicano y la madre extranjera o viceversa.

II. Los extranjeros que se naturalicen conforme a las leyes de la Federación.

En la fracción III del artículo citado observamos un grave error al otorgarse la nacionalidad mexicana al extranjero sólo por el hecho de adquirir bienes raíces en la República: "III. Los extranjeros que adquieran bienes raíces en la República o tengan hijos mexicanos, siempre que no manifiesten la resolución de conservar su nacionalidad". Es indudable que se procuraba evitar que el extranjero solicitara la protección de su gobierno cuando sufriera daños en sus bienes, sin embargo el procedimiento seguido resultaba contraproducente, ya que el extranjero se refugiaba en este artículo para hacer valer algunos derechos como mexicanos cuando convenía a sus intereses; en cambio invocaba su calidad de extranjero cuando la calidad de mexicano no le era favorable, argumentando que la supuesta naturalización se había llevado a efecto sin su consentimiento.

El antecedente más importante que encontramos con respecto a la nacionalidad en nuestra legislación es la Ley de Extranjería y Naturalización de 28 de mayo de 1886, reglamentaria de los artículos 30 y 33 constitucionales. Dicha ley es conocida con el nombre de Ley Vallarta, haciendo honor a su autor Ignacio L. Vallarta, que se convirtió en un firme y decidido defensor del Ius Sanguinis, según se desprende de los siguientes fragmentos de la Exposición de motivos: "El hijo recibe la existencia de sus padres y no del país en que nace; su manera de ser la debe a aquéllos y no a éste. Muchas familias, viajando, se detienen aquí y más allá, sin entrar jamás en relaciones estrechas y durables, con el lugar de su residencia. Si éste determinara la nacionalidad, sería preciso admitir que el acaso que hace nacer a un hijo en un país mejor que en otro, decidirá al mismo tiempo su nacionalidad y de toda su existencia política, cosa imposible, -- porque su verdadera patria no puede encontrarse más que en el lugar en que sus padres están establecidos. Otro criterio sería mantener la tradición feudal, la que rebaja al hombre hasta no considerarlo sino como dependencia del terreno".

Más adelante dice Vallarte que la nacionalidad debe ser determinada por la filiación, y que el motivo es obvio. Las afecciones personales son más fuertes que las locales. El lugar de nacimiento es un accidente y las relaciones adquiridas en él son pasajeras e inciertas, mientras que los fami--

liares, los lazos domésticos, son poderosos y duraderos. El niño tan pronto como puede pensar y sentir sobre este punto aprende a asociar la idea de su propia nacionalidad a la de su padre. Debe pues, aceptarse en principio que la filiación es la verdadera regla que determina la nacionalidad. Siendo esto así, es claro que adaptando nuestra ley a ese principio obtendríamos dos ventajas: la primera, que esa ley quedaría cimentada sobre el verdadero principio jurídico y la segunda que así la pondríamos en armonía con la de otros países, resultando que de otro modo no podemos obtener, con tanto mayor fundamento, cuando que sería en vano y presuntuoso proponer a las otras naciones la adopción de un principio falso por no concordar sus leyes con las nuestras.

Agrega Vallarta que debe considerarse como una de las grandes conquistas de la ley internacional la generalización del principio que toma la nacionalidad de origen, no del suelo en que se nace, sino del padre de quien se desciende.

El jurista mexicano justifica la naturalización diciendo que ese derecho es una prerrogativa que reclama la sangre mexicana que esos hijos llevan, que es un medio privilegiado de naturalización a los que tienen vínculos que los ligan con el país que es el recurso que abre las puertas de la patria a quienes quieren volver voluntariamente a ella.¹²

¹² Vallarta, Ignacio L. "Exposición de Motivos del Proyecto sobre Extranjería y Naturalización". México, 1980, págs. 8 y 9.

En el proyecto de Constitución presentado por el presidente Venustiano Carranza en 1916 al Congreso, al hablar de los mexicanos en su artículo 30 decía: Los mexicanos lo serán por nacimiento o por naturalización: I.- Son mexicanos por nacimiento, los hijos de padres mexicanos que nacieran dentro o fuera de la República; II.- Son mexicanos por naturalización, los que nacieren de padres extranjeros dentro de la República, si al mes siguiente a su mayor edad no manifiestan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores su propósito de conservar la nacionalidad de su origen. Los extranjeros que teniendo modo honesto de vivir e hijos nacidos de madre mexicana o naturalizados mexicanos, manifiesten a la Secretaría de Relaciones Exteriores su propósito de quedar también nacionalizados. Los que hubiesen residido en el país cinco años consecutivos, tengan modo honesto de vivir y obtengan carta de naturalización de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Como se puede ver ya se hacía la distinción entre mexicanos por nacimiento y por naturalización lo que no se había hecho en las constituciones anteriores.

En la fracción I del artículo del proyecto se seguía el *Ius Sanguinis*, pues solamente siendo hijo de padres mexicanos se podía ser mexicano por nacimiento. Por otro lado, se incurría en error el considerar mexicanos por naturalización a los nacidos del territorio nacional.

Afortunadamente el proyecto se modificó, y en la Constitución promulgada en 1917 el artículo 30 quedó de la siguiente manera: "La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. Son mexicanos por nacimiento: I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; II.- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano y madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido y, III.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. Son mexicanos por naturalización: I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización y, II.- La mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano y tenga o establezca su domicilio dentro del territorio nacional."

El texto del artículo 30 citado difiere del artículo 30 de la Constitución de 1857 y del Proyecto de Constitución de 1916, ya que éstos consagraban sólo el Ius Sanguinis al atribuir la nacionalidad mexicana a todos los hijos de mexicanos nacidos dentro o fuera del territorio de la República; en el artículo comentado no se quitó el criterio de filiación, sino que se otorgó una mayor jerarquía al Ius Soli, al que no sólo se le situó en igualdad de importancia que al derecho de la sangre sino que se le otorgó cierta primacía, a saber: Todo individuo nacido en territorio de México es mexicano -- sin excepción, pero al nacido en el extranjero, para ser con

siderado mexicano por nacimiento, debe satisfacer algunos requisitos, tales como ser hijos de padre y madre mexicana, de padre mexicano y madre extranjera o de madre mexicana y padre desconocido.

La fracción I constituye la aplicación absoluta del *Ius Soli*.

En 1886, Vallarta señalaba que no era posible que un hecho fortuito como es el nacimiento pueda por sí solo otorgar nacionalidad. Ahora bien, consideramos y afirmamos la necesidad de atribuir al individuo desde el momento de su nacimiento una nacionalidad, aun cuando en principio estamos de acuerdo con Vallarta al considerar que un hecho fortuito por sí solo no debe otorgar nacionalidad, y que son necesarias algunas circunstancias sociológicas que identifiquen al individuo con un grupo determinado. Pero el individuo debemos considerarlo formando parte de la población del Estado desde el momento en que principia su existencia autónoma, pues para el orden jurídico es necesario considerarlo como nacional o como extranjero, precisamente en ese momento, y a partir de entonces debe existir como miembro del pueblo del Estado o como ajeno a él.

La fracción II del apartado A del artículo comentado establece como criterio de atribución el *Ius Sanguinis*; sin embargo no toma en consideración la vinculación que debe existir entre la persona nacida en el extranjero y el Estado me-

xicano, lo que da por resultado que sea factible que existan mexicanos que nunca hayan estado en México, por lo que estamos de acuerdo con la doctrina al hacer depender el derecho de sangre de la residencia posterior de la persona en el territorio nacional. Opinamos que la fracción comentada debió condicionarse al otorgamiento de la nacionalidad a un individuo nacido en el extranjero de padres mexicanos, hasta que dicho individuo estableciera su domicilio en el territorio nacional.

La fracción III del apartado A del artículo 30 citado, consagra el principio del *Ius Soli*. Considerando como norma universalmente reconocida que las embarcaciones o aeronaves de un país son parte del ámbito espacial colocado bajo su soberanía, es decir, una especie de prolongación territorial, observamos el mismo defecto de la fracción I, ya que al declarar mexicanos por nacimiento a los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes, se olvida que el nacimiento puede ser un hecho casual sin la existencia de vínculos sociológicos con el Estado mexicano.

Con fecha 28 de enero de 1934, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Nacionalidad y Naturalización vigente, reglamentaria de los artículos 30, 33 y 37 Constitucionales. Esta ley en su artículo primero transitorio abrogó expresamente la ley de Extranjería y Naturaliza--

xicano, lo que da por resultado que sea factible que existan mexicanos que nunca hayan estado en México, por lo que estamos de acuerdo con la doctrina al hacer depender el derecho de sangre de la residencia posterior de la persona en el territorio nacional. Opinamos que la fracción comentada debió condicionarse al otorgamiento de la nacionalidad a un individuo nacido en el extranjero de padres mexicanos, hasta que dicho individuo estableciera su domicilio en el territorio nacional.

La fracción III del apartado A del artículo 30 citado, consagra el principio del *Ius Soli*. Considerando como norma universalmente reconocida que las embarcaciones o aeronaves de un país son parte del ámbito espacial colocado bajo su soberanía, es decir, una especie de prolongación territorial, observamos el mismo defecto de la fracción I, ya que al declarar mexicanos por nacimiento a los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes, se olvida que el nacimiento puede ser un hecho casual sin la existencia de vínculos sociológicos con el Estado mexicano.

Con fecha 28 de enero de 1934, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Nacionalidad y Naturalización vigente, reglamentaria de los artículos 30, 33 y 37 Constitucionales. Esta ley en su artículo primero transitorio abrogó expresamente la ley de Extranjería y Naturaliza--

ción del 28 de mayo de 1886 y fue expedida en virtud de las facultades extraordinarias que el H. Congreso de la Unión -- concedió al Ejecutivo Federal para legislar sobre nacionalidad y naturalización. (La fracción XVI del artículo 73 Constitucional concede al Congreso Federal la facultad para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, emigración e inmigración y salubridad general de la República).

Dicha ley establece en su artículo I: Son mexicanos -- por nacimiento: los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; los que nazcan en el extranjero, de padres mexicanos; de padre mexicano y madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido; -- los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

Observamos que el artículo I, de esta ley, transcribe -- literalmente el inciso A del artículo 30 constitucional, lo que consideramos correcto en virtud que la ley reglamentaria no debe excederse de lo ordenado por los preceptos que reglamenta.

En ambos preceptos se consagra la atribución de la nacionalidad originaria empleando en forma simultánea tanto al *Ius Soli* como al *Ius Sanguinis*, cuidando la asimilación jurídica del mayor número de personas y la identificación legal-

de quienes sociológicamente están íntimamente unidos a los -
destinos del país.

En el artículo 2° habla de los mexicanos por naturalización: "I. Los extranjeros que de acuerdo con la presente -
ley obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta
de naturalización y, II. La mujer extranjera que contraiga-
matrimonio con mexicano y tenga o establezca su domicilio --
dentro del territorio nacional, previa solicitud de la inte-
resada, en la que haga constar las renunciaciones y protestas a -
que se refieren los artículos 17 y 18 de esta ley, la Secre-
taría de Relaciones Exteriores hará en cada caso la declara-
toria correspondiente. La mujer extranjera que así adquiriera
la nacionalidad mexicana conservará ésta aun después de di-
suelto el vínculo matrimonial."

Este artículo en esencia viene a ser lo mismo que lo se-
ñalado por el artículo 30 constitucional en el inciso b).

Por la reforma que se hizo a la fracción II del artícu-
lo 30 constitucional en 1969 el texto de ésta quedó como si-
gue: "Son mexicanos por nacimiento: II. Los que nazcan en
el extranjero de padres mexicanos, de padre mexicano o de ma-
dre mexicana."

El contenido del artículo antes de la reforma era humili-
llante para las madres mexicanas, evitaba que pudiesen adqui-
rir nuestra nacionalidad los hijos de madre mexicana y padre

extranjero nacidos fuera del país o aquellos hijos naturales que habiendo nacido en las mismas condiciones que los anteriores, fueran legitimados después por el padre extranjero.

En virtud de esta reforma nuestro Derecho mexicano no sigue ya el criterio de que los hijos deben seguir, por fuerza, la nacionalidad del padre.

Se modificó también la Ley de Nacionalidad y Naturalización, por Decreto publicado el 4 de febrero de 1971, en su artículo I fracción II para que concordara con el nuevo texto del artículo 30 constitucional.

A todo esto debemos agregar que a los Estados de emigración o los que tienen algún interés en mantener un determinado número de ciudadanos es aconsejable el principio de la filiación como base de la nacionalidad; pero un país como el nuestro debe fijar como base de la nacionalidad el origen territorial, conservando, sin embargo, para los hijos de mexicanos nacidos en el extranjero, el principio de filiación. Este es un excelente medio para vincular a nuestro destino a todos aquéllos para quienes la vida en común debe crear iguales condiciones.

Este principio ha sido sostenido en México en conferencias o reuniones internacionales en que se ha discutido esta materia.

CAPÍTULO SEGUNDO

PROTECCION DIPLOMATICA

V. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

El Estado tiene el derecho y al mismo tiempo el deber de proteger a sus nacionales en el extranjero, por los medios admitidos en el derecho internacional.

En principio, un individuo, cuando se encuentra en un Estado extranjero, se halla sujeto al sistema normativo del Estado en que se encuentra; éste es el principio de la competencia territorial. Pero puede haber lugar a la intervención del Estado de que es nacional, si ese individuo sufre una denegación de justicia, o un perjuicio cuya reparación se le niega.

De acuerdo con Edwin M. Borchard, el vínculo de nacionalidad implica que el Estado vela por sus nacionales en el extranjero y se reserva el derecho de intervenir activamente en su defensa. Una aseveración del control territorial sobre los extranjeros de parte del país de residencia será refutada por la emergencia del derecho de protección del país de origen, y la fuerza potencial de este fenómeno tiene am--

pliamente los derechos supuestos por los Estados sobre los extranjeros residentes.¹³

Los principios de jurisdicción territorial y soberanía personal son fuerzas que se corrigen mutuamente. La aplicación del principio territorial está limitada por los derechos que los Estados extranjeros tienen sobre sus nacionales.

Es obligación de cada Estado el considerar a los ciudadanos de otros estados como sujetos de derechos y proporcionarles los medios para hacer valer los derechos concedidos por el Estado extranjero.

Cuando el ciudadano sale del territorio nacional, entra al dominio del derecho internacional. Por residir en el extranjero aquél no lleva consigo ciertos derechos y obligaciones impuestas por el derecho de su propio país, sino que entra en una nueva esfera de derechos y obligaciones mutuas entre él como residente extranjero en su territorio el Es residencia. Al admitir al extranjero en su territorio el Es estado de residencia admite la soberanía del país natal, y reconoce el vínculo que une a éste con el nacional.

La falta de parte del extranjero al no obrar de acuerdo con sus recién creadas obligaciones para con el Estado de residencia es pagada con represiones y castigos en las cortes-

¹³ Borchard, Edwin. Op.cit., págs. 19 y 20.

pliamente los derechos supuestos por los Estados sobre los - extranjeros residentes.¹³

Los principios de jurisdicción territorial y soberanía personal son fuerzas que se corrigen mutuamente. La aplicación del principio territorial está limitada por los derechos que los Estados extranjeros tienen sobre sus nacionales.

Es obligación de cada Estado el considerar a los ciudadanos de otros estados como sujetos de derechos y proporcionarles los medios para hacer valer los derechos concedidos - por el Estado extranjero.

Cuando el ciudadano sale del territorio nacional, entra al dominio del derecho internacional. Por residir en el extranjero aquél no lleva consigo simplemente ciertos derechos y obligaciones impuestas por el derecho de su propio país, - sino que entra en una nueva esfera de derechos y obligaciones mutuas entre él como residente extranjero y el país de - residencia. Al admitir al extranjero en su territorio el Estado de residencia admite la soberanía del país natal, y reconoce el vínculo que une a éste con el nacional.

La falta de parte del extranjero al no obrar de acuerdo con sus recién creadas obligaciones para con el Estado de residencia es pagada con represiones y castigos en las cortes-

¹³ Borchard, Edwin. Op.cit., págs. 19 y 20.

locales. Por otra parte la falta del estado territorial al no cumplir con sus obligaciones para el extranjero es satisfecha por la reclamación de parte del país de origen.

Legalmente, la medida de la obligación del Estado de residencia para con el extranjero residente es la de los derechos del país de origen. Los Estados son personas morales y sujetos del Derecho Internacional. Estos son admitidos en la comunidad internacional cumpliendo ciertos requisitos; como miembros de esa comunidad están obligados a asegurar a -- los extranjeros un mínimo de derechos. Debajo de este mínimo ningún Estado puede caer sin incurrir en responsabilida--des para con uno o más de los miembros de la comunidad internacional.

Al país de origen del extranjero no le interesa la legitimidad legal del gobierno extranjero, sino su capacidad para cumplir las obligaciones que el standard internacional le impone. El extranjero residente no obtiene sus derechos directamente del Derecho Internacional, sino del Derecho del país de residencia, no obstante que el Derecho Internacional impone a este Estado ciertas obligaciones que bajo la sanción de responsabilidad está obligado a satisfacer. Cuando el Estado de residencia no cumple tales obligaciones es cuando surge la protección diplomática.

En el caso de gobiernos bien ordenados la función más frecuentemente ejercitada consiste en tomar medidas efecti--

vas para garantizar a sus ciudadanos en el extranjero un trato justo conforme al standard internacional de justicia. En tanto que es reconocido el derecho de cada Estado a ejercer soberanía y jurisdicción dentro de su territorio sobre todos sus habitantes, los demás países conservan únicamente una vigilancia protectora sobre sus nacionales en el extranjero, - para asegurar que sus derechos como individuo y como nacional sean reconocidos en la medida correcta establecida por los principios del Derecho Municipal e Internacional.

La aludida protección suele tomar el aspecto diplomático. Pero en el ejercicio de la misma, el Estado recurre a veces a medios coercivos, que deben evitarse, y no se justifican en modo alguno cuando la Organización de las Naciones Unidas o alguno de sus organismos regionales puede ejercer con eficacia una acción represiva. La misma protección de los derechos humanos, cuando sea efectiva, podrá hacer superflua la aplicación de la protección diplomática.

Al decir que la protección diplomática es tanto un deber como derecho debe agregarse que éste es un deber por lo menos moral; pues no hay forma de obligar a cumplirlo. Por cuanto el Estado puede determinar su decisión, sea que la -- ofensa al ciudadano es suficientemente seria como para responder por él, o que la conveniencia política justifique el ejercicio de las fuerzas protectoras de la comunidad en su ayuda pues no puede sacrificarse los intereses de la mayoría.

Ya sea que exista tal deber para con el ciudadano, se trata de un asunto de Derecho Municipal del propio país, teniendo en consideración que la regla general es que, aún bajo el Derecho Municipal, el Estado no tiene ninguna obligación legal de protección diplomática. V.gr: bajo la Constitución alemana, que expresamente concede a los súbditos alemanes el derecho a la protección no se concede recurso legal o medio de exigir este derecho.

Es claro que por el Derecho Internacional no hay deber legal alguno que obligue al Estado a la protección diplomática.

Sin embargo el Estado tiene en Derecho Internacional, el derecho de proteger a sus nacionales en el extranjero y este derecho se corresponde con el deber de los demás Estados de tratar a los súbditos extranjeros con arreglo y ciertas reglas y principios jurídicos y los intentos por limitarlo por medio de las legislaciones municipales de los Estados acusados no han tenido éxito.

Sean como fuere, dicha protección ha de ejercerse con medida y prudencia. De ahí resulta que la protección diplomática representa una solución tradicional entre el respeto debido a la soberanía territorial del Estado cerca del cual se ejerce y el derecho o el deber que tiene el otro Estado de proteger a sus nacionales en un país extranjero. Así, cuanto más eficaz y más regular es el ejercicio de dicha so-

beranía, es decir, cuanto mayor es el orden reinante en un Estado y más asegurados están allí los derechos que el Derecho Internacional garantiza a los extranjeros, tanto menos se verá expuesto ese Estado a reclamaciones diplomáticas de otros Estados.

Conviene hacer notar que el derecho de protección sólo es admisible en favor de los nacionales del Estado reclamante y no en favor de otros nacionales, sobre si lo son del Estado ante el cual se invoca aquel Derecho. Por eso no se admite cuando se trata de un individuo de doble nacionalidad, que sea además nacional del Estado en cuyo territorio está ese individuo. Para efectos de la protección diplomática, en caso de doble nacionalidad, el árbitro internacional, según dijo el Tribunal Internacional de Justicia en la sentencia sobre el asunto *Notebohm*, ha hecho prevalecer la nacionalidad efectiva, aquélla que concuerda con una situación de hecho, que descansa en un lazo efectivo superior entre el interesado y uno de los Estados cuya nacionalidad era afectada.

A este respecto, es conveniente subrayar que la llamada Cláusula Calvo, a la que nos referiremos más adelante, será nula si fuere interpretada como abolición del derecho de Protección Diplomática.

Se entiende generalmente, y como lo afirma Kelsen, que el derecho de protección diplomática desde el punto de vista

del derecho de gentes, es un derecho del Estado y no de sus ciudadanos.¹⁴

Excepcionalmente, la protección diplomática podrá ejercerse con relación a nacionales de terceros Estados, cuando éste, por tratado o temporalmente, haya confiado su representación diplomática al Estado que reclama protección.

La protección suele manifestarse mediante comunicaciones del representante diplomático del Estado reclamante, hechos verbalmente o por escrito, al Ministro de Relaciones Exteriores del otro Estado.

En el ejercicio de la protección diplomática el Estado procura en general hacer que cese una injusticia contra uno de sus nacionales, u obtener que el Estado a quien se dirige repare un perjuicio ya ocasionado.

Es evidente que antes de presentar la reclamación diplomática, el Estado del que es nacional el querellante ha de cerciorarse si quedaron agotados los recursos locales para reparación del daño pues tales recursos pueden hacer improcedente la reclamación.

El gobierno brasileño hace muchos años que sostenía este punto de vista cuando en nota de 4 de julio de 1895 dirigida a la Legación Británica en Río de Janeiro, dijo que - -

¹⁴ Citado por M. Arjona Colomo. Op.cit., pág. 103.

mientras no quedaren agotados los medios administrativos o judiciales que la legislación establece con el designio de proteger los derechos individuales o de reparar alguna lesión de Derechos, la acción diplomática no puede convertirse en acción oficial, que la denegación de justicia legitima y autoriza.

La falta del Estado local puede provenir, sin embargo, no propiamente de una lesión a la persona o a los bienes de un extranjero, sino de una denegación de justicia o de algún acto que empeñe directa o inmediatamente la responsabilidad internacional; y en estos casos no parece haber razón alguna fundamental para subordinar la admisibilidad de la reclamación internacional al agotamiento de los recursos legales. Conviene tener presente que, en cualquier momento, un Estado puede siempre emplear sus meros buenos oficios a favor de un nacional suyo; una simple intervención oficiosa, no se confunde con la llamada reclamación diplomática. La buena fe y la cortesía exigen que un Estado no ejerza la protección diplomática sin examen previo del asunto y la convicción de que su acto se justifique. Es menos admisible todavía que un Estado presente, reclamación de esa índole sabiendo que la misma carece de fundamento y se le conceda reparación pecuniaria y más tarde se pruebe que la protección carecía de fundamento; en este caso el Estado reclamante deberá restituir la cantidad recibida.

Tampoco un Estado no deberá reclamar indemnización a favor del nacional suyo cuando el perjuicio de que se trate haya sido sufrido por el individuo a causa de culpa propia, y al menos por consideración de cortesía internacional, un Estado no debe ejercer protección diplomática en favor de - - quien tenga sometido algún crimen grave durante la permanencia en el país extranjero cerca de cuyo gobierno quiere ser protegido, o haya dado pruebas de su deslealtad para con -- ese gobierno.

VI. PRINCIPIOS AMERICANOS SOBRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Los países de América Latina se hallan particularmente interesados en sostener principios de derecho internacional que apelan a la justicia, porque en numerosos casos ellos -- han sido sometidos por las grandes potencias a actos de fuerza, con el pretexto de responsabilidad por daños causados a los extranjeros residentes en el país latinoamericanos.

Existe todo un cuerpo de normas jurídicas elaboradas -- por las conferencias panamericanas, que consultan la equidad y la justicia, y constituyen una selección de los mejores -- principios del derecho internacional, aplicables no sólo a - los estados americanos sino también a todos los estados del mundo, en cuanto no pueden producir lesión a sus intereses - bien entendidos.

Mientras la tendencia más generalizada en Europa, de la que han participado también los Estados Unidos y el Japón -- adecuada a los países fuertes, ha conducido con facilidad a declarar que los estados son responsables por infracciones -- de derecho internacional, y en especial por daños producidos a los extranjeros, y que la acción para hacerlas efectivas -- consiste en la reclamación diplomática seguida de una intervención, los países de menor poderío, y en primer término -- los de Latinoamérica, han sustentado una tesis opuesta, que sin negar la responsabilidad, la condiciona con determinadas circunstancias y señala vías pacíficas para hacerlas efectivas.

En la Primera Conferencia Panamericana reunida en Washington en 1889, aparece ya aceptado uno de los principios -- expuestos por América Latina, el de la igualdad de extranjeros y nacionales en cuanto al goce de los derechos civiles, -- pero se niega que la nación tenga otra responsabilidad que -- no sea la establecida en la constitución y las leyes a favor de los nacionales y que los extranjeros tengan derecho a una protección especial de su gobierno, aconsejando someter estas controversias al arbitraje.

En la segunda conferencia celebrada en México en 1902, -- se mantienen los mismos principios por las Repúblicas Latinoamericanas, y figura además la regla de que el extranjero deberá hacer valer sus reclamaciones pecuniarias contra el Es-

tado en que radica o contra sus nacionales, ante los tribunales de dicho Estado, y que solamente podrá recurrir a la vía diplomática en caso de que esos tribunales incurran en una manifiesta denegación de justicia, retardo anormal o violación evidente de los principios del derecho internacional.

Este sistema fue expresamente ratificado en la tercera conferencia, que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1906.

En la cuarta conferencia, celebrada en Buenos Aires en 1910, el proyecto de convención suscrito por los representantes de los Estados Unidos, Uruguay, Brasil, Chile y Argentina, establece la obligación de las partes de someter a arbitraje las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios, presentadas por los nacionales, cuando no puedan ser resueltas amigablemente por la vía diplomática. En este caso la sentencia se dictará conforme a los principios del derecho internacional, obligándose las partes a someter a la decisión de la Corte de Arbitraje de la Haya, las cuestiones relativas al tratado, a menos que se constituya una jurisdicción especial.

La quinta conferencia, Santiago de Chile, resolvió confiar al Congreso de jurisconsultos que se celebraría en Río de Janeiro la determinación de estas cuestiones, pero ésta no votó conclusiones sobre el particular.

En la sexta conferencia, reunida en La Habana en 1928,-

no se trató directamente el problema de la responsabilidad, pero fue considerado indirectamente al discutirse el asunto de la intervención; en rigor, la doctrina latinoamericana resulta confirmada por los países que sostuvieron el principio de no intervención.

En la séptima conferencia que tuvo lugar en Montevideo en el año de 1933, se adoptó una resolución de gran importancia por la cual se mantienen los principios esenciales de las anteriores asambleas continentales, pero además se recomendó entregar el estudio del problema integral de la responsabilidad del Estado a los organismos de codificación instituidos por las conferencias panamericanas, reconociendo que esos principios generales pueden ser materia de definición y limitaciones.

La Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, reunida en Buenos Aires en junio de 1936, dejó para nueva oportunidad la materia sobre responsabilidad internacional del Estado.

En Europa, los trabajos relacionados con este problema han sido también numerosos e importantes, pero no se ha llegado a ningún convenio sobre la materia, a pesar de haber sido una de las pocas incluidas en la Primera Conferencia de Codificación de la Haya, celebrada en 1930.

Forzosamente pues, hay que reconocer que en esta mate-

ria tanto el derecho positivo convencional como la doctrina-- se hallan en la condición de recomenzar el esfuerzo para con-- seguir normas estables, precisas y efectivas.

Ante tal indecisión y falta de reglamentación cabe pre-- guntar; ¿cuál es la actitud que puede aconsejarse, a la vez-- como racional y práctica, para las repúblicas americanas?

Las bases ya existentes, no las suministran las confe-- rencias panamericanas que coinciden en esencia con muchos -- tratados suscritos por las naciones de América. Ahí podemos encontrar los principios fundamentales a que convendrá ajus-- tarse, porque algunos cuentan con el asentamiento de la ma-- yor parte de estos países y otros con la unanimidad entre -- esos países. Se hallan, si cabe, más próximos, por el crite-- rio uniforme con que han encarado la cuestión: Brasil, Uru-- guay, Chile, Paraguay, Bolivia y Argentina.

César Díaz Cisneros ha formulado esas reglas fundamenta-- les, y al hacerlo se ciñe sustancialmente a las fuentes an-- tes mencionadas, las que amplía o completa en parte con algu-- nas ideas sugeridas en la Conferencia de Codificación de la-- Haya, adaptándolas de modo que no afecten los principios tra-- dicionales de América y el interés de los países débiles, a la par que los de la comunidad internacional. Lo que se -- quiere al fijar esas normas, dice este autor, es evitar el -

abuso de la protección diplomática y de las leyes del país respectivas.¹⁵

He aquí esos principios fundamentales:

I. Igualdad de nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles, y como consecuencia, igual responsabilidad del Estado hacia unos y otros, que emerge de la Constitución y leyes del Estado.

Esta es una regla capital, una base incommovible que -- marca la orientación característica de los países americanos en la materia, en razón de que sus constituciones y leyes establecen la completa igualdad civil entre nacionales y extranjeros, lo que no ocurre todavía en los países europeos, -- al menos en forma tan amplia y liberal.

Esta norma se adoptó por varios países en las conferencias Panamericanas de Washington, México y Río de Janeiro, y aunque no fue aceptada por los Estados Unidos en un principio, no obstante, después, en 1925, dicha nación propuso el proyecto número XVI sobre protección diplomática junto con otros proyectos del Instituto Americano del Derecho Internacional, ante la Unión Panamericana, y ahí quedó la regla -- enunciada como el artículo 130, que dice en el primer párrafo:

Si el extranjero goza de los mismos derechos civiles que

¹⁵ Díaz Cisneros César. "Derecho Internacional Público". Tipografía. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1965, págs. 126 a 136.

el nacional, cualquier status privilegiado o de excepción a su favor sería contrario al espíritu mismo de las constituciones políticas americanas.

II. El Estado, sin perjuicio de su igual responsabilidad hacia nacionales y extranjeros, responde hacia éstas -- cuando el acto que produce el daño, aunque sea cometido por particulares, con ocasión o no de motines, revoluciones o -- guerra civil, se haya llevado a efecto por ser extranjeros o por nacionales de otro Estado determinado.

Se advierte que en este segundo principio desaparece de hecho la igualdad de tratamiento de nacionales y extranjeros, en perjuicio de estos últimos. Siendo inferior desde ese -- instante su situación, surge una responsabilidad también excepcional del Estado a favor de los perjudicados. Se robustece aún más el principio si se tiene presente que el extranjero no goza de los derechos políticos.

Esta regla se halla en el Reglamento sobre responsabilidad de los Estados elaborado por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Neuchatel en 1900, y tan se ha generalizado en la doctrina, que figura en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Público formulado en 1911 por Epitacio Pessoa, y en general es aceptada por los publicistas americanos. En la Argentina, el profesor Podestá Costanha desarrolló este principio concibiendo su Teoría de la - Comunidad de Fortuna para distinguir los casos de responsabi

lidad de aquéllas en que ella no proceda, realizando un relevante análisis de la cuestión, cuya tesis ha tenido general-aceptación.

III. Aun cuando el daño al extranjero resulta de actos practicados contra éste por ser extranjero o nacional de un determinado país, el Estado sólo es responsable si de su parte ha habido negligencia o manifiesta lentitud en el cumplimiento de los actos conducentes a prevenir o impedir el hecho, o si una vez producida queda impune por abandono de los deberes del Estado. Las acciones individuales no pueden ser sometidas al control constante del Estado, y solamente pueden imputársele los daños que se ocasionen cuando el Estado ha sido negligente en el cumplimiento de sus derechos.

Este punto de vista postula la noción de la culpa como fundamento de responsabilidad. En la reunión que el Instituto del Derecho Internacional Europeo celebró en Neuchatel en 1900 el eminente jurista Paul Fauchille propuso remplazar la noción de la culpa por la de un riesgo estatal, siguiendo la evolución análoga de las ideas producidas en el Derecho interno en las teorías del riesgo profesional, del riesgo judicial, etc., y sentó como regla general la responsabilidad -- del Estado por daños a los extranjeros, salvo que fuese causado por falta, imprudencial o negligencia de la víctima, -- fundado el principio en que el Estado, se beneficia con el -- trabajo de sus extranjeros que habitan en su territorio.

La teoría del riesgo estatal fue nuevamente propuesta - en la Conferencia de Codificación de la Haya de 1930 por la delegación de India, se aparta de la noción de imputabilidad y adopta como idea básica la responsabilidad del Estado en vez de la del individuo.

Pero hasta ahora no ha habido mayores progresos; y no es fácil que, por el momento admitan esta teoría los países débiles, porque aumentarían al infinito los casos de responsabilidad. Jurídicamente es también objetable porque la teoría del riesgo elaborada por el Derecho Civil y Procesal internos tropieza en el Derecho Internacional con un grave obstáculo, a saber, que si la responsabilidad deriva de la violación de una regla del Derecho Internacional no puede nacer por el mero hecho del daño. Siguiendo un orden lógico en la materia, debería ahora proponerse una o dos reglas relativas a la responsabilidad por actos del poder legislativo, es decir, por daños que ocasionen las leyes u omisiones legislativas manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales. La cuestión fue tratada en la Conferencia de Codificación de la Haya de 1930. El proyecto de Pessoa, redactado en 1911 se limita a decir que el Estado responde por -- los actos de su gobierno en violación del Derecho Internacional.

Consideremos que el principio no puede ser negado y sin embargo es peligroso para los países débiles en el actual es

tado de cosas. Esta contradicción es un ejemplo que nos servirá para fijar ciertos puntos de vista.

Se puede, provisionalmente guardar silencio acerca de esta clase de actos como determinantes de responsabilidad, sin perjuicio de un estudio especial que condicione el principio con garantías suficientes, plenas de respeto a la independencia de los estados débiles.

Actualmente podría conducir el abuso de las fuentes, -- que se atribuirían facultades de revisión de las leyes y podrían reclamar aun por pretendidas omisiones legislativas.

La República Oriental de Uruguay ofrece un ejemplo típico, que se produjo con motivo de las leyes de 1912 sobre el monopolio de los seguros. Entonces se sostuvo que los particulares no podían reclamar por daños que les irrogasen esas leyes, que éstas no dan lugar a la responsabilidad porque -- "las leyes se imponen a todos como que son la verdadera expresión del Derecho". Otros autores sustentaron una opinión distinta. Ello prueba la dificultad del asunto.

Sin necesidad de una declaración expresa de responsabilidad por esos actos, el extranjero y el Estado que se consideren perjudicados podrán siempre promover a fin de obtener el sometimiento de la diferencia al arbitraje.

IV. Incurre en responsabilidad el Estado si el daño sufrido por el extranjero resulta de actos contrarios a las --

obligaciones internacionales, cometidos por sus funcionarios dentro de los límites de su competencia.

Por las mismas razones, expuestas, es prudente restringir la responsabilidad al caso en que el funcionario actúe en los límites de sus atribuciones, manteniendo el criterio restrictivo que en esta materia caracteriza a los países latinoamericanos.

En la Conferencia de la Haya se discutió también la regla que extiende la responsabilidad al caso en que el funcionario actúe fuera de los límites de sus atribuciones, siempre que el extranjero ignore esta circunstancia y que el gobierno informado con tiempo no impida el acto. Esta regla no encuadra, como acabamos de expresarlo, en la concepción característica de la América Latina.

V. El Órgano ante el cual el extranjero debe hacer valer sus derechos contra el Estado o sus nacionales es el Poder Judicial de dicho Estado, debiendo a su vez éste acordar al extranjero libre acceso a los tribunales en igualdad de condiciones con el nacional.

VI. La protección diplomática sólo puede tener lugar en caso de denegación de justicia, retardo inmotivado o anormal, o violación evidente de los principios del Derecho Internacional.

VII. La denegación de justicia consiste en impedir u -

obstaculizar el libre acceso del extranjero a los tribunales, quién sólo debe llenar los mismos requisitos que el nacional. La denegación o el retardo inmotivado de justicia serán siempre interpretados restrictivamente; esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se haya suscitado la desidencia.

VIII. La sentencia judicial sólo da lugar a responsabilidad cuando se dicta con violación evidente de las obligaciones internacionales del Estado, consagrados explícitamente en tratados o costumbres cuya prueba resulte incontrovertible y de los que sea partícipe el Estado respectivo.

Lo que se quiere, al fijar esas normas, es evitar el abuso de la protección diplomática, que abre las puertas a la injerencia de un Estado en los asuntos de otro, es decir, a la intervención. El extranjero, lo mismo que el ciudadano, debe agotar los recursos legales que le conceden la Constitución y las leyes del país respectivo. De otro modo se establecería a su favor un régimen de privilegio, pero si el Estado obstaculiza la demanda de justicia ante sus propios tribunales, si éstos retardan indefinidamente e inmotivadamente su fallo, lo que se interpretará siempre restrictivamente, o si el pronunciamiento vulnera principios de Derecho Internacional evidentemente obligatorios para dicho Estado en virtud de hallarse consignadas explícitamente en convenios o de ser una costumbre reconocida e indiscutible, es llegada la oportunidad de la protección diplomática.

Pero existen dentro de la cuestión algunos puntos que dan lugar todavía a discrepancias. Se discute qué debe entenderse por denegación de justicia cuando los tribunales del país dictan sentencia. Pueden ocurrir dos situaciones.

- a) La decisión judicial se impugna por incompatible con las obligaciones consignadas en un tratado o con los deberes internacionales del Estado.
- b) La decisión judicial ha sido inspirada por la pasión o malquerencia contra los extranjeros como tales o como súbditos de un Estado determinado.

Consideramos que la cuestión a) corresponde a una solución afirmativa; es la tesis que prevaleció en la Conferencia de Codificación de la Haya, pero también se debe aclarar la definición de las obligaciones internacionales del Estado en el sentido en que hace al enunciar la regla octava, es decir, que tales obligaciones comprenderán solamente las que explícitamente se hallen establecidas en un tratado o resultan inequivocadamente de la costumbre de que participa el Estado. Porque si se interpretase que son además obligaciones del Estado, para los efectos de esta regla, las que se formulan doctrinariamente, se prestaría a abusos, y es posible -- que ningún fallo dejase de ser impugnado.

También se ha controvertido en la doctrina y aún en la Conferencia de la Haya el punto b), sosteniéndose por algu--

nos autores que una sentencia inspirada por la pasión representa una injusticia encubierta con las formas legales y debe dar lugar a responsabilidad. La idea fue, sin embargo, -desechada en la Conferencia de la Haya, y a nuestro modo de ver no conviene a los intereses de los países latinoamericanos introducir una causa de responsabilidad demasiado elástica y que se presta fácilmente al abuso.

IX. De acuerdo con las reglas precedentes, la protección diplomática a que se refieren no puede convertirse en -intervención. Cuando agotados los recursos legales dentro -del Estado la decisión judicial dé lugar a responsabilidad -según la regla octava o se produzca alguna de las situaciones por denegación de justicia —regla sexta y séptima— la protección diplomática podrá solamente consistir en someter la cuestión al fallo de la Corte de Arbitraje de la Haya o -de la Corte Internacional de Justicia, quedando obligados a ellos ambos Estados, desde el instante del requerimiento diplomático.

Esta regla tiene como precioso antecedente la convención suscrita en la Conferencia de México en 1902 por Perú, -Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, México, Nicaragua, Honduras, Guatemala y Haití, y cuyo artículo 1º establecía: que las partes contratantes se -obligaban a someter al arbitraje las reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios presentadas por sus nacionales.

Tiene, además, otro importantísimo antecedente el proyecto de convención que en la Conferencia Panamericana de Buenos Aires de 1910 suscribieron: Estados Unidos, Paraguay, Argentina, Chile, Brasil, Perú y Bolivia, siguiendo los mismos principios del ya mencionado en 1902.

Un principio análogo se sometió a la consideración de la Conferencia de Codificación de la Haya, pero hubo acuerdo al respecto; al redactar la regla novena hemos tenido en cuenta la designación de tribunales arbitrales propuesta en dicha Conferencia.

Lejos de ser éste un punto de secundaria importancia es, a nuestro juicio, sustancial en la cuestión de la responsabilidad, e influye en la solución de los otros puntos, como lo haremos notar más adelante a fin de darle la atención que merece.

X. La responsabilidad obliga exclusivamente a la reparación pecuniaria del daño, es decir, a volver las cosas a su estado anterior, en lo posible, a indemnizar a los daños y perjuicios, siendo facultativo del Estado lo concerniente a las sanciones para los autores del hecho.

La primera parte de esta regla cuenta con el asentamiento general y se explica por sí sola; pero en lo relativo a las sanciones morales y penales y al desagravio por medio de explicaciones diplomáticas no obstante la opinión contraria de muchos autores, creemos que las repúblicas americanas de-

ben tender a conceptuar que son asuntos del resorte interno, por prestarse a exigencias humillantes como todo lo que se refiere al llamado honor nacional.

Las diez bases que acabamos de enunciar son el trasunto de las tendencias más generalizadas en Europa y América, no están reñidas con los intereses de este Continente, aun en las partes que responden a una interpretación personal de los principios jurídicos.

Podría redactarse una reglamentación detallada, pero esto aumentaría las dificultades, multiplicando las divergencias. Si se arribase a una convención sobre responsabilidad de los Estados por daños a los extranjeros, en la cual estuviesen incluidos tales principios, enunciados en diez o doce reglas precisas, eso sólo significaría un inmenso triunfo del Derecho Internacional, un paso adelante en el camino de la codificación, no sólo en América, pues compensaría para el mundo civilizado el resultado negativo de la Conferencia de Codificación de la Haya.

VII. CRITERIO DE MÉXICO

El criterio que sigue México respecto de la protección diplomática es que esta medida se tomará como último recurso, por eso es que tanto en la ley del Servicio Exterior como en

el Reglamento se establecen una serie de obligaciones de los funcionarios con el fin de que eviten por todos los medios a su alcance la violación de los derechos de los mexicanos, como más adelante lo veremos.

El artículo 13 fracción II de la Ley del Servicio Exterior Mexicano de 1967, establece: Son obligaciones de los funcionarios del Servicio Exterior, dentro de los límites autorizados por el Derecho Internacional, así como por los Tratados y convenciones vigentes, proteger los derechos y los intereses de México, y de los mexicanos ante las autoridades del Estado en que se encuentren acreditados.¹⁶

En el reglamento nos encontramos el capítulo II que se denomina Protección a los Mexicanos en el Extranjero y contiene una serie de medidas que realizan los funcionarios exteriores para proteger a los mexicanos:

Deben instruir a los mexicanos por todos los medios a su alcance, sobre las leyes del país en que residan, a fin de prevenir la violación de dichas leyes por su desconocimiento. En los casos de disputa o controversia de carácter civil entre mexicanos, o entre éstos y cualesquiera habitantes del país de su residencia, los funcionarios y empleados del Servicio Exterior, a petición de parte, podrán intervenir como árbitros, mediando amigable y desinteresadamente pa

¹⁶ Ley Orgánica del Servicio Exterior de 1967.

ra obtener un avenimiento justo. Cuando la mediación no fue re bastante para resolver el conflicto o controversia, y una o ambas partes decidiera llevar el caso ante los tribunales, el funcionario o empleado del Servicio Exterior deberá abstenerse de patrocinar a ninguna de ellas. Sin embargo, cuando lo considere pertinente y justo, podrá comunicar en oficio el resultado de su mediación a la autoridad que corresponda, siempre que tal procedimiento tienda a facilitar la actuación a favor de los mexicanos. Procurarán que se les notifique de todos los casos de policía o judiciales en que vean envueltos los mexicanos residentes en la jurisdicción consular respectiva, a fin de impartirles la ayuda moral y legal que merezcan, y hacer que las autoridades interpreten fielmente las declaraciones del acusado cuando éste ignore el idioma del país. Deberá intervenir directamente, ejerciendo su representación para atenuar la pena que recaiga sobre los acusados o librarlos de ella, en los casos de detención o arresto de mexicanos por violación de alguna ley del país. Ejercerán sus buenos oficios en pro de la libertad del acusado, solicitando el perdón o cualquier otra atenuación legal. Para efectos de mejor ayuda a los acusados, tendrán la obligación de visitar, con la mayor frecuencia posible, las cárceles, penitenciarías y establecimientos de corrección de su distrito; y redactarán un informe mensual de sus visitas, remitiendo un tanto a la Embajada o Legación de México, otro al Consulado General de que dependan y otro a la Secretaría-

de Relaciones Exteriores. Les recomendarán a los mexicanos, por cuantos medios estén a su alcance la conveniencia de que les sometan para su revisión los contratos que celebren sobre trabajos agrícolas, industriales o sobre prestación de servicios personales, a fin de suprimir en ellos las bases o condiciones onerosas o injustas, e incluir las garantías necesarias. Interpretarán sus buenos oficios y, si fuere necesario, harán uso de su representación oficial para evitar daños y perjuicios a los mexicanos en su persona o intereses, siempre que tengan conocimiento de la violación de contratos semejantes a los señalados anteriormente.

Cuando un mexicano sufiere accidente en el trabajo levantará el acta respectiva, de ser posible en el mismo lugar de los hechos, y procurará que el patrono imparta a la víctima los auxilios inmediatos y otorgue la indemnización a que tenga derecho conforme a la ley en vigor en el lugar donde ocurra el accidente. Procurarán que la víctima se abstenga de firmar documentos o finiquitos alguno que no sea previamente examinado y aprobado por el aludido funcionario, y deberá evitar la injerencia de terceras personas extrañas a la víctima y que pretendan patrocinarlas.

Cuando las gestiones privadas del funcionario o empleado del Servicio Exterior no den un resultado satisfactorio, el jefe de la misma podrá asesorarse, con autorización de --

los interesados, de abogados titulados para gestionar el pago de la indemnización que corresponda al interesado.

Si un mexicano es vejado o perjudicado en sus intereses, el jefe de la oficina respectiva deberá hacer el caso debidamente documentado, del conocimiento de la autoridad local correspondiente, y si por ese medio no se obtuviera la protección que otorguen las leyes, informará a la Embajada o Legación que corresponda, o al Consulado General de que dependa, dando cuenta con el trámite a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Cuando tengan conocimiento de compañías o personas de su jurisdicción, que hayan dejado de cumplir contratos celebrados con mexicanos o de darles el tratamiento debido, por todos los medios a su alcance darán a conocer a la colonia mexicana de la jurisdicción los hechos respectivos, para que ésta se proteja eficazmente. Asimismo lo comunicarán a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que ésta, por conducto de la prensa los dé a la publicidad en la República.

En los casos de asesinatos o muerte violenta de mexicanos, el jefe de oficina a quien corresponda, deberá hacer una minuciosa investigación recogiendo el mayor número posible de datos para fundar las reclamaciones correspondientes.

Cada oficina del Servicio Exterior llevará de todos los casos un registro por orden alfabético, archivado separada--

mente y de fácil consulta. Enviará oportunamente al Consuldo General el informe sobre estos asuntos, así como del estado en que se encuentren los juicios respectivos y de las gestiones que en cada caso se hagan.

Informará igualmente a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a la Misión Diplomática, con toda amplitud y la debida oportunidad, de todos los casos de asesinatos y otros - que por su importancia lo ameriten.

En los casos de niños mexicanos abandonados, el jefe de la oficina los tomará bajo su custodia e investigará a la mayor brevedad el domicilio en México de sus parientes más cercanos para que le sean enviados. Cuando carecieren de pa- - riente alguno se procederá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores su intervención en un plantel de beneficiencia.

En el lugar de ubicación del Consulado, y en las ciudades o poblaciones de su jurisdicción donde la colonia mexicana sea numerosa, incitarán a la misma para organizarse con - fines de protección, prestándole ayuda moral el Consulado.¹⁷

¹⁷ Ley del Servicio Exterior Orgánica de los Cuerpos Diplomá-
ticos y Consulares y Reglamento del Servicio Exterior. México, 1914.

VIII. AGENTES DIPLOMÁTICOS

Es importante analizarlos, ya que es por medio de ellos como se realiza la protección del Estado a sus nacionales en el extranjero.

La práctica internacional ha consagrado la costumbre de que los Estados se envíen mutuamente representantes permanentes. Esta institución constituye la puesta en práctica del derecho de legación, en sus dos aspectos: activo derecho de enviar agentes diplomáticos y pasivo derecho de recibir agentes diplomáticos extranjeros.

Los órganos exteriores de las relaciones internacionales comprenden los servicios diplomáticos y consulares.

A. AGENTES DIPLOMATICOS

La actividad diplomática del jefe de misión diplomática comienza con la entrega y aceptación de las cartas credenciales, en las que se establecen sus poderes. La actividad de los demás funcionarios diplomáticos comienza con la toma de posesión, pero los privilegiados diplomáticos comienzan a ser efectivos desde que el agente diplomático entra en el territorio del Estado que lo recibe.

1. CATEGORIAS

De acuerdo con el Protocolo de Viena del 19 de marzo de 1815, completado por el Protocolo de Aquisgram del 21 de noviembre de 1818, los agentes diplomáticos se clasificaban en:

- 1° Embajadores, Nuncios y legados pontificios.
- 2° Enviados extraordinarios, Ministros Plenipotenciarios e internuncios.
- 3° Ministros residentes.
- 4° Encargados de negocios permanentes o temporales, que, frecuentemente, ocupan con carácter interino el cargo diplomático.

Los tres primeros grupos se acreditan ante el jefe de Estado el último ante el Ministro de Asuntos Exteriores. El derecho internacional de cada país es el que determina las condiciones para nombramiento de los agentes diplomáticos y fija su estatuto personal.¹⁸

En la Convención de Viena de 1961 se suprimió la categoría de los Ministros residentes y se añadió a la primera, bajo una fórmula bastante general, otros jefes de misión de rango equivalente.

Como señala Seara Vázquez en un principio, el nombramiento de embajadores estaba reservado a ciertas potencias

¹⁸ Rousseau, Charles. "Derecho Internacional Público". Ediciones Ariel. Barcelona, 1965, págs. 329 y 330.

de primer orden; sin embargo, y sobre todo a partir de la -- primera guerra mundial, los países hispanoamericanos tomaron la costumbre de nombrar embajadores para sus relaciones recíprocas, práctica que fue extendiéndose cada vez más a partir de la segunda guerra mundial. Hoy el nombramiento de los em bajadores ya no es privilegio de ningún Estado; es suficiente que los Estados se pongan de acuerdo para fijar el nivel de sus respectivas representaciones diplomáticas.¹⁹

Los embajadores, nuncios, otros jefes de misión de rango equivalente y los enviados, ministros e internuncios están acreditados ante el jefe de Estado; los encargados de ne gocios ante el ministro de Asuntos Exteriores.

Anteriormente, los embajadores y nuncios eran considerados como los representantes personales de sus soberanos; en la actualidad, la única entre las distintas categorías se re fiere a cuestiones de precedencia y etiqueta.

2. FUNCIONES

Es necesario distinguir, como señala Oppenheim, entre las funciones de los agentes diplomáticos permanentes de las funciones de los enviados de carácter temporal. Las de estos últimos está definida por el objeto mismo que motiva su

¹⁹ Seara Vázquez Modesto. "Derecho Internacional Público". - Editorial Porrúa, S.A. México, 1971, pág. 185.

nombramiento, sean representantes de ceremonial o enviados - políticos acreditados tan sólo con carácter temporal para -- una negociación concreta, sean representantes en congresos o conferencias. Las funciones normales de los agentes permanentes pueden agruparse bajo los rubros siguientes: negociación, observación y protección; además de estos deberes ordinarios pueden tener a su cargo otras funciones de naturaleza mixta.

Es importante hacer mención que los asuntos exteriores pueden ser atendidos también por agentes y comisarios con poderes limitados y sin carácter diplomático cuando no existen relaciones normales con un sujeto de derecho internacional, por ejemplo, con un gobierno de facto o una organización rebelde reconocida como beligerante.

Veamos brevemente las funciones propias de los agentes diplomáticos:

3. NEGOCIOS

El agente permanente representa a su país en cuanto a sus relaciones internacionales. Es el portavoz de su Jefe de Estado y de su Ministro de Relaciones Exteriores en todas las comunicaciones dirigidas al país en que se encuentra - - acreditado. Es el que negocia los tratados o acuerdos que - sea menester. Al recibir las comunicaciones de su Estado de be informar sobre ellas.

4. OBSERVACION

El agente debe observar con atención los acontecimientos de interés para su Estado nacional e informarlo oportunamente a su gobierno.

5. PROTECCION

El tercer cometido de los agentes diplomáticos consiste en la protección de las personas, bienes e intereses de los súbditos de su país que se encuentren dentro de los límites del Estado en que están acreditados. Deberá proteger, a instancia del interesado, a aquellos de sus compatriotas que hayan sufrido daños o perjuicios y no hubieren podido obtener la reparación debida por la vía judicial ordinaria. La fijación de los límites dentro de los cuales debe el agente prestar su protección a sus compatriotas no corresponde al Derecho Internacional sino al derecho interno del Estado interesado.

6. FUNCIONES MIXTAS

Además de las anteriores funciones que son comunes a todos los agentes diplomáticos permanentes, el Estado puede también encomendarles otras tareas como registro de defunciones, nacimientos, matrimonios, de sus propios súbditos, la -

legalización de firmas, la expedición de pasaportes, etc. - El Estado que procede de esta manera deberá cuidar de no confiar a sus agentes el desempeño de funciones que las leyes - del país de residencia reserva exclusivamente a sus propios funcionarios, por ejemplo, el Estado cuyas leyes prescriben en general la celebración del matrimonio ante sus funcionarios públicos no está obligado a autorizar la intervención - del agente extranjero en la celebración del matrimonio de -- sus connacionales antes de que haya sido inscrito y formalizado por sus propios funcionarios.²⁰

7. OBLIGACIONES

El agente diplomático tiene ciertas obligaciones para - con el Estado ante el cual está acreditado. No debe inmiscuirse, directa o indirectamente, en los asuntos interiores - del país donde ejerce sus funciones; deben poner suma atención en sus apreciaciones públicas relativas a la política - del país en que se hallan acreditados; en sus reclamaciones oficiales han de dirigirse al gobierno ante el cual se hallan acreditados y no autoridad subalterna de orden político, administrativo, religioso o sindical.

²⁰ Oppenheim L.M.A.I.D.A. Tratado de derecho internacional-público. Bosch casa editorial. Barcelona, 1961, pág. 366.

8. INMUNIDADES DE LOS AGENTES DIPLOMATICOS

El agente diplomático como es representante de un país, deben contar con la seguridad absoluta de poder cumplir su misión. Para hacerlo ha de hallarse al abrigo de toda acción de la autoridad local, de ahí que se le concedan ciertos privilegios e inmunidades; consagrados por la costumbre, que pueden agruparse en torno a dos ideas: unos se fundan en motivos jurídicos y tienen carácter imperativo de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción, en tanto que otras son prerrogativas de pura cortesía, como la inmunidad fiscal.

La inviolabilidad impone al Estado una acción (facere), que es una protección especial contra ataques ilícitos. La inmunidad de jurisdicción tiene por objeto una abstención (non facere) del Estado ante el cual el agente diplomático está acreditado.

El principio de inviolabilidad se aplica al personal diplomático, jefe de misión y personal oficial, consejeros, secretarios y agregados, así como a los diplomáticos en tránsito. El privilegio existe mientras exista la misión e incluso una vez terminada, durante el tiempo necesario para que el agente regrese a su país. La inmunidad de jurisdicción los pone al abrigo de las acciones civiles o penales que pudieran entablarse contra ellos.

La inmunidad fiscal (exención de impuestos). Respecto de esto es conveniente observar que la exención sólo afecta a los impuestos personales, ejemplo: impuesto sobre la renta, susceptibles de ser aplicados al agente, quien, por lo demás, paga forzosamente los impuestos indirectos y los que recaen sobre los inmuebles que le pertenezcan a título personal. - Esta inmunidad fiscal está subordinada a la reciprocidad que puede ser legislativa o diplomática.

9. TERMINO DE LA MISION DIPLOMATICA. CAUSA

- a) Por cumplimiento del objeto de la misión o por expiración del término de la misma cuando se trata de misiones temporales.
- b) Ruptura de relaciones diplomáticas o una declaración de guerra.
- c) Desaparición del Estado al que representa o del Estado en el que está acreditado.
- d) Por cese en el cargo o fallecimiento.
- e) Por cambio de cualquiera de los dos jefes de Estado.

B. LOS CONSULES

Son agentes oficiales que un Estado establece en las -- ciudades, especialmente en los puertos de otro Estado para -- ejercer funciones, de índole principalmente económico. A -

diferencia de los agentes diplomáticos no son representantes de su Estado, tampoco están acreditados ante el gobierno extranjero, sino que son simples custodias, en el extranjero, de los intereses internos de su Estado, que éste haya querido enviarle, su situación legal no es internacional sino fundamentalmente nacional. Como son designados por su país, se les reconoce un carácter oficial en el país extranjero en -- que residen y en mérito de ese carácter se les permite cumplir ciertas funciones, propias de las autoridades locales; -- por todo esto han llegado a tener un estado limitado. Su carácter y funciones son reglamentadas en su mayor parte por -- tratados independientes, formalizados entre el Estado a que pertenecen y los distintos países a los que son enviados. -- Puede decirse que en la actualidad el estado de los cónsules forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario; es -- conveniente mencionar que la Convención de Agentes Consulares celebrada en La Habana en 1928 adoptó reglas definitivas de derecho para los estados intervinientes en materia de cónsules, y la Convención de Viena de 1963 fija también reglas generales.

Tradicionalmente se distingue entre cónsules de carrera (cónsules missi), que no pueden ocuparse de asuntos ajenos a las actividades de su cargo oficial, y cónsules (electi) que por lo general son comerciantes súbditos del Estado en que -- ejercen sus funciones; en México son llamados cónsules honorarios.

En lo que se refiere a la clasificación dentro de la categoría de los cónsules de carrera, Seara Vázquez estima que no es posible establecer una de carácter uniforme; los Estados son libres de fijarla como les convenga. Sin embargo, - el sistema normalmente seguido y adoptado en Viena, permite distinguir cuatro categorías para los jefes de una misión consular:

- 1° Cónsul general
- 2° Cónsul
- 3° Vicecónsul
- 4° Agentes consulares.²¹

1. FUNCIONES

La función consular ofrece un triple aspecto: protección, información y ejercicio de competencias, a saber:

FUNCIONES DE PROTECCION. Esta es la base de la institución consular y consiste en hacer respetar los derechos de sus compatriotas y ayudarles en sus empresas, lo que se traduce en una intervención consular cerca de las autoridades locales.

Vigilan que sus nacionales gocen de los derechos acordados por los tratados, la costumbre internacional y las leyes

²¹ Seara Vázquez. Op.cit., pág. 197.

locales; pero siendo la protección de los nacionales en el interior una función diplomática deben limitarse a informar de toda transgresión o peligro al representante diplomático de su país y sólo en casos graves y urgentes pueden realizar gestiones oficiales ante las autoridades locales.

2. INFORMACION

Deben informar periódicamente a su gobierno de todo lo relativo a economía, del país de residencia.

3. EJERCICIO DE COMPETENCIA

Esta función presenta dos aspectos: a) Poderes relativos a las personas. Aquí se comprenden las siguientes atribuciones: registro de nacionales, expedición y visaje de pasaportes, realización de diversos actos de procedimiento administrativo, ejercicio de funciones de registro civil, en cuyo caso la competencia se encuentra limitada a los actos que afecten a sus nacionales; atribuciones notariales, poderes en materia de procedimientos judiciales y atribuciones de policía y jurisdicción marítima y; b) Poderes relativos a los bienes. Aquí figuran el pago de pensiones concedidas a personas que vivan en su distrito la atribución de subsidios y socorros y la tramitación de las sucesiones en el extranjero.

La labor de los cónsules está principalmente destinada a su propio Estado y a sus nacionales, pero a fin de desempeñarla puede el cónsul si fuere necesario, entenderse directamente con las autoridades de su distrito y en último caso -- puede acudir a su propio representante diplomático para que actúe en la forma que corresponda.

La costumbre internacional y a veces los tratados acordaban a favor de los cónsules algunas inmunidades y privilegios. En la Convención de Viena de 1963 como dice Seara Vázquez ya se han fijado algunas reglas generales: a) Inviolabilidad personal. Los funcionarios consulares no pueden ser detenidos ni arrestados mientras no se celebre el juicio correspondiente, excepto en caso de delito grave o después de que haya intervenido una decisión por parte de la autoridad competente. En todo caso la detención o arresto, o la iniciación del juicio deben ser notificados al Estado acreditante. b) Inmunidad de jurisdicción. Los miembros de un consulado gozarán de inmunidad jurisdicción judicial o de las autoridades administrativas, pero únicamente respecto a los actos ejecutados en virtud de su función consular; para los -- otros actos efectuados en tanto que persona privada no hay -- inmunidad de jurisdicción. c) Exención de impuestos y de la obligación de prestar servicios. Muchas convenciones consulares han previsto, a menudo, la exención de impuestos en favor de los cónsules, y de la obligación de prestar determina

dos servicios (prestar el servicio militar, formar parte de jurados, trabajos personales, etc.); la extensión de esta -- práctica permite suponer que se trata de una norma de Dere-- cho Internacional Consuetudinaria.

4. FIN DE LA MISION. CAUSAS

- a) Por muerte.
- b) Retirada del Exequatur.
- c) Sumisión o retirada del cónsul.
- d) Por desaparición del Estado que lo acredita o del - Estado en que está acreditado.
- e) Por guerra entre el Estado que lo acredita y en el - que se encuentra acreditado.
- f) Ruptura de relaciones consulares.
- g) Agregación del distrito consular al territorio de - otro Estado.

Se reconoce de modo general que los cambios operados en la jefatura de un Estado que nombra o admite al Cónsul no po ne término a la función consular, a diferencia de lo que su- cede con la misión diplomática. No es necesario expedir una patente ni un Exequatur nuevo cuando un rey sucede a otro en el trono, o una monarquía se transforma en república, ni en- los demás casos de naturaleza análoga.²²

²². Rousseau. Op.cit., págs. 339 a 345.

5. LEY ORGANICA DEL SERVICIO EXTERIOR MEXICANO DEL
4 DE MARZO DE 1967

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, las funciones permanentes del Servicio Exterior fuera del país serán desempeñadas por las misiones diplomáticas y las representaciones consulares. Son funcionarios diplomáticos el embajador extraordinario y plenipotenciario, ministro consejero, primer secretario, segundo secretario y tercer secretario.

Los funcionarios consulares: cónsul general, cónsul consejero, cónsul de primera, cónsul de segunda, cónsul de tercera, cónsul de cuarta y vicónsul y cónsul honorario (que lo podrá designar la Secretaría, por acuerdo del Ejecutivo Federal).

Sus obligaciones:

1. Representar a México en el Estado ante cuyo gobierno estén acreditados y velar en todo momento por el prestigio de la República.

2. Dentro de los límites autorizados por el Derecho Internacional así como por los tratados y convenciones vigentes, proteger los derechos y los intereses de México y de los mexicanos ante las autoridades del Estado en que se encuentren acreditados.

3. Promover la amistad y comprensión entre el pueblo -

de México, y el del país en el que preste sus servicios dentro de un constante propósito de paz y seguridad humana.

4. Mantener y promover las relaciones comerciales, culturales, científicas y económicas entre México y el Estado - en que estén acreditados.

5. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones de carácter internacional, en particular el que se refiere a tratados y convenciones de que México sea parte e informar oportunamente a la Secretaría de Relaciones Exteriores cualquier violación que al respecto observen.

6. Guardar discreción absoluta sobre los asuntos oficiales que se le encomienden o que lleguen a su conocimiento en su carácter oficial. Esta obligación subsistirá aun después de abandonar el Servicio Exterior cuando se trate de asuntos cuya divulgación pudiera de alguna manera causar perjuicio a los intereses nacionales. Independientemente de las medidas administrativas que se impusieran a quienes violen esta prohibición, les serán aplicadas las sanciones que establece el artículo 211 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, aplicable en materia penal federal. Los funcionarios y empleados a que se refiere el artículo 12, también estarán sujetos a esta obligación aun después de terminar la comisión que se les hubiere confiado.

7. Observar las reglas sociales acostumbradas en sus respectivas categorías y acatar las indicaciones que les ha-

gan sus jefes acerca de su conducta, a fin de mantener en el nivel que merece la dignidad de la representación que representan.

Además de las obligaciones señaladas anteriormente, son obligaciones de los agentes diplomáticos:

Negociar por los conductos oficiales que determine el Estado ante el que estén acreditados, los asuntos que les encomiende la Secretaría de Relaciones Exteriores o aquéllas que, por la naturaleza misma de sus funciones deban atender de conformidad con esta Ley y su Reglamento; representar a México en los organismos y reuniones internacionales de carácter intergubernamental y normar su conducta dentro de los mismos, por la política internacional de México o por las instrucciones que reciban de la Secretaría de Relaciones Exteriores; reclamar cuando proceda, las inmunidades, prerrogativas, franquicias y cortesías que corresponden a los funcionarios diplomáticos y consulares mexicanos, conforme a los tratados y prácticas internacionales y especialmente aquellos que México concede a los funcionarios diplomáticos y consulares de otros países, en el concepto de que solamente la Secretaría de Relaciones Exteriores puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de que gozan esos funcionarios; respetar las leyes y reglamentos del Estado en el que prestan sus servicios, haciendo las representaciones pertinentes cuando la aplicación de esas leyes y reglamentos a los nacio

nales de México signifique violación del Derecho Internacional y de los tratados y convenciones de que ese Estado sea parte; dirigir los trabajos de la misión a su cargo y al organizar la administración de sus oficinas, velar por la eficacia en el trabajo del personal incluso la del personal comisionado por dependencias distintas a la Secretaría de Relaciones Exteriores dirigirá dentro de la difusión de noticias periodísticas nacionales, así como la identificación de las relaciones entre las instituciones educativas de nuestro país y las de aquél en que estén acreditados; dirigir dentro de su jurisdicción, la promoción de las relaciones económicas entre México y el país en que están acreditados; informar cada vez que sea menester acerca de la situación política, económica y social del país en que estuvieren acreditados, enviar un informe trimestral y atender y despachar, en su caso, los asuntos consulares.

6. SON OBLIGACIONES DE LOS AGENTES CONSULARES

Fomentar en sus respectivas jurisdicciones consulares, el intercambio comercial con México e informar, por lo menos cada tres meses, a la Secretaría de Relaciones Exteriores, sobre la situación económica de dicha jurisdicción, tomando particularmente en cuenta aquellos asuntos que puedan interesar a la economía mexicana; prestar cooperación y ayuda a las misiones diplomáticas del gobierno de México en los paí-

ses en que estuvieren comisionados; ejercer, dentro de los límites que fije el Reglamento funciones de oficiales del Registro Civil, en actos que conciernen a mexicanos en los términos señalados por el reglamento, ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano. Su autoridad tendrá igual fuerza legal, en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios del Distrito y Territorios Federales; desahogar las diligencias judiciales que les encomienden los jueces de la República; organizar la administración de las oficinas consulares, a su cargo, en la forma que determine el Reglamento de esta Ley; ejecutar los actos administrativos que requiera el ejercicio de sus funciones y actuar como delegado de las dependencias del Ejecutivo Federal en los casos previstos por las leyes o por orden expresa de la Secretaría de Relaciones Exteriores e informar, cada seis meses y con base en las actuaciones desarrolladas por el personal a sus órdenes, acerca de su aptitud, comportamiento y diligencia.²³

²³ Ley citada.

CAPÍTULO TERCERO

HECHOS Y ACTOS EN QUE INCURRE EL ESTADO TERRITORIAL QUE PUEDEN SER OBJETO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

IX. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS

Las relaciones entre un Estado y los ciudadanos de otros Estados han dado origen a problemas muy agudos en el campo del Derecho Internacional.

El extranjero, por el hecho de entrar en el ámbito soberano del Estado, cae automáticamente bajo la supremacía territorial del país en que se encuentra, aunque al mismo tiempo continúe subordinado a la supremacía personal de su Estado de origen; es decir, queda sometido a la jurisdicción del Estado territorial, ante el cual es responsable de todos los actos que en él cometa, y debe obediencia y lealtad al Estado territorial durante todo el tiempo de su residencia.

El Estado es quien determina el alcance de los privilegios civiles que los extranjeros pueden disfrutar en común con sus ciudadanos; privilegios que, generalmente, constituyen el propósito determinante de su presencia dentro de un Estado. Aunque cabe aclarar que sobre esos privilegios exis

ten ciertos derechos fundamentales inherentes a la persona y a la propiedad, que acompañan a los individuos extranjeros - donde quiera que vayan, y que forman parte de su naturaleza humana. Los privilegios pueden ser revocados pero los derechos fundamentales continúan en vigencia.

El derecho interno de extranjería puede rebasar al derecho de extranjería internacional, pero nunca puede ser inferior al mínimo prescrito por el Derecho Internacional. Tales normas —inferiores— serán válidas en el orden jurídico interno, pero los Estados perjudicados tendrán derecho a reclamar su derogación o modificación con arreglo a los procedimientos que el Derecho Internacional ofrece. Lo que el derecho internacional impone a los Estados es que conceden a los extranjeros el mínimo de derechos fundamentales internacionalmente establecidos, aun cuando excepcionalmente su ordenamiento jurídico coloque a sus nacionales por debajo de esta medida.

La obligación que tiene el Estado de respetar ciertos derechos de los extranjeros deriva de su propia situación de miembro de la comunidad internacional y por lo tanto de la interdependencia y solidaridad que debe existir entre todas las naciones. Pero los extranjeros además de partes componentes de los miembros de la comunidad tiene una existencia propia, en su calidad de hombres. De ahí viene que Fauchille sostenga que se puede atribuir a los derechos del extranjero un doble fundamento: 1) La personalidad humana o el in-

dividuo considerado en sí mismo y, 2) la existencia de una - comunidad internacional de Estado.

De estos principios resulta que el Estado debe regular la condición de los extranjeros sin distinción de nacionalidades, de manera idéntica y equitativa, protegiéndolos en su persona y en sus bienes.

Todos los derechos de los extranjeros que se fundan en el Derecho Internacional parten de la idea de que los Estados están obligados entre sí a respetar en la persona de los extranjeros la dignidad humana.²⁴

Considero válido el criterio del maestro Verdross al decir que en el sentir de los pueblos civilizados, los derechos que dimanar de la idea antes mencionada pueden reducirse a cinco grupos:

- 1) Todo extranjero ha de ser reconocido como sujeto de derecho.
- 2) Los derechos privados adquiridos por los extranjeros han de respetarse en principio.
- 3) Han de concederse a los extranjeros los derechos -- esenciales relativos a la libertad.
- 4) Deben quedar abiertos al extranjero los procedimientos judiciales.

²⁴ Oppenheim M.A.L.D. Op.cit., pág. 250.

- 5) Se les protegerá contra los delitos que amenacen su vida, libertad, propiedad y honor.²⁵

Conviene no olvidar que esos derechos, así como esas libertades no son absolutos.

La convención sobre Condición de Extranjeros, suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928, a raíz de la Sexta -- Conferencia Internacional Americana, dispuso lo siguiente en su artículo 2°: "Los extranjeros están sujetos, tanto como los nacionales, a la jurisdicción y leyes locales con reserva de las limitaciones estipuladas en las convenciones y tratados". Y el artículo 5° agrega que los Estados deben reconocer a los extranjeros domiciliados o transéuntes en su territorio todas las garantías individuales que reconocen en favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio en cuanto concierne a los extranjeros de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidad del ejercicio en dichos derechos y garantías.

El interés público y el cuidado de la conservación del Estado puede determinar, sin embargo, ciertas restricciones a los derechos reconocidos a los extranjeros.

La Primera Conferencia Internacional de Estados América

²⁵Verdross, Alfred. "Derecho Internacional Público". Editorial Aguilar, Madrid, 1955, pág. 298.

nos, celebrada en Washington en 1889 y 1890 proclamó la doctrina en la igualdad en sus términos más amplios, recomendando a los gobiernos participantes en la Conferencia que adoptaran las siguientes reglas como principios de Derecho Internacional Americano:

1) Los extranjeros tienen el derecho de disfrutar de todos los derechos civiles que gozan los nativos y se les deben acordar todos los beneficios de dichos derechos, tanto en lo sustancial como en el procedimiento, y los remedios legales correspondientes les deben ser garantizados de manera igual que a los nativos.

2) Un Estado no reconoce en favor de los extranjeros - otras obligaciones o responsabilidades que las establecidas en favor de los nativos por la constitución y las leyes.

La delegación de los Estados Unidos, que presentó un informe de minoría, votó contra la recomendación. La división de opiniones que planteó entre los Estados Unidos y otros Estados Americanos continuó manifestándose en las conferencias sucesivas en especial en la de Montevideo de 1933. La Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, adoptada en esa Conferencia, después de afirmar en el artículo 9 el principio establecido de que "dentro de los límites del territorio nacional, la jurisdicción de los Estados se aplica a todos los habitantes" establecía:

"Los nacionales y los extranjeros deberán recibir la -- misma protección de la Ley de las autoridades nacionales, y los extranjeros no pueden reclamar derechos distintos, o más amplios que de los nacionales". La Convención fue firmada -- por los Estados Unidos después de formular una reserva basada en la falta de tiempo para preparar las "Interpretaciones y definiciones necesarias" de las doctrinas y principios propuestos.²⁶

X. CONDICIÓN DEL EXTRANJERO EN EL DERECHO MEXICANO

El artículo 33 de la Constitución General de la República define a los extranjeros como aquellos que no reúnen cualidades determinadas, en el artículo 30 de la misma, manifestando que tienen derecho a las garantías individuales que -- otorga el capítulo I, título Primero.

Prevalece en la legislación mexicana el principio general de equiparación entre nacionales y extranjeros. Esto es, como ya anteriormente dijimos, la Doctrina Latinoamericana -- de igualdad de tratamiento. El artículo 1º de la Constitución Federal establece: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta consti-

²⁶ Fenwick G. Charles. "Derecho Internacional". Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1963, pág. 315.

tución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

El principio general de equiparación entre nacionales y extranjeros queda sujeto a las restricciones y limitaciones en la Constitución Política, sus leyes reglamentarias y la legislación ordinaria impone.

Como miembro de la Asamblea General de las Naciones Unidas, México aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos como un ideal común por el que todos los pueblos deben esforzarse: los derechos y libertades fundamentales consignados en la citada Declaración están incluidos en la legislación mexicana concediéndolos a todo hombre, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, origen o cualquier otra condición. El derecho de igualdad ante la ley y de igual protección bajo la misma, los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas, así como la seguridad de contar con un recurso efectivo ante los tribunales que ampare al individuo contra actos de la autoridad que viole tales derechos, son garantías que han quedado consagradas en nuestra Constitución Política.

El artículo 32 de nuestra máxima Ley establece que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y en todos --

los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

El artículo 11 Constitucional, que consagra la libertad de tránsito, subordina el ejercicio de este derecho a las limitaciones que impongan las leyes de población y salubridad general de la República, o sobre extranjeros, cuya permanencia en el país se considere indeseable o inconveniente.

Los extranjeros no deben inmiscuirse en los asuntos políticos del país (esto se estipuló tanto en la Convención de La Habana de 1928 como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre suscrita en Bogotá; que establecieron el deber de toda persona de abstenerse de actividades políticas privativas de los ciudadanos del Estado en que reside el extranjero). En las garantías de petición y asociación consagrados en los artículos 8° y 9° de nuestra Constitución no se reconocen derechos en favor de los extranjeros en materia política.

Y los artículos 4° y 5° de nuestra ley fundamental garantiza el derecho de todo individuo para dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícito, pero tratándose de extranjeros subsisten las limitaciones ya mencionadas del artículo 32 de la misma ley.

XI. HECHOS Y ACTOS EN QUE INCURRE EL ESTADO TERRITORIAL QUE PUEDEN SER OBJETO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La expresión de Responsabilidad Internacional del Estado aparece en las últimas décadas del siglo XIX. Esto no quiere decir que ante tal o cual Estado no se viera en la necesidad de reparar un daño o un agravio, sino que la cuestión se afrontaba con otro criterio.

Es necesario decir que la responsabilidad internacional abarca tanto los hechos lesivos que afecten al Estado como entidad internacional como los que afectan a las personas privadas que poseen nacionalidad extranjera. A nosotros nos interesa examinar el segundo aspecto.

Durante siglos había imperado la idea de que las lesiones que un súbdito sufría de parte de otro Estado o de sus nacionales podían ser reparadas solamente por medio de actos de violencia que ejercían individuos autorizados por el soberano agraviado; la forma de autorizarlos era de otorgándoles cartas represalia; esto es, ejercía el "derecho de represalia" también llamado "derecho de retomar".

Contra todo esto reaccionaban en el siglo XVII la doctrina y algunos tratados, Grocio sostenía en 1625 que el derecho de represalia sólo puede ejercerse cuando el derecho es denegado. Los países bajos convinieron en el mismo siglo con Inglaterra y Francia que el Estado cuyos súbditos se que

jaron de haber sido lesionados en el extranjero no podría -- otorgar cartas represalias antes de haber sometido la queja al soberano de los súbditos culpables y antes de que hubiera obtenido justicia en un plazo de 3 meses.²⁷

La fórmula de Grocio vino a dar origen en la doctrina -- el concepto de denegación de justicia que más adelante exami naremos.

Desde fines del siglo XVIII la represalia ya no autori zaba a disponer de las cosas capturadas, sino a retenerlas - en prenda con el fin de asegurar la reparación buscada. Fue desahuciada por el tratado de París de 1856, y desde enton-- ces se dejó de practicarse.

En el siglo XIX se acude a un procedimiento suave que - es la protección diplomática, o sea la gestión realizada ante un gobierno por el representante oficial de otro Estado a fin de obtener una indemnización o una solución favorable a determinados intereses que se consideran lesionados. Esta - protección se ejercía solamente cuando se trataba de lesio-- nes a los individuos. Sin embargo no se estaba todavía en - un terreno propiamente jurídico.

La introducción del vocablo "responsabilidad", importa un acontecimiento que señala la aparición de una noción jurf

²⁷. Citado por Podestá Costa. L.A. "Derecho Internacional Pú blico". Tipografía Editorial Argentina. Buenos Aires, - - 1960, pág. 420.

dica. Este concepto envuelve la idea de una entidad obligada a hacer tal o cual cosa a favor de otra como consecuencia de un acto u omisión.

Hasta la actualidad todavía es parcialmente un problema jurídico pues cada vez que un país quiere hacer efectiva la responsabilidad de otro aparecen en juego normas fundamentales de la convivencia internacional como son la soberanía y la independencia de los Estados; en el caso de la protección de los nacionales en el exterior, la colisión llega a extremos inconciliables cuando los gobiernos se aferran a los intereses divergentes que tienen en mira a los países de emigración y los de inmigración, los que invierten capitales en el extranjero y los que los reciben. Estos modos de ver dis pares, por legítimos que sean, no se mueven armónicamente en el mismo plano internacional. De ahí que exista confusión de ideas en la doctrina y que las soluciones en práctica, -- aún son de fallos arbitrales, resulten contradictorias.

Partiendo del supuesto de que existe una norma internacional de justicia por lo que se refiere al tratamiento que debe ser acordado a los extranjeros por el gobierno de un -- país, se plantea el problema de determinar en qué circunstancias y en qué momento el Estado se vuelve responsable por -- los daños cometidos en el trato con un extranjero. ¿Es la -- responsabilidad absoluta o relativa, directa o indirecta? -- Podemos decir por una parte que el Estado es en general res-

ponsable del mantenimiento de la Ley y del orden, de manera que cuando se producen violaciones el Estado es indirectamente responsable por la violación de la ley. Pero como el prevenir todos los actos violatorios está más allá del poder de cualquier Estado, la responsabilidad del mismo puede considerarse cumplida cuando éste proporciona los medios adecuados para reparar el daño. El Estado no es responsable por la comisión del daño, su responsabilidad empieza cuando no proporciona los medios adecuados de reparación.

La frase "responsabilidad del Estado" puede definirse como la obligación secundaria del Estado de reparar o de ofrecer reparación para cumplir su obligación esencial de proporcionar la protección debida a los extranjeros.²⁸

XII. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

En 1625 Hugo Grocio elaboró la teoría de la culpa, basándose en la teoría romana de la culpa aquiliana, por la que una comunidad no responde por los hechos de los individuos que la componen sino cuando ella ha contribuido a su ejecución por hecho propio o por su negligencia; similar a la represalia, que sólo podía ejercerse cuando el derecho era denegado, entendiéndose que tal situación se originaba si-

²⁸ Podestá Costa. Op.cit., pág. 421.

no había podido obtenerse en el tiempo debido una sentencia, o si ésta era absolutamente contraria a derecho.²⁹

La norma señalada por Grocio era de carácter restrictivo y no tardó en ser desvirtuada. En 1649 Puffendorf enunció la presunción de que el Estado, salvo prueba en contrario, se hallaba en condiciones de impedir que sus nacionales ejecutaran actos lesivos a los extranjeros. La idea de culpa, que para Grocio debía aplicarse en ciertas circunstancias excepcionales, pasaba a ser una regla principal, es decir, que la culpa se presumía.

No obstante la deformación que ha sufrido esta teoría, tuvo la virtud de encaminar en cierto modo el problema a un plano jurídico. La responsabilidad no podía ser la misma cuando el hecho alegado provenía de los órganos del Estado, de sus funcionarios o de sus ciudadanos. La noción de culpa inducía a considerar un nuevo elemento: el agente del hecho lesivo.

Rousseau, al criticar esta teoría, considera que se le pueden hacer algunas objeciones: Está impregnada de elementos subjetivos difíciles de analizar y valorar; procede del derecho privado y para aplicarse en el ámbito internacional tendría que hacerse modificaciones; introduce una complica-

²⁹ Citado por Podestá Costa. Op.cit., pág. 451.

ción inútil en las relaciones internacionales, en cuanto parte de una realidad metafísica del Estado.³⁰

Es la idea de Grocio, como ya indicamos, la que vino a dar origen en la doctrina al concepto de denegación de justicia, que desde mediados del siglo XVII se introdujo en la doctrina, por otra de Vattel, quien intenta precisarla diciendo que la justicia se niega de diversas maneras; por denegación de justicia propiamente dicha, es decir, por la negativa de admitir el acceso a los tribunales ordinarios; por retardo injustificado y por sentencia manifiestamente injusta o parcial.

Es así como entra en la doctrina del Derecho Internacional la denegación de justicia, como único hecho que autoriza la represalia. Esta noción limitativa, que tenía en mira ciertos hechos provenientes de los tribunales, quedó desfigurada a mediados del siglo XIX. En 1884 Heffter extiende la idea de denegación de justicia a todo acto legislativo, decisión judicial o resolución administrativa que resultara lesiva para los extranjeros. Esta idea era adoptada en el lenguaje diplomático, en las estipulaciones de los tratados y en las leyes internas. Pero surgieron grandes controversias acerca de su significado y alcance.

Algunos consideraron que la denegación de justicia era-

³⁰ Rousseau. Op.cit., pág. 350.

toda violación a los derechos de los extranjeros imputables a cualquiera de los órganos del Estado, a sus funcionarios o a los habitantes, y aún pretendieron que la denegación de -- justicia así entendida, constituya la base de la responsabilidad internacional del Estado, con relación a los extranjeros; es decir, el hecho determinante de la protección diplomática. Contra esto ha reaccionado la mayor parte de la doctrina actual limitando a la violación de los derechos de los extranjeros sólo para cuando sea imputable la función judicial o contenciosa administrativa de las autoridades públicas. Sin embargo, aún después de haberla limitado, subsisten serias controversias: Para algunos consiste solamente en impedir una acción ante los tribunales, ya sea porque se niegue al extranjero el derecho de estar en juicio o porque el tribunal competente se rehuse a juzgar en un caso concreto; para otros existe, además, por retardo injustificado en impartir justicia o por la no ejecución de una sentencia definitiva o porque la sentencia sea manifiestamente injusta.

Esta última concepción sería la más indicada. La verdad es que la denegación de justicia no responde a una idea clara como lo exige la buena técnica jurídica. Se ha convertido en un rótulo que encubre ideas diversas, tanto por su naturaleza como por su alcance.

Con relación a la responsabilidad internacional originada en luchas civiles se formularon varias teorías.

Teniendo en cuenta únicamente los daños causados a los extranjeros bien sea en su persona o en sus bienes, con motivo de las luchas civiles, en las sesiones celebradas por el Instituto del Derecho Internacional en 1898 en La Haya y en 1900 en Neuchate se enunciaron dos fundamentos distintos en relación a la responsabilidad internacional del Estado.

Brusa elaboró en 1898 la teoría de la expropiación: El Estado debe indemnizar a los afectados con motivo de luchas civiles por la misma razón que indemniza a las personas que son privadas en sus bienes por el Estado por motivos de utilidad pública. Fauchille en 1900 expuso la teoría del riesgo estatal: El Estado sería responsable del mismo modo que el empresario lo es por los accidentes de trabajo y en algunos países por los errores administrativos o judiciales o -- por los daños producidos con motivo de obras públicas; estos, se entiende que el Estado que obtiene beneficios del trabajo de otro debe cargar con las consecuencias de los daños que se ocasionen por esa actividad, sin que por ello inter-- venga la noción de culpa.

Ambas teorías fueron desechadas por el Instituto afirmando que podrían fundar la responsabilidad del Estado en relación a los nacionales y a los extranjeros, pero no abordaban el problema en su fase internacional, que era precisamente el planteado.

A principios del presente siglo Anzilotti elabora la Teo

ría de la Responsabilidad Objetiva. La responsabilidad internacional tiene como fundamento lógico la violación de una norma internacional; es decir, este autor hace responsable - al Estado como simple relación de causa a efecto, sin tomar en cuenta ningún fundamento subjetivo y excluyendo por tanto el dolo y la culpa como elementos que hasta entonces requeríanse alternativamente para que pudiera imputarse el hecho ilícito al Estado.³¹

Para Podestá Costa, Anzilotti llega a esta conclusión - tomando en cuenta que el dolo y la culpa son elementos psicológicos provenientes de la voluntad, y agrega que es necesario investigar si un hecho para que sea imputable al Estado, debe ser o no, afectado de dolo o culpa de los órganos del - Estado, porque toda lesión, aunque sea obra de los particulares, está condicionada por la actitud de aquellos órganos. - Ahora bien, con respecto a la doctrina según la cual para implicar la responsabilidad del Estado el hecho contrario al - Derecho Internacional, debe ser afectado del dolo o de la - culpa de sus órganos, pueden presentarse dos situaciones: - que la conducta del órgano sea contraria a la vez al derecho internacional y al derecho interno o que esa conducta sea -- contraria al derecho internacional y sea conforme al derecho interno. En estas dos situaciones hay responsabilidad inter

³¹ Citado por Podestá Costa. Op.cit., pág. 456.

nacional pues los Estados asumen una obligación recíproca como garantía de sus buenas relaciones, y de esto resulta que la responsabilidad no se determina por el dolo o la culpa, - sino que procede de modo puramente objetivo.

Para Rousseau esta teoría es más acorde con el verdadero fundamento de la responsabilidad internacional, que es el de mantener las relaciones internacionales; seguridad que -- convertiría ilusoria si un Estado pudiera sustraerse a la -- responsabilidad de los actos realizados por sus funcionarios alegando que no ha cometido falta, de acuerdo con su derecho interno, configurando el hecho a su arbitrio; es la única -- que explica la responsabilidad del Estado por actos realizados por funcionarios incompetentes. Sin embargo, le hace algunas objeciones: va demasiado lejos al procurar una garantía absoluta del individuo reclamante; se adelanta al Estado actual de la práctica internacional que sigue siendo individualista y, en consecuencia, sigue fiel a la teoría de la -- falta.³²

Por su parte Podestá Costa dice que posiblemente en la elaboración de la teoría de la responsabilidad objetiva ejerció influencia el principio de la "RESPONSABILIDAD PATRONAL" que en esa época empezaban a adoptar las legislaciones para hacer responsable al patrono, aun sin culpa de su parte, por

³². Rousseau. Op.cit., pág. 350.

los daños que sufrían las personas ocupadas por él con motivo del trabajo en las fábricas. Como vimos anteriormente, - en 1900 sostuvo Fauchille en el Instituto del Derecho Internacional que por analogía con aquel principio debía adoptarse la teoría del "RIESGO ESTATAL" para establecer la responsabilidad del Estado por las lesiones sufridas en las - tiendas civiles, aún sin culpa de él.

Esta responsabilidad no emerge de los tratados ni de la costumbre internacional, como lo veremos en seguida.

Con respecto a los tratados, sólo podemos mencionar el artículo 3° de la Convención de La Haya de 1907 sobre las le yes y uso de la guerra, según la cual el Estado beligerante - que violaba las disposiciones del reglamento anexo sería res ponsable por los actos provenientes de las personas que forman parte de su fuerza armada y debería indemnizar, si hubie ra lugar a ello. Por lo que se refiere a la costumbre inter nacional y a la jurisprudencia, es notorio que en las solu - ciones diplomáticas, como en las decisiones arbitrales, el - problema de la responsabilidad por daños a la persona o a -- los bienes ha girado en torno de la teoría de la culpa y su aplicación a las modalidades de cada caso concreto; más aún, siempre se ha considerado el dolo y la culpa como determinan tes de un hecho ilícito, como elementos que no sólo pueden - atribuirse al Estado sino también a la propia persona afecta da y, en este último caso, se ha entendido que la existencia

de dolo o culpa del individuo viene a neutralizar la que corresponde al Estado.

Podestá Costa considera que como construcción teórica - la tesis absoluta de la responsabilidad objetiva es insostenible, pues parte de la base de que no se concibe en los órganos del Estado cuando éstos violan el derecho interno; lo cierto es que desde el punto de vista internacional, dice, - sólo se tiene en cuenta la culpa del Estado como entidad internacional a causa de una infracción, aunque ésta sea nula o anulable en el orden interno, y nada impide asignar valor-jurídico el dolo o a la culpa para condicionar la existencia de un hecho ilícito internacional del Estado. Tampoco puede admitirse la responsabilidad objetiva en caso que el órgano-estatal haya obrado de conformidad con su derecho interno; - esta afirmación sería errónea, pues no puede separarse la -- persona del Estado y su órgano pretendiendo que el Estado, - sujeto del Derecho Internacional estuviera sometido a las reglas de éste mientras que el órgano someterfase únicamente a las reglas del derecho interno.³³

Encontramos al respecto una TEORIA ECLECTICA, LA DE -- SCHOEN y STRUPP quienes sostienen, que por regla general, rigen en las acciones el principio de la responsabilidad objetiva y por el resultado, y en las omisiones el principio de

³³ Podestá Costa. Op.cit., págs. 463 y 464.

la responsabilidad por la culpa, o subjetiva es decir, que en los delitos de omisión admiten la teoría de la culpa.³⁴

Ampliándonos podemos decir que según Schoen la responsabilidad objetiva correspondería en los casos de hechos ilícitos provenientes de los órganos del Estado pero cuando se tratara de hechos ocasionados por particulares aplicaríase la teoría de la culpa; Strupp considera que la responsabilidad objetiva debe admitirse como regla general en los delitos de acción de los órganos del Estado, en tanto que en los delitos de omisión una norma consuetudinaria derogaría la regla general y establecería la responsabilidad sólo cuando hubiera culpa. El Instituto del Derecho Internacional (Lausana) proponiéndose encaminar el problema de la responsabilidad en el terreno jurídico, presentó como base de la responsabilidad del Estado el incumplimiento de las obligaciones internacionales, condicionándolo con la teoría de la culpa. Es así como la Resolución de 1927 empieza manifestando que el Estado es responsable por los daños causados a los extranjeros por toda acción u omisión contraria a sus obligaciones internacionales, cualquiera que sea la autoridad pública de que proceda y cuando sus órganos actúen violando la ley o las órdenes de una autoridad superior o que esté fuera de su competencia, pero separándose en su calidad de órgano del Es

³⁴ Citados por Vedross. Op.cit., pág. 310.

tado y utilizando los medios puestos a su disposición luego declara la resolución que esta responsabilidad del Estado no existe cuando el incumplimiento de las obligaciones no es -- consecuencia de culpa de sus órganos, salvo que, en el caso, ocurra que una regla convencional o consuetudinaria especial en la materia admita la responsabilidad sin culpa, teniendo en cuenta al agente del daño; el Instituto señala como sacos de responsabilidad los hechos que prevengan de las autoridades públicas, de los particulares, de la denegación de justicia o de las luchas civiles.

La Conferencia de Codificación de la Haya de 1930 inició la de liberación acerca de la responsabilidad en torno de la noción de culpa. La asamblea se dividió en dos sentidos: de un lado la responsabilidad internacional absoluta y del otro la irresponsabilidad también absoluta. Hubo quienes, manteniéndose en el plano de la culpa, intentaron precisar las consecuencias según que el agente del hecho lesivo -- fuese un órgano del Estado, sus funcionarios o los habitantes, pero la discusión, diluyéndose entonces en puntos secundarios, no vino a solucionar el problema fundamental. El -- problema estuvo mejor orientado cuando se intentó adoptar como base principal el incumplimiento de las obligaciones internacionales; aunque no se llegó a definir esas obligaciones y la Conferencia se clausuró sin llegar a ningún acuerdo concreto.

Tomando como base las siguientes ideas, Podestá Costa - elaboró la DOCTRINA DE LA COMUNIDAD DE FORTUNA, a la cual se adhirió: El extranjero cuando era una aubana y, por consiguiente, carecía de derecho, no disponía de más amparo que - su Estado de origen. Incumbía a éste protegerlo siempre y - en todo lugar. Esa situación ha cambiado desde comienzo del siglo XIX. El extranjero posee ciertos derechos que le son reconocidos normalmente en los países civilizados. Entre el Estado y el extranjero se ha establecido una relación jurídica. Su responsabilidad sólo puede surgir como consecuencia de la violación de esa relación. Este es el elemento esencial del problema.

Quando se está en presencia de hechos que lesionan a la persona o a los bienes de los extranjeros el derecho violado pertenece ante todo a las personas privadas. Por ello la regla internacional recomienda que las acciones correspondientes deben ser ejercidas; en primer término y hasta agotarlas, dentro de la jurisdicción del Estado local por la propia persona lesionada.

El elemento básico para definir el problema de la responsabilidad internacional del Estado es el derecho violado, la relación jurídica que ha sido transgredida. Puede haber otros elementos que obren con carácter adjetivo o secundario, estos elementos son la noción de la culpa (limitada eventualmente por la fuerza mayor y el caso fortuito, aplicables se-

gún las circunstancias como principios generales del derecho), luego el agente del hecho lesivo y por último las particularidades de cada caso.

Debe encararse el problema partiendo del elemento sustancial; la entidad lesionada, la persona del extranjero y no meramente del aspecto causal del hecho. Desde este punto de vista se afronta el problema de modo integral.

El extranjero al situarse tanto él como sus bienes en otro Estado obra en virtud de una resolución personal. Esa resolución debe ser considerada consciente y deliberada pues no le son desconocidas las características del medio; sabe cuáles son las ventajas y los inconvenientes previsibles, pesa sus determinaciones y actúa. Ya sea que vaya de paso o sólo instale residencia transitoria, le impulsa siempre un interés propio; cuando se domicilia, entrega sus brazos, su inteligencia y su capital a la sociedad que entra en la cual espera encontrar beneficio y bienestar. En uno y otro caso el extranjero participa de las alternativas materiales y morales del medio en que se encuentra; del mismo modo que los demás habitantes, goza de los bienes y no puede sustraerse a los males, ya provengan de la naturaleza, de los hombres o de sus propias actividades. El Estado lo recibe sobre la base sobreentendida (y universalmente aceptada) de que el extranjero está sujeto a la jurisdicción local, que le impone el deber de ajustarse a las leyes y le acuerda las correspon

dientes garantías jurídicas. Mediante un pacto tácito entre el Estado y el extranjero se establece una mutua convivencia, esto es, se crea y consolida un vínculo de reciprocidad solidaria tanto de afectos como de intereses, una verdadera "COMUNIDAD DE FORTUNA".

El extranjero no puede ejercer actividades políticas -- aun cuando las instituciones funcionen de modo irregular. Según lo ha establecido el consenso general en el mundo civilizado, todo hombre, sea nacional o extranjero debe gozar por lo menos de los derechos esenciales, a la vida, a la libertad y a los bienes y como amparo de todos ellos derecho a la justicia. Cuando estos derechos son desconocidos o lesionados, el extranjero dispone subsidiariamente de una garantía internacional que es la protección de su Estado de origen; es decir, que la persona y los bienes del extranjero serán regidos por la COMUNIDAD DE FORTUNA.

Los derechos esenciales no son absolutos; pueden ser -- afectados por el Estado mediante la aplicación de leyes penales y civiles como consecuencia de ciertos hechos ilícitos -- realizados por individuos, entonces el extranjero, a la par de los demás habitantes, puede sufrir penas corporales que -- vengan a privarle de la libertad y aun de la vida, y penas -- pecuniarias que lo priven en cierta medida de sus bienes. -- El Estado sólo puede ser responsable con respecto al extranjero en los casos en que la lesión de los derechos esencia--

les le sea imputable, esto es cuando se han originado a causa de dolo o culpa de su parte.

Es la comunidad de fortuna la norma que rige de modo -- esencial la vida del extranjero; son los derechos esenciales la medida máxima de restricción que se le puede hacer en -- ciertas circunstancias a esa norma fundamental.

No están asociadas a la comunidad de fortuna las personas que se hallan en territorio extranjero con motivo del desempeño de sus funciones internacionales de carácter oficial; los jefes de Estado, los agentes diplomáticos, los magistrados de la Corte Internacional de Justicia, los miembros de -- los tribunales arbitrales, los cónsules de carrera y los funcionarios extranjeros en ejercicio de una misión ad hoc; todos ellos tienen residencia obligatoria en virtud del servicio internacional que prestan, no participan en las actividades inherentes a los intereses privados y en su mayoría están exentos de la jurisdicción local. Tampoco lo están personas y cosas que a veces resultan lesionadas por hechos ilícitos provenientes de un Estado que es ajeno al territorio -- en que aquéllas permanecen o por hechos producidos en el mar libre.

Puede suceder que extranjeros asociados a la comunidad de fortuna sean lesionados precisamente por la circunstancia de ser extranjero o de pertenecer a determinada nacionalidad, raza o religión. Tal hecho viene a desaciosar al extranjero

del vínculo que le unfa a la comunidad de fortuna y ello viene a dar origen a la responsabilidad internacional.³⁵

Actualmente la jurisprudencia internacional subordina - la exigencia de la responsabilidad a dos condiciones: la imputabilidad y la ilicitud. Es necesario que el acto alegado, bien sea acción u omisión, sea imputable al Estado. Además, que el acto sea internacionalmente ilícito. Este carácter - ilícito debe ser apreciado de acuerdo con las normas de derecho internacional, puesto que un acto puede ser lícito de -- acuerdo con el derecho interno, pero no con el internacional.

XIII. HECHOS Y ACTOS QUE DAN ORIGEN A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Generalmente la responsabilidad interna local es consecuencia de actos de órganos del Estado: legislativo, administrativo y judicial. También lo es por los actos de los particulares y con motivo de una guerra civil.

A. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS LEGISLATIVOS

La responsabilidad del Estado puede ser originada por - la acción u omisión del poder legislativo; la ley por acción

³⁵ Podestá Costa. Op.cit., pág. 467.

en el caso de promulgarse una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado; por omisión, cuando el órgano legislativo no dicta las leyes necesarias para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado o cuando no deroga una ley contraria a dichas obligaciones.

Es necesario indicar que en este caso la responsabilidad del Estado es directa o indirecta.

Cuando el poder legislativo sanciona una ley que pueda afectar los derechos de los extranjeros, este hecho puede autorizar a los Estados respectivos a que formulen, si lo estiman oportuno, a manera de advertencia una protesta por la vía diplomática, pero eso no determina EO IPSO la responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad supone la comisión de un hecho lesivo, un daño concreto producido por los órganos del Estado ya sea como consecuencia de aquella ley o sin ella. Es decir, que una ley sólo será contraria al Derecho Internacional cuando encierre directamente alguna disposición contraria, y no cuando se limita a hacer posible la realización de un acto futuro internacionalmente ilícito, por ejemplo, una disposición constitucional que permita la expropiación de la propiedad privada sin indemnización no se puede impugnar internacionalmente, puesto que no se sabe si llegará a aplicarse a un extranjero.

La jurisprudencia internacional ha afirmado el principio de la responsabilidad del Estado por actos legislativos-

en numerosos casos: a) Aplicación irregular de leyes fiscales. A este respecto podemos citar la sentencia arbitral de Gustavo Ador del 13 de junio de 1922 que condebana a Francia por haber aplicado a ciertos súbditos españoles la ley del 1º de julio de 1916 en la que se establecía un impuesto extraordinario sobre los beneficios de la guerra; esto constituía una violación al tratado hispano-francés del 7 de enero de 1902 en el cual se eximía de contribuciones extraordinarias a los españoles residentes en Francia y viceversa. - -

b) Requisita sin indemnización de bienes pertenecientes a extranjeros. Este problema dio lugar a la sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje del 13 de octubre de 1922 con motivo de la reclamación de Noruega contra la requisa de barcos de su pabellón (neutral) realizada por los Estados Unidos (beligerante), en el curso de la primera Guerra Mundial. En esta sentencia se dijo que ningún Estado puede ejercer sobre los súbditos de otro Estado civilizado el derecho de dominio eminente, sin respetar la propiedad de dichos extranjeros o sin pagar una indemnización justa, fijada en su caso, por un tribunal imparcial. c) Expropiación, sin indemnización de bienes pertenecientes a extranjeros. El principio que no ha de haber expropiación sin indemnización se halla consagrado en el artículo 1º del Protocolo de París del 20 de marzo de 1952, firmado por los miembros del Consejo de Europa, que es adicional al Convenio de Roma del 4 de noviem-

bre de 1950 sobre la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Ningún Estado puede exigir para sus súbditos expropiados un modo de indemnización más favorable que el Estado expropiante aplica, o se dispone a aplicar, a aquellos de sus propios súbditos que se ven afectados por análogas medidas. Como ejemplo podemos mencionar el conflicto provocado por la expropiación de las compañías petrolíferas en México, de acuerdo a la ley de 1932 y del Decreto del 18 de marzo de 1938. Después de largas y difíciles negociaciones México acabó por aceptar pagar las indemnizaciones de las sociedades expropiadas que eran principalmente, la sociedad inglesa Mexicana Eagle y la norteamericana Standard Oil. Se concluyeron acuerdos con Estados Unidos y se le fijó una indemnización de 20 millones de dólares pagaderos en 5 años y para Inglaterra 130 millones de dólares pagaderos en 15 años.

El principio de la responsabilidad del Estado con motivo de sus actos legislativos se extiende a los actos constitucionales, pues como lo ha afirmado el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en la consulta que se le hizo el 4 de febrero de 1932 respecto del trato de los súbditos polacos en Dantzig: "Un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional o los tratados en vigor.- Como dice el maestro Rousseau, este principio es importante-

tenerlo en cuenta ya que consagra la superioridad del derecho internacional sobre el interno.³⁶

B. RESPONSABILIDAD POR ACTOS ADMINISTRATIVOS

La responsabilidad del Estado por este tipo de actos -- tiene mucha importancia en la práctica internacional pues -- son éstos los que con mayor frecuencia llevan actos contrarios al Derecho Internacional o dejan de realizar los impuestos por éste.

Como indica Rousseau, las principales aplicaciones de la responsabilidad administrativa se refieren a los siguientes supuestos: trato diferencial a un súbdito extranjero, -- servicios y violencias cometidas por militares y detenciones arbitrales.³⁷

En el primer caso como anteriormente lo señalamos cuando el extranjero es lesionado por ser extranjero o de pertenecer a determinada nacionalidad, raza o religión. Este hecho viene a disolver el vínculo que lo unfa con la comunidad de fortunas, y es lo que origina la responsabilidad internacional.

Respecto a sevicias y violencias cometidas por militares ha dado lugar a muchas discusiones teóricas pues se ha --

³⁶. Rousseau Charles. Derecho Internacional Público Profundizado. Buenos Aires, 1966, pág. 363.

³⁷. Rousseau. Op.cit., pág. 366.

querido ver como un caso de responsabilidad por riesgo. Es importante determinar la relación que existe entre el acto lesivo y la función, pues cuando los actos son contrarios a la función el Estado no es responsable. El principio más acertado ha sido el propuesto por M. Charles Visscher, de que el acto será imputable al Estado cuando la acción que ha causado el daño ha sido ejecutado valiéndose bien de la autoridad o bien de la fuerza material que el agente culpable posee en virtud de sus funciones.³⁸

De esto podemos deducir que algunos funcionarios pueden comprometer la responsabilidad del Estado, ya que muchas de las veces actúan al amparo de la autoridad y fuerza que tienen y el uniforme que llevan.

Sobre esto podemos hacer mención de la IV Convención de La Haya que en su artículo 3º hace responsable al beligerante de todos los actos cometidos por personas que forma parte de su fuerza armada. O sea, el Estado no sólo es responsable por los actos que tengan el carácter de actos de Estado, sino que eventualmente también por aquéllos que están fuera de su competencia.

Existe bastante jurisprudencia en la que se llega a la conclusión de que el Estado es responsable de la conducta de

³⁸. Citado por Paul Reuter. Derecho Internacional Público. -- Bosch casa Editorial. Barcelona, 1962, pág. 141.

todos los agentes públicos.

El mismo criterio es aplicable en el caso de las detenciones arbitrales efectuadas por agentes policíacos del Estado en que reside el extranjero.

Pero una vez más el Estado no es responsable por el simple hecho de que un órgano administrativo causa algún perjuicio a un extranjero sino que es preciso que el perjuicio se haya producido por acto opuesto al Derecho Internacional.

Si con ocasión de la represión de una sedición se perjudica a súbditos extranjeros, el Estado no será responsable - en principio, puesto que el Derecho Internacional reconoce a todo Estado no sólo el derecho, sino incluso el deber de - adoptar cuantas medidas sean adecuadas para reprimir desórdenes. Sólo por excepción sería responsable el Estado, si en la persecución de este fin hubiera infringido el principio - del standard internacional, rebasando notoriamente los límites reconocidos por los países civilizados con respecto a -- los extranjeros. No se ha impuesto en la práctica internacional precepto jurídico alguno que vaya más allá y quebrante el principio general.

C. RESPONSABILIDAD POR ACTOS JUDICIALES

A este respecto la doctrina de Vattel juega un importante papel, quien afirma que un acto judicial ilegal da lugar-

a la responsabilidad del Estado cuando se haya cerrado al extranjero la vía judicial o se le haya demorado indebidamente y cuando una sentencia se haya dictado con evidente malquerencia hacia el extranjero. Es decir, que la responsabilidad puede surgir por denegación de justicia, defectos en la administración de ella y fallo manifiestamente injusto.³⁹

Podemos decir que la denegación de justicia en sentido estricto es la negativa de concurrencia a los tribunales, esto es, cuando un Estado no permite que los extranjeros defiendan sus derechos ante los tribunales. El Estado debe asegurar cierto grado de perfección en la administración de justicia; ese grado es el nivel ordinario requerido por el Derecho Internacional. Respecto de esto último, las principales aplicaciones se refieren a los siguientes casos: negativa por parte del tribunal de dictar sentencia cuando el demandante es extranjero; cualquier retraso o entorpecimiento injustificado en la administración de justicia o la insólita prisa en juzgar a un extranjero; la condena de un extranjero por tribunal excepcional; cuando no se ha ejecutado una sentencia dictada en favor de un extranjero; la amnistía o indulto prematuros al asesino de un extranjero; su liberación anticipada o las facilidades que se hayan dado para su evasión, etc.

³⁹ Citado por Alfred Verdross. Op.cit., pág. 318.

En lo que respecta al fallo manifiestamente injusto por lo cual el Estado es responsable, es difícil de precisar; -- puede presentarse en el caso de una evidente animosidad con un extranjero, por ejemplo, en un fallo que se fundase exclusivamente en razones de malevolencia a pesar del aparente -- respeto de las formas exteriores; o bien en la hipótesis de una interpretación voluntariamente errónea de la Ley local, -- lo que es difícil de determinar.

Ahora bien, el Estado no responde por el error judicial de sus tribunales cuando se ha cometido de buena fe, pues no puede ser responsable de los méritos intrínsecos de la sentencia dictada.

El principio de que un extranjero ha de reconocer que -- le es aplicable la forma de administrar justicia propia del país en que ha fijado residencia, sin excluir los defectos -- que presente el sistema, imperfecto como toda obra humana, -- ha sido constantemente sostenido por la jurisprudencia.

El hecho de que las autoridades judiciales hayan cometido un error en la elección de la disposición aplicable al caso afecta únicamente al derecho interno y sólo puede interesar al derecho internacional en la medida en que implique la violación de la norma convencional o la posibilidad de una -- denegación de justicia.

D. RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE LOS PARTICULARES

De acuerdo con el maestro Paul Reuter en este caso nos encontramos con una responsabilidad directa del Estado en -- virtud del deber que tiene de asegurar el mantenimiento del orden público en su territorio. El hecho generador de la -- responsabilidad se encuentra en el incumplimiento de esta -- obligación y no el acto del individuo, puesto que quien no -- es sujeto del derecho internacional no puede violarlo.

El contenido de la obligación Estatal tiene por un lado el deber de vigilancia y por otro el de imputación. El Estado ha de impedir dentro de lo posible la realización de ac--tos delictivos o que sin poseer este carácter constituyan -- violencia dirigida a los extranjeros.⁴⁰

CASO:

1. En Thomas Y. Youmans Cases (Annual Digest 1925-1926, Case N° 162), tres súbditos estadounidenses fueron asesinados en manos de una multitud en el Estado de Michoacán en -- nuestro país, después de una disputa sobre salarios con un -- obrero mexicano. Con anterioridad al asesinato, no pudiendo el intendente del pueblo calmar a la multitud, dio orden a -- un teniente de las fuerzas estatales de proceder con las tro--pas a sofocar el tumulto y poner término al ataque contra --

⁴⁰. Reuter. Op.cit., pág. 138.

los estadounidenses. Al llegar al escenario del tumulto, en vez de dispersar a la multitud, las tropas abrieron fuego sobre la casa en la que los estadounidenses se habían refugiado y mataron a uno de ellos. Los otros dos últimos estadounidenses fueron muertos por las tropas y la multitud. Posteriormente no se tomaron medidas apropiadas para el castigo de los culpables. Algunos de los soldados fueron arrestados pero no condenados. Escaparon diecisiete de los arrestados, algunos de ellos después de haber sido puestos en libertad - bajo fianza. La Comisión General de Reclamaciones de Estados Unidos y México sostuvo (1926) que un gobierno es responsable por los actos de sus soldados contrarios a la ley, aunque éstos actúen desobedeciendo las reglas dictadas por la autoridad superior, cuando sea evidente que al tiempo de cometerse esos actos los soldados estaban en servicio activo y bajo la supervisión inmediata y en presencia de un comandante superior. El causar daños personales, la destrucción injustificable o el saqueo por parte de los soldados no pueden ser siempre considerados como actos puramente privados. La exención de responsabilidad en el caso de que un órgano estatal actúe fuera del ámbito de su competencia no significa -- que el gobierno no sea nunca responsable por un acto contrario a la ley cometido por sus oficiales. Además, sostuvo -- que México también era responsable por no haber tomado medidas apropiadas para aprehender y castigar a las personas comprometidas en el delito.

2. Laura M.B. Janes Case (United States and Mexico, General Claims Commission, 1926, Annual Digest 1925-1926, Case N° 158). Un ciudadano estadounidense en el territorio de México. La prueba demostró que la acción tomada por las autoridades mexicanas fue ineficaz y dilatoria. Ocho años después de cometido el asesinato su autor no había sido aprehendido. La comisión sostuvo que México era responsable por los daños y perjuicios. Había existido falta por parte de las autoridades mexicanas tanto en tomar una acción rápida y eficaz para aprehender al asesino, como en garantizar una decisión indemnizatoria. Empero, el fundamento de la responsabilidad del Estado no es aquí la complicidad con el delito perpetrado al condenar o al ratificar el acto delictuoso mediante la inercia ejecutiva, sino únicamente el hecho específico de la denegación de justicia o sea la falta de cumplimiento o del propio deber internacional del Estado de perseguir y castigar al reo.

En el cumplimiento de la obligación de vigilar ha de tomarse en cuenta el lugar; ejemplo, tiene deber especial de proteger las embajadas y obligación de ejercer una mayor vigilancia en las zonas fronterizas. Es necesario recordar al respecto la opinión que el Comité de Justicia creado por el Consejo de la Sociedad de Naciones emitió el 25 de enero de 1924, con motivo del asesinato del General italiano Tellini, en territorio griego, el cual era presidente de la Comisión-

de límites de la frontera greco-albana. Se dijo en la opinión que la responsabilidad del Estado con motivo de la realización en su territorio de un crimen político, en la persona de un extranjero, sólo surge cuando el Estado no ha sabido tomar las medidas apropiadas para prevenir el crimen y para perseguir, detener y juzgar al culpable. El carácter público de un extranjero, y las circunstancias por las cuales se halla en territorio extranjero, impone al Estado un deber especial de vigilancia.

Para determinar que las autoridades locales han faltado a su obligación de protección (aunque en la práctica esto es difícil de determinar), es necesario tomar en cuenta ciertas circunstancias: cuando los agentes diplomáticos o los interesados han pedido que se tomen medidas pertinentes para un caso concreto y se encuentra con la negativa; actos de violencia cometidos por soldados, policías o funcionarios en contra del extranjero, la complicidad o indiferencia de los agentes públicos que hayan sido testigos del hecho, etc.

La obligación de imputar consiste en que cuando se ha producido el daño el Estado tiene el deber de hacer lo posible para castigar a los culpables y asegurar la reparación a las víctimas. De ahí que su responsabilidad puede resultar por la negativa de perseguir, juzgar castigar a los culpables; negligencia en buscar, capturar, o en la evasión de ellos; conceder prematuramente el indulto o la amnistía.

De todo esto podemos concluir, tomando como base la opinión de Paul Reuter, que el Estado es responsable por los actos de sus agentes, cualquiera que sea su rango jerárquico, cometido en el ejercicio de sus funciones, y aún si se trata de un agente subalterno.

Deben tomarse en consideración algunas situaciones especiales: cuando el funcionario actúa fuera de su competencia y los actos ejecutados por particulares por cuenta y a instigación del Estado, el primer caso lo tratamos anteriormente.

En el segundo caso, el de los actos ejecutados por particulares por cuenta y a instigación del Estado, el más común es cuando se trata de un funcionario de hecho, que en virtud de algunos acontecimientos ejerce ciertas funciones públicas en ausencia de los titulares. Es de suponerse que el Estado es responsable por actos que se ejecuten, puesto que la circunstancia excepcional no podría exonerar al Estado de ser responsable.

Cuando a los Estados se han incorporado organismos de hecho, tales como partidos únicos, los actos que éstos ejecuten serán imputables al Estado, sobre todo cuando se trata de medidas coercitivas. En igual forma deben de considerarse los actos cometidos por particulares, pero ejecutados por mandato o instigación del Estado.

E. RESPONSABILIDAD POR GUERRA CIVIL

Esta surge principalmente con motivo de hechos lesivos-acaecidos por luchas civiles.

Los precedentes esenciales en este punto son: sentencia del 1° de mayo de 1925 dictada por Marx Huber en el caso de las reclamaciones británicas por daños causados a súbditos ingleses en la zona española de Marruecos y el fallo del 19- de octubre de 1928 del árbitro Verzijil, presidente de la Comisión Franco-Mexicana de Reclamaciones en el asunto Gerges-Pinson.

Generalmente, la jurisprudencia internacional, por aplicación análoga de las normas del derecho de guerra admite la no responsabilidad del Estado por daños producidos en el momento del combate. La mayor parte de esos daños son consecuencia de hechos que el Estado reprime como delitos y no responde de ellos; y cuando sobrevienen de modo colectivo - presentan los caracteres de fuerza mayor, puesto que proviniendo de múltiples y complejos factores sociales, constituyen un fenómeno que no es posible prever y que, aunque haya sido previsto, estalla con fuerza irresistible y sólo puede ser dominado oponiéndole la fuerza.

Para Podestá Costa el Estado puede ser responsabilizado tan sólo cuando la lesión sea imputable a él por dolo o cul-

pa. Sin que se considere que la fuerza mayor o el caso fortuito actúen como excluyentes de culpa.⁴¹

Para determinar en las luchas civiles la existencia de dolo o culpa imputables al Estado es necesario considerar la forma como se originan los daños. Cuando se trata de una medida especial concreta tomada en contra de un extranjero, en su calidad de tal, y que exceda los límites de lo que pueda aceptarse, sin indemnización, es responsable el Estado.

Pero como dijimos anteriormente, cuando sobreviven sin tener como objetivo a personas o cosa determinada, sin consecuencias indirectas de la contienda armada.

La jurisprudencia considera que los daños resultantes de las medidas tomadas por los insurrectos, si éstos son vencidos, el Estado no es responsable. Esta solución prevaleció en 1928 en el asunto G. Pinson (mencionado con anterioridad): "Una responsabilidad internacional por daños causados a consecuencia de movimientos revolucionarios no puede derivarse de los actos jurídicos o de los delitos realizados por la fuerza revolucionarias que hayan fracasado, ya que, - en su estado actual, el Derecho Internacional no hace responsable al Estado de los jurídicos de tales actos o delitos."

Esta ausencia de responsabilidad según la jurisprudencia

⁴¹ Podestá Costa. Op.cit., pág. 49.

cia que comentamos tiene excepciones: la primera está basada en la diligencia debida; es cuando el Estado no ha hecho todo lo que estaba a su alcance para proteger a los extranjeros. La otra resulta de la noción de amnistía; es cuando el Estado perdona a los rebeldes y en este caso se considera -- que el gobierno ratifica posteriormente los actos que ellos realizaron.

Cuando son los insurrectos los que vencen, sí es responsable el Estado. Esta solución fue dada en el caso G. Pinson mencionado en él se dijo también: "En general, un Estado que pase por la prueba de un movimiento revolucionario sólo puede ser responsable de los actos jurídicos y de los ilegales de los revolucionarios cuando aquel movimiento acabe -- por imponerse. Aplicando este principio la Comisión de Reclamaciones Franco-Mexicana declaró responsable a México, de todos los actos cometidos por el ejército llamado Constitucionalista desde el 13 de febrero de 1913, fecha de la caída del presidente Madero, hasta el 1° de mayo de 1917, fecha -- del establecimiento del gobierno de jure.

Este principio se funda en el hecho de que el triunfo -- de los insurrectos vendría a demostrar que ellos son los representantes de la voluntad nacional desde el principio del movimiento. Vendría a ser una confirmación retroactiva de -- los actos de los revolucionarios con motivo de su triunfo.

Rousseau considera que este principio son objeto de frecuentes excepciones debido a las negociaciones diplomáticas en que la política prevalece el derecho. Se dan principalmente en el derecho iberoamericano, aunque no en forma exclusiva, con motivo de los desórdenes políticos que conducen a soluciones que suponen una atenuación, aunque no a la total desaparición de la responsabilidad. A esto se puede llegar mediante un arreglo por vía convencional, en el que varios Estados se concedan, según diversas modalidades, una recíproca irresponsabilidad o bien porque un Estado se cree por vía unilateral una situación de irresponsabilidad.

Otras soluciones suponen una agravación de la responsabilidad; éstas son debidas normalmente a la presión política de una gran potencia. Pueden provenir de un acuerdo convencional (sea un tratado de arbitraje o un convenio de reclamaciones), o en otras ocasiones, de una decisión efectiva o aparentemente unilateral, del Estado.⁴²

Como ejemplo menciono algunos casos en que México fue responsable con motivo de lucha civil:

INTERVENCION ARMADA DE FRANCIA EN MEXICO (1838-39)

En 1837, hallándose pendientes ciertas reclamaciones de

⁴². Rousseau. Op.cit., pág. 372.

Francia por daños causados a sus nacionales, México propusieron ser sometidas a arbitraje o a una mediación los atentados contra la seguridad de las personas o de los bienes; cuanto más aceptaban que, una vez admitidas las reclamaciones, se encomendara a una comisión mixta fijar el monto de una indemnización global.

A comienzos de 1838, una fuerza naval francesa se presentó en el Golfo de México; el representante francés formuló un ultimatum exigiendo el pago de \$600,000 pesos como indemnización por los referidos daños, la destitución de ciertos funcionarios, la concesión a los franceses del tratamiento de la nación más favorecida y la exención para ellos de toda contribución extraordinaria o empréstito forzoso.

Como no se llegará a un entendimiento, Francia implantó el bloqueo de los puertos mexicanos y a raíz de ellos secuestró cuatro buques de nuestra bandera. El almirante francés presentó entonces un nuevo ultimatum, que añadía a las condiciones del anterior la renuncia por México a toda indemnización suplementaria de \$200,000 pesos por los gastos de la expedición naval. México, insistió en proponer el arbitraje de Inglaterra y obtener la devolución de los buques secuestrados, más una indemnización por ello. El almirante francés juzgó que la situación era irreductible y, en consecuencia, emprendiendo hostilidades armadas, bombardeó la fortaleza de San Juan de Ulúa el 27 de noviembre de 1838 y se apodó

ró de ella así como de algunos buques de guerra mexicanos, - para retenerlos en prenda a sus exigencias. El gobierno mexicano contestó formulando una declaración de guerra y disponiendo la expulsión de todos los franceses que se encontraban en el país.

Pocos meses después —el 9 de marzo de 1839— se puso fin al conflicto mediante un tratado de paz, por el cual México se obligó a pagar la indemnización antes reclamada de \$600,000 pesos y Francia desistía de sus exigencias restantes; además se acordaba someter a arbitraje la cuestión relativa a la devolución de los buques mexicanos secuestrados o capturados, así como las indemnizaciones que ahora reclamaban los franceses a causa de su expulsión del país y los mexicanos por el bombardeo de San Juan de Ulúa y su repercusión en Veracruz, Ver.

La decisión arbitral fue encomendada a la Reina Victoria de Inglaterra. Su fallo, sumamente breve, se limitó a rechazar las pretensiones de una y otra parte, expresando -- por todo fundamento que los hechos se habían producido como consecuencia del estado de guerra.

Las soluciones alcanzadas no fueron nada satisfactorias. El conflicto armado había causado nuevos perjuicios que veían a añadirse a los originarios; Francia obtenía menos que lo requerido al comienzo y México perdía los buques secuestrados. La sentencia fue severamente criticada, porque cier

tos hechos se habían producido antes de la declaración de guerra y como consecuencia de actos de fuerza dispuesto solamente a título de "represalia". Años más tarde, nuevas dificultades vendrían a reavivar el conflicto con caracteres mucho más graves.

CONFLICTO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y MEXICO (1835-61)

El gobierno de Washington había presentado a México en 1825, reclamaciones originadas por actos de fuerza de las autoridades o de grupos sediciosos; las negociaciones se prolongaron durante más de una década y vinieron a complicarse con la insurrección del territorio mexicano de Texas, que en 1835 proclamó su independencia. Como el gobierno de Washington se dispusiera a adoptar medidas de fuerza, México propuso que fueran sometidas a arbitraje "todas las quejas, reclamaciones y diferencias", existentes entre los dos gobiernos. El 11 de abril de 1839 pudo celebrarse una convención, pero en ella se establecía el arbitraje únicamente para las reclamaciones por daños producidos a los nacionales de los Estados Unidos por las autoridades mexicanas, lo que significaba eliminar todo reclamo concerniente a la cuestión de Texas.

La convención de 1839 disponía la creación de una junta (Board) que era una comisión mixta formada por cuatro miembros a razón de dos por cada parte contratante, encargada de

pronunciarse "sobre la justicia" de las referidas reclamaciones de acuerdo con los principios de la justicia, el derecho internacional y las estipulaciones del Tratado de Amistad y Comercio de 1831", y en caso de divergencias resolvería en definitiva una persona que designaría el Rey de Prusia. En esta forma quedaron reconocidas como válidas por México reclamaciones que pasaban de dos millones de dólares.

Las relaciones entre ambos países tropezaron otra vez con serias dificultades. La República de Texas fue reconocida por Estados Unidos y Gran Bretaña; México se atrasó en el pago de los vencimientos correspondientes a las indemnizaciones ajustadas y nuevas reclamaciones vinieron a presentarse por uno y otro gobierno.

El 20 de noviembre de 1843 se firmó una convención por la cual se someterían a una comisión mixta las reclamaciones del gobierno o de los nacionales de México contra los Estados Unidos y recíprocamente las de éstos contra aquél; pero la cuestión de Texas se había agravado, y el senado de Estados Unidos al aprobar aquella convención suprimió la cláusula referente a la reciprocidad en las reclamaciones. México se negó entonces a ratificar la convención.

La cuestión tomó otro rumbo. El 1° de marzo de 1845 el Congreso estadounidense declaró la anexión de Texas, y en consecuencia, México rompió relaciones con Estados Unidos. El gobierno de Washington intentó negociar conjuntamente la

cuestión de Texas y las reclamaciones pendientes pero el gobierno mexicano se negó a recibir al Comisionado designado con ese objeto. El presidente Polk dirigió un mensaje al Congreso proponiendo se adoptaran medidas de fuerza. En 1846, un incidente —el hecho de que los soldados mexicanos hicieron fuego contra un destacamento norteamericano en la región del Río Bravo— precipitó los acontecimientos atrayendo la guerra.

Por el Tratado de paz de Guadalupe-Hidalgo (2 de febrero de 1848), los Estados Unidos obtuvieron los territorios de Nuevo México y California, se obligaron a abonar a México \$15'000,000.00 de dólares, y tomaron a su cargo, hasta la suma de \$3'250,000.00 dólares, las reclamaciones de que debían ser satisfechas según la Convención de 1839, así como todas las deudas pendientes al firmarse el tratado de paz.

De 1851 a 1853 surgieron nuevas y serias dificultades. El gobierno de México anuló una concesión otorgada a una empresa norteamericana para construir un ferrocarril y no ratificó una convención que llegó a suscribirse respecto a ese asunto. La situación, ya delicada, se complicó con nuevas reclamaciones de Estados Unidos por daños a sus nacionales. México, intentó contrarrestarlas presentando a su vez nuevas reclamaciones a Washington, que estimaba en ocho millones de dólares y fundaba en daños causados por incursiones de indios procedentes del territorio vecino, y en cuanto a las re

clamaciones por daños producidos a norteamericanos dirigió una circular al cuerpo diplomático acreditado en nuestro país sosteniendo que las reclamaciones por daños a extranjeros sólo correspondían en los casos en que hubiera notoria denegación de justicia, ya fuese por rehusar o no acordar a aquéllos el acceso a los tribunales o por no haber ejecutado una sentencia definitiva, o haberse violado un tratado, y en los demás casos las reclamaciones debían presentarse a los tribunales mexicanos competentes.

Los representantes de Washington que se sucedieron en México durante los gobiernos de Santa Ana y Comonfort procuraron obtener un acuerdo, por el cual, a cambio de una parte del territorio mexicano, incluso la Baja California, se estipulara que México quedaba liberado de las reclamaciones pecuniarias pendientes. El propósito fracasó reiteradamente y las reclamaciones tornáronse más enérgicas.

Después Comonfort a principios de 1858, el general Zuloaga implantó un gobierno de facto. Los Estados Unidos reconocieron de inmediato a Zuloaga. Pero sobrevino un nuevo conflicto y Zuloaga estableció un impuesto extraordinario sobre todos los inmuebles, y un norteamericano que se negó a pagarlo fue expulsado del país; el representante de los Estados Unidos se retiró de México. Mientras tanto, Juárez había establecido su gobierno en Veracruz, y el gobierno de Washington envió un nuevo representante, que reconoció a Juárez

rez. El presidente Buchanan solicitó al Congreso en 1858 y en 1859 lo autorizara a enviar fuerzas militares. Sin embargo, el conflicto quedó en suspenso. En los Estados Unidos preocupaba ya la cuestión de la esclavitud, que dividía al país en dos bandos y a México acechaban otros peligros que el gobierno de Washington no estaba en condiciones de contrarrestar; las reclamaciones extranjeras servían de causa o de pretexto para la intervención armada de tres potencias europeas y el intento de Francia de implantar aquí un imperio.

SEGUNDA INTERVENCIÓN ARMADA DE FRANCIA EN MÉXICO (1861-1867)

El 30 de octubre de 1861 España, Francia e Inglaterra suscribieron en Londres un acuerdo a fin de exigir del gobierno mexicano, por medio de una acción militar conjunta, protección más eficaz para las personas y los bienes de sus respectivos nacionales, así como el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por nuestro gobierno; los tres países se comprometían a no buscar ninguna ventaja particular ni a menoscabar los derechos de México para escoger y constituir la forma de su gobierno.

Inútilmente ofreció su mediación el gobierno de Washington, que afrontaba ya una tremenda guerra interna en los estados del Sur, fuerzas armadas de los tres países europeos ocuparon Veracruz. Sin embargo, pocos meses después la alianza quedó rota. Francia resolvió marchar hacia la ciu-

dad de México, asociándose al general Almonte, Jefe del Partido Conservador, que habiendo llegado con tropas francesas de refuerzo anunciaba que lucharía con el apoyo de éstas por el establecimiento de la monarquía en la persona de un príncipe austriaco. España e Inglaterra, se retiraron dejando el campo libre a Napoleón III que aspiraba a constituir un imperio colocando en el trono a su primo el archiduque Maximiliano. La intervención iniciada para sustentar reclamaciones, convertíase en una empresa netamente política. Pero la inmensa mayoría del país, rodeando a Benito Juárez se alzó en defensa de nuestra independencia. Una encarnizada contienda, que se prolongó para varios años, redujo el imperio proclamado al suelo que pisaban los invasores. En 1867, con la evacuación de las tropas francesas, la aventura tocó a su fin; Maximiliano, citiado en Querétaro, fue capturado y pasado por las armas.

LAS SOLUCIONES ARBITRALES MEXICANAS SEGUN LAS CONVENCIONES DE 1923-27

Una serie de acontecimientos revolucionarios convulsiónó a México desde fines de 1910 y comienzos de 1920, sucediéndose varios gobiernos de facto; Madero, Huerta, Carranza, Obregón. Con el propósito de atender a los damnificados, el presidente Madero creó en 1911 una comisión de reclamaciones para nacionales y extranjeros. Pero los gobiernos de otros-

países insistían en que estos asuntos fuesen decididos por comisiones arbitrales mixtas. Mientras tanto, surgieron graves complicaciones con Estados Unidos; el desembarco de marineros norteamericanos en Veracruz a causa de un serio incidente en Tampico, y la "expedición punitiva" del general Pershing a consecuencia de las incursiones de Francisco Villa en territorio de Estados Unidos. En 1921, estando ya firmemente establecido el gobierno presidido por Alvaro Obregón, se iniciaron gestiones oficiosas para el reconocimiento de este gobierno; pero la cuestión vino a complicarse con la de las reclamaciones pendientes, pues algunos países exigían previamente un arreglo sobre este particular.

En 1923, después de largas negociaciones oficiosas, se llegó a un entendimiento entre Estados Unidos y México, firmandose el 8 y el 10 de septiembre sendas convenciones por las cuales dividiáanse a las reclamaciones en dos grupos a fin de que fuesen examinadas y resueltas por dos comisiones mixtas de tres miembros, debiendo el tercero ser de nacionalidad ajena a las partes. En resumen se estableció: a) Según la convención del 8 de septiembre de 1923 se acordó que las reclamaciones pendientes desde el 4 de julio de 1868, -- tanto de Estados Unidos contra México, como de México contra Estados Unidos, con excepción de los daños provenientes de los trastornos revolucionarios habidos en México durante el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 1910 y el 31

de mayo de 1920, serían decididas por una "Comisión General de Reclamaciones" que se reuniría en Washington; b) según la convención del 10 de septiembre se acordó que las reclamaciones de los nacionales de Estados Unidos contra México, -- por "actos revolucionarios" dentro de la expresada década, -- serían resueltas por una "Comisión Especial de Reclamaciones", que se reuniría en la ciudad de México.

Poco después, México suscribió convenciones similares a la del 10 de septiembre de 1923 con otros cinco países; con Francia el 5 de septiembre de 1924, con Alemania el 16 de -- marzo de 1925, con España el 25 de noviembre de 1925, con -- Gran Bretaña el 19 de noviembre de 1926 y con Italia el 13 -- de enero de 1927. Las reclamaciones presentadas por Bélgica quedaron resueltas de común acuerdo.

Las siete convenciones mencionadas contienen estipulaciones de importancia en cuanto a la jurisdicción y competencia de las comisiones mixtas así como el derecho aplicable:-- a) para las reclamaciones que no provengan de daños producidos con motivo de las referidas contiendas civiles; esto es, según la convención con Estados Unidos del 8 de septiembre -- de 1923 que crea la "Comisión General de Reclamaciones" se -- expresa que se examinará y decidirá por mayoría procediendo-- "de acuerdo con los principios del derecho internacional, de la justicia y de la equidad"; b) para las reclamaciones pro-- venientes de las contiendas civiles; es decir, según la con--

vención del 10 de septiembre de 1923 en Estados Unidos, que crea la "Comisión Especial de Reclamaciones" se establecen reglas más minuciosas, aunque no siempre de aplicación clara y pueden ser resumidas como sigue: la comisión examinará y decidirá por mayoría "según su mejor saber y procediendo de acuerdo con los principios de la justicia y la equidad"... porque México quiere que su responsabilidad no se fije según las reglas y principios generalmente aceptados por el derecho internacional, sino que ex gratia se siente moralmente obligado a dar completa satisfacción y conviene, por consiguiente, en que bastará que se compruebe que el daño o pérdida que se alega en cualquier caso fue sufrido y que fue ocasionado por algunas de las causas enumeradas", esto es cuando se trata de actos provenientes de fuerzas de un gobierno de jure o de facto o provenientes de fuerzas revolucionarias que por el hecho de su triunfo se han establecido como gobierno de jure o de facto, o de fuerzas revolucionarias contrarias a aquellas o provenientes de fuerzas procedentes de la disgregación de las mencionadas en el párrafo anterior -- hasta el momento de establecerse el gobierno de jure emanado de una revolución determinada, o provenientes de fuerzas federales que fueron disueltas; pero cuando el daño provenga de fuerzas insurrectas no comprendidas en las subdivisiones mencionadas o provengan de motines, de tumultos o de bandoleros, la responsabilidad de México sólo corresponderá en los casos en que "se compruebe que las autoridades competentes -

omitieron tomar medidas apropiadas para reprimir a los insurrectos, tumultos o bandoleros o que los trataron con lenidad o fueron negligentes en otros aspectos." Debe observarse que el texto de las convenciones con Francia, Alemania, - España, Gran Bretaña e Italia estableció estas mismas reglas en cuanto a la competencia, pero en lo referente al derecho aplicable, estipuló, que las comisiones se pronunciarían según equidad.

Además, conviene hacer notar ciertas cláusulas existentes en todas las convenciones mencionadas: a) Se estipula -- que la comisión mixta no rechazará ninguna reclamación "alegando la aplicación del principio general de derecho internacional de que han de agotarse los medios locales como condición precedente a la validez o admisión de cualquier reclamación; b) se considera que son admisibles las reclamaciones - de corporaciones, compañías, asociaciones o sociedades siempre que el damnificado tenga en ellas un interés determinado y compruebe una cesión a su favor de su parte proporcional - en el daño, pero dicho interés debe ser "sustancial"; según las convenciones del 8 y 10 de septiembre de 1923 con Estados Unidos el interés debe ser del 50% del capital de la -- institución; según convenciones con Francia, Alemania, España e Italia y por la convención con Gran Bretaña ese 50% puede corresponder en conjunto a varios individuos de la misma nacionalidad.

Las convenciones de 1923 y 1927 respondían sin duda al propósito de resarcir con amplitud los daños causados, ya -- proviniesen de las autoridades públicas o de los rebeldes, - pero el texto adoptado especificaba situaciones de hecho que en la práctica no era fácil precisar, y su aplicación originó dificultades principalmente en cuanto a la interpretación de las cláusulas relativas a la competencia y al derecho - - aplicable. Con todo, las reclamaciones de Francia, Alemania, España, Gran Bretaña e Italia quedaron solventadas, pero las dos comisiones entre Estados Unidos y México tropezaron con serios inconvenientes, hasta que en 1934 ambos gobiernos - - acordaron solucionar de otra manera todas las reclamaciones pendientes; con respecto a las "reclamaciones agrarias", originadas por la expropiación de tierras, que se hallaban ante la Comisión General, se desistió del procedimiento arbitral y se convino en concertar un acuerdo directo, y en cuanto a las reclamaciones por daños causados en las contiendas civiles, pendientes ante la Comisión Especial se convino que se les pondría fin mediante el pago de una suma global cuyo monto sería determinado aplicando a la suma total de las reclamaciones de Estados Unidos la proporción existente entre la suma que en conjunto habían reclamado los demás países y la suma que en total habían obtenido por los fallos de las respectivas comisiones mixtas. Esa proporción resultó ser el -

2.64% del total reclamado, y por consiguiente México debió -
pagar \$5'448,000.00 dólares.⁴³

⁴³ Podestá Costa. Op.cit., págs. 326 y 350.

CAPÍTULO CUARTO

CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

Los requisitos para que la protección diplomática funcione son: existencia de un vínculo jurídico político entre el Estado y el individuo lesionado, agotamiento por el reclamante de los recursos internos, y conducta correcta del reclamante.

XIV. PRIMERA CONDICIÓN

Resulta generalmente de la nacionalidad y excepcionalmente de una convención, lo que da lugar a instituciones diversas de las cuales las más importantes son la protección diplomática de los ciudadanos por la protectora, mandataria o administradora.

Cada Estado confiere su nacionalidad de acuerdo con normas establecidas en su derecho interno. En ésta la que en términos normales, salvo acuerdos particulares, la que da el Estado el derecho de proteger a sus nacionales internacionalmente. Esto fue afirmado por el Tribunal Permanente de Jus-

ticia Internacional el 28 de febrero de 1939 en la sentencia que resolvió el conflicto entre Estados Unidos y Lituania relativo al asunto del ferrocarril PANAVEZYS-SALDUTISKIS. Ese principio implica, como consecuencia, que en el estado actual del derecho positivo, son inadmisibles las reclamaciones presentadas por apátridas.

Aquí nos encontramos con el problema de la doble nacionalidad. Sigue la jurisprudencia internacional el conflicto se resuelve acudiendo a la teoría de la efectividad llamada también teoría del vínculo de la incorporación real, de la nacionalidad activa, de la potencia efectiva. Para Rousseau esto no es más que un aspecto particular de la teoría más general de la efectividad de las situaciones jurídicas en derecho internacional. Cada vez que el juez o árbitro internacional se ha visto en la necesidad de elegir entre dos nacionalidades distintas, ambas regularmente concedidas desde el punto de vista del derecho interno, por lo general han dado preferencia a aquella de las dos que presentaba el máximo de efectividad, fundando esta elección en múltiples elementos objetivos como el nacimiento, el domicilio, el ejercicio de los derechos políticos y subjetivos, el comportamiento psicológico, conducta del individuo en su vida familiar, social, cívica, económica y profesional.⁴⁴

⁴⁴ Rousseau. Op.cit., pág. 133.

El Estado reclamante se rehusa, en general, a proteger a un individuo contra el país del que éste es al mismo tiempo ciudadano; esto es, no se protege a un reclamante contra su propio Estado. Este principio fue consagrado por la jurisprudencia internacional especialmente en el siglo XIX. Se aplicó en los arbitrajes venezolanos de 1903, por los tribunales arbitrales mixtos, por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen consultivo del 11 de abril de 1940 relativo a la declaración de los daños sufridos al servicio de la ONU, dictamen en el cual se hace alusión a la práctica generalmente seguida por la cual un Estado no ejerce su protección en provecho de uno de sus ciudadanos contra un Estado que también lo considera como su propio ciudadano.

En el mismo sentido podemos invocar el derecho convencional. El artículo 4° de la Convención de la Haya del 12 de abril de 1930, dice respecto a ciertas cuestiones relativas a los conflictos de las leyes sobre nacionales: "Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en provecho de uno de sus ciudadanos, contra un Estado del que es también ciudadano".

Como ejemplo más claro podemos citar el caso Nottebohm suscitado entre Guatemala y Liechtenstein.

En el caso Nottebohm, Liechtenstein reclamó restitución y compensación del de Guatemala, alegando que éste había procedido con el señor Nottebohm ciudadano de Liechten-

tein, de manera contraria al Derecho Internacional, Guatemala impugnó la competencia de la Corte Internacional de Justicia, pero ésta desechó la impugnación en un fallo pronunciado el 18 de noviembre de 1953.

En un segundo fallo dictado el 6 de abril de 1955, la Corte sostuvo que la demanda de Liechtenstein era inadmisibile, por razones relativas a la nacionalidad de Nottebohm. El lazo de nacionalidad entre un Estado y una persona era lo único que confería al Estado el derecho de presentar una demanda internacional en su nombre. El señor Nottebohm, que a la sazón era ciudadano alemán se había establecido en Guatemala en 1905; y residió ahí desde entonces. En octubre de 1939 después del comienzo de la Segunda Guerra Mundial mientras se encontraban de viaje en Europa obtuvo la nacionalidad de Liechtenstein y regresó a Guatemala en 1940, donde reanudó sus anteriores actividades comerciales hasta ser trasladado a los Estados Unidos detenido como aliado peligroso del enemigo. Se le recluyó hasta 1943 y mientras tanto el gobierno guatemalteco había procedido a confiscar sus bienes, después de declararlo aliado del enemigo.

En el plano internacional, de acuerdo con la concesión de la nacionalidad, Nottebohm, tenía derecho a ser reconocido por los demás Estados, sólo con presentar una vinculación genuina entre el individuo y el Estado que concedía la nacionalidad. La nacionalidad de Nottebohm, sin embargo, no esta

ba basada en ninguna vinculación real anterior con Liechtenstein, ya que siempre había mantenido sus relaciones familiares y comerciales con Alemania y había permanecido durante treinta y cuatro años en Guatemala. Además, la finalidad de su naturalización era permitirle adquirir la condición jurídica de nacional de un país neutral en tiempo de guerra. Por estas razones Leichtenstein no tenía derecho de encargarse de su caso y presentar una demanda internacional en su nombre contra Guatemala.⁴⁵

Un Estado sólo puede ejercer protección diplomática si la persona era súbdito suyo en el momento de producirse el acto lesivo. Pero como el perjuicio ocasionado a un Estado, en la persona de uno de sus súbditos, no perdura cuando ella ha cambiado de nacionalidad después del hecho en cuestión, - la práctica internacional estima que el lesionado tiene que haber conservado su nacionalidad de una manera ininterrumpida hasta hacer valer en Derecho Internacional su reclamación. El proyecto de la Sociedad de Naciones redactado sobre la base de las consideraciones de numerosos gobiernos con ocasión de la Conferencia de Codificación de La Haya va todavía más lejos al reclamar que el perjudicado, en caso de que se lleve a un procedimiento arbitral, tenga que haber conservado la nacionalidad del Estado perjudicado hasta el momento de -

⁴⁵. Las Naciones Unidas. Orígenes, Organización, Actividades, Servicios de Información Pública. Nueva York, 1969, págs. 484 y 485.

la sentencia. Para Verdross cabe también que el Estado perjudicado mantenga la reclamación en favor del sucesor jurídico del particular lesionado. Se discute, no obstante, si -- una reclamación de este tipo sólo puede formularse cuando los herederos tienen la misma nacionalidad que el causante o si el Estado puede llevar adelante la reclamación cuando los herederos tengan otra nacionalidad.

Cuando el lesionado cambia de nacionalidad, ninguno de los dos Estados a que sucesivamente perteneciera podrá formular reclamación. No podría hacerlo el primero, pues su perjuicio no subsiste; ni el segundo, porque nunca fue perjudicado.

Creo como Verdross, que esta regulación no es justa, -- pues esto lo vemos especialmente cuando el afectado ha perdido su nacionalidad primitiva como consecuencia de una cesión territorial. Por eso algunos autores, que defienden el principio general, pretenden transferir en este supuesto el derecho de protección al nuevo Estado a que pertenece el perjudicado. Pero como dicho Estado nunca fue perjudicado, esta -- idea sólo se justificaría si se demostrara la existencia de un principio de excepción. Los casos que se pueden invocar no son base suficiente para justificar dicha excepción.

Hay una tendencia a reconocer en la persona privada perjudicada, una pretensión jurídica internacional autónoma distinta del Estado. Para que esta idea se realice será posi--

ble a base de conceder a la persona lesionada un derecho propio en la esfera internacional o dar derecho al Estado al -- que pertenezca la persona privada para actuar en su nombre. -- Una innovación de esta índole desplazaría por completo la base en que se encuentra hasta ahora apoyado nuestro problema, puesto que no entraría ya en consideración el Estado al que pertenezca el perjudicado, sino la propia persona privada -- perjudicada como objeto del entuerto internacional.

Por el contrario, se deduce el principio general inicial en el caso de un perjuicio al súbdito de un Estado que en el momento de producirse el hecho estuviera representado por otro Estado, pero que más tarde haya recuperado su capacidad jurídico-internacional de obrar; en este caso, el derecho a la reclamación se transfiere a este sujeto del Derecho Internacional. La razón es este Estado que fue objeto de un perjuicio desde un principio en la persona de uno de sus súbditos, aunque antes no pudiera hacer valer sus derechos. Es el caso de un Estado protegido que recupera su plena capacidad de obrar, lo mismo sucede con un territorio antes sometido a Fideicomiso. Por el contrario, el derecho de protección para el protector cuando un Estado independiente se convierte en protegido con posterioridad al hecho y esto es así porque el protector no hace valer una reclamación suya sino del Estado protegido.⁴⁶

⁴⁶. Verdross. Op.cit., pág. 336.

Respecto a la protección diplomática de las sociedades, considero que se debe de tomar en cuenta la nacionalidad de los socios y no de la sociedad. Es decir, que la protección diplomática está determinada no sólo por la nacionalidad formal, sino también por una regla de efectividad; puesto que la nacionalidad de una sociedad puede no corresponder a los intereses que encierra. Cada socio puede ser objeto de protección diplomática de acuerdo con su nacionalidad.

Paul Reuter expresa que para interpretar ciertas sentencias arbitrales respecto de la protección diplomática de sociedades es necesario tomar en cuenta la existencia de conveniencias que en muchos de los casos rigen la protección diplomática en materia de sociedades. Sin embargo, estas convenciones se esfuerzan por tener en cuenta los intereses reales incorporados a dichas sociedades.⁴⁷

Los Estados se abstienen en general de ejercer la protección diplomática en favor de una sociedad constituida con arreglo a su legislación pero en la que sus nacionales no tienen un interés real.

La práctica internacional admite la protección diplomática sobre la base de un interés nacional real de la sociedad.

⁴⁷ Reuter. Op.cit., pág. 154.

Esta regla fue formulada por Max Huber a propósito de un supuesto particularmente favorable en las reclamaciones británicas relativas a la zona española de Marruecos. A pesar de que muchos sistemas de Derecho admiten la existencia independiente de sociedades regulares colectivas, una jurisprudencia preponderante de tribunales arbitrales reconoce la posibilidad de distinguir por necesidades del litigio internacional, entre los socios por una parte y la sociedad por otra.

El Derecho Internacional no ha establecido ninguna distinción para otorgar o denegar la protección diplomática a intereses nacionales vinculados, de intereses que pertenecen a personas de diferente nacionalidad.

Cuando un extranjero entra a formar parte de una sociedad hay la posibilidad de que renuncie a la protección diplomática de su país; es lo que se ha llamado la Cláusula Calvo que más adelante examinaremos.

Para determinar la prueba de la nacionalidad hay varios criterios: algunos consideran que habrá de someterse a la ley del demandado; esta solución es absolutamente injustificable. Otros opinan que ha de estar regulada por la ley del Estado que ejerce la protección diplomática; este sistema es lógico pero puede muy bien no tener en cuenta ciertas dificultades prácticas. Otro criterio es que la prueba de la na

cionalidad está determinada por el Derecho Internacional, y en este caso los órganos judiciales quedan libres de regular la prueba de la nacionalidad. Esta solución que es la del Derecho Positivo no es más que una aplicación concreta de -- una regla más amplia, válida en derecho internacional, sobre todo en materia de responsabilidad y que se simplifica en el principio de libertad de pruebas; los órganos jurisdiccionales han de decidir sobre ella de acuerdo con su leal saber y entender. De esta manera, para acelerar y facilitar el procedimiento, la mayor parte de los tribunales arbitrales han admitido que los certificados de inscripción extendidos por los consulados a los nacionales residentes en el extranjero son prueba de la nacionalidad, válido al menos como título de presunción relativa.

XV. SEGUNDA CONDICIÓN

Agotamiento de los recursos internos por parte del reclamante.

La acción internacional sólo podrá ejercerse después de la acción previa intentada por el individuo reclamante ante la autoridad local.

Es decir, que el daño sufrido por el particular sólo -- puede ser objeto de reclamación cuando no tiene ante los tri

bunales del Estado demandado ninguna vía de derecho que le permita obtener reparación, y que ha agotado sin éxito las que estaban efectivamente abiertas.

Unas veces se ha querido ver en el agotamiento de los recursos locales una regla de procedimiento harfa alusión -- que la protección diplomática es un recurso extraordinario, de carácter subsidiario con relación al derecho común y al cual no es posible acudir más que en defecto de aquéllos. Como norma de fondo significaría que la responsabilidad internacional no aparece simplemente por los actos de los agentes del Estado, sino que se necesita la participación del órgano judicial del Estado; de acuerdo con esto; el delito internacional cometido en lesión de intereses de personas privadas, sería siempre así un delito complejo en el que el elemento relevante sería un acto jurisdiccional.

Es explicable considerar que esta regla constituye la contrapartida de la aceptación de la jurisdicción territorial de los Estados: el extranjero que reside en un Estado, como entra a formar parte de estructura, debe agotar los recursos que éste le ofrece para la defensa de sus derechos.

Algunos autores sostienen que esta regla carece de todo fundamento lógico, históricamente esto habría tenido como resultado hacer desaparecer la responsabilidad internacional, obligado a los particulares el agotamiento previo de los re-

cursos para después alegar que el Estado sólo puede hacerse responsable en caso de denegación de justicia, en strictu sensu.

Esta idea debe ser rechazada en virtud de que la naturaleza de los agravios que un Estado puede hacer valer no queda afectada por el paso de esto a través de las jurisdicciones locales. La regla del agotamiento de los recursos no es absoluta, pues hay casos en que no se aplica, como más adelante indicaremos.

La jurisprudencia aplica la regla de una manera general, y que desde el punto de vista de la responsabilidad actúa como una excepción sobre la admisibilidad del endoso.

Reuter considera que para que esta excepción pueda funcionar es necesario que de hecho existan tales recursos. Esta situación fue antiguamente ilustrada por una frase citada a menudo por Hamilton Fish, Secretario de Estado de los Estados Unidos de 1869 a 1877: "Un reclamante en un Estado extranjero no está obligado a agotar la justicia cuando no hay justicia que agotar. La carga de la prueba corresponde al Estado que interpone la excepción. Aun cuando el recurso exista, la excepción sólo tiene sentido cuando razonablemente puede expresarse que el recurso sea estimado."⁴⁸

⁴⁸ Reuter. Op.cit., pág. 157.

Esta regla se descarta en ciertos casos: cuando los jueces están bajo la presión del gobierno o de movimientos populares; que el Estado se le ha arreglado para deficultar o hacer peligroso el acceso a los tribunales, por ejemplo: cuando el reclamante ha incurrido en pena capital, cuando los costos judiciales son tales que hacen que el recurso desde el punto de vista económico no sea útil, cuando la jurisprudencia haya establecido una solución desfavorable al recurrente; cuando la lentitud de la administración de justicia es tal que no vale la pena establecer el recurso.

Es necesario indicar que esta regla supone igualmente la obligación de agotar las diferentes instancias judiciales. Esto es, que cuando el reclamante ha dejado pasar los términos de una prescripción de derecho interno ordinario, tal regla funciona en su contra.

Se presenta el problema de saber si en la instancia internacional se pueden invocar argumentos que no fueron alegados ante los tribunales locales.

Respecto de que no se pueden invocar hay dos tendencias divergentes: de acuerdo con el principio de la plenitud de competencia en los tribunales internacionales, no podrá ser interpretada de una manera restrictiva. El problema no está en saber si un argumento o un elemento ha sido ya llevado a la consideración de los tribunales locales, sino en saber si

por el hecho de no haber sido invocado, el particular no ha colocado al Estado contra el cual entabló el recurso en una situación desventajosa para poder responder a él. No es por lo tanto en el plano de la excepción a los recursos locales - sobre el que debe plantearse la cuestión sino sobre el plano del estóppel. Para Reuter es admisible que la excepción del agotamiento de los recursos locales haga de los tribunales - internos, tribunales funcionalmente internacionales, pero no coloca en cambio a los tribunales internacionales, en situación de inferioridad respecto de los tribunales internos.

XVI. TERCERA CONDICIÓN

Que viene a ser la conducta correcta del reclamante. - De acuerdo con un principio constante en la doctrina y en la jurisprudencia, y de acuerdo con la fórmula creada por los - autores anglosajones, el reclamante debe tener las manos lim - pias.

La demanda es inadmisibile: cuando la conducta ilegal -- del reclamante resulte especialmente del hecho de que hubiere violado la ley interna del país en que residía, por ejemplo, la participación en una insurrección o en un movimiento - revolucionario contra el gobierno regular, y en el caso de - que hubiera manifestado una actividad contraria al derecho -

internacional, ejemplo, si se hubiera dedicado al trato de esclavos o violado la neutralidad del Estado extranjero. Respecto a esto podemos agregar cuando el reclamante disimuló su calidad de ciudadano extranjero en que demostró negligencia o un retardo excesivo en la presentación de una reclamación. Esto último es un principio aplicado a menudo por la jurisprudencia: la inadmisibilidad de las reclamaciones tardías, como más adelante veremos.

XVII. EL INDIVIDUO ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Encontramos en la práctica internacional algunos precedentes: el artículo 4 de la Convención de La Haya de 1907, - por la que se creó un tribunal internacional de presas y se provefa que los recursos podfan ejercitarse por una potencia neutral o por un particular neutral o beligerante. La convención de Washington del 20 de diciembre de 1907 celebrada entre las cinco repúblicas de América Central; aquí también se institufa un tribunal y a él podfan acudir los individuos que previamente agotaran los recursos internos ofrecidos por sus propios Estados.

Las disposiciones del Tratado de Versalles que instituyeron los tribunales mixtos, competentes para conocer de las controversias entre los particulares y los Estados enemigos.

El artículo 40 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), en el que se declara competente - al Tribunal de la Comunidad para conceder, mediante demanda de la parte lesionada, una reparación pecuniaria a cargo de la Comunidad en caso de perjuicio causado en ejecución del - Tratado por imperfección de los servicios de la Comunidad. - De igual manera, cuando un agente de los servicios de la Comunidad causara, por falta personal, un perjuicio en el ejercicio de sus funciones.

Como precedente, esto es digno de tomar en cuenta, aunque algunos no hayan llegado a realizarse, como el primero - que fue una convención que no llegó a entrar en vigor; aunque debe recordarse en estos casos una legitimación activa - del individuo ante tribunales internacionales.

No obstante lo anterior hay que reconocer que sólo pueden ser sujetos del Derecho Internacional los Estados, por - consiguiente, si se causa daño a un extranjero, no es él, si no el Estado al que pertenece, el titular de una reclamación jurídico-internacional. El Tribunal Internacional ha reconocido reiteradamente este principio tanto como el Tribunal anterior que en su artículo 34 excluyó implícitamente el recurso de los particulares, criterio que se sigue en el actual - pese a que fue presentada una propuesta favorable al acceso directo por la Delegación venezolana ante el Comité Jurídico de Washington que preparó dicho Estatuto. También ha sido -

negado el acceso de los individuos a la jurisdicción consultiva. Esto demuestra una evidente restricción y el largo camino que le resta al individuo por recorrer en cuanto a su capacidad de obrar. La práctica se muestra reacia para conceder al individuo el acceso a los Tribunales Internacionales. Cabe mencionar que se le negó el acceso al Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, pues de habersele permitido hubiera dado lugar a la posibilidad de reclamar a su propio Estado por las violaciones que éste hubiera cometido a los derechos reconocidos al hombre europeo.

Puede suceder que un tratado conceda a los particulares el derecho de acudir ante una instancia internacional contra un Estado que haya infringido determinado deber. En este caso es el individuo el que tiene la facultad de exigir una reparación. Pero incluso en tal situación el derecho de los individuos es más débil que el de los Estados, pues la imposición de la sanción queda reservada al Estado. Si, por consiguiente, la sentencia arbitral no se cumple o no se llegara a una decisión, únicamente el Estado de que es súbdito el particular ofendido podrá intervenir contra el Estado ofensor.

El individuo puede poner en movimiento ciertos órganos de determinadas organizaciones internacionales con el objeto de que valoren el comportamiento de los Estados respecto a normas que conceden a los individuos determinados beneficios; aquí actúa sin carácter propiamente jurídico.

Referente a esto Díaz de Velasco señala como ejemplo el derecho de petición de las minorías nacionales, dentro del marco de la sociedad de las naciones. A este respecto encontramos dos sistemas protectores; uno que entra dentro de la línea general del Derecho Internacional tradicional: la atribución del Consejo de la Sociedad de las Naciones de conocer de las comunicaciones que se le presentaron por cualquiera de los Estados miembros de la Sociedad de Naciones en favor de las minorías lesionadas. Estaba facultado, en caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio, a enviar el asunto al TPJI. El otro sistema es el derecho concedido a los miembros de las minorías lesionadas de llevar sus peticiones ante el Secretario de la Sociedad de Naciones. Este los examinaba por lo que tocaba a su admisibilidad ya que su validez se encontraba subordinada a varias condiciones: que su objeto fuera la protección de las minorías conforme al derecho positivo en vigor; que ellos no emanaran de una fuente obscura o anónima; que no se presentaran bajo la forma de una ruptura de los ligámenes políticos entre el Estado mayoritario y la minoría; que no estuviesen redactados en términos violentos y que contuvieran información nueva que no hubiere sido objeto de peticiones anteriores. En casos de oposición por parte del Estado interesado, no era el Secretario competente para pronunciarse sino el Consejo de la Sociedad. Como se ve, el derecho de petición quedó claramente estructurado

do, en el régimen de las minorías y esto significó un avance en materia de protección individual y colectiva anterior a la Segunda Guerra Mundial. Con esto el individuo y el grupo adquirieron un prestigio internacional.

Otro ejemplo, lo encontramos en los hechos ocasionados en la Segunda Guerra Mundial que abrieron el camino a las nuevas realizaciones. Dentro de ellas se hace mención especial a la Resolución 75/47 del 5 de agosto de 1947 del Consejo Económico y Social de la ONU, respecto a las comunicaciones relativas a los derechos del hombre, que fue enmendada en sus apartados a, b, y c, por la resolución 275 del 17 de febrero de 1950. Téngase en cuenta que si estas comunicaciones pueden producir pocos efectos, es de destacar que, sin embargo, el individuo está habilitado para comunicarse directamente con los organismos internacionales competentes y que, al no haberse llegado a un reconocimiento universal de los derechos humanos dentro de la ONU, lógicamente los organismos protectores del individuo tienen que ser imperfectos. Por lo tanto si ha habido una oposición para llegar a una convención universal de los derechos humanos, mayor tendrá que ser la oposición para la concesión de un derecho de petición individual. Esto de la petición se discutió en la Comisión de los Derechos Humanos en el curso de su décima sesión celebrada entre los días del 23 de febrero al 15 de abril de 1954, sin llegarse a resultados positivos.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) encontramos otro ejemplo, pues vemos reconocido el derecho de presentación de las demandas, cuando se haya atentado contra los derechos sindicales, y especialmente el de la libertad de asociación. Fue creada por el Consejo de la OIT una Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de Libertad Sindical. Los servicios de dicha Comisión fueron aceptados por la ONU en la resolución 277 del Consejo Económico y Social que lleva fecha del 17 de febrero de 1950. Esta resolución tiene la importancia de que permite a la Comisión su intervención contra los Estados miembros de la ONU que no sean de la OIT. Desde un punto de vista práctico esta Resolución tiene la importancia de que, si bien el individuo aislado no está facultado para presentar sus demandas, sino que es el grupo, cosa lógica ya que se trata del derecho de asociación. La resolución al respecto es clara, pues nos habla varias veces de la legitimación activa de las organizaciones sindicales obreras y patronales.

En la Europa de la posguerra encontramos como ejemplo de Convención Europea de los Derechos del Hombre. Esta convención participa de la nueva y de la vieja tendencia del Derecho Internacional. La primera la vemos manifestada en el artículo 24, por el cual se faculta a todos los Estados contratantes para someter a la Comisión Europea de los Derechos Humanos las imputaciones contra las otras partes contratantes.

tes por haber faltado a las disposiciones de la Convención.- El fundamento de esta disposición está en la existencia de un principio general del Derecho Internacional según el cual el Estado tiene derecho a pedir que se observe el Derecho Internacional. Se trata del ejercicio de una acción colectiva protectora del interés general en el cual el Estado ha abandonado la vieja idea de la protección diplomática a sus nacionales y los ejerce sin tener en cuenta la nacionalidad, sino simplemente la condición humana, y por su cualidad de protector y guardián del orden jurídico internacional.

Creemos como Díaz de Velasco que el fundamento moderno de las reclamaciones sobre derechos individuales ejercitado directamente por parte de los Estados, ha cambiado; un ejemplo de ello es el artículo 25 de la Convención de los Derechos del Hombre en el que se reconoce a toda persona física, a toda organización no gubernamental y a todo grupo de particulares que pretenden ser víctimas de una violación de los derechos reconocidos por dicha convención, la posibilidad configurada como derecho de recurrir ante la Comisión de Derechos del Hombre enviando sus demandas a través del Secretario General del Consejo de Europa. Como se ve, están facultados no sólo los grupos sino también las personas privadas a llevar sus peticiones ante la Comisión, cumpliendo sus requisitos señalados para la admisibilidad de la demanda que ya indicamos.

Las demandas enviadas a la Comisión son más que el número de recursos de procedencia estatal; esto es normal, pues el acceso directo de los particulares a la Comisión es una necesidad sentida en el mundo de hoy, de cuya transformación no puede librarse el propio Derecho Internacional.⁴⁹

Debemos aclarar si lo instituido por el artículo 25 -- mencionado, es un verdadero recurso individual. La idea central de los redactores de la Convención, según se desprende de las actas de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, -- fue la creación de un recurso individual y el acceso directo de los individuos incluso al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre. Pero los sucesivos retoques que sufrió dicha Convención, hicieron que desapareciera en la redacción definitiva, por lo que no se puede hablar de un verdadero recurso, tal y como fue configurado por los redactores del proyecto de Convención. Sin embargo, encontramos varias interrogantes respecto de si el individuo es parte de la controversia; si nos resuelve afirmativamente, si se toma en cuenta el artículo 25 que se refiere a la legitimación activa y el artículo 28 cuando habla en el párrafo b) de un arreglo amistoso; y dicho arreglo no cabe en los casos en que el individuo reclama contra su propio Estado; más que entre él y el Estado del cual es nacional. En este supuesto el indivi-

⁴⁹ Díaz de Velasco M. "Derecho Internacional Público". Editorial Tecnos. Madrid, 1963, págs. 307 a 310.

duo se convierte en parte. Además en el reglamento interior de la Comisión se hacen continuas referencias a "parte" como sucede en los artículos 53, lo., 56 y 58.

Cabe hacer resaltar las referencias a la "parte lesionada" que se contiene, por ejemplo en el artículo 50 de la Comisión. En el mismo se hace una contraposición entre la parte contratante que ha infringido la Convención y que está -- obligada a indemnizar al perjudicado, especialmente en los - casos en que su derecho interno no permite más que imperfectamente llevarla a cabo. La contraposición se presenta, -- por lo tanto, entre la "Parte", con mayúscula ortográfica, - empleada para los Estados y la "parte" con minúscula, lesionada. Es claro que esta última se refiere al individuo.

Otra interrogante que hay que tomar en cuenta es si la demanda presentada ante el tribunal es la misma que el individuo presentó ante la Comisión. La solución de esta pregunta es importante en virtud de que con ello resolveríamos si el individuo ha desaparecido o no completamente del procedimiento. Del texto de la Convención parece deducirse que no es la misma, pues si fuera la misma no podría negarse que se establece un vínculo entre el tribunal y el individuo. Aunque no sea la misma, no podemos dudar que dicha demanda será la primera pieza con la que se abra el procedimiento escrito.

Es de tenerse en cuenta que si la víctima es parte ante el Tribunal, al menos en el momento en que recibe la indemnización.

zación, no se puede negar que un vínculo mínimo se establece entre ella y el Tribunal; el artículo 53 hace referencia a una indemnización equitativa, la cual corre a cargo del Estado infractor, lo que supone un especial status al individuo.

El mecanismo jurídico creado por esta Convención, como nos dice M. Díaz de Velasco, es distinto de los conocidos -- por el Derecho Internacional de los Gritos y está basado en principios diferentes a los que regían o rigen otra clase de acciones directas ante un órgano internacional.

Si bien hoy en día no se puede decir que el individuo sea sujeto del Derecho Internacional general, sí hay que manifestar que dentro del Derecho Internacional al particular se han abierto nuevos cauces para hacerlo posible.

El individuo tiene capacidad limitada en casos concretos como cuando se concede a través de un tratado; o dentro del ámbito de algunas organizaciones internacionales. Pero en el ámbito del Derecho Internacional general todavía no es posible debido a que lleva como contrapartida un debilitamiento en la autoridad del Estado. Para bastantes de los Estados recientemente creados, así como para algunos de los antiguos, las exigencias políticas van en sentido inverso. Es indiscutible que el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional. Pero las primeras tentativas han sido necas, no es posible dar marcha atrás, pues se trata de dar a la evolución un tanto realista.

Sin embargo, la responsabilidad internacional es puramente interestatal. Desde el momento mismo de la iniciación del mecanismo de la protección diplomática, pasan en el procedimiento a un segundo plano los intereses individuales y el Estado lesionado es el titular de la acción de reclamación y más tarde será de la indemnización, en caso de ser ésta otorgada.

Los particulares pueden comparecer como testigos en una instancia internacional y frecuentemente se les admite la presentación de informes escritos o son escuchados en el procedimiento oral. Esta participación a veces se deduce de los compromisos de arbitraje o a veces se establece así en los reglamentos de procedimiento elaborados por los órganos jurisdiccionales, aun cuando los textos en que hayan sido creadas no prevean expresamente esta intervención. Esta solución aparece no solamente a propósito de comisiones mixtas, sino también de arbitrajes aislados.

Podemos concluir con Seara Vázquez, que durante todo el siglo XIX y comienzos del XX los movimientos de reivindicación social, política y económica plantearon nacional e internacionalmente, con mayor o menor éxito, la concesión de derechos que fueron incorporados en textos nacionales e internacionales. En la época de la Sociedad de las Naciones, sin embargo, la protección de derechos como los de las minorías se hacían desde perspectivas más políticas que de dere-

chos humanos. Hay que esperar a la Organización de las Naciones Unidas para que las disposiciones de la Carta (en el preámbulo y en los artículos, 1, 55, 56, 61, 63, 76), la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y los dos Pactos (el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos); adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, -- consagran el interés internacional en la protección de los derechos del hombre.

Sobre el carácter obligatorio de las disposiciones anteriores debemos manifestar lo siguiente: a) En principio parece fuera de toda duda que el propósito original de los signatarios de la Carta y de la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue el de adquirir un compromiso internacional de respeto a tales normas sino, únicamente, el de darles un valor declarativo y programático; b) una prueba de ello nos parece el hecho de que se hubiera creído necesario adoptar los dos pactos internacionales sobre derechos humanos, -- sujetos a la voluntaria ratificación de los signatarios; c) la repetición de las decisiones de la Asamblea General, condenatoria de la política de "apartheid" como violatoria de los derechos humanos parece probar la existencia de una actitud generalizada que se considera que en algunos casos graves (como ocurría por la privación de derechos a la población blanca en la República Sudafricana) se puede aplicar

sanciones para castigar actos contrarios a la conciencia universal, sin que tenga una importancia decisiva que tales actos estén previstos o no en la Carta o la Declaración, puesto que la fuerza de la condena no viene a lo que diga la Carta o la Declaración (ambos documentos con simple valor expositivo como hemos señalado) sino de la reiteración de las condenas por la Asamblea General, como prueba de una práctica general que tiene que acabar por ser considerada jurídica.

XVIII. EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Es opinión general la de que cuando un sujeto de derecho internacional es responsable internacionalmente tiene el deber de reparar adecuadamente el daño causado.

A este punto de vista se ha opuesto Kelsen con la afirmación de que no puede encontrarse en el Derecho Internacional común ninguna norma acerca de la índole y el alcance de la reparación. Tampoco el deber de reparación adecuada es para él un verdadero deber y sí una simple envoltura ideológica del hecho de que el Derecho Internacional dispone sobre el contenido de la reparación. Esta, dice el maestro vienés, sólo podrá fijarse por un tratado entre el Estado ofensor y el ofendido, puesto que no puede concebirse un deber sin contenido, es decir que es un deber sustitutivo posiblemente acordado por el Derecho Internacional convencional particu-

lar. Si no se llega entre el Estado ofensor y el ofendido a un acuerdo sobre la naturaleza y cuantía de la reparación, - por negar uno y otro su conformidad, el Estado ofendido podrá entonces proceder directamente a aplicar sanciones coercitivas. A un tratado de esta índole ha de equipararse un - tratado de arbitraje, ya que en virtud del mismo la instan-- cia llamada a fallar adquiere facultad para determinar la re-- paración según su libre apreciación en ausencia de normas -- convencionales particulares.⁵⁰

La práctica internacional pone de manifiesto que el Es-- tado infractor está obligado a reparar en su totalidad el da-- ño por él causado, es decir, que la reparación ha de borrar, hasta donde sea posible, todas las consecuencias del acto -- ilícito. Por consiguiente, hay que restablecer, en princi-- pio, el estado anterior; y en caso de ser imposible ha de in-- tervenir en su lugar una reparación subsidiaria que guarda - la proposición adecuada con el daño. Para ello, a falta de la costumbre internacional, han de traerse a colación los -- principios generales del derecho sobre indemnización y repa-- ración de daños, reconocidos universalmente por los países - civilizados y que los tribunales arbitrales han venido apli-- cando desde hace mucho tiempo.

Aun cuando se trate de la reparación por daños inmate--

⁵⁰. Kelsen, Hans. "Principios de Derecho Internacional Públi-- co". Buenos Aires, 1965, pág. 50.

riales rige el principio antes expuesto.

Es indudable que no se puede determinar con toda precisión el contenido del deber de reparación, pero ello no implica que éste carezca de contenido. La práctica internacional ofrece puntos de apoyo suficientes para establecer qué reparaciones se consideran adecuadas entre los países civilizados. En caso de duda tendrá aplicación el principio del estándar internacional. Aunque esto no evita que surjan divergencias entre las partes sobre la aplicación del principio.

Dice Kelsen que si no hubiera una norma de derecho internacional común sobre reparación del daño causado, un litigio de este tipo no podría ser resuelto por un tribunal internacional de arbitraje o de justicia en ausencia de normas convencionales particulares, puesto que los Estados que someten un litigio a dichas instancias quieren, por lo regular, que el litigio se decida con arreglo al Derecho Internacional y no a consideraciones de equidad. No existe por consiguiente la presunción de que las partes en litigio concedieran, en principio, a las instancias en cuestión, una libre apreciación en la determinación de la índole y la cuantía de la reparación.

La reparación del daño ha de consistir en el restablecimiento de la situación anterior al acto ilícito, y si no es posible ésta, el pago de una indemnización.

Se admite universalmente que el Estado culpable tiene - la facultad de negarse a la restitución de la situación primitiva supliéndola con una indemnización de igual valor; este principio rige cuando se pide la restitución natural a pesar de que se haya ofrecido una indemnización equitativa y - que la vuelta al estado anterior haya de ocasionar gastos -- desproporcionados. Pero se imparte también la reparación -- además de la restitución natural, cuando no se puede subsanar en su totalidad el daño causado.

El daño ha de ser la consecuencia cierta, necesaria, -- inevitable, del acto generador de la responsabilidad; es decir, el daño debe ser directo ya que el indirecto es el que alguien sufre por repercusión y en condiciones tales que hace problemática la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño; esta clase de daño no motiva indemnización.

Sin embargo, en la práctica no es fácil separar el daño directo del indirecto, y la verdad es que en la jurisprudencia arbitral a pesar de las apariencias, según lo señala Anzilotti, no siempre se hace una distinción equívoca y en favor de criterios precisos.⁵¹

Por lo tanto, como dice Accioly, lo que debe tener en -

⁵¹ Citado por Accioly Hildebrando. "Tratado de Derecho Internacional Público". Impresora Nacional. Río de Janeiro, -- 1945, pág. 399.

cuenta, es la existencia de una relación cierta y verificada entre el daño y el acto ilícito.

Corresponde al juez o al árbitro verificar, en el examen de los hechos, si el daño fue por su naturaleza y extinción, la consecuencia normal del acto ilícito; y en seguida, si otras circunstancias particulares han concurrido para producir el mismo daño. En este segundo caso deberá determinar cuál de entre los actos originarios ha sido en forma más precisa el causante del daño o cual es la parte que en dicho daño deberá ser atribuido normalmente a cada uno de dichos actos.⁵²

Los daños morales y materiales han de ser estimados en la persona y bienes de los particulares. Para el cálculo -- del valor intrínseco del daño, surgen dificultades para precisarlo pues el juez o árbitro trata de atender, perfectamente, el valor en el momento en que la sustitución del bien o bienes perdidos o damnificados debe efectuarse.

Cuando se trata del avalúo del lucro cesante, el juez o árbitro tiene a la vista elementos difíciles de avalúo como son la privación del goce de la cosa y la privación del lucro que ésta debería haber producido, pero también tendrá libertad para escoger el método que le parezca más apropiado para tal cálculo.

⁵² Citado por Accioly Hildebrando. Op.cit., pág. 399.

Si se trata de perjuicios inmateriales, no sólo es difícil valuarlos sino también calcular una compensación pecuniaria razonable; pero esto no significa que deben ser dejados sin reparación o que el culpable deba quedar impune.

Cuando se trata de la reparación de los daños como resultado de la muerte de un individuo, las soluciones varían según si la muerte de la víctima es el origen de la reclamación o no es sino un accidente en el curso de otra reclamación. En estas situaciones el juez o árbitro, para el cálculo del avalúo, tanto del daño moral como material, debe tomar como base la capacidad de la víctima para ganar dinero.

La reparación del daño en tales casos se presenta como una medida subsidiaria o complementaria de una reparación -- por cualquier otro daño o, como dice PERSONNAZ, como una sanción contra el Estado causante del daño más que como una satisfacción de la misma.⁵³

El derecho internacional no tiene reglas para determinar la reparación pecuniaria y a menudo las indemnizaciones reclamadas y obtenidas han sido absolutamente desproporcionadas a los daños sufridos (recuérdese los 50 millones de libras que el gobierno griego pagó al italiano por la muerte del General Tellini).

La reparación pecuniaria puede incluir intereses, pues

⁵³ Citado por Accioly Hilderbrando, pág. 402.

to que además del daño principal la víctima puede sufrir un perjuicio complementario resultante del tiempo transcurrido hasta la solución definitiva de la cuestión. Para Verdross este deber se desprende del principio general de que el Estado culpable ha de reparar la totalidad del daño causado. Y el daño causado también comprende el beneficio que se deja de percibir por el hecho de que la indemnización no es cubierta de inmediato. Para determinar el momento del cómputo de los intereses dependerá de la manera de calcularse la indemnización. Si sólo se concedió el daño sufrido, los intereses habrán de comenzar a correr desde el momento en que se produjo el daño; si se tuvo en cuenta el beneficio que se dejó de percibir, entonces los intereses se deberán sólo a partir del fallo.

No cabe deducir del principio aludido que el deber de pagar intereses surja con la presentación de la reclamación, pues la institución avisó tomada del Derecho Romano e introducida por motivos de equidad, no es un principio jurídico universalmente admitido, ni un principio de Derecho Internacional consuetudinario, aunque haya sido aceptado por algunas sentencias arbitrales. Tampoco posee validez jurídica internacional de que sólo pueden reclamarse intereses hasta la cuantía del capital a pesar de que este principio del derecho común sea adoptado por ciertas sentencias arbitrales.

Del principio general resulta que la cuantía de los in-

tereses se gira en principio por la cuota media en cada momento; lo cual no excluye la posibilidad de reclamar por un daño que manifiestamente rebasa dicha cuantía.⁵⁴

En todo caso no se puede decir que el reconocimiento de intereses en materia internacional constituya un precepto obligatorio. Lo único que se puede afirmar es que el juez o árbitro podrá o no concederlos, según si tal medida le parezca o no apropiada a las constancias y a la naturaleza de la obligación. Sobre este último punto, el Instituto de Derecho Internacional, en el párrafo 2° del artículo 11 de su proyecto de 1927, adoptó como regla que: "Cuando la responsabilidad resulta únicamente del hecho de no haber tomado las debidas medidas después de la ejecución del acto que ha causado daño, el Estado está obligado solamente a reparar el daño resultante de la omisión total o parcial de estas medidas".

La Comisión Preparatoria de la Primera Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de 1930, sin entrar en mayores detalles en esa materia, prefirió enunciar solamente algunos principios que ya estaban incluidos más o menos en los artículos 11 y 12 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional, adoptada en Lousanne en 1927. Por este motivo, la base de discusión número 29 fue redactada en los siguientes términos: La responsabilidad del Estado com-

⁵⁴Verdross. Op.cit., pág. 334.

porta la obligación de reparar los daños sufridos, mientras se presenten como consecuencia de la inobservancia de la obligación internacional. Comporta además, según las circunstancias y de acuerdo con los principios generales del derecho de gentes, la eventual obligación de dar satisfacciones al Estado que fue lesionado en la persona de sus nacionales, en forma de excusa más o menos solamente, y cuando sea apropiado, el castigo de los culpables. Eventualmente, la reparación comprende una indemnización para las personas lesionadas, a título de compensación por los sufrimientos morales causados; cuando la responsabilidad resulta únicamente del hecho de no haber tomado las medidas apropiadas después de la ejecución del acto lesivo, el Estado se encuentra obligado sólo a la reparación del daño resultante de la omisión total o parcial de estas medidas. El Estado responsable por los procedimientos de otros Estados se encuentra obligado a hacer ejecutor por ellos las prestaciones que comporta esa responsabilidad y que depende ellos; si estuviera imposibilitado para hacerlo, se encuentra obligado a conceder una compensación equivalente. En principio, la indemnización ha de ser concedida y ser puesta a disposición del Estado lesionado.

Como hemos visto, tanto el Instituto como la Comisión, previeron el caso de la responsabilidad del Estado en caso de negligencia de parte suya en descubrir o castigar al autor de un acto lesivo.

La reparación de que ahí se trata se refiere tanto a la víctima y a sus herederos como al Estado reclamante; por lo que se refiere a los primeros por el daño moral que sufrieron debido a la falta de persecución o castigo del delincuente, o por el perjuicio material resultante de la imposibilidad de ejercer la acción civil contra el delincuente; en lo que se refiere al Estado reclamante, por el daño moral que sufre, indirectamente, en virtud de la violación del deber de protección a su nacional de parte del Estado negligente.

¿Pero cómo hacer el avalúo preciso de la extensión y consecuencias de tal negligencia? En lo que se refiere al daño sufrido por el Estado reclamante parece que el mismo se debe considerar reparado en cuanto el otro Estado repare su negligencia en relación a la víctima o a sus herederos. No es raro que el juez tome como base para el cálculo de la reparación el propio acto lesivo original.

Si la responsabilidad no desapareció mediante la reparación debida se admite, en general, que en ciertas circunstancias, puede extinguirse mediante la prescripción liberatoria.

Algunos autores lo niegan, pero la jurisprudencia arbitral viene confiando desde hace tiempo en este modo la existencia de las obligaciones delictuosas, y el Instituto de Derecho Internacional en su reunión celebrada en La Haya en -- 1925, estuvo de acuerdo en que por consideraciones prácticas de orden, de estabilidad y de paz, la prescripción liberato-

ria de las obligaciones entre Estados debe ser aceptada como uno de los principios generales y reconocidos por las naciones civilizadas y destinados a ser aplicados por los tribunales internacionales.

Puede decirse que el elemento básico de la prescripción liberatoria en el derecho internacional, es, como en el derecho interno, el silencio del acreedor durante un lapso capaz de justificar su aplicación. Pero en Derecho Internacional no existe un plazo fijo ni regla convencional a este respecto, por lo que corresponderá al juez internacional apreciar las circunstancias del caso y determinar si el tiempo transcurrido produjo o no la prescripción. En este sentido se pronunció el Instituto del Derecho Internacional en la segunda de dichas reglas. Otra condición para aplicarla es que haya sido invocada.

XIX. CONSECUENCIAS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Rousseau considera que los efectos de la protección diplomática se traducen a la idea de que cuando el Estado endosa una reclamación la hace suya; es decir, que de individual ésta se convierte en nacional: "La protección diplomática se convierte en un disco giratorio que orienta el debate contencioso del plano interno hacia el internacional y transfor

ma la reclamación original en una relación de estado reclamante-estado responsable".

Las consecuencias que surgen son que el Estado reclamante puede renunciar a su derecho de demandar una reparación o contentarse con cualquiera; si actúa goza de un poder discrecional en cuanto a la manera y época de iniciar la instancia; es libre de disponer por tratado o de otra manera de las reclamaciones de sus ciudadanos; puede abandonarlos o comprometerlos en la medida en que lo juzgue útil para el interés general y cuando reciba una indemnización puede libremente hacer de ella el uso que él decida y repartirla entre sus ciudadanos como lo convenga y de acuerdo con un procedimiento del que es único juez.

Las relaciones entre el Estado reclamante y el particular lesionado son indiferentes desde el punto de vista del derecho internacional y como conciernen más el derecho interno no puede decirse que el individuo tenga un verdadero derecho a la protección diplomática.⁵⁵

El particular no puede atacar por vía contenciosa, la falta, la insuficiencia o el retiro de la protección.

Se admite generalmente que la reparación del daño no debe ir más lejos del perjuicio efectivamente sufrido. Según dice Personnaz, el hecho delictuoso no debe ser una fuente -

⁵⁵ Rousseau. Op.cit., págs. 136-138.

de enriquecimiento para la víctima.

En el ejercicio de la protección diplomática, no tiene el Estado derecho a reclamar, como reparación pecuniaria, -- una suma que sobrepase la equivalencia del perjuicio sufrido por la persona lesionada. Es decir, que la reparación no debe ser inferior al perjuicio ni debe tampoco sobrepasarlo, debe entenderse el daño entero y compensarlo en su totalidad.

La doctrina reciente impone al Estado la obligación de ejercer la protección diplomática prohibiéndole sustituirse al reclamante invocando un derecho o interés subjetivo propio.

CAPÍTULO QUINTO

RENUNCIA A LA PROTECCION

DIPLOMATICA

XX. LA DOCTRINA CALVO

En lo sustancial podemos ver dos puntos: uno general, - la negación de la intervención de un Estado en los asuntos - de otro, y otro restrictivo, que intenta hacer abandonar la protección diplomática como institución perniciosa en las relaciones internacionales; este último es el que nos interesa. Por ambos principios se ha debatido en las conferencias panamericanas.

Aunque en forma general, analizaremos el primer aspecto.

El argentino Carlos Calvo, se preocupó por oponerse a - la pretensión fundada en la Santa Alianza de inmiscuirse en los asuntos de las nacientes repúblicas de América. El abuso histórico del derecho de intervención por los gobiernos - extranjeros en sus tratos con la América Latina, movió a este jurista con claros antecedentes de Kant, quién decía que ningún Estado debe inmiscuirse violentamente en la constitución o gobierno de otro Estado, a oponerse a la falsa teoría de la intervención.

Su doctrina de no intervención se relaciona con la de -
Monroe; sólo que Calvo busca impedir la intervención de Euro-
pa en América, con el deseo que a las naciones de la América
Latina se les reconociese igualdad en el concierto universal,
y la tesis de Monroe es con fines extratécnicos y políticos -
propios.

Sostiene Calvo que el principio esencial de independen-
cia del Estado se desprende del Derecho de Gentes, está liga-
do íntima e inseparablemente al de la igualdad, y los dos se
oponen a una presión cualquiera ejercida contra la voluntad-
del Estado, a menos que el Estado que constriñe pueda invo-
car en su favor un derecho que le concede la ley internacio-
nal, lo que es dudoso.

No hay ninguna razón jurídica para aplicar, en el conti-
nente americano principios distintos a los que las naciones-
europeas practican entre sí, pues se trata de Estados cuya -
civilización y costumbres que inspiran en las mismas ideas -
de justicia y de derecho que llenan la Europa Occidental, y
así lo entendió Calvo en su sistema. Débese reclamar para -
América —dice este autor— la lucha constante y abierta con-
tra el principio de intervención de un Estado en los asuntos
de otro, postulado que fue sostenido de un modo sistemático-
por las grandes potencias. El inicia esta lucha y la reali-
za de un modo total. Es el precursor de un serio movimiento
que ha preocupado a los juristas de nuestro continente.

Las intervenciones de esas potencias han tenido casi -- siempre como pretexto aparente daños a los intereses privados, reclamaciones y demandas por indemnizaciones pecunias en beneficio de sus súbditos. Este es uno de los párrafos que los publicistas latinoamericanos han recogido como fundamento histórico de la cláusula Calvo, como razón de ser de tal proposición.⁵⁶

Este autor se pronuncia en contra de todos los tipos de intervenciones tanto las diplomáticas como las armadas. Por la no intervención absoluta, por la soberanía ilimitada del Estado en el Derecho Internacional.

Carlos Calvo, autor de esta doctrina, hizo notar con -- precisión que uno de los más socorridos pretextos para que -- las potencias interviniesen en los asuntos de Latinoamérica -- eran las quejas relacionadas con la falta de protección al -- interés extranjero, excusa que se usaba siempre para la conquista territorial y el despojo. Este jurista de la independencia e igualdad de los Estados dedujo que los extranjeros -- tenían derecho a un tratamiento de la misma naturaleza que -- el de los nacionales, pero no mejor y que en tanto que las -- instituciones de justicia locales estaban abiertas sobre las mismas bases que a los nacionales, no había pie para una que -- ja internacional, de consecuencias tan peligrosas, mas cuan-

⁵⁶ Calvo Carlos. El Derecho Internacional Teórico. Parias, - 1868, págs. 302, 306 y 314. Traducción: César Sepúlveda.

do se notaba que una reclamación por una pretendida denegación, siempre iba mucho más lejos.

Así nos dice: "es cierto que los extranjeros que se establecen en un país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no deben reclamar una protección -- más amplia. Si sufren algún daño deben contar con el gobierno del país donde residen y al que pertenecen los autores de la violencia, y no reclamar más.

De acuerdo con esto podemos opinar que esta doctrina es extremista. De acuerdo con ella los extranjeros no pueden reclamar ningún beneficio que no esté concedido en las mismas circunstancias a los nacionales, y en caso de sufrir algún daño tienen que conformarse con la resolución definitiva del Estado donde se les causó, sin recurrir a la protección diplomática de su gobierno, la que Calvo condena con tanto vigor. Aunque esta doctrina sólo justifica una protección diplomática cuando el extranjero, después de agotar los remedios locales, ha encontrado una denegación de justicia, la práctica de los países latinoamericanos la ha limitado, reconociendo apropiada la protección diplomática en algunos casos.

En algunas de las Conferencias Panamericanas se aceptaron los principios de Carlos Calvo. La Primera Conferencia Panamericana que tenía por objeto la codificación del Derecho Internacional en materias que interesaban a toda la Amé-

rica, muestra como desde entonces se principió a dar la batalla por la primacía de las ideas de Calvo sobre el problema de los extranjeros. De ahí surgió la recomendación a los gobiernos de los países representados en esa Conferencia de -- que las adoptasen como principio del Derecho Internacional Americano en estos términos: "Las naciones de América no -- tienen ni reconocen en favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades que las establecidas en sus leyes respecto de sus nacionales."

Es importante señalar que el primer tema a tratar en -- las deliberaciones panamericanas sobre el Derecho Internacional Americano fue la negación del derecho de protección diplomática: esto nos demuestra la importancia que desde el -- principio se dio a la tesis de Calvo.

En la segunda de las conferencias se firmó la Convención sobre Derechos de los Extranjeros y en el artículo 2° -- se estipuló que los Estados no tienen ni reconocen en favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades -- que las que en favor de sus nacionales se hayan establecido por su constitución y por sus leyes.

En el Proyecto de Código de Derecho Internacional Público formulado por la junta de juristas de Río de Janeiro se -- plasmaron también las ideas de Calvo en el artículo 22: "Los particulares extranjeros serán enteramente equiparados a los nacionales en cuanto a la responsabilidad de los Estados". -

Idea útil porque en la Sexta Conferencia se firmó la Convención sobre las Condiciones de los Extranjeros, la que en su artículo segundo repetía casi las pretenciones de los otros documentos citados: "Los extranjeros, están sujetos, tanto - como los nacionales, a la jurisdicción y a las leyes locales observando las limitaciones estipuladas en las convenciones y tratados".⁵⁷

Es necesario decir que los Estados Unidos lograron limitar la tesis de Calvo al establecer como restricción las estipulaciones que existan en contrario en los tratados.

XXI. CLÁUSULA CALVO

En el sentido amplio se le denominó Cláusula Calvo a -- las disposiciones legislativas que recogen más o menos la tesis de Calvo respecto a los extranjeros; esto es, la afirmación de que el Estado no reconoce más obligaciones hacia -- ellos que las que su constitución y leyes otorgan a sus propios nacionales. Pero en estricto sentido debe reservarse -- esta denominación de "CLAUSULA CALVO", para una disposición que se inserte en un contrato celebrado entre un extranjero y el gobierno del país de residencia, por la cual queda comprometido tal extranjero a ciertas prestaciones en relación-

⁵⁷ Díaz Cisneros. Op.cit., pág. 124.

con la protección de su país. Vuelve, en otras palabras, el contrato sujeto a condición resolutoria. Esa disposición puede ser de diversa naturaleza, de contenido distinto, pues el compromiso se puede reducir a que el extranjero interesado agote los recursos locales antes de intentar la protección de su país o bien, como en el Derecho mexicano, puede comprometerse al extranjero a no solicitar la protección de su Estado y si no lo hace, como pena por haber faltado a la condición perderá los bienes o ventajas que le aporte el contrato, en beneficio del país.⁵⁸

Por virtud de la Cláusula Calvo de agotamiento de los recursos locales, el extranjero se obliga a agotar todos los remedios que proporciona la jurisdicción del país en que se encuentre antes de intentar la ayuda de su país. Esta idea está fundada, como lo anotó Podestá Costa, en la Comunidad de Fortuna, o sea que un nacional de otro país que acude a una nación americana, lo hace buscando horizontes mejores, que generalmente logra por la hospitalidad que se le dispensa, y no puede exigir consideraciones y privilegios que no tienen los naturales de ese país. Por tanto debe existir igualdad de derechos civiles, y si el extranjero sufre algún

⁵⁸. Artículo 27 Fracción I de la Constitución Mexicana de 1917. Artículo 2° de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional. Reglamento de esta Ley Orgánica, Artículos 2° y 4° (1926).

daño, debe recurrir al gobierno del país donde se encuentra y no reclamar más.⁵⁹

Según Freeman, Calvo no había hecho sino recapitular un principio bien conocido y aceptado desde Westfolia, pero que había sido hecho a un lado con frecuencia, por una causa u otra. Lo que ocurría era que los tribunales arbitrales le desdeñaban, bien por olvido, bien porque el país reclamante lo había hecho renunciar, o porque el tribunal adoptó una curiosa posición que se había continuado inexplicablemente en la doctrina moderna, que consiste en suponer que si originalmente el daño es en sí mismo una ofensa internacional, la responsabilidad del Estado está contraída desde el principio. y la denegación de justicia que cometa en la operación de los recursos locales no tiene relevancia.⁶⁰

Por ello dice César Sepúlveda que durante su primera aparición en la jurisprudencia internacional la Cláusula Calvo aunque triunfante al fin, emergió algo maltrecha.

Más rotunda resultó la estipulación de la Cláusula cuando México, en el artículo 5° de la Convención general México-Norteamérica de Reclamaciones de 1923 y también en el artículo 5° de las convenciones especiales con Alemania, España, -

⁵⁹ Podestá Costa. Op.cit., pág. 467.

⁶⁰ Citado por César Sepúlveda. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa, México, 1960, pág. 139.

Francia, Inglaterra e Italia, habfa convenido en que la comi sión no negaría o rechazaría ninguna reclamación alegando la aplicación del principio general de Derecho Internacional de que han de agotarse los remedios locales como condición pre- cedente a la validez o admisión de cualquiera reclamación.

En el artículo 1º de tales convenciones se habfa esta-- blecido que sólo se aceptarían las reclamaciones legalmente- presentadas, y de ello se valió la Comisión México-Norteamé- rica para rechazar la reclamación de la Dredging Co. y obli- garla a recurrir a los medios locales de reparación. Esta - interpretación que siguió el Tribunal suprimiendo la juriss- dicción privilegiada para el extranjero, y restableciendo el principio de la regla del recurso local, no fue ni ha sido - aceptada por los autores norteamericanos.

Tan fundada estuvo la sentencia en el caso de la North- American Dredging Co. por la que se estableció el principio- de agotamiento de los recursos locales, que varios casos sub- secuentes se resolvieron de acuerdo con este principio. De- esa forma se consagró definitivamente, la validez y legítimi- dad de una Cláusula Calvo de agotamiento de los recursos lo- cales.⁶¹

Podemos concluir que la Cláusula Calvo de este tipo no- ha sido del todo superflua pues quedó comprobado en las comi

⁶¹ Sepúlveda Gutiérrez. Op.cit., pág. 170.

siones de reclamaciones contra México que era suficiente para impedir que una reclamación se presentase ante el Tribunal internacional.

La Cláusula Calvo en esta forma ha tenido cuando menos el efecto de hacer abandonar en muchos casos la costumbre de la interposición del derecho internacional universal son superiores a los contenidos en los tratados.

La propiamente Cláusula Calvo por la que el extranjero renuncia a recurrir a la protección de su país, insertando tal declaración en un contrato suscrito por él, es la que -- ofrece mayores dificultades para su tratamiento y contra la cual se aderezan los más fuertes ataques de los juristas de los Estados Unidos.

Como señala Sepúlveda, México, por sus peculiares relaciones con los Estados Unidos, ha sido el país donde mejor desarrollo legislativo ha alcanzado la referida Cláusula.⁶²

Así, el artículo 27 fracción I de la Constitución de -- los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, dispone: La capacidad para adquirir el dominio de las tierras, aguas de la nación-- se regirán por los siguientes principios: I.- Sólo los mexi canos por nacimiento o por naturalización y las sociedades - mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tie rras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de -

⁶². Sepúlveda Gutiérrez. Op.cit., pág.171.

explotaciones de minas o aguas. El Estado podrá conceder -- asimismo, derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales con respecto de dichos bienes, y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En el mismo sentido, -- el artículo 2° de la Ley Orgánica de esa fracción, así como los artículos 2° y 4° de su reglamento y el artículo 12 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, se señala: "Las concesiones para construcciones, establecimiento o explotación de las vías generales de comunicación se otorgarán sólo a ciudadanos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes del país. Cuando se trate de sociedades, se establecerá en la escritura respectiva que para el caso que tuvieren o llegaren a tener uno o varios socios extranjeros, éstos se considerarán como nacionales, obligándose a no invocar, por lo que a ello se refiere, la protección de sus gobiernos, bajo la pena de perder, si lo hicieren, en beneficio de la nación, todos los bienes que hubiesen adquirido para construir, establecer o explotar la vía de comunicación, -- así como los demás derechos que le otorgara la concesión". -- En el mismo sentido el artículo 6° de la Ley de Pesca e iguales disposiciones en la Ley de Petróleo y en la Ley de Minas.

Desde luego, como dice Sepúlveda se observa una diferencia entre esta Cláusula y la del agotamiento de los recursos locales. La primera sólo limita la protección diplomática - al evento de una denegación de justicia. En la segunda no - puede alegarse violación al derecho internacional o denegación de justicia.⁶³

El convenio, además de la renuncia a la protección, puede obligar al extranjero a conformarse con la decisión de -- los tribunales nacionales o bien con la de un tribunal arbitral especial. Pero la esencia sigue siendo la misma: despojar de contenido material cualquier reclamación hecha por un extranjero contra el Estado.

Más adelante dice Sepúlveda que la Cláusula Calvo expresada en estos términos en un convenio y participa consecuentemente de todas las características de estos actos jurídicos. La renuncia a realizar los movimientos necesarios para solicitar la ayuda de su país viene a ser para el extranjero una condición que no lesiona ningún derecho; es sólo un aumento en los riesgos de pérdida asociados normalmente a cualquier relación contractual por lo que se obtiene un privilegio. Este margen de riesgo lo puede soportar perfectamente el contratante extranjero y, por otra parte, esa condición - resolutoria (la renuncia a invocar la protección de su país)

⁶³. Idem, pág. 171.

los deseos de la actividad o del interés del reclamante, es una acción cuya eniciativa descansa en el particular.

Por eso cuando el extranjero ha renunciado a la protección diplomática, so pena de perder los bienes o derechos -- que le corresponden por virtud del contrato en donde está inserta dicha cláusula, y a pesar de ello incurre en esa falta contractual, pierde esos bienes, como está establecido en el convenio, por un acto del Estado, como parte lesionada en un contrato no cumplido por el extranjero, y aplicando una pena lidad específica prevista. En tal caso, la reclamación de su gobierno dirigida a obtener una compensación carece de -- fundamento ante el Derecho Internacional, pues si alega responsabilidad del Estado por denegación de justicia, ésta no se da sino a través del funcionamiento de los recursos locales, con lo que el acto del Estado que priva al extranjero de sus bienes, resolviendo el contrato, no es por sí mismo un ilícito internacional, puesto que es susceptible de ser sometido a la jurisdicción local, buscando reparación.⁶⁶

Como hace notar Sepúlveda en su tesis profesional, cuando se expidieron las leyes reglamentarias de la fracción I del artículo 27 Constitucional, aquella en diversos artículos prescribieron el régimen de los extranjeros en cuanto a la propiedad del suelo y subsuelo en nuestro país, así como-

⁶⁶ Sepúlveda Gutiérrez. Op.cit., pág. 173.

las normas a que deberían sujetarse en cuanto a la ayuda de sus gobiernos. En esa ocasión se puso en controversia la validez de la Cláusula Calvo (en el sentido que la desarrollaba el derecho mexicano) y por tal motivo, el gobierno de los Estados Unidos inició con nuestro país una activa etapa de comunicaciones diplomáticas con motivo de este problema las -- que contestó atinadamente nuestra Secretaría de Relaciones Exteriores. Las consideraciones hechas por los Estados Unidos en sus diversas notas pretendían hacer ver que algunas disposiciones de las leyes citadas tenían carácter retroactivo o eran confiscatorias, y hacían presente que no aceptaban el principio de que un ciudadano suyo pudiera por sí solo renunciar a no invocar la protección diplomática, principio -- que estaba contenido en las leyes que se estaban expidiendo.

El desarrollo de esta correspondencia se encuentra en el libro que se publicó al respecto; tomaremos de él lo relativo a la Cláusula Calvo renunciatoria.⁶⁷

En el Aide Memóire entregado por el embajador americano al entonces Ministro de Relaciones Exteriores Aarón Sáenz el 27 de noviembre de 1927 que se inició el torneo epistolar diplomático, se expuso el punto de vista del gobierno de los Estados Unidos sobre este particular: "El requisito de un --

⁶⁷ Correspondencia Oficial cambiada entre los gobiernos de México y Estados Unidos con motivo de las leyes Reglamentarias de la fracción I del artículo 27 Constitucional. México, 1926. Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, págs. 15 a 79.

extranjero poseedor de acciones se considere como un nacional mexicano respecto de tal participación y renuncie al derecho de recurrir a su propio gobierno, en la alternativa de que pierda sus intereses, equivale a una confiscación sustancial".

Puede verse que los vecinos no captaron bien el problema, y la respuesta así lo demuestra: "Se refiere usted a la disposición que exige que el extranjero poseedor de acciones en sociedades que tienen bienes raíces, convenga ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacional, respecto a la parte de bienes que le toca en la sociedad, y de no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena de perder tales bienes - en beneficio de la Nación. A este respecto llama usted particularmente mi atención sobre que su gobierno siempre ha declinado conceder que el repudio de la nacionalidad hecha por un ciudadano puede privar al gobierno de los Estados Unidos de usar la intervención diplomática en el caso de una denegación de justicia. En el caso del convenio no se lesiona ningún derecho, ya que el extranjero está en libertad de celebrar en cualquier momento el convenio de que se trata con la Secretaría de Relaciones, ya que, sobre todo, lo que los principios aseguran a los extranjeros es el respeto de sus derechos de propiedad pero no el respeto de esos derechos -- tal y como existían en la época en que se adquirieron, pues-

eso sería negar a una nación soberana el derecho de imponer a todos los que habitan en su territorio, las modalidades y modificaciones necesarias para la defensa de sus intereses y para hacer posible su ulterior desarrollo. Llamo a usted la atención, por otra parte, sobre el hecho de que se ha llamado malamente renuncia de la nacionalidad al convenio que exige la fracción I del artículo 27 Constitucional. No existe tal renuncia y se trata solamente de un convenio de efectos limitados y especiales. Debe considerarse que (el extranjero) ha celebrado un contrato voluntariamente, el cual trae como consecuencia, no la renuncia de la nacionalidad sino el compromiso de no invocar la protección diplomática en aquellos asuntos para los que voluntariamente ha convenido en considerarse como mexicano, para los solos efectos de la adquisición de tales derechos, sometiéndose así a las garantías y a los recursos establecidos por las leyes domésticas. Considero además que el gobierno de los Estados Unidos no llegaría a creer que el objeto de estas disposiciones pudiera ser el de que las autoridades mexicanas tengan deliberado propósito de cometer actos de injusticia con ciudadanos o con inversiones extranjeras de buen fe".

Al parecer quedaba cerrada la discusión, pero, Estados Unidos, inconforme, incurrió en el mismo error, pues al contestar nuestra nota volvía a hablar de renuncia de la nacionalidad : "Por lo que se refiere la renuncia de la nacionali

dad, decía Kellogg, y el compromiso de no invocar la protección de los respectivos gobiernos en lo que se refiere a los derechos de propiedad, bajo la pena de confiscación, he declinado insistentemente conceder que tal renuncia puede anular las relaciones entre un ciudadano americano y su gobierno, o que pueda tener como consecuencia el extinguir la obligación de su gobierno de protegerlo en el caso de una denegación de justicia".

Los juristas de la cancillería mexicana respondieron: - "Después de recordar todo lo manifestado anteriormente, debe (usted) observar, en primer lugar, que no hay tal renuncia de nacionalidad porque el extranjero conserva la que tiene.- Lo que la constitución exige a los extranjeros para que puedan adquirir ciertos bienes, es que, respecto de éstos, convengan en considerarse como nacionales y, por lo mismo, es una consecuencia forzosa que aquellos se comprometan a no invocar la de sus gobiernos, sólo respecto de los mismos bienes. Por otra parte, el extranjero que adquiere en los supuestos de que se trata, adquiere bajo condición resolutoria; y conforme a todas las legislaciones, cuando se cumpla una condición de esta naturaleza, el derecho adquirido se resuelve, lo cual es absolutamente diverso de una confiscación".

El Departamento de Estado de Washington contestó a nuestra nota con argumentos que no atacaban directamente la concepción de nuestra cancillería, sino repitiendo que no admi-

tían que ninguno de sus ciudadanos pudiera comprometerse, -- por declaración o de otro modo, a obligar a su gobierno a -- que no invoque sus derechos según los principios del Derecho Internacional. A lo que Sáenz contestó: "Expresa vuestra-excelencia con relación al artículo 2° de la Ley aprobada -- por el Congreso Mexicano el 31 de diciembre último, que el - gobierno de los Estados Unidos no acepta que uno de sus ciu-dadanos pueda comprometerse, por declaración o de otro modo, a obligar a su gobierno a que no invoque sus derechos según- los principios del Derecho Internacional porque el derecho - del Estado para impartir protección diplomática no puede ser renunciado por un individuo, puesto que no es derecho perso-nal de éste, sino prerrogativa de aquél que a pesar de todo-tiene que impartir la referida protección. Parece ser que - la exposición que antecede abedece a una confusión. Es evi-dente que un particular no pueda obligar al Estado del cual-es ciudadano a que no ejercite un derecho que le corresponde, y en este sentido es del todo correcta la doctrina americana; pero no dice tal cosa el artículo de que se trata, pues lo - que exige es que el extranjero se considere como nacional -- respecto de los bienes que le puedan corresponder en la so-ciedad mexicana a que ingrese, y de no invocar por lo mismo- la protección de su gobierno. Es pues una obligación con-traída individualmente y que sólo produce efectos entre el - que la contrae y el gobierno mexicano, dejando por completo-

a salvo todos los derechos del Estado extranjero. Pero si - el particular que ha contraído la obligación la infringe, -- tal infracción tiene que ser sancionada, porque una ley sin sanción no es tal ley. Y si la infracción sólo ha de afec-- tar al individuo en lo particular, dejando por completo a -- salvo los derechos del Estado a que éste pertenece, no se -- comprende en que pueda ser contraria ni al Derecho Interna-- cional ni a la tesis sostenida por el gobierno de vuestra - excelencia".

A lo anterior Kellogg respondió sin captar todavía el - problema y apelando al Derecho de Gentes.

Sáenz contestó y aclaró todavía más: "Sobre este punto, - y refiriéndose a lo que tuve el honor de exponer en mi nota anterior, considero que aun cuando un individuo renuncie a - solicitar la protección diplomática de su gobierno éste no - pierde su derecho para impartirla en caso de una denegación - de justicia, pero esto es independiente de las consecuencias - que pueda tener para un particular la falta de cumplimiento - de una obligación que ha contraído".

Fue hasta la nota de 31 de julio de 1926 Kellogg aceptó - oponerse por primera vez a este argumento. En ella afirmó - que la imposición de una confiscación sobre un individuo que renuncia a la protección diplomática de su propio gobierno - efectivamente nulifica el derecho soberano de su gobierno de - extenderle su protección. En realidad no explicó con deta--

lle cómo era posible esto y simplemente declaró que su gobierno no estaba de acuerdo.

Correspondiendo a la comunicación de Kellogg, Sáenz se refirió de nuevo a la distinción entre el derecho del individuo y el derecho de su gobierno, e insistió en que estos derechos estaban separados completamente. Sus argumentos fueron los siguientes: "El derecho de los Estados de proteger a sus ciudadanos en el exterior, se reconoce. Ese derecho es inatacable. Pero las personas privadas extranjeras también tienen el derecho de recurrir a sus gobiernos para protección; el ejercicio de este derecho está sujeto a la voluntad de las partes y por consiguiente ellas pueden renunciar a su ejercicio sin afectar por ello el derecho del Estado interesado. El gobierno mexicano, por consiguiente, no niega que el gobierno americano está en libertad de intervenir por sus nacionales; pero esto no estorba el hecho de celebrar un convenio bajo el cual el extranjero conviene en no ser parte solicitando la protección diplomática de su gobierno. En caso de violación de cualquier deber internacional, como sería la denegación de justicia, el derecho del gobierno americano de tomar una acción apropiada contra el gobierno mexicano para buscar reparación por la injusticia o daño que se pueda haber hecho a su nacional, permanecería intacto. Bajo estas condiciones, ni el gobierno americano ha fallado en proteger a sus nacionales ni el gobierno mexicano en cumplir con sus leyes".

No se llegaron a fijar en definitiva los puntos cuestionados, pero con el cambio de embajador (Sheffield sustituido por Morrow), se aclaró la tensa situación diplomática. Los Estados Unidos dejaron de insistir sobre el tema y la tesis de Sáenz quedó como buena.

La más seria oposición doctrinal a la tesis mexicana ha sido la de Dunn; señala este autor que la firma de una renuncia por un individuo, de hecho restringiría grandemente el derecho del gobierno a intervenir en su nombre; proclama que en esencia es perjudicial para los súbditos de los Estados Unidos que suscriban una cláusula de esas; que tales convenios son contra el orden público, porque tienen, según él, consecuencias sociales indeseables.⁶⁸

Pero tal razonamiento es poco convincente y no le resta eficacia a la tesis de nuestra cancillería.

Por su parte Alfonso García Robles considera que si un extranjero puede renunciar a su nacionalidad de origen, con mayor facilidad puede renunciar a parte de las ventajas que le concede esa nacionalidad; esto es, a la protección de su gobierno. Pero este criterio no es exacto, puesto que el derecho de protección es un derecho y un deber del Estado, no del individuo.⁶⁹

⁶⁸ Citado por César Sepúlveda en su Tesis Profesional, pág. 67.

⁶⁹ Citado por César Sepúlveda. Idem.

Se puede notar, como dice Sepúlveda, en los últimos - - años, una visible ausencia de la Cláusula Calvo en el foro - de las controversias internacionales. Desde que terminó la labor de las comisiones mexicanas de reclamaciones en 1930 - no ha vuelto a presentarse una discusión en cuanto al alcance y validez de este dispositivo.

Shea lo atribuye a varias causas: a que la postguerra creó una tensión internacional que alejó la posibilidad de - discutir materias menores; a que han mejorado las condiciones de la administración de justicia y las de estabilidad política de nuestros países; a que no se han presentado oportunidades de arbitrar reclamaciones en Latinoamérica en los últimos tiempos, así como a la consideración política de que - los Estados Unidos desean atraer buena voluntad en el Hemisferio. Pero también este autor hace resaltar que probablemente ello pueda deberse a que al fin se le ha reconocido a la Cláusula Calvo un cierto grado de validez por los países-inversionistas, y eso hace que el extranjero procure ceñirse a los términos de su convenio y a conformarse en su caso con el grado de reparación que la justicia interna del país le - conceda, a menos que se le cometiera una flagrante, una manifiesta denegación de justicia. No deja de influir en esto - la circunstancia que las relaciones entre el empresario extranjero y los gobiernos de la América Latina son mucho más armónicos que en el pasado. Sin duda la Cláusula Calvo, en

su evolución lógica y natural del derecho de gentes, tenderá a desaparecer, porque la protección diplomática (su causa -- eficiente) no encontraría lugar en un sistema en que los individuos, a los que se les habrá de reconocer la calidad de sujetos de derecho de gentes, podrán acudir a un tribunal internacional a solicitar la reparación correspondiente si hubieren recibido alguna injuria por parte del Estado.⁷⁰

Con esta opinión de Shea estoy de acuerdo, por mi parte añado que las formas de la inversión privada extranjera han variado y muchos países tratan de alejar esas inversiones de campos en que pueden dar lugar a conflictos. Por ello los gobiernos han reservado ciertos renglones de inversión a los nacionales; podemos citar como ejemplo en nuestro país que en determinados sectores de inversión sólo pueden estar en manos de mexicanos por nacimiento y en otros sectores solamente el 49% de las porciones sociales puede estar en manos de extranjeros.

⁷⁰ Sepúlveda Gutiérrez. Op.cit., págs. 280 y 281.

CONCLUSIONES

I. La nacionalidad es el vínculo jurídico político que une al individuo con el Estado e implica el derecho de protección que los Estados ejercen sobre sus nacionales que se encuentran en el extranjero.

II. La protección diplomática solamente puede tener lugar en caso de denegación de justicia, retardo inmotivado o anormal, o violación evidente de los principios del Derecho Internacional.

III. Mientras más sea el orden reinante en un Estado y más asegurados se encuentren allí los derechos que el Derecho Internacional garantiza a los extranjeros, menos se verá expuesto ese Estado a reclamaciones diplomáticas de otros Estados.

IV. El derecho interno de extranjería puede rebasar al derecho de extranjería internacional pero nunca puede ser inferior al mínimo prescrito por él.

V. Cuando el Estado ejercita la protección diplomática hace suya la reclamación del nacional.

VI. El Estado no es responsable por la comisión del daño, su responsabilidad empieza cuando no proporciona los medios adecuados de reparación.

VII. La reparación del daño ha de consistir en el restablecimiento de la situación anterior al acto ilícito, y si no es posible ésta, el pago de una indemnización.

VIII. El particular no puede atacar por vía contenciosa, la falta, la insuficiencia o el retiro de la protección.

IX. En el ejercicio de la protección diplomática, no tiene el Estado derecho a reclamar como reparación pecuniaria, una suma que sobrepase la equivalencia del perjuicio sufrido por la persona lesionada esto es, no debe ser inferior ni superior al perjuicio sufrido.

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

I. TRATADOS Y MONOGRAFÍAS

- ACCIOLY, HILDEBRANDO. "Tratado de Derecho Internacional Público". Impresa Nacional. Rio de Janeiro, - 1945.
- ANZILOTTI, DIONISIO. "Curso de Derecho Internacional".- Editorial Reus, S. A. Madrid, 1935.
- ARCE, ALBERTO T. "Derecho Internacional Privado". México, 1965.
- ARJONA COLOMO, MIGUEL. "Derecho Internacional Privado". Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1954.
- BORCHARD, EDWIN. "Diplomatic Protection of Citizens - - Abroad or the Law of International Claims". New-York, 1919.
- DIAZ CISNEROS, CESAR. "Derecho Internacional Público. Tipografía Editorial Argentina. Buenos Aires, - - 1955. Tomos I-II.
- DIEZ DE VELASCO M. "Curso de Derecho Internacional Público". Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1963.
- DUNCKER, FEDERICO. "Derecho Internacional Privado". Editora Jurídica de Chile. Chile, 1956.
- FENWICK, CHARLES. "Derecho Internacional". Bibliográfica OMEBA. Buenos Aires, 1963.

- LAS NACIONES UNIDAS, ORIGENES, ORGANIZACION, ACTIVIDADES, SERVICIO DE INFORMACION PUBLICA] Nueva York, - 1969.
- KELSEN, HANS. "Principios de Derecho Internacional Público". Buenos Aires, 1965.
- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO. "Derecho Internacional Privado". 2o. Tomo. Ediciones Atlas, Madrid, 1966.
- NIBOYET, J. P. "Derecho Internacional Privado". Editora Nacional. México, 1965.
- OPPENHEIM, M.A.I.D.A. "Tratado de Derecho Internacional Público". Bosch Casa Editorial. Barcelona, -- 1961.
- PODESTA COSTA, L.A. "Derecho Internacional Público". - Tipografía Editorial Argentina. Buenos Aires, - 1960. Tomos I-II.
- REUTER, PAUL. "Derecho Internacional Público". Bosch - Casa Editorial. Barcelona 1962.
- ROUSSEAU, CHARLES. "Derecho Internacional Público". Ediciones Ariel. Barcelona, 1961.
- ROUSSEAU, CHARLES. "Derecho Internacional Público". -- Buenos Aires, 1966.
- TENA RAMIREZ, J. "Leyes Fundamentales de México". Editorial Porrúa. México, 1964.
- VALLARTA, IGNACIO L. "Exposición de Motivos del Proyecto sobre Extranjería y Naturalización". México, 1890.
- VERDROSS, ALFRED. "Derecho Internacional Público". Editorial Aguilar, Madrid, 1955.

- SEARA VAZQUEZ, MODESTO. "Derecho Internacional Público".
Editorial Porrúa. México, 1971.
- SEPULVEDA GUTIERREZ, CESAR. "La Responsabilidad Interna-
cional y la Validez de la Cláusula Calvo.
- SEPULVEDA GUTIERREZ, CESAR. "La Responsabilidad Interna-
cional y la Validez de la Cláusula Calvo.
- SEPULVEDA GUTIERREZ, CESAR. "Dos Reclamaciones Fraudu-
lentas contra México". Ediciones de la Facultad-
de Derecho. México, 1965.
- SEPULVEDA GUTIERREZ, CESAR. "Derecho Internacional Pú-
blico". Editorial Porrúa, México, 1960.
- SHEA, DONALD R. "The Calvo Clause". Minnesota Univ.,-
1954.
- SIERRA, MANUEL J. "Tratados de Derecho Internacional Pú-
blico". México, 1955.
- SIQUEIROS, JOSE LUIS. "Panorama del Derecho Internacio-
nal Privado". Universidad Nacional Autónoma de -
México. México, 1965.

II. LEGISLACION CONSULTADA

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE
1917.
- LEY DE NACIONALIDAD Y NATURALIZACION DE 1934
- LEY DEL SERVICIO EXTERIOR ORGANICA DE LOS CUERPOS DIPLO-
MATICOS Y CONSULAR MEXICANO Y SU REGLAMENTO DE 1934
- LEY ORGANICA DEL SERVICIO EXTERIOR MEXICANO DE 1967.
- LEY Y REGLAMENTO DE LA FRACCION I y IV DEL ARTICULO 27 -
CONSTITUCIONAL.