

*Derecho  
Internacional*

nacionalidad y protección  
de la persona en el extranjero



# *Derecho Internacional*

DANIEL EUGENIO FUENTES NAVARRO

*nacionalidad y protección  
de la persona en el extranjero*



**CONOCER  
PARA DECIDIR**  
EN APOYO A LA  
INVESTIGACIÓN  
ACADÉMICA

Miguel Ángel  
  
**Porrúa**

MÉXICO • 2008

La H. CÁMARA DE DIPUTADOS, LX LEGISLATURA,  
participa en la coedición de esta obra al  
incorporarla a su serie CONOCER PARA DECIDIR

Coeditores de la presente edición  
H. CÁMARA DE DIPUTADOS, LX LEGISLATURA  
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Primera edición, diciembre del año 2008

© 2008  
DANIEL EUGENIO FUENTES NAVARRO

© 2008  
Por características tipográficas y de diseño editorial  
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Derechos reservados conforme a la ley  
ISBN 978-607-401-050-3

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así previsto por la Ley Federal del Derecho de Autor y, en su caso, por los tratados internacionales aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

[www.maporrúa.com.mx](http://www.maporrúa.com.mx)

Amargura 4, San Ángel, Álvaro Obregón, 01000 México, D.F.

*A mis padres, Ramón Fuentes y  
María de la Luz Navarro de Fuentes,  
por todo, ante todo y por toda la eternidad.*

*Paco, Emilio,  
gracias por su apoyo, comprensión y cariño.  
Sin ustedes esos años no hubiesen tenido razón de ser.*

*A todos mis maestros, guías y amigos  
por todo su conocimiento y la formación  
positiva que han forjado en mí.  
Pero muy en especial a los doctores  
D. José Luis, D. Florentino,  
D. Carlos D. José María  
porque en ellos supe hallar  
a verdaderas grandes personas.*

*Gracias mil por sus siempre atinadas  
observaciones e incondicional apoyo y  
su apuesta por dar siempre lo mejor.  
Y mi eterno agradecimiento  
por su amistad, por todo el apoyo  
y la confianza que me  
brindaron desde el inicio,  
así como también por el espacio brindado  
y su constante ánimo por producir, crear e innovar.*

*Los libros de historia hacen al hombre instruido;  
la poesía lo hace ingenioso;  
las matemáticas, perspicaz;  
las ciencias físicas, profundo;  
las ciencias morales, grave;  
la lógica y la dialéctica, apto para el debate.  
Es como si dijéramos que en la lectura hallamos  
de inmediato el suplemento necesario  
para llamarnos humanos.*  
SIR FRANCIS BACON

*La familia es más importante que el Estado.*  
S.S. PIO XI

Florentino Ruiz Ruiz\*

## Prólogo

Un honor es siempre escribir el prólogo de un libro. Más lo es, cuando es el caso de un buen libro, fruto de una profunda y rigurosa investigación jurídica. Más aún, cuando lo es de un discípulo. Y siéndolo, cuando se sabe con certeza del esfuerzo que el autor ha llevado a cabo y de los trabajos, incluso sufrimientos, que hubo de superar, hasta llegar a concluir su obra. Todos ellos han sido bien empleados a la vista del resultado.

La obra del doctor Daniel Eugenio Fuentes Navarro es el resultado de su tesis doctoral, brillantemente defendida en la Universidad de Burgos, España, y que obtuvo la máxima calificación del tribunal que la juzgó. El honor y también el orgullo es doble, por haber dirigido esa tesis doctoral y por permitírseme, ahora, prologar su publicación.

Puedo afirmar, también, que la Universidad de Burgos se siente orgullosa de que esta tesis doctoral se haya presentado y defendido en su seno y que ahora, su valía, ya reconocida por el Tribunal que la juzgó, se vea también recompensada con su publicación. Lo está porque es el resultado de un trabajo riguroso, de indudable valor científico, que realiza destacables aportaciones a la ciencia jurídica. Lo está, también, porque esas aportaciones se hacen recogiendo las aportaciones en la materia existentes a nivel general y al mismo tiempo, sabe traer al trabajo las aportaciones de la doctrina y la práctica iberoamericanas y de México en particular.

\*Profesor de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Burgos, España.

Pero lo está, no menos, porque la visión sobre las distintas cuestiones que se abordan en ella no siempre es bien conocida ni entendida en Europa. La Universidad de Burgos ha contribuido a su introducción, a su conocimiento y a su entendimiento en Europa y por la doctrina europea. La Universidad de Burgos tiene motivos sobrados para sentirse orgullosa de contar con don Daniel Eugenio Fuentes Navarro entre sus doctores. Orgullo que, legítimamente, tengo la certeza que sentirán en su patria.

Por todas las razones señaladas y además, porque a ambos, a su universidad y a su patria, dejó en elevado lugar allí donde fue. Y de gran importancia humana, jurídica y práctica, porque se preocupó por transmitir y defender, en otras tierras, la visión que en la suya existe sobre instituciones jurídicas que se manejan en el trabajo. Porque lo hizo desde y con el trabajo riguroso. Dando, además a sus aportaciones, una dimensión práctica que, estoy convencido, habrá de ser de utilidad para su país.

La protección diplomática ha sido, desde hace largo tiempo, un procedimiento fundamental para que el Estado protegiera a sus ciudadanos frente a los hechos internacionalmente ilícitos de otros Estados. Tal vez, el más importante desde una perspectiva de su utilización histórica y de la articulación jurídica de los derechos e intereses individuales. Particularmente claro, esto último, en tiempos en los que el individuo carecía de toda oportunidad de reclamación por sí mismo, el que el Derecho internacional contemporáneo recoja la posibilidad de reclamaciones individuales no ha hecho, ni mucho menos, que la protección diplomática haya desmerecido en su papel como institución protectora de los derechos de los nacionales, ni como procedimiento para reclamar responsabilidad internacional al Estado que vulnera esos derechos.

La nacionalidad del Estado reclamante ha sido y es, uno de los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática. Simultáneamente, la protección diplomática es un derecho del Estado. A través de ella, en realidad, el Estado protege sus propios derechos. Pero simultáneamente, los derechos que se entienden vulnerados, de manera inmediata, de una persona física o jurídica. La protección diplomática se convierte, así, en un derecho del Estado, mediante cuyo ejercicio se protegen derechos individuales. Eso sí, sólo puede hacerlo respecto de sus propios nacionales.

La nacionalidad se convierte, de este modo, no sólo en un requisito para el ejercicio de la protección diplomática, sino también, en un concepto y en una cuestión central, en ese ejercicio. Por ello, las cuestiones sobre atribución de la nacionalidad y sobre todo, la efectividad de la nacionalidad, siguen siendo una cuestión abierta al debate y es necesario centrarlas adecuadamente en cualquier análisis jurídico sobre protección diplomática.

Los distintos sistemas nacionales sobre atribución de la nacionalidad para las personas físicas y jurídicas, incluso aquellos que permiten disponer de más de una nacionalidad y ejercer más de una, propician serias dificultades de interpretación y aplicación del requisito de la nacionalidad. Las cuestiones que plantea la nacionalidad se diversifican y a ello contribuye en notable medida, la que plantea la de las personas jurídicas, desarrollada en los últimos tiempos al compás de las tecnologías y la interdependencia económica.

A todo lo anterior se suman casos especiales, en los que la doctrina y la práctica reconocen la posibilidad del ejercicio de la protección diplomática y en los que el requisito de la nacionalidad adquiere nuevas dimensiones. Piénsese en el caso de los apátridas, los refugiados, o aquellos en los que el Estado de la nacionalidad del buque es distinto del de la nacionalidad de la tripulación. Todas estas cuestiones precisan de respuestas mediante las que, respetando la regla general de la efectividad de la nacionalidad, se pueda determinar cuándo y con qué criterios puede ejercerse la protección diplomática.

La configuración de la responsabilidad internacional, en la que la protección diplomática se enmarca, obliga a que sea el Estado de la nacionalidad, o aquel con el que el perjudicado mantiene un vínculo genuino, quien pueda reclamar por la violación de la obligación primaria. Esta última, la obligación primaria, se corresponde con un derecho del Estado y por tanto, el Estado puede reclamar frente a su vulneración.

Pero, siendo un derecho del Estado, plantea también la cuestión de la discrecionalidad en su ejercicio y de la posibilidad y la validez de su renuncia, porque en última instancia, el derecho del Estado procede del derecho de su nacional y la protección de aquel se lleva a cabo a consecuencia del derecho de éste.

Aparece aquí una cuestión abierta a la discusión, seguramente porque es de una gran profundidad teórica. La de la naturaleza de la protección diplomática. Modo de protección de los derechos del Estado, o modo de protección de los derechos de los particulares. Desde una perspectiva clásica, es un modo de protección de los derechos del Estado. El Estado asume como propios, se endosa los perjuicios causados a sus nacionales. Y sólo desde ese instante cabe entender que se han vulnerado derechos del Estado, que encuentran un cauce de protección en la institución de protección diplomática.

Así, esta perspectiva no puede considerarse abandonada, sino por el contrario, vigente. Sin perjuicio de las correcciones y matizaciones que el desarrollo de la institución y la práctica de los Estados han introducido en las que, aparentemente, serían las consecuencias más absolutas de esta concepción.

Si la protección diplomática se entiende como cauce para la protección de los derechos del Estado, el Estado es libre para decidir si la ejerce o no y en su caso, en qué momento y de qué modo. El individuo no dispone de ningún derecho subjetivo a que el Estado de su nacionalidad ejerza la protección diplomática en su favor. Igualmente, no es válida la renuncia de un particular a pedir al Estado de su nacionalidad que no ejerza la protección diplomática con ocasión de los daños que le haya causado la acción u omisión ilícita de otro Estado.

Evidentemente, las consecuencias, en un caso y en otro, serían distintas si la protección diplomática se configura como un derecho del particular. Podría exigir del Estado de su nacionalidad que le protegiera y podría renunciar, válidamente, a la protección diplomática.

El Derecho internacional no ha llegado a esta última configuración. Al menos, no como regla general. Sin embargo, existen correcciones y matizaciones que actúan sobre ambas situaciones. A lo primero, a ejercer protección diplomática por el Estado a favor de sus nacionales no obliga el Derecho internacional, pero pueden existir disposiciones de Derecho interno que bien obliguen a hacerlo, u obliguen al Estado de la nacionalidad a reparar al particular los perjuicios causados por no hacerlo. O bien, que una cosa u otra resulte, si no de las disposiciones expresas del ordenamiento interno, sí de su interpretación, o de su aplicación judicial.

Pero esta es, en todo caso, una cuestión de Derecho interno, que no altera la naturaleza de la protección diplomática como cauce para la protección de los derechos del Estado. Si bien, las reglas del Estado de derecho juegan, a nivel interno, a favor de la protección de los derechos de sus nacionales por el Estado y en consecuencia, de la estatalización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado y de la utilización de la protección diplomática como cauce mediato de protección de los derechos de los particulares.

La segunda cuestión, la de la renuncia por el particular a que el Estado de su nacionalidad ejerza protección diplomática en su favor parece resuelta desde la perspectiva del principio, según el cual, nadie puede renunciar a lo que no tiene.

Desde esta perspectiva, si el derecho es del Estado, el particular no puede renunciar a él puesto que no le pertenece. Sin embargo, así como lo parece, ha recibido contestaciones desde distintos ámbitos regionales. En particular, desde el iberoamericano.

La doctrina Calvo es buena muestra de ello. Manifiesta un modo de entender aspectos de la naturaleza de la protección diplomática que no se corresponde exactamente con el entendimiento que se tiene de ella en Europa. La distinta situación económica, en términos de poder estructural y relacional, entre Estados de unos ámbitos geográficos y de otros, sirve también para explicar estos modos diversos de entender algunos aspectos de la naturaleza de la protección diplomática.

Lo cierto es que esos diversos entendimientos existen. También, que la obra del doctor Fuentes Navarro contribuye a su conocimiento y al de la visión iberoamericana fuera de Iberoamérica. Desde la perspectiva de la estructura normativa del Derecho internacional público, a que nos hayamos de plantear si estamos en presencia de una costumbre particular de ámbito regional. Más aún, la doctrina Calvo se configura, como lo señala el doctor Fuentes Navarro, como un medio de protección de los intereses estatales.

Desde esta perspectiva constituye una importante matización a la utilización, por otros Estados, de la protección diplomática como cauce de protección de los intereses estatales.

El derecho es la garantía del débil. El derecho proporciona, debe proporcionarlo, un trato de igualdad a quienes materialmente no son iguales, tienen diferente posición de poder estructural y relacional. Somete, también, a criterios de racionalidad las relaciones de poder.

La existencia de medios de protección de los derechos del Estado contenidos en el ordenamiento internacional responde a estas finalidades. Y lo hace en la medida en la que los Estados menos poderosos pueden utilizarlos en las mismas condiciones y en la misma medida que Estados más poderosos. En la medida, también, en la que como reglas y procedimientos jurídicos son capaces de sustituir a procedimientos irracionales, o incluso, incivilizados para conseguir los mismos objetivos.

La protección diplomática es un cauce para conseguir estos objetivos. También lo es para que el Estado proteja, desde estas premisas, sus derechos y los de sus nacionales. También y a ello puede contribuir la doctrina Calvo, tal como la configura el estudio del doctor Fuentes Navarro, a conseguirlo desde el punto de vista del equilibrio de los derechos de un Estado y los de los nacionales de otro.

Más aún y más profundamente, la protección diplomática es instrumento útil para proteger los derechos de los Estados, no sólo poderosos o desarrollados, sino de todos ellos, en particular de los menos poderosos. Juridifica las relaciones entre Estados y contribuye a conducir las por caminos de razón. Su configuración como instrumento protector de los derechos del Estado contribuye a todo lo anterior.

Pero aún más, al propio Estado, bien porque así resulte de su ordenamiento interno, bien de una línea de decisión política continuada decide asumir y proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero. En este caso, la protección de los derechos del Estado lo será de los de sus propios nacionales.

El estudio, la reflexión y las conclusiones que se aportan en esta obra pueden ayudar a alcanzar este último objetivo. Constituyen, en fin, una aportación doctrinal y al tiempo práctica al hacer de los Estados y en singular medida de México. El estudio y la reflexión sobre la más reciente práctica mexicana en la materia es buena muestra de ello. No menos lo es, de cómo una obra científica puede aportar criterios y

orientaciones a la práctica del Estado. En este caso, de su propio Estado, para mejor proteger los derechos del propio Estado y los de todos sus ciudadanos en el extranjero.

Tiempo es ya de concluir estas líneas, con las que al permitirme escribirlas, el autor honra a un amigo como se honra a un maestro. Sólo su esfuerzo, su tesón y su valía, han hecho posible este libro y con él, este prólogo.

El honor que me cabe lo es por haber compartido y animado aquel esfuerzo. Hoy, por estas líneas que lo culminan. Y siempre, por haber tenido la oportunidad de escribirlas.



## Abreviaturas

AAA	Association des Auditeurs et Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International de La Haye
ADI	<i>Anuario de derecho internacional</i>
ADDUI	<i>Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana</i>
ADPILC	<i>Annual Digest of Public International Law Cases</i>
AEPDIRI	Asociación Española de Profesores de derecho internacional y Relaciones Internacionales
AFDI	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
AG	Asamblea General de Naciones Unidas
AHLADI	<i>Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
AJYEE	<i>Anuario Jurídico y Económico Escurialense</i>
AMDI	<i>Anuario Mexicano de derecho internacional</i>
ASDI	<i>Annuaire Suisse de Droit International</i>
ASIL	American Society of International Law
AYIL	<i>Australian Yearbook of International Law</i>
BDE	Biblioteca Diplomática Española
BID	Banco Internacional de Desarrollo
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
BMCA	Barra Mexicana Colegio de Abogados
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i> (España)
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
CDI	Comisión de Derecho Internacional

CE	Constitución Española
Cfr.	Confrontar, cotejar
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a In- versiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
COSRE	Comunicado Oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores (México)
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
DCI	Diritto del Commercio Internazionale
DI	Derecho internacional
Dir. Int.	<i>Diritto Internazionale</i>
Doc.	Documento
Doc. cit.	Documento citado
ECHR	European Court of Human Rights
ed.	Edición
edit.	Editor(es)
EJIL	European Journal of International Law
EPIL	<i>Encyclopedia of Public International Law</i>
ETS	European Treaty Series
EUM	Estados Unidos Mexicanos
EUA	Estados Unidos de América
EYHR	<i>European Yearbook of Human Rights</i>
FCE	Fondo de Cultura Económica (México)
GYIL	<i>German Yearbook of International Law</i>
HILJ	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
<i>Idem</i>	El mismo, lo mismo
IDI	Institut de Droit International
IEIE	Instituto de Estudios Internacionales y Europeos
IHLADI	Instituto Hispano Luso Americano de derecho internacional
IJRL	<i>International Journal of Refugee Law</i>
ILA	International Law Association

ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
ITAM	Instituto Tecnológico Autónomo de México
IYL	<i>Italian Yearbook of International Law</i>
JCDI	Juris-Classeur de Droit International
LNTS	League of Nations Treaty Series
<i>Loc. cit.</i>	Lugar citado
LPIB	Law and Policy in International Business
MJIL	<i>Michigan Journal of International Law</i>
núm.	Número(s)
NU	Naciones Unidas
NYIL	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p., pp.	Página (o párrafo), páginas
PAILI	Procedural Aspects of International Law Institute
Párr.	Párrafo
PCA	Permanent Court of Arbitration
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RBDI	<i>Revue Belge de Droit International</i>
RD	Real Decreto (España)
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
R. des C.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
RDI	<i>Rivista di Diritto Internazionale</i>
RDILC	<i>Revue du Droit International et de Législation Comparée</i>
RE	Revista electrónica
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho internacional</i>
REEI	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i>
Reimp.	Reimpresión
Res.	Resolución
RGDIP	<i>Revue Générale de Droit International Public</i>
RHDI	<i>Revue Hellénique de Droit International</i>

RIAA	Reports of International Arbitral Awards
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RJPIC	<i>Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération</i>
RMPE	<i>Revista Mexicana de Política Exterior</i>
RMPJ	<i>Revista Mexicana de Procuración de Justicia</i>
RSA	Recueil des Sentences Arbitrales
SRE	Secretaria de Relaciones Exteriores (México)
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
SFDI	Société Française de Droit International
SYIL	<i>Spanish Yearbook of International Law</i>
T., ts.	Tomo, tomos
TC	Tribunal Constitucional (España)
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TILF	Texas International Law Forum
TILJ	<i>Texas International Law Journal</i>
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TPA	Tribunal Permanente de Arbitraje
TUE	Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNTS	United Nations Treaty Series
V-G	Vitoria-Gasteiz
VJTL	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
vol.	Volumen(es)
YJIL	<i>Yale Journal of International Law</i>
ZAÖRV	Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht
ZÖR	Zeitschrift Öffentliches Rect.

## Consideraciones introductorias

A lo largo de la historia de la humanidad, una de las preocupaciones centrales del derecho en general desde su formación, ha sido la protección de la persona (individuo), hoy regulada en su mayoría por el Código Civil de cada Estado.<sup>1</sup> Pero la complejidad de la actividad humana, la maraña intrincada de intereses políticos y económicos, la constante aparición de instrumentos técnicos cada vez más sofisticados, la permanente colisión de los derechos y bienes de las personas físicas y morales, han provocado que se despierte en lo jurídico y en lo social, la ingente conciencia de los derechos de la personalidad. Pues compete a los juristas poner la atención que requiere, hoy en día, la protección de la persona, no sólo en sus bienes, sino fundamentalmente en la esencia misma de su categoría personal.

Sustancialmente, al hacer mención de esa protección, estamos abordando inicialmente la ciencia del Derecho civil.<sup>2</sup> El Derecho civil habitualmente, comprende entre otros, los derechos de la persona, a los que también se denominan “personalísimos”. Son aquellos que determinan las condiciones de cada individuo en su relación jurídica con

<sup>1</sup>Por ejemplo, en los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil Federal, regula los derechos y obligaciones de las personas en el *Libro primero. De las personas*. artículos del 22 a 746 (DOF de 31 de diciembre de 2004). En España, el Código Civil Español las contempla en el *Libro primero. De las personas*, que comprende del artículo 17 al 332. (Aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889.)

<sup>2</sup>Véase en este tema a Galindo Garfias, I., *Derecho civil*, 21a. ed., México, D.F., Porrúa, 2002, pp. 324 y ss.; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de derecho civil: derecho privado y derecho de la persona*, Bercal, 1996, pp. 17 y ss.; Lasarte, C., *Principios de derecho civil. Parte general y derecho de la persona*, Madrid, t. I. 11a. ed., Marcial Pons, 2005, pp. 20 y ss.

los demás y la colectividad en su conjunto: estado civil, nacionalidad, derecho de familia, nacimiento y defunción, primordialmente.

Sin embargo, en cada época de la humanidad, han existido distintos significados y apreciaciones sobre la persona, aunque parece ser que el camino aconsejable para definirla, es a partir del concepto de persona humana, destacando su significado general en el derecho. Es decir, del reconocimiento de la situación jurídica que corresponde al hombre, a todo hombre, por su condición de ser racional, creado a imagen y semejanza del creador.<sup>3</sup>

El valor central que por sí sola tiene la persona en el Derecho privado, explica la confusión y falta de claridad de su concepto en todas las áreas de conocimiento, pues necesariamente han de repercutir sobre él distintas concepciones. La primera se encuentra en los distintos términos jurídicos, nacidos en determinadas épocas, e influenciados en su significado por distintas corrientes filosóficas, los que no pueden comprenderse sin tener en cuenta su origen y el alcance que se les ha dado. Por ende, esencialmente la persona, legalmente hablando es todo ser capaz de tener y contraer derechos y obligaciones.<sup>4</sup>

Así llegamos a considerar el estatus, como la cualidad jurídica que determina la posibilidad de tener derechos, por lo que se llega a pensar que persona es aquella capaz de derechos, fórmula que se completa en una referencia a las obligaciones, consideradas correlativas a los derechos.

Evidentemente, al hablar de ese cúmulo de derechos de la persona, llegaremos siempre a la nacionalidad de la persona. Desde el punto de vista sociológico, es el vínculo que une a un individuo con un grupo, en virtud de diversos factores: la vida en común y la conciencia social idéntica.<sup>5</sup> No obstante, debemos advertir que el término nacionalidad, a lo largo de la historia del derecho, ha sufrido una significativa evolución desde sus inicios.

<sup>3</sup>Véase en este sentido a F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, Civitas, 1984, p. 30.

<sup>4</sup>Véase E. Pérez Vera (dir.) y P. Abarca Junco, *Derecho internacional privado. Derecho civil internacional*, vol. II. 9a. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 32.

<sup>5</sup>Véase L. Trigueros Saravia, "Los principios del derecho de nacionalidad", en *Alegatos* 32 (1996), pp. 23-25.

Para el derecho romano, *natio*, era el grupo sociológicamente formado, y *populus*, la agrupación de individuos unificados por el derecho.<sup>6</sup> Pero esa idea romana no perduró, pues posteriormente la influencia de la idea germánica de la fidelidad al superior (presente hasta nuestros días), que predominó en la época feudal, contribuyó en parte a su extinción.<sup>7</sup>

Sin embargo, la confusión de los términos de nacionalidad, encontramos que se hizo absoluta en el tiempo de la Revolución francesa, o sea, aquella que se efectuó entre los años de 1789 y 1799. Según De Castro y Bravo, se le dio un sentido político y partidista en las luchas originadas durante la Revolución francesa, debido a que se empleó como un arma decisiva en la dialéctica de la política internacional.<sup>8</sup> Creemos que por las características mencionadas, esta pudo ser de las primeras intromisiones del Estado, tal como se le conoce hoy día, para defender los intereses estatales.

Si bien, aunque la distinción del concepto sociológico y jurídico existe desde la antigüedad, la confusión de los términos utilizados<sup>9</sup> dificulta su comprensión, pero no la imposibilita. Pues la coincidencia entre este concepto y el jurídico, en la realidad y la práctica de un Estado, supone en muchos casos cohesión interna y fuerza, aunque no es necesario que se dé, porque su viabilidad depende de factores de homogeneidad que no se presentan con frecuencia en todos los estados. En consecuencia, encontramos que los términos nación y nacionalidad, están necesariamente muy unidos.

De esta forma llegamos a suponer que desde la antigüedad, a pesar de las distintas teorías de la nacionalidad con todos sus defectos, se contemplaba a la persona en el extranjero y sus derechos. Ser extran-

<sup>6</sup>Véase en A. Gómez-Robledo Verduzco, J. Witker (coords.), *Diccionario de Derecho internacional*, México, D.F., Porrúa, 2001, p. 229 (en adelante, *Diccionario de Derecho internacional*).

<sup>7</sup>Véase G. Arellano García, *Derecho internacional privado*, México, D.F., Porrúa, 1995, pp. 40-47.

<sup>8</sup>Véase F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España...*, *op. cit.*, p. 369.

<sup>9</sup>La nacionalidad es aquella condición de la persona que se caracteriza por establecer un vínculo político entre ésta y un Estado determinado. La nacionalidad tiene dos aspectos que deben ser tenidos en cuenta: el título por el que se adquiere esta condición y las consecuencias de este título respecto del régimen de las relaciones que una persona puede ser titular. Véase V.L. López, A. Montés (coords.), *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 244 y ss.

jero, es simplemente el contrario al de nacional, sólo que tiene un significado negativo: el de ser extraño a la comunidad nacional.

Precisamente, dentro de ese contexto, se puede convenir la idea de que el conjunto de miembros que forma la sociedad internacional, está jurídicamente vinculada por normas de carácter consuetudinario, que obligan al principio general del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Al respecto cabe decir, los derechos que han adquirido el rango de Derecho internacional consuetudinario,<sup>10</sup> son derechos fundamentales e inderogables. Juicio dado por la Corte Internacional de Justicia, en el *Caso del personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos de América en Teherán*.<sup>11</sup>

Pero por el contrario y atendiendo principalmente a la política internacional, si nos referimos a una serie de derechos fundamentales que no han sido reconocidos internacionalmente, más que por un número más o menos significativo de estados, no parece que puedan ser calificados como tales fuera del ámbito de la jurisdicción doméstica de los estados y por ende, no poseyendo un carácter consuetudinario de alcance y vinculación universal.

Por tal motivo, el Estado en el plano internacional suple el hueco que existe entre el orden interno del Estado, para la protección y defensa de la persona, pero anteponiendo sus intereses en el ámbito internacional, que repercuten en el ámbito interno.

Es así que en la práctica y la doctrina, no debemos confundir el término, “derechos del extranjero”, pues ello implica exclusivamente los derechos propios del Estado y que puede exigir le sean respetados en la figura de sus nacionales. Es decir, son derechos distintos a los que en la actualidad, podemos decirlo, quedan reconocidos para la persona, por la *Declaración sobre los Derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país donde viven*.<sup>12</sup>

<sup>10</sup>Véase principalmente A. Gómez-Robledo Verduzco, *Temas selectos de Derecho internacional*, 4a. ed., México, D.F., UNAM, 2003, pp. 647 y ss.

<sup>11</sup>*Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran) CJI Reports, 1980, p. 42; véase además, F. Ruiz Ruiz, *Derechos humanos y acción unilateral de los Estados*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 35 y ss.

<sup>12</sup>Véase la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país donde viven*, A.G. Res. 40/144, de 13 de diciembre de 1985. Puede verse en (<http://www.unhchr.ch/spanish/>)

A ese respecto, cabe recordar que durante buena parte del siglo XIX, el fenómeno de la expansión económica o mercantil de los países europeos, en las naciones menos desarrolladas, trajo consigo toda una teoría y un cuerpo de instituciones en el campo internacional, relativo a la protección y defensa de los intereses del Estado, incluyendo la defensa de sus nacionales.<sup>13</sup> Aunque en realidad, durante todo ese siglo, la escasa doctrina y la práctica de los Estados, cooperaron eficazmente para dar sostén a tales instituciones y así poder impedir una aparente trasgresión al Derecho internacional de la época.

Dicho en otras palabras, el florecimiento de la institución diplomática a mediados del siglo XIX, contribuyó eficazmente a la formación de normas del tratamiento a los nacionales de otros países, residentes en Estados de escaso desarrollo, sobre todo en los recién constituidos Estados iberoamericanos.

Cabe precisar que desde aquellos años, las potencias occidentales que siempre hemos conocido, hicieron sentar el principio de un gran jurista, Vattel,<sup>14</sup> y que posteriormente fue reafirmado por la Corte Permanente de Justicia Internacional.<sup>15</sup> Es decir, que un daño causado a un extranjero en su persona y patrimonio, es una injuria que lastimaba el prestigio de ese Estado. Consiguientemente, para el Estado, suponía que esas acciones mencionadas, deberían sancionarse y repararse, aunque en ocasiones supusiera una imputable desproporción, con relación a la lesión recibida para el que reparaba el daño.

De esta forma, con base en las reclamaciones de los Estados contra los países que ocasionaban un daño a sus nacionales, surge la práctica consuetudinaria conocida con el nombre de “protección diplomática”. Tradicionalmente, es uno de los procedimientos más clásicos para

<sup>13</sup>Protección: Deriva de la voz latina *protectio*, que alude a la acción y efecto de proteger. Y “proteger” deriva del verbo latino *protegere* (amparar, favorecer, defender). Cfr. *Diccionario de Derecho internacional*, p. 280.

<sup>14</sup>Véase E. Vattel, *The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, Book II (Of a Nation considered in its relation to others), cap. VI. (Traducción al idioma inglés de la obra original *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* de 1758, por Joseph Chitty). T. & J.W. Johnson & Co. Philadelphia 1883, § 71.

<sup>15</sup>*Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Reports 1925. Series A, núm. 5, p. 12.

asegurar la aplicación de las normas del Derecho internacional.<sup>16</sup> Su regulación se encuentra en normas de carácter consuetudinario, hoy generalmente admitidas, y que desde 1998 la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas<sup>17</sup> inició los trabajos para preparar su codificación, que se matizó con el primer proyecto del 2004.

Al respecto debemos subrayar que en un principio esta institución se pretendió asentar en el derecho de intervención,<sup>18</sup> fundamentándose en ambiguos principios relativos al honor nacional, a la utilidad económica del extranjero y de la defensa del patrimonio, en relación con el Estado de origen.

Por tal motivo, la gran mayoría de los Estados menos desarrollados, en cierta época de su historia fundamentaban erróneamente que la institución de la protección diplomática llegó a ser un sistema apto para lograr que el extranjero recibiera un trato preferencial, en comparación con los nacionales del Estado, sobrepasando en algunos casos, los límites del ordenamiento jurídico interno de esos Estados, y lastimando los intereses de cada país.

En la actualidad, una vez agotados los recursos internos del Estado y después que se comprueba el nexo de nacionalidad con el Estado, esta institución se inicia mediante reclamaciones o negociaciones con las autoridades del Estado que causó el daño al extranjero, casi siempre por medio de agentes diplomáticos del Estado, a los que en la práctica el Estado deposita la defensa de los intereses y del derecho del Estado.

No obstante, si de ellas no se obtiene el éxito esperado, en su caso la práctica parece indicar que el Estado acude ante una Corte o Tribunal

<sup>16</sup>Véase en este sentido M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, 15a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 865 y ss.

<sup>17</sup>Comisión de Derecho Internacional: El artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas establece que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación. La atribución de la CDI abarca dos funciones: la codificación y el desarrollo progresivo. La Comisión de Derecho Internacional creada en el año de 1948, consta actualmente de 35 miembros, nombrados por la propia Asamblea General de acuerdo con los dos criterios de la calificación personal y de una equitativa distribución geográfica. La labor de la Comisión ha sido fundamentalmente preparar proyectos de convenciones sobre las materias más importantes, cuyas normas eran consuetudinarias y requerían de precisión convencional. Cfr. *Naciones Unidas: La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, Nueva York, United Nations, 1967, pp. 9-23.

<sup>18</sup>Véase C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, México, D.F., Porrúa, 2000, pp. 246 y ss.

internacional a redimir las diferencias con el otro Estado, a fin de reclamar la responsabilidad internacional<sup>19</sup> en la defensa del interés<sup>20</sup> estatal. Un dato que creemos ha de destacar, es que su empleo en tiempos actuales puede ser causa de irritación de las relaciones internacionales, principalmente cuando se trata de casos en que se enfrentan los países en vías de desarrollo con los estados desarrollados.

En otras palabras, la protección diplomática es una institución destinada para reclamar la responsabilidad internacional del Estado, en defensa de los derechos e intereses del Estado (que generalmente estos últimos, se enfocan en la figura de sus individuos y sociedades) cuando otro Estado cause un daño (agravios, perjuicios, menoscabos, etcétera) mediante un hecho internacionalmente ilícito.<sup>21</sup>

Por lo tanto, en nuestra opinión, más que protección significa una reivindicación de los derechos estatales y en ese sentido, debemos admitir que el Derecho internacional actualmente, es más eficaz que el Derecho interno de la mayoría de los Estados.

Así quedó demostrado por los Estados Unidos Mexicanos (México), objeto principal de este libro, país por el que esta institución fue llevada recientemente a la práctica con éxito. Inclusive, se comprobó que fueron muchos los factores que influyeron para poder lograr esta

<sup>19</sup>Responsabilidad internacional: Se entiende por responsabilidad internacional, la institución jurídica que impone al Estado o a cualquier otro sujeto del Derecho internacional que ha realizado un acto ilícito en perjuicio de otro, la obligación de reparar el daño causado. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. Véase sobre este tema: T. Hañajczun Bohdan, M.T. Moya Domínguez, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Ediar, 1978, pp. 327 y ss.; J. Chinchón Álvarez, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007, pp. 41-61; *Título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura. (2001) Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer periodo de sesiones. Suplemento núm., 10 (A/53/10), párr. 76, art. 1.*

<sup>20</sup>Interés: (*Sustantivación del latín interesse, estar interesado, interesar, derivado de esse, ser, de la familia etimológica de ser (verbo)*). Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo v, Instituto de Investigaciones Jurídicas 27, México, D.F., UNAM, 1984, p. 168.

<sup>21</sup>Hecho internacionalmente ilícito: Según la CDI, hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando: A) Un comportamiento que consiste en una acción u omisión es atribuible, según el Derecho internacional al Estado y B) Ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado. Cfr. United Nation, Doc. A/CN.4/SER.A/1973/Add.1, p. 180.

finalidad, los cuales no dependieron de cuestiones jurídicas exclusivamente, sino que además se logró utilizar un derecho que existía en función del interés mexicano.

Una vez que asumimos esa posición, este libro pretende demostrar que la protección diplomática es sólo un derecho más que tiene el Estado para proteger sus intereses y que existen otros que se adecuan a cada interés estatal, pero donde incuestionablemente, esa protección o defensa está dirigida en la mayoría de los casos a la protección y defensa de las personas, físicas y morales, en el extranjero.

Señalado lo anterior, resulta necesario delimitar con la mayor precisión los márgenes y posibilidades en este libro, que trata de concretarse al caso del Estado mexicano. De lo contrario, resultaría muy complejo acometer un objeto de estudios tan amplio. La advertencia que ha de hacerse, es porque el estudio es un análisis jurídico. No obstante, ello no implicará que se prescindiera de otras disciplinas y de su metodología para alcanzar el objetivo final, pues sin ellas, no sería posible entender los distintos elementos que integran la posibilidad de proteger un interés estatal, mediante el ejercicio del derecho a la protección diplomática que concede el derecho internacional, sustituyendo los huecos que existen en el derecho interno del Estado para la defensa de sus intereses, o en su caso, de la persona.

El trabajo en sí, se centrará en establecer cómo se ha desarrollado la práctica consuetudinaria del Estado, cuando ha ejercido la protección diplomática. Utilizada tradicionalmente, como uno de los procedimientos para asegurar la aplicación de las normas del Derecho internacional y respectivamente, como medio de reclamación de la responsabilidad internacional en la protección de los intereses estatales, pero con especial atención al caso del Estado mexicano.

De esa manera, el enfoque propuesto obligará a desarrollar dos puntos esenciales: El primero, es lo referente a la persona, sus características, la regulación legal, los conceptos, y lo más importante, los atributos que otorga la personalidad de la persona, como es el caso de la nacionalidad. En segundo lugar, delimitar, en términos generales, las circunstancias, caracteres y requisitos que confina la institución de la protección diplomática.

Por ello, resulta imprescindible establecer de inicio, una distinción entre los elementos que constituyen la personalidad en Derecho civil y la importancia de poseer una nacionalidad. Así como en la segunda parte del trabajo, la problemática que se pudiese suscitar al cumplir o no cada uno de los requisitos que impone el procedimiento del Derecho internacional para el ejercicio de protección diplomática en defensa de los intereses estatales y por qué no decirlo, de los atributos que genera la personalidad, es decir, la nacionalidad.

Esta delimitación será fundamental para todo el desarrollo del trabajo, pues la tercer cuestión será el caso particular de un Estado, que en este caso es México, país que puede entenderse como ejemplo para otros Estados, no sólo hispanoamericanos, que intenten proteger en un futuro sus intereses estatales, entre los cuales se contienen esencialmente a sus nacionales. De tal modo, que la primera parte del trabajo consistirá en desarrollar los planteamientos generales contenidos en el derecho civil sobre la persona y la personalidad. Es decir, los conceptos de la persona, las características esenciales, las normas existente en la materia para el caso mexicano, así como también, la nacionalidad como atributo de la personalidad, pero con un enfoque desde el punto de vista del Derecho civil mexicano, o del Derecho interno mexicano.

Y para la segunda y tercera parte del trabajo, donde se estudia la óptica del Derecho internacional, nos enfocamos en el medio internacional de uso exclusivo del Estado en defensa del interés estatal, o bien en otras palabras, como logra el Estado la protección de sus nacionales en el extranjero, por ser ellos parte importante del interés y del desarrollo económico, político, empresarial, etcétera, en el Estado.

Específicamente nos referimos a la protección diplomática, su desarrollo evolutivo, los excesos en la imposición de este derecho durante el pasado, la relación del Estado con el individuo, la actuación de éste en el proceso internacional, la importancia de poseer una nacionalidad desde la perspectiva internacional y la obligación de que la persona agote los recursos internos en el Estado que originó un daño. En otras palabras, todo lo que se necesita para utilizar a la protección diplomática, como medio para reclamar la responsabilidad internacional,

en defensa del interés estatal, así como los distintos problemas que se pueden presentar para su ejercicio.

De esta manera, una vez alcanzado el objetivo de la segunda parte como se ha señalado con anterioridad, la tercera enfrenta el caso particular del Estado mexicano. En esta parte se iniciará con el análisis histórico de las dificultades que resistió México para lograr conseguir experiencia en casos relacionados con la protección de los intereses del Estado, en el ámbito internacional y de sus nacionales en el extranjero, mediante lo que antiguamente se consideraba protección diplomática.

Desde nuestra perspectiva, se introdujeron las bases para conseguir lo que ningún otro país había conseguido con el ejercicio de la protección diplomática ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ, o Corte), o sea, aportar los fundamentos jurídicos internacionales para defender a los nacionales de un Estado, aspecto que se ha relacionado con la migración en muchos casos, y que hoy por hoy, va en función del interés de algunas naciones.

Además que en la recta final del presente libro, se abordará el desarrollo histórico y de principios generales de lo que se conoce como cláusula Calvo. Teoría<sup>22</sup> no reconocida, ni aplicada, por la mayoría de los países en el mundo, pero que desde hace años está relacionada con la defensa de los intereses del Estado mexicano.

Un matiz importante de esta teoría se halla en que hasta el día de hoy, es defendida por muchos Estados hispanoamericanos, incluyendo México, con la excepción que su aplicación en el campo del crecimiento económico estatal, puede exceptuarse dependiendo del interés del Estado. Debemos advertir de inicio, que como la teoría no ha llegado a ser aceptada como amparo para la protección diplomática, entonces

<sup>22</sup>Cláusula: (del latín *clausûla*, de *clausus*, cerrado), f. der. Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado. 2. *Ad cautelam*. f. der. Expresión escrita de una reserva. 2. En el antiguo derecho fórmula de garantía que excluía cualquier revocación de un acto jurídico que no se hiciese según determinadas palabras o símbolos. Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, tomo 3, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, p. 383; Teoría: (del griego θεωρία), f. Conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación. 3. Hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de ella. Cfr. Real Academia Española, tomo 10..., *op. cit.*, p. 1465.

puede ser usada para defender el interés estatal, al igual que sucede con la protección diplomática.

Por tanto, así podrá concluirse presentando el escenario completo que marcará los límites y posibilidades de toda política estatal que se adopte para afrontar la realidad que es objeto de este trabajo, pero siempre de conformidad con el Derecho.

Por otra parte, en lo referente a las fuentes del conocimiento, intuyo que conviene dedicar algunas líneas para destacar la abundancia y multiplicidad de fuentes del conocimiento sobre la temática que se aborda en dicho trabajo. Aunque habrá que aceptar, que en realidad, muy pocas han enfrentado la cuestión concreta que aquí se examina.

Para cada uno de los apartados que conforman las dos primeras partes, existe un gran número de trabajos doctrinales, distinguiéndose estudios en francés e inglés primordialmente y en número inferior trabajos doctrinales en castellano.

Establecido lo anterior, se debe subrayar que resultaron de gran valía muchos documentos e informes de la Comisión de Derecho Internacional, institución internacional que ha dedicado un gran esfuerzo al desarrollo progresivo y codificación de esta materia, que en nuestra opinión, sigue en estado evolutivo y se tendrá que adecuar al cambio de los tiempos que exigen reconocer la protección de los intereses del Estado.

Para la tercera fase, se advierte que a pesar de haber tratado de incluir una bibliografía lo más amplia posible, hemos de reconocer que al llegar a los últimos capítulos, la naturaleza de las cuestiones a tratar obliga a que la gran mayoría de las fuentes utilizadas hayan sido procedentes de México. En realidad, por estudiar de manera por demás satisfactoria el aspecto seleccionado. En tanto que la doctrina de otros Estados, no se ha ocupado de esta cuestión en particular.

Finalmente, cabe mencionar que en base a lo anterior se podrá estudiar y comprender cómo lograr el respeto en la defensa y protección de los intereses estatales, la cual alienta la posición de mi país, México, en esas relaciones de carácter internacional que benefician a la persona en el extranjero. Con lo anterior deducimos que de dicho modo, se cerrará el círculo formal que se necesita en todo proceso del conocimiento científico.

Asentado lo anterior para el presente libro, esta realidad se ha plasmado en las fuentes de las que se ha nutrido, pues siempre ha sido posible toda argumentación que se fundamenta en fuentes de producción del derecho internacional. En este sentido, debemos subrayar que la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, han sido referente ineludible en todos los aspectos.

Resulta oportuno destacar por otro lado, que la proliferación en las decisiones de los órganos de naturaleza judicial o arbitral en el campo del Derecho internacional, así como de las normas internas mexicanas, han facilitado la fundamentación del análisis, pero también han obligado a una investigación lenta y laboriosa por el gran número de decisiones y leyes a estudiar.

Siguiendo ese sentido, la investigación de la práctica estatal ha resultado fundamental y dificultosa, pues al gran número de decisiones a considerar, hay que añadir la constante variación de dicha práctica. Pues, para el caso a tratar, ésta se desarrolló en un lapso que presentó ciertos cambios de tipo político-social, principalmente en el Estado que es objeto del trabajo.

Por todo lo anterior y en resumen, esta investigación tratará de aportar todo lo aprendido en estos años, para atenuar en la medida de lo humanamente posible, los problemas que puedan existir para el Estado, en especial referencia a los Estados Unidos Mexicanos, cuando protege los intereses estatales mediante un medio que otorga el Derecho, los cuales, seguramente se encuentran personificados en la figura de los súbditos o nacionales, física o moral, de cada Estado cuando estos se encuentren en el extranjero.

Asimismo, cabe decirlo, para estudiosos del Derecho, que sus países enfrenten la dificultad de apreciar y utilizar los medios que otorga el Derecho internacional, para defender los intereses de cada Estado. Estos últimos aunque distintos unos de otros, cabe decirlo, siempre en función del beneficio estatal que marcan las necesidades de cada país.

*PRIMERA PARTE*

*La nacionalidad de la persona  
para el Derecho Estatal*



## La persona y la personalidad en el Derecho privado

### LA PERSONA. GENERALIDADES

Para la ciencia del Derecho, en especial para el Derecho civil, el capítulo de la personalidad constituye una de las materias más difíciles y quizá de las más complicadas para su estudio, análisis e investigación, primordialmente por la literatura que enfoca el problema de la persona.

El vocablo “persona” en su aceptación común denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra “hombre”, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo.<sup>23</sup>

Es decir, la persona es a la vez una hipótesis de trabajo y un valor fundamental para el derecho: el hombre en toda su plenitud, considerado como un ser dotado de voluntad y al mismo tiempo como destinatario de las disposiciones legislativas.<sup>24</sup>

Pero si tomamos en cuenta otras ciencias, encontramos que la Biología estudia a la persona como organismo viviente, la Filosofía la considera porque en ella se encarna el ser racional capaz de realizar sus fines, la Ética la estima como sinónimo del ente capaz de actualizar o realizar valores y la ciencia jurídica la enfoca como sujeto de derechos y obligaciones, esta última es la que genera mayor confusión en su estudio científico.

<sup>23</sup>Véase I. Galindo Garfias, *Derecho civil*, México, D.F., Porrúa, 2002, p. 301.

<sup>24</sup>Véase especialmente a O.G. Gómez Pérez, *Teoría del derecho civil*, J. Alfredo Medina Riestra (coord.), México, D.F., Porrúa, 2002, pp. 211 y ss.

Esto es así porque la persona humana no es un dato que el Derecho haya elaborado. No es una construcción del Derecho, es una realidad biológica y social, aunque eso no haya sido entendido así en otras épocas de la historia de la humanidad.

Por consiguiente en el lenguaje jurídico, se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo, o pasivo, de relaciones jurídicas.

El concepto de persona, así entendido, parece equivalente al de sujeto de derecho, si este último se toma en un sentido abstracto. Pero la persona no es sólo sujeto de derecho, sino también de obligación (deberes y responsabilidades). Así que si se habla de sujeto de derecho, no en un sentido abstracto, sino en una acepción concreta para significar a quien está investido de un derecho determinado, el término persona es más amplio.

Pues como lo menciona Domínguez Martínez, “todo sujeto de derecho será persona, pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa”.<sup>25</sup>

### *Etimología de persona*

Etimológicamente, la palabra *persona* tiene un origen y una significación confusa, pues esta se deriva del latín, con sus voces “*personae*” y “*personare*”, y del verbo “*persono*” (compuesto de *per*, y *sono* –*as* –*are*, sonar mucho, resonar).<sup>26</sup> También es común como “faz”, similar al significado latino, disfraz o apariencia externa del hombre.

En ese sentido, el vocablo comprende una porción de seres que por sus cualidades específicas, intelectuales y morales, se diferencian de todos los demás seres vivientes y por supuesto, de las cosas inanimadas.

Pero el que las palabras “persona” y “hombre” designen a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia: en tanto que con el sustantivo “hombre” propiamente se particulariza la especie en un in-

<sup>25</sup>Cfr. J.A. Domínguez Martínez, *Derecho civil. Parte general (personas, cosas, negocio jurídico e invalidez)*, 7a. ed., México, D.F., Porrúa, 2000, p. 132.

<sup>26</sup>Cfr. E. Moto Salazar, *Elementos de Derecho*, 40a. ed., México, D.F., Porrúa, 1994, p. 131.

dividuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz “persona” se quiere decir algo más.

Planiol,<sup>27</sup> por ejemplo, expresa que la palabra persona tiene un origen metafórico que está tomada por los antiguos del lenguaje teatral y que así se llamaba a la máscara “larva histrionalis”, que utilizaban antiguamente los actores en sus representaciones. Las caretas que reflejaban tristeza en sus facciones, caracterizaban el dolor, las lágrimas y la tragedia en los dramas que representaban. Por el contrario, aquellas que revelaban alegría, eran apropiadas para los personajes simpáticos y risueños de la comedia.

El uso de las caretas o personajes trascendió posteriormente las formas comunes de identificación de los seres humanos, hablándose en principio, de la persona del gobernador, la persona del patriarca o la persona de la esposa, hasta que gradualmente fue suprimiéndose la denominación y en esos términos, intrínsecamente se indicaba su propia persona.

Es interesante destacar que por su parte, Galindo Garfias, al referirse a la persona la describe así:

...con la voz persona, se quiere decir algo más, se apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse asimismo fines y para definir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines y en suma, como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás de su propia conducta, loable o vituperable, desde el punto de vista moral y social.<sup>28</sup>

Kelsen realiza una distinción entre la personalidad, de la que es partidario como aspecto jurídico y de la persona en sí, estimando que aquella es una cualidad o categoría jurídica y que está en el hombre mismo.<sup>29</sup>

Este autor menciona que la persona sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos objetivos, o un conjunto de

<sup>27</sup>Citado en I. Galindo Garfias, *Estudios de Derecho civil*, México, D.F., UNAM, 1981, pp. 202 y ss.

<sup>28</sup>*Ibidem*, p. 203.

<sup>29</sup>Véase H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 2a. ed., Roberto J. Vernengo (trad.), México, D.F., UNAM, 1982, pp. 182-199.

normas. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional, el hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del Derecho. Es una noción biológica, fisiológica y psicológica.

Además explica que cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre, no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica, pues el hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidad, o de derechos subjetivos.

Y finalmente afirma que la persona denominada física, designa un conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo, pues con sus palabras afirma que: “si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho”.<sup>30</sup>

Por otro lado, Recaséns Siches señala que lo que funciona como persona en el área del Derecho, no es la plenitud del ser individual, tampoco es la realidad del hombre concreto singular con su propia e intransferible existencia, sino ciertas dimensiones genéricas y comunes, objetivadas y unificadas por el ordenamiento jurídico.<sup>31</sup>

Aunque acepta que el concepto de persona no ha sido creado por el Derecho, ya que es anterior a él, se le reconoce precisamente por sus atributos inseparables y por tanto, esenciales del ser humano.

En el mismo sentido, Bueno<sup>32</sup> agrega que esos atributos constituyen una característica desconocida por los ordenamientos antiguos y una conquista de la ciencia jurídica del último siglo. Además, acepta que no debe confundirse la personalidad jurídica, propiamente aptitud, con la realidad humana del sujeto, ya que el hombre es sujeto de derecho porque su vida y actividad se relacionan con los valores jurídicos y de ahí que ser persona en derecho, o ser persona de Derecho, no es lo mismo que el hombre individual, ya que el ser individual es la dimensión jurídica común que el hombre posee con

<sup>30</sup>*Ibidem*, p. 184.

<sup>31</sup>Véase L. Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, México, D.F., Porrúa, 2003, pp. 81 y ss.

<sup>32</sup>Véase M. Bueno, *La axiología jurídica en Luis Recaséns Siches*, México, D.F., UNAM, 1990, pp. 30-37.

los demás, como el ciudadano, el contribuyente, el soldado, el comprador, etcétera.

Por tal motivo, estamos de acuerdo con el profesor Recaséns Siches,<sup>33</sup> pues creemos que en su última aceptación la palabra “persona” no denota el sujeto de Derecho, o no corresponde a una entidad, sino que denota una cualidad, un atributo, pues es una idea abstracta y además, no cabe duda que en los textos romanos la palabra “persona”, no designa el sujeto de derechos, sino la personalidad.

Tal ocurre con el tema de la personalidad en la vida meramente social, no jurídica, si primero nos hemos percatado de lo que es la personalidad en la ciencia del Derecho, pues suele decirse en la vida de un Estado que ser persona en Derecho, significa ser sujeto de derechos y obligaciones.<sup>34</sup>

Eso nos lleva a preguntarnos si el concepto de “persona” en Derecho, es un concepto artificial, creado por la norma jurídica, o si corresponde a una noción previa que se impone al orden normativo. Y en ese caso, debemos preguntarnos si sólo el hombre es persona en Derecho, o si existen otros seres que puedan ser personas, además de los seres humanos.

### *Los tipos de personas*

En y para la ciencia del Derecho hay dos clases de personas. Unas son las personas físicas e individuales y otras las colectivas, que suelen ser denominadas personas morales, o personas jurídicas.

No obstante y en esencia, a la teoría fundamental del Derecho le corresponde de lleno determinar el concepto jurídico de persona, pero sin pretender excusar lo que hay en las personas (individuales o jurídicas) como realidad o fenómeno más allá del Derecho. Sino única y exclusivamente, en qué consiste esa calificación jurídica, es decir, que es lo que denota el concepto jurídico de persona o el concepto de persona jurídica.

<sup>33</sup>Véase L. Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>34</sup>Véase el artículo 22 del Código Civil Federal (Estados Unidos Mexicanos), DOF, del 31 de diciembre de 2004.

El profesor De Castro y Bravo, lo explica en la siguiente forma:

La persona y su mismo concepto, no son creación del Derecho, existen fuera de él y con su propio significado es aludida o utilizada por la norma. La función del Derecho positivo respecto a la persona, puede centrarse en los dos momentos lógicos de la designación y la conversión jurídica. La designación supone, como siempre, una salida del ámbito de la abstracción jurídica y el marcar una realidad que ya tiene una existencia, física o social, propia y no dependiente del Derecho.

La designación no es arbitraria, responde a por qué es de muy distinto origen respecto a las personas, viene directamente determinado por su origen (Derecho natural); la condición contenida en la norma, se refería a una realidad social, pero determinada en el “qué” y en el “cómo” por el Derecho natural. La conversión jurídica requiere al definir, jurídicamente, la realidad social y transformarla en realidad jurídica.

La definición de la realidad social, dado el carácter técnico o instrumental de la nomenclatura jurídica, puede hacerse utilizando un concepto que, aunque sinónimo en el Derecho, no corresponde exactamente (sea más o menos amplio) a su significado social: esta discrepancia externa, no significa una diversidad de naturaleza, ni una desconexión con la realidad, sino sólo un medio de referencia impuesto por la técnica de la interpretación jurídica.

La conversión de la realidad social, en jurídica, es el dar un nuevo valor a esa realidad, no sustituir la realidad social por la jurídica; se produce un cambio jurídico, social y hasta económico, pero la realidad a la que revaloraría y transforma el Derecho, es la que caracteriza e individualiza la referencia contenida en la norma, la que explica y justifica la peculiaridad de cada situación jurídica, de cada norma y de su interpretación.<sup>35</sup>

Para Gómez Pérez,<sup>36</sup> lo que en Derecho funciona como persona jurídica individual, no es la totalidad del hombre ni su entraña individual e irreducible, ni la plenaria realidad íntima; sino más bien, una especial categoría genérica que se adhiere a esa realidad, pero sin contenerla dentro de sí.

Y lo mismo se puede decir respecto de la persona jurídica o colectiva, es decir, lo que funciona como tal en el Derecho, no es la realidad concreta y total del ente colectivo, sino un sujeto construido jurídica-

<sup>35</sup>Cfr. F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, Civitas, 1984, p. 27.

<sup>36</sup>Véase O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

mente, o bien, una categoría jurídica, que el ordenamiento proyecta sobre determinados tipos de situaciones sociales.

Pero en realidad, lo que funciona como persona jurídica en el área del Derecho, no es la plenitud del sujeto individual con su propia e intransferible existencia, sino sólo ciertas dimensiones genéricas y comunes, objetivadas y unificadas por el ordenamiento jurídico.

Por ello, precisamente la persona jurídica individual está constituida por esa objetivación unificada que el ordenamiento jurídico ha constituido con unas determinadas calidades genéricas y funcionales, que por ejemplo, son las calidades de ciudadano, de comprador, de empresario, de hijo y de padre, de contribuyente, de heredero, etcétera.

En fin, ya se trate de la persona física, es decir, de los seres humanos individualmente considerados o de la persona moral (el Estado, las sociedades, etcétera), el derecho protege y garantiza sólo aquellos fines que estima valiosos. Y para lograr esa protección y garantizar la realización de tales fines, construye el concepto de “personalidad”, que es susceptible de aplicarse a la persona humana individualmente o a un conjunto de hombres o de bienes organizados para la realización de ciertas finalidades jurídicamente valiosas.

## LA PERSONALIDAD JURÍDICA. EL INICIO Y EL FIN

Según lo menciona el profesor Recaséns Fiches,<sup>37</sup> en la edad Media se atribuían ciertos derechos a Dios, así como a los santos y demás personajes celestiales que crea o pueda conocer. Pero en nuestros días, aún tiempos de desenvolvimiento jurídico, a decir verdad no se puede considerar como sujeto de derecho a Dios y a esos seres celestiales, los animales, las cosas inanimadas y los muertos, sino sólo al hombre mismo.

El Derecho, a consecuencia de la naturaleza intrínseca del hombre como ser dotado de inteligencia, de libertad, y de responsabilidades, reconoce a la persona humana como una realidad que viene impuesta al ordenamiento jurídico.

<sup>37</sup>Véase L. Recaséns Sichés, *Filosofía del Derecho...*, op. cit., pp. 85 y ss.

En la personalidad jurídica de los seres humanos, se conoce perfectamente que a pesar de que muchas personas poseían esa calidad antológica, el Derecho se negaba a reconocerla. Para Gómez Pérez,<sup>38</sup> esto era porque en algunos países existían esclavos, o sea, individuos que siendo personas en el sentido físico, no lo eran en el sentido jurídico, pues la misma ley los sometía al régimen legal de las cosas.

Continúa exponiendo, que han existido ideas que aceptan identificar a las personas como sujetos de derecho con una realidad psicológica, pues es así como consideran que el Derecho mismo no tiene una existencia material perceptible por los sentidos, sino que solamente existe en las ideas, decisiones y actividades de los hombres. Y además, también puede considerarse como titular de derechos, consecuentemente con personalidad, a todo ser que corresponda a una realidad pensada.

No obstante, creemos que el concepto de personalidad íntimamente ligado al de la persona, no se confunde con ésta porque la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo. Recordemos que en el lenguaje ordinario se dice que una persona tiene o no personalidad o que tiene de acuerdo con su forma de ser, mayor o menor personalidad, sin que esto implique la negación de su categoría personal.

Pues de la misma manera, en el aspecto jurídico, la persona participa en las relaciones jurídicas, creándolas o extinguiéndolas, suprimiendo esas relaciones jurídicas, o sufriendo las consecuencias de la violación de un deber jurídico, como sujeto activo o pasivo de un determinado vínculo del Derecho.

Es decir, que la personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del Derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. O como lo menciona Galindo Garfias,<sup>39</sup> es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse.

Porque si el Derecho es impotente para crear a los seres humanos, es decir, a las personas físicas, puede construir y ha construido un dispositivo o instrumento que se le denomina *personalidad*, a través del cual, las per-

<sup>38</sup>Véase O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss.

<sup>39</sup>Véase I. Galindo Garfias, *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 307.

sonas físicas y las personas jurídicas o morales, pueden actuar en el tráfico jurídico como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas.

Por ello, no puede negarse que el ser humano es el sujeto de los derechos y deberes, facultades y obligaciones que derivan de la relación jurídica. Y que si se prescinde de su ser, ni siquiera se justificaría la existencia misma del Derecho, pues el hombre es la causa y razón suficiente de todo el orden normativo en el mundo, o por lo menos en esta época de la humanidad.

Así que definitivamente estamos de acuerdo en que:

la personalidad jurídica es una cualidad, cuyo origen está en el ordenamiento legal, pues este es el medio por el que el Estado reconoce aquella, tanto a las personas físicas, como a las jurídicas o morales. Y también, que dicho reconocimiento no queda a la discrecionalidad de la autoridad estatal, por el contrario, a ésta sólo le resta reconocer personalidad en los seres humanos, porque el Estado es una creación del individuo para garantizarle el reconocimiento y respeto de su personalidad.<sup>40</sup>

Incluso nos atrevemos a afirmar que en la anterior premisa se encuentra una de las causas por las que el Estado protege a la persona, tanto en el orden interno, como en el extranjero, para la defensa de sus propios intereses estatales.

Ahora bien, tras esa breve explicación, es momento de abordar una cuestión por demás interesante y con repercusiones en los ordenamientos legales, porque tiene y trae consigo consecuencias que rebasan con mucho lo estrictamente jurídico, al tener en su caso, un difícil contenido filosófico, moral, religioso, y corresponder a la concepción misma de la naturaleza humana. Me refiero a poder determinar cuál es el momento en el que la personalidad jurídica de un ser humano se inicia y cuándo concluye o termina.

Desde el punto de vista biológico, está determinado que el arranque cronológico de la persona físicamente considerada, tiene lugar con su concepción. No obstante, el presente no es un estudio médico, ni mucho menos biológico o cualquier otra ciencia afín. Por tanto, creo que debemos ubicarnos en el sitio correcto.

<sup>40</sup>Cfr. J.A. Domínguez Martínez, *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 135.

En el ámbito jurídico sin lugar a duda que el nacimiento y la muerte son reglas inobjetables que se refieren al inicio y el fin de la personalidad jurídica de la persona. Y si hablamos en primer lugar de personas físicas, las normas civiles en la mayoría de los Estados, contemplan este precepto; tal es el caso de la legislación mexicana, que se ocupa de establecerlo de la siguiente manera:

*Artículo 22.* La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.<sup>41</sup>

Por lo que se refiere para las personas físicas, en primer lugar, la determinación del nacimiento, tiene una gran trascendencia en el Derecho, ya que es un hecho jurídico que señala el principio de la propia personalidad.

No obstante, tal como lo menciona la norma anterior, desde que se inicia la vida intrauterina, o cuando al embrión que puede llegar a nacer, se le otorga una singular protección de la ley.

Es decir, se aplica la regla axiomática y ficticia del Derecho romano *Infans conceptus pro natur habitur*: al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable y se le brinda tutela y protección de la ley. No obstante, no se le atribuye anticipadamente una personalidad que en el transcurso de su gestación puede llegar o no a tener.

En nuestra opinión, el sentido que se le puede dar a este axioma es que el concebido no es virtualmente persona y siendo una persona “eventual”, se le reservan y tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habían transmitido (*hombre es el que ha de nacer*).<sup>42</sup>

Sin embargo, con vista a la protección del ser humano y puesto que la gestación es un anuncio de alumbramiento, el Derecho objetivo no puede desatender que ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que puede adquirir el ser concebido, deben ser adoptadas, para que si se llega a nacer, si adquiere vida

<sup>41</sup>Código Civil Federal, DOF, del 31 de diciembre de 2004.

<sup>42</sup>Véase en este sentido las diversas opiniones en E. Petit, *Tratado elemental de Derecho romano*, 12a. ed., México, D.F., Porrúa, 1995, p. 95.

propia, si llega a vivir por sí mismo, ya separado de su madre, pueda adquirir definitivamente ciertos derechos.

El *nasciturus*, en tanto no ha nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos, no ha adquirido aún personalidad. El Derecho conserva en su favor los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca, porque sólo a partir del momento de su nacimiento, va a adquirir la capacidad jurídica. Pero nada impide que antes de nacer siempre que esté concebido pueda ser designado válidamente heredero, legatario, o donatario, si llegase a adquirir personalidad después de nacido.

Por ello siguiendo ese mismo sentido, el Código Civil del estado de Tamaulipas por mencionar un ejemplo, establece en su artículo 18 que persona es todo ser humano. Además, continúa diciendo que la personalidad jurídica es uno de los atributos de la persona física que se adquiere por el nacimiento viable y se extingue con la muerte; y que desde el momento en que el ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley, por tanto, se le tiene por nacido para todos los efectos legales.<sup>43</sup>

Ahora bien por otra parte, no podemos olvidar que el aspecto de la persona encuentra su natural extinción en la muerte, es decir, cuando la vida cesa.

Sin embargo, existen casos especiales en el Derecho civil, donde la personalidad del occiso puede continuar produciendo consecuencias jurídicas y su patrimonio sigue constituyendo una unidad.<sup>44</sup> Es decir, ésta desaparece hasta que en la sucesión se realiza la adjudicación a sus herederos, quienes deben responder de las obligaciones del finado, y ejercitar los derechos patrimoniales que tuvieran a su favor. En caso contrario, nunca desaparecerían tales obligaciones.<sup>45</sup>

<sup>43</sup>Artículo 18: Son personas físicas los individuos de la especie humana, desde que nacen hasta que mueren. La personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se extingue por la muerte; pero desde el momento en que un ser humano es concebido entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este Código. "Código Civil para el Estado de Tamaulipas" (Estados Unidos Mexicanos). Decreto núm. 441 del 10 de diciembre de 1986. *Periódico Oficial del Estado* del 6 de diciembre de 2001.

<sup>44</sup>Véase al respecto a R. de Pina, *Derecho civil mexicano*, vol. 1, 19a. ed., México, D.F., Porrúa, 1995, pp. 209 y ss.

<sup>45</sup>Véanse los artículos 22, 337 y 1377 del Código Civil Federal (DOF, del 31 de diciembre de 2004).

No obstante, aquellos aspectos que están ligados íntimamente con la personalidad del *de cuius* y que constituyen fuentes de su manifestación, sí desaparecen. Debido a que con la muerte, por ejemplo, el vínculo conyugal se extingue, la patria potestad termina, etcétera.<sup>46</sup>

En segundo lugar, en el Derecho romano apareció un segundo grupo de personas. Las *personas morales*, también llamadas personas jurídicas, personas colectivas, personas ficticias o artificiales, porque se contraponen a las características esenciales de la persona física, es decir, individuales, reales o naturales.

En esencia, este tipo de personas en México podrían ser de carácter público, como por ejemplo, Estados o municipios. De carácter semi-público como sindicatos, cofradías, etcétera, según lo expuesto por el Código Federal Civil:

*Artículo 25.* Son personas morales: I. La Nación, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley. VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.<sup>47</sup>

Pero existen ciertos criterios, tanto doctrinales como jurídicos para determinar la calidad de persona moral. Pues para la teoría pura del Derecho, la persona física y la persona jurídica, son ambas la personificación de un orden jurídico.

No obstante debemos advertir que en sentido contrario, Kelsen<sup>48</sup> advierte lo siguiente: “a semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica, designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos”.

<sup>46</sup>Véanse los artículos 197, 243, 267 fracc. X, 290, 324 fracc. II, 443, fracc. I, en Código Civil Federal (DOF, del 31 de diciembre de 2004).

<sup>47</sup>Código Civil Federal (DOF, del 31 de diciembre de 2004).

<sup>48</sup>Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho...*, *op. cit.*, p. 201.

Analizando lo expuesto anteriormente, se puede señalar que aún se busca y no se encuentra la justificación o esencia de la personalidad moral, dentro de la cual tampoco encuentra respuesta la creación ficticia de la personalidad del Estado. Pero ello lo analizamos posteriormente.

Por último, en cuanto al principio y fin de la personalidad de las personas morales, se puede hacer una paráfrasis del nacimiento y defunción de las personas físicas. Pues según un principio de Derecho internacional, las personas morales nacen cuando se constituyen, y mueren cuando se disuelven y/o liquidan.<sup>49</sup>

Así que en términos generales (persona física y moral), esa categoría de derechos se distingue de los atributos de la personalidad, en cuanto éstos no constituyen en sí mismo un derecho, sino que son consecuencias jurídicas de la calidad de persona, al paso que los derechos de la personalidad forman un conjunto de derechos que son la esencia misma de la persona en su calidad de ser humano.

## LOS ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS

El estudio de la personalidad jurídica de las personas no se limita a observar el medio, respecto de los seres humanos, como sujetos de derecho. Debemos adentrarnos en el contenido de esa personalidad, jurídicamente hablando, compuesto por sus atributos y hemos de referirnos a cada uno de éstos.

Ciertamente, la personalidad es la aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas, aptitud que respecto de las personas físicas se tiene por el solo hecho de tratarse de un ser humano, pero ello no comprende la sustancia misma de la personalidad. Ésta se compone por sus atributos, que son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídica en la personalidad de los sujetos.

La persona posee ciertas características peculiares y se refleja en los atributos de la personalidad, como son por ejemplo, la capacidad,

<sup>49</sup>Principio establecido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el asunto *Barcelona Traction Light and Power Co.*, CIJ, Reports 1970, párr. 93.

el nombre, el domicilio, el estado, el patrimonio, y la nacionalidad. A esta última le dedicamos un estudio a fondo en capítulos posteriores.

Ahora bien, estas características a las que nos referimos han sido analizadas por diversos autores, aunque explicadas de diversa manera. Por ejemplo, Rojina Villegas,<sup>50</sup> quien cita a Paul Esmein, señala que como emanación de la persona, el patrimonio debía comprender en sí mismo, los derechos llamados “bienes innatos”, a los cuales nombramos ahora como los derechos de la personalidad.

Según ese autor, los derechos innatos, o derechos de la personalidad a los que se refiere, son los derechos individuales o libertades públicas garantizadas por la “Declaración de los derechos del hombre”, es decir, derecho a la integridad de su cuerpo, al respeto de su pensamiento y de su vida íntima, a su reputación y a su libre actividad.

Para Galindo Garfias, al hablar de los atributos de la personalidad, indica lo siguiente: “la personalidad lleva implícitas ciertas cualidades que se denominan atributos de la personalidad. La personalidad de que goza una persona física, lleva afechos los siguientes atributos: a) nombre; b) el domicilio; c) el estado civil y político; d) la nacionalidad”.<sup>51</sup>

En suma, a pesar de diferir de las opiniones de los autores sobre cuáles son los atributos de la personalidad, en este estudio cabría analizar cada uno de ellos, basándonos en lo realizado por la práctica legal en México actualmente.

### *La capacidad*

Sin duda alguna, la capacidad debe ser reconocida no sólo como el atributo más importante de la personalidad, sino como su atributo esencial. Por ello, se pueden expresar diversas opiniones sobre su esencia.

Por ejemplo, Magallón Ibarra,<sup>52</sup> citando a los principios de Justiniano, indica que “es capaz el que es dueño de sí mismo, y no lo es quien se encuentra sujeto a la potestad de otro”.

<sup>50</sup>Véase R. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil*, vol. 1, México, D.F., 1997, Porrúa, pp. 45 y ss.

<sup>51</sup>Cfr. I. Galindo Garfias, *Estudios de Derecho civil...*, op. cit., p. 208.

<sup>52</sup>Cfr. J.M. Magallón Ibarra, *Derechos del propietario*, México, D.F., UNAM, 2000, p. 21.

Gómez Pérez, por otra parte, indica que la capacidad jurídica se confunde con la personalidad, debido a que “todo ser capaz de poseer derechos y de estar sometido a obligaciones, es una persona”.<sup>53</sup>

Domínguez Martínez la define como “la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros, y contraer y cumplir las segundas en forma personal”.<sup>54</sup>

Pero “la capacidad” como vocablo jurídico, comprende su lado positivo y su lado negativo, es decir, la incapacidad. En primer lugar, la incapacidad, es ampliamente reglamentada tanto en el Derecho civil de fondo, como en el procesal, a fin de estipular legalmente esa limitación.

Precisamente en la *Instituta de Justiniano*,<sup>55</sup> cuando se atiende el lado negativo de la capacidad, se inclina por el examen de las personas sujetas a la potestad de otra y deja a la exclusión resultante la determinación de la capacidad.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en las disposiciones del Código Civil Federal, donde se hace referencia a la minoría de edad y el estado de interdicción, pero se contemplan en la ley los casos de patria potestad, la adopción, la emancipación, la herencia testamentaria o intestada y la tutela. Lo anterior se plasma de la siguiente manera:

*Artículo 23.* La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

*Artículo 450.* Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no

<sup>53</sup>Cfr. O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, op. cit., p. 217.

<sup>54</sup>Cfr. J.A. Domínguez Martínez, *Derecho civil...*, op. cit., p. 166.

<sup>55</sup>Véase la *Instituta de Justiniano* en E. Petit, *Tratado elemental de Derecho romano...*, op. cit., pp. 96 y ss.

puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

*Artículo 451.* Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.;

*Artículo 462.* Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella;

*Artículo 473.* El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

*Artículo 475.* El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.;

*Artículo 504.* Serán separados de la tutela:

IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;

*Artículo 543.* Si los menores o los mayores de edad, con algunas de las incapacidades a que se refiere el artículo 450 fracción II, fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para los gastos que demandan su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine, serán cubiertas por el deudor alimentario. Cuando el mismo tutor sea obligado a dar alimentos, por razón de su parentesco con su tutelado, el curador ejercitará la acción a que este artículo se refiere.;

*Artículo 1321.* Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela.;

*Artículo 1325.* Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de

auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros.<sup>56</sup>

En segundo lugar, cuando se reconoce el aspecto positivo de la capacidad, se hace referencia a la aptitud que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones.

Pero al hablar de disfrute, inexcusablemente se hace referencia al aspecto genérico de la capacidad, es decir, capacidad de goce o jurídica. Y también, al hablar de derechos y obligaciones, nos situamos ante la capacidad de ejercicio, o capacidad de actuar.

Para definir cada una de ellas, la capacidad jurídica o de goce, “es la aptitud que tiene el individuo para ser sujeto de derechos”.<sup>57</sup> Esta especie de capacidad, según Moto Salazar, corresponde a todo hombre, por el hecho de serlo, y sin tener en cuenta su sexo, edad o nacionalidad. Concepto que coincide ampliamente con el de la personalidad.

Y por otro lado, la capacidad de ejercicio o de actuar, “es la aptitud del individuo para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y contraer obligaciones”.<sup>58</sup> En otras palabras, la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho y la capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para adquirir y para ejercer derechos por sí misma. Incluso, ello nos autoriza a considerar a la capacidad de goce como el atributo de más importancia, a grado tal, como lo menciona Domínguez Martínez,<sup>59</sup> ésta llega a ser confundida con la personalidad jurídica misma.

Lo que sin duda nos conduce a apoyar la tesis de Gómez Pérez: “la capacidad de goce es total, y la de ejercicio es parcial”.<sup>60</sup> La razón de ello es porque en la legislación civil mexicana se instituye un precepto que contempla la capacidad de goce y la de ejercicio en su texto:

*Artículo 24.* El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.<sup>61</sup>

<sup>56</sup>Código Civil Federal (DOF del 31 de diciembre de 2004).

<sup>57</sup>E. Moto Salazar, *Elementos de Derecho...*, op. cit., pp. 139 y ss.

<sup>58</sup>*Ibidem*, p. 139.

<sup>59</sup>Véase J.A. Domínguez Martínez, *Derecho civil...*, op. cit., p. 167.

<sup>60</sup>O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, loc. cit., p. 218.

<sup>61</sup>Código Civil Federal (DOF del 31 de diciembre de 2004).

*Artículo 20.* La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.<sup>62</sup>

Por último, al referirnos a la capacidad de goce de las personas morales no podemos olvidar que ésta siempre estará limitada por el objetivo de su institución y sólo pueden ejercer los derechos que sean necesarios para realizar esa finalidad.<sup>63</sup> Es decir, la persona moral encuentra una cierta limitación en la naturaleza de su estatuto o acta constitutiva.

Por ejemplo, una sociedad civil no tiene capacidad para realizar actos de comercio en forma permanente, dedicando a ello su actividad. Una asociación civil, no tiene capacidad para realizar actos preponderantemente económicos. Y una fundación, carece de capacidad para realizar fines políticos.

En ese sentido cabe hacer referencia a lo contenido en el Código Civil del Estado de Tamaulipas, porque contiene de manera general los preceptos anteriores:

*Artículo. 23.* Las personas morales tienen capacidad jurídica para ejercer todos los derechos necesarios para el cumplimiento de su objeto, por medio de los órganos que las representen, sea por disposición de la ley o conforme a las reglas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.<sup>64</sup>

### *El nombre*

Otro atributo de la personalidad es el nombre de la persona. Magallón Ibarra lo define como “señal distintiva de la filiación”.<sup>65</sup> Además menciona que es un término técnico que corresponde a una noción legal y que sirve para designar a las personas, siendo un elemento esencial y necesario del estado de las personas.

<sup>62</sup>Código Civil para el Estado de Tamaulipas (Estados Unidos Mexicanos). Decreto núm. 441 del 10 de diciembre de 1986, *Periódico Oficial* del Estado del 6 de diciembre de 2001.

<sup>63</sup>Véase R. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>64</sup>Código Civil para el Estado de Tamaulipas (Estados Unidos Mexicanos). Decreto núm. 441 del 10 de diciembre de 1986. *Periódico Oficial* del Estado del 6 de diciembre de 2001.

<sup>65</sup>Cfr. J.M. Magallón Ibarra, *Derechos del propietario...*, *op. cit.*, p. 27.

Por su parte, Rojina Villegas afirma que “el nombre como derecho subjetivo, es un interés de carácter extramatrimonial no valorable en dinero, ni objeto de contratación, jurídicamente protegido”.<sup>66</sup>

Y Gómez Pérez manifiesta que el nombre “es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de tener para sí, una identificación exclusiva respecto a todas las manifestaciones de su vida social”.<sup>67</sup>

A pesar de encontrar coincidencias en las anteriores opiniones de los autores, encontramos un elemento común. Que el nombre es un atributo con relevancia jurídica que tiende a caracterizar, individualizar, identificar, designar y a distinguir en forma habitual a una persona, porque ésta tiene derecho subjetivo a la identidad y a no ser confundida con las demás.

El nombre desde la antigüedad

Desde tiempos antiguos encontramos que el uso del nombre ha ido evolucionando. En algunos pueblos, las personas poseían un nombre único, por ejemplo, Aquiles, Sócrates, Platón, Aristóteles, lo que significa que el nombre era individual. Entre los hebreos, se relacionaba a las personas con su lugar de origen o con aquel donde vivían, por ejemplo, Jesús de Nazaret, José de Arimatea, Simón el Cirineo, etcétera.

En la antigua Roma, el nombre quedaba integrado de la siguiente manera:

- El *nomen* o nombre debía ir acompañado del *gentilicio*, que consignaba la *gens* o familia a la cual pertenecía. Este derecho se mantuvo hasta los tiempos de los emperadores.
- El *cognomen* servía para determinar la posición que la persona guardaba dentro de la familia. Este elemento accesorio desapareció posteriormente.
- El *gentilicio*. Aparte de a los miembros masculinos de la familia excluidos, naturalmente los esclavos, pero no los adoptados y los clientes, el nombre gentilicio se concedía también a mujeres.<sup>68</sup>

<sup>66</sup>Cfr. R. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>67</sup>Cfr. O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>68</sup>Véase A.B. Fernández del Valle, *Filosofía del Derecho*, México, D.F., 2001, Porrúa, pp. 739 y ss.; E. Petit, *Tratado elemental de Derecho romano...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

Señala Fernández del Valle,<sup>69</sup> que el uso del nombre romano se introdujo en las Galias como lo indicaban las inscripciones, pero que desapareció completamente con las invasiones bárbaras por tener los germanos un nombre individual, al que agregaban un patronímico (el nombre del padre, precedido del sufijo “ing”, o sea, hijo de).

Agrega que en la Edad Media, reaparece la tendencia de señalar con el nombre el propio origen y su vinculación con las grandes familias. No obstante, con la influencia del cristianismo se nombraba a las personas de acuerdo con los nombre de los santos. En igual forma, se acostumbró que en el nombre se consignaran cualidades o defectos físicos o morales, profesiones, costumbres, funciones, país de origen, o lugar donde vivía.

Y complementa mencionando que esta costumbre fue adicionada posteriormente con el patronímico, o sea, el nombre del padre, que correspondía al gentilicio del derecho romano. En el desarrollo medieval del Derecho, el nombre estaba sujeto al capricho y arbitrio de las personas que lo utilizaban, ya que podían cambiarlo. Esa situación prevaleció hasta 1555, cuando el rey Enrique II expidió el *Edicto Amboise*, por el que prohibió el cambio del nombre sin previa autorización, so pena de multa.

Ahora bien, habrá que hacer referencia a la constitución actual del nombre en países como México, cuyos orígenes provienen del Derecho romano.

Según Galindo Garfias,<sup>70</sup> quien cita a Planiol, el nombre se compone de dos voces: el nombre de pila (en razón del bautizo cristiano) y el patronímico o apellido, que es común a la familia y por tanto obligatorio, ya que permite identificar a la persona como perteneciente a un grupo familiar determinado.

El primero sirve para ser distinguido dentro del seno de ella. Y el uso del apellido materno es complementario, pues se utiliza en forma potestativa, aun cuando sea obligatorio en negocios judiciales.

Finalmente, no podemos olvidar que junto a la práctica actual para establecer el nombre de la persona, cuyos umbrales son romanos, nos

<sup>69</sup>*Ibidem*, pp. 740 y ss.

<sup>70</sup>Véase I. Galindo Garfias, *Estudios de Derecho civil...*, op. cit., p. 209.

encontramos con otro tipo de práctica que se utiliza para denominar a una persona.

Los *apodos*, que carecen de relevancia jurídica, aunque en el proceso penal pueden tener valor desde el punto de vista de su identificación en el mundo del hampa. El *pseudónimo*, que es a la vez un sobrenombre o nombre distinto, ficticio, que se da a sí mismo el individuo para distinguirse en ciertos medios literarios o artísticos.

El *nombre monacal*, acogido por aquellas personas que se retiran de la vida civil y se dedican a actividades eminentemente religiosas. Y los *títulos de nobleza*, parte accesoria del nombre, que era en realidad la prueba de una cualidad especial que tenía cierto valor jurídico y que a la vez implicaba un derecho de propiedad.<sup>71</sup>

El cambio de nombre en la legislación mexicana

Es cierto que al momento de nacer una persona, física o moral, incluso antes de su nacimiento o creación, ya cuenta con un nombre. Pero en la vida cotidiana, existen casos en que por algunas circunstancias personales, el individuo o persona decide cambiarse el nombre de origen.

La legislación mexicana permite modificar o enmendar las actas del Registro Civil, y de ello deriva la posibilidad indirecta de poder cambiar legalmente el nombre. En ese mismo contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha asentado criterios relacionados con esta materia, siendo uno de los más invocados en los juicios la *Tesis 312, visible a 941 fojas, del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Cuarta Parte, Tercera Sala*, que a continuación se transcribe:<sup>72</sup>

REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE, EN EL ACTA DE NACIMIENTO PARA AJUSTARLA A LA REALIDAD SOCIAL. Aun cuando en principio, el nombre con que fue registrada una persona es inmutable, sin embargo, en los términos de la fracción II del artículo 135 del Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales, es procedente la rectificación del nombre en el

<sup>71</sup>Sobre este tema véase principalmente a E. Moto Salazar, *Elementos de Derecho...*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>72</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección de Investigación y Automatización Legislativa, Poder Judicial de la Federación, México, D.F., 2005.

acta de nacimiento, no solamente en el caso de error en la anotación, sino también cuando existe una evidente necesidad de hacerlo, como en el caso en que se ha usado constantemente otro diverso de aquel que consta en el registro y sólo con la modificación del nombre se hace posible la identificación de la persona; se trata entonces de ajustar el acta a la verdadera realidad social y no de un simple capricho, siempre y cuando, además, esté probado que el cambio no implica actuar de mala fe, no se contraría la moral y no se defrauda ni se pretende establecer o modificar la filiación, si se causa perjuicio a tercero.

Quinta época: CXXXV, p. 514, A.D. 5485/54. Hernández Rodríguez, Rosaura. Mayoría, 4 votos.

Sexta época. Cuarta Parte: Vol. X, p. 183, A.D. 4669/57. Aurora Quiroz Pascal. Unanimidad, 4 votos.

Vol. XXXI, p. 70, A.D. 2478/59. Bertha Amarillas de Orozco. 5 votos.

Vol. XLVIII, p. 239, A.D. 7800/58. Rosalía Zepeda de Tamayo. Mayoría, 4 votos.

Vol. LXIX, p. 17, A.D. 6233/61. Ernestina Negrete Cueto. 5 votos.

La realidad es que el Código Civil carece de un capítulo en el que en forma sistemática, enuncie los conceptos propios del nombre y por tanto, se requiere acudir a la materia del Registro Civil en el caso mexicano.

Así, al hablar de actas de nacimiento encontramos que en el Código Civil Federal, se establece la obligación de acudir a registrar el nombre de una persona física ante el Juez del Registro Civil, encargado de realizar dicho acto:

*Artículo 55.* Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y, en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél. Los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna. Si el nacimiento tuviere lugar en un sanatorio particular o del Estado, la obligación a que se refiere el párrafo anterior, estará a cargo del Director o de la persona encargada de la administración. Recibido el aviso, el Juez del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas.

*Artículo 58.* El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital del presentado. Si éste se presenta como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciéndose constar esta circunstancia en el acta. Si el nacimiento ocurriere en un establecimiento de reclusión, el Juez del Registro Civil deberá asentar como domicilio del nacido, el Distrito Federal. En los casos del artículo 60 y 77 de este Código el Juez pondrá el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca.

*Artículo 59.* Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación.

*Artículo 60.* Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera del matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición. La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los Tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código. Además de los nombres de los padres se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio. En las actas de nacimiento no se expresará que se trata en su caso de hijo natural.<sup>73</sup>

Además, la misma legislación contempla la posibilidad de la rectificación de un acta del Registro Civil llamada “por vía de consecuencia”, en casos en los que existe legitimación de un hijo o simple reconocimiento.

*Artículo 340.* La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

*Artículo 341.* A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito

<sup>73</sup>Código Civil Federal (DOF, del 31 de diciembre de 2004).

o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

*Artículo 354.* El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.

*Artículo 355.* Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo, o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.

*Artículo 356.* Si el hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento del padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.<sup>74</sup>

Por tanto, podemos resumir que al hablar del derecho que una persona tiene sobre su nombre se manifiesta en dos formas: una positiva que consiste en la facultad de usarlo y otra negativa, que se traduce en el derecho de impedir que un tercero lo use sin causa.

En consecuencia apoyamos la idea de De Pina, cuando menciona que el nombre posee las siguientes cualidades, aunque no exista norma legal que las adopte: “Es inalienable, porque no puede cederse ni adquirirse. No está en el comercio ni es susceptible de apropiación. Es a la vez imprescriptible, ya que ni se adquiere, ni se pierde por su uso. Es inmutable, ya que con las reservas expuestas, no se modifica, ni cambia, por ser una señal distintiva de la filiación.”<sup>75</sup>

### *El domicilio*

Para Magallón Ibarra, “el domicilio es un elemento que sirve para localizar a una persona y contribuye con el nombre a darle una identidad jurídica al individuo”.<sup>76</sup>

<sup>74</sup>*Idem.*

<sup>75</sup>Cfr. R. de Pina, *Derecho civil mexicano...*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>76</sup>Cfr. J.M. Magallón Ibarra, *Derechos del propietario...*, *op. cit.*, p. 31.

Moto Salazar, lo define como “el lugar donde reside una persona con el propósito de establecerse en él”.<sup>77</sup>

Gómez Pérez simplemente enuncia que el domicilio “es la casa en la que se habita” Pero agrega que: “el domicilio está íntimamente ligado con el centro de actividades del individuo, del que emanan numerosas consecuencias, tanto en el orden del ejercicio, como al cumplimiento de sus obligaciones”.<sup>78</sup>

Planiol rechaza esa tesis porque afirma que solo pueden existir relaciones entre personas no de éstas con las cosas, puesto que las cosas constituyen el objeto de las relaciones. Así que define al domicilio como “el lugar de habitación de una persona”.<sup>79</sup>

En los conceptos expuestos encontramos elementos que aparentemente son afines, es decir, la residencia y la permanencia. Precisamente el Código Civil Federal, opta por un sistema complementario, agregando al lugar donde se reside un elemento subjetivo, que consiste en el propósito de establecerse en él.

*Artículo 29.* El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encuentren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.<sup>80</sup>

Además, en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se reconoce el principio de la protección e inviolabilidad del domicilio, reconociendo a este como una garantía individual. Tal artículo establece lo siguiente:

*Artículo 16.* Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.<sup>81</sup>

<sup>77</sup>Cfr. E. Moto Salazar, *Elementos de Derecho...*, op. cit., p. 134.

<sup>78</sup>Cfr. O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, op. cit., p. 226.

<sup>79</sup>Citado en I. Galindo Garfias, *Estudios de Derecho civil...*, loc. cit., p. 213.

<sup>80</sup>*Código Civil Federal* (DOF del 31 de diciembre de 2004).

<sup>81</sup>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF 12 de diciembre de 2005).

Y por otro lado, al igual que las personas físicas, las personas jurídicas o morales, tienen y deben tener un domicilio. Sin entrar en más detalles al respecto, porque la legislación mexicana es muy explícita, observamos en el siguiente artículo las claras pretensiones de la ley mexicana en relación a este tema:

*Artículo 33.* Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en este lugar, en cuanto a todo lo que a esos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.<sup>82</sup>

Así que por todo lo anterior, podemos resumir que: Primero, toda persona debe tener un domicilio. Segundo, sólo las personas pueden tener domicilio. Tercero, las personas sólo pueden tener un domicilio, aunque este principio se encuentre reñido con la realidad, pues tanto las personas físicas como morales, tienen más de un domicilio, al que se les llama, domicilio subsidiario.

Distintas clases de domicilio

Al analizar las diversas disposiciones legales del Derecho civil que regulan lo referente a la persona y el domicilio de éstas, vamos a encontrar distintos tipos de domicilio.

Para entrar al análisis de cada uno de ellos, nos tenemos que referir en primer lugar, al domicilio legal. *El domicilio legal*, que es el que la misma ley impone, sin que el interesado pueda hacer una elección subjetiva de él. El artículo 30 del Código Civil Federal, establece el siguiente concepto:

*Artículo 30.* El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.<sup>83</sup>

<sup>82</sup>Código Civil Federal..., *loc. cit.*

<sup>83</sup>*Idem.*

El segundo tipo es el domicilio convencional: Es el que de común acuerdo, dos o más partes señalan para el ejercicio de un derecho, o para el cumplimiento de una obligación. La ley federal también contempla este tipo de domicilio, aunque no especifica para qué tipo de obligaciones es este domicilio.

*Artículo 34.* Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones.<sup>84</sup>

Y otro más el *domicilio conyugal*. Antes de los decretos de reformas al Código Civil Federal, el sistema del Código que nos rigió en México reconoció que era un privilegio del marido señalar el domicilio en el que debía vivir con su pareja. Esta fórmula venía observando la tradición romana *deductio in domun mariti*. Así, dentro de los perfiles que reivindicaron la situación jurídica, política y social de la mujer, se derogó ese principio para quedar en el Código Civil de la siguiente manera:

*Artículo 163.* Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.<sup>85</sup>

Pero de todos los tipos de domicilio expuestos anteriormente, para Gómez Pérez,<sup>86</sup> existe otro tipo de domicilio más, que es el *domicilio competencial*. Se le llama así al factor que es determinante para que en la actuación de los tribunales, éstos lo hagan en virtud de tener jurisdicción y competencia. De ahí que se reconozca que la jurisdicción de una autoridad judicial, le corresponde según el domicilio de las partes, o al menos, de una de ellas.

<sup>84</sup>*Idem.*

<sup>85</sup>*Idem.*

<sup>86</sup>Véase O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 229.

Creemos que la profesora Gómez Pérez se basa en lo dispuesto por la normativa del Estado de Jalisco (México), pues este criterio se encuentra únicamente en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco cuyo texto enuncia lo siguiente:

*Artículo 161.* Es Juez competente:

IV. El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles o de acciones personales o de estado civil. Cuando sean varios los demandados y tuvieren diversos domicilios, será competente el Juez del domicilio que elija el actor.<sup>87</sup>

### *El estado civil de la persona*

Como lo hemos dicho anteriormente, el nombre es un atributo que permite identificar a la persona y el domicilio es un elemento jurídico que sirve para localizar a esa persona. Pero al tratar el tema del “estado civil” de la persona, debe decirse que éste fija su identidad jurídica, ya que todos ellos son los signos reveladores de la personalidad del individuo.

En Roma, la situación jurídica de toda persona estaba determinada por un presupuesto: su *status* o *conditio*, que tenían participación en su capacidad. El estado vale tanto como posición, postura o manera de ser, estar o vivir de las personas, según las circunstancias, condición, o manera en que los hombres viven o están. Así el estado jurídico civil, será la distinta consideración que la persona merece a la ley, según sus circunstancias.<sup>88</sup>

Pero el antecedente romano permite entender la clasificación y perspectiva actual, que ubica a la persona en una triple perspectiva: su nación, su familia y en sí misma.

Para Moto Salazar, el estado civil de la persona es “la relación en que se hallan en el agrupamiento social (familia, Estado)”<sup>89</sup> Para De

<sup>87</sup>Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco (Estados Unidos Mexicanos). (Decreto número 21432.) *Periódico Oficial* del Estado del 25 de septiembre de 2006.

<sup>88</sup>Véase sobre este tema a H. Mazeaud, “Los sujetos de derechos”, en *Lecciones de derecho civil*, primera parte, vol. II, Luis Alcalá Zamora y Castillo (trad.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, pp. 28 y ss.; I. Galindo Garfias, *Personas. Familia*, México, D.F., Porrúa, 1973, pp. 368 y ss.

<sup>89</sup>Cfr. E. Moto Salazar, *Elementos de Derecho...*, *op. cit.*, p. 136.

Pina, “es una relación jurídica de tal modo inherentes a la persona que no puede cederse, ni transmitirse, por lo que las cuestiones que a ella se refieren, no pueden ser objeto de compromiso o transacción”.<sup>90</sup> Para Gómez Pérez, “es el conjunto de cualidades constituyentes, que distinguen al individuo en la ciudad y la familia”.<sup>91</sup>

Mazeaud señala que “es la conjugación de ciertas cualidades que son inherentes a cada individuo, y que están unidos a la persona, como la sombra al cuerpo”,<sup>92</sup> Planiol<sup>93</sup> advierte que se llama estado de una persona (*status o conditio*), a determinadas cualidades que la ley toma en consideración para atribuirle ciertos efectos jurídicos.

Así, las cualidades de: mayor de edad, de esposo o hijo legítimo, son estados jurídicos. Por tanto, designar el estado de una persona es calificarla, precisando el punto de vista bajo el cual se considera.

En suma, podemos decir que al hablar de estado civil de las personas, nos referimos únicamente a las personas físicas, no las morales o jurídicas, debido a que estas carecen de ese atributo, característico sólo de la persona humana. Pues tal como lo expresa Galindo Garfias, “la persona moral posee capacidad, nombre, nacionalidad y domicilio, pero carece de estado o condición social”.<sup>94</sup>

#### Prueba y tipos de estado civil de la persona

La profesora Gómez Pérez,<sup>95</sup> acertadamente asevera que el estado civil de las personas se prueba con las actas del registro civil (caso mexicano).

¿Pero qué sucede ante su inexistencia? En realidad, el estado no puede comprobarse con los medios admitidos por el Derecho, aunque en esa relación y ante los ojos del público, o ante los ojos de los demás, la persona aparezca como gozando de ese estado, o de esa situación, pero que no se pueda comprobar por falta de registro.

<sup>90</sup>Cfr. R. de Pina, *Derecho civil mexicano...*, op. cit., p. 214.

<sup>91</sup>Cfr. O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, op. cit., p. 230.

<sup>92</sup>Cfr. H. Mazeaud, *Los sujetos de derechos...*, op. cit., p. 33.

<sup>93</sup>Citado en I. Galindo Garfias, *Estudios de Derecho civil...*, loc. cit., p. 216.

<sup>94</sup>Cfr. I. Galindo Garfias, *Personas. Familia...*, op. cit., p. 369.

<sup>95</sup>O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, op. cit., p. 233.

Precisamente, esa posesión en el Derecho romano, se establecía como posesión del estado civil de la persona. Por ello Mazeaud advierte que

aun cuando el estado civil es susceptible de posesión, la posesión de un estado civil no puede llevar a adquirir ese estado, lo que quiere decir que como características esenciales, la posesión de estado es imprescindible (ni se adquiere, ni se extingue por la misma posesión), e inalienable (por no estar en el comercio). De ahí resulta la presunción que aúna la posesión de estado civil, puesto que casi siempre, la persona que posee un estado, o sea, que tiene sus apariencias, es realmente su titular.<sup>96</sup>

Precisamente, la ley presume que es así,<sup>97</sup> pues la posesión del estado constituye una presunción de la realidad del estado civil. No obstante, esa posesión del estado civil no constituye el medio ordinario de su prueba, sino únicamente un medio subsidiario que opera a falta de pruebas normales.

Ahora bien, establecida la regla genérica veamos ahora lo que establece el Código Civil del Estado de Jalisco, por ser la normativa mexicana que contiene los elementos tradicionales de la posesión de estado:

*Artículo 77.* El estado civil es la situación jurídica que guarda la persona en relación con la familia en cuanto al nombre, al trato y a la fama.

*Artículo 78.* Posesión de estado civil es la conducta reiterada que en forma pública hace una persona, de un estado civil.

<sup>96</sup>Cfr. H. Mazeaud *Los sujetos de derechos...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>97</sup>*Artículo 35.* En el Distrito Federal, estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en los perímetros de las Delegaciones del Distrito Federal, así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes;

*Artículo 39.* El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley;

*Artículo 40.* Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos;

*Artículo 51.* Para establecer el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la Oficina que corresponda del Distrito Federal o de los Estados. Código Civil Federal (DOF del 31 de diciembre de 2004).

*Artículo 79.* Es objeto de especial protección el estado civil y la posesión de estado civil.

*Artículo 86.* Para acreditar la posesión de estado civil se deberá atender, el trato y comportamiento en el seno de la familia respectiva, la fama que sobre el particular tenga la persona en sus relaciones sociales y de familia así mismo se deberá tomar en consideración el nombre propio que utilice quien posea un estado civil.

*Artículo 472.* La filiación de los hijos nacidos de matrimonio, se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

*Artículo 473.* A falta de actas o si éstas fueran defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

*Artículo 474.* Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no puede disputarse a los hijos su legitimidad por sólo la falta de presentación del acta de matrimonio, siempre que se pruebe esta legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos a la cual no contradiga el acta de nacimiento;

*Artículo 475.* Quien ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;
- II. Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.<sup>98</sup>

Por otra parte, considerando la importancia que tiene el estado civil de las personas, así como sus consecuencias en el orden de importan-

<sup>98</sup>Código Civil del Estado de Jalisco (*Estados Unidos Mexicanos*). (Decreto número 21421). *Periódico Oficial* del Estado del 26 de septiembre de 2006.

cia, tengamos presente que el estado civil crea derechos a favor de las personas, determinando el número y la naturaleza de los derechos y obligaciones que le corresponden.

Pero, tal como lo menciona De Pina, “el estado civil no es de orden patrimonial en sí mismo, pero es fuente de intereses patrimoniales, por ejemplo, en materia sucesoria los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos en la herencia legítima”.<sup>99</sup>

Así que en ese orden de sus consecuencias, los derechos pueden ser patrimoniales y no patrimoniales o personales. Es decir, para los primeros aparece la filiación y los derechos pecuniarios que de ella resultan, tal como lo ha previsto el Código Civil del Estado de Jalisco.<sup>100</sup> Y entre los segundos derechos, no patrimoniales, encontramos aquellos que no prescriben según la legislación civil mexicana.<sup>101</sup>

Desde esta óptica, pero prosiguiendo con la posesión de estado, el Derecho provee acciones de reclamación tanto para que se conozca el estado, como para el desconocimiento del estado mismo, lo que entraña su rechazo.

En efecto, cuando se reclame el estado civil de una persona, tal como lo describe Mazeaud, es porque ella se encuentra privada de esa condición jurídica y pretende se defina su verdadera situación.<sup>102</sup> Por el contrario, la acción de desconocimiento tiene el propósito de impedir que una persona usurpe o se atribuya un estado que no es el suyo y del cual, pretenda obtener beneficios.

Aunque debemos reconocer que en ambas posibilidades y siguiendo el sentido de Gómez Pérez,<sup>103</sup> las acciones que se ejercitan resultan constitutivas por conferir a la persona un nuevo estado. Y declarativas,

<sup>99</sup>Cfr. R. de Pina, *Derecho civil mexicano...*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>100</sup>Artículo 80. El estado civil de las personas es de orden público y no puede ser objeto ni de transacción, convalidación, disminución o desconocimiento. Código Civil del Estado de Jalisco (Estados Unidos Mexicanos). (Decreto número 21421). *Periódico Oficial* del Estado del 26 de septiembre del 2006.

<sup>101</sup>Artículo 321. El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción; Artículo 347. La acción que compete al hijo para reclamar su estado, es imprescriptible para él y sus descendientes.

Artículo 2948. No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio. Código Civil Federal (DOF, del 31 de diciembre de 2004).

<sup>102</sup>Véase H. Mazeaud, *Los sujetos de derechos...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>103</sup>Véase O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 235.

porque al hacerlo, reconocen que el estado que tiene esa persona es el que realmente le corresponde.

Por ello, en conclusión podemos afirmar que si el estado civil es inalienable e imprescriptible las acciones que resulten del mismo son inmedibles e imprescriptibles, tanto porque el estado mismo está unido indisolublemente a la persona, como porque en sí mismo no está en el comercio. De ello resulta también que el estado civil es indivisible, y en función de ese concepto, se ha pretendido deducir a veces que la sentencia pronunciada sobre una acción, goza autoridad absoluta, es decir, que es oponible a todos.

Es decir, las acciones del estado civil fundadas en la posesión de estado, producirán el efecto de que se ampare o restituya a quien la disfrute contra cualquier perturbador. Y la dimensión de la sentencia recaída, obedece a que constituyéndose dichas resoluciones, se crean nuevas situaciones jurídicas.

Por mencionar un ejemplo, el casado como consecuencia de la nulidad del matrimonio vuelve a ser soltero y no sería lógico que ese nuevo estado sólo pueda ser reconocido entre quienes litigaron o tomaron parte en el asunto, sino que debe operar *erga omnes*.

### *El patrimonio. Su significado y protección*

En cuanto a este tema, desde el ángulo del atributo de la personalidad y en términos generales, podemos aceptar que *el patrimonio* es un conjunto de bienes que una persona ha recibido de sus padres o ascendientes, dando con esa referencia la idea de una transmisión hereditaria.<sup>104</sup> Pero en término jurídicos, este término abarca no sólo el significado de la palabra “patrimonio”, sino además, las distintas interpretaciones legales que se le pueda dar a su contenido.

Definitivamente que al entrar en el análisis etimológico del término “patrimonio”, éste puede dar otro significado. Basándonos en la con-

<sup>104</sup>Véanse en este sentido autores como: I. Galindo Garfias, *Personas. Familia...*, *op. cit.*, pp. 373 y ss.; E. Moto Salazar, *Elementos de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 136 y ss.; J.M. Magallón Ibarra, *Derechos del propietario...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss. R. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

cepción romana, la palabra proviene del latín *patris*: padre, y *monium*: cargas,<sup>105</sup> lo que se puede concluir que el patrimonio son las cargas del padre.

Esta acepción es congruente con la función que se le asignaba al varón en las sociedades primitivas, para adoptar al hogar los animales que cazaba o pescaba, infiriéndose que ésa era la responsabilidad que a él correspondía.

Pero en la visión de los tratadistas, existe otra perspectiva. Planiol<sup>106</sup> define al patrimonio como el “conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, apreciables en dinero”.

Para De Pina,<sup>107</sup> “el patrimonio es el conjunto de bienes o riquezas que corresponden a una persona o a un solo titular,” pero afirma que cuando se habla de patrimonio como atributo de la persona, se hace referencia en su consideración económica-jurídica, como la capacidad patrimonial o de tener un patrimonio, es decir, a la facultad potencial para adquirirlo.

De acuerdo con la versión de Aubry y Rau,<sup>108</sup> quienes defienden la posición clásica, el patrimonio es considerado como reflejo de la personalidad y considerada en su aspecto económico, incluyendo tanto aquel que tiene un patrimonio en un momento dado (patrimonio *innantus*), como el susceptible de llegar a tener desde su nacimiento hasta su muerte un patrimonio (patrimonio *in potentia*).

Es interesante recalcar que Rojina Villegas, quien se basa en los autores anteriores, hace una síntesis de la teoría clásica, deduciendo 12 proposiciones de la siguiente manera:

- I. El patrimonio se traduce en una masa de bienes activos y pasivos que representan el valor económico de un conjunto, de cuya masa se excluyen aquellos derechos que han sido llamados, a veces, bienes morales o meramente intelectuales.
- II. La idea de patrimonio está indisolublemente ligada a la idea de personalidad. No se concibe un patrimonio sin una persona que sea su titular.
- III. El patrimonio se identifica con la persona misma.

<sup>105</sup>Véase R. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>106</sup>Citado en I. Galindo Garfias, *Estudios de Derecho civil*, México, D.F., UNAM, 1981, p. 219.

<sup>107</sup>Cfr. R. de Pina, *Derecho civil mexicano...*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>108</sup>Cfr. Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, tomo IX, núm. 574, p. 333.

- IV. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aun cuando no significa riqueza.
- V. El patrimonio es de naturaleza puramente intelectual, constituye una universalidad jurídica.
- VI. Es inalienable durante la vida de la persona.
- VII. Es durante la vida de su titular y es indivisible.
- VIII. Aun cuando como universalidad de bienes se basa en la personalidad, se distingue la persona misma.
- IX. Se transmite, a la muerte de su titular, a sus herederos, quienes únicamente responden del pasivo hasta el monto del activo.
- X. Los acreedores tienen un derecho de garantía que recae sobre el patrimonio del deudor.
- XI. Igualdad de los acreedores en la distribución del patrimonio, en cuanto al ejercicio del derecho de garantía.
- XII. El patrimonio considerado en su conjunto sería protegido, no sólo por la facultad de reivindicar el patrimonio en la forma de una petición de herencia a la muerte de una persona, sino también, por la acción que compete al ausente, y a mayor abundamiento, por la de enriquecimiento sin causa.<sup>109</sup>

En suma, las anteriores opiniones doctrinales pueden llegar a ser totalmente aceptadas, pues refuerzan la posición doctrinal que se ha venido trazando a lo largo de este trabajo. Pues hemos defendido que los atributos de la personalidad son inalienables, imprescriptibles e intransigibles.

De esta manera, cabe hacer mención al Código Civil Federal que en una concepción más estricta, define y protege al patrimonio de la persona, sólo que desde un punto de vista más específico. Es decir, la normativa regula el patrimonio familiar, que supone abarca al de persona misma con el fin de proteger no sólo a una sola persona desde el punto de vista individual, sino a toda la familia, de manera colectiva o general:

*Artículo 723.* Son objeto del patrimonio de la familia:

- I. La casa habitación de la familia;
- II. En algunos casos, una parcela cultivable.

*Artículo 724.* La constitución del patrimonio de la familia no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos, del que lo constituye

<sup>109</sup>Cfr. R. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho civil...*, op. cit., pp. 14 y ss.

a los miembros de la familia beneficiaria. Estos sólo tienen derecho a disfrutar de esos bienes, según lo dispuesto en el artículo siguiente.

*Artículo 725.* Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio de la familia el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos. Ese derecho es intransmisible; pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 740.

*Artículo 727.* Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables y no estarán sujetos a embargo ni a gravamen alguno.

*Artículo 729.* Cada familia sólo puede constituir un patrimonio. Los que se constituyan subsistiendo el primero, no producirán efecto legal alguno.<sup>110</sup>

## CONSIDERACIONES FINALES

I. Aunque para el Derecho, en especial para el Derecho civil, el capítulo de la personalidad constituya una de las materias más difíciles y quizá de las más complicadas para su estudio, hay acuerdo en que se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo, o pasivo, de relaciones jurídicas. De ahí que surjan los dos tipos de personas que se reconocen en el ámbito jurídico: las personas físicas y las personas jurídicas o morales.

II. Se trate de la persona física, es decir, de los seres humanos individualmente considerados, o de la persona moral (el Estado, las sociedades, etcétera), el Derecho en general, protege y garantiza sólo aquellos fines que estima valiosos. El Derecho civil en el ámbito interno del Estado, para lograr esa protección y garantizar la realización de tales fines, construye el concepto de “personalidad” y sus atributos que son susceptibles de aplicarse a la persona humana individualmente, o a un conjunto de hombres o de bienes organizados para la realización de ciertas finalidades jurídicamente valiosas dentro de los límites del ordenamiento interno del Estado.

III. La personalidad jurídica es una cualidad, cuyo origen está en el ordenamiento legal, pues este es el medio por el que el Estado reconoce aquella, tanto a las personas físicas, como a las jurídicas o morales. Pero dicho reconocimiento no queda a la discrecionalidad de la autoridad estatal, por el contrario, a ésta sólo le resta reconocer personalidad en los seres humanos, porque el Estado es una creación del individuo para garantizarle el

<sup>110</sup>Código Civil Federal (DOF, del 31 de diciembre de 2004).

reconocimiento y respeto de su personalidad. De ahí que el Estado sea el único autorizado para proteger a la persona fuera del ámbito interno, es decir, en el ámbito del Derecho internacional.

iv. Como lo hemos estado diciendo, la persona posee ciertas características peculiares que se reflejan en los atributos de la personalidad, como son por ejemplo, la capacidad, el nombre, el domicilio, el estado, el patrimonio, y la nacionalidad. De todas las anteriores, la que nos interesa en el presente estudio es la nacionalidad, pues no sólo es un atributo de la personalidad que crea un nexo entre el Estado y la persona, sino además, es esta la que da el derecho al Estado para defender a la persona y sus intereses, fuera del ámbito local. Por tales motivos, merece un estudio separado en capítulos posteriores.



## Un importante atributo jurídico de la personalidad en particular: la nacionalidad de las personas en Derecho interno

### LA NACIONALIDAD. ORÍGENES Y CARACTERÍSTICAS

Todo el problema relativo a los principios, teorías y reglamentación de la nacionalidad, giran alrededor del significado de la palabra; por ello, conviene establecer de inicio el significado del vocablo. Veamos cómo define el *Diccionario de la Lengua Española* el término que se relaciona con nuestro estudio. “Nacionalidad: (Del latín *natioonis*, nación). Es el atributo jurídico que señala al individuo como miembro de la población de un Estado. Es el vínculo legal que relaciona a un individuo con el Estado. Condición y carácter peculiar de los pueblos y habitantes de una nación. Estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación.”<sup>111</sup>

Diversos autores por su parte, han escrito diferentes interpretaciones al término “nacionalidad”, no obstante, aunque éstos lo han descifrado a su manera, no se alejan mucho del significado expuesto anteriormente. Por ejemplo, *Ramella* define a la nacionalidad como: “el estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación”.<sup>112</sup>

Jiménez Cabrera la define como “el atributo que permite reconocer a una persona, como parte de la población de un Estado”.<sup>113</sup>

<sup>111</sup>Cfr. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espo-  
sa, tomo VII, 2001, p. 1059.

<sup>112</sup>Cfr. P.A. Ramella, *Nacionalidad y ciudadanía*, Buenos Aires, Depalma Ediciones, 1978,  
p. 13.

<sup>113</sup>Cfr. M.T. Jiménez Cabrera, “La doble nacionalidad”, en *El Mundo del Abogado* 52 (2003),  
p. 54.

Para Carrión Tizcareño, “la nacionalidad es el vínculo jurídico y político que liga a un individuo con su Estado”.<sup>114</sup>

Niboyet la define como “un vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado”.<sup>115</sup>

Y De Castro dice que “la nacionalidad es la cualidad de pertenecer a la comunidad nacional organizada en forma de Estado”.<sup>116</sup>

A pesar de que las distintas interpretaciones que expusimos anteriormente varían en sus palabras, no en el contenido. Es decir, nunca abandonan la esencia del significado oficial de la palabra (en la Real Academia de la lengua española), ni del establecido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Nottebohm*<sup>117</sup> (que veremos posteriormente).

Por tal motivo y sin olvidar los diversos aspectos tanto internos como internacionales, públicos o privados que contiene la nacionalidad y sin entrar en la discusión doctrinal sobre la naturaleza que tienen las disposiciones legales sobre la materia, como dice De Castro,<sup>118</sup> debe reconocerse que la nacionalidad es un fenómeno que importa no sólo al Derecho constitucional, o al Derecho internacional, sino que, como estado y condición de la persona (física y jurídica) es una institución propia del Derecho civil.

### *Orígenes y evolución de la nacionalidad*

Específicamente la idea de la nacionalidad como la conocemos hoy día, tiene su origen en la antigua Roma. El ordenamiento jurídico romano sólo otorgaba protección a los miembros de la *civita* romana. Es decir, únicamente los ciudadanos romanos con ciudadanía plena, podían llegar a gozar de todos los derechos que otorgaba el imperio a sus súbditos o nacionales. Por ejemplo en el orden político, ejercían el *ius honorum*,

<sup>114</sup>Cfr. M. Carrión Tizcareño, *Nociones de Derecho*, México, D.F., Botas, 1974, p. 191.

<sup>115</sup>Cfr. J.T. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*, Andrés Rodríguez Ramón (trad.), México, D.F., Editorial Nacional, 1969, p. 2.

<sup>116</sup>Cfr. F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España...*, *op. cit.*, p. 395.

<sup>117</sup>*Nottebohm* (Liechtenstein v. Republic of Guatemala), ICJ, Reports 1955, pp. 23 y ss.

<sup>118</sup>Véase F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España...*, *op. cit.*, pp. 392 y ss.

*ius suffragii*, así como el derecho de servir en las legiones; y en el orden privado, los llamados *ius conubii*, *ius commercii*, y *ius actionis*.<sup>119</sup>

Pero esta condición se fue atenuando con el paso del tiempo, al concederse a los extranjeros determinados derechos civiles (*ius conubii*, *ius commercii*), hasta que finalmente en el siglo III d.C., en virtud de una Constitución de Caracalla en el año 212, se otorgaba la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio, momento en el que supuestamente se cede el paso a la monarquía mundial.

Posteriormente en la Edad Media, por influjo del feudalismo, la nacionalidad es sustituida por una relación de fidelidad personal entre el vasallo o súbdito y el soberano. En algunos países, tal como sucede en la actualidad en los Estados Unidos Mexicanos, esta concepción feudal se manifiesta del modo más puro y rígido, porque se configura el vínculo de fidelidad con un carácter perpetuo, del que jamás podía deslindarse el súbdito (*perpetual allegiance*).<sup>120</sup>

De esta forma es como creemos que ha estado ligada la nacionalidad a los atributos de la persona desde sus orígenes, aunque estamos conscientes que ello dependerá en gran medida, de la rigidez legal que consagren las normas del Estado, para incluir al individuo dentro de su autoridad o poderío. Por ello que en algunas ocasiones nos referimos a la persona o individuo como súbdito de su Estado, pero sólo para referirnos a una persona que posee el atributo de la personalidad, o sea, la nacionalidad.

La evolución que se ha dado para la nacionalidad de la persona

Con el antecedente romano que situaba al individuo frente a los miembros de su comunidad, tanto ciudadanos romanos, o latinos o peregrinos, la evolución de estos aspectos se tradujo en una distinta condición alternativa. Es decir, el hombre o era nacional o era extranjero.

De ahí que surgieran las primeras confusiones, pues estas cualidades que determinaban la posición de un individuo en su comunidad, estaban consideradas como integrantes del estado civil de las personas.

<sup>119</sup>Véase sobre este tema: J. Iglesias, *Derecho romano*, 13a. ed. Madrid, Ariel, 2001, pp. 144 y ss.

<sup>120</sup>Véase J.M. Lete del Río, *La nueva regulación de la nacionalidad*. 2a. ed., Madrid, Civitas, 1987, pp. 20 y ss.

Como lo menciona Magallón, “ello tiene una dimensión de mayor alcance, porque se refiere no a los aspectos civiles del individuo en función de su status frente a los demás, sino básicamente a la naturaleza política que de ella emanan, colocándose dentro de los atributos de la personalidad”.<sup>121</sup>

Por eso que en el Derecho romano se haya marcado una clara distinción entre la *natio*, significando un grupo sociológicamente formado y el *pópulos*, como agrupación unificada por el Derecho. Para Gómez Pérez,<sup>122</sup> esta distinción subsiste en la Edad Media y comienza a desvanecerse durante el Renacimiento cuando empiezan a usarse indistintamente las ideas de pueblo y nación con significado equivalente.

Pero a principios del siglo XIX, cuando desaparece de la relación entre el súbdito y el soberano, o bien, la idea de sumisión,<sup>123</sup> puede decirse que a partir de ese momento surge la idea moderna de nacionalidad, tal como se conoce actualmente. Es decir, la nacionalidad del individuo deja de ser un concepto puramente sociológico, para convertirse en postulado político y pasa así al campo del Derecho, posición que no es asumida pacíficamente por la doctrina, sino que enfrenta corrientes distintas.

Por un lado, una opinión es desde la perspectiva jurídico-política donde suele definirse a la nacionalidad como el vínculo que une a un individuo (súbdito) con la organización política que se le llama Estado. Esta concepción de signo positivista, resalta como fundamental el carácter jurídico-político de la relación, que permite al Estado decidir de manera arbitraria quiénes son sus súbditos y a quienes excluye como tales, dejando en la penumbra la influencia que el lazo ejerce en el estatus de la persona.

Otra corriente es la que parte de la realidad social llamada nación (*natio*),<sup>124</sup> por entender que la idea de nacionalidad no puede ser arbitrariamente impuesta, sino que se encuentra supeditada a una serie de

<sup>121</sup>Cfr. J.M. Magallón Ibarra, *Derechos del propietario...*, op. cit., p. 57.

<sup>122</sup>Véase O.G. Gómez Pérez, *Teoría del Derecho civil...*, op. cit., p. 240.

<sup>123</sup>Véase J.M. Lete Del Río, *La nueva regulación de la nacionalidad...*, op. cit., p. 20.

<sup>124</sup>Véase principalmente a. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho civil I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, pp. 321 y ss.

variadas circunstancias sociológicas que revelan la existencia de una verdadera comunidad natural y orgánica, en la que los derechos y obligaciones son manifestaciones de la condición y cualidad de la persona.

No obstante, creemos que no se trata de elegir entre una de estas dos corrientes, pues no se discute la unidad de la institución, sino que se trata de fijarse en uno de los plurales elementos que concluyen en ella, pues hoy no puede desconocerse que la nacionalidad tiene un alcance sociológico, jurídico y además, político en todo su significado.

Por ello, se puede pensar en la nacionalidad como un vínculo natural que por efecto de la vida en común y de la conciencia social idéntica, hace al individuo miembro de un grupo que forma a la nación. Es decir, que la nacionalidad no puede delimitarse, ni definirse jurídicamente, si no es precisamente dentro del Estado.

### *Conceptos que integran a la nacionalidad*

El estudio de la nacionalidad de la persona como lo hemos expuesto anteriormente, involucra otras ciencias afines al Derecho que identifican los elementos que la componen. La sociología por ejemplo, como lo expone Cornejo, fija el lugar de la nación en la vida humana, pero considerando los temas relativos a la civilización y añadiendo los elementos que dan origen a la nación.

Este autor lo expresa de la siguiente manera:

Podemos decir que la información de un pueblo, es un proceso esencialmente fisiológico, mientras la formación del Estado es un proceso mecánico. El Estado se crea como efecto de la fuerza; es el conflicto violento el que produce el equilibrio de las fuerzas, para cuya regulación nace el Estado. Es la fusión de las razas y de los intereses, el proceso orgánico, el que crea el pueblo.

El proceso mecánico y el proceso fisiológico se complican con el proceso psíquico. El sentimiento colectivo de cada uno de los grupos componentes, sin desaparecer, extiende un círculo mayor: abraza con su simpatía, su adhesión profunda a la doble unidad del pueblo y del territorio. Ese sentimiento da origen al patriotismo, dilatación del amor filial al símbolo

de la paternidad integral, a la tierra en que está la larga serie de los padres a la patria.

Al atribuirse a estos procesos sangre y signos de sus antepasados y de heroísmo, que habrán de transmitirse a las generaciones futuras, entonces el pueblo asciende a nación...<sup>125</sup>

Ahora bien, desde ese enfoque hemos encontrado una figura que ocurrió hace muchos años, pero que hoy día puede propiciar confusiones. Nos referimos al concepto de *Indigenato*, el cual, se refiere al vínculo original que por razón de nacimiento, liga a un individuo, sea con un pueblo, o con un territorio determinado.<sup>126</sup>

Para ejemplificar lo anterior, podemos precisar que esto sucedió hace más de 500 años en lo que se conoció como “las Américas”. Después del encuentro entre los pueblos americanos y europeos, es decir, indígena y español, ocasionados por la Conquista, se produce el inicio de lo que hoy es la nación mexicana. Y podemos decir que los fenómenos sociales así producidos, son los cimientos que apoyan la integración de la nacionalidad mexicana.

Esto es porque, como lo menciona Trigueros, “de acuerdo con los principios de Derecho aceptados en la época de la Colonia, se consideraba como miembros de la población de la Nueva España, a los hijos de españoles nacidos en México, siempre que sus padres estuvieran vecinados en México”.<sup>127</sup>

De esta manera es cómo podemos identificar a la nación, como un elemento que conforma la nacionalidad de las personas, pues como lo hemos señalado anteriormente, el objeto de la nacionalidad es estudiar la relación de una persona en razón del vínculo político y jurídico que integra al pueblo constitutivo de un Estado.

Una nación, para algunos autores, es un término con carácter sociológico que significa: “la comunidad de personas jurídicamente organizadas bajo un gobierno, asentadas en un territorio soberano y que

<sup>125</sup>Cfr. R.H. Cornejo (ed.), *Mariano H. Cornejo: Discursos escogidos. Datos biográficos y memoranzas*. Lima, Editorial Jurídica, 1974, p. 24.

<sup>126</sup>Entre otros autores, véase a P.K. Liss, *Orígenes de la nacionalidad mexicana 1521-1556*, Agustín Bárcena (trad.), México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 171-209.

<sup>127</sup>Cfr. E. Trigueros S., *La nacionalidad mexicana*, México, D.F., Jus, 1940, pp. 11 y ss.

se identifican entre sí por su raza, su pasado histórico, su cultura, sus costumbres, su religión y su idioma”.<sup>128</sup>

El naturalismo encuentra que la nación es el producto histórico resultante de las virtudes de los elementos naturales, por ejemplo, sangre, raza, territorio, fronteras y lenguaje que constituyen la unidad histórica llamada nación.

Es decir, que si a la nación la forman un conjunto de individuos que hablan el mismo idioma, tienen una historia y tradiciones comunes y pertenecen, en su mayoría, a una misma raza, entonces, por mencionar un ejemplo, México es una nación. Inclusive nos atrevemos a decir que por la composición política actual que tienen los Estados Unidos Mexicanos, sea una nación de naciones y a los miembros de ésta se les llama *mexicanos*.

No obstante creemos que eso no basta, pues el concepto de nación implica aceptar el punto de vista de diferentes ángulos disciplinarios.

Por ejemplo, el filósofo Rousseau consideró que “una nación, no es una comunidad de raza, idioma o historia, sino la determinación de un grupo de individuos de permanecer juntos y alcanzar objetivos comunes”.<sup>129</sup> Es decir, según este autor los elementos fundamentales de la nación son de tipo voluntarios y proyectados hacia el futuro.

García Morente, gran filósofo español, al referirse al concepto que nos interesa, pretendió descubrir la esencia de la nacionalidad, conjugando los hechos del pasado con los del presente y los del futuro, afirmando lo siguiente: “Nación es aquello a que nos adherimos, por encima de la pluralidad de instantes en el tiempo... Hay algo común que liga pasado, presente y futuro en una unidad de ser, en una homogeneidad de esencia”.<sup>130</sup>

Como podemos apreciar, el concepto de nación es algo más que la raza, el idioma, las costumbres y la historia, la voluntad de un

<sup>128</sup>Véase F. X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras*, México, D.F., Porrúa, 2002, pp. 2 y ss.; L. Péreznieto Castro, *Derecho internacional privado*, 7a. ed., México, D.F., Oxford University Press, 2000, pp. 33 y ss.; M.R. Huerta Lara, “Ciudadanos y Naciones”, en *Letras Jurídicas* 6 (2002), pp. 105 y ss.; P.A. Ramella, *Nacionalidad y ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>129</sup>Citado en A.B. Fernández del Valle, *Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 612 y ss.

<sup>130</sup>Citado en *ibidem*, pp. 614 y ss.

grupo de individuos de permanecer unidos para desarrollar juntos un proyecto de vida social que se va construyendo con las épocas y las circunstancias.

O sea, esa idea se acerca más a la definición que da Péreznieto Castro: “la nación es el camino para el surgimiento de una «conciencia nacional», que será el vínculo que profundice su vida en común y le dé un sentido definido de trascendencia”.<sup>131</sup>

Así que, derivado de la nación, encontramos que el *nacional* es el que pertenece o está relacionado con ella. Como lo menciona Ramella, “nacional es la persona que es natural de una nación, en contraposición al extranjero. Natural es el nativo, originario de un pueblo o nación”.<sup>132</sup>

Pero el nacional en los términos antes descritos, puede encontrarse diseminada por el mundo. Es decir, que no siempre es fácil encontrar diferencias tan claras, ya que por lo regular los países están integrados por distintas razas que comparten historia, tradiciones, e idioma común como es el caso de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América (EUA), Argentina, Brasil, entre otros. O bien, en el extremo contrario, se hallan los países conformados por razas diferentes, historia y costumbres diversas y que hablan varias lenguas, como es el caso de Suiza y Canadá, por citar sólo un par de ejemplos.

Por ello para los fines del presente estudio, podemos afirmar que nacional es quien pertenece a una nación, o sea, quien forma parte, ya sea por origen (natural), o por naturalización de la población de una nación determinada.

Y en contraposición al nacional se encuentra el extranjero. Extranjero es un vocablo español que viene de la palabra francesa *étranger-lère*, la cual a su vez deriva del término latino *extranearius*, extraño. Es decir, alguien que es extraño a esa nación.

El concepto de extranjero se aplica tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas o morales. Así que hemos obtenido un concepto sencillo de extranjero aplicado a la persona física: “extranjero es la persona física que por nacimiento, por familia o por naturalización, no pertenece a nuestro Estado (nación, país, etcétera)”. Y en las

<sup>131</sup>Cfr. L. Péreznieto Castro, *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 34.

<sup>132</sup>Cfr. P.A. Ramella, *Nacionalidad y ciudadanía...*, op. cit., p. 13.

personas morales: “extranjera es toda persona jurídica que se constituye conforme a las leyes de otro Estado”.<sup>133</sup>

No obstante, no debemos olvidar que la extranjería puede presentar dos vertientes: Es decir, en sentido negativo, la extranjería es la ausencia del vínculo; y en sentido positivo, es la pertenencia a un Estado distinto.

Eso significa por ejemplo, que las personas que carecen de nacionalidad mexicana son extranjeros, pero estos pueden no tener ninguna otra nacionalidad, como el caso del apátrida (sentido negativo). O bien, las personas pueden tener una nacionalidad distinta a la mexicana (sentido positivo), por ejemplo, estadounidense, española, rusa, etcétera. O incluso, tampoco son extranjeros aquellos que ostentando otra nacionalidad, también tienen la nacionalidad mexicana, como es el caso de la doble o múltiple nacionalidad.

Para entender mejor lo anterior, es necesario determinar quiénes son extranjeros en el caso de México. El artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos otorga el concepto legal de extranjero, el cual, muestra un carácter negativo al establecer lo siguiente:

*Artículo 33.* Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.<sup>134</sup>

De esta manera, cuando nos referimos a los extranjeros en el caso mexicano, podemos decir que surge el concepto de “nacionalidad extranjera”,<sup>135</sup> que es la propia del país del que es natural o naturalizada la persona extranjera. Por tanto, esa nacionalidad extranjera implica un

<sup>133</sup>En este sentido puede consultarse a F.X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, op. cit., pp. 2 y ss.; R. de Pina, *Derecho civil mexicano...*, op. cit., p. 224; J.M. Lete del Río, *La nueva regulación de la nacionalidad...*, op. cit., p. 23.

<sup>134</sup>*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF 12 de diciembre de 2005).

<sup>135</sup>Véase F.X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, op. cit., pp. 5 y ss.

cúmulo de derechos y obligaciones del nacional, para con el Estado al que pertenece.

De esta manera, una vez que se ha ejemplificado lo anterior, se puede hablar de nacionalidad española, nacionalidad japonesa, o nacionalidad chilena, etcétera. O sea, se refiere a una persona, física o moral, que tiene relación o *nexo de la nacionalidad* (tema que abordamos más adelante) con el Estado español, japonés o chileno, por estar vinculada con España, Japón o Chile, respectivamente.

Por tanto, en el caso de México podemos concluir que es extranjera la persona, física o jurídica, que no sea mexicana. No obstante, ese criterio sin lugar a duda nos obliga adentrarnos en los requisitos para ser mexicano, que engloba las características que presenta el concepto de nacionalidad, pues de otra manera, será más difícil comprender a plenitud el tema en cuestión.

#### La ciudadanía mexicana

El uso equívoco de las palabras, nacionalidad y ciudadanía en algunas normas mexicanas, así como su inclusión en el texto constitucional, ha dado una lamentable confusión de conceptos para su correcta interpretación en la práctica.

Enseguida haremos un breve análisis de la ciudadanía, de acuerdo con la norma constitucional mexicana que dedica el capítulo IV a lo que denomina “De los ciudadanos mexicanos”. Pero antes, debemos conceptualizar a la ciudadanía desde el punto de vista de un gran jurista mexicano. Como lo menciona De Pina: “la ciudadanía es la condición jurídica que pueden ostentar las personas físicas y jurídicas o morales, y que por ser expresiva del vínculo entre el Estado y sus miembros implica, de una parte, sumisión a la autoridad y a la ley, y de otra, ejercicio de derechos”.<sup>136</sup>

Por su parte, Ramella<sup>137</sup> afirma que el ejercicio de los derechos políticos, es lo que constituye la calidad de ciudadano y que el requisito previo para ser ciudadano es ser nacional por origen o por naturaliza-

<sup>136</sup>Cfr. R. de Pina, *Derecho civil mexicano...*, *op. cit.*, pp. 227 y ss.

<sup>137</sup>P.A. Ramella, *Nacionalidad y ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

ción. Es decir, una regla fundamental es que la ciudadanía de la persona siempre se desprenderá de la calidad de nacional, nunca al contrario.

Ahora bien, ya en términos jurídicos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos define y establece quiénes serán los ciudadanos mexicanos:

*Artículo 34.* Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir.<sup>138</sup>

En el anterior artículo constitucional podemos ver que la calidad de ciudadano mexicano la adquiere la persona física que sea mayor de edad y además, exige un modo honesto de vivir como obligación para adquirir tal calidad. Postura digna de ser debatida en un estudio futuro por constitucionalistas especializados en la materia.

Pero además, en el artículo siguiente enmarca las prerrogativas o derechos de la persona que ya ha adquirido la ciudadanía, delimitando exactamente los derechos a los que se hace acreedora la persona por llegar a tener la calidad de ciudadano:

*Artículo 35.* Son prerrogativas del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.<sup>139</sup>

Sin duda que este último artículo expuesto en la Constitución mexicana, afirma lo que expresa Huerta Lara cuando se refiere a que: “los derechos del ciudadano no son conocidos como derechos naturales, no son derechos naturales, sino simplemente derechos positivos garantizados por la sociedad.”<sup>140</sup>

<sup>138</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...*, *doc. cit.*

<sup>139</sup> *Idem.*

<sup>140</sup> Cfr. M.R. Huerta Lara, *Ciudadanos y naciones...*, *op. cit.*, p. 108.

Por tanto, como esos derechos a los que se refería la norma constitucional son garantizados por la sociedad, o el Estado mexicano, estos pueden ser suspendidos o incluso, perderse definitivamente. Para entenderlo mejor, quedamos al tenor del siguiente artículo:

*Artículo 38.* Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley; II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; III. Durante la extinción de una pena corporal; IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes; V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.<sup>141</sup>

Por último, debemos agregar que la norma suprema o constitucional, no únicamente enuncia los derechos, sino que en el mismo texto constitucional también señala las obligaciones que tiene que cumplir el ciudadano mexicano, según el artículo 36<sup>142</sup> del citado texto, para que no pierda dicha calidad. Pero lo que en realidad se debe advertir, que la calidad de ciudadano mexicano puede perderse completamente en ciertos casos específicos. Para ello, la regla que señala la Constitución mexicana contenida en el artículo 37,<sup>143</sup> se limita a que

<sup>141</sup>*Constitución Política..., loc. cit.*

<sup>142</sup>*Artículo 36.* Son obligaciones del ciudadano de la República:

I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley; II. Alistarse en la Guardia Nacional; III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado. Véase en *idem*.

<sup>143</sup>*Artículo 37.* A) Ningún mexicano por nacimiento, podrá ser privado de su nacionalidad.

C) La ciudadanía mexicana se pierde: I. Por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros; II. Por prestar voluntariamente servicios oficiales a un gobierno extranjero sin per-

ocurran los casos descritos en esa norma constitucional, dando lugar a la pérdida definitiva de la ciudadanía, nunca de la nacionalidad mexicana. Sólo que esa última excepción está restringida exclusivamente para el mexicano por nacimiento, con lo que de cierta forma trata de evitar lo que se conoce como *apatridia* (analizada en páginas posteriores), pues considero que al Estado mexicano no le convendría que los súbditos mexicanos perdiesen esa calidad por algún error u olvido en el cumplimiento de sus obligaciones.

#### LA ATRIBUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD. CASO MEXICANO

En el lado opuesto de la moneda, es decir, para que el Estado atribuya su nacionalidad a una persona, utiliza uno de los dos métodos que existen al respecto. En otras palabras, la nacionalidad se atribuye de manera originaria o de manera derivada.

La nacionalidad que es atribuida de forma originaria, es cuando los factores que se toman en consideración están directamente relacionados con el nacimiento del sujeto. Para este caso se pretende que todo individuo tenga una nacionalidad desde el momento que nace, ya que desde entonces puede establecerse una vinculación propia con el Estado (nexo de nacionalidad).<sup>144</sup>

Y la nacionalidad derivada o derivativa, es cuando supone un cambio en la nacionalidad de origen.<sup>145</sup> Es decir, este principio atiende a

---

miso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente; III. Por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente; IV. Por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previa licencia del Congreso Federal o de su Comisión Permanente, exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente; V. Por ayudar, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional, y VI. En los demás casos que fijan las leyes. En el caso de las fracciones II a IV de este apartado, el Congreso de la Unión establecerá en la ley reglamentaria respectiva, los casos de excepción en los cuales los permisos y licencias se entenderán otorgados, una vez transcurrido el plazo que la propia ley señale, con la sola presentación de la solicitud del interesado. Véase en *idem*.

<sup>144</sup>Sobre este tema en particular se recomienda: M.Tello, G. Iruegas, M.C. Oñate, *La historia del pasaporte en México*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1994, pp. 120 y ss.

<sup>145</sup>Al respecto es muy recomendable a Trigueros Saravia, L. *Los principios del derecho de nacionalidad...*, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

la libertad del individuo para cambiar de nacionalidad. Sin embargo, conviene advertir que la distinción entre adquisición originaria y derivativa, referida a la nacionalidad, no tiene el mismo significado que aplicada a los derechos subjetivos.

En éstos, la adquisición es originaria cuando el derecho que se vincula al sujeto surge en él de un modo autónomo (*ex Novo*), sin traer causa jurídica de otra persona. En cambio la adquisición es derivada o derivativa cuando se provoca la nueva titularidad como consecuencia de la relación jurídica establecida por otra persona.<sup>146</sup> Por consiguiente, no puede hablarse de adquisición derivativa, porque en ese sentido la adquisición de la nacionalidad será siempre originaria, pues nadie puede ceder o traspasar a otro su nacionalidad.

Prueba de ello es cuando el hijo no adquiere la nacionalidad de sus padres, es decir, no es una nacionalidad derivativa porque no se produce una sucesión jurídica (transmisión de derechos subjetivos). Sino que el hijo adquiere la nacionalidad del lugar donde nació, o incluso, la nacionalidad de uno de sus padres, pero estos continúan conservando su nacionalidad, es decir, nunca se cede o traspasa al hijo. Desde esta perspectiva será más correcto hablar de adquisición de la nacionalidad por nacimiento y adquisición por cambio posterior al mismo.

Ahora bien, volviendo al sistema de atribución originaria de la nacionalidad, tenemos que describir las dos corrientes que existen.

Primero es el llamado *Jus Sanguinis*, o derecho de la sangre, en el cual la transmisión de la nacionalidad está determinada en función de la nacionalidad de los padres.<sup>147</sup> En ese sistema, los vínculos de sangre son los factores básicos para la atribución de la nacionalidad. Y el segundo es el *Jus Soli*, o el derecho de suelo, que vincula al individuo con el suelo o lugar en el que nace.<sup>148</sup> En este último aspecto, la especificación territorial es la básica para la atribución de la nacionalidad de la persona.

No obstante, debemos advertir que la consideración y aceptación de estas dos doctrinas tiene repertorios más de orden político, que estrictamente jurídico. Pues si tomamos en cuenta que existen Estados que

<sup>146</sup>Puede verse principalmente a J.M. Lete del Río, *La nueva regulación de la nacionalidad...*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

<sup>147</sup>Véase las opiniones de M. Carrión Tizcareño, *Nociones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 192 y ss.

<sup>148</sup>Véase M.R. Huerta Lara, *Ciudadanos y naciones...*, *op. cit.*, p. 107.

cuentan con una escasa población y siguen estrictamente el principio de la sangre (*Sanguinis*), en realidad, hoy en día por cuestiones de trabajo y mejores condiciones de vida, grupos numerosos de extranjeros se pueden avecinar en ese Estado para su colonización (migración). Por tanto, ese Estado corre el riesgo de verse dominado por la influencia de los no nacionales o llamados extranjeros, tal como sucede actualmente en Estados Unidos y muchos países europeos.

Por tal motivo, marcamos que apropiadamente Niboyet indica que las necesidades prácticas han impuesto la necesidad de conjugar estos dos sistemas, al grado de que había cuatro corrientes o grupos centrales de legislaciones mundiales. En sus propias palabras,

La primera, correspondiente a los países que admitían rigurosamente el derecho de la sangre, como Alemania, Austria y Hungría. La segunda, es aquella a la que seguían el derecho del suelo (*solí*) como Argentina, Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador, Chile, Uruguay, Panamá, Paraguay, Venezuela. En la tercera están los países que mezclan las dos doctrinas (*Sanguinis* y *Solí*) como México, EE.UU., y la Gran Bretaña. Finalmente hay una cuarta, que combina el *Jus Solí* con el *Jus Sanguinis*, pero que le otorga preferencia a esta última, como sucedía en Francia, Bélgica, España, Grecia, Italia, Polonia, Suiza.<sup>149</sup>

### *La adquisición de la nacionalidad mexicana. Nacimiento y naturalización*

Algunos países como México adoptan ambos sistemas tradicionales en su legislación (*Jus Solí* y *Jus Sanguinis*). En Derecho mexicano, la nacionalidad está básicamente regulada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero con el objeto de regular las normas constitucionales, se han expedido ciertas leyes en la materia,<sup>150</sup> las cuales, al paso de los años han sufrido modificaciones por parte del legislador para actualizarlas de acuerdo con las circunstancias y necesidades que se presentan en la vida del país.

<sup>149</sup>Cfr. J.T. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 28.

<sup>150</sup>Véase por ejemplo: *Ley de Nacionalidad* (DOF, del 12 de enero de 2005), *Reglamento para la expedición de certificados de Nacionalidad Mexicana* (DOF, del 18 de octubre de 1972), *Ley General de Población* (DOF, del 8 de noviembre de 1996), *Reglamento de Pasaportes* (DOF del 9 de enero de 2002).

Por ello, conviene hablar de las dos maneras para adquirir la nacionalidad mexicana, es decir, por nacimiento y por naturalización (*Jus Soli* y *Jus Sanguinis*).

En primer lugar, *la nacionalidad mexicana por nacimiento* se atribuye a la persona de una manera originaria.<sup>151</sup> Es decir, se atribuye por el origen mismo de la persona, o sea, basta el hecho de *nacer* en determinadas condiciones para que se considere mexicano(a) a la persona. En este caso, la persona a quien se le atribuye la nacionalidad mexicana no opina, sino que la ley le concede la nacionalidad mexicana sin su consentimiento.

Esta forma de adquisición de la nacionalidad mexicana puede ser por nacimiento en territorio nacional, o por nacimiento fuera del territorio nacional, pero sujeto a que la persona sea hija de padres (padre o madre) mexicanos por nacimiento o naturalización. Veamos enseguida los dos supuestos anteriores.

1. *Por nacimiento en territorio mexicano.* Se adquiere la nacionalidad mexicana por nacimiento en el territorio nacional, es decir, es mexicano por nacimiento quien nace en los Estados Unidos Mexicanos. Esto quiere decir que la persona vive veinticuatro (24) horas desprendido del seno materno, o es presentado vivo al Registro Civil.

En otras palabras, este criterio se aplica para la persona que nazca dentro del territorio nacional (asimilando a éste las embarcaciones y aeronaves mexicanas) sin importar la nacionalidad de sus padres. Según lo visto anteriormente, este supuesto se basa en el criterio *Jus Soli* (derecho de la tierra), en virtud del cual, el solo hecho del nacimiento en un determinado territorio transmite la nacionalidad.

Al respecto cabe cuestionar, ¿son territorio nacional las embarcaciones y aeronaves mexicanas? Según las leyes mexicanas, las embarcaciones y aeronaves son cosas (bienes corpóreos y tangibles) que tienen atribuida la nacionalidad de manera excepcional. Es decir, la regla general dice que sólo las personas pueden adquirir o tener la nacionalidad, sin embargo, por su importancia económica y jurídica, los buques y aeronaves que

<sup>151</sup>Véase sobre este tema a J.L. Siqueiros, *Síntesis del Derecho internacional privado*, 2a. ed., México, D.F., UNAM, 1971, pp. 21-32.

son cosa, sí tienen nacionalidad mexicana por disposición de la ley. A los buques y aeronaves se les atribuye la nacionalidad mexicana en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos<sup>152</sup> y la Ley de Aviación Civil<sup>153</sup> respectivamente, que les concede el *certificado de matrícula* para identificación y otorgamiento de la nacionalidad mexicana, lo que es equiparable a un certificado de nacimiento de una persona física.

Este sistema de otorgamiento de la nacionalidad en el Estado mexicano, según Péreznieto,<sup>154</sup> tiene su origen en la época feudal y que han adoptado algunos países para facilitar la asimilación de los inmigrantes. No obstante, este criterio no es suficiente, ya que determina un vínculo tan importante como lo es la nacionalidad, pero sin que se dé otro tipo de relación con el Estado.

<sup>152</sup>*Artículo 10.* Son embarcaciones y artefactos navales mexicanos, los abanderados y matriculados en alguna capitanía de puerto, a solicitud de su propietario o naviero, previa verificación de las condiciones de seguridad del mismo y presentación de la dimisión de bandera del país de origen, de acuerdo con el reglamento respectivo. La embarcación o artefacto naval se inscribirá en el Registro Público Marítimo Nacional y se le expedirá un certificado de matrícula, cuyo original deberá permanecer a bordo como documento probatorio de su nacionalidad mexicana.

*Artículo 13.* Se considerarán embarcaciones de nacionalidad mexicana:

I. Las abanderadas y matriculadas conforme a la presente Ley; II. Las que causen abandono en aguas de jurisdicción nacional; III. Las decomisadas por las autoridades mexicanas. IV. Las capturadas a enemigos y consideradas como buena presa; y V. Las que sean propiedad del Estado mexicano.

Las embarcaciones comprendidas en las fracciones II a V de este artículo, serán matriculadas de oficio. *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* (DOF, del 1 de Junio de 2006).

<sup>153</sup>*Artículo 44.* Toda aeronave civil deberá llevar marcas distintivas de su nacionalidad y matrícula. Las aeronaves mexicanas deberán ostentar además, la bandera nacional. Las marcas de nacionalidad para las aeronaves civiles mexicanas serán las siglas siguientes: XA, para las de servicio al público de transporte aéreo; XB, para las de servicios privados, y XC, para las aeronaves de Estado, distintas de las militares. Las aeronaves civiles tienen la nacionalidad del Estado en que estén matriculadas.

*Artículo 45.* Podrán matricularse en los Estados Unidos Mexicanos las aeronaves propiedad o legítima posesión de mexicanos, así como las de extranjeros dedicados exclusivamente al transporte aéreo privado no comercial. La nacionalidad mexicana de la aeronave se adquiere con el certificado de matrícula de la aeronave, el que se otorgará una vez inscrita la documentación a que se refiere la fracción I del artículo 47 de esta Ley, en el Registro Aeronáutico Mexicano. Las aeronaves matriculadas en otro Estado podrán adquirir matrícula mexicana, previa cancelación de la extranjera.

*Artículo 47.* El Registro Aeronáutico Mexicano es público, estará a cargo de la Secretaría, y en él deberán inscribirse: I. Los documentos por los cuales se adquiera, transmita, modifique, grave o extinga la propiedad, la posesión y los demás derechos reales sobre las aeronaves civiles mexicanas y sus motores; así como el arrendamiento de aeronaves mexicanas o extranjeras; II. Los certificados de matrícula y de aeronavegabilidad;" *Ley de Aviación Civil* (DOF del 6 de Julio de 2006).

<sup>154</sup>Véase L. Péreznieto Castro, *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 39.

En la legislación mexicana,<sup>155</sup> el criterio va acompañado de otro tipo de vínculos, como el haber residido en territorio nacional durante un determinado tiempo y el tener o mantener los vínculo efectivos con el Estado, realizar el servicio militar nacional, pagar impuestos, votar, etcétera.

2. *Por nacimiento fuera del territorio mexicano.* Este supuesto se trata de la persona cuyos padres (padre o madre), son mexicanos. Es decir, es mexicano por nacimiento quien al nacer tiene vínculos de sangre con ambos padres o con alguno de los padres de nacionalidad mexicana.<sup>156</sup> Y por esa única circunstancia, transmiten a su hijo la nacionalidad mexicana, sin importar el lugar (territorio) en el que el hijo(a) haya nacido.

Este criterio es el llamado *Jus Sanguinis* (derecho de la sangre), en virtud del cual, la nacionalidad se transmite por filiación. O sea, este criterio de atribución se refiere al parentesco consanguíneo con los padres del nacido, por ello que se le conozca como principio del *Jus Sanguinis*. Esta práctica se inicia en el siglo pasado, cuando suceden las grandes emigraciones europeas y tiene como fin que los emigrantes y sus descendientes se sientan vinculados con su país de origen, o el de sus padres.

En México, conforme a las reformas en materia de nacionalidad a que nos hemos referido, la normativa Constitucional<sup>157</sup> impone una limitación respecto a la transmisión de la nacionalidad mexicana de padres a hijos. Esta se refiere a que sólo puede transmitir la nacionali-

<sup>155</sup>Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...*, *doc. cit.*

<sup>156</sup>Véase al respecto a F.X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, *op. cit.*, pp. 6 y ss.; L. Péreznieto Castro, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

<sup>157</sup>Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización. Véase *Constitución Política...*, *loc. cit.*

dad mexicana a sus hijos la persona que haya adquirido la nacionalidad mexicana por nacimiento dentro del territorio nacional. Es decir, se evita que la transmisión de la nacionalidad sea hecha sin límites por parte de personas o padres nacidos en otro país o de los abuelos aunque sean mexicanos por nacimiento.

Y en segundo lugar, es *mexicano por naturalización* según la norma constitucional mexicana: “la persona física extranjera que ha obtenido de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización”.<sup>158</sup>

La adquisición de la nacionalidad mexicana por naturalización se atribuye de una manera derivada, es decir, no por el origen, sino por un acto voluntario posterior al hecho mismo de nacer.

Según Niboyet,<sup>159</sup> el término naturalización significa “el hecho de adquirir voluntariamente una nueva nacionalidad diferente a la originaria, a la cual sustituye”. Lo que significa que en este caso la nacionalidad mexicana se otorga con posterioridad al nacimiento de la persona.

Esta forma de adquisición de la nacionalidad mexicana, según la normativa, se divide en tres supuestos. 1. Naturalización por vía ordinaria. 2. Naturalización por vía especial. 3. Naturalización por vía automática o de consecuencia. Veamos brevemente cada uno de ellos.

1. *Naturalización por vía ordinaria*. Este supuesto es a través de la manifestación expresa del consentimiento de la persona. Es el más común que presenta la práctica de naturalizaciones en México, de ahí que se le conozca como vía ordinaria.<sup>160</sup>

Este supuesto que consagra la normativa mexicana, trata de los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) su Carta de Naturalización. Es el caso del extranjero que libremente quiere la nacionalidad, manifestando ante la SRE su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana, pero siempre que éste cumpla con los requisitos que se le exigen. Al respecto, la *Ley de Nacionalidad*<sup>161</sup> mexi-

<sup>158</sup> Artículo 30, inciso B), párrafo I, en *idem*.

<sup>159</sup> Cfr. J.T. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 35.

<sup>160</sup> Véanse más datos en la página electrónica de la SRE (<http://www.sre.gob.mx>).

<sup>161</sup> Artículo 19. El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá:

I. Presentar solicitud a la Secretaría en la que manifieste su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana;

cana, prevé el procedimiento que tiene que seguir todo extranjero que desea obtener la nacionalidad mexicana y los requisitos, renunciadas<sup>162</sup> y protestas que se le exigen.

2. *Naturalización por vía especial.* Esta vía también es a través de la manifestación expresa del consentimiento de la persona, pero en casos privilegiados.<sup>163</sup> Es decir, esta vía es llamada especial porque contempla los casos específicos en los que la persona puede adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización y bajo ciertos requisitos.

Esta vía se otorga de manera especial a los extranjeros que tienen un vínculo especial con México y que están más identificados con el país. Concretamente queda dividida en cinco casos especiales: A) Matrimonio de extranjero(a) con mexicano(a). B) Personas descendientes de mexicanos en línea recta. C) Extranjeros que tengan hijos mexicanos por nacimiento. D) Personas originarias de un país latinoamericano o de la Península Ibérica. Se advierte que al hablar de Península Ibérica en este caso, se incluye toda la Península, es decir, España y Portugal. E) Persona que haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial en beneficio de los Estados Unidos Mexicanos.

---

II. Formular las renunciadas y protesta a que se refiere el artículo 17 de este ordenamiento;

La Secretaría no podrá exigir que se formulen tales renunciadas y protestas sino hasta que se haya tomado la decisión de otorgar la nacionalidad al solicitante. La carta de naturalización se otorgará una vez que se compruebe que éstas se han verificado.

III. Probar que sabe hablar español, conoce la historia del país y está integrado a la cultura nacional; y

IV. Acreditar que ha residido en territorio nacional por el plazo que corresponda conforme al artículo 20 de esta Ley.

Para el correcto cumplimiento de los requisitos a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el reglamento de esta Ley. Véase *Ley de Nacionalidad* (DOF de 12 de enero de 2005).

<sup>162</sup>Artículo 17. Los mexicanos por nacimiento a los que otro Estado considere como sus nacionales, podrán solicitar a la Secretaría el certificado de nacionalidad mexicana, únicamente para los efectos del artículo anterior. Para ello, formularán renuncia expresa a la nacionalidad que les sea atribuida, a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero, especialmente de aquel que le atribuya la otra nacionalidad, a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas, y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros. Asimismo, protestarán adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas y se abstendrán de realizar cualquier conducta que implique sumisión a un Estado extranjero. El certificado de nacionalidad mexicana se expedirá una vez que el interesado haya cumplido con los requisitos de esta Ley y su reglamento. En *idem*.

<sup>163</sup>Véase FX. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, op. cit., pp. 13 y ss.

Pasemos ahora a estudiar cada uno de ellos, según lo contemplado en la normativa mexicana.

a) El primer caso trata de la mujer o el varón extranjero que contraiga matrimonio con mujer o varón mexicano y establezcan su domicilio conyugal en México, excepto si el cónyuge que es mexicano radica en el extranjero por un encargo o comisión del gobierno mexicano.<sup>164</sup>

A primera vista esta disposición es arbitraria, ya que viola el derecho a la persona a conservar su nacionalidad y no adquiere la nacionalidad mexicana por el simple hecho de su matrimonio. No obstante, el cónyuge extranjero interesado en adquirir la nacionalidad mexicana, deberá solicitarlo a la SRE y cumplir con los requisitos exigidos. Este es un procedimiento especial, en la medida que no está sujeto a las modalidades del procedimiento por vía ordinaria, al que antes nos referimos, y que se propone facilitar la unión familiar entre mexicanos y extranjeros.

b) El segundo caso especial, es el de las personas que sean descendientes en línea recta de mexicanos.<sup>165</sup> Se trata del caso de los nietos, bisnietos, y tataranietos extranjeros que son descendientes, en línea recta, de mexicano(a) por nacimiento.

En este supuesto, la transmisión de la nacionalidad mexicana en el extranjero está limitada a que sólo pueden transmitirla los mexicanos nacidos en el territorio nacional. De ahí a que en este precepto se les dé una vía especial a aquellas personas que descienden de mexicanos

<sup>164</sup>Artículo 20. El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá acreditar que ha residido en territorio nacional cuando menos durante los últimos cinco años inmediatos anteriores a la fecha de su solicitud, salvo lo dispuesto en las fracciones siguientes: II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. No será necesario que el domicilio conyugal se establezca en territorio nacional, cuando el cónyuge mexicano radique en el extranjero por encargo o comisión del Gobierno Mexicano. En el caso de matrimonios celebrados entre extranjeros, la adquisición de la nacionalidad mexicana por uno de los cónyuges con posterioridad al matrimonio, permitirá al otro obtener dicha nacionalidad, siempre que reúna los requisitos que exige esta fracción. *Ley de Nacionalidad* (DOF de 12 de enero de 2005).

<sup>165</sup>Artículo 20. I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado: a) Sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento, En *idem*.

y a quienes por las limitaciones de transmisión, no se les otorgó la nacionalidad mexicana.

c) El tercer caso se refiere a cuando el extranjero tiene hijos mexicanos por nacimiento.<sup>166</sup> A primera vista, el objeto de esta facilidad es lograr la unión familiar.

En este supuesto especial se reduce el plazo de residencia del extranjero a sólo dos años. A decir verdad en este caso, encontramos que el hijo es el que transmite la nacionalidad mexicana a sus padres, caso contrario de todos los supuestos anteriores.

d) El cuarto caso especial para adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización, se refiere a las personas que son originarias de un país latinoamericano o de la Península Ibérica, donde al igual que los casos anteriores, se reduce el plazo de residencia exigido en la vía ordinaria.<sup>167</sup> Diferénciese que al decir Península Ibérica, incluye a los individuos que sean españoles y portugueses.

Según lo menciona Gonzalez Martín,<sup>168</sup> el objetivo del legislador mexicano es tratar de premiar el origen común de los mexicanos, es decir, los nexos políticos, geográficos, las costumbres, historia y demás similitudes existentes entre los latinoamericanos y los ibéricos, incluyendo a los portugueses.

e) Finalmente, el quinto caso especial se refiere a las personas que hayan contribuido con sus actividades al servicio de México.<sup>169</sup> En este caso, la

<sup>166</sup>Artículo 20. I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado: b) Tenga hijos mexicanos por nacimiento, en *idem*.

<sup>167</sup>Artículo 20. I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado: c) Sea originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica, *idem*.

<sup>168</sup>Véase N. González Martín, "Régimen Jurídico de la nacionalidad en México", en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica* 33 (1999), pp. 75 y ss.

<sup>169</sup>Artículo 20. I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado: d) A juicio de la Secretaría, haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la Nación. En casos excepcionales, a juicio del Titular del Ejecutivo Federal, no será necesario que el extranjero acredite la residencia en el territorio nacional a que se refiere esta fracción, *Ley de nacionalidad...*, *doc. cit.*

ley mexicana reduce de la misma manera que los supuestos anteriores el plazo para poder adquirir la nacionalidad mexicana, pero prevé que a juicio del Presidente de la nación este requisito se pueda excluir.

Desde nuestra perspectiva este criterio resulta muy subjetivo, pues no será fácil calificar una obra o servicio que sean destacados y beneficiosos para México, especialmente en lo relacionado con cuestiones deportivas, empresariales y políticas.

3. Por último tenemos el caso de la *naturalización por vía automática o de consecuencia*. Mediante esta vía el consentimiento para naturalizarse lo dan los padres o tutores (no se requiere la voluntad de la persona que va a adquirir la nacionalidad mexicana) actuando en ejercicio de la patria potestad en representación legal de sus hijos menores, como consecuencia de que ellos mismos se han naturalizado mexicanos y desean mantener unida la familia.<sup>170</sup>

En otras palabras, esta tercera vía trata de los adoptados o descendientes hasta segundo grado (hijos y nietos) y de los menores extranjeros adoptados por mexicanos sujetos a la patria potestad de la persona que adquiere la nacionalidad mexicana por naturalización. Esto es porque si los padres han adoptado ya la nacionalidad mexicana por naturalización, resulta lógico y congruente que los hijos bajo la patria potestad también la adquieran, aunque no siempre ocurra así.

Pero se trata de una modalidad de voluntad, ya que los extranjeros incapaces no la solicitan sino que la reciben de oficio por vía de consecuencia o automática, pero siempre que la soliciten sus padres, que son quienes actúan como sus representantes legales en el trámite.

No obstante en este caso desde nuestra perspectiva y por su naturaleza, la Ley de Nacionalidad<sup>171</sup> es hasta cierto punto algo deficiente en

<sup>170</sup>Véase al respecto a J.T. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>171</sup>Artículo 20. El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá acreditar que ha residido en territorio nacional cuando menos durante los últimos cinco años inmediatos anteriores a la fecha de su solicitud, salvo lo dispuesto en las fracciones siguientes: III. Bastará una residencia de un año inmediato anterior a la solicitud, en el caso de adoptados, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos. Si los que ejercen la patria potestad no hubieren solicitado la naturalización de sus adoptados o de

lo que corresponde a la exigencia del requisito de la residencia en territorio mexicano del adoptado, o del descendiente del extranjero que se naturalice mexicano, o del adoptado por mexicano. Pues este requisito formal se pone al mismo nivel del vínculo de parentesco (por adopción o por consanguinidad), lo cual equivale a considerar dos situaciones.

La primera, la persona naturalizada mexicana no puede transmitir su nacionalidad por el hecho de que su adoptado o descendiente no resida en México.

Y la segunda, que de acuerdo al artículo 396 del Código Civil Federal,<sup>172</sup> el adoptado adquiere la calidad de hijo respecto de la persona que lo adoptó, por lo que no procede que esa relación quede sujeta a otra condición especialmente en materia de nacionalidad. Implícitamente y peor aún, un mexicano por nacimiento que adopte un hijo extranjero no podrá transmitirle la nacionalidad a su hijo, a menos que por circunstancias ajenas a los nuevos padres, el menor esté residiendo en México un año antes de presentar la respectiva solicitud de naturalización.

#### LA DOBLE O MULTIPLICIDAD DE NACIONALIDADES EN EL CASO MEXICANO. PROBLEMAS ACTUALES

Para precisar y entender claramente lo que es la doble o múltiple nacionalidad, seguimos el sentido expuesto por Arredondo Galván.<sup>173</sup> Según este autor, “es la situación jurídica que guarda una persona, a la que dos o más Estados diferentes le atribuyen simultáneamente su respectiva nacionalidad”.

No obstante, la anterior definición de carácter general, adquiere ciertos problemas que se relacionan al aspecto jurídico que se puede presentar cuando un individuo adquiere la doble nacionalidad. Al

---

los menores, éstos podrán hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de su mayoría de edad, en los términos de esta fracción. La Carta de Naturalización producirá sus efectos al día siguiente de su expedición, *Ley de Nacionalidad, loc. cit.*

<sup>172</sup>Artículo 396. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo. *Código Civil Federal* (DOF del 31 de diciembre de 2004).

<sup>173</sup>Cfr. F.X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, *op. cit.*, p. 20.

respecto menciona acertadamente Jiménez Cabrera<sup>174</sup> que cuando se habla de doble nacionalidad, es casi imposible no caer en discursos extremos y llegar al chovinismo. Pero además advierte que esta noción cambia y seguirá cambiando en un mundo globalizado, donde el concepto de nación se va diluyendo para unos y adaptando para otros. Pero lo único que el Derecho no puede hacer, es permanecer indiferente.

Eso se justifica si tomamos en cuenta que en realidad dirimir los problemas relativos a la doble nacionalidad reviste suma importancia, dado que ésta se manifiesta en dos sentidos distintos. El primero es cuando la doble nacionalidad puede ser originaria,<sup>175</sup> es decir, cuando la multiplicidad de nacionalidades acompañe a la persona desde su nacimiento (llamado también el *derecho de opción*). Esta es fruto de la preponderancia que las legislaciones conceden al sistema del *Ius Soli* y *Ius Sanguinis*, normalmente no querida por la persona y no reconocida por su derecho.

El segundo es cuando es adquirida, pues la doble o múltiple nacionalidad la adquiere la persona con posterioridad a su nacimiento. En esta, los ordenamientos jurídicos la reconocen y admiten, bien directamente, o bien por la vía de los acuerdos internacionales plasmados en los respectivos tratados o convenios, o de ambos modos, tal como sucedió por ejemplo entre España y Argentina.<sup>176</sup>

Pero como lo menciona De Castro y Bravo,<sup>177</sup> “más que doble nacionalidad se trata del reconocimiento de un título especial de pertenen-

<sup>174</sup>Véase M.T. Jiménez Cabrera, *La doble nacionalidad...*, op. cit., p. 54.

<sup>175</sup>Además de los autores antes mencionados, véase a J.M. Lete del Río, *La nueva regulación de la nacionalidad...*, op. cit., p. 150.

<sup>176</sup>Véase el convenio de nacionalidad entre la República Argentina y España, firmado en Madrid el 14 de abril de 1969, aprobado por la ley 18.957/1971 en P. A. Ramella, *La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Constitución nacional*, Mendoza, Ed. Idearium, 1977, pp. 56 y ss.

El artículo 1 del citado convenio menciona lo siguiente: “Los argentinos y españoles de origen podrán adquirir la nacionalidad española y argentina respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las partes contratantes, manteniendo su anterior nacionalidad con suspensión en el ejercicio de los derechos inherentes a esta última. Las personas que se acojan a las disposiciones del presente Convenio, quedarán sometidas a la legislación del país que ha otorgado la nueva nacionalidad, y en ningún caso, a la legislación de ambas partes contratantes simultáneamente.”

<sup>177</sup>Cfr. F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España...*, op. cit., pp. 275 y ss. Véase además sobre este tema: *idem*, “La nationalité, la double et supra nationalité”, en R. des C. 102 (1961-I), pp. 515-582.

cia a una comunidad de pueblos, con el significado de equiparación, más o menos completa, con los nacionales en sentido estricto”.

De ahí que encontremos dos aspectos que se pueden presentar cuando un individuo posee doble nacionalidad. Por un lado el aspecto interno, es decir, hacia el país al cual pertenece el individuo, porque cada Estado establece derechos y obligaciones de sus nacionales. Y por el otro lado, la protección y trato que se le da a los individuos que están afuera de su país dependiendo de ese trato y protección de los tratados internacionales que tiene con otros países el Estado al que pertenece la persona.

Y aunque en este capítulo sólo nos encargamos del primer problema, pues en capítulos posteriores se aborda la problemática de la doble nacionalidad en relación a la protección de la persona en el extranjero, cabe mencionar que todas las cuestiones que se planteen giran alrededor de la lealtad que debe mostrar la persona hacia el Estado.

En ese sentido vale la pena tomar en cuenta lo que menciona Ramella:

en todo individuo existe como uno de sus deberes primordiales la lealtad hacia el Estado del cual forma parte, y que en el caso de un conflicto que en un momento dado pueda surgir entre dos Estados independientes, no sería posible observar en toda su integridad esa lealtad, sino respecto de uno solo de dichos Estados. Una persona no puede, sin que de ello resulten grandes dificultades, pertenecer a dos Estados y ejercer derechos políticos al mismo tiempo.<sup>178</sup>

En nuestra opinión, esta afirmación tan categórica responde a la idea tradicional de la doctrina en Derecho internacional (que veremos posteriormente), de que la nacionalidad debía ser un vínculo único y no plural, ya que a cada Estado le interesaba que sus nacionales lo fueran exclusivamente suyos, además que trata de evitar situaciones de conflicto por la nacionalidad de la persona.

No obstante, tal afirmación ha ido perdiendo a lo largo del tiempo no sólo su rigor absoluto, sino también su vigencia por considerarse conveniente u oportuno el reconocimiento excepcional de supuestos de doble nacionalidad como medio de reforzar los vínculos que unen

<sup>178</sup>Cfr. P. A. Ramella, *Nacionalidad y ciudadanía...*, op. cit., p. 78.

a una nación con otra, con las que forma una comunidad real de origen, tradiciones y cultura; o bien, pretendiendo compartir intereses y aspiraciones por ambas razones.

Ahora bien tras esa breve explicación, continuamos con el estudio de los dos problemas que se presentan para el Estado mexicano.

### *La lealtad del individuo como problemática de la doble nacionalidad en México*

La doble o múltiple nacionalidad, es la situación excepcional que tiene un mexicano por nacimiento de que otro u otros Estados le atribuyan otra nacionalidad, ya sea porque haya nacido en el territorio de ese Estado, o porque sea hijo de padres de esa nacionalidad o porque voluntariamente haya adquirido esa nacionalidad.<sup>179</sup>

Como ya lo mencionamos anteriormente, las leyes del Estado mexicano permiten a la persona adquirir la nacionalidad de otro país, pues se adoptan los dos sistemas para el otorgamiento de la nacionalidad a la persona, es decir, el *Ius Soli* y el *Ius Sanguinis* con sus respectivos conflictos.

Uno de esos conflictos, es el referente a la lealtad que debe cada nacional a su país. Decimos que este es un conflicto, pues el mexicano por nacimiento al solicitar otra nacionalidad, tiene que renunciar a la lealtad hacia México y comprometerse con ser leal con su nueva nación.<sup>180</sup> Por tanto, creemos que se puede asumir una postura muy discutida, o sea, que el mexicano nacido en el extranjero y con la nacionalidad del país que habita, no es leal a México, debido a que tiene que ser leal con el país que lo ha adoptado. Creemos que el origen de todas esas circunstancias encuentra su fundamento legal en la normativa constitucional mexicana y las leyes que de ella emanan.

En primer término, el artículo 32 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>181</sup> actualmente permite y regula la doble

<sup>179</sup>Véase F.X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>180</sup>Véase M.T. Jiménez Cabrera, *La doble nacionalidad ...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

<sup>181</sup>Artículo 32. La ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad. El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la

nacionalidad de la persona. Pero no debemos omitir que hace años el ordenamiento mencionado sufrió adiciones en los dos primeros párrafos, con el objeto de reglamentar la doble nacionalidad, pero estableciendo las actividades que requieren de esa auténtica lealtad hacia el país.

Al respecto, aunque encontramos que en el segundo párrafo del citado artículo 32 se trata de los primeros pasos del legislador ante un tema que difícilmente puede asimilar y que ojalá con el transcurrir del tiempo comprenda su sentido y alcance, el anterior artículo que reglamenta las situaciones para la persona que posea doble nacionalidad no precisa cuál es la manera de comprobar que una persona ostenta dos o más nacionalidades. Dicho lo anterior de otra forma, ¿cuándo se presume que un mexicano cuenta con la doble nacionalidad?

La Ley de Nacionalidad,<sup>182</sup> es la que se encarga de dar respuesta a la anterior pregunta formulada. No obstante, se observa que únicamente se trata de preceptos generales que constituyen la base para que el legislador pueda regular oportunamente el tema de la doble nacionalidad, pero sin enfrentar directamente la problemática de lealtad.

Aún así debemos advertir que la norma mexicana, tal y como está escrita actualmente, puede dar origen a una serie de interpretaciones de distinta naturaleza. Es decir, que los criterios y conceptos empleados de la doble nacionalidad en la normativa mexicana, da a entender que los mexicanos por naturalización, o las personas que posean doble

---

presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento. Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patronos, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo. Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...*, *op. cit.*

<sup>182</sup>“Artículo 6. Salvo prueba en contrario, se presume que un mexicano ha adquirido una nacionalidad extranjera, cuando haya realizado un acto jurídico para obtenerla o conservarla, o bien, cuando se ostente como extranjero ante alguna autoridad o en algún instrumento público” *Ley de Nacionalidad* (DOF de 12 de enero de 2005).

nacionalidad, quedan sujetos a una amplia serie de restricciones, lo que los coloca como ciudadanos de segundo nivel con respecto a los mexicanos por nacimiento, los cuales tienen abiertos todos los derechos. En otras palabras, se deduce que de acuerdo con la ley habrá distintas clases de mexicanos; o sea, los que tengan la nacionalidad original, los que posean una nacionalidad distinta al Estado donde se encuentran y los que ostenten la doble nacionalidad.

Pero la anterior opinión de carácter general, en realidad no descubre todos los temores por parte del legislador mexicano ante la problemática socioeconómica y legal que plantea el tema de la doble nacionalidad para el Estado mexicano.

En ese aspecto, Péreznieto<sup>183</sup> argumenta que ello encuentra su origen en un hecho sociológico. Definitivamente que en nuestra opinión sí, pues en el caso mexicano existe un gran número de nacionales que, debido a las diversas circunstancias tanto personales, como nacionales o gubernamentales, optan por salir hacia Estados Unidos para obtener la nacionalidad estadounidense,<sup>184</sup> convencidos de que en ese país tendrán un nivel de vida mejor. Incluso muchos de ellos, a pesar de la supuesta lealtad hacia México, optan por enlistarse en las fuerzas armadas, pues el pertenecer a las mismas evita cumplir los requisitos de residencia continua y presencia física, necesarios para obtener dicha nacionalidad.

Pero ese no es todo el problema, pues esos individuos (mexicanos *sui generis*) una vez que ya han obtenido esa nacionalidad en virtud de sus concurrentes nacionalidades, estadounidense y mexicana, deben acatar la normativa legal de ambos países, que sólo aplica a los casos cuando estos sujetos estén en territorio estadounidense trabajando o de visita familiar en el territorio mexicano.

A modo de ejemplo del supuesto anterior, entre otros, están dos casos de mexicanos que se enlistaron en las fuerzas armadas de Estados Unidos pero que desafortunadamente perdieron la vida en la anterior guerra de Iraq.

El primer caso es el de Jesús Suárez, mexicano nacido en la ciudad de Tijuana, pero que se fue a radicar a Estados Unidos junto con sus

<sup>183</sup>Véase en este sentido a L. Péreznieto Castro, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>184</sup>Véase sobre este tema a M.T. Jiménez Cabrera, *La doble nacionalidad...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.; M.R. Huerta Lara, *Ciudadanos y naciones...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

padres y hermanos desde los 14 años de edad. Una vez dentro del ejército estadounidense en la primera guerra contra Iraq, el joven partió con la convicción de que era mejor ir a atacar, que recibir ataques en su amado país, o sea, Estados Unidos.

Y dentro de la misma guerra, el segundo caso es el de Francisco Martínez Flores, también mexicano de nacimiento, pero radicado en la ciudad de Los Ángeles, California. En resumen, lamentablemente este joven murió en un accidente, ocurrido mientras se movilizaba en un tanque de guerra del ejército estadounidense.<sup>185</sup>

Ante esos dos casos mencionados (y demás asuntos relacionados), concluimos que el legislador mexicano usa la normativa como barrera para encubrir el problema de la lealtad que enfrenta el Estado mexicano a causa de la emigración.

Es decir, si en la vida real el ejemplo más común de mexicanos que poseen doble nacionalidad es el de los nacidos en los Estados Unidos, pero hijos de padres mexicanos, a quienes a pesar de atribuirseles la nacionalidad estadounidense (*Jus Soli*), adquieren y no pierden la nacionalidad mexicana (*Jus Sanguinis*), sólo porque la norma constitucional mexicana<sup>186</sup> así lo establece, entonces en definitiva que la lealtad del individuo va en razón de la calidad de vida que pueda ofrecer un país a sus nacionales. Problema que conlleva ciertos estudios muy distintos al presente, pero que sin duda, no creemos que se solucione sólo con expedir leyes sobre la nacionalidad del individuo.

### *El antiguo derecho de opción en México*

El derecho de opción en relación con el tema de la doble nacionalidad en México, según palabras de Pérezniето Castro<sup>187</sup> es “el derecho que tiene

<sup>185</sup>Véase más detalle: M.T. Jiménez Cabrera, *La doble nacionalidad...*, op. cit., pp. 58 y ss.

<sup>186</sup>Artículo 37. A) Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. B) La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos: I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y II. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF del 12 de diciembre de 2005).

<sup>187</sup>Cfr. L. Pérezniето Castro, *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 42.

una persona a quien dos o más Estados le atribuyen su nacionalidad para que, a su mayoría de edad, pueda decidir si se queda con la nacionalidad mexicana, y renuncia a la nacionalidad extranjera, o a la inversa”.

Antes de continuar con el desarrollo, es conveniente aclarar que el supuesto anterior se basa en el deseo de la persona de adquirir una nacionalidad distinta a la mexicana. Es decir, se sigue el sentido expuesto de Trigueros,<sup>188</sup> o sea, opera el principio de renuncia voluntaria a la nacionalidad.

Como se vio en los puntos anteriores donde se citaban los artículos constitucionales en relación con el tema que nos ocupa, ese derecho de opción actualmente no existe, pues como lo mencionamos anteriormente, *ningún mexicano por nacimiento puede renunciar a su nacionalidad mexicana*.<sup>189</sup>

La intención de la normativa que va dirigida al mexicano por nacimiento que tenga otra nacionalidad, es que pueda conservar esa nacionalidad sin renunciar a la nacionalidad mexicana, pero siempre y cuando se ostente como mexicano dentro del Estado y ante autoridades mexicanas.<sup>190</sup>

Arredondo Galván le da un sentido similar. Este autor menciona que si un mexicano por nacimiento quiere optar por una nacionalidad extranjera, lo tendrá que hacer en un Estado extranjero, dentro de su territorio, o ámbito legal de aplicación de su ordenamiento jurídico, donde sí tendrá eficacia la renuncia a la nacionalidad mexicana.<sup>191</sup> La respuesta es porque en México, en el Estado que le permite conservar ese vínculo de nacionalidad, ese mexicano será invariablemente considerado como mexicano por nacimiento, porque su nacionalidad en México se conserva siempre.

No obstante, el problema que se presenta va dirigido a las personas que son mexicanas por naturalización y el Estado del que son originalmente nacionales les sigue atribuyendo una nacionalidad. Pero en

<sup>188</sup>Véase S.E. Trigueros, *La nacionalidad mexicana...*, op. cit., pp. 32 y ss.

<sup>189</sup>Véase en el punto anterior, Artículo 37, inciso A) de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...*, doc. cit.

<sup>190</sup>Artículos 12 y 33 de la *Ley de Nacionalidad* (DOF, de 12 de enero de 2005).

<sup>191</sup>Véase F.X. Arredondo Galván, *Personas físicas nacionales y extranjeras...*, op. cit., pp. 2 y ss.

este caso, nuestra opinión es en el sentido de que la normativa constitucional<sup>192</sup> sólo se refiere cuando los mexicanos por naturalización adquieren voluntariamente una nacionalidad extranjera. Por tanto, deducimos que la persona tendría tres nacionalidades.

Es decir, que a la persona extranjera que adquirió la nacionalidad mexicana por naturalización no aplica esta disposición y por tanto, no habrá problema para que ese mexicano por naturalización siga conservando la nacionalidad original en su Estado. Pues como sucede en algunos casos, como el español,<sup>193</sup> esa renuncia ante autoridades mexicanas puede no tener ningún valor ante las autoridades del Estado del que es originaria la persona que adquirió la nacionalidad mexicana.

En ese sentido, ese extranjero que adquirió la nacionalidad mexicana y renunció a su nacionalidad de origen puede seguir manteniendo su nacionalidad originaria. Pero en la medida que, independientemente de su voluntad para renunciar, o de optar por una u otra nacionalidad, su Estado de origen se la siga atribuyendo por haber nacido en ese Estado, tal como sucede en el caso mexicano.

Las reglas para mexicanos con doble nacionalidad.

Impedimentos para evitar conflictos de nacionalidad

Aunque la cuestión de la generación de conflictos por doble o múltiple nacionalidad de la persona es un tema que corresponde al Derecho internacional, en este punto nos abocamos a estudiar lo relacionado a la prevención de dichos conflictos desde el enfoque del Derecho interno mexicano.

Desde ese punto de vista, estamos de acuerdo que la situación de la doble nacionalidad, por una parte, genera conflictos de tipo económico, jurisdiccional, político, etcétera.<sup>194</sup> Pero por otra parte, resuelve

<sup>192</sup>“Artículo 37. B) La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos: I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero”. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF del 12 de diciembre de 2005).

<sup>193</sup>Véase principalmente J.M. Lete del Río, *La nueva regulación de la nacionalidad...*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

<sup>194</sup>Véase en este sentido a N. González Martín, *Régimen jurídico de la nacionalidad en México...*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

la situación de los mexicanos que residen en otros países por distintas circunstancias (principalmente en Estados Unidos.) y que quieren seguir siendo mexicanos, a pesar de ser considerados nacionales por el país de residencia.

El artículo 32 constitucional como lo mencionamos anteriormente, reconoce en su primer párrafo la existencia de mexicanos que poseen otra nacionalidad y dispone que la ley reglamentará el ejercicio de sus derechos y establecerá las normas respectivas para evitar los conflictos de doble nacionalidad.

Es decir, la norma constitucional únicamente establece el criterio general que deberá seguirse por la ley respectiva. El capítulo II de la Ley de Nacionalidad denominado “De la nacionalidad mexicana por nacimiento”, establece cinco reglas que deberá acatar la persona con doble nacionalidad, cuya finalidad según la normativa, es la de prevenir conflictos por la doble o múltiple nacionalidad que afecten a la persona y al Estado mexicano.

A continuación, basándonos en lo escrito por la legislación mexicana, enunciamos las cinco reglas que deberá seguir la persona que posea doble nacionalidad.

Primera regla: *Deben ostentarse en México siempre como mexicanos*: Los mexicanos por nacimiento que posean o hayan adquirido otra nacionalidad, cuando salgan del territorio nacional o cuando ingresen a él, deberán, sin excepción, ostentarse como mexicanos. Si no lo hacen, tendrán una multa de 300 a 500 salarios mínimos.<sup>195</sup>

Segunda regla: *Se presume que actúan siempre como mexicanos*: En el caso de los mexicanos con doble nacionalidad hay presunción *juris et de jure*, es decir, que no admite prueba en contrario el hecho de que actúan como mexicanos en los siguientes dos casos:

1. En todos los actos jurídicos celebrados en territorio nacional, incluso en las embajadas y consulados mexicanos en el extranjero y en embarcaciones y aeronaves con bandera mexicana.
2. En los actos jurídicos celebrados en el extranjero, mediante los cuales:  
a) Participen en el capital social de personas morales mexicanas. b) Ejercen el control sobre personas morales mexicanas. c) Otorguen créditos a

<sup>195</sup>Artículos 12 y 33 de la *Ley de Nacionalidad* (DOF, de 12 de enero de 2005).

personas morales mexicanas. D) Detenten la titularidad de inmuebles ubicados en territorio nacional. e) Detenten la titularidad de otros derechos, cuyo ejercicio se realice en territorio nacional.<sup>196</sup>

Tercera regla: *No se puede invocar la protección de otro gobierno.* Aunque abordaremos este tema en capítulos posteriores, cabe mencionar que los mexicanos con doble o múltiple nacionalidad no podrán invocar la protección de gobierno extranjero que les atribuya la nacionalidad, ni de algún otro, en relación con los actos jurídicos en los que se entiende que actúan siempre como mexicanos. Ahora bien, si esos mexicanos con doble nacionalidad llegaran a invocar la protección de un gobierno extranjero, entonces respecto a esos actos jurídicos perderían en beneficio del Estado mexicano dichos bienes o derechos.<sup>197</sup>

Cuarta regla: *La nacionalidad mexicana por nacimiento no se puede perder:* Como ya lo mencionamos anteriormente, el artículo 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipula que ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.<sup>198</sup> Esta importantísima disposición logra el objetivo del legislador, o sea, unir a la persona con otra nacionalidad a México, de manera indisoluble y para siempre, aun cuando hayan renunciado a la nacionalidad mexicana en el país donde residen, pero que en México, ese efecto no tiene trascendencia por disposición de la Constitución. Lo anterior significa que todos los que han adquirido la nacionalidad mexicana por nacimiento, no lo podrán perder jamás en el ámbito de vigencia del Derecho interno del Estado mexicano, independientemente de los actos que haya realizado en territorio de otro Estado.

Quinta regla: *Renunciar a otra nacionalidad si pretende ocupar o acceder a un cargo de función pública:* El mexicano por nacimiento que haya adquirido otra nacionalidad, deberá obtener un certificado de nacionalidad mexicana, lo que implica la renuncia expresa de otra nacionalidad atribuida y a toda sumisión y obediencia al Estado que le atribuye la otra nacionalidad. Además esa persona, protestará adhesión, obediencia

<sup>196</sup> Artículo 13 de la *Ley de Nacionalidad* (DOF, de 12 de enero de 2005).

<sup>197</sup> Artículo 14 de la *Ley de Nacionalidad*, *idem*.

<sup>198</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF, del 12 de diciembre de 2005).

y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas, aunque como lo mencionamos anteriormente, esa renuncia sólo surte efectos en territorio mexicano, ámbito de aplicación del derecho interno mexicano.<sup>199</sup>

## CONSIDERACIONES FINALES

I. Desde la perspectiva del Derecho la nacionalidad contiene diversos aspectos, tanto internos como internacionales, públicos y privados. Por ello el tema de la nacionalidad sea un fenómeno que importa no sólo al Derecho constitucional, o al Derecho internacional, sino que como estado y condición de la persona (física y jurídica) es una institución del Derecho civil y del Derecho interno del Estado. Es decir, que la nacionalidad no puede delimitarse, ni definirse jurídicamente, si no es precisamente dentro del Estado.

II. De esta manera identificamos a la nación como un elemento que conforma la nacionalidad de las personas, pues ya señalamos anteriormente que el objeto de la nacionalidad es estudiar la relación de una persona en razón del vínculo político y jurídico que integra al pueblo constitutivo de un Estado. Por ello, nacional es quien pertenece a una nación, o sea, quien forma parte, ya sea por origen (natural) o por naturalización de la población de una nación determinada. Aunque generalmente el uso equívoco de las palabras, nacionalidad y ciudadanía en algunas normas (principalmente en el caso mexicano), ha dado una lamentable confusión de conceptos para su correcta interpretación en la práctica. A raíz de lo anterior, podemos precisar que una regla fundamental es que la ciudadanía de la persona siempre se desprenderá de la calidad de nacional, nunca al contrario.

III. La normativa de México adopta los sistemas tradicionales en su legislación (*Jus Soli* y *Jus Sanguinis*) para la atribución de la nacionalidad. Respecto al *Jus Soli*, o sea, la nacionalidad mexicana por nacimiento, se atribuye a la persona de una manera originaria. Es decir, se atribuye por el origen mismo de la persona, pues basta el hecho de nacer en determinadas condiciones para que se considere mexicano(a) a la persona, incluyendo las embarcaciones y aeronaves registradas en el Estado. Respecto del *Jus Sanguinis* o sea, el criterio que se refiere al parentesco consanguíneo con los padres de la persona, no es necesario el hecho del nacimiento en el territorio del Estado, pues se permite que la persona nazca fuera de

<sup>199</sup> Artículos 16 y 17 de la *Ley de Nacionalidad...*, *op. cit.*

él, es decir, se transmite por filiación. Ahora que sí es un requisito necesario que la legislación de ese Estado contemple este sistema de atribución de la nacionalidad, como sucede en el caso mexicano.

IV. En cuanto a la adquisición de la nacionalidad por naturalización, en México se contemplan tres supuestos. 1. Naturalización por vía ordinaria. 2. Naturalización por vía especial. 3. Naturalización por vía automática o de consecuencia. La naturalización por vía ordinaria es a través de la manifestación expresa del consentimiento de la persona. En la vía especial se contemplan los casos específicos en los que la persona puede adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización y bajo ciertos requisitos. Y por vía automática o de consecuencia, el consentimiento para naturalizarse lo dan los padres o tutores.

V. La doble o multiplicidad de nacionalidades adquiere ciertos problemas que se relacionan al aspecto jurídico. El primero es cuando la doble nacionalidad puede ser originaria, es decir, cuando la multiplicidad de nacionalidades acompañe a la persona desde su nacimiento (llamada derecho de opción). Podemos mencionar que esta es fruto de la preponderancia que las legislaciones conceden al sistema del *Jus Soli* y *Jus Sanguinis*, normalmente no querida por la persona, y no reconocida por su derecho. El segundo es cuando es adquirida, pues la doble o múltiple nacionalidad la adquiere la persona con posterioridad a su nacimiento. De ahí que encontremos dos aspectos que se pueden presentar cuando un individuo posee doble nacionalidad. Por un lado, el aspecto interno, es decir, hacia el país al cual pertenece el individuo, porque cada Estado establece derechos y obligaciones de sus nacionales. Y por el otro lado, la protección y trato que se le da a los individuos que están afuera de su país, dependiendo ese trato y protección de los tratados internacionales que tiene con otros países el Estado al que pertenece la persona.

VI. A nuestro parecer, todas las cuestiones que se planteen respecto a la doble nacionalidad de la persona, giran alrededor de la lealtad que debe mostrar el individuo hacia el Estado. En el caso mexicano, decimos que este es un conflicto, pues el mexicano por nacimiento al solicitar otra nacionalidad, tiene que renunciar a la lealtad hacia México y comprometerse con ser leal con su nueva nación, incluso enlistarse en las fuerzas armadas de ese país.

VII. El derecho de opción que existía en México, ocasionaba conflictos relacionados con la doble nacionalidad. Es conveniente aclarar que el supuesto anterior se basa en el deseo de la persona de adquirir una nacionalidad distinta a la mexicana. Pero como se vio en el desarrollo del capítulo, ac-

tualmente ningún mexicano por nacimiento puede renunciar a su nacionalidad mexicana. La intención de reformar la normativa, que va dirigida al mexicano por nacimiento que tenga otra nacionalidad, es que pueda conservar esa nacionalidad sin renunciar a la nacionalidad mexicana, pero siempre y cuando se ostente como mexicano dentro del Estado y ante autoridades mexicanas. No obstante, el problema que se sigue presentando en el caso mexicano va dirigido a las personas que son mexicanas por naturalización y el Estado del que son originalmente nacionales, les sigue atribuyendo una nacionalidad. En ese sentido, ese extranjero que adquirió la nacionalidad mexicana y renunció a su nacionalidad de origen, puede seguir manteniendo su nacionalidad originaria, pues la renuncia sólo tendrá efectos en el Estado mexicano. Pero en la medida que, independientemente de su voluntad para renunciar, o de optar por una u otra nacionalidad, su Estado de origen le siga atribuyendo su nacionalidad por haber nacido en ese Estado, tal como sucede en el caso de la legislación mexicana.

VIII. Por último, hacemos hincapié a que la legislación mexicana previene, en cierta forma, los conflictos que pudieran surgir por la doble nacionalidad de la persona. Es decir, la persona está obligada de acuerdo con la ley mexicana, a efectuar las siguientes cinco reglas: Primera regla: Deben ostentarse en México siempre como mexicanos. Segunda regla: Se presume que actúan siempre como mexicanos. Tercera regla: No se puede invocar la protección de otro gobierno. Cuarta regla: La nacionalidad mexicana por nacimiento no se puede perder: Quinta regla: Renunciar a otra nacionalidad si pretende ocupar o acceder a un cargo de función pública.



*SEGUNDA PARTE*

*La protección de la persona  
en el extranjero por el Estado  
de nacionalidad*



## Caracterización, evolución y delimitación de la protección de la persona. La protección diplomática

### EL DERECHO DEL ESTADO A EJERCER LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. LOS PRIMEROS PASOS EN LA INSTITUCIÓN

Una vez que se apuntaron las características esenciales sobre la persona y sus atributos, así como la importancia de la nacionalidad en el derecho interno del Estado, pasamos a estudiar desde el punto de vista del Derecho internacional a la Institución de la protección diplomática.

En Derecho internacional, los Estados se hallan vinculados por normas cuya finalidad de aplicación es el respeto mutuo hacia la sociedad internacional. Asimismo, al individuo que ostente una nacionalidad, porque la persona (física y jurídica) integra uno de los elementos constitutivos del Estado (es decir, la población) y por tanto, es parte del interés estatal que se debe proteger en el ámbito internacional.

En la práctica, cuando un individuo se encuentra en territorio de otro Estado y durante su permanencia en él sufre algún agravio a los derechos que son reconocidos por el ordenamiento internacional, pero sin percibir la debida reparación del Estado agresor, el Estado de nacionalidad del individuo puede defender discrecionalmente el derecho que le concede el ordenamiento internacional. Ello se hace mediante una reclamación contra el Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito en agravio de su nacional, ejerciendo lo anteriormente aludido, como la práctica a la institución de protección diplomática.

En otras palabras, la protección diplomática tiene por objeto que una persona capaz de ejercer una acción internacional (el Estado), sustituya a una persona que carece de tal capacidad, la cual ha sufrido un daño.<sup>200</sup>

Por ejemplo, si el nacional de un Estado “A” que radica en el territorio de un Estado “B” resulta lesionado en sus derechos, la única vía que tendrá abierta inmediatamente será la interposición de un recurso ante las autoridades internas del Estado “B”, pero si los órganos internos de ese Estado no le conceden una reparación adecuada, incluso el extranjero considera tener derecho a ella, en el supuesto de que su pretensión esté fundada en Derecho, entonces el individuo quedaría sin ningún recurso legal.<sup>201</sup> Es aquí donde aparece la institución de la protección diplomática.

Antes de continuar tenemos que advertir que según la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en esta institución aún no hay claridad o certeza en las normas que gobiernan la protección diplomática en general,<sup>202</sup> puesto que desde hace años esta institución se encuentra en un cierto proceso evolutivo y de constante cambio por ser un derecho consuetudinario de los Estados. Consecuentemente, ello ha ocasionado que la institución sea examinada por autores muy prestigiados en la materia,<sup>203</sup> los cuales han aportado nuevas ideas para su desarrollo.

<sup>200</sup>*Diccionario de Derecho Internacional*, p. 283.

<sup>201</sup>Véase R. Méndez Silva, y A. Gómez-Robledo Verduzco, *Derecho internacional público. Introducción al derecho mexicano*, México, D.F., UNAM, 1981, pp. 132 y ss.

<sup>202</sup>Véanse los comentarios al respecto en *Tercer informe sobre protección diplomática, presentado por el relator especial*, J. Dugard. Doc. A/CN.4/523, párr. 11 (en adelante *Tercer informe...* [A/CN.4/523]).

<sup>203</sup>Se recomienda principalmente J.D. González Campos; L.I. Sánchez Rodríguez; P.A. Sáenz de Santa María; *Curso de Derecho internacional Público*, 3a. ed. Revisada, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 389-390; A. Fernández Tomás; A. Sánchez Legido; J.M. Ortega Terol, *Manual de Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 379-382; J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, pp. 236 y ss.; M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, 15a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, pp. 865-880, *idem*, “Reflexiones sobre la protección diplomática”, en *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en honor del profesor Don Antonio Truyol Serra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, vol. I, p. 378.; M.G. Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, 4a. ed., Santa fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 460; A. Gómez-Robledo Verduzco, *Temas selectos de Derecho internacional*, 4a. ed., México, D.F., UNAM, 2003, pp. 12 y ss.; L. Condorelli, “L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique”, en *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Jean-François Flauss (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 3-4; *idem*, “La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle”, en RDI LXXXVI (2003-1), pp. 5 y ss.; A. Grahl Madsen, “Protection for the unprotected”, en *Annuaire*

Por ejemplo, uno de los clásicos como Borchard,<sup>204</sup> definió a la protección diplomática en sentido conservador, indicando que esta institución fue concebida desde el principio como resultado de la competencia personal del Estado sobre su población, cuando los súbditos de éste que se encontraban en territorio extranjero y sufrían un daño por autoridades o por órganos del Estado receptor. Entonces al nacional no le quedaba otro recurso que recurrir ante las autoridades locales del Estado que los agredía para exigir reparación por el daño causado y si éste mediante esa vía no conseguía dicha finalidad, el Estado del que es nacional podía demandar al Estado receptor el cumplimiento de las obligaciones a las normas del Derecho internacional.

Desde el siglo XVII, *Vattel* otro gran jurista durante la época del “derecho de gentes”,<sup>205</sup> reiteró el derecho del Estado a otorgar la protección a su súbdito siempre que se usara como una respuesta inmediata del Estado soberano al sentirse lesionado por el daño causado a un nacional suyo, expresando que esta institución es un procedimiento que le permite al Estado hacer valer el derecho de sus ciudadanos para recibir un trato de acuerdo con el Derecho internacional.<sup>206</sup>

---

*de l'A.A.A.* 1967/68, vol. 37/38, pp. 176 y ss.; L. García Arias, “Sobre el derecho de protección diplomática”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional* (en adelante AHLADI) 1959-I, pp. 129 y ss.; G. Berliá, “Contribution a l'étude de la nature de la protection diplomatique”, en *AFDI* III (1957), pp. 63 y ss.; G. Trozzi, “Interessi Statali e interessi privati nel'ordinamento Internazionale”, Dott. A., Milano, Giuffrè Editore, 1977, pp. 12-401.

<sup>204</sup>Véase E.M. Borchard, “Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims”, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1919, Reprint William S. Hein Company, Buffalo, 2003, pp. 28 y ss. (en adelante E.M. Borchard, *Diplomatic protection*).

<sup>205</sup>Véase en especial a E. Vattel, “The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns”, Book II (*Of a Nation considered in its relation to others*), cap. VI (traducción al idioma inglés de la obra original *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* de 1758 por Joseph Chitty), Philadelphia, T. & J.W. Johnson & Co. 1883, §71. que menciona lo siguiente: “Whoever offends the State, injures its rights, disturbs its tranquility, or does it a prejudice in any manner whatsoever, declares himself its enemy, and exposes himself to be justly punished for it. Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is, safety”, Además véase A. Makarov, “Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática”, en *REDI*, vol. VIII (1955-2), pp. 511 y ss.; F.A. von der Heydte, “Le rôle de l'individu en droit international”, en *R. des. C.* 107 (1962-III) pp. 297-306; Verdross, A. “Les règles Internationales concernant le traitement des étrangers”, en *R. des C.* 37 (1931-III) pp. 327-330.

<sup>206</sup>Véase en este sentido Ch. de Visscher, “Cours général de principes de droit international public”, en *R. des C.* 86 (1954-II) pp. 507 y ss.

De todo lo anterior surgen dos elementos: en primer lugar, que un individuo puede verse favorecido por la acción internacional de su Estado (siempre que se dé cumplimiento a los requisitos de la nacionalidad y el agotamiento de los recursos internos por el particular, analizados más adelante) por entrar en un territorio extranjero, en donde el poder del Estado sea reconocido y respetado.

En segundo lugar, para poder reclamar en el plano internacional (después de cumplir ciertos requisitos), es un deber del particular hacer a su Estado un endoso obligatorio del derecho,<sup>207</sup> pues exclusivamente al Estado le pertenece dicho derecho, porque el individuo no tiene la calidad de sujeto en el Derecho internacional para hacer valer por sus propios medios el cumplimiento a las normas internacionales.

Al respecto y siguiendo la postura de Condorelli,<sup>208</sup> no cabría preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, pues dicha situación ya ocurrió en una controversia de esta naturaleza,<sup>209</sup> pues como lo hemos venido diciendo, desde el momento en que el Estado decide asumir la causa de uno de sus nacionales en el plano internacional, en la práctica éste es el único demandante y defensor del Derecho internacional.

### *Elementos que conforman la institución en sentido estricto y amplio. Características, diferencias y nociones*

En principio, el incumplimiento de la obligación del Estado de proteger a la persona y los bienes del extranjero que se encuentren en su territorio, hará incurrir en responsabilidad internacional al Estado. Para definirla,<sup>210</sup> la responsabilidad internacional es aquella institución jurídica en virtud de la cual, todo Estado al que le sea imputable un

<sup>207</sup>G. Berlia, *Contribution a l'étude...*, *op. cit.*, p. 63.; J. Puente Egido, "Algunas consideraciones en torno a la situación procesal de los particulares ante instancias internacionales", en REDI XX (1967-1), pp. 276 y ss.; E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, pp. 12 y ss.

<sup>208</sup>Véase L. Condorelli, *L'évolution du champ...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>209</sup>Véase el fallo del asunto *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. United Kingdom), Judgment of August 30 1924, PCIJ, Reports 1924, Series A, núm. 2, p. 12.

<sup>210</sup>Véase *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 304; J. Chinchón Álvarez, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz...*, *op. cit.*, pp. 44-46.

hecho ilícito, según el Derecho internacional, debe una reparación al Estado en cuyo perjuicio se haya realizado dicho acto.

En la práctica, la responsabilidad internacional del Estado puede surgir de todo órgano que tiene oportunidad de aplicar y en su caso infringir una norma de Derecho internacional.

Por ejemplo, si el funcionario ha obrado fuera de los límites de su competencia (*actos ultra vires*) desbordando completamente el marco de sus funciones, entonces la responsabilidad del Estado es en principio descartada si el acto fue de carácter privado. Pero en caso contrario, la responsabilidad internacional del Estado podrá ser comprendida si al realizarse el daño, el funcionario se ha amparado en su condición de oficial del Estado, o se ha servido de medios puestos a su disposición para ocasionar un perjuicio<sup>211</sup> y en consecuencia se crea la responsabilidad internacional del Estado.

En dicho caso, si el Estado no puede prevenir el daño contra un extranjero debe entonces castigar al culpable que es un individuo, pero si no lo hace, será el incumplimiento de esa obligación, es decir, de prevención y represión lo que comprometerá la responsabilidad del Estado, aun cuando en el origen de la responsabilidad esté la actividad del individuo.<sup>212</sup>

Por dichas razones la doctrina internacional<sup>213</sup> afirma que el daño causado al extranjero es el que genera la responsabilidad internacional del Estado, siempre que se realice mediante un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado. Y eso ocasiona que en el plano internacional, la protección diplomática juegue un rol esencial en la obra

<sup>211</sup>Véase *Mallén case*, Docket núm. 65, abril 27 de 1927, 11 RSA, 173.

<sup>212</sup>Véase M.B. Laura, *Jane's case*, Docket núm. 31, noviembre 26 de 1926. 11 RSA, 10-11.

<sup>213</sup>Estos antecedentes fueron fijados en los trabajos de la CDI dentro del marco de la codificación sobre responsabilidad internacional. *Yearbook...*, 1956, vol. II, A/CN.4/96; También se recomienda ampliamente: E. Rey Cantor; A.M. Rey Anaya, "Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Antonio Augusto Cançado Trindade (prólogo), Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, pp. 113 y ss.; A. Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1997, pp. 120 y ss.; A. Verdross, "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", en *RGDIP* 45 (1938-1), pp. 49 y ss.; S. García Ramírez, "Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana", México, D.F., UNAM, 2002, pp. 20 y ss.; A. Mandelstam, "La généralisation de la protection internationale des droits de l'homme", en *RDILC*, 1930, pp. 233 y ss.; A. Pérez Giralda, "El proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados al fin del camino", en *REEI* 2002/4, pp. 1 y ss.

de la responsabilidad internacional del Estado,<sup>214</sup> es decir, como una acción optativa del Estado para proteger sus propios intereses cuando otro Estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito<sup>215</sup> por transgredir una obligación internacional y generando la responsabilidad internacional del Estado, que es la que antecede al ejercicio de la protección diplomática.<sup>216</sup>

Ahora bien, sin duda que en la práctica podemos referirnos como ejercicio de protección diplomática a la acción emprendida por medio de un funcionario diplomático en cumplimiento de órdenes por parte de su gobierno para reclamar en el plano internacional al gobierno donde está comprobado el daño personal o patrimonial. Entonces llegamos a la conclusión que de ese tipo de acciones, es decir, cuando a un individuo o grupo de individuos nacionales del Estado le es ocasionado un daño y posteriormente se despliega la interposición formal de la reclamación en el plano internacional contra el Estado agresor, es de donde surge el concepto de protección diplomática en *sentido estricto*: “La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática, o a otros medios de solución pacífica, por un Estado que asume por derecho propio la causa de uno de sus nacionales, en razón de un perjuicio sufrido por éste como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado”.<sup>217</sup>

<sup>214</sup>Véase en este sentido G. Berlia, *Contribution...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>215</sup>Véase en este sentido en especial a M.J. Aznar Gómez, “Responsabilidad internacional del Estado, y acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000, p. 36 y ss.; F.V. García Amador, “State responsibility: some new problems”, en R. des C. 94 (1958-II) pp. 369 y ss.

<sup>216</sup>Así lo menciona la CDI en el proyecto de artículos aprobados sobre la responsabilidad internacional del 2001 art. 1, al mencionar que “todo hecho internacionalmente ilícito genera su responsabilidad internacional”, Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1. Además véase sobre los principios generadores de la responsabilidad internacional del Estado a J. Cordona Llorens, “Deberes jurídicos y responsabilidad internacional”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 147 y ss.; F.M. Mariño Menéndez, “Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y Derecho internacional”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 473 y ss.; M.G. Cohn, “La théorie de la responsabilité internationale”, en R. des C. 68 (1939-II), pp. 207 y ss; P.-M. Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”, en R. des C. 188 (1984-V) p. 9 y ss.; A. Pérez Giralda, *El proyecto de la CDI...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>217</sup>Cfr. *Título y texto de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura sobre protección diplomática*, 2004. Doc. A/CN.4/L.647, art. 1 (en adelante *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647)); véase en este sentido a Z. Marjoleine, “Codification of the

No obstante, en nuestra opinión, el anterior concepto en sentido estricto es complementario de lo sucedido en la práctica internacional de protección diplomática, pues en realidad la definición de protección diplomática en un sentido estricto fue establecida por la doctrina de la Corte Permanente de Justicia Internacional (la CPJI), en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*.<sup>218</sup>

Sobre dicho asunto cabe dedicar algunas líneas. El litigio empezó en una controversia entre el Estado receptor y un extranjero al que no se reconocieron sus derechos, y el nacional se vio envuelto en un procedimiento judicial interno donde finalmente sufrió una denegación de justicia<sup>219</sup> al exigirle al Estado la reparación de un daño material y moral, sin satisfacer tal reclamación. Por tal motivo llegamos a preguntarnos si, ¿al actuar de esa manera el Estado hace valer su propio derecho, o sólo es un mandatario de un nacional suyo que es titular de un interés jurídicamente protegido?<sup>220</sup>

Como se verá en el siguiente punto, la definición clásica plantea al Estado la posibilidad de asumir la causa de su nacional como parte del poder discrecional con el que cuenta, teniendo toda la libertad para decidir si hace o no valer su derecho, incluso, sin tener que justificarse en ninguno de los dos casos y no teniendo que aducir por ejemplo, la falta de fundamento de la solicitud o los intereses de su política exterior.<sup>221</sup>

Aunque en realidad consideramos que la concepción clásica se funda en gran medida en una *Fictio Juris*, si se considera que el Estado

---

law on diplomatic protection: The first eight draft articles”, en *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), pp. 209-232.

<sup>218</sup>PCIJ Reports 1924, p. 12. Véase también las conclusiones de la CDI en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo periodo de sesiones*, Suplemento núm. 10 (A/52/10), párr. 180 y ss.

<sup>219</sup>Denegación de justicia: La denegación de justicia es la imposibilidad de lograr su efectivo respeto dentro del orden jurídico de un Estado, en virtud de la inexistencia de recursos idóneos, o de la obstrucción para ejercer o agotar los existentes, o del retraso injustificado de la autoridad competente en decidir sobre los recursos interpuestos, *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 116.

<sup>220</sup>Véase en este sentido *Informe preliminar sobre la protección diplomática, presentado por el relator especial M. Bennouna*. Doc. A/CN.4/484, párr. 50 y ss. (en adelante *Informe preliminar...* (A/CN.4/484)); véase también las conclusiones de la CDI en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/52/10), párr. 180 y ss.

<sup>221</sup>Véase G. Berlia, “Contribution a l’étude.....”, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; Ch. de Visscher, *Cours générale...*, *op. cit.*, p. 509.

de la nacionalidad del perjudicado reclama en el plano internacional que se respete “su propio derecho”, pues este derecho suele ser exactamente igual al que se le reconoce al perjudicado en el plano interno, tal como se mencionó en el asunto de la Barcelona Traction.<sup>222</sup>

Una característica primordial de tal concepción está en que toma en cuenta puntos de vista basados en las relaciones de Derecho internacional y del Derecho interno.<sup>223</sup> Por tal causa, en el plano internacional se pone en escena al Estado y oculta la reclamación original del particular, contraponiendo el perjuicio inmediato sufrido por el Estado (su territorio, sus agentes, etcétera) inclusive poniendo en juego su competencia personal por el perjuicio inmediato que sufre uno de sus nacionales en territorio extranjero.

Por tal motivo, en la práctica si el individuo no tiene posibilidad de internacionalizar la controversia, es decir, ponerla fuera del ámbito del Derecho interno del Estado agresor, su Estado con el que tiene un vínculo de nacionalidad podrá o no hacer suya la reclamación, operando tanto en ella como en el litigio una forma de hacer valer un derecho. La razón se debe a que únicamente el Estado es el que puede hacer valer la responsabilidad del otro Estado porque el nacional (individuo) no es un sujeto del Derecho internacional. Por tanto, el endoso de la reclamación permite al Estado demandante reivindicar el respeto de un derecho que le corresponde.

Así, de esta manera se reafirma el sentido expuesto por De Visscher<sup>224</sup> cuando menciona que, el Estado es el poseedor de un derecho para hacer valer la aplicación de las normas internacionales cuando a uno de sus nacionales le fuese transgredido un derecho por actividades del orden interno del Estado receptor.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva bajo esas premisas se puede encontrar al concepto de protección diplomática en un *sentido amplio*, sobre todo si nos respaldamos en lo ocurrido por la CIJ en el

<sup>222</sup>*Barcelona Traction, Light and Power Company limited (Belgium v. Spain)* Judgment of February 5, 1970 (Second phase), ICJ Reports 1970, pp. 32 y ss.

<sup>223</sup>Véase las conclusiones del Relator Especial en *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 17 y ss.

<sup>224</sup>Véase de Ch. Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4a. ed., París, A. Pedone, 1970, p. 327.

asunto *Nottebohm*.<sup>225</sup> Es decir, como un derecho intransferible que le pertenece al Estado, siendo éste el único que tiene todo el poder discrecional de representar a su nacional cuando éste ha sufrido una violación de Derecho internacional por medio de un hecho internacionalmente ilícito en un territorio que no les pertenece. De esta forma se reafirma el principio que el Estado es el conservador de la libertad para poder elegir el medio del que se valdrá para defender a sus nacionales<sup>226</sup> y las garantías que otorga para que el particular obtenga una adecuada reparación.<sup>227</sup>

No obstante, siempre se tendrá que hacer en un marco de respeto de sus obligaciones internacionales y de las normas imperativas del Derecho internacional, sobre todo porque estamos totalmente de acuerdo que en la actualidad bajo ninguna circunstancia puede justificar un ejercicio de la acción protectora diplomática recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza.<sup>228</sup>

O sea que si el Estado de la nacionalidad del individuo decide presentar una reclamación internacional, éste pudiera elegir el medio de solución de la controversia con el Estado de acogida, incluyendo por ejemplo la amigable composición y en su caso, aceptando el pago de una suma de dinero a título de reparación por el daño causado por el Estado que causó el daño,<sup>229</sup> nunca una acometida de tipo bélico.

<sup>225</sup>En este sentido se pronunció la CIJ en el asunto *Nottebohm* (Liechtenstein v. Republic of Guatemala), ICJ Reports 1955, pp. 24 y ss.

<sup>226</sup>Véase en este aspecto la “Declaración de Guadalajara de 1991”, en SYIL 1991-1, p. 38.

<sup>227</sup>Sobre este tema se recomienda ampliamente a M.A. Ruiz Colomé, “El ejercicio de la protección diplomática y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 2001 en el asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)”, en *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional*, 1. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (ed.), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 215-218; G. Palmisano, “Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit: A propos de l’affaire LaGrand”, en RGDIP 106 (2002-4), pp. 773 y ss.

<sup>228</sup>Sobre este tema en particular véase C.M. Díaz Barrado, “La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en consideraciones humanitarias”, en REDI, vol. XL (1988-1), pp. 41-78. Además el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, contiene una prohibición general del uso de la fuerza: “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

<sup>229</sup>En este sentido fue el fallo en el asunto *The Factory at Chorzów* (Germany v. Poland), Order of 13 Sept 1928. PCIJ Reports 1928. Series A núm. 17, pp. 28 y ss.

Aunque en realidad debemos recalcar que para el punto de vista del Derecho internacional, no tiene mayor importancia saber qué indemnización recibe o dejó de recibir al finalizar la controversia el Estado del individuo perjudicado, tal como lo ha expresado el relator Bennouna.<sup>230</sup>

Por último, no debemos olvidar que un aspecto muy importante para la práctica de la protección diplomática, es lo concerniente con la defensa de los derechos humanos, pues cuando el Estado realiza la protección o la reclamación por esta causa, lo hace con gran mesura y prudencia a fin de garantizar en el plano internacional el respeto a los derechos humanos de los individuos que son nacionales del Estado.<sup>231</sup>

En suma de todo lo anterior, esto conlleva a afirmar y apoyar que la mayoría de las veces la protección diplomática conlleva una gran carga emocional y política,<sup>232</sup> por el reconocimiento del *standard mínimo* que es aceptado por el Derecho internacional consuetudinario en materia de extranjería y por el Derecho convencional en materia de Derechos humanos y Derecho humanitario,<sup>233</sup> como un cúmulo de derechos elementales a favor del individuo y protegidos por su Estado. Porque en realidad, éste es el beneficiario en la aplicación de las normas internacionales que amparan los derechos que lo protegen, además de su Estado, el único titular del derecho para interponer reclamaciones internacionales.

Aunque sobre ese tema debemos advertir que, aún está en duda la cuestión de la eficacia de la protección diplomática para defender los derechos humanos, así como también los intereses estatales que se pudieran transgredir al violar esos derechos reconocidos por las normas consuetudinarias.

<sup>230</sup>Véase los comentarios del relator especial M. Bennouna en *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 20.

<sup>231</sup>Sobre este tema véase a L. García Arias, *Sobre el derecho...*, *op. cit.*, pp. 142-143; J. Dugard, "Diplomatic protection and Human Rights", en *AYIL* 24 (2005), pp. 75-80.

<sup>232</sup>Afirmaciones dadas por el relator especial de la CDI en *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 32.

<sup>233</sup>Sobre este particular, además de lo ya comentado, véase principalmente a C. Jiménez Piernas, "El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional: Los problemas previos del Standard mínimo y la protección diplomática", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, pp. 69-116; L. Condorelli, "La protection diplomatique et l'évolution den son domaine d'application", en *RDI* LXXXVI (2003-1), pp. 18-23.

## LAS FORMAS DE LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Teóricamente la supuesta obligación y el deber que cada Estado tiene de tratar a los extranjeros en su territorio respetando el *standard mínimo* de la persona,<sup>234</sup> parecen señalar que un extranjero no puede ser objeto por parte del Estado de acogida de violaciones al Derecho internacional. Se supone que cada Estado tiene la obligación de garantizar a los extranjeros el respeto al Derecho internacional, así como la seguridad jurídica en las personas y sus bienes, aunque en realidad no siempre ocurre así.

Consecuentemente, cuando el Estado no respeta el Derecho internacional y comete un hecho internacionalmente ilícito contra un extranjero en su territorio, el Estado de nacionalidad del individuo afectado por esa violación de carácter internacional, puede hacer uso o no, del derecho a la protección diplomática. A esa acción cuyo ejercicio no depende en absoluto del particular, sino de lo que pueda decidir el Estado de acuerdo con sus propios intereses, se le conoce como el carácter discrecional en ejercicio del derecho a la protección diplomática,<sup>235</sup> la cual, es necesario delimitar las características que presenta.

### *El carácter internacional que se presenta en la discrecionalidad del Estado*

Como lo hemos estado repitiendo a lo largo de este estudio, en la práctica un individuo en un Estado extranjero puede ser sujeto de una violación del Derecho internacional, ya sea por los agentes y órganos del gobierno o por los tribunales del Estado donde se encuentra. Cuando eso ocurre, el Estado al que pertenece el individuo puede ejercer el derecho de protec-

<sup>234</sup>Véase los comentarios al respecto de L. García Arias, *Sobre el derecho...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

<sup>235</sup>Discrecionalidad: La discrecionalidad del Estado se entiende como el ejercicio no obligatorio del derecho por parte de un Estado. Se recomienda sobre este particular a P.A. Alarcón Jaña, *Discrecionalidad administrativa: un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Cono sur Ltda., 2000, pp. 28 y ss.

ción diplomática, demandando al Estado infractor que se respete el Derecho internacional y se le indemnice por el daño causado a su nacional.

Sin duda que en base a esas ideas, la primer pregunta que puede surgir es: ¿qué derechos se buscan proteger en la protección diplomática, si al actuar de esa manera el Estado hace valer su propio derecho, o bien, no es más que un mandatario o representante de un nacional suyo que es titular de un interés jurídicamente protegido en el plano internacional y por tanto, de un derecho internacional?<sup>236</sup>

En primer lugar hay que tener en cuenta que, en virtud de la naturaleza de las normas internacionales que regulan el trato a los extranjeros en el Derecho internacional, el Estado pretende que a sus nacionales cuando éstos se encuentran en territorio extranjero le sean respetados sus derechos y reciban un trato conforme al Derecho internacional, en virtud de los numerosos tratados que los países han pactado para regular recíprocamente la condición de sus ciudadanos en el extranjero.<sup>237</sup>

Pero cuando no sucede así, o sea, al individuo se le propicia un daño y el asunto adquiere un carácter internacional, el resultado es que la protección diplomática se concibe como una relación entre Estados, o sea, entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado cuyo derecho subjetivo se violó.<sup>238</sup>

La razón es muy simple, se debe a que no existe el derecho de protección diplomática que le pertenezca al nacional perjudicado, sólo el del Estado que hace suya la causa (si lo estima conveniente), contra el Estado que cometió el hecho internacionalmente ilícito, tal como lo había mencionado desde hace años Borchard.<sup>239</sup>

Recordemos que en la práctica de protección diplomática, particularmente en la tesis del asunto de la *Barcelona Traction*,<sup>240</sup> sobre que

<sup>236</sup>Estos términos fueron utilizados en la CIJ dentro del asunto *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, p. 35.

<sup>237</sup>Véase en este sentido a Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9a. ed., vol. I, Londres y Nueva York, Longman, 1992, pp. 687 y ss. (en adelante *Oppenheim's International Law (1992)*); J. Diena, *Derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, 1948, p. 441; C. Jiménez Piernas, *El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

<sup>238</sup>Véase M. Díez de Velasco, "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires", en R. des C. 141 (1974-I), p. 101.

<sup>239</sup>Cfr. E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, p. 29.

<sup>240</sup>CIJ Reports 1970, *loc. cit.*, p. 44.

si bien es cierto que un Estado tiene el derecho a proteger a sus nacionales, puede suceder que el Derecho interno de un Estado pueda obligarlo a iniciar la protección diplomática a favor de un nacional suyo, pero sin que el Derecho internacional le imponga al Estado tal obligación o sanción por no hacerlo.

Lo que nos lleva a suponer que en el Derecho internacional, está reconocido el poder discrecional del Estado para ejercer la protección diplomática, pero sin afectar o interferir en el orden interno del Estado.

Es decir, si sobre esta cuestión el Derecho internacional suplantara la actuación de la normativa interna del Estado, estaríamos ante un claro conflicto de intereses y conceptos con el ordenamiento interno del Estado.

Dicho de otra manera, si se extrae únicamente de la normativa interna del Estado la decisión de presentar o no la reclamación, la elección de la vía del recurso, la aceptación de una indemnización a tanto alzada y las modalidades de distribución de la indemnización sin un cierto control jurisdiccional, entonces no se justifica el carácter discrecional internacional que se presenta en el ejercicio de la protección diplomática.

En primer lugar, porque el Estado es libre para conceder o negar la protección, e incluso una vez puesta en marcha, éste puede abandonar la pretensión sin necesidad de consulta o autorización del perjudicado. En segundo lugar, porque el Estado es libre para conceder o negar a los particulares el beneficio de la indemnización percibida y sus métodos de repartición, todo eso sin que el Derecho internacional le imponga una obligación, multa o sanción al Estado.<sup>241</sup>

Sobre ese último punto es necesario dedicar algunas líneas. Hay que recordar que en la década de los años cincuenta, se constató una evolución en la práctica hacia el supuesto establecimiento de un control estatal para la distribución de la indemnización percibida por el Estado.

<sup>241</sup>Véase sobre estos temas a P.A. Sáenz de Santa María, "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", en ADI 1976-III, pp. 321-346; *idem*, "Procedimientos para asegurar la aplicación de las normas internacionales: la protección diplomática", en REDI, vol. XXX (1977-1), pp. 129 y ss.; C.M. Díaz Barrado, "La protección de Españoles en el extranjero. Práctica Constitucional", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1992*, pp. 244-353; A. Miaja de la Muela, "La cuestión del 'Ius Standi' del gobierno Belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970", en REDI XXIII (1970-1), pp. 319-321.

Un claro ejemplo lo encontramos en la práctica española<sup>242</sup> como lo fue el acuerdo entre los gobiernos de España y Cuba de 1986 por el que constituyen un acuerdo para indemnizar a los ciudadanos españoles afectados por las expropiaciones en Cuba,<sup>243</sup> así como también, el convenio entre España y Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir en 1973.<sup>244</sup>

Además, otros países como Francia, Reino Unido, y los Estados Unidos de América (en adelante EUA), constituyeron comisiones de carácter jurisdiccional para repartir las sumas alzadas recibidas de algunos países de Europa oriental después de la Segunda Guerra Mundial.<sup>245</sup>

Pero a pesar de esos anteriores supuestos, por último, no considero que sea totalmente acertado concluir sobre este tema que la competencia discrecional del Estado haya dejado de ser discrecional para convertirse en una competencia vinculada al Derecho internacional, tal como lo ha mencionado Berlia.<sup>246</sup> Porque sin duda que estos cambios que se pretenden establecer, ilustran un perfil poco estable y satisfactorio de la protección diplomática para la práctica de los Estados más desfavorecidos y para la protección del interés estatal, el cual, variará en todos los casos de la práctica estatal.

### *El carácter interno que se presenta en la discrecionalidad del Estado*

De acuerdo con la práctica de protección diplomática que pudiera presentarse, es ineludible transitar por el plano interno del Estado y analizar la realidad de los ordenamientos internos estatales.

La razón es porque en realidad son muy distintos unos de otros, debido a que mientras en algunos se cuestiona sobre la autorización del recurso ante tribunales internos para garantizar la transferencia de la indemnización percibida por el gobierno y controlar su distribución,

<sup>242</sup>Véase sobre estos casos a J.A. Pastor Ridruejo, "La pratique Espagnole de la protection diplomatique", en *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Jean-François Flauss (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 109-113.

<sup>243</sup>Véase el asunto en SYIL 1995/1996-IV, p. 131; SYIL 1991-I, p. 60.

<sup>244</sup>Véase en REDI vol. LI (1999-2), pp. 615-618.

<sup>245</sup>Véase los asuntos mencionados en *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 48.

<sup>246</sup>Véase G. Berlia, *Contribution...., op. cit.*, pp. 66 y ss.

en otros se plantea la cuestión del derecho del particular a obtener la protección diplomática de su Estado.

Como primer ejemplo mencionamos a la Confederación Helvética,<sup>247</sup> donde en conclusión, el gobierno no tiene obligación alguna de ejercer la protección diplomática en nombre de sus nacionales. No obstante, algunas disposiciones contenidas en la Constitución y las normas consulares de 1967, reconocen la obligación limitada de las misiones consulares suizas de proteger a los nacionales, a menos que esto pueda perjudicar los intereses de la Confederación y en consecuencia, la cuestión primordial de la obligación o el deber que el Estado tendría en este contexto.

Además, en otro ejemplo encontramos los preceptos contenidos en la Constitución imperial alemana de 1871 y en la de Weimar.<sup>248</sup> Según ésta, el Estado alemán tiene la obligación constitucional de proporcionar protección diplomática si se cumplen los requisitos previos.

Siguiendo con la serie de ejemplos, en las disposiciones constitucionales de varios Estados principalmente los que pertenecieron al bloque comunista, se llega a reconocer el derecho de las personas a recibir protección diplomática por los daños sufridos en el extranjero, según lo menciona el relator especial Dugard.<sup>249</sup> O sea, países como Albania, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, China, Croacia, Estonia, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación Rusa, Georgia, Guyana, Hungría, Italia, Kazajstán, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, la República Popular de Lao, la República de Corea, Rumania, Turquía, Ucrania, Vietnam y la antigua Yugoslavia.

<sup>247</sup>Véase sobre estos casos a L. Cafflich, “La pratique Suisse de la protection diplomatique”, pp. 73-86; además, los análisis de la práctica del Estado Italiano a L. Ferrari Bravo, “La pratique italienne de la protection diplomatique”, pp. 87-91; de la República Checa a J. Malenovsky, “La pratique de la protection diplomatique dans les PECO”, pp. 93-107; de Francia a J.-P. Puissochet, “La pratique française de la protection diplomatique”, pp. 115-120; en *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Jean-François Flauss (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003.

<sup>248</sup>Véase L. Gramlich, “Diplomatic protection against acts of intergovernmental organs”, en GYL 27 (1984), pp. 410 y ss.; Además se recomienda G. Ress “La pratique Allemande de la protection diplomatique”, en *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Jean-François Flauss (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 121-151; A. Makarov, *Consideraciones sobre el Derecho...*, op. cit., pp. 511-552.

<sup>249</sup>Cfr. *Primer informe sobre protección diplomática*, presentado por el relator especial J. Dugard. Doc. A/CN.4/506, párr. 80 (en adelante *Primer informe...* (A/CN.4/506)).

Pero para precisar lo anterior, en las disposiciones constitucionales de Hungría, Portugal, China, y Filipinas debemos aclarar que a nuestro parecer se incluyen textos muy generales y con distintas interpretaciones, aunque hasta cierto punto se prevé la protección de algunos derechos de sus nacionales en el extranjero:

En el caso de la Constitución de Hungría, se establece que: *Artículo 69*. Los ciudadanos de Hungría tienen derecho a gozar de la protección de Hungría mientras residan en el extranjero.<sup>250</sup>

En la Constitución de la República Portuguesa de 1976: *Artículo 14*. Los ciudadanos Portugueses que se encuentren o residan en el extranjero, gozan de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos, y están sujetos a los derechos que no sean incompatibles con la ausencia del País.<sup>251</sup>

La Constitución de la República Popular China de 1982: *Artículo 89*. El Consejo de Estado desempeña las siguientes funciones... 12. Proteger los derechos e intereses legítimos de los chinos residentes en el extranjero, y de los chinos que hayan vuelto a la patria, así como de sus familiares.<sup>252</sup>

Y por último, la Constitución de la República Filipina de 1987: "*Artículo. 14*. Corresponde a la Comisión de Derechos Humanos: (...) 3. Proporcionar medidas legales adecuadas para la protección de los Derechos Humanos de todas las personas de las Filipinas, así como de los Filipinos que residan en el extranjero, y establecer medidas preventivas y servicios de ayuda legal a los menos privilegiados, cuyos derechos humanos hayan sido violados o necesiten protección".<sup>253</sup>

Ahora bien, aunque a pesar de existir textos como los anteriores, los cuales pueden llegar a ser considerados como casos aislados, debemos poner bien en claro que por más que en algunos textos constitucionales se enuncie una obligación estatal de otorgar el derecho a la protección diplomática, en realidad la obligación del gobierno que

<sup>250</sup>Constitución de Hungría de 1949, con las enmiendas hasta 1997 (art. 69). Citado en *Primer informe...* (A/CN.4/506), párr. 80.

<sup>251</sup>Cfr. J.D. González Campos; L.I. Sánchez Rodríguez; P.A. Sáenz de Santa María, *Materiales de práctica de Derecho internacional público*, 3a. ed., Madrid, Tecnos. 2002, p. 286.

<sup>252</sup>*Ibidem*, p. 286.

<sup>253</sup>*Ibidem*, p. 286.

debe al ciudadano en estos casos será totalmente política y no jurídica, tal como lo mencionó la doctrina de Borchard.<sup>254</sup>

Es decir, creemos que la intervención del Estado en asuntos de esta naturaleza, depende evidentemente de consideraciones políticas y de oportunidades, según las relaciones diplomáticas entre los Estados del caso que se trate, pues por lo menos es seguro que deberá conciliarse con los intereses que tiene cada Estado. En nuestra opinión, todas estas circunstancias son las que convierten a los órganos del Estado en los únicos que deciden si se concede la protección del Estado, en qué medida se concederá y cuándo dejará de concederse, incluso en la mayoría de los casos, sin necesidad de consultar a su nacional o a su ordenamiento interno.

En suma, podemos afirmar que el Estado mantiene al 100 por ciento la facultad discrecional de la protección diplomática, cuyo ejercicio está totalmente determinado por consideraciones políticas, las cuales no guardan relación en lo absoluto con un caso en particular. Pues como lo ha dicho la jurisprudencia internacional,<sup>255</sup> se supone que los derechos que se busca salvaguardar con el ejercicio de la protección diplomática serán siempre los del Estado que sienta una agresión por otro Estado, cuando ésta se produzca en un nacional, o sea, los propios intereses estatales que estén en juego por el ejercicio o in-ejercicio de la protección diplomática. Por tal motivo es que el Estado decide si usa o no dicho derecho consagrado en el ordenamiento internacional, incluso si hace uso de otros medios lícitos que le permite el Derecho internacional.

#### EL INDIVIDUO ANTE EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA ESTATAL

Durante una época en años anteriores, la teoría clásica que ya mencionamos de la protección diplomática llegó a ser atacada y criticada por distintas formas. Por ejemplo, Scelle<sup>256</sup> en sus opiniones llega cruelmente a calificarla como “novación ficticia, suave e ilusoria” partiendo

<sup>254</sup>Véase E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, p. 29.

<sup>255</sup>Véase en este sentido la opinión separada del magistrado Padilla Nervo en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*. ICJ Reports 1970, p. 44.

<sup>256</sup>Véase G. Scelle, “Règles générales du droit de la paix”, en R. des C. 46 (1933-IV) pp. 659-661.

de una concepción del Derecho internacional que rechaza el derecho subjetivo del Estado sobre la base del vínculo de la nacionalidad y propicia un derecho objetivo de intervención por remisión a la colectividad interestatal.<sup>257</sup> Aunque en realidad, esta teoría fue opacada por las oportunas ideas del profesor De Visscher<sup>258</sup> años después.

No obstante, creemos que aun existiendo distintas teorías que tratan de desvirtuar la naturaleza misma de la protección diplomática cuando un asunto se torna real dentro del plano internacional, ningún comportamiento del individuo se tiene en cuenta para la determinación de la responsabilidad del Estado receptor,<sup>259</sup> puesto que de serlo así, se puede hacer valer la culpa de la víctima como circunstancia atenuante y como circunstancia que exime la responsabilidad estatal.

Precisamente es bajo esas ideas que ha sido postulada y practicada la teoría de las *manos limpias o clean hands*<sup>260</sup> como una manera de atacar y desvirtuar a la institución de la protección diplomática. Esta teoría consistente en que el particular no haya provocado con su propio comportamiento el daño que se alega, estimando que si el daño causado al particular deriva de la propia conducta de éste y que además existe un nexo causal entre la conducta incorrecta y el daño sufrido, entonces el ejercicio de la protección diplomática no es admisible.

Por otro lado, sobre todo en países americanos, no podía faltar algún ataque contra la naturaleza de la protección diplomática. En algunos países hispanoamericanos principalmente, desde hace años se ha debatido sobre la posibilidad de renuncia a la protección diplomática también conocida como la teoría o doctrina de Calvo, misma que será estudiada en capítulos posteriores.

A manera de explicación introductoria sobre esta teoría, podemos mencionar que los países donde fue empleada calificaron de inadmisibles que una persona titular del interés o derecho lesionado, no pu-

<sup>257</sup>Véase las críticas a la teoría de Scelle en *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 26 y 27

<sup>258</sup>Véase Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4a. ed., París, A. Pedone, 1970, pp. 331 y ss.

<sup>259</sup>Véase sobre este tema principalmente C. Jiménez Piernas, *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, Universidad de Alicante, 1988, pp. 155 y ss.

<sup>260</sup>Para estudiar sobre la naturaleza básica de la misma, se recomienda *Yearbook...*, 1956, vol. II, Doc. A/CN.4/96, p. 193; M.G. Monroy Cabra, *Derecho internacional público, op. cit.*, pp. 463 y ss.; F.V. García Amador, *State responsibility: some new problems, op. cit.*, pp. 421 y ss.

diera renunciar voluntariamente a la protección del Estado del que era nacional y al hacerlo, acepta quedar sometida al principio de igualdad con los nacionales, los cuales, sólo pueden recurrir a los tribunales de su propio país en caso de controversia con el Estado.

El debate sobre esta cuestión doctrinal solamente ha quedado en el ámbito teórico, puesto que la legislación de algunos países ha llegado a hacer de esa cláusula un requisito para la validez de los contratos celebrados con extranjeros, como medio de defensa de los propios intereses estatales.

No obstante, debemos aceptar que en realidad dicha controversia nos lleva al cuestionamiento central de la protección diplomática, es decir, sobre la naturaleza del derecho y de su titular en el plano internacional, como lo veremos más adelante en este estudio.

### *El individuo con las manos limpias: Teoría contra la protección diplomática*

Para uno de los célebres juristas internacionales, Crawford,<sup>261</sup> el umbral que le dio presencia en el derecho antiguo a la teoría de las manos limpias (*clean hands doctrine*), es la que se debe "...en gran medida a individuos que intervenían en la trata de esclavos y la ruptura de la neutralidad y en particular a una serie de decisiones de la Comisión Mixta de los Estados Unidos y Gran Bretaña establecida en virtud de una Convención del 8 de febrero de 1853 para resolver reclamaciones de indemnización presentadas por armadores de buques".

Según este principio adoptado por la doctrina anglosajona, el reclamante debe tener las manos limpias ante todo proceso judicial, puesto que en caso contrario, la demanda le será inadmisibile.

Como ejemplo, se presentan los siguientes casos: a) Cuando el reclamante ha observado una conducta ilegal, violando una ley interna del país en que residía, como por ejemplo, participando en una insurrección o en un movimiento revolucionario contra el gobierno establecido), b)

<sup>261</sup>Cfr. *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados* por James Crawford, relator especial. Doc. A/CN.4/498/Add.2, párr. 332.

Cuando le son imputables actividades contrarias al Derecho internacional, por ejemplo si ha practicado la trata de esclavos o ha violado la neutralidad del Estado extranjero, c) En aquellos supuestos en los que el reclamante ha disminuido su condición de ciudadano extranjero, ha cometido fraude en la presentación de su demanda, o ha incurrido en negligencia o retraso en dicha presentación.<sup>262</sup>

Es decir, en los casos de la práctica interna donde se desarrolló tal principio, Reino Unido y los EUA principalmente, esta teoría se percibe como una respuesta positiva a una acusación en el proceso, en la que la parte acusada afirma que su demandante carece de “manos limpias”, porque realizó actos ilícitos que van en contra del Derecho y que se relacionan directamente con el fondo del asunto.

Por mencionar algunos patrones de la práctica estatal y que se relacionan directamente con casos reales, sería por ejemplo cuando una sociedad que se disuelve y uno de los socios demanda la correspondiente indemnización, exigiendo que se le restituya el dinero que se le debe por su labor dentro de la sociedad, así la parte demandada afirma que su anterior socio no puede exigir la indemnización correspondiente por haber cometido actos prohibidos por el Derecho. O bien, cuando un individuo que se encuentra laborando dentro de una sociedad, obtiene los clientes mediante engaños e historias falsas sobre las actividades de la sociedad en la que labora.<sup>263</sup>

Aunque a decir verdad y a pesar de estos claros supuestos, hasta el momento el Derecho internacional no adopta una definición global para la teoría de las manos limpias, sino que únicamente se ha llegado a interpretar que ésta consiste en el momento que un individuo acude ante un tribunal a solicitar la intervención, entonces debe encontrarse libre de cualquier conducta antijurídica (se le llama tener las manos limpias), o en caso contrario, que su conducta antijurídica no se relacione en lo absoluto con el asunto de la demanda, tal como lo ha descrito Fitzmaurice.<sup>264</sup>

<sup>262</sup>Véase más sobre este tema en Ch. Rousseau, *Derecho internacional público...*, op. cit., p. 366.

<sup>263</sup>Véase los siguientes asuntos decididos por *The Pennsylvania Supreme Court* (EUA) en los que la Corte estatal aplica a los demandantes el criterio de las manos limpias a: *James Brothers Co. v. Union Banking and Trust Co. of Dubois* (1968), *Penn Piping, Inc. v. Insurance Company of North America* (1992), *Jacobs v. Halloran* (1998) en (<http://library.findlaw.com/1999/Jun/1/126609.html>).

<sup>264</sup>Véase G. Fitzmaurice, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, en R. des C. 92 (1957-II), pp. 119 y ss.; se recomienda en este sen-

Es por eso que se afirma en la doctrina internacional<sup>265</sup> que al aplicar la doctrina de las manos limpias, de un hecho ilícito internacional no puede derivarse ninguna acción internacional (*Ex dolo malo non oritur actio*). Fundamentalmente porque para el ámbito de la protección diplomática, la finalidad de invocar esta doctrina es para impedir que el Estado pueda ejercer la protección de su nacional, o bien, para desechar la demanda internacional en el proceso internacional. Incluso se sugiere que para los casos que se relacionen con el ejercicio de protección diplomática, puede ser invocada en la etapa sustantiva, pues se relaciona más con la exoneración de la responsabilidad, que con cuestiones de admisibilidad en los juicios de esta materia.

En otras palabras, se podría dar cuando el nacional que trata de proteger el Estado X, ha sufrido un hecho internacionalmente ilícito como consecuencia de su propio comportamiento en el Estado Y. Por tanto, en caso de presentarse una reclamación ante una Corte Internacional, el Estado Y puede oponerse a la demanda ante la Corte mediante los hechos del nacional que den pie a que se invoque la doctrina de las manos limpias como una cuestión preliminar y en consecuencia, poder excluir la acción internacional que intentaba el Estado X.<sup>266</sup>

Así que bajo tal premisa y ante la existencia de ese supuesto, tendríamos que preguntarnos si jurídicamente la doctrina de las manos limpias permite excluir la protección diplomática, para lo cual, no debemos olvidar que desde los inicios en esta teoría han existido dos posturas distintas:

El sentido negativo de la doctrina en controversias internacionales

Como quedó anteriormente expuesto, la doctrina de las manos limpias se ha llegado a invocar desde hace años en el contexto de las controversias entre Estados, tratando que la demanda del Estado se declarase in-

---

tido también se consulte a A.J. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho internacional público*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 300-301; M.G. Monroy Cabra, *Derecho internacional público...*, *op. cit.*, pp. 463 y ss.

<sup>265</sup>Véase *Sexto informe sobre la protección diplomática presentado por el relator especial*, J. Dugard. Doc. A/CN.4/546, párr. 2 y ss., especialmente párr. 15 (en adelante *Sexto informe...* (A/CN.4/546)).

<sup>266</sup>Véase en este sentido *Segundo informe sobre la responsabilidad de los estados...* Doc. A/CN.4/498/Add.2, párr. 330.

admisible o se desestimara porque el Estado demandante o su nacional no tenían las manos limpias. No obstante, creemos que en ninguno de los siguientes casos, los cuales no son tan antiguos, ese planteamiento llegó a ser efectivo.

El primer ejemplo de la práctica internacional se encuentra en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros Project*,<sup>267</sup> en el que aunque ninguna de las partes planteó como argumento una conducta ilícita de su contraparte como causal para desechar la demanda por el incumplimiento del Tratado de Budapest de 1997.

La CIJ al analizar los hechos, determinó que ambas partes no tenían las manos limpias al tiempo de acudir ante ese órgano internacional. No obstante, consecuentemente optó por no valerse de la doctrina.

Nuevamente esta postura se repite en el asunto de *Oil Platforms*,<sup>268</sup> donde EUA pidieron a la Corte desestimar las reclamaciones de Irán debido al propio comportamiento ilícito de los iraníes. En dicho asunto, la CIJ al momento de su decisión, no hizo referencia alguna al argumento de Irán sobre que la doctrina de las “manos limpias” sólo podía invocarse como causa de inadmisibilidad para una demanda de protección diplomática. Finalmente la Corte desestimó el argumento por el cual la pretensión de los EUA planteaba una cuestión de inadmisibilidad y determinó que no era necesario examinar la petición de los EUA que rechazaba la demanda en razón del comportamiento ilícito atribuido a Irán.

En el mismo sentido, también en el asunto de *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*,<sup>269</sup> en el que Israel invocó éste mismo argumento. Finalmente la Corte<sup>270</sup> en ese asunto, no consideró que el argumento fuera pertinente porque la opinión había de dirigirse a la Asamblea General de las NU y no al Estado o a una entidad internacional.

<sup>267</sup>*Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997, pp. 76-133; ILM 32 (1993-5), pp. 1293-1297.

<sup>268</sup>*Case concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 2003, pp. 27 y ss.

<sup>269</sup>*Summary legal position of the Government of Israel in the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution A/ES-10/14*. UN Doc. A/ES-10/273, pp. 8-9.

<sup>270</sup>*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion 9 July 2004). ICJ Press Release 2004/28.

El sentido positivo de la doctrina en controversias internacionales

Aunque realmente son pocos los casos relacionados con el ejercicio de la protección diplomática en los que se invoca la doctrina de las manos limpias, esta llegó a ser aceptada por primera vez en 1862 en la Comisión de Reclamaciones<sup>271</sup> entre los Estados Unidos Mexicanos (México) y los Estados Unidos de América.

Por ejemplo vemos en el asunto Clark,<sup>272</sup> la reclamación de un nacional estadounidense que fue desechada por la comisión, a petición del representante mexicano, porque se afirmaba que al momento de llegar ante ésta, la parte que reclamaba la reparación no mostraba las manos limpias.

Recientemente la CIJ fue protagonista de asuntos en los que alguno de sus magistrados ha intentado favorecer esta teoría, aunque todavía sin encontrar apoyo del resto de los integrantes de la Corte para que se pueda considerar como jurisprudencia internacionalmente válida.

En el asunto *Arrest Warrant of 11 April 2000*,<sup>273</sup> el magistrado *ad hoc* belga al momento de emitir su opinión disidente, admitió que la República del Congo al momento de ir ante la Corte no tenía las manos limpias. Por consiguiente, deducimos que sin duda parece estar de acuerdo con lo estipulado por la doctrina anglosajona.

También en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*,<sup>274</sup> el magistrado Schwebel en su opinión disidente

<sup>271</sup>Comisión de Reclamaciones: una práctica para la solución pacífica de las controversias durante el siglo XIX, fueron las Comisiones Mixtas de Reclamaciones que crearon los Estados a fin de dirimir las diferencias provenientes de daños causados a extranjeros dentro de uno de ellos. Las Comisiones de Reclamaciones contribuyeron a la definición de principios para la conducción y solución de los litigios interestatales. No obstante, en virtud de normalmente ser impuestas a los Estados débiles para dar satisfacción a las reclamaciones de súbditos extranjeros, operaron en la práctica con una marcada unilateralidad. Contra estas comisiones y los excesos que produjo la institución de la protección diplomática, se encaminó la lucha de los países latinoamericanos para implantar un régimen de igualdad entre nacionales y extranjeros, a fin de aplicarles las mismas leyes, fueran juzgados por semejantes tribunales y no se sustrajera a los extranjeros del ámbito doméstico para que sus asuntos fueran decididos por tribunales especiales. Véase para más datos R. Méndez Silva; A. Gómez-Robledo Verduzco, "Derecho internacional público", en *Introducción al Derecho mexicano*, t. I, México, D.F., UNAM, 1981, pp. 67-70.

<sup>272</sup>Judicial Decisions involving questions of International Law, General Claims Commissions United States and Mexico, *Clark v. Mexico*, en AJIL 24 (1930-3), p. 631.

<sup>273</sup>*Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Van Den Wyngaert, ICJ Reports 2002, p. 35.

<sup>274</sup>*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Dissenting Opinion of Judge Schwebel, ICJ Reports, 1986, p. 392.

sugirió que la doctrina de las manos limpias debía aplicarse contra Nicaragua, al ser dicho Estado responsable de actos internacionalmente ilícitos contra el Salvador. Además por tratar de engañar a la Corte con argumentos falsos, aunque en ese asunto el resto de los magistrados no hizo referencia directa a la cuestión.

El sentido propuesto de la doctrina en controversias internacionales

Hemos logrado extraer de los anteriores casos de la práctica internacional que definitivamente la teoría de las manos limpias no puede llegar a ser aplicada, ni tampoco reconocida, por lo menos en lo referente a la protección diplomática.<sup>275</sup> Precisamente esto ya fue determinado por la CDI,<sup>276</sup> quien ha expresado que la doctrina de las manos limpias no tiene ningún lugar especial en las pretensiones formuladas en el ejercicio de la protección diplomática.

Entre otras razones, la principal es porque la reclamación formulada en nombre de un nacional que ha sido objeto de un hecho internacionalmente ilícito, se convierte en una pretensión internacional y la reclamación es contra el Estado que ejerce la protección, no contra la persona (individuo) por las faltas que hayan podido preceder al hecho internacionalmente ilícito.

Ahora bien, de no ser así, la situación puede adquirir un carácter anárquico, si por ejemplo, el Estado comete un hecho internacionalmente ilícito en respuesta al acto ilegal del extranjero. Es decir, si un extranjero sospechoso de haber cometido un delito es sometido a tortura, o también a un proceso legal sin las debidas garantías que se otorgan en las leyes locales.

Lo anterior es otra razón que se fundamenta en el Derecho internacional, es decir, en tal caso el Estado de la nacionalidad del individuo puede ejercer la protección diplomática por existir un acto internacionalmente ilícito del Estado. Por tanto, la doctrina de las manos limpias no se podrá aplicar en ningún momento al individuo que ha sufrido

<sup>275</sup>Véase en este sentido y los asuntos que se mencionan a J.J.A. Salmon, "Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales", en *AFDI* 10 (1964), pp. 225 y ss.; D. Ruzie, *Droit International Public*, 18a. ed., Mémentos collection, París, Dalloz, 2006, pp. 95 y ss.

<sup>276</sup>Véanse las conclusiones a las que llegó la CDI, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/60/10). párr. 226-241.

una violación del Derecho internacional, tal y como sucedió no hace mucho tiempo en los asuntos de *LaGrand*<sup>277</sup> y *Avena's*.<sup>278</sup>

Al respecto creo que cabe dedicar unas líneas. En nuestra opinión, en ambos casos los extranjeros habían cometido graves delitos que justificaban su enjuiciamiento y castigo, pero en esos dos casos los EUA violó el Derecho internacional dentro del procedimiento interno, porque la autoridad estadounidense no les permitió a los individuos ponerse en contacto con las representaciones de sus Estados, omitiendo así lo estipulado por la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963.<sup>279</sup>

Inclusive dentro de la Corte internacional, EUA en ningún momento alegó que por la gravedad de los delitos cometidos por los extranjeros, éstos no hayan tenido las manos limpias. Lo que en caso de haber sido reconocida dicha tesis habría impedido que Alemania y México, respectivamente, protegieran a sus nacionales y sus intereses al amparo del Derecho internacional.

Ahora que también debemos tener en cuenta que en caso contrario, si el extranjero es culpable de haber cometido un acto ilícito en un Estado y dicho Estado lo priva de su libertad, o de sus bienes, respetando el ordenamiento internacional, en nuestra opinión creo que existen menos posibilidades que el Estado del que sea nacional intervenga para protegerle.

De hecho en nuestra opinión, no sería correcto que el Estado de la nacionalidad interviniera en un caso de ese tipo, pues en la mayoría de las circunstancias no se habría cometido ningún hecho internacionalmente ilícito, pero se lograría que se respete el ordenamiento internacional y en todo caso, dejaría fuera de su ámbito a la teoría de las manos limpias, principalmente en el contexto de la protección diplomática, tal como lo ha expresado Rousseau.<sup>280</sup>

<sup>277</sup>LaGrand case (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001.

<sup>278</sup>*Case concerning Avena and Other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports, 2004.

<sup>279</sup>596 UNTS 261 y ss.; véase la Convención en español en J.R. Remacha, *Derecho internacional codificado. Derecho de gentes. Recopilación sistemática de textos y tratados*. Aranzadi. Pamplona, 1984, pp. 286-305; J.A. Corriente Córdoba, *Derecho internacional público. Textos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 1989, pp. 162-180, para España véase en BOE, núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

<sup>280</sup>Véase Ch. Rousseau, *Droit International Public*, t. 5 (*Les rapports conflictuels et Le droit des conflits armés*), París, A. Pedone, 1983, p. 177.

Finalmente creemos que todo lo anterior nos demuestra que por sus pretensiones, la doctrina anglosajona de las manos limpias se perfiló desde sus inicios hacia un total fracaso. Ello al tratar de evitar la aplicación de los principios generales del derecho internacional en las reclamaciones internacionales que se relacionan con el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática.

#### ACCIONES O PROCEDIMIENTOS DISTINTOS DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

En la práctica internacional, cuando un Estado decide asumir la causa y defensa de sus nacionales que se encuentran en territorio extranjero, los derechos que a través de la acción protectora garantiza, son de diversa naturaleza. Lo que normalmente suele suceder en tal caso, el gobierno de un extranjero perjudicado señala los hechos del gobierno responsable mediante una reclamación en el plano internacional y consecuentemente pide que se adopten las medidas apropiadas para reparar el agravio.

No obstante, es una realidad que el término *protección diplomática* se utiliza como término general que abarca la cuestión de la protección de los ciudadanos en el extranjero, incluidos los casos en que tal vez se haya recurrido a medios distintos de los diplomáticos para lograr el cumplimiento de las obligaciones.

Sobre ese aspecto es por demás importante mencionar lo que la doctrina internacional de la CDI señala: “Lo dispuesto en el presente proyecto de artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir de conformidad con el derecho internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática, para reparar el perjuicio sufrido como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito”.<sup>281</sup>

En nuestra opinión, lo que intenta decir la anterior regla es que se abre la posibilidad para que el Estado pueda ejercer distintas acciones distintas a las de la protección diplomática. Como por ejemplo, las funciones o medidas diplomáticas o consulares que realizan al

<sup>281</sup>Cfr. Proyecto de artículos... (A/CN.4/L.647), art. 17.

igual que en la protección diplomática los órganos del Estado y la protección que puede ejercer una organización internacional. Por tal motivo, nos remitimos al estudio de cada medio que puede disponer el Estado para proteger sus intereses, tomando como base los tratados internacionales y la práctica internacional.

*Las funciones diplomáticas y consulares.  
Instituciones protectoras del Derecho internacional vigente*

Como ya lo mencionamos con anterioridad, definitivamente que la protección diplomática no es el único medio del que dispone el Estado para ejercer su función protectora, por ello es necesario aclarar que la protección diplomática *stricto sensu* es muy distinta de las funciones diplomáticas o consulares que ejerce el Estado acreditante con miras a prestar asistencia a sus nacionales o proteger sus intereses en el país receptor.<sup>282</sup>

Con mucha frecuencia sucede entre los Estados, que las distintas manifestaciones de la acción diplomática y consular aspiran a garantizar el disfrute de los derechos humanos básicos tales como el derecho a la vida, la integridad física, a la libertad o a un proceso justo y equitativo, o bien, el derecho de los particulares de no verse privados de sus bienes, o en ese caso, de recibir la compensación o indemnización correspondiente por los daños sufridos en un Estado extranjero. Pero en el fondo, la naturaleza y el contenido de estas acciones estarán siempre condicionados por las situaciones en las que los particulares pudiesen llegar a encontrarse y que son de lo más variadas.

Tanto la protección consular, como la protección diplomática, deben entenderse como actividades que desarrolla el Estado con base en el derecho de reclamar que se les reconoce a favor de los intereses del propio Estado y de sus nacionales. Así pues, el ejercicio de cualquiera de estos dos tipos de protección implica necesariamente que los nacio-

<sup>282</sup>Se recomienda sobre esta cuestión a E. Vilaríño Pintos, *Curso de Derecho diplomático y consular. Parte general y Derecho diplomático*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 102 y ss.; C.M. Díaz Barrado, "La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional", en *Cursos de Derecho internacional* de Vitoria-Gasteiz, 1992, pp. 251 y ss.

nales a los que representa el Estado, han recibido un trato contrario al que se pretende por el Derecho internacional.

Por ello que en la práctica es muy habitual que las medidas diplomáticas, así como las gestiones y acciones de esa naturaleza, las cuales comprenden la protección de los nacionales en el Estado extranjero,<sup>283</sup> se combinen y confundan con la asistencia y acciones de naturaleza puramente diplomática y/o Consular, motivo por el que debemos analizar ambas funciones en virtud de los tratados que existen en la materia.

En primer lugar, la Convención de Viena de 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas que estipula cuáles son las funciones de una misión diplomática.<sup>284</sup> Cabe distinguir de la Convención de 1961, la función protectora que se le otorga al Estado (artículo 3, inciso B) y que ejerce la misión diplomática en términos muy amplios.

Pero como ya lo hemos mencionamos anteriormente, la protección diplomática *stricto sensu* constituye una actuación compleja y difícil, la cual, en muchos casos esta protección significa que tras largas controversias y reclamaciones, el recurso llegará a un órgano arbitral o jurisdiccional.<sup>285</sup> Aunque en realidad, la misión diplomática también interviene en estos asuntos, pero lo hace siempre siguiendo instrucciones concretas de su gobierno, por tanto, nos atreveríamos a decir que su actuación es más bien la de un instrumento de comunicación entre el Estado protector y el Estado reclamado.

Y en segundo término, la Convención de Viena sobre relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, que determina cuáles son las funciones consulares de las que puede hacer uso el Estado.<sup>286</sup>

Sin duda que estas convenciones que acabamos de mencionar, nos demuestran que la protección consular consiste en una reclamación

<sup>283</sup>Este término fue empleado por la PCIJ para hacer una distinción de las medidas que dispone el Estado en ejercicio de la función protectora. Véase el asunto del *Railway Line Panevezys-Saldutiskis* (Estonia v. Lituania). Judgment of 30.06.1938. PCIJ Reports, Series A/B, núm. 76, p. 16.

<sup>284</sup>Véase la Convención en J.A. Corriente Córdoba, *Derecho internacional público. Textos fundamentales...*, op. cit., p. 154. También disponible el texto completo, en J.R. Remacha, *Derecho internacional codificado...*, op. cit., pp. 308-318.

<sup>285</sup>Véase J.M. Lacleta Muñoz, "La función diplomática y consular", en *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Carlos Jiménez Piernas (ed.), Madrid, Universidad de Alcalá, 2003, p. 473.

<sup>286</sup>Véase la Convención en J.A. Corriente Córdoba, *Derecho internacional público. Textos fundamentales...*, op. cit., pp. 164 y ss.

contra las consecuencias de un acto de un órgano del Estado infractor, aunque no es necesario que se haya producido un daño irreparable, o que pueda suponerse que ha existido violación al Derecho internacional.

La intervención del funcionario consular que sea jefe de la respectiva oficina consular, es posible, incluso en asuntos donde su compatriota alegue violación de sus derechos, de conformidad con el Derecho interno del país, actuando simultáneamente con el nacional y dirigiéndose a las autoridades locales correspondientes en una acción complementaria de la del nacional afectado, aunque sometido siempre a las instrucciones y orientaciones de su gobierno.<sup>287</sup>

De esta manera, y a pesar que la opinión de la doctrina es muy distinta, se comparte una idea medular y básica para demostrar que el Estado siempre defenderá los intereses que más le convenga, es decir, la protección consular consiste en la exigencia del Estado de proteger a sus nacionales que trabajan y viven en el territorio de un Estado extranjero.<sup>288</sup>

En ese sentido, Rousseau<sup>289</sup> considera que la función de protección que ejercen los cónsules, es la base de la institución consular y estima que consiste en hacer respetar los derechos de sus compatriotas y ayudarles en sus empresas; por ende, se traduce en la intervención consular cerca de las autoridades competentes.

Por su parte Molina<sup>290</sup> le da el carácter de función básica que se atribuye a los miembros del Servicio Exterior del Estado. Consiste en impartir protección a los connacionales que se encuentren en el extranjero y que eventualmente la necesiten en cualquier forma y por cualquier motivo.

Interpretación similar le da Raúl Valdez,<sup>291</sup> al interpretar que la protección consular es el término genérico en el que se denomina el conjunto de acciones, gestiones e intervenciones, que los funcionarios

<sup>287</sup>Véase en este sentido a J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 251 y ss.; J.M. Lacléta Muñoz, *La función diplomática y consular...*, op. cit., p. 499.

<sup>288</sup>*Diccionario de Derecho internacional*, p. 280.

<sup>289</sup>Véase Ch. Rousseau, *Derecho internacional público*, 3a. ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, p. 348.

<sup>290</sup>Véase C. Molina, *Práctica consular mexicana*, México, D.F., Porrúa, 1970, p. 209.

<sup>291</sup>Véase R. Valdez, "Terminología usual en las relaciones internacionales", en *Derecho diplomático y tratados*, vol. III, México, D.F., SER, 1976, p. 48.

consulares pueden realizar en el extranjero y en beneficio de sus connacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional.

En suma, llegamos a distinguir que a diferencia de la protección diplomática, en la protección consular la reclamación no se presenta ante el gobierno del Estado infractor, sino directamente ante el órgano del que emane el acto ilícito, el cual puede ser un órgano local del Estado competente dentro de la circunscripción consular, o un órgano de autoridades territoriales, e incluso, un órgano central del Estado receptor. Por tanto, creemos que de este modo se puede identificar una segunda diferencia entre la protección diplomática y la protección consular.

Siguiendo el mismo sentido, la protección diplomática sólo puede ejercerse una vez que se han agotado los recursos internos disponibles en el Estado por parte del nacional afectado. Pero a su vez, la protección consular<sup>292</sup> implica la reclamación de un representante consular ante una autoridad estatal, con sede en el distrito consular que le compete y sin que el particular haya agotado todos los recursos internos.

Consecuentemente, en caso que no se hubiera llegado a un acuerdo para solucionar el conflicto, dicha reclamación puede ser presentada a otras instancias superiores locales, e incluso federales o centrales, antes que se convierta en un asunto exclusivamente de Estado a Estado.

En otras palabras, otra diferencia entre protección consular y protección diplomática, radica en que la primera implica una reclamación dirigida a las autoridades locales o centrales que se localicen en el distrito donde el cónsul está autorizado a ejercer sus funciones y que generalmente es sólo una porción del territorio del Estado donde está acreditado.

En tanto que la protección diplomática, se refiere a la presentación de reclamaciones ante una Corte o Tribunal internacional, manejándose estas reclamaciones como asuntos exclusivos de Estado a Estado. Aunque de cierto modo la protección consular puede ser coetánea a la acción que el particular debe intentar mediante el ejercicio del agotamiento de los recursos internos ante los órganos del Estado receptor.

<sup>292</sup>Véase sobre la actuación consular a R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*, México, UNAM, Centro de Investigación sobre Estados Unidos de América (CIEUA), 1990, p. 83.

Por tal motivo, existe una cierta complementariedad entre el ejercicio de la protección consular y la acción de los particulares en defensa de sus derechos, pero no del Estado del que son nacionales, puesto que eso sería considerado como ejercicio de la protección diplomática.

Además debemos reiterar que estas medidas, tal como lo afirma el profesor Díaz Barrado,<sup>293</sup>

son de carácter preventivo, porque manifiestan la intención del Estado de evitar que se produzcan situaciones que les llevarían a comportamientos más comprometidos en relación con otros Estados, o a eventuales controversias internacionales, al estimarse que la mejor protección consiste en salvaguardar los derechos de los nacionales, antes que tenga lugar el hecho que produce su eventual vulneración, y que en todo caso, sitúan a la protección en niveles inferiores al plano estrictamente internacional, aunque tienen una clara proyección sobre éste.

Por tal motivo, cuando sucede una violación de esta naturaleza da como resultado que las acciones consulares a las que tiene derecho el Estado, son empleadas generalmente mediante el personal del servicio exterior de los Estados. En realidad se supone que éstos deben ponerse en funcionamiento inmediatamente, al tener conocimiento de un determinado supuesto que podría dar lugar al ejercicio de acciones diplomáticas, o incluso consulares, en defensa de los nacionales del país al que representan. Efectivamente, en nuestra opinión, ello nos parece indicar que todas esas acciones son para proteger los intereses del Estado y asimismo, el Estado el de sus nacionales.

La práctica de los Estados en esta materia

Para ejemplificar lo anterior y con la finalidad de entender el tema que nos ocupa con base en casos reales, nos remitimos a la práctica del Estado mexicano, donde se pueden apreciar un gran número de asuntos relativos a la defensa de los nacionales mexicanos por las autoridades consulares, quizá de la misma forma que lo hacen otros Estados del mundo.

<sup>293</sup>Cfr. C.M. Díaz Barrado, *La protección de españoles en el extranjero...*, op. cit., pp. 251-252.

Pero puesto que este estudio no trata únicamente de mencionar ejemplos como los siguientes, entonces creemos que se han de mencionar los más ilustres para el tema:

En primera instancia tenemos al asunto *Arturo Rosas Carmona*,<sup>294</sup> nacional mexicano que fue agredido con un disparo de arma de fuego en la espalda por un agente de la patrulla fronteriza de los EUA cuando intentaba retornar a territorio mexicano, o sea, saltaba la cerca metálica en la frontera Douglas (EUA) Agua Prieta (EUM) que divide ambos países.

En dicho asunto, el gobierno de México hizo patente su indignación por la agresión con disparo de arma de fuego de la que fue víctima el nacional mexicano, a través del Consulado de México en Douglas, Arizona, contra autoridades federales de ese país, con el fin de obtener el pago de una indemnización en favor del mexicano agredido, la cual le sería entregada al mexicano con posterioridad.

En otro asunto del Estado mexicano, es el conocido como Petrona Cabañas.<sup>295</sup> Ese caso resalta porque debido a los esfuerzos del Consulado de México en Estados Unidos y de un especialista que se contrató para casos de esta naturaleza, se logró conmutar la pena de muerte por cadena perpetua a favor del nacional Felipe Petrona Cabañas, que al momento del juicio por homicidio de un policía en el Estado de Arizona (EUA), el mexicano tenía sólo 17 años de edad.

En segundo término se encuentra el caso del Estado español, donde los servicios del Ministerio de Asuntos Exteriores también han tenido que actuar en diversas ocasiones para la defensa de sus nacionales.<sup>296</sup>

Por ejemplo, en la guerra del Golfo Pérsico en 1991, el gobierno español constituyó un servicio de emergencia, el cual, con los medios materiales y apoyos imprescindibles, estableció una estrecha comu-

<sup>294</sup>Véase en Doc. SRE, 2002. B-014/02 (enero 2002).

<sup>295</sup>Véase en Doc. SRE, 2002. B-024/02 (febrero 2002).

<sup>296</sup>Para ejemplos en el caso español como la actuación de los órganos de gobierno en los asuntos: Súdita española (Miriam Quant) detenida en Guatemala; Liberación de la tripulación y el capitán del buque "Izarra" condenados por presunto contrabando de petróleo en Nigeria; Incidente entre pesqueros vascos y buques de guerra de la Marina francesa en el golfo de Vizcaya; Canje de notas entre España y Francia por el que se arregla el incidente del Valle de Atxondo y el Burgoamendi. Se recomienda principalmente a A. Fernández Tomás, *Derecho internacional público. Casos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 181 y ss.; C.M. Díaz Barrado, *La protección...*, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

nicación con los representantes diplomáticos y consulares destacados en el lugar, inclusive, procediendo al envío de refuerzos del personal para tomar las decisiones más convenientes, todo ello con la finalidad de asegurar la protección de los nacionales españoles.

En otros asuntos donde también se obtuvo la respuesta del Estado español, podemos citar por ejemplo: el asunto del asesinato de *Inmaculada Viera Fuentes*,<sup>297</sup> La protección Consular prestada por el gobierno en el arresto de *Javier Ferreira* en Miami (EUA) acusado de violar la ley “Trading with the enemy act”,<sup>298</sup> las actividades realizadas por los cuerpos diplomáticos para aclarar el asesinato del ciudadano *Manuel Ramón Puchol* en Bolivia<sup>299</sup> y; el caso de *Carmelo Soria*, un nacional español torturado y asesinado por la policía chilena cuando trabajaba para las Naciones Unidas en aquel país.<sup>300</sup>

El caso especial del ciudadano europeo

Sin duda que después de haber mencionado los anteriores ejemplos, se demuestran que es necesaria la cooperación política y los mecanismos de protección para algunos casos extremos. No obstante, no se descarta la posibilidad que las misiones diplomáticas de los Estados necesiten apoyo por parte de terceros Estados, aunque quizá, con ello se rompan las características esenciales de una diplomacia tradicional.<sup>301</sup>

Podemos ver el ejemplo más claro de lo dicho en el punto anterior, en el caso de la Unión Europea. Es decir, en el Tratado de la Comunidad Europea donde se enuncia la posibilidad de que cualquier ciudadano europeo, es decir, nacional de un país que pertenezca a la Unión, reciba protección o asistencia consular por cualquier Estado que sea miembro:

*Artículo 8C:* Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y Consulares de

<sup>297</sup>Véase SYIL, 1998-VI, pp. 126-127.

<sup>298</sup>Véase SYIL, 1997-V, pp. 114-116.

<sup>299</sup>Véase SYIL, 1993-1994-III, p. 127.

<sup>300</sup>*Ibidem*, p. 127.

<sup>301</sup>Diplomacia (del latín *diploma-atís, documento oficial*). La diplomacia es el instrumento a través del cual, un Estado lleva a cabo su política externa, *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 135.

cualquier Estado miembro, en semejantes condiciones que los nacionales de dicho Estado. Antes del 31 de diciembre de 1993, los Estados miembros establecerán entre sí las normas necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.<sup>302</sup>

Además que paralelo al artículo 8C, se introdujo en la Conferencia Intergubernamental el nuevo artículo J.6 del Tratado de la Unión Europea, es decir, una referencia al artículo 8C con la siguiente redacción:

Las misiones diplomáticas y Consulares de los Estados miembros y las delegaciones de la Comisión en los terceros países y en las conferencias internacionales, así como sus representaciones ante las organizaciones internacionales, cooperarán para garantizar el respeto y la ejecución de las posiciones comunes adoptadas por el Consejo. Intensificarán su cooperación intercambiando información, procediendo a valoraciones comunes y contribuyendo a la ejecución de las disposiciones contempladas en el artículo 8C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.<sup>303</sup>

Ahora bien, con base en el caso europeo, y con la finalidad de no crear confusión con la protección diplomática, *stricto sensu*, ¿qué significado guardan las negociaciones internacionales para garantizar la protección diplomática, *lato sensu*, a la que se refiere el artículo 8C?

Creemos que la mejor opinión es la que indica el profesor Jiménez Piernas,<sup>304</sup> cuando revela que éstas se pueden explicar por el interés de los Estados miembros de la Unión en lograr un *modus vivendi* que permita a sus ciudadanos que se encuentren en alguna eventualidad, recibir subsidiariamente asistencia o protección por parte de los agentes diplomáticos de cualquier otro Estado miembro de la Unión con representación en ese tercer Estado.

Pero además en nuestra opinión, el ciudadano de cualquier país miembro (ciudadano europeo), se beneficiaría de una interpretación extensiva de lo dispuesto por la Convención de Viena de 1963 sobre

<sup>302</sup>Véase la reproducción del Tratado en (<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/es>).

<sup>303</sup>*Idem*.

<sup>304</sup>Véase C. Jiménez Piernas, *La protección diplomática y consular...*, *op. cit.*, p. 33.

relaciones consulares<sup>305</sup> (artículos. 6, 7 y 8) y lo dispuesto en la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas (artículos. 45 y 46)<sup>306</sup> en materia de protección de nacionales e intereses de un tercer Estado, que no mantiene o rompe relaciones con el Estado receptor y apoyando si lo cree conveniente, las negociaciones diplomáticas previas a una reclamación formal en el plano internacional cuando se vaya a ejercer la protección diplomática.

No obstante, hay que distinguir que el artículo 8C del Tratado de la Comunidad Europea, sólo establece el derecho a la asistencia consular y a la asistencia diplomática, considerada como protección diplomática *lato sensu*, pero que en ningún caso alcanza la presentación de una reclamación internacional formalmente, como se hace en la protección diplomática *stricto sensu*.

Diferencias importantes de la protección y las acciones consulares

Evidentemente que los tratados internacionales, como la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares juegan un papel muy importante para informar y defender a los nacionales que se encuentran en un Estado extranjero.

No obstante, después de descifrar los distintos elementos y circunstancias que se pueden presentar en la protección consular, es determinante afirmar que la protección diplomática *stricto sensu* muestra una clara diferencia de las acciones o medidas consulares

<sup>305</sup>En apoyo a la Convención de Viena, cabe referirse a las directrices para las cooperaciones de las misiones diplomáticas y consulares comunitarias en terceros países establecidas por el Comité Político el 17 de mayo de 1984, elementos de cooperación que siguen vigentes hasta el presente. Véase al respecto a F. Alvargonzález Sanmartín, "Protección diplomática y protección Consular", en *Comentarios a la Constitución europea*, libro II. Los derechos y libertades. Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1471. Además sobre la representación diplomática de un Estado a J. Puente Egido, *Lecciones de Derecho internacional público II*, Madrid, Edisofer, 1997, pp. 9 y ss.

<sup>306</sup>Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas: (art. 45). En caso de ruptura de las relaciones diplomáticas entre dos estados, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal: C) el Estado acreditante podrá confiar la protección de sus intereses y de los intereses de sus nacionales a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor; (art. 46) Con el consentimiento previo del Estado receptor y a petición de un tercer Estado no representado en él, el Estado acreditante podrá asumir la protección temporal de los intereses del tercer Estado y de sus nacionales. Cfr. J.A. Corriente Córdoba, *Derecho internacional público. Textos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 161.

que el Estado puede emplear para defender a sus nacionales, aunque en la práctica el término se utiliza erróneamente para señalar a ambas instituciones.

En realidad dichas acciones nos revelan que el desempeño de las funciones consulares y diplomáticas está reservado, en la mayoría de los países, a especialistas funcionarios de carrera,<sup>307</sup> quedando demostrado por qué del desarrollo de las funciones de protección de los nacionales, se encargan los Ministerios del exterior de los Estados mediante los cuerpos especializados que tengan para ello.<sup>308</sup>

Y aunque es necesario destacar que la protección y la diplomacia la desarrollan los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales (el personal diplomático y consular que se establece en un país), sobre la base de las normas internas e internacionales, la experiencia de éstos se demuestra que para los casos cuando surgen diferencias entre estados que incluso, pueden llegar a constituir un proceso ante tribunales internacionales (obviamente después de la larga fase de conversaciones diplomáticas que se hace antes de presentarse ante la CIJ), los agentes<sup>309</sup> del Estado implicados pueden lograr que

<sup>307</sup>Véase en este sentido a J.M. Lacleta Muñoz, *La función diplomática y consular...*, *op. cit.*, p. 495.

<sup>308</sup>En el caso de México, según el Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano (DOF del 23 de agosto del 2002), son obligaciones del Servicio Exterior Mexicano: “art. 65. Es obligación prioritaria de los miembros del Servicio Exterior proteger los intereses de los mexicanos en el extranjero. Con este propósito prestarán sus buenos oficios, impartirán asistencia y protección Consular y, llegado el caso, proporcionarán a la Secretaría los elementos para que ésta decida si el Estado mexicano ejercerá la protección diplomática.

La asistencia Consular se impartirá cuando se requiera atender y asesorar a mexicanos en sus relaciones con las autoridades extranjeras. Para estos efectos los miembros del Servicio Exterior deberán:

I. Asesorar y aconsejar a los mexicanos en lo relativo a sus relaciones con las autoridades e informarles sobre la legislación local, la convivencia con la población local, sobre sus derechos y obligaciones frente al estado extranjero en donde se encuentren, y sus vínculos y obligaciones en relación con México, en especial su registro en la oficina Consular correspondiente;

II. Asesorar jurídicamente a los mexicanos, cuando éstos lo soliciten, entre otros a través de los abogados consultores de las representaciones;

III. Visitar a los mexicanos que se encuentren detenidos, presos, hospitalizados o de otra manera en desgracia, para conocer sus necesidades y actuar en consecuencia; y,

IV. Asumir la representación de los mexicanos que por estar ausentes o por otros motivos estén imposibilitados de hacer valer personalmente sus intereses.

<sup>309</sup>Véase sobre este asunto a A. Míaja de la Muela, “Las negociaciones diplomáticas previas a las reclamaciones ante Tribunales internacionales”, en AHLADI, 1963-2, p. 136; C.M. Díaz Barrado, *La protección...*, *op. cit.*, p. 252.

los Estados interesados lleguen o no a ponerse de acuerdo, tal como lo indico la CPJI en el asunto *Mavrommatis Palestine Concesión*.<sup>310</sup>

Por ello indicamos que todo este ejercicio no es simplemente jurídico, sino que el papel político del Estado realiza un papel primordial. Es decir, podemos afirmar que los cuerpos diplomáticos son los que cargan con la mayor parte de la tarea protectora que les encomienda el Estado al que pertenecen, los cuales tienen la gran responsabilidad de acuerdo con los medios diplomáticos y la costumbre internacional, de evitar que su Estado lleve a cabo una acción internacional de protección diplomática en un Tribunal internacional.

La razón es porque si el Estado llegara a presentarse en esa fase, le pudiese resultar más caro, ineficaz y prolongado, debido a que en la mayoría de los casos, dichas acciones preventivas dependen en gran medida de los Estados que sean parte dentro de la controversia.

Por ende, una vez más destaca el papel tan importante que juegan las actuaciones extrajurídicas y hasta políticas en este ámbito, las cuales dependerán generalmente del interés que intente proteger el Estado a través de sus agentes diplomáticos y consulares.

#### La asistencia consular

Ahora bien, por último tenemos que dentro de la categoría general de actividades consulares de protección a nacionales en el exterior, se encuentra la asistencia consular.<sup>311</sup> En resumen, se caracteriza porque no se dirige contra violaciones del Derecho internacional ni del Derecho interno realizado por el Estado receptor como sucede con las anteriores instituciones mencionadas.

Se define en un sentido amplio, como un “conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el Cónsul desarrolla a favor de sus connacionales para facilitarles su permanencia en el terri-

<sup>310</sup>PCIJ Reports 1924, p. 15.

<sup>311</sup>Véase en especial sobre este tema a J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 252.; Ch.J. Tams, “Consular assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ’s judgment in the LaGrand case”, en *EJIL*, 13 (2002-5), pp. 1257-1259; J.M. Paz Agüeras, “El servicio exterior y la protección de los intereses de los nacionales en el extranjero”, en *Documentación Administrativa* 205 (julio-septiembre), Madrid, 1985, p. 134; G. Rodríguez Huerta, “La pena de muerte y la asistencia Consular”, en *Bien común y gobierno* 74 (febrero), Departamento de Derecho, México, D.F., ITAM, 2001, p. 62.

torio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin si fuese necesario, a las autoridades locales, y que se funda en el deber general de cooperación recíproca que la institución Consular implica, naturalmente entre autoridades locales y los Cónsules extranjeros”.<sup>312</sup>

Pero en un aspecto más específico, cabe destacar que la asistencia consular además de incluir funciones de asesoría sobre las relaciones con la autoridad local del Estado, implica en un sentido más amplio, actividades de asesoría sobre los derechos y deberes del extranjero en el lugar, así como también sobre las repercusiones de tipo legal que pueda tener y las diferentes actividades en o con el exterior.

Aun así, lo importante de la asistencia consular se halla en que puede desarrollarse en tantas formas como situaciones jurídicas que se presenten a los nacionales. Es así que dentro de esta variedad de formas, la asistencia consular tiene dos aspectos básicos, uno externo y otro interno.

La *asistencia consular externa* está constituida por las diferentes acciones que puede desarrollar el cónsul a favor de sus nacionales, frente a las autoridades del Estado. Mientras que la *asistencia consular interna*, se ejercita directa y exclusivamente entre los nacionales y el cónsul, pero esencialmente en el consulado.<sup>313</sup>

A diferencia de las actividades de protección diplomática, las de protección y asistencia consular requieren que el cónsul conozca el conjunto de disposiciones que conforman el Derecho interno del Estado donde se encuentra acreditado. Por ejemplo, la manera de cómo el Estado determina quiénes son sus nacionales, los Derechos y obligaciones que se conceden a los extranjeros, la manera de resolver conflictos de leyes que presenten los extranjeros domiciliados, las leyes migratorias existentes, etcétera.

En otras palabras, el representante consular debe conocer perfectamente el sistema de organización política, jurídica y económica del Estado donde se encuentre, a fin de estar en aptitud de proporcionar a sus connacionales la asistencia consular. Es decir, en caso que el cón-

<sup>312</sup>Cfr. C. Jiménez Piernas, “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea”, en RIE 20 (1993-1), p. 46.

<sup>313</sup>Véase al respecto R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales...*, op. cit., pp. 87 y ss.

sul tenga que presentar alguna queja o reclamación, pueda hacerlo de manera expedita y adecuada ante las instancias correspondientes.

Aunque debemos aclarar que las labores de asistencia consular no implican una reclamación derivada de una falta de respeto a los derechos de un nacional, o a una falta en el proceso de impartición de justicia, tal como sucede en los casos de protección diplomática y consular. No obstante, aquellas constituyen la parte cotidiana de las actividades consideradas como protección a nacionales en el exterior en la mayoría de los Estados, por tanto, también se engloba dentro de la intención de proteger los intereses estatales.

La protección funcional contra el Estado agresor

Para poder iniciar el desarrollo de este punto, creemos conveniente aclarar el aspecto esencial de este tipo de protección. Al respecto, la CDI ha indicado que la protección que ejerce una organización internacional se le debe de llamar *protección funcional*.<sup>314</sup> En suma, es una institución destinada a favorecer el buen desempeño de una organización internacional, con el objetivo de garantizar el respeto de sus agentes y su independencia.

No obstante, se debe advertir que ésta no forma parte del tema de la protección diplomática que nos ocupa, por ello que en este punto sólo nos abocamos a estudiar la escasa práctica que existe en la CIJ sobre esta materia y las similitudes con la protección diplomática.

Recordemos que en 1949 la CIJ emitió una opinión consultiva en el asunto de la *reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*,<sup>315</sup> discutiendo sobre si una organización internacional (las Naciones Unidas) podía presentar una reclamación internacional contra el Estado responsable del daño causado a un individuo que trabajaba en esa organización, a fin de obtener una reparación.

Es decir, la principal cuestión en tal asunto, es sobre si un Estado puede ejercer la protección diplomática a favor de un nacional que es

<sup>314</sup>Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/59/10), párr. 60, 3); véase además sobre este tema M.Ch. Bourloyannis-Vrailas, "The Convention on the safety of United Nations and associated personnel", en ICLQ 44 (1995-3), pp. 564 y ss.

<sup>315</sup>*Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 187.

agente de la organización internacional, al mismo tiempo que se evita la concentración de reclamaciones contra un solo Estado, basado en que las partes encuentre soluciones inspiradas en la buena voluntad y el sentido común.<sup>316</sup>

En aquel asunto la CIJ opinó que no hay ninguna autoridad o ley que prohíba u obligue a una organización internacional atraer una reclamación internacional. Efectivamente, se llegó a la conclusión de que una organización internacional es un sujeto del Derecho internacional y en consecuencia, un sujeto del Derecho internacional tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes, así como de defender sus derechos e intereses mediante la presentación oficial de una reclamación internacional.<sup>317</sup>

Pero a pesar de que en ese razonamiento de la Corte se demuestra que la protección diplomática *lato sensu* puede ser muy parecida a la protección funcional, ya que toma como elemento principal el derecho del sujeto internacional para obtener la reparación por el daño que se causó al individuo,<sup>318</sup> en realidad aquel razonamiento se usa para justificar la protección del personal que labora en una organización internacional, pues el cumplimiento de las tareas encomendadas en esos trabajos pueden ser mejor atendidas cuando esa persona sienta el respaldo de la organización donde trabaja, debido a que si sólo siente el respaldo y protección de su Estado de nacionalidad, esa actividad puede quedar limitada, e incluso es contraria a lo que pretende el artículo 100 de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>319</sup>

No obstante, a pesar de estar plenamente demostradas las ideas que se pretenden con los razonamientos de la CIJ, realmente se dejan ciertos elementos de la protección funcional relacionados con la protección diplomática sin resolver,<sup>320</sup> motivo por el cual esta institución hasta el momento no forma parte de la protección diplomática.

<sup>316</sup>*Ibidem*, p. 185.

<sup>317</sup>*Ibidem*, p. 174.

<sup>318</sup>Véase en este sentido C. Eagleton, "International Organization and the law of responsibility", en R. des C. 76 (1950-I), pp. 323-363.

<sup>319</sup>*Ibidem*, p. 183.

<sup>320</sup>*Ibidem*, p. 363. Véase también las conclusiones de la CDI en *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/59/10). párr. 60, 3).

Al respecto cabe mencionar que a nuestro parecer, para que la protección funcional formara parte de la actual protección diplomática sería necesario un acuerdo entre los Estados que conforman la organización internacional, con el fin de que se le permitiera, a la organización, actuar en nombre de ciertos Estados a los que les sea más difícil, o huelga decirlo, imposible acudir ante la CIJ.

Es decir, creemos que con dicho acuerdo se beneficiaría sobre todo a países pobres o en vías de desarrollo, pues en realidad muchos países en el mundo no cuentan con los medios necesarios (económicos y humanos principalmente) para reclamar la responsabilidad internacional ante la Corte internacional.<sup>321</sup>

#### EXCESOS EN EL DERECHO DE PROTECCIÓN ESTATAL: LOS CASOS EXTREMOS EN LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA INTERNACIONAL

Antes de iniciar el desarrollo de este extenso tema, tenemos que aclarar que en dicho punto no abordamos tal tema a fondo, pues evidentemente es muy extenso y complejo para el análisis del presente estudio, además que ya está determinado por la CDI que “la cuestión del uso de la fuerza no forma parte del tema de la protección diplomática”.<sup>322</sup>

No obstante, consideramos necesario abordar de manera resumida la práctica relacionada al uso de la fuerza, particularmente en lo relacionado al pretexto para hacer valer la protección de los nacionales que sufrían agresiones por un Estado, aunque sabemos que es únicamente como mera referencia para conocer lo relacionado del asunto con la protección diplomática.

En principio recordemos que desde los inicios de la historia de la humanidad, diversos grupos de individuos o comunidades recurrie-

<sup>321</sup>Se recomienda esencialmente sobre este tema a L.I. Sánchez Rodríguez, A.G. López Martín, “Los países pequeños y en vías de desarrollo ante la Corte Internacional de Justicia: algunos problemas prácticos”, en Carlos Jiménez Piernas (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2003, pp. 83-103.

<sup>322</sup>Cfr. las opiniones sobre este tema en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones*, suplemento núm. 10 (A/55/10), pp. 133 y ss., en especial párr. 436.

ron al uso de la fuerza para castigar los agravios que les habían sido inflingidos, generalmente argumentando los hechos en nombre de la legítima defensa o la protección de sus nacionales, derechos e intereses, tal como lo ha expresado el profesor Acosta Estévez, experto en esta materia: “A lo largo de toda la historia de la humanidad, se puede comprobar que el recurso a la guerra era admitido como un medio de solución lícito de los conflictos existentes entre los Estados”.<sup>323</sup>

En nuestra opinión, el uso de la fuerza fue algo más o menos normal en la práctica estatal aunque no por ello dejó de ser condenable en muchas ocasiones, principalmente cuando al amparo de un supuesto derecho de protección por algún daño mínimo, se usó la fuerza para propósitos injustificables.

Por ejemplo, encontramos que en 1960 el relator especial de la CDI, profesor García-Amador, se refirió a la práctica de los Estados poderosos que ejercían la fuerza contra los Estados más débiles.<sup>324</sup> En esos casos ocurridos principalmente durante los siglos XIX y parte del siglo XX,<sup>325</sup> diversos Estados poderosos intervinieron en los asuntos internos de países más débiles con el pretexto de proteger las propiedades e intereses de sus nacionales.

A lo largo de la historia se demuestra que países como los latinoamericanos, en donde el fenómeno de la expansión económica y financiera de las grandes potencias mundiales (sobre todo de países europeos, y de los EUA) empezaban a tener su gran apogeo, condujo a que se diera una serie de supuestas buenas relaciones interestatales comerciales, entre los países desarrollados, con aquellos en vías de crecimiento económico.

Pero en realidad, cuando dichos estados enviaban a sus nacionales para realizar alguna actividad económica, política o social en el territorio del Estado extranjero, los nacionales de aquellos países económica

<sup>323</sup>Cfr. J.B. Acosta Estévez, “El Derecho internacional ante el fenómeno bélico: la prevención y atenuación de las consecuencias de los conflictos armados”, en AMDI III (2003), pp. 16 y ss.

<sup>324</sup>Quinto reporte sobre la Responsabilidad Internacional presentado por el relator especial F.V. García-Amador, en *Yearbook...*, 1960, vol. II (Doc. A/CN.4/125), párr. 73. Véase además *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports, 1986, pp. 96 y ss.

<sup>325</sup>Véase por ejemplo *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports, 1986, pp. 96 y ss.

y militarmente poderosos sufrían actos contrarios al Derecho internacional en el Estado de acogida, casi siempre daba como resultado controversias entre éstos y el Estado donde se encontraban.<sup>326</sup>

Sin duda que la falta de experiencia en esta clase de circunstancias para los países en vías de desarrollo, aunado a que no contaban con una reglamentación jurídica adecuada para este tipo de problemas, resultaba perjudicial para el extranjero porque no se les respetaba los principios del Derecho internacional. Al mismo tiempo, hay que reconocer que en la mayoría de los casos no se le otorgó el trato adecuado que pretende el Derecho internacional a esos nacionales por parte del Estado receptor, razón por la que terminaban casi siempre en reclamaciones internacionales entre ambas partes.

*El uso de la fuerza en el derecho de protección:  
la experiencia Estatal en estos asuntos*

En términos prácticos, el Estado del nacional agredido que decidía hacer suya la reclamación se sentía agredido por el daño causado a su nacional. Consecuentemente y justificándose en la acción protectora del Estado, éste demostraba la supremacía en el campo económico, político y militar contra el Estado agresor, influyendo drásticamente en los países de escasos recursos o en vías de crecimiento, los cuales en su gran mayoría son los países latinoamericanos.<sup>327</sup>

Así que para los gobiernos de los Estados afectados, a causa del miedo por un enfrentamiento jurídico contra los Estados poderosos y a una intervención armada a causa de los daños causados al extranjero,

<sup>326</sup>Véase sobre este tema principalmente a C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, 20a. ed. (1a. reimpr.), México, D.F., Porrúa, 2000., pp. 239 y ss. (en adelante C. Sepúlveda, *Derecho internacional*); R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales...*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

<sup>327</sup>En especial referencia a la práctica que tuvo que enfrentar México debido al fenómeno económico. Por ejemplo véase al asunto: Klemp c. México (Alemania c. México), en AJIL 24 (1930-3), pp. 610-624; Hopkins v. México (U.S.A c. México), en AJIL 21 (1927-1), pp. 160-166; Home Insurance Co. v. México (U.S.A. c. México), en AJIL 21 (1927-1), pp. 167-173; Faulkner c. México (U.S.A. c. México), en AJIL 21 (1927-2), pp. 349-353; Brown, Sanders and Small c. México (U.S.A c. México), en AJIL 21 (1927-4), p. 782; Jonson *et al.* c. México (U.S.A. c. México), en AJIL 21 (1927-4), pp. 791-797; American Short Horn Breeders' Assn., and Waukesha Country Holstein Friesian Breeders' Assn., v. México (U.S.A. c. México), en AJIL 21 (1927-4), pp. 802 y ss.

no les quedaba otro remedio que aceptar las condiciones que les eran impuestas.

De esta forma es que la política de protección seguida por los países poderosos durante varios años, resulta ilustrativa del llamado *uso de la fuerza*. No obstante, debemos advertir que esa práctica ocasionó grandes daños a la imagen de la actividad de protección diplomática por parte del Estado cuando se invocó el pretexto de la protección de nacionales como justificación de una intervención militar, produciendo diversos efectos nocivos en las relaciones internacionales y en la propia seguridad de los países que resultaron agredidos.<sup>328</sup>

Un claro ejemplo del supuesto anterior es el ataque del 14 de abril de 1986 por la fuerza aérea de EUA sobre Trípoli y Benghazi en Libia.<sup>329</sup> Dicho ataque de las fuerzas estadounidenses tuvo justificación por actos del coronel libio Muammar Kaddafi cuando el 5 de abril de 1986 explotó una bomba en una discoteca al oeste de Berlín (Alemania) donde murió el sargento de la armada de EUA Kenneth Ford, e hirió gravemente a 79 ciudadanos estadounidenses. Las investigaciones realizadas por el gobierno de EUA revelaron que Kaddafi había planeado el ataque terrorista en Berlín y planeaba atacar nuevamente otros 30 objetivos estadounidenses.

De igual forma, la protección de los nacionales también fue invocada como justificación del uso de la fuerza por EUA el 25 de octubre de 1983, en la invasión a las islas de Granada, en el Caribe. En este caso, unos 1,000 ciudadanos estadounidenses que residían en esa isla, entre ellos aproximadamente 650 estudiantes de medicina de la St. George's University, corrieron grave peligro por el trastorno político y la desintegración de la autoridad de Granada a causa del arresto y

<sup>328</sup>Para los asuntos más relevantes de la práctica de los Estados véase C.M. Díaz Barrado, "La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en consideraciones humanitarias. Análisis de la práctica internacional contemporánea", en REDI, vol. XL (1988-1), pp. 42 y ss.; J. Zedalis Rex, *Protection of nationals abroad...*, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; M. Byers, "Abuse of Rights: An old principle, A new age", en McGill Law Journal 47 (2002-2), pp. 397-404; J. Zedalis Rex, "Protection of nationals abroad: Is Consent the basis of legal obligation?", en TILJ 25 (1990-2), pp. 209 y ss.; J.W. Hill y S.M. Lucas, "The nature and extent of executive power to espouse the claims of United States nationals", en VJTL 7 (1973-1), pp. 101 y ss.

<sup>329</sup>Véase *Grenada Documents: An overview and selections*, Washington, D.C., U.S. Department of State and U.S. Department of Defense, 1984, pp. 6-10.

muerte del primer ministro Maurice Bishop, por elementos fanáticos del general disidente Hudson Austin. La acción militar para proteger a los nacionales fue llevada por 1,900 elementos de la US Marines y de la US Army, con la ayuda de 300 elementos militares de Jamaica, Barbados, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda, y Santa Lucía, representando a la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS). No obstante, encontraron resistencia por parte de unidades militares de Granada y de grupos paramilitares cubanos que se les unieron, por tanto, tal hecho provocó unas 90 muertes en ambos lados.

En otro asunto, el 27 de junio de 1976 cuatro miembros del Frente Popular de Liberación Palestina, secuestraron un avión de Air France que transportaba 256 pasajeros y que volaba la ruta Tel-Aviv a París haciendo escala en Atenas. Poco después del despegue en territorio griego, los secuestradores ordenaron el desvío del avión a Libia para la recarga de combustible y luego partieron a Entebbe (Uganda), donde obtuvieron permiso de arribar. A la llegada al aeropuerto, las autoridades de Uganda trataron de ayudar a los secuestradores a exigir la liberación de terroristas detenidos en Israel y en otros lugares.

Pero luego de la liberación de 147 pasajeros cuya nacionalidad no era del Estado de Israel y del cual era evidente que Uganda no iba a participar en la liberación del resto de pasajeros, un comando militar del Estado israelí decide atacar el 4 de julio de 1976 el aeropuerto de Uganda, a fin de evitar que los terroristas maten a los rehenes del avión que en su mayoría eran nacionales de Israel, donde finalmente murieron tres rehenes, un soldado israelí, siete terroristas y unos 30 soldados de Uganda.<sup>330</sup>

Aunque a decir verdad se observa que la acción armada que un Estado ejerce en el territorio de otro estado posee elementos jurídicos diferentes, en tanto dicha acción se pretenda justificar sobre una u otra base, sin duda que esas actividades de protección de los Estados mi-

<sup>330</sup>Véase los anteriores asuntos en J. Zedalis Rex, *Protection of nationals abroad...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.; además el caso del bombardeo a San Juan del Norte (Nicaragua) de 1854 porque el gobierno local le había pedido a una empresa estadounidense que se retirara del lugar y el caso del desembarco de fuerzas militares en Haití de 1891 para controlar una sublevación de trabajadores en R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

litarmente poderosos no sólo violaron la soberanía territorial de otros países, sino que incluso llegaron a intervenir en sus asuntos internos, impidiendo en varias ocasiones el ejercicio del derecho de autodeterminación de los gobiernos y su población.

### *La protección que otorga el Estado sin restricción*

Aun en relación al punto anterior, recordemos que en la antigüedad los diplomáticos extranjeros sin sujetarse a los acuerdos y reglamentos convenidos por los estados, solían extender su protección sin limitación alguna al mayor número de personas posibles, conscientes que así reforzarían la posición imperialista de su gobierno en el país donde se encontraban.

Dicha situación traía como consecuencia que los protegidos quedaban exonerados automáticamente de toda obligación para con su patria de origen. Incluso, adquirirían el privilegio de escaparse a la jurisdicción contenciosa local para remitir sus controversias criminales o mercantiles a un tribunal consular y en ocasiones con decisiones privilegiadas para los nacionales del país más poderoso.

En este sentido y conscientes que puede ser considerado como un hecho aislado el siguiente caso, en realidad ejemplifica el modo en que esta costumbre fue llevada a la práctica por países desarrollados contra naciones más desfavorecidas de un modo contrario al que se pretendía.

Al respecto cabe brevemente relatar el asunto de Salomón Cohen,<sup>331</sup> individuo de origen marroquí protegido por España, en virtud de los acuerdos hispano-marroquíes del 20 de noviembre de 1861. En dicho acuerdo, el gobierno de España se comprometía a dispensar su protección en el extranjero a los súbditos marroquíes. Consecuentemente, los consulados españoles les concederían pasaportes a los marroquíes que desearan desplazarse al extranjero, obligando a los agentes consulares

<sup>331</sup>Véase este asunto y los casos de *Jacob Barchilón* de 1939 y *Haim Nadeh* de 1899, en J. Bautista Vilar, *Un intento de restringir la protección diplomática española a los judíos-marroquíes en Egipto. El caso de Salomón Cohen (1872)*, Caracas, Maguen, 1986, pp. 18-24.

españoles a extender de igual forma la protección de la que gozaban sus propios nacionales.

En un principio Cohen fue detenido el 7 de marzo de 1872 en el Cairo, causando inmediatamente la reacción por parte de agentes españoles acreditados en Egipto. Pero en esa ocasión se envió un soldado del consulado español con la reclamación de España por escrito, la cual causó una no grata y acostumbrada sorpresa por parte de las autoridades españolas.

La petición no había sido atendida, porque las autoridades locales habían recibido instrucciones por parte del ministro de Negocios Extranjeros egipcio, ordenándoles que no se consideraba más protegido español a ningún nacional de otro país. Además, ya se contaba con la representación del Estado marroquí dentro de Egipto, para lo cual no era necesario que los agentes españoles representaran a ciudadanos que no les correspondían, es decir, que no eran sus nacionales.

Como respuesta, el cónsul español demandó de su gobierno instrucciones precisas sobre la conducta a seguir en el futuro, en particular sobre el asunto Cohen. La finalidad de todo ello era continuar o cesar una protección que les pudiera ocasionar graves conflictos con las autoridades egipcias, las cuales, estaban decididas a no reconocer más los documentos españoles que les otorgaba protección a los súbditos marroquíes, incluso apuntando el cónsul hacia la posibilidad de dispensar esa protección donde no existiera una representación marroquí.

No obstante, en tanto se llegaba a una solución satisfactoria para las partes implicadas y como gesto amistoso y antibélico para España, la autoridad egipcia autorizó la puesta en libertad de Cohen. Mientras tanto, las instrucciones del asunto desde Madrid tardaron seis meses en llegar y al hacerlo ordenaban que debiera cesar todo tipo de protección en Egipto a los súbditos marroquíes por parte de los cónsules y gobiernos españoles, pues se tenía acreditada una representación de Marruecos en ese Estado.

En realidad, tal orden no habitual proveniente de Madrid, se debía a que el gobierno español se encontraba agobiado en aquellos momentos por graves problemas internos, tales como inestabilidad

institucional, levantamiento carlista, guerra civil en la península y la sublevación nacionalista en Cuba. Por tanto, se pretendía reducir al mínimo el número de compromisos internacionales.

Pero después de 1874, donde se regresaba a la normalidad en España con la restauración borbónica, se practicaron con mayor fluidez y generosidad las protecciones diplomáticas de individuos no nacionales españoles en Egipto y el imperio turco porque a España le favorecían las convenciones y reglamentos vigentes en materia de protección.

Ahora bien, para demostrar que ese tipo de asuntos no son exclusivos de cierta época o siglo en particular, aludimos brevemente al asunto de cuando el gobierno de EUA inició una reclamación diplomática contra Costa Rica por la expropiación de bienes en ese país a nacionales estadounidenses.<sup>332</sup>

Los hechos iniciaron en junio de 1990, cuando la embajada de EUA en Costa Rica inició las gestiones para que el gobierno de aquel país otorgara indemnización en siete casos de supuestos ciudadanos y sociedades estadounidenses que sufrieron actos de expropiación en su contra.

Lo destacable en tal asunto es que los dueños de los inmuebles expropiados, excepto dos de ellos cuya expropiación estatal nunca se llegó a efectuar, el resto no resultó ser de ciudadanos estadounidenses sino sociedades anónimas que fueron constituidas en Costa Rica de acuerdo con las leyes de ese país, donde los accionistas mayoritarios eran costarricenses.

En ese asunto cabe recalcar que antes de dichos sucesos mencionados, el gobierno de Costa Rica había solicitado un préstamo al Banco Internacional de Desarrollo (BID) para programas sociales en ese país, pero el gobierno de EUA al momento de la controversia se opuso para su otorgamiento. Dicha oposición para la aprobación de préstamos del BID a países en desarrollo, se fundó en que si Costa Rica

<sup>332</sup>Véase este asunto en G.J. Facio, "Reclamación diplomática de Estados Unidos contra Costa Rica por expropiación de bienes a sus nacionales: procedencia o improcedencia del reclamo a la luz del Derecho internacional contemporáneo, y en especial de los métodos empleados por Estados Unidos para hacer valer su protección diplomática", en *Revista Relaciones Internacionales* 42, primer trimestre, Costa Rica, Universidad Nacional Heredia, 1993, pp. 9 y ss.

no solucionaba antes los siete casos de expropiación recomendaría al director estadounidense del BID que aplicara a Costa Rica la “enmienda González”.<sup>333</sup>

Posteriormente, el 18 de diciembre de 1992, ante la presión del gobierno de EUA al director estadounidense del BID, el préstamo fue pospuesto a Costa Rica. En realidad, el gobierno de Costa Rica nunca se negó a otorgar la indemnización, porque ninguna persona que hubiera sido privada de sus bienes careció de la facultad de reclamar ante los tribunales internos costarricenses, sólo que por cuestiones procesales ante dichos órganos esta indemnización no les fue entregada a tiempo a los afectados.

En suma, creemos que con los asuntos antes mencionados se puede ilustrar la manera en que la aplicación del concepto de esta institución protectora, que si bien es cierto, no es igual tal y como se aplica en la actualidad, se ve reflejado de manera distinta para algunos estados, sobre todo para aquellos que tenían que sufrir las acometidas del país más poderoso.<sup>334</sup>

Es decir, sin duda que se puede defender sólidamente la percepción que le da el profesor De Visscher<sup>335</sup> cuando explica que para los países menos poderosos, el ejercer dicho derecho tiene una percepción diferente porque se percibe como una forma de intervención en los asuntos internos, como un privilegio en provecho de las naciones expansionistas y como una pretensión inadmisibles de estas naciones que quieren imponer sus concepciones socioeconómicas de civilización a naciones demasiado débiles para resistir esas circunstancias.

Para concluir subrayamos esencialmente dos aspectos: en primer lugar, creemos que desde tiempos antiguos la protección diplomática se aplicaba de una forma contraria a la que la doctrina pretendía, por

<sup>333</sup>La llamada “enmienda González” autoriza al Presidente de EUA girar instrucciones al director de ese país en el BID a que se oponga al otorgamiento de préstamos a países que expropien bienes de ciudadanos estadounidenses en tanto no se les pague la debida compensación. Véase G.J. Facio, *Reclamación diplomática de Estados Unidos contra Costa Rica...*, op. cit., p. 11.

<sup>334</sup>Véase en este sentido, el comentario del relator especial Bennouna, cuando menciona que: “la protección diplomática ha servido como pretexto para intervenir en los asuntos de algunos países...”, *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 8.

<sup>335</sup>Véase P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, en R. des C. 136 (1972-II), p. 155.

ser éste un derecho de la norma consuetudinaria internacional. No obstante, si bien es cierto que ha dado una notable evolución en la forma de ejercerlo, aún encontramos en tiempos actuales que el ejercicio de tal derecho del Estado se caracteriza por el incumplimiento al orden jurídico internacional.

Por ejemplo, lo anterior se demuestra con algunos asuntos ante la CIJ de Paraguay,<sup>336</sup> Alemania<sup>337</sup> y México<sup>338</sup> contra EUA, pues creemos que

<sup>336</sup>*Vienna Convention on Consular Relation* (Paraguay v. United States of America), ICJ Reports, 1998; Además se recomienda sobre este asunto a L.I. Sánchez Rodríguez, “La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay c. Estados Unidos en el asunto Bread”, en IHLADI, 1999, vol. 14, pp. 137 y ss.; R. Carnerero Castilla, “Algunas cuestiones del derecho internacional suscitadas por el caso Bread”, en IHLADI, 1999, vol. 14, pp. 239 y ss.; M.J. Aznar Gómez, “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires (Paraguay c. Etats-Unis de Amérique)”, en RGDIP 102 (1998-4), pp. 915 y ss.; F. Jiménez García, “Tribunal Internacional de Justicia. Asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América). Solicitud de Medidas Provisionales. Providencia de 9 de abril de 1998”, en REDI L (1998-2), pp. 129 y ss.

<sup>337</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001; véase sobre este asunto a G. Palmisano, *Les garanties de non-répétition...*, op. cit., pp. 753 y ss.; M.J. Aznar Gómez, “El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia”, en REDI LIV (2002-2), pp. 733 y ss.; M. Mennecke y Ch.J. Tams, “The right to Consular assistance under international law. The LaGrand case before the international Court of Justice”, en GYL, 42 (1999), pp. 192 y ss.; Ch.J. Tams, “Consular assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ’s judgment in the LaGrand case”, en EJIL 13 (2002-5), pp. 1257 y ss.; S. Torrecuadrada García-Lozano, “El incumplimiento de las ordenanzas sobre Medidas Provisionales de la Corte Internacional de Justicia: El caso LaGrand”, en BMDC 98 (2000), pp. 807 y ss., *ibidem*, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand”, en BMDC 109 (2004), pp. 207 y ss.; P. Pozo Serrano, “La sentencia de la CIJ en el asunto LaGrand”, en ADI XVII (2001), pp. 443 y ss.; Ch. Jules Dominicé, “Responsabilité Internationale et protection diplomatique selon l’arrêt LaGrand”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Fernando M. Mariño Menéndez (ed.), Madrid, Trotta, 2002, pp. 233 y ss.; O. Spiermann, “The LaGrand case and the individual as a subject of International Law”, en ZÖR 58 (2003), pp. 197 y ss.

<sup>338</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America) ICJ Reports 2003; véase también lo relativo a este asunto a J.A. Vives Chillida, “Tribunal Internacional de Justicia: Asunto Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América), Medidas Provisionales: Providencia de 5 de febrero de 2003”, en REDI LV (2003-1), pp. 492 y ss.; J.M. Gómez-Robledo Verduzco, “El caso Avena y otros nacionales Mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, en AMDI V (2005), pp. 173 y ss.; J. Aceves William, “Avena and Other Mexican nationals (México v. United States), International Court of Justice. Order of Provisional Measures in case of alleging breaches of Vienna Convention on Consular Relations”, en AJIL 97 (2003-4), pp. 927 y ss.; C.E. Arter Linda, “Compliance with ICJ Provisional Measures and the meaning or review and reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relation: Avena and Other Mexican Nationals (México v. U.S.)”, en *Michigan Journal of International Law* 25 (2003-1), pp. 126 y ss.

en algunos de esos casos influyen notablemente las dificultades económicas y políticas que representa para países subdesarrollados acudir a defender el derecho del Estado ante la Corte o tribunal internacional.

Y en segundo término, la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales que solicitaban los Estados más desfavorecidos,<sup>339</sup> ha sido uno de los aspectos más valiosos establecidos por la codificación y desarrollo progresivo de la protección diplomática,<sup>340</sup> contribuyendo en nuestra opinión a fomentar el respeto del Derecho internacional general.

Por ello, se afirma que doctrinalmente la protección diplomática ha tenido una gran evolución desde sus inicios hasta el día de hoy en su campo de aplicación,<sup>341</sup> la cual puede ser utilizada por cualquier Estado como medio de defensa de los intereses estatales. Aunque debemos reconocer que durante un tiempo seguirá cambiando hasta que se consolide como una forma de defensa legítima entre las naciones, para tratar de evitar algunos errores del pasado en esta institución, la cual, inexcusablemente es y seguirá siendo consuetudinaria.

### *Algunos antídotos doctrinales contra el efecto bélico de la protección*

Sin duda que los problemas que surgen entre los Estados y que afectan al individuo, han sido el motor que justifica la evolución teórica y práctica del derecho internacional. Prueba de ello es que desde épocas antiguas, algunos países latinoamericanos tuvieron que recurrir a instrumentos jurídicos para tratar de defenderse de las agresiones jurídicas y materiales que les ocasionaban los países poderosos.

<sup>339</sup>Por ejemplo, la delegación Argentina dentro de las observaciones que hizo al informe del relator especial de la CDI en 2000 menciona que: "...la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección diplomática constituye un derecho que regula esta institución, y su no inclusión en el proyecto de artículos de la CDI sobre la protección diplomática, significaría sin duda una marcha atrás con respecto a una norma casi centenaria, establecida a partir de la formación de la Doctrina Drago en 1902 y la Convención Drago-Porter de 1907..."; véase "El informe de la Comisión de Derecho Internacional, capítulos V y VI: Protección diplomática y actos unilaterales" del 30 de octubre de 2000. Disponible el texto completo en (<http://www.un.int/argentina>).

<sup>340</sup>Véase en este sentido *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/55/10), en especial párr. 434, p. 132.

<sup>341</sup>Véase L. Condorelli, *L'évolution...*, *op. cit.*, pp. 3-28.

Como ejemplo fiel encontramos a la ya conocida teoría Calvo, a la cual nos referimos más adelante, que en realidad surge como respuesta a las intervenciones militares en América Latina por parte de países europeos y de EUA, pero sobre todo, como una forma de proteger el derecho y los intereses del Estado.

También la Doctrina Drago,<sup>342</sup> es una respuesta con la que se trataba de proscribir la intervención militar para el cobro de deudas contractuales contraídas con los individuos extranjeros y que cabe dedicarle algunas líneas.

La Doctrina Drago tiene sus antecedentes en una nota dirigida por el doctor Luis María Drago, ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, al secretario de Estado de EUA el 29 de diciembre de 1902, protestando por la acción de las escuadras militares alemana, inglesa e italiana, que bombardearon y bloquearon Puerto Cabello y otros puertos en Venezuela ese año, para obtener el cobro de deudas contractuales contraídas con particulares de esas naciones. En dicha nota Drago sostuvo que: “la deuda pública de un Estado no puede dar lugar a una intervención armada, esto es, condena el empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales de un Estado, pues obrar con esa violencia es como poner a una nación en manos de un acreedor particular”.<sup>343</sup>

Por último en ese sentido, cabe mencionar rápidamente otro medio utilizado de defensa como la llamada Convención Porter,<sup>344</sup> relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales de 1907.

En resumen, esa convención obligaba a los Estados a no recurrir a la fuerza armada para recobrar deudas contractuales reclamadas al gobierno de un país por el gobierno de otro país como debidas a sus nacionales. Pero lamentablemente la prohibición de emplear las fuerzas armadas para cobrar una deuda no fue absoluta, pues además de hacer

<sup>342</sup>Véase los aspectos de esta doctrina en S. Mendoza, *Texto, antecedentes, comentarios: la Doctrina Monroe, la Doctrina Drago, la Doctrina Calvo, la Doctrina Cárdenas*, México, D.F., Botas, 1939, pp. 14 y ss. (en adelante S. Mendoza, *Texto, antecedentes, comentarios*).

<sup>343</sup>Cfr. C. Sepúlveda, *Terminología usual en las relaciones internacionales: Derecho internacional público*, México, D.F., Acervo Histórico Diplomático, 1993, vol. II, p. 36.

<sup>344</sup>Véase en J.B. Acosta Estévez, *El Derecho internacional ante el fenómeno bélico...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

hincapié a no recurrir a la fuerza armada, en dicho texto se incluía que: "...Esta estipulación no podrá aplicarse cuando el Estado deudor rehúse o deje sin respuesta una proposición de arbitraje o en caso de aceptación, haga imposible la celebración del compromiso o después del arbitraje deje de conformarse con la sentencia dictada".<sup>345</sup>

En nuestra opinión, finalmente dicho proceso evolutivo del Derecho internacional para la defensa del más débil había culminado en la norma enunciada por el párrafo 4 del artículo 2<sup>346</sup> de la Carta de las Naciones Unidas, aunque a decir verdad, existieron ocasiones en que estos principios no fueron respetados por los Estados que la suscribieron.

Por tal motivo, considero que las acciones por medios no reconocidos en el Derecho internacional, son una figura que llega a traducirse en detrimento de las atribuciones soberanas del país donde se aplican. La razón es porque las potencias occidentales en el siglo XIX y parte del siglo XX, en algunos casos se aprovecharon de las circunstancias de países que, habiendo logrado mantener una independencia más o menos real en plena era colonialista, no contaban con plenas condiciones para garantizar en su territorio la seguridad jurídica de las personas extranjeras y los bienes dentro de su territorio.

Aunque de cualquier manera nada hará cambiar el historial de actividades de supuesta protección de Estados Unidos y de algunos países europeos que innegablemente fueron una triste realidad. Por eso creemos que se desencadenó una reacción de los países que sufrían dichos actos para constituir el inicio de un proceso que aún perdura en nuestros días, tendiente a transformar los conceptos y las normas relacionadas con la actividad de protección de nacionales en el exterior y de los intereses estatales, a fin de hacerla compatible con los derechos que reconoce el Derecho internacional para la defensa del derecho y del interés que tenga cada Estado en beneficio de sus nacionales.

<sup>345</sup> Artículo 1o. de la Convención. Reproducido en *Primer informe...* (A/CN.4/506), párr. 48.

<sup>346</sup> "Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1o., la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas...". Disponible el texto completo en: (<http://www.unhcr.ch/spanish/>).

## CONSIDERACIONES FINALES

I. En el Derecho internacional, el Estado es el sujeto que puede decidir si ejerce la protección diplomática en favor de sus nacionales, en qué casos, contra qué Estados, bajo qué condiciones y a favor de nacionales, siempre y cuando se cumplan los dos requisitos necesarios para acudir a defender su interés ante una Corte o Tribunal internacional (nexo auténtico de nacionalidad con el Estado interesado y agotamiento de los recursos internos por el individuo). Aun así, en caso de no ejercer dicho derecho, el Derecho internacional no le impone ninguna obligación ni sanción al Estado. La razón es porque para el Derecho internacional, el Estado es libre para elegir qué intereses defiende, cuándo los defiende y contra quién los defiende. No obstante, aunque en algunas normativas locales de los estados, esta obligación es impuesta, deja abierta la posibilidad (según interpretación de la norma) de que el Estado decida si ejerce dicho derecho. Por ende, da a entender que la protección diplomática depende en gran medida de situaciones de tipo político, más que de tipo jurídico o doctrinal.

II. El Estado es libre de elegir los caminos para ejercer la protección de sus intereses. La primera opción es la de la negociación bilateral con el Estado, exigiendo la reparación del daño. La segunda opción puede ser la presentación de reclamaciones internacionales ante cortes arbitrales o ante la CIJ. Una tercera opción, (en caso de tratarse de proteger a los nacionales), es el ejercicio, en sentido estricto, de la protección o asistencia consular. A ese respecto, cabría pronunciarnos a favor de que una conexión entre ambas instituciones sería muy beneficiosa para la protección de los derechos del nacional y para reducir el alto grado de politización que tiene la protección diplomática.

III. Si tomamos en cuenta que la protección diplomática se utiliza como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito que un Estado causó a un individuo extranjero y esta acción da origen a la responsabilidad internacional del Estado, entonces en caso que el Estado decida ejercer un derecho que está a su disposición, el individuo perjudicado no puede renunciar a tal protección, pues es un derecho que no le pertenece a éste, sino al Estado con el que tiene un vínculo o nexo jurídico de nacionalidad. Por tal motivo, consideramos que la protección diplomática se utiliza para la protección y defensa del interés estatal (dicho interés varía según las necesidades de cada Estado), el cual nunca se podrá poner a disposición del individuo.

IV. Al hacer un análisis sobre la actuación del individuo como parte del proceso que lleva al Estado a presentar una reclamación internacional, consideramos lo siguiente. La actuación legal de los Estados como reacción frente a un acto ilícito de un extranjero en su territorio, no da motivos al ejercicio de la protección diplomática. Incluso en los casos que el Estado del nacional ejerciera la protección diplomática, la exclusión de la responsabilidad internacional del Estado receptor se deriva de que éste no realizó ningún hecho ilícito internacional. En cambio, en las situaciones en que el Estado receptor efectivamente cometió una violación al Derecho internacional, incluso como reacción ante el acto ilícito de un extranjero, entonces el Estado de nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática. Esto deriva de la naturaleza jurídica de la protección diplomática, la cual es un derecho del propio Estado del nacional, puesto que los individuos no tienen personalidad jurídica internacional y el litigio en ese caso, adquiere un carácter estrictamente internacional. Aunque en teoría podría pensarse en una situación donde la violación al Derecho internacional del Estado receptor fuera una consecuencia directa del acto ilícito del extranjero y por tanto, el Estado podría aplicar la doctrina de las manos limpias como excluyente de admisibilidad en la demanda internacional, no hay ejemplos en la práctica que demuestren claramente que se favorece dicha postura. Consiguientemente, la teoría de las manos limpias no se aplica para controversias que se relacionan con el ejercicio de la protección diplomática, ni se tendrá en cuenta para la admisión de una demanda internacional en la CIJ.

V. Por otra parte, el que la protección funcional sea un tema separado del estudio de la protección diplomática por tener más diferencias que similitudes con la institución de la protección diplomática, no significa que un Estado no permita que una organización internacional, en cierto caso, ejerza la protección a favor del individuo, a pesar de no existir hasta el momento, claros argumentos a favor de dicha postura. La razón es porque en el plano internacional se permiten acciones (de naturaleza pacífica y diplomática) diferentes a la protección diplomática para ser empleadas en defensa del individuo y de los intereses del Estado, como por ejemplo, la protección diplomática en sentido amplio.

VI. Algunos tratados internacionales estipulan los medios auxiliares que utiliza el Estado en la protección de los individuos, porque pactan diversas formas para que el Estado pueda solucionar las controversias internacionales, inclusive dan al Estado la posibilidad de elegir el medio que utilizaran para solucionar una controversia. En la práctica internacional,

se ubica al ejercicio de la protección diplomática como una opción para proteger el interés estatal en caso que no se llegue a ningún arreglo entre ambas partes. Esto es porque cuando el Estado decide ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales, anticipadamente considera que es lo más conveniente, a pesar que se vea envuelto en un proceso muy costoso, un plazo generalmente largo y en algunos casos con sentencias ineficaces. No obstante, cuando al Estado le conviene usar un medio (como lo es la protección diplomática) para defender el interés estatal, los factores que intervengan en la decisión del Estado estarán de acuerdo con su política estatal. Es decir, antes de usar dicho medio internacional en defensa del interés estatal, se valoran distintas circunstancias que puedan determinar el beneficio o perjuicio para el Estado. Esta es la razón por la que no todos los Estados usan este medio para reclamar la responsabilidad internacional en defensa de sus intereses.

VII. Anteriormente, tanto la protección diplomática como el uso de los distintos medios que utilizaba el Estado en caso de una controversia internacional, suponían un deterioro en las relaciones entre los Estados, pues en algún tiempo se empleó la fuerza con los Estados más desfavorecidos, con el pretexto de proteger sus intereses. Al respecto debemos hacer una importante observación. Hoy en día, la institución de la protección diplomática ha dado una notable evolución en su forma de aplicación, pues ya no se observan los abusos cometidos por las naciones poderosas contra los más débiles, en particular los Estados latinoamericanos. Aunque deseamos que jamás se vuelva a recurrir al uso de la fuerza para solucionar una controversia internacional, no podemos olvidar que hace muchos años este era un medio utilizado para la solución de las diferencias entre Estados, o quizá, ¿como otro medio más que se utilizaba para la defensa de los intereses del Estado?

## Capítulo 4

# La nacionalidad del individuo. El derecho para el acceso a la reclamación internacional

### EL ESTADO DE NACIONALIDAD DE LA PERSONA Y SU DETERMINACIÓN INTERNACIONAL

Como ya se mencionó en capítulos anteriores, la nacionalidad es un elemento o requisito de suma importancia para que el Estado (siempre y cuando lo desee) pueda ejercitar la protección diplomática y defender tanto a sus nacionales como a los intereses estatales que más le convenga.

En este capítulo se abordará lo referente a la nacionalidad de las personas físicas, como de las personas jurídicas o morales, principalmente enfocando a desglosar los problemas que se presentan en la práctica internacional para lograr conseguir un vínculo auténtico con el Estado de nacionalidad, para que posteriormente el Estado pueda proteger a la(s) persona(s) en el extranjero.

#### *Adquisición de la nacionalidad y el vínculo genuino del individuo en la protección diplomática*

Para preparar el estudio referente al modo de determinar la nacionalidad, inicialmente debemos advertir que será necesario estudiar el caso de la persona física, pues en caso contrario, no lograríamos entender los problemas que se presentan para las personas jurídicas. Por ello que en primer término la pregunta obligatoria sería, ¿por qué es forzosa la nacionalidad del Estado para el individuo?

A nuestro parecer, el concepto más claro de nacionalidad se encuentra en la doctrina internacional, de donde hemos extraído la siguiente definición: “la nacionalidad es el derecho humano fundamental que establece el vínculo jurídico esencial entre el individuo y el Estado, en virtud del cual, una persona o individuo es miembro de la comunidad política que un Estado constituye según el Derecho interno y el Derecho internacional, permitiendo de esta forma no sólo al individuo pertenecer a una colectividad estatal, sino que además, estableciendo un nexo jurídico entre la persona (física o jurídica) y su Estado (vínculo o nexo)”.<sup>347</sup>

En otras palabras, la nacionalidad es un derecho humano básico, siendo por tal motivo que a lo largo de los años este derecho ha llegado a ser plasmado en gran número de tratados y pactos internacionales como por ejemplo los siguientes:

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 “*Artículo. 15. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni el derecho a cambiar de nacionalidad.*”<sup>348</sup>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 “*Artículo 19. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.*”<sup>349</sup>

*Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966 “Artículo 24. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*”<sup>350</sup>

*Convención Americana sobre Derechos Humanos “Artículo. 20. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.”*<sup>351</sup>

<sup>347</sup>Véase en especial los comentarios de J.H. Castro Villalobos y C.V. Agramón Gurrola, *Derecho internacional público. Diccionarios Jurídicos Temáticos*, 2a. Serie, México, D.F., Oxford University Press, 2002, vol. 7, p. 446; J.A. Corriente Córdoba, “La nacionalidad de las personas físicas ante el Derecho internacional”, en ADI 1974-I, pp. 223 y ss.; así como la opinión del gobierno mexicano en “La intervención de la Delegación de México en el tema 138 de la 59 Asamblea General: nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados”, Nueva York, 28 de octubre de 2004. Disponible el texto completo en (<http://www.un.int/mexico/2004>).

<sup>348</sup>Cfr. A/RES/217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

<sup>349</sup>Cfr. Novena Conferencia Interamericana de los Derechos Humanos (Pacto de Bogotá) de 1948 OEA/Ser.L/V/I.4 rev.9.

<sup>350</sup>Cfr. A/RES/2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

<sup>351</sup>Cfr. Conferencia especializada sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123.

*Convención sobre los Derechos del Niño* “Artículo 7. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; 2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que haya contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera...”<sup>352</sup>

*Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Artículo 9)* 1. Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular que ni el matrimonio con un extranjero, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.<sup>353</sup>

Ahora bien, el que tal derecho sea reconocido por el Derecho internacional, no significa que el Derecho interno de los Estados siga y respete dichos preceptos, debido a que las leyes que reglamentan la nacionalidad no son idénticas unas de otras y el carácter técnico que las caracteriza las hace inaccesibles para muchas personas. De esta forma se produce un enfrentamiento del Estado que decide ejercer la protección diplomática, con la discrepancia entre normas internas de la nacionalidad de los Estados y su incompatibilidad con el Derecho internacional, tal como sucede con la *Convention on Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationalities*.<sup>354</sup>

Por ello es que en ciertos casos, sobre todo cuando hablamos del resultado de la práctica referente a la nacionalidad, se plantean dificultades para la persona que resulta afectada por un hecho internacionalmente ilícito en un Estado extranjero, como es el caso de la ciudadanía y la nacionalidad de la persona.

Para efectos de diferenciar el caso de la ciudadanía y la nacionalidad de los individuos, el mejor ejemplo está en el caso europeo que es donde pudiera presentarse mayor confusión a efectos de protección diplomática.

<sup>352</sup>Cfr. A/RES/44/25 de 20 de noviembre de 1989.

<sup>353</sup>Cfr. 1249 UNTS 13.

<sup>354</sup>Véase TS núm. 88 (1971).

La ciudadanía de la Unión Europea, es un nuevo estado civil de la persona, originado por ser nacional de un Estado miembro y que le confiere la calidad de ciudadano de la Unión otorgándole específicamente una serie de derechos. Precisamente, el artículo 17.1 del Tratado de la Unión Europea, nos expresa claramente lo que es la ciudadanía europea: “Será ciudadano de la Unión, toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”.<sup>355</sup>

Pero en realidad, lo que nos interesa sobre esta cuestión es que la ciudadanía no supone ni pérdida, ni la modificación de la nacionalidad y por consiguiente los derechos, por los efectos que ello pudiera producir para el ordenamiento internacional.

El criterio mencionado, es porque nos basamos en los tratados que constituyen a la actual Unión Europea, específicamente el Tratado de Ámsterdam, que ha querido resaltar esa condición al establecer en el artículo 17.1 del TUE lo siguiente: “La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”.<sup>356</sup>

Para entender mejor dicha cuestión, tenemos que referirnos a las palabras de Díaz-Ambrona, cuando se refiere a que la ciudadanía significa únicamente “un *status civitatis* nuevo para las personas que son nacionales de un Estado miembro, que pasan a tener la condición de, llamémosle comunitarios, y que les permite ostentar unos derechos que van a ejercer fundamentalmente no en su país de origen, sino en los países integrantes de la Unión”.<sup>357</sup>

Precisamente cuando se refiere a los derechos del ciudadano europeo<sup>358</sup> reconocidos por el Tratado de Maastricht en el artículo 8, inci-

<sup>355</sup>Véase la reproducción en (<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/es>).

<sup>356</sup>*Idem*.

<sup>357</sup>Cfr. M.D. Díaz-Ambrona Bardají (dir.); M.D. Hernández Díaz-Ambrona; M.P. Pous de la Flor; L. Tejedor Muñoz, *Derecho civil comunitario*, Madrid, Colex, 2001, p. 83.

<sup>358</sup>Véase sobre este tema a V. Abellán Honrubia, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. 1, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984, pp. 77-99; J.A. Carrillo Salcedo, “La protección de los derechos humanos en las comunidades europeas”, en E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t. II, Madrid, Civitas, 1986, pp. 17-26; M.D. Blázquez Peinado, *La ciudadanía de la unión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 79 y ss.; P. Juárez Pérez, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 39-79; A.G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2a. ed., Barcelona, Bosh, 1999, pp. 55 y ss.; C. Jiménez Piernas, “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea”, en RIE 20 (1993-1), pp. 13 y ss.

sos A-E, existe uno que merece la pena mencionarlo. Nos referimos al derecho de acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro de un tercer país, plasmado en el artículo 8 C del tratado.

En otras palabras, este artículo se refiere a que todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer Estado (que no forme parte de la UE) donde su Estado original no esté representado, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado.

Pero en realidad, este derecho proyecta la ciudadanía de la Unión fuera del ámbito de la misma, porque se trata de una protección personal y no territorial ya que tendrá lugar en países no comunitarios para aquellas personas que, siendo nacionales de un Estado miembro, éste no tenga representación diplomática o consular en el país en que se encuentren dichas personas.

Por tal motivo y finalmente nos queda resuelta una cuestión muy importante. A pesar de que en la Unión Europea se plasmen ciertos derechos para sus ciudadanos, es importante recalcar que el beneficio mencionado para los ciudadanos europeos, única y exclusivamente da el derecho a la protección diplomática, en sentido amplio (protección o asistencia consular) nunca en sentido estricto, pues para ejercer la protección diplomática únicamente el nexo de la nacionalidad válida es lo que da al Estado el derecho de utilizar este medio internacional para reclamar la responsabilidad internacional en defensa y protección de sus intereses.

Es decir, que la protección diplomática en sentido estricto se puede utilizar para proteger a los nacionales del Estado miembro (España, Francia, Bélgica, etcétera), nunca a los ciudadanos europeos.

El vínculo genuino entre el Estado y el individuo

Si esencialmente tomamos en cuenta que en la protección diplomática cuando hay un vínculo existente (*genuino o auténtico*) entre el individuo y el Estado soberano, entonces la protección suele ir dirigida siempre a individuos concretos,<sup>359</sup> es decir, a los nacionales que son reconocidos por las leyes de un Estado.

<sup>359</sup>Se recomienda E. Crespo Navarro, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 319 y ss.

No obstante, aunque sabemos que ese vínculo en la práctica internacional a la hora de presentar una reclamación difiere según se trate de personas físicas o morales, en realidad el anterior supuesto no es algo muy novedoso, sino que únicamente reafirma la idea de un principio reconocido por la CDI: “El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad...”<sup>360</sup>

En otras palabras, las anteriores afirmaciones doctrinales corroboran el principio de que el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada tiene derecho, aunque si bien no esté obligado, a ejercer la protección diplomática a favor del individuo. Como se puede observar, lleva la finalidad de recalcar el vínculo o nexo de nacionalidad entre el Estado y el individuo, el cual da el derecho al Estado de ejercer la protección diplomática.

Como mero antecedente en la doctrina internacional,<sup>361</sup> encontramos que una reclamación presentada por un Estado a causa de un daño causado a un individuo que tiene el nexo con ese Estado, fue anteriormente propuesta por el Instituto de Derecho internacional de la siguiente manera:

*Artículo 1:* A) Una reclamación internacional presentada por un Estado debido a un daño sufrido por el individuo, puede ser rechazada por el Estado al que se le presenta, si el individuo no posee el carácter de nacional del Estado que se requiere tener en la fecha de la presentación de la reclamación, como en la fecha en que se produjo el daño. Para la jurisdicción donde se conoce de tal reclamación, la ausencia del carácter de nacional es una causa de inadmisibilidad de la reclamación.

*Artículo 3:* A) Una reclamación internacional es presentada a causa del daño sufrido por un individuo que posee el carácter de nacional del Estado. Cuando ese individuo o persona es nacional del Estado, a ese Estado se le autoriza, en virtud del derecho internacional, a asimilar sus propios nacionales pero con los fines de la protección diplomática.<sup>362</sup>

<sup>360</sup>*Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 3, párr. 1.

<sup>361</sup>Véase sobre este tema a I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Nueva Cork, Oxford University Press, 2003, p. 388 (en adelante I. Brownlie, *Principles of Public International Law*).

<sup>362</sup>*Résolutions de l'Institut de Droit International* (Session de Varsovie) 1965 (traducción del autor).

Ahora que también debemos recalcar que esa postura ya ha sido seguida por la jurisprudencia internacional y el antecedente se encuentra en el fallo de la PCIJ dentro del asunto del *Ferrocarril Panavezys-Saldutiskis*,<sup>363</sup> así como en el fallo del asunto *Nottebohm*.<sup>364</sup>

En suma, podemos decir que ambos casos comprueban que lo exigido por el Derecho internacional será que debe existir un “vínculo genuino” o “auténtico” entre la persona y el Estado de la nacionalidad para que el Estado pueda tener derecho a ejercer su protección a favor de sus nacionales. Pero una vez que está comprobado que existe el vínculo auténtico entre la persona y su Estado ¿qué criterios son los que determinan su aplicación?

Para algunos tratadistas la respuesta de tal cuestionamiento fue establecida de manera precisa por la CIJ en los asuntos que mencionamos anteriormente, pues los criterios que precisan este “vínculo genuino” entre la persona y el Estado difieren de un país a otro y principalmente en la doctrina.

Por ejemplo, algunos son partidarios del requisito del *vínculo genuino* (*genuine link*) de manera estricta,<sup>365</sup> porque se puede llegar a cumplir con las exigencias del principio general con diversas aplicaciones posibles.

<sup>363</sup> *Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1938. Series A/B, núm. 76, p. 16.

<sup>364</sup> *Friedrich Nottebohm* nació en Alemania, luego se domicilió en Guatemala sin dejar de mantener relaciones comerciales y familiares con Alemania y con Liechtenstein, donde residía desde 1931 uno de sus hermanos. En octubre de 1939, solicitó la nacionalidad de Liechtenstein, que le fue concedida, y a pesar de la naturalización, Nottebohm continuó residiendo en Guatemala, y en 1943, como si fuera un ciudadano enemigo, fue detenido e internado. Al acabar la Segunda Guerra Mundial, fue expulsado del país y se le confiscaron sus bienes. Posteriormente, el gobierno de Liechtenstein acudió ante la CIJ ejerciendo la protección diplomática a favor de su súbdito. Liechtenstein solicitó la condena a Guatemala por haber obrado en violación de sus obligaciones internacionales relativas al trato de los extranjeros de un Estado neutral y en consecuencia, pedía la reparación por los daños ocasionados; además solicitó al Tribunal que se pronunciara en el sentido que la concesión de la nacionalidad por parte de Liechtenstein no era contraria al derecho internacional y que su reclamación fuera admitida. *Nottebohm* (Liechtenstein v. Republic of Guatemala), ICJ Reports 1955, pp. 4 y ss.; véase sobre este caso a O. Casanovas y la Rosa, *Prácticas de derecho internacional Público I*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, pp. 193 y ss.

<sup>365</sup> Véase principalmente: J.F. Rezek, “Le droit international de la nationalité”, en R. des C. 198 (1986-III), pp. 343-344; F. de Castro y Bravo, “La nationalité, la double et supra nationalité”, en R. des C. 102 (1961-I), pp. 515-582; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 412 y ss.; además los argumentos que tratan de limitar la aplicación estricta del “vínculo genuino” dados en el asunto *Nottebohm* en *Primer informe...* (A/CN.4/506), párr. 106-120.

No obstante, otros llegan a recomendar que dicho principio no debe de ser aplicado de una manera demasiado rigurosa y estricta, basados principalmente en que el requisito del “vínculo auténtico” perjudicaría a la práctica de la protección diplomática si se aplica de una manera estricta, puesto que llegará a privar a millones de personas de las ventajas de una protección por parte del Estado.<sup>366</sup>

Al tomar en cuenta ambas posiciones sobre todo en la época actual –el periodo mundial de globalización económica, apertura de fronteras y mercados, de migración, etcétera– donde hay millones de personas que han salido del Estado del que son nacionales y viven en estados cuya nacionalidad nunca podrán adquirir, por consiguiente el resultado de un juicio equilibrado sobre esta cuestión nos conduce a apoyar un criterio que se aplique de modo flexible y que vaya de acuerdo con nuestros tiempos y a los intereses del Estado, principalmente para que los individuos puedan beneficiarse de la protección por su Estado, incluso cuando no son nacionales de uno, tal como lo hacen actualmente los ciudadanos de la Unión Europea que mencionamos anteriormente.<sup>367</sup>

#### *La obtención de la nacionalidad válida en el Derecho internacional*

En principio, la concesión de la nacionalidad es una competencia exclusiva de la soberanía del Estado debido a que cada Estado tiene la libertad de establecer sus propias normas para otorgar la nacionalidad. Pero a la vez el derecho del Estado a determinar la nacionalidad de la persona no es incondicional, o sea, es controlado por algunas restricciones o salvedades impuestas por el Derecho internacional,<sup>368</sup> tal como lo demostró la jurisprudencia internacional en el asunto *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*.<sup>369</sup>

<sup>366</sup>Esta opinión está basada en lo expresado por la C.I.J. en el asunto *Nottebohm* (Liechtenstein v. Republic of Guatemala), ICJ Reports, 1955, p. 23; véase sobre este tema principalmente a C. Parry, “Some considerations upon the protection of individuals in international law”, en R. des C. 90 (1956-II), pp.712 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 423 y ss.

<sup>367</sup>Como ejemplo, vemos lo dispuesto en el artículo 8C del TCE, en donde cualquier nacional de un Estado miembro de la Unión podrá beneficiarse del ejercicio de la protección consular y diplomática, sin tener el vínculo genuino con el Estado, es decir, de un Estado que no sea el suyo cuando ese Estado no tenga representación dentro del Estado que causa el daño.

<sup>368</sup>Véase el artículo 1o. de *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws* (12 April 1930). 179 LNTS, pp. 89-99.

<sup>369</sup>PCJ Reports 1923, Series B, núm. 4, p. 24.

Es decir, los casos anteriores demuestran que cuando el Estado tenga el derecho absoluto para decidir acerca de la nacionalidad de los individuos, otros Estados podrán impugnar esa decisión en los casos en que haya una conexión insuficiente entre el Estado de la nacionalidad y la persona, así como también, en los casos en que la nacionalidad haya sido otorgada al individuo sobrepasando los límites impuestos por el Derecho internacional.

De esta manera, tras presentar el problema base del tema de la nacionalidad, naturalmente que el problema clave se relaciona con la doctrina o principios del Derecho internacional. Por ello, será obligatorio remitirse a lo estipulado por la CDI en el tema que nos ocupa:

*Artículo 4o...* se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona objeto de protección en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados, la naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el Derecho internacional.<sup>370</sup>

Evidentemente que la anterior definición dada por la CDI se basa en dos principios. El primero de ellos es que corresponde al Estado de la nacionalidad determinar, de conformidad con su Derecho interno, quién reúne ciertos requisitos para obtener su nacionalidad. Y el segundo, que hay límites que impone el Derecho internacional para la concesión de la nacionalidad, aunque en tal caso no se exige la prueba del vínculo genuino entre el individuo y su Estado.

Y es que si nos apoyamos en la práctica, un Estado contra el que se formula una reclamación puede impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad mediante fraude, negligencia, o error grave,<sup>371</sup> además que todo tribunal ejerciendo la presunción, según la cual el otorgamiento de la nacionalidad por parte

<sup>370</sup>Cfr. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/59/10), párr. 59, p. 22; además véase en ese sentido las consideraciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados A/RES/50/152 (1995).

<sup>371</sup>Véase sobre este tema: R.Y. Jennings, "General course on principles of international law", en R. des C. 121 (1967-II), pp. 458 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 422 y ss.

de un Estado ha sido válida, tiene el deber de investigar los otorgamientos de dicha nacionalidad.

Por consiguiente, la carga de la prueba de la nacionalidad que se ha adquirido en violación del Derecho internacional recae sobre el Estado que impugna la nacionalidad, debido al reconocimiento que debe darse al Estado que confiere la nacionalidad sobre el modo de decidir la concesión de la nacionalidad por sus propios medios y poder determinar que existe una presunción favorable de validez de la nacionalidad por el Estado.

Sin embargo, en los casos donde se decide impugnar la decisión de un Estado relacionado con que una persona posea su nacionalidad, existe la restricción de que esta no podrá hacerse a la ligera, tal como lo ha mencionado Jennings.<sup>372</sup> Es decir, para los efectos de la práctica de protección diplomática, cabe destacar que se reconocerá todo otorgamiento de la nacionalidad que no se haya hecho de mala fe, tal como se mencionó en el asunto *Panavezys-Saldutiskis Railway*,<sup>373</sup> aunque a decir verdad, no podemos olvidar que existen distintos modos de adquirir la nacionalidad a fin de obtener un vínculo genuino.

Generalmente una nacionalidad va en función de las legislaciones internas de los Estados y ello refleja que en su gran mayoría las personas físicas la adquieren al nacer y no la cambian durante toda su vida, salvo ciertos casos donde los individuos sean nacionales de países que se encuentren bajo situaciones de crisis internas o internacionales.

Esta es la razón principal por la que el Derecho consuetudinario internacional y los principios generales del Derecho, imponen límites al otorgamiento de la nacionalidad para poder determinar cuáles son los vínculos entre el Estado y la persona. La finalidad propuesta será que la nacionalidad se reconozca en el Derecho internacional para los efectos de la protección diplomática, porque generalmente la manera de obtener el vínculo genuino reconocido por el Derecho internacional, puede ser de acuerdo con el lugar de nacimiento, la nacionalidad de los padres y la naturalización.<sup>374</sup>

<sup>372</sup>Véase *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 856 y ss.

<sup>373</sup>PCIJ Reports 1938. Series A/B, núm. 76, p. 16.

<sup>374</sup>Naturalización: es la atribución de la nacionalidad de un Estado a un individuo por causas distintas a las de su nacimiento, *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 233.

Al respecto, tras analizar en primer lugar el modo de adquirir la nacionalidad del Estado por nacimiento para adquirir un vínculo con el Estado, advertimos que aún no existe ninguna regla uniforme en la práctica o en el Derecho interno de los Estados sobre la concesión de nacionalidad por nacimiento.<sup>375</sup> No obstante, mayoritariamente se aplican dos principios en donde se confiere la nacionalidad por nacimiento, ya sea de nacer dentro del territorio de un Estado<sup>376</sup> (*Jus Soli*),<sup>377</sup> o bien, de descender de uno de sus nacionales (*Jus Sanguinis*).<sup>378</sup>

No obstante, debemos mencionar que aunque por lo general, ninguno de esos principios se adopta con exclusión del otro, una combinación de ambos se encuentra en la legislación nacional de la mayoría de los Estados como Reino Unido, los EUA y algunos países de América Latina como México,<sup>379</sup> que principalmente se adhirieron al principio de *Jus Soli*, mientras que el *Jus Sanguinis* es la base de la adquisición de la nacionalidad por nacimiento en los Estados europeos.

Ahora bien, tras mencionar que la nacionalidad de un Estado se adquiere mediante la naturalización y en cuyo caso se crea un vínculo con posterioridad al nacimiento para los efectos de la protección diplomática, sería correcto que tomásemos en cuenta la *Opinión Consultiva sobre una*

<sup>375</sup>Se recomienda sobre este tema a: A. Gómez-Robledo Verduzco, “Derecho internacional y la nueva ley de nacionalidad mexicana”, en BMDC 80 (1994), pp. 318 y ss., en especial p. 319; I. Brownlie, “The Relations of Nationality in Public International Law”, en BYIL vol. XXXIX (1963), pp. 284 y ss.

<sup>376</sup>Así lo reconoció la CIJ en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea v. Congo), cuando menciona que “el señor Diallo puede haber adquirido la nacionalidad Congoleña por el hecho de su permanencia continuada en ese territorio por la regla del “jus soli”...”, ICJ Reports 1998, p. 76.

<sup>377</sup>*Jus Soli*: Locución latina que significa, derecho del territorio en que se ha nacido. Es un sistema de atribución de nacionalidad de origen que toma como criterio el lugar donde ocurre el nacimiento de un individuo. *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 205.

<sup>378</sup>*Jus Sanguinis*: Locución latina que significa, derecho de la sangre, derecho de la familia. Es un sistema de atribución originaria de nacionalidad que toma en consideración la filiación como factor determinante para establecer ese vínculo. *Ibidem*, p. 203.

<sup>379</sup>Véase el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que menciona lo siguiente: “Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y
- IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes”. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF del 12 de diciembre de 2005).

*propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica*, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH), donde se ha expresado que: “la naturalización depende de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese, con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores”.<sup>380</sup>

La razón es porque en términos reales el Estado exige que se cumplan algunos requisitos generales y que son los más comunes entre los estados, que se requieren para poder adquirir la nacionalidad de un Estado en este supuesto, como lo es: 1. Que el individuo así lo haya solicitado ante las autoridades del Estado; 2. El cumplimiento de residencia en el Estado durante un periodo determinado y además; 3. Que cuente con un domicilio permanente dentro de ese Estado, sobre todo para aquellos que contrajeron matrimonio con un nacional de ese Estado.

Aunque realmente esta situación se debe a que la mayoría de los países, cuando permiten la posibilidad de adquirir una nacionalidad mediante la naturalización, las normas enfatizan la relación existente entre las leyes de nacionalidad con las de migración, como sucede en el caso mexicano.<sup>381</sup> La razón es porque las normas que deciden a quién se permite la entrada al Estado, generalmente determinan quién tendrá derecho a solicitar y posteriormente, a obtener la nacionalidad del Estado.

Aunque no debemos olvidar que en el Derecho internacional no se reconoce la naturalización en todas las circunstancias, la llamada *naturalización inadmisibile*, que se refiere a cuando esta es adquirida por medios fraudulentos, o cuando se otorga incurriendo en discriminación de los pueblos por motivos de raza, color o sexo,<sup>382</sup> tal como lo ha mencionado desde la antigüedad la doctrina de Borchard.<sup>383</sup>

Es decir, la doctrina apoya que la naturalización no se reconozca cuando haya sido otorgada sin que exista vínculo de ninguna clase, o

<sup>380</sup>*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, CIDH, Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4 (1984), p. 35.

<sup>381</sup>En el caso de México véase la *Ley de Nacionalidad* (DOF de 12 de enero de 2005), artículo 19 y 20, que obliga al extranjero que pretenda presentar la solicitud de nacionalidad a cumplir con la legal estancia migratoria en el país y con los requisitos exigidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (arts. 30, 32 y 37).

<sup>382</sup>Véase *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica...*, *loc. cit.*, párr. 304.

<sup>383</sup>Véase E.M. Borchard, *Diplomatic Protection*, p. 470.

en caso de que exista, sea mediante un vínculo muy tenue. En tal caso, la negativa a reconocerla se fundamentará en que el Estado abusó de su derecho a otorgar la nacionalidad y por tanto, se considerará que el proceso de naturalización se habrá hecho de mala fe.<sup>384</sup>

Por último, todas esas ideas nos llevan a cuestionar sobre cuál es la manera para que sobreviva el vínculo genuino entre el Estado y el individuo cuando se obtiene la nacionalidad por casos especiales, con el fin que se pueda ejercer la protección diplomática.

Principalmente, hay que recordar que junto con la naturalización existen formas especiales de adquirir un vínculo y que serán analizadas a fondo más adelante.

Por mencionar algún ejemplo, una de ellas puede ser cuando la nacionalidad se adquiere como consecuencia de la sucesión de los Estados,<sup>385</sup> aunque en esos casos aún no exista uniformidad para reconocer plenamente ese criterio, principalmente por parte de los representantes de los Estados<sup>386</sup> quienes son los encargados de defender sus intereses. Y es que de acuerdo con su criterio está demostrado que para ellos no está del todo claro cuál es la manera para que sobreviva el vínculo efectivo con el nuevo Estado de la nacionalidad sin que exista la posibilidad de obtener múltiple nacionalidad, que se trata de limitar en el Derecho internacional con la única finalidad de que no exista objeción alguna al momento de presentarse ante un Tribunal internacional.

La razón es porque en el proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados quedó asentado que: “*Artículo 19...* nada obligará a los Estados a tratar como nacionales de un Estado involucrado, a las personas afectadas que no tengan vínculo efectivo con este último Estado, a menos que ello tenga por resultado tratar a esas personas como apátridas”.<sup>387</sup>

<sup>384</sup>Véase el artículo 40. C) de *Résolutions de l'Institut de Droit International* (Session de Varsovie), 1965, Además las razones que consideran a este proceso como fraudulento en *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 855 y ss.

<sup>385</sup>Véase el *Reporte al Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de los Estados*, Doc. A/CN.4/L.581 y Add.1.

<sup>386</sup>Véanse los comentarios y observaciones que los gobiernos de los Estados hacen al proyecto de la CDI sobre *La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados*, Doc. A/CN.4/493, pp., 8 y ss.

<sup>387</sup>Véase el *Título y texto del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de los Estados aprobados en segunda lectura por el Comité de redacción*. Doc. A/CN.4/L.573, p. 8.

Ahora que en realidad y desde otro punto de vista práctico, este planteamiento no causa gran problema a la hora que el Estado decida ejercer la protección del individuo, debido a que si nos remitimos a lo expresado por la jurisprudencia internacional en el asunto *Nottebohm*,<sup>388</sup> claramente se aprecian los requisitos para que el individuo pueda adquirir el vínculo genuino con el Estado, independientemente del modo en que se adquirió la nacionalidad, así que en consecuencia, se da al Estado la libertad para elegir cuándo defender y cuándo no a sus nacionales.

*El vínculo genuino del Estado  
y la determinación de la nacionalidad para las sociedades*

Como lo hemos mencionado en puntos anteriores, en la práctica internacional el ejercicio de la protección diplomática no sólo es para beneficio de las personas físicas, luego, el vínculo genuino de nacionalidad es el fundamento legal que faculta al Estado para ejercer la protección diplomática a favor de cualquier persona.

Las personas jurídicas o morales, especialmente las sociedades mercantiles, cuando son víctimas de una violación del Derecho internacional, necesitan al igual que las personas físicas de la consecuente reclamación y protección por parte del Estado de su nacionalidad.<sup>389</sup>

Pero qué se entiende por el Estado de la nacionalidad en cuanto a personas legales, jurídicas o morales se refiere. Sin más explicación, creemos que la mejor respuesta está basada en la definición que da la CDI, la cual se refiere a que es: “*Artículo 9*: El Estado bajo cuyo orden

<sup>388</sup>ICJ Reports 1955, p. 23.

<sup>389</sup>Véase especialmente sobre este tema a M. Díez de Velasco, “La protección diplomática de las sociedades de capitales en el derecho internacional: Reflexiones sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales”, en Ana Navarro Salinas (ed.), *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, McGraw Hill, 2002, vol. I, pp. 101 y ss.; *ibidem*, “La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”, en R. des C. 141 (1974-I), pp. 87 y ss.; G. Perrin y H. Maire de Riedmatten, “La protection diplomatique des sociétés commerciales et des actionnaires en Droit International Public”, en *RJPIC* 32 (1978-1), pp. 387 y ss.; J.C. Shanda Tonme, “La protection diplomatique dans le contentieux des contrats clé en main en Droit Camerounais”, en *RJPIC* 42 (1988-2), pp. 354 y ss.

jurídico está constituida la sociedad y en cuyo territorio tiene su domicilio social, la sede de su administración u otro vínculo análogo”.<sup>390</sup>

Naturalmente la anterior definición de la CDI nos hace reafirmar que para que el Estado ejerza su derecho a la protección diplomática, también se necesita que exista un vínculo genuino o auténtico entre el Estado y la persona lesionada, tal y como fue exigido en el asunto *Nottebohm*<sup>391</sup> y en el asunto de la *Barcelona Traction Power and Light Co.*,<sup>392</sup> donde además de recalcar los principios generales de nacionalidad que se exigirán al Estado para poder ejercer la protección diplomática en las personas jurídicas, se condiciona el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y la sociedad, para que el Estado que ostente dicha nacionalidad, pueda ejercer el derecho de protección diplomática.

### La determinación de la nacionalidad para las sociedades

Como ya sabemos, los criterios empleados en la doctrina general y en la práctica para determinar la nacionalidad de las personas físicas, no son semejantes a los que se usan para las personas legales o jurídicas. Pero entonces, ¿cómo se puede determinar una nacionalidad válida de una sociedad, para que el Derecho internacional pueda reconocer al Estado el derecho a la protección diplomática y en qué casos no se aplican estos criterios?

<sup>390</sup>Cfr. *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 9.

<sup>391</sup>En se asunto la Corte razonó de la siguiente manera: “En ausencia de acuerdos particulares, es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo, el único que da el Estado el derecho de protección diplomática”, ICJ Reports 1955, p. 4

<sup>392</sup>ICJ Reports, 1970, en especial pp. 78 y 79. La sociedad de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, fue fundada en Toronto (Canadá) en 1911. Esta sociedad a través de diversas sociedades filiales, desarrolló un vasto complejo en Cataluña (España). El 12 de febrero de 1948, los tribunales españoles declararon la quiebra de la sociedad por petición de varios obligacionistas de la sociedad, cuyos créditos no habían sido satisfechos desde hacía años. Paralelamente de las actuaciones de las partes interesadas ante los tribunales españoles, los gobiernos de Canadá, Gran Bretaña y Bélgica, que proclamaban tener intereses de sus nacionales ligados a la sociedad quebrada, trataron de ejercer la protección diplomática de los mismos mediante diversas gestiones ante el gobierno de España. Finalmente, el gobierno de Bélgica, alegando que los órganos judiciales y administrativos españoles habían cometido diversos actos internacionalmente ilícitos, presentó una demanda ante la CIJ. El gobierno belga trataba de ejercer la protección diplomática con base en perjuicio sufrido por nacionales belgas, personas físicas que eran accionistas de la sociedad. ICJ Reports, 1970, pp. 4 y ss.; se recomienda sobre este asunto a O. Casanovas y la Rosa, *Prácticas de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.; A. Miaja de la muela, “Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional”, en *Cuadernos de la Cátedra “J. B. Scott”*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1970, pp. 87 y ss.

En este punto se abordan los dos principios que enuncian la doctrina y la práctica internacional, para tratar de explicar cuál es el más favorable conforme a las causas que persigue el Estado.

*La nacionalidad de los accionistas*

De acuerdo con el primer supuesto teórico que determinará cuál será la nacionalidad de la sociedad o persona jurídica con la finalidad de que el Estado pueda ejercer la protección diplomática, en términos generales se basa en determinar quién tiene el control real de la sociedad, o sea, cuál será la nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas.

Cabe señalar de inicio, que hasta cierto punto resulta obvio que el apoyo más decidido a favor de la intervención del Estado de nacionalidad de los accionistas se encuentra durante el siglo xx, sobre todo en la época en el que estas situaciones se podían dar con mayor facilidad, donde por lo general a la sociedad perjudicada se le obligaba a constituirse y quedarse en el Estado autor del hecho ilícito.<sup>393</sup>

En realidad, la protección de los accionistas ha estado dividida en la jurisprudencia tal y como se vio en el asunto de la *Barcelona Traction*,<sup>394</sup> donde solo algunos jueces apoyaron el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a conceder la protección diplomática.

El magistrado Tanaka, por ejemplo, consideró que el Derecho internacional consuetudinario no prohíbe la protección de los accionistas por su Estado de nacionalidad aun cuando el Estado de la nacionalidad de la sociedad tenga el derecho de protección de ésta.<sup>395</sup> No obstante, en ese mismo asunto se enunció que un Estado cuyos nacionales tengan la mayoría de las acciones de una sociedad, no puede presentar una reclamación por los daños y perjuicios ocasionados a la propia sociedad.

A decir verdad y siguiendo de acuerdo con lo plasmado por la práctica existente en la materia, debemos advertir que existe contradicción

<sup>393</sup>Véase los asuntos *Delagoa Bay Railway Co., Mexican Eagle* y *El Triunfo*, en M. Jones, "Claims on Behalf of nationals who are shareholders in foreign Companies", en BYIL 1949, vol. xxvi, pp. 225 y ss.

<sup>394</sup>ICJ Reports, 1970, pp. 70 y 71; véase más sobre este tema en A. Miaja de la Muela, "Aspectos jurídicos de las diferencias entre estados y personas privadas extranjeras", en REDI XXII (1969-1), pp. 12 y ss.; *ibidem*, "La cuestión del "Ius Standi" del gobierno belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970", en REDI XXIII (1970-1), pp. 309 y ss.

<sup>395</sup>*Ibidem*, pp. 131-134.

de hipótesis en estos supuestos, prueba de ello lo encontramos en el asunto de la *Eletronica Sicula S.p.A.* (ELSI).<sup>396</sup>

En ese asunto, una de las salas de la Corte permitió que EUA presentase una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad Italiana de la que todas las acciones eran propiedad de dos sociedades americanas. Italia alegó que la sociedad cuyos derechos habían sido supuestamente lesionados era italiana y que EUA trataba de proteger los derechos de los accionistas de la sociedad. Por ello, consideramos que en la práctica hay más posibilidad que un Estado ejerza la protección diplomática cuando existe un vínculo real entre ese Estado y la sociedad, como pudiese ocurrir por ejemplo si todos los accionistas de la sociedad son nacionales de ese Estado.

Pero realmente en la práctica estas situaciones se dan con poca frecuencia, pues es más común que la sociedad inversora que llega a un país subdesarrollado quede conformada por un sinnúmero de personas de diferente nacionalidad<sup>397</sup> y por consiguiente en caso de ser necesario, que cada Estado de la nacionalidad del socio accionista pretenda ejercer la protección.

Sin embargo, esa situación nos orilla a un nuevo planteamiento de problema que pudiera surgir por ese motivo. Es decir, si el Estado de nacionalidad de la sociedad tiene competencia para actuar en nombre de los accionistas, entonces no hay razón para que cada uno de los Estados de nacionalidad de los accionistas no pudiera tener ese derecho, tal como sucedió en la *Barcelona Traction*.<sup>398</sup>

Desde esa perspectiva es donde partimos para advertir que si se permitiera ejercer la protección diplomática al Estado de nacionalidad de cada accionista, los resultados en el plano internacional pueden ser caóticos,<sup>399</sup> pues por una parte el proceso de identificación de cada ac-

<sup>396</sup>*Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), ICJ Reports 1989, pp. 64 y ss.; se recomienda sobre este tema a J.A. Vives Chillida, "Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos/Italia)", en REDI XLI (1992-1), pp. 7-23.

<sup>397</sup>Véase en este sentido J.L. Sequeiros Prieto, *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros en sociedades mexicanas*, México, D.F., UNAM, 1947, p. 33.

<sup>398</sup>En este sentido lo planteó la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*. ICJ Reports 1970, pp. 94 y 95.

<sup>399</sup>Véase en este sentido a J. Mervyn, "Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies", en BYIL, vol. XXVI (1949), pp. 234 y ss.

cionista sería muy tardado y costoso, por la otra, se crearía una difícil y delicada situación de los principios que rigen esta materia.

Es decir, si se permite *stricto sensu* al Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, en la práctica de esta institución resultaría una multiplicidad de reclamaciones por parte de diferentes Estados contra uno solo, porque en la actualidad es común que las grandes sociedades tengan variedad de nacionalidades dentro del grupo que conforman a los accionistas de la empresa.<sup>400</sup>

Precisamente la CIJ en el caso de la *Barcelona Traction* a través del magistrado Jessup,<sup>401</sup> dio el argumento más fuerte, donde desestimó la posibilidad que los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas de una sociedad ejerzan la protección diplomática. La razón es porque se ofrecen abundantes pruebas que determinan la dificultad de comprobar la identidad de los accionistas, sobre todo en ciertos casos que se trate de una corporación multinacional, por tanto, se demuestra que con base en este primer principio resulta complicado que un Estado pueda ejercer la protección diplomática de cada individuo que conforma la sociedad.

Pero hay que tener muy en cuenta que toda regla debe de contar con ciertas excepciones que permitan algunas situaciones que pudieran presentarse, y es el caso del artículo 12 de proyecto enunciado por la CDI que menciona lo siguiente: “En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, distintos de los derechos de la propia sociedad, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales”.<sup>402</sup>

Al respecto cabe mencionar que tal principio ya había sido reconocido en el asunto *Agrotexim y otro c. Grecia*<sup>403</sup> por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos cuando reconoció el derecho de los accionistas a obtener la protección por una violación directa a sus derechos, casi

<sup>400</sup>En el mismo sentido lo expresó la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, ICJ Reports 1970, pp. 94-96.

<sup>401</sup>Observaciones del magistrado Jessup en *ibidem*, pp. 96 y ss. en especial pp. 219-220.

<sup>402</sup>Cfr. *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647).

<sup>403</sup>Véase *Agrotexim and others v. Greece* en EYHR 42 (14807/89) 1995, Series A, núm. 330, pp. 62 y ss.

de la misma forma que se hizo en el asunto de la *Barcelona Traction*<sup>404</sup> por la CIJ.

No obstante, esos casos no resuelven del todo el problema que se presenta, pues indudablemente que el anterior principio no deja del todo claro cuáles son los derechos que le corresponden exactamente al Estado de los accionistas y hasta qué medida se diferencian los derechos de la propia sociedad en caso que se dé una situación como ésta. Pero en realidad, sí nos conduce a discutir si se deberá tomar en cuenta el derecho interno del Estado de constitución de la sociedad para que el Estado pueda proteger a sus nacionales.

Al respecto cabe mencionar que sí existen ciertas circunstancias especiales que pueden justificar que los accionistas se vean favorecidos por una reclamación internacional. El mejor ejemplo se encuentra en el principio enunciado por la CDI de la siguiente manera:

*Artículo 11.* El Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática a favor de esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad a menos que: a) La sociedad haya dejado de existir de conformidad con la legislación del Estado de constitución por algún motivo no relacionado con el perjuicio; o b) La sociedad tenga en el momento del perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por dicho perjuicio se invoca, y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigido por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado.<sup>405</sup>

Evidentemente que en el primer punto encontramos el fundamento más fuerte, el cual trata de respaldar que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pudiera intervenir si la equidad y la razón así lo exigían, tal como ya se mencionó en el asunto de la *Barcelona Traction*,<sup>406</sup> donde se demuestra que una sociedad “nace” en el Estado de constitución cuando se registra y se constituye, así como también, “muere” cuando se le pone fin en el Estado en que ha sido constituida, o en el Estado que le dio existencia. Lo que nos demuestra una vez más que los

<sup>404</sup>Véase *Barcelona Traction Light and Power Co.* ICJ Reports 1970, pp. 47 y ss.

<sup>405</sup>*Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), artículo 11.

<sup>406</sup>Véase *Barcelona Traction Light and Power Co.* ICJ Reports 1970, pp. 93 y 94.

principios que rigen la distinción entre la sociedad y los accionistas se derivan del Derecho interno y no del Derecho Internacional.<sup>407</sup>

Por esa causa y en consecuencia, parece lógico seguir el razonamiento del relator Dugard<sup>408</sup> sobre si una sociedad ha dejado de existir y ya no está en condiciones de seguir funcionando como persona jurídica, entonces ello debe decidirse con arreglo a la ley del Estado en donde la sociedad fue constituida.

Creemos que el criterio que prevalece es que se permita la intervención a favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera prácticamente extinta, tal como lo analiza Caflisch con base en jurisprudencia internacional,<sup>409</sup> o como sucedió en el tan mencionado asunto de la *Barcelona Traction*.<sup>410</sup>

Ciertamente en ese último caso mencionado, es tiempo de recalcar que el Estado demandado (España), no era el Estado de la nacionalidad de la sociedad que había sufrido el perjuicio. Posteriormente la CIJ aceptó que la sociedad había dejado de existir en España, aunque matizó que ello no impedía que siguiera existiendo en Canadá, su Estado de constitución.<sup>411</sup>

Debemos advertir que cuando los accionistas invierten en una sociedad que tiene actividades en el extranjero se asumen ciertos riesgos, entre ellos el riesgo de sufrir un daño por el Estado de acogida y que incluso puede suceder que el Estado de nacionalidad de la sociedad pueda declinar al derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de los accionistas que conforman la sociedad. No cabe duda que dicho razonamiento de la Corte demuestra que desde tiempos pasados y hasta el día de hoy, han existido casos en que se ejerce presión política sobre los inversores extranjeros para que constituyan una sociedad en el Estado que deseen realizar actividades empresariales, pues casi siempre la legislación del Estado de acogida exige la constitución de

<sup>407</sup>*Ibidem*, pp. 50 y ss.

<sup>408</sup>Véase *Cuarto informe sobre la protección diplomática*, presentada por el relator especial J. Dugard (A/CN.4/530), párr. 64 (en adelante *Cuarto informe...* (A/CN.4/530)).

<sup>409</sup>Véase L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, Nijhoff, The Hague, 1969, pp. 35 y ss.

<sup>410</sup>Véase principalmente la opinión del magistrado Padilla Nervo, en *Barcelona Traction Light and Power Co.* ICJ Reports 1970, en especial, p. 256.

<sup>411</sup>*Ibidem*, en especial pp. 65-92.

la sociedad como requisito previo para realizar actividades empresariales en ese Estado, logrando prevenir la posibilidad de tener futuras reclamaciones en su contra.

*La sede o lugar de constitución de la sociedad*

Tras haber explicado el primer principio para la determinación de nacionalidad válida de una sociedad de acuerdo con la doctrina de protección diplomática, o sea, la nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas, es tiempo de dedicarnos a estudiar el segundo principio, el cual, tiene relación con el territorio o lugar donde ha nacido o se ha constituido la sociedad. Es decir, en este segundo principio lo decisivo sería la legislación que ha presidido la constitución de la sociedad y que coincidiría normalmente con el lugar de su sede.

Según este principio, una sociedad puede adquirir la nacionalidad válida para los fines de la protección diplomática del Estado, de acuerdo con su constitución y al lugar de la sede social de la sociedad en el Estado de constitución, tal como se había pronunciado la jurisprudencia de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*.<sup>412</sup>

La justificación se basa en principios de Derecho internacional,<sup>413</sup> porque a pesar que la concesión de la nacionalidad pertenece a la esfera de Derecho interno de un Estado, el Derecho internacional atribuye el derecho a ejercer la protección de una persona jurídica al Estado en cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su domicilio social.

Porque a decir verdad, cuando no existe un vínculo efectivo entre un Estado y una sociedad que tiene la nacionalidad de éste, como pudiera suceder por ejemplo si la sociedad ha sido constituida en ese Estado para obtener beneficios fiscales, en realidad es muy poco probable que el Estado ejerza la protección diplomática a su favor, pues el Estado tomaría muy en cuenta la manera en que la sociedad ha fortalecido su nexo con él, cuando la sociedad se encuentre en el supuesto que ha sufrido un daño y le sea necesaria una reclamación por parte de su Estado.

<sup>412</sup>ICJ Reports 1970, p. 70.

<sup>413</sup>Véase en este sentido el asunto *Nationally Decrees in Tunis and Morocco*, PCIJ Reports 1923, Series B, núm. 4, p. 24.

Sólo así es como se puede justificar la presencia de una sede social en el Estado de nacionalidad, debido a que es consecuencia de la constitución y no una prueba independiente de existir una relación con ese Estado, pues en los casos en que una sociedad se registra en un Estado únicamente para obtener ventajas fiscales, tal como ha sido mencionado con anterioridad, la sede social será muy probablemente, un simple dato telefónico o creadora de empleos en ese lugar.<sup>414</sup>

No obstante, tras el asunto de la *Barcelona Traction* donde se demuestra que no existen normas de Derecho internacional relativas a la constitución de las sociedades,<sup>415</sup> la doctrina trató de poner ciertos candados al establecer el requisito relativo a la sede social, pues se reconoce la necesidad de tener una conexión tangible entre el Estado y la sociedad.

Precisamente en ese sentido fue analizado por la jurisprudencia de la práctica internacional, pues en realidad se le dio gran valor al hecho de que la oficina registrada de la empresa *Barcelona Traction* estaba en Canadá y según el razonamiento de la CIJ,<sup>416</sup> ese simple hecho instaurara un lazo estrecho y permanente entre Canadá y la sociedad.

Por ello creemos y apoyamos las ideas de Stalker,<sup>417</sup> ya que realmente ante cualquier problema de esta naturaleza, la única salida que se encuentra es la de poder recurrir al Derecho interno del Estado para cerciorarse que se han cumplido las condiciones necesarias para la constitución de la sociedad. Pues tras lo visto en la práctica internacional, parece haber pocas dudas de que en caso de conflicto por la nacionalidad de la sociedad, un tribunal se remitirá a la legislación del Estado de constitución para cerciorarse que la sociedad ha quedado legalmente constituida.

La razón principal es porque una sociedad que tiene la intención de operar fuera del lugar de constitución, debe antes cerciorarse de cumplir

<sup>414</sup>Véase en este sentido los comentarios del relator especial en *Cuarto informe... (A/CN.4/530)*, párr. 50-53.

<sup>415</sup>En el asunto de la *Barcelona Traction* se dejó claro que no hay normas de Derecho internacional relativas a la constitución de sociedades, siendo necesario recurrir al Derecho interno del Estado para cerciorarse que se habían cumplido las condiciones necesarias para la constitución. ICJ Reports 1970, pp. 38 y ss.

<sup>416</sup>*Ibidem*, pp. 71 y ss.

<sup>417</sup>Véase Ch. Stalker, "Diplomatic protection of private business Companies: Determining Corporate personality for international law purposes", en BYIL, vol. LXI (1990), en especial pp. 155-169.

todos los requisitos exigidos por las autoridades del Estado de nacionalidad con el fin de constituirse legalmente, de esta forma una vez que ha sido registrada, la sociedad queda constituida y obtiene un certificado de constitución, el cual es equiparable a un certificado de nacimiento.

Sólo así, en caso de que la sociedad sufra algún hecho internacionalmente ilícito en el Estado extranjero, únicamente le corresponderá al Estado en donde una sociedad fue constituida y con la que mantiene ese nexo, determinar o decidir si ejercerá la protección diplomática en favor de ésta para defender los intereses que le convengan al propio Estado.

#### LA CONTINUIDAD DE LA NACIONALIDAD PARA LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS. ESTRUCTURA, CONTENIDO, ALCANCE Y APLICACIÓN DE LA CONTINUIDAD DE LA NACIONALIDAD

Como ya se ha dicho anteriormente, la doctrina de la protección diplomática se basa en lo que expuso el gran jurista Batel,<sup>418</sup> sobre que el perjuicio que sufre un nacional representa una lesión al propio Estado y que únicamente este último puede ejercer el derecho a la protección diplomática a favor de las personas que ostenten su nacionalidad.

Precisamente este último requisito es el que presenta algunas características que merecen ser analizadas, o sea, la continuidad de la nacionalidad de las personas físicas y jurídicas para los efectos del ejercicio de protección diplomática por el Estado.

Cabe mencionar que en un principio, a pesar que la doctrina de Borchard<sup>419</sup> había tratado de interpretar el contenido y alcance de la regla de la continuidad de la nacionalidad, pero nunca fue reconocido como norma de Derecho internacional; posteriormente la CDI es la que se ha encargado de formular las reflexiones necesarias sobre dicha situación, pues el problema que se presenta consiste en saber hasta qué momento una persona es considerada nacional de un Estado: “*Artículo 5o.*: Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto

<sup>418</sup>Véase E. Vattel, *The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns...*, op. cit., § 71.

<sup>419</sup>Véase E.M. Borchard, *Diplomatic Protection*, pp. 660 y ss.

a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación”.<sup>420</sup>

Es decir, dentro del carácter *stricto sensu* que se pretende, la anterior propuesta enunciada por la CDI nos indica que se obliga a la persona a conservar la nacionalidad del Estado protector entre el momento de la comisión del acto ilícito y el momento de la presentación de la reclamación en el plano internacional.<sup>421</sup>

Pero qué sucede en el entorno real a la hora de poner en práctica estos principios, pues somos conscientes de un sinnúmero de circunstancias que se pueden presentar a la hora de ejercer este derecho.

Sin duda que bajo esa premisa, el requisito de la continuidad de la nacionalidad como norma consuetudinaria, encubre aspectos que no son contemplados por la persona que va a poner en movimiento la maquinaria del Derecho internacional.

Es decir, como el ejercicio de la protección diplomática, *stricto sensu*, comienza en la fecha de la presentación oficial de la reclamación ante la Corte internacional, el problema que se pudiera presentar es porque en la práctica no está claro qué debe entenderse por *fecha oficial del perjuicio*, *nacionalidad continua* y el *dies ad quem* o la fecha hasta la que se requiere la continuidad de la nacionalidad para efectos de la reclamación internacional. Por ello que nos tenemos que remitir a lo expresado por la doctrina al respecto.

Por la “fecha oficial del perjuicio”<sup>422</sup> se entiende usualmente, la fecha en que tuvo lugar el acto lesivo que causó daños a un nacional del Estado reclamante y en donde se hace la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerza la protección diplomática.

Es decir, es la fecha del perjuicio que da origen a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito y que coincidirá con la fecha en que se produjo el acto lesivo, concepto que generalmente no encierra muchas dudas al momento de aplicarlo.

<sup>420</sup>Cfr. *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 5, párr. 1.

<sup>421</sup>Véase en especial sobre este tema a E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 12 y ss.; *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 512 y ss., particularmente p. 513.

<sup>422</sup>Véase al respecto E. Wyler, *La règle dite de la continuité...*, *op. cit.*, p. 53; *Documentos oficiales* (A/59/10), p. 41.

Por otro lado, el término “continuidad de la nacionalidad” puede resultar difícil de concebir completamente en la práctica del Estado, pues si se establece la continuidad de la nacionalidad desde la fecha del perjuicio, hasta la fecha en que formalmente se presenta la reclamación, entonces al momento de producirse el perjuicio sobre el individuo, le bastará tener la intención de tener la continuidad de la nacionalidad para que su Estado pueda ejercer la protección diplomática.

Anteriormente y de acuerdo con las investigaciones de los autores de la época,<sup>423</sup> una declaratoria de intención personal emitida en el momento de producirse el perjuicio, apoyándose únicamente en la residencia en el nuevo Estado de nacionalidad como un equivalente a la nacionalidad de origen para los efectos de la reclamación, podría ser suficiente para satisfacer la regla de la nacionalidad continua. No obstante, esa práctica no tuvo el éxito esperado, así que consecuentemente, no se puede considerar a esa propuesta de tesis como válida en la actualidad.

La razón es porque si se hace válida esa tesis, entonces se aceptaría que una reclamación puede ser llevada a cabo por el Estado del individuo que posea la nacionalidad original del Estado, si tras sucesivos cambios de nacionalidad del individuo, la reclamación internacional termina teniendo como titular al Estado del individuo cuya nacionalidad tenía al momento de producirse el hecho lesivo.

Por ello, creemos que todo ese problema gira en torno al contenido de la norma de la continuidad, es decir, se pone primordialmente de relieve la controversia sobre el significado que ha de darse al *dies ad quem*, o la fecha hasta la que se necesita y exige la nacionalidad continua del titular de la reclamación internacional.

Al respecto, a pesar que hasta el día de hoy los tribunales internacionales se han negado a esclarecer las dudas de esa índole quizá por cuestiones políticas o extra jurídicas, se entiende como el *dies ad quem*<sup>424</sup> aquel día en que se produjo el acto internacional que dio origen a la reclamación.

<sup>423</sup>Véase E.M. Borchard, *Diplomatic Protection*, pp. 662 y ss.; E. Wyler, *La règle dite de la continuité...*, *op. cit.*, pp. 89 y ss., en especial p. 91.

<sup>424</sup>Véase sobre este tema a J. Cuthbert, “Nationality and diplomatic protection: The Commonwealth of Nations”, en A.W. Sijthoff. *Leyden* 1969-I, pp. 25 y ss.; E. Wyler, *La règle dite de la*

Es decir, como ejemplo se puede mencionar la fecha en que el Estado demandado no pagó la indemnización, o la fecha de la denegación de la justicia, la fecha en la que el gobierno hace suya la reclamación de su nacional, la fecha del inicio de las negociaciones diplomáticas sobre la reclamación, la fecha de inicio de la reclamación, la fecha de la firma, ratificación o entrada en vigor del tratado mediante el que se remite la controversia a un tribunal de arbitraje, la fecha de presentación de la reclamación, la fecha de conclusión de la vista oral, la fecha del fallo y la fecha del arreglo, etcétera.

### *La naturaleza jurídica de la regla en la nacionalidad del individuo*

Si tomamos desde un criterio riguroso a la teoría clásica de Vattel,<sup>425</sup> además de que la regla de la nacionalidad continua como requisito para que el Estado pueda presentar la reclamación internacional sea resultado de la doctrina de protección diplomática dependiente de la nacionalidad del individuo,<sup>426</sup> entonces estaríamos aceptando que el contenido y alcance de la regla de la continuidad se torna oscura al momento de su aplicación.

Desde hace ya tiempo, la doctrina internacional ha emitido ciertas interpretaciones a la regla de la continuidad de la nacionalidad, precisamente para tratar de subsanar esa cuestión.

Por ejemplo, el Instituto Americano de derecho internacional en 1925 estipuló en un artículo lo siguiente: “*Artículo VIII*: Para que una reclamación diplomática pueda ser admisible, el individuo en cuyo nombre es presentada la reclamación, debe ser un nacional del país que hace la reclamación en el momento de la presentación del acto o

---

*continuité...*, *op. cit.*, pp. 75-80; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 483 y 484; E.M. Borchard, *Diplomatic Protection*, pp. 660-667.

<sup>425</sup>Es decir, que un daño causado a un nacional es un perjuicio que se causa a otro Estado porque esto no cede la reclamación al Estado de la nacionalidad del individuo una vez que el perjuicio se hubiere cometido. Véase E. Vattel, *The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns...*, *op. cit.*, § 71-73.

<sup>426</sup>Véase en este sentido el asunto de *The Railway Line Panevezys-Saldutiskis*, Series A/B, núm. 76, PCIJ Reports 1938, pp. 16 y ss.

el acontecimiento que da lugar a la reclamación y debe seguir siéndolo en el tiempo que dura la reclamación presentada”.<sup>427</sup>

También en el mismo sentido, el proyecto de la Convención de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, se refería a que:

A) Un Estado es responsable con otro Estado que reclama de parte de uno de sus nacionalistas, sólo en la medida en que un interés beneficioso a la reclamación ha estado continuamente en uno de sus nacionales desde el tiempo de la presentación de la reclamación. B) Un Estado es responsable con otro Estado que reclama en nombre de uno que no es su nacional sólo si: 1. El beneficiario ha perdido su nacionalidad por operación de la ley, o 2. El interés de la reclamación ha pasado de un nacional, al beneficiario por operación de ley.<sup>428</sup>

No obstante, aunque en la Conferencia de la Haya de 1930 se trató de estipular un sentido con mayor rigurosidad,<sup>429</sup> en 1965 el Instituto de Derecho Internacional adoptó una resolución que reafirma el carácter estricto de la regla de la continuidad de la nacionalidad, subrayando que la reclamación debe tener el carácter nacional del Estado demandante en la fecha de su presentación, así como en la fecha del perjuicio.<sup>430</sup>

Pero al momento de aplicar esa condición de manera rigurosa, puede ocasionar grandes complicaciones en la práctica internacional. Como por ejemplo, cuando en el asunto del *Ferrocarril Panavezys-Saldutiskis*,<sup>431</sup> se expuso que la protección diplomática estaba limitada a la protección de nacionales y que si al momento de la agresión se causaba daño al nacional de algún otro Estado, ninguna reclamación de ese Estado puede alcanzar plenamente los efectos de la protección diplomática.

<sup>427</sup>Cfr. *Yearbook...*, 1956, vol. II, p. 223 (traducción del autor).

<sup>428</sup>*Ibidem*, p. 226.

<sup>429</sup>Véase en *Yearbook...*, 1958, vol. II (A/CN.4/111), p. 61.

<sup>430</sup>Véase *Résolutions de l'Institut de Droit International* (Session de Varsovie), 1965.

<sup>431</sup>En este asunto la Corte declinó decidir sobre la objeción preliminar relativa a la nacionalidad continua, alegando que pertenecía al fondo del asunto, *The Railway Line Panevezys-Saldutiskis*, Series A/B, núm. 76, PCIJ Reports 1938, pp. 16 y 17.

A decir verdad, esta situación viene a reafirmar el carácter consuetudinario y de procedimiento estricto de la regla, eso conlleva a que algunos tratadistas<sup>432</sup> manifiesten que no están dispuestos a defender la regla sin reservas, puesto que surge la cuestión sobre si deberá de ser aplicada dentro de un carácter consuetudinario y por consiguiente flexible en algunos casos, o bien, debe de ir aplicada de acuerdo con un sentido estricto<sup>433</sup> desde un punto de vista que favorezca al Estado y al individuo.

Las dos interpretaciones de la regla sobre el individuo

*Oppenheim's*,<sup>434</sup> quien se pronuncia a favor del sentido estricto del carácter de la regla, exige que el vínculo de la nacionalidad exista desde el momento en que ocurre la lesión hasta la que se hace la concesión de la demanda, continuamente y sin interrupción alguna.

Y es que en la práctica, esta postura es apoyada en tratados internacionales (como por ejemplo en casi todos los 250 acuerdos sobre pagos únicos firmados después de haber finalizado la Segunda Guerra Mundial), la práctica de los Estados, decisiones judiciales y en las comisiones mixtas de reclamaciones establecidas para decidir sobre los perjuicios causados a extranjeros.<sup>435</sup> El argumento que se sostiene, es el de prevenir el abuso por parte de los individuos que podrían elegir la protección del Estado que más les convenga (llamado *nationality shopping*), así como de los Estados que podrían adquirir reclamaciones antiguas para ejercer presión política sobre el Estado demandado.

Pero el argumento más fuerte a favor de la regla está en que sin ella podría abrirse la puerta de par en par a la interposición de incontables reclamaciones y podría tener el resultado de convertir a un Estado

<sup>432</sup>Véase principalmente a E. Wyler, *La règle dite de la continuité...*, *op. cit.*, pp. 228-231; J. Cuthbert, *Nationality and diplomatic...*, *op. cit.*, pp. 26-29.

<sup>433</sup>Véase J. Cuthbert, *Nationality and diplomatic...*, *op. cit.*, pp. 29 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 483.; R.Y. Jennings, *General Course on principles...*, *op. cit.*, p. 323.

<sup>434</sup>Véase *Oppenheim's International Law* (1992), p. 512.

<sup>435</sup>Véase este tema en: I.M. Sinclair, "Nationality of claims: British practice", en *BYIL*, vol. xxvii (1950), pp. 127 y ss.; R.Y. Jennings, *General Course on principles...*, *op. cit.*, pp. 325 y ss.; *Primer informe...* (A/CN.4/506), párr. 60 y ss.; E. Wyler, *La règle dite de la continuité...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 483 y ss.

poderoso en una agencia de reclamaciones en nombre de individuos de otro Estado, o bien, aprovechar las facilidades internas de naturalización para obtener el patrocinio de sus reclamaciones. Y en casos muy extremos, el Estado de la nueva nacionalidad pueda presentar una reclamación en nombre de su nuevo nacional contra el Estado de la nacionalidad anterior por un perjuicio atribuible a ese Estado, cuando la persona era todavía nacional de dicho Estado.<sup>436</sup>

No obstante, tal como lo mencionan Sohn y Baxter,<sup>437</sup> consideramos que el derecho de un Estado a presentar o sostener una reclamación puede darse por finalizado, si en cualquier momento del periodo comprendido entre el perjuicio original y el momento en que se dicta el fallo absoluto: 1. se le da una solución definitiva al caso mediante acuerdos que se llevan normalmente entre Estados con buenas relaciones, o bien, 2. el nacional perjudicado o el beneficiario de la reclamación en que se tiene tal interés, se vuelve nacional del Estado contra el cual se presenta la reclamación.

Por tanto, cuando se adquiere una nacionalidad con el único propósito de obtener un nuevo Estado protector, normalmente se considerará como prueba de naturalización de *mala fide*, o fraudulenta y por consiguiente, un Estado no debe presentar una reclamación en nombre de un individuo que se hizo nacional suyo (por naturalización) después de la fecha del perjuicio, tal como lo describe la CDI.<sup>438</sup>

Aunque a decir verdad, tras lo sucedido en el asunto *Nottebohm*,<sup>439</sup> creemos que no es probable que un Estado inicie procedimientos en nombre de un nacional naturalizado cuando ya existen antecedentes

<sup>436</sup>Como ejemplo de ello vemos a la “Ley Helms-Burton”, cuyo objetivo es permitir que los ciudadanos de origen cubano naturalizados por EUA, iniciar procedimientos para la reparación de las pérdidas en que les hizo incurrir el gobierno de Fidel Castro en el momento en que eran nacionales cubanos y sus propiedades fueron expropiadas por el gobierno. Véase la reproducción de la ley *Cuban Liberty and Democratic Solidarity* (act. of March 12 1996), en ILM 35 (1996), pp. 357 y ss.

<sup>437</sup>Véase L.B. Sohn y R.R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interest of aliens”, en AJIL 55 (1961-III), pp. 579 y ss.

<sup>438</sup>Véase *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 5, párr. 3 que menciona: “El Estado de la nacionalidad actual no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente al Estado de la nacionalidad anterior de dicha persona en razón de un perjuicio sufrido cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual” (cursiva añadida); además se recomienda sobre este tema a C. Parry, “Some considerations upon the protection of individuals in international law”, en R. des C. 90 (1956-II), pp. 707 y ss.

<sup>439</sup>ICJ Reports, 1955, pp. 23 y ss.

que la naturalización no se ha obtenido de buena fe, ni cuando existe un factor de vinculación entre el individuo y el otro Estado. Pero cabe aclarar que en ese caso, la naturalización no produce efectos retroactivos, sólo transfiere fidelidad y no crea obligaciones, porque en caso contrario cuando el individuo sufre un daño y demuestra el carácter continuo de la nacionalidad, el Estado de la nacionalidad puede presentar una reclamación.

Y es que en realidad debemos recordar que en el mundo de hoy en día, los Estados demuestran mucha cautela en sus leyes para el tema del otorgamiento de la nacionalidad. Por ejemplo, exigen periodos prolongados de residencia antes que pueda considerarse la naturalización, por eso entendemos que no se fundamenta completamente la teoría de que los países poderosos son los que mayor probabilidad tienen de llevar a cabo una reclamación de protección diplomática, concediendo de manera fraudulenta la naturalización a fin de adquirir una reclamación.

Ahora bien, si llegase a suceder, debemos señalar que el Estado demandado puede plantear con éxito la falta de un vínculo genuino, tal como sucedió en el asunto *Nottebohm*,<sup>440</sup> que se dio como una causal para paralizar la acción del Estado reclamante.

Pese a ello no hay que olvidar que el contenido de esta regla puede llegar a perjudicar injustamente al individuo cuando ha sufrido de buena fe un cambio de nacionalidad no relacionado en lo absoluto con la presentación de una reclamación internacional después que ha ocurrido el daño como consecuencia de la naturalización voluntaria o involuntaria, como por ejemplo, cuando un extranjero contrae matrimonio con otro extranjero, cesión de territorio o sucesión de los Estados, etcétera.

Precisamente un ejemplo de ello se puede ver en el asunto conocido como “caso de las viudas del Lusitanian”,<sup>441</sup> fallado por la Comisión Mix-

<sup>440</sup>ICJ Reports, 1955, p. 23.

<sup>441</sup>El “Lusitanian”, buque de nacionalidad británica, fue hundido por la marina alemana y traía a bordo a un gran número de ciudadanos estadounidenses. Tiempo después, varias de las viudas de los ciudadanos americanos que se encontraban en el buque llegaron a adquirir una nacionalidad distinta a la de EUA. Véase en RSA, vol. II, pp. 32 y ss. Además véanse los comentarios sobre este asunto a L. Green, *International law through the cases*, 3a. ed., Londres/USA, Ocean Publications, 1970, pp. 248-331.

ta Germano-Americana en 1923, en donde afortunadamente la Comisión se apartó de la regla tradicional de la continuidad de la nacionalidad y aceptó la protección diplomática para todas aquellas viudas que ostentaban la nacionalidad estadounidense al momento de la firma del tratado entre EUA y Alemania por el que se establecía el procedimiento del arbitraje, que finalmente trajo buenos resultados para aquellos nacionales.

Por consiguiente, pretendemos que lo conveniente para el individuo y el Estado estará a efectos de la protección diplomática el conceder un carácter justo tal como pretende la norma internacional que enuncia la CDI: “*Artículo 5o.*: un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en el momento del perjuicio, siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la formulación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el Derecho internacional”.<sup>442</sup>

Con esas premisas y a modo de conclusión, nos inclinamos por la teoría de la flexibilidad en la aplicación de la regla, puesto que ésta es importante para el interés estatal cuando el Estado decide ejercer la protección diplomática a favor de los nacionales que adquieren otra nacionalidad.

### *La continuidad de la nacionalidad para las sociedades*

Según la teoría de Wyler,<sup>443</sup> el requisito de la continuidad de nacionalidad que se exige para la protección diplomática de las sociedades, presenta menos problemas que para los individuos, debido a que la sociedad obtiene la nacionalidad del Estado cuando está constituida bajo el ordenamiento interno de un Estado, no en el Estado que está domiciliada.

Y es que desde un punto de vista lógico, creemos que cuando la sociedad ya posee una nacionalidad y personalidad jurídica, es sumamente difícil que la sociedad cambie su nacionalidad sólo para obtener

<sup>442</sup>Cfr. *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647).

<sup>443</sup>Véase E. Wyler, *La règle dite de la continuité...*, *op. cit.*, pp. 105-108.

los beneficios de la protección diplomática, porque en dicho caso, tendría que constituirse de acuerdo con las normas del otro Estado, hacer el traslado de su sede, domicilio y lugar de operaciones, resultando en enormes costos y pérdidas de dinero para la sociedad, además la consecuencia de fragmentar el requisito de la continuidad de la nacionalidad que se le requiere a la sociedad.

Sin embargo, sí es posible que una sociedad cambie de nacionalidad sin perder la personalidad jurídica, es decir, en el caso de una sucesión de Estados.<sup>444</sup> Situación que sin duda conlleva dificultades legales relativas a la supervivencia de la sociedad y a la aplicación de la regla de la continuidad que se exige para la protección diplomática.

En el asunto del *Ferrocarril Panavezys-Saldutiskis*,<sup>445</sup> donde a pesar que tras concluir el caso se dejó la cuestión sin decidir, demostrando que no existen claros fundamentos ni a favor, ni en contra de la mencionada situación, Estonia sostuvo que había sucedido a una sociedad de Rusia que operaba en su territorio y que ese solo hecho le permitía presentar una reclamación en contra de Lituania.

En aquel asunto, la CIJ se pronunció sobre algunas dificultades inherentes a una situación de esa naturaleza, pero al estudiar la práctica encontramos definitivamente que para dar cumplimiento a la regla de la continuidad de la nacionalidad de las sociedades el problema principal se presenta respecto al *dies ad quem*, o la fecha hasta la que se exige poseer la misma nacionalidad en la reclamación.

Precisamente en la jurisprudencia del asunto de la *Barcelona Traction*, donde el magistrado Jessup<sup>446</sup> puso de relieve el caso en que una sociedad extranjera resulta destruida por un acto de confiscación realizado por un Estado, seguido de la disolución consiguiente en su propio Estado, en realidad el Estado de constitución no podía cumplir el requisito sobre la continuidad de nacionalidad, según el cual la sociedad debía poseer la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio y seguirlo siendo en el momento de presentarse la reclamación oficial.

<sup>444</sup>Véanse las dificultades que se presentan en cuanto a la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de los Estados en *Fourth Report on Nationality in relation to the Succession of States by Mr. Vaclav MIKULKA, Special Rapporteur*, Doc. A/CN.4/489, párr. 33 y ss.

<sup>445</sup>*Panavezys-Saldutiskis Railway* PCIJ Reports, 1938. Series A/B, núm. 76, pp. 4-17.

<sup>446</sup>ICJ Reports, 1970, p. 193.

Aunque en el anterior fallo no se expone, cómo después de la desaparición jurídica de la sociedad la acción de un Estado distinto del Estado de la sociedad podría ser compatible con la regla de la continuidad, principalmente cuando una sociedad ha dejado de existir según el Derecho interno del Estado en que se fundó y de la que era nacional,<sup>447</sup> creemos que lo interesante es analizar si la sociedad dejase de existir en el lugar en que fue constituida como resultado de un perjuicio causado por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado, entonces debe el Estado de la nacionalidad de los accionistas presentar una reclamación contra el Estado que actuó en forma ilícita, o puede hacerlo el propio Estado de la nacionalidad de la sociedad desaparecida, a fin de cumplir con el requisito de la continuidad de la nacionalidad.

Al respecto cabe mencionar que si se adopta la postura de que el Estado de la nacionalidad de esa sociedad no podrá interponer una reclamación porque la sociedad no existe en el momento de la presentación de la reclamación, entonces significa que ningún Estado podrá ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a esa sociedad, así que la persona moral o jurídica quedaría desprotegida y consecuentemente el interés estatal sería bloqueado.

Por ello, se ha señalado<sup>448</sup> que este problema no reside en una norma de carácter técnico que determine el momento preciso de la desaparición de una sociedad, en donde el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática con respecto a esa sociedad, cede su lugar al Estado de la nacionalidad de los accionistas.

Es decir, si nos trasladamos a lo sucedido en el asunto de la *Barcelona Traction*,<sup>449</sup> ¿la sociedad hubiera dejado de existir en Canadá como resultado del perjuicio causado a la sociedad por España y habría pasado la reclamación totalmente a manos de Bélgica, el Estado de la nacionalidad de los accionistas, o habría conservado Canadá su derecho a reclamar en nombre de su sociedad desaparecida individualmente o conjuntamente con Bélgica?

<sup>447</sup>*Ibidem*, pp. 66 y ss. en especial pp.193 y 194.

<sup>448</sup>Véanse las opiniones separadas en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, de los magistrados Fitzmaurice (pp. 101 y ss.) y Jessup (p. 202 y ss.), en ICJ Reports, 1970.

<sup>449</sup>Véase al respecto B. Roig Amat, *Orígenes de la Barcelona Traction (Conversaciones con Carlos E. Montañés)*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1970, pp. 391-403.

Para ello la doctrina de la CDI ha establecido una norma que permita al Estado de la nacionalidad de la sociedad continuar protegiendo a la sociedad después de su desaparición ocasionada por el perjuicio que le ha sido causado, pero cuya finalidad no es el excluir el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas para poder iniciar una reclamación en caso que la sociedad dejase de existir: “*Artículo 10. ... La sociedad tenga su nacionalidad tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación*”.<sup>450</sup>

Ahora que en la práctica, pudiera surgir como resultado una inevitable confrontación entre el Estado de la nacionalidad de los accionistas y del Estado de la nacionalidad de la sociedad. La razón es porque no se reconoce la existencia de un derecho subsidiario para proteger a los accionistas, tal como sucedió en la *Barcelona Traction*.<sup>451</sup>

No obstante, cabe advertir que en el peor de los casos pudiera darse una multiplicidad de reclamaciones por una misma causa, debido a que pudiera suponer que alguno de los dos ostenta doble nacionalidad y por tanto, se vería afectado el requisito de la continuidad de la nacionalidad de la sociedad.

De esta forma es que inevitablemente se tiene que apoyar el sentido que aplicó el magistrado Jessup,<sup>452</sup> a fin de respetar el derecho del Estado que en cuyo caso decida ejercer la protección de la sociedad y poner como una opción en segundo lugar el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas, para que no se produzca perjuicio alguno al cumplimiento del requisito de la continuidad de la nacionalidad del Estado donde fue constituida la sociedad.

#### LA DOBLE NACIONALIDAD DE LA PERSONA. ALGUNOS PROBLEMAS PARA LOS ESTADOS DE NACIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Como bien sabemos, hoy en día cualquier persona puede tener doble nacionalidad o incluso múltiples nacionalidades si se lo permite la le-

<sup>450</sup>*Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 10, párr. 1.

<sup>451</sup>ICJ Reports, 1970, p. 49.

<sup>452</sup>ICJ Reports, 1970, pp. 200 y ss.

gislación del Estado, tal como sucede en el caso mexicano.<sup>453</sup> Pero en el ámbito internacional también existe un precepto internacionalmente aceptado, es decir, el que se enuncia en la Convención de la Haya de 1930 en el artículo 3o.: “...una persona que tiene dos o más nacionalidades, puede ser considerada como su nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad posee”.<sup>454</sup>

En otras palabras esa norma internacional acepta por ejemplo, que una persona puede ser nacional por nacimiento de un Estado que otorga la nacionalidad a quienes nacen dentro de su territorio y simultáneamente, lleva la nacionalidad del Estado o los Estados de sus progenitores por razones de descendencia.

No obstante, en el mundo actual la doble o multiplicidad de nacionalidades es una posibilidad abierta contenida en el orden jurídico interno de muchos países, a tal grado que han llegado a reformar sus leyes para permitir a sus súbditos adquirir otra nacionalidad con fines laborales o de migración.<sup>455</sup>

Pero para la práctica de la protección diplomática, este derecho humano básico puede presentar distintos problemas para el Estado que decida hacer suya la reclamación internacional. Por ejemplo, se puede presentar el caso en que dos Estados tratan de proteger a un nacional suyo que tiene ambas nacionalidades contra un tercer Estado que no ostente esa nacionalidad. O también, que un Estado trate de proteger a una persona que posea su nacionalidad y conjuntamente posee también la nacionalidad del otro Estado contra el que se pretende ejercer la reclamación.

<sup>453</sup>Por ejemplo en el caso de México, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* expresa: “(art. 32) La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad...” (última Reforma DOF 12 de diciembre de 2005).

<sup>454</sup>Cfr. *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws* (12 de abril de 1930), 179 LNTS, p. 89.

<sup>455</sup>Véase sobre estos temas principalmente a R. Arroyo Montero, “Modificación de los convenios sobre doble nacionalidad como instrumentos de integración (los protocolos adicionales concluidos entre España y Costa Rica de 23 de octubre de 1997, y entre España y Nicaragua de 12 de noviembre de 1997)”, en XVIII jornadas de la AEPDIRI 1999, pp. 193-198; M. Rábago Dorbecker, “La nacionalidad mexicana por nacimiento en la reforma constitucional de 20 de marzo de 1998 y la nueva Ley de Nacionalidad de los Estados Unidos Mexicanos”, en *ibidem*, pp. 201-206; E. Pérez Martín, “Cuestiones relativas a la doble nacionalidad por razón de emigración en el ordenamiento jurídico mexicano”, en *ibidem*, pp. 209-215.

Aunque en realidad y porque no merece mayor explicación, en esos problemas que se pudiesen dar en la práctica a causa de la multiplicidad de nacionalidades, se toma como punto de partida el *vínculo genuino*, debido a que sin este requisito no existiera solución para los casos en que no se demuestre ese vínculo cuando el Estado quisiera realizar el ejercicio de la protección diplomática para la defensa de sus intereses. No obstante, merece la pena dedicar algunas líneas para detalles a fondo sobre la cuestión mencionada.

### *Dos Estados protegen al individuo con doble nacionalidad*

Como bien sabemos, lo más conveniente para el Estado tras la experiencia del asunto *Esphahanian*,<sup>456</sup> reside en el principal criterio que deberá tomar en cuenta para el otorgamiento de la nacionalidad al individuo como puede ser: el de la residencia habitual, el tiempo que se permanece dentro del país, la fecha de la naturalización, el lugar de empleo o de estudios realizados, de donde transcurre su vida familiar, la nacionalidad de la familia, la participación en la vida social y pública, el uso del idioma, la tributación, las cuentas bancarias y de seguros, las visitas al otro Estado de la nacionalidad, la posesión y utilización de pasaporte, así como también la prestación al servicio militar del Estado.

No obstante, en Derecho internacional esas situaciones no siempre son fáciles de asimilar, pues para el caso que dos Estados pretendan proteger al mismo individuo con doble nacionalidad, la doctrina internacional ha establecido una solución cuando se presenta dicho escenario, donde se subraya la importancia del vínculo genuino o auténtico de la nacionalidad. Es decir, limita la actuación del Estado que intenta proteger a un individuo con dos nacionalidades imponiendo la siguiente regla: “Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional;... dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer

<sup>456</sup>Véase el asunto *Esphahanian* del Tribunal Irano-Americano, en B. Stern, *Les questions de nationalité...*, *op. cit.*, pp. 433 y ss.

conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad”.<sup>457</sup>

Para la práctica, consideramos que este principio permite a la persona con nacionalidad múltiple recurrir ante el Estado con el que no tiene vínculo de nacionalidad para solicitar la indemnización por el daño causado (realizando el agotamiento de los recursos internos del Estado) y da oportunidad a cualquiera de los dos Estados que desee proteger a su nacional que presente una reclamación contra el tercer Estado, siempre que esté comprobando el vínculo de nacionalidad efectiva con el individuo.

Pero en realidad de forma secundaria, dicha situación viene a reafirmar la teoría de Vattel, sobre que el perjuicio sufrido por el individuo representa una lesión al propio Estado. Aunque además corresponde reconocer lo que puede acontecer en realidad, pues no olvidemos que el Estado podrá elegir discrecionalmente cuándo ejercer la protección diplomática a favor del individuo con múltiple nacionalidad.

Es decir, únicamente cuando dicho Estado decida y pueda ejercer esa opción, pero la persona perjudicada que posee doble nacionalidad no pueda elegir al Estado que debe actuar en su nombre, o sea, el Estado de la nacionalidad original o el otro Estado de la nacionalidad. Si bien, lo lógico de esta situación sería que por el perjuicio que sufre un individuo al momento en que se produce el daño, el Estado de su nacionalidad original adquiere inmediatamente el derecho a protegerlo en el plano internacional y que los cambios posteriores de nacionalidad del individuo carecen de eficacia para los efectos de la reclamación.<sup>458</sup>

Efectivamente, para que no se destruya el vínculo efectivo de la nacionalidad con un Estado en el caso que un individuo posea doble nacionalidad y tenga además nexos con un tercer Estado, el Derecho internacional determina que el tercer Estado tratará a ese individuo como si tuviese sólo una nacionalidad.

<sup>457</sup> *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), artículo 6o., párr. 1 y 2; véase también en este sentido el artículo 21 del “Third report on State responsibility for injuries to aliens and their property”, en F.V. García-Amador, *Special Rapporteur* (A/CN.4/111), en *Yearbook...*, 1958, vol. II, pp. 66-69.

<sup>458</sup> Véase en este sentido la opinión de C. Parry, “International Law and the conscription of non-nationals”, en *BYIL*, vol. XXXI (1954), pp. 438-44; R.Y. Jennings, *General course...*, *op. cit.*, pp. 476 y ss.; J.F. Rezek, *Le droit international...*, *op. cit.*, pp. 350 y ss.

Sin duda que ese criterio anula la opción del tercer Estado para que pueda ejercer la protección a favor de ese individuo, tal como se estableció en la Convención de la Haya de 1930 en el artículo 5o.<sup>459</sup> y que además sucedió en el asunto *Salem*,<sup>460</sup> en donde el Tribunal de Arbitraje dictaminó que Egipto no podía alegar que la nacionalidad efectiva de la persona lesionada era la de Persia, contra una reclamación de EUA, el otro Estado que ostentaba la nacionalidad de la persona.

Por ende, consideramos que la posibilidad referente a que la protección diplomática sea otorgada por dos Estados a un individuo que tiene doble nacionalidad, no es discordante con las normas vigentes que regulan dicha institución, pues se respalda el principio mencionado de que dos Estados de nacionalidad diferente pueden ejercer conjuntamente la protección diplomática. Lo que nos lleva a suponer que para la práctica internacional, tal principio pretende que se ejerza conjuntamente un derecho que se atribuye a cada Estado de la nacionalidad, siempre y cuando la persona lesionada tenga un vínculo de nacionalidad de buena fe con los Estados. Además, creemos que con esto se garantiza que si un Estado de la nacionalidad renuncia o decide no ejercer el derecho, el otro Estado de la nacionalidad puede ejercer la reclamación hasta obtener la satisfacción deseada.

No obstante, quedará totalmente prohibido que el otro Estado vuelva a reclamar sobre ese asunto en donde ya se otorgó la indemnización. Así, consiguientemente, esperamos que en caso de darse esa situación, el Estado respete la doctrina internacional, es decir, proteja sus intereses siempre de acuerdo con los principios indicados anteriormente.

*El principio de la nacionalidad dominante o efectiva del individuo.  
Problemas en situaciones de protección diplomática*

Al estudiar la práctica internacional de protección que otorga el Estado, nos encontramos con el problema de cuando un individuo que posee doble nacionalidad pudiera verse afectado por un Estado del que

<sup>459</sup>Véase Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (12 de abril de 1930). 179 LNTS, p. 89.

<sup>460</sup>*Salem Case (Egypt v. USA) (1932)*, 2 RIAA 1161.

es nacional y que el otro Estado, del que también es nacional, quisieran ejercer la protección diplomática a su favor.

En otras palabras, esta situación plantea un claro conflicto para el Estado debido a que en principio no se toma en cuenta la doctrina del vínculo de nacionalidad dominante o efectiva del individuo, para los casos en que se pretenda iniciar una reclamación a favor de un individuo que posee doble nacionalidad, contra el Estado del que también es nacional, sobre todo para los casos en que existe una relación muy débil con alguno de los Estados de nacionalidad.

No obstante, hay que aclarar que desde el principio existía una clara tendencia de acuerdo con la práctica de los Estados,<sup>461</sup> de no proteger a sus nacionales contra el otro Estado cuya nacionalidad también ostentaban, porque no se tomaba en cuenta el principio de la nacionalidad dominante.

Por ejemplo, en la Convención de la Haya sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad en 1930, en el artículo 4o.<sup>462</sup> propuso desentrañar los problemas que se pudieran presentar cuando el individuo tuviese doble nacionalidad y alguno de los Estados quisiera actuar contra el otro Estado que ostentase su nacionalidad, impidiendo que cualquiera de los Estados reclamase contra el otro.

Sin embargo, tanto Paul de Visscher,<sup>463</sup> como el Instituto de Derecho internacional en 1965,<sup>464</sup> se inclinan por favorecer que si la reclamación es inadmisibles ante un tribunal internacional, no están expresamente excluidas las vías diplomáticas o consulares de protección de un Estado de la nacionalidad contra otro. Es decir, a pesar que se pretendió negar la protección contra el otro Estado de la nacionalidad del individuo, se deja abierta la posibilidad de ejercer esa protección cuando existe una nacionalidad dominante.

Al respecto vemos que sí existen casos que demuestran que se decidió el apoyo a la doctrina de la nacionalidad dominante o efecti-

<sup>461</sup>Véase la opinión de la ICJ en el asunto *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1949, pp. 186 y ss.

<sup>462</sup>Véase *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws* (12 de abril de 1930). 179 LNTS, p. 89.

<sup>463</sup>Véase P. de Visscher, "Cours général de droit international public", en R. des C. 136 (1972-II), p. 163.

<sup>464</sup>Véase las *Résolutions de l'Institut de Droit International* (Session de Varsovie) 1965, art. 4 b).

va, como veremos en los asuntos *Florence Merge*, *Canevaro*, *Pinson*, *Oldenburg and Money*, y *Salem*.

En primer lugar, el asunto *Florence Merge*<sup>465</sup> de la Comisión de Reclamaciones Italia-EUA, se referían a la reclamación de una ciudadana estadounidense por nacimiento, pero italiana por haber contraído matrimonio con un individuo italiano. En ese asunto, realmente nos interesa destacar que el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante se refieren a dos conceptos similares, pero llamados de distinto modo, donde esos principios generalmente reconocidos, pueden constituir un criterio de uso práctico para la eliminación de cualquier incertidumbre posible.

En el asunto de la Corte Permanente de Arbitraje en 1912, donde se abordó la cuestión sobre si el gobierno Italiano podía presentar una reclamación en nombre de Rafael Canevaro, persona con nacionalidad ítalo-peruana, a causa de los perjuicios sufridos por cheques no pagados del gobierno de Perú.

Tras el examen de la vida de Canevaro y comprobarle que había actuado reiteradamente como nacional peruano, incluso habiéndose presentado como candidato al Senado de aquel país, además de haber sido cónsul general de Perú en los Países Bajos, la Corte Permanente de Arbitraje llegó a la conclusión que el gobierno peruano tenía derecho a rechazar la reclamación del gobierno italiano.<sup>466</sup>

En tercer término, en la Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-Mexicana se examinó el derecho de México de presentar una reclamación en nombre de *Georges Pinson*, nacido en México pero naturalizado francés. En este asunto, a la hora de valorar las pruebas se demostró que antes de presentar la reclamación, el gobierno mexicano había tratado constantemente a Pinson como un nacional francés. Entonces la Comisión llegó a la conclusión de que, aun cuando pudiera establecerse la doble nacionalidad de Pinson, el gobierno mexicano no tendría derecho a presentar una reclamación en su nombre.<sup>467</sup>

<sup>465</sup>Véase *Mergé Claim* (USA v. Italy) (1955), 22 ILR 443 y ss.

<sup>466</sup>Véase *The Canevaro case* (Italy v. Peru) (1912), 11 RIAA 397

<sup>467</sup>Véase el asunto en: *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1927-28* (cases núm. 194 y 195), pp. 297-301.

En los casos *Oldenburg and Honey*, decididos por la Comisión de Reclamaciones Británico-Mexicana en 1929 y 1931 respectivamente, la comisión invocó el principio que consideró como una aceptada regla de Derecho internacional, llegando a considerar que una persona que tiene la doble nacionalidad, no puede ejercer una demanda ante un Tribunal internacional contra el país al que le debe lealtad.<sup>468</sup>

En el asunto *Salem*<sup>469</sup> de 1932, donde supuestamente Salem había nacido en Egipto, pero estaba nacionalizado estadounidense, las pruebas demostraban que había nacido como nacional persa. Así, por raciocinio, era persa de nacimiento y no egipcio como se pretendía.

En aquel asunto, donde Egipto alegaba la llamada “nacionalidad efectiva” a pesar que el Tribunal de Arbitraje decidió que no tenía competencia sobre el caso, cabe destacar que aunque el tribunal mencionó que la llamada nacionalidad dominante a la que el gobierno egipcio se refirió no parece estar suficientemente establecida en la ley internacional, finalmente termina reconociendo este principio, pues establece que el gobierno egipcio no tiene que referirse a la regla de nacionalidad dominante para oponerse a la reclamación americana, si sólo puede tener pruebas de que Salem era un nacional egipcio.<sup>470</sup>

Finalmente, a pesar que podemos mencionar otras resoluciones jurisprudenciales que también adoptaron los principios enunciados con anterioridad sobre la doctrina de la nacionalidad dominante o efectiva, como por ejemplo el caso de *Nasser Esphahanian* y el asunto *Ataollah Golpira* del Tribunal Iraní-Americano,<sup>471</sup> esas situaciones pudieran ser resumidas como lo expuso *De Visscher*<sup>472</sup> cuando menciona que, la doctrina aplicada en el transcurso del siglo XIX, generalmente

<sup>468</sup>Véase los asuntos en Z.R. Rode, “Dual nationals and the doctrine of dominant nationality”, en AJIL 53 (1959-I), pp. 141 y ss.

<sup>469</sup>Véase *Salem case* (Egypt v. USA) (1932), 2 RIAA 1161 y ss.

<sup>470</sup>2 RIAA 1161.

<sup>471</sup>Véase los asuntos y comentarios en G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Nueva Cork, Oxford University Press, 1996, pp. 44 y ss, especialmente p. 76; B. Stern, “Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le tribunal des différends irano-américains”, en AFDI XXX (1984), pp. 425 y ss.; A.B. Avanećian, *Iran-United States Claims Tribunal in action* Gram. & Trotman, London 1993, pp. 18 y ss.; R.B. Lillich, *The Iran-United States Claims Tribunal: Its contribution to the law of State Responsibility*, Charlottesville, Transnational Publisher, 1998, pp. 48 y ss.

<sup>472</sup>Véase P. de Visscher, *Cours général de droit international public...*, op. cit., p. 162.

fue para rechazar las peticiones de personas con doble nacionalidad, pero que no es la expresión correcta del Derecho vigente pronunciado por la Corte internacional en el asunto *Nottebohm*, donde se pretendió afirmar un principio general.

Precisamente en ese sentido, no debemos olvidar que el apoyo más fuerte para la aplicación del principio de la nacionalidad efectiva en reclamaciones de personas con doble nacionalidad, fue expuesta en el asunto *Nottebohm*.<sup>473</sup>

Sobre ese particular cabe destacar que la Corte mencionó que algunos árbitros internacionales han decidido numerosos casos de doble nacionalidad, donde la pregunta que surge es respecto al ejercicio de protección diplomática. En ese asunto, la Corte hace hincapié en que ellos han dado su preferencia a la nacionalidad efectiva, donde diferentes factores son tenidos en cuenta, ya que su importancia variará de un caso al otro.

En aquel caso la CIJ considera que la residencia habitual del individuo es un factor muy importante, pero hay otros factores como el centro de sus intereses, sus lazos de familia, su participación en la vida pública, así como lo inculcado por él para sus niños, etcétera.<sup>474</sup>

Evidentemente que todas esas razones son fundamentales en la regla establecida por la CDI que rige al ejercicio de la protección diplomática, pues lo refleja en el artículo 7o. donde se menciona lo siguiente: “El Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación”.<sup>475</sup>

Para concluir, imaginamos que el trabajo de la CDI, actuación demasiado importante en esta materia, fue enfocado en establecer un criterio que beneficiara a los Estados pero sin omitir la práctica y la doctrina de la protección diplomática existentes, pues tuvo que reafirmar la tendencia que se venía dando mediante la práctica realizada.

<sup>473</sup>ICJ Reports, 1955, pp. 20 y ss.

<sup>474</sup>*Ibidem*, p. 22.

<sup>475</sup>*Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647).

Esa doctrina, sin duda, logra anular futuras reclamaciones para los estados que pretendan ejercer la protección diplomática a favor de los individuos con la nacionalidad del otro Estado cuando existe un vínculo muy débil con él. Situación que consideramos, favorece a los Estados con problemas de migración, es decir, a los Estados desarrollados, porque evita que estos puedan ser objeto de una reclamación por parte del Estado de nacionalidad del individuo cuando no demuestre la nacionalidad efectiva con el individuo.

#### LOS CASOS ESPECIALES DE PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN LOS NO NACIONALES DEL ESTADO

Desde que la CDI inició con el proyecto de artículos para la protección diplomática, se preocupa por establecer un criterio que vaya de acuerdo con los tiempos y casos que se presentan en la actualidad. Tal es el caso especial de personas sin la nacionalidad efectiva, es decir, sin un vínculo genuino o auténtico con algún Estado, o el caso de los buques y su tripulación. Por tal motivo, en los puntos siguientes vemos el caso de los apátridas, los refugiados y los buques para el caso que pudieran requerir de la protección diplomática por algún Estado, siempre y cuando se cumplan los distintos requisitos del ordenamiento internacional.

#### *Casos especiales de protección. El caso de los apátridas y refugiados*

Desde hace algunos años en la práctica internacional, como por ejemplo el caso del Tribunal de Reclamaciones México-EUA en el asunto *Dickson Car Wheel Co. contra México*,<sup>476</sup> se había seguido el principio que rechazaba la protección que pudiera otorgarse a las personas que carecen de nacionalidad, comúnmente llamados apátridas.<sup>477</sup>

<sup>476</sup>Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States en M. Byers *Custom, Power and the power of rules. International relations and customary international law*, Londres y Nueva York, Cambridge University Press, 1999, p. 84.

<sup>477</sup>Apátrida: (Deriva del vocablo griego *patriz-idoz (patria)*, antecedido de la partícula negativa a (*sin*)). Es apátrida toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún

Recordemos que cuando se habla de falta de nacionalidad o apatridia, por regla general, se hace referencia a la extranjería como ausencia del vínculo genuino de un individuo con un Estado.<sup>478</sup> La apatridia puede producirse porque ningún Estado atribuye su nacionalidad a un individuo en el momento de su nacimiento, o bien, por la pérdida de su nacionalidad sin que éste haya adquirido otra nueva.<sup>479</sup>

No obstante, en la actualidad existen circunstancias por las que estos tipos de personas pueden ser beneficiadas con el ejercicio de protección diplomática de algún Estado, tal como se verá a continuación.

### La protección diplomática de los apátridas

En tiempos actuales, pensamos que el Estado desea que todos los individuos sean respetados por el ordenamiento internacional, pues es consciente que una persona puede nacer *apátrida de jure*,<sup>480</sup> es decir, aquella que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación.

Para entender lo anterior, se puede mencionar el supuesto de cuando una persona nace de progenitores apátridas solicitantes de asilo y/o refugiados,<sup>481</sup> o bien, cuando una persona nace fuera del Estado de la nacionalidad de sus progenitores y se le otorga la nacionalidad sobre la base del nacimiento en sus territorios, o de igual manera dentro de un Estado que sólo confiere la nacionalidad por razones de descendencia.

---

Estado, conforme a su legislación. Cfr. *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 15; Además el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954.

<sup>478</sup>Véase J.M. Lete del Río, *Derecho de la Persona*. 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 130 y ss.

<sup>479</sup>Cfr. *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 15.

<sup>480</sup>La Convención de 1954 adopta la definición legal de este tipo de personas. Cfr. *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y Convención para reducir los casos de apátridas de 1961*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. División de Protección Internacional. 1999 (enero), p. 11.

<sup>481</sup>Véase sobre este tema a J.C. Tchewa, "L'asile diplomatique et son avenir en droit des Organisations Internationales", en *RHDI* 52 (1999-1), pp. 139-140; S. Dutrénit Biélous, "Para repensar la Convención de asilo diplomático de 1954 (lecciones de la práctica mexicana ante las peticiones en el Cono Sur)", en *Cuadernos Americanos* 105, vol. 3 (mayo-junio), México, D.F., UNAM, 2004, pp. 170 y ss; N. Sitaropoulos, "Refugee: A legal definition in search of a principled interpretation by domestic fora", en *RHDI* 52 (1999-1), pp. 153 y ss; J. Salvador Lara, "El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas", en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 14. UNAM, 1982, p. 93.

Además, por consecuencia de la creación de un nuevo Estado, o por la disolución de un Estado, que precisamente es donde surge el concepto de *apátrida de facto*,<sup>482</sup> es decir, aquella persona que no tiene una nacionalidad efectiva o aquella que no puede establecer su nacionalidad. Un ejemplo de ello es cuando en 1948 se creó el Estado de Israel, situación que dejó a un gran número de ciudadanos palestinos en condición de apátridas *de facto*.

Ahora bien, recordemos que anteriormente las personas que ostentaban esa calidad sólo podían recibir protección de parte de algunas organizaciones internacionales.<sup>483</sup> No obstante, a pesar que en la práctica de los Estados hasta la actualidad no existen casos en los que un Estado haya decidido ejercer protección diplomática a favor de un individuo que tenga la condición de apátrida, debido a que la costumbre internacional se refiere a ejercer este derecho únicamente para los nacionales de los Estados, en la actualidad la CDI manifiesta una preocupación por el estatuto de ambas categorías de personas que necesiten del ejercicio de esta institución por parte de algún Estado.

Lo anterior se puede demostrar con el artículo 8o., donde menciona que: “Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado”.<sup>484</sup>

Y aunque en el presente estudio no cabría insinuarnos a favor o en contra de esta nueva norma porque no hay casos que demuestren que esto favorece o perjudica el ejercicio discrecional del Estado y el fortale-

<sup>482</sup>Véase E. Sandys, “La mujer, la nacionalidad y la ciudadanía”, en *La mujer en el 2000 y después. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas*, 2003 (junio), pp. 4 y ss.; J. Salvador Lara, *El concepto de asilado territorio...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>483</sup>Véase la *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* y *Convención para reducir los casos de apátridas de 1961*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. División de Protección Internacional. Enero de 1999, pp. 10 y ss. Además se recomienda J.C. Tchewa, *L'asile diplomatique et son avenir...*, *op. cit.*, pp. 142 y ss.; *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 887 y ss.; S. Lepoutre y A. Riva, “Nacionalidad y apátrida. Rol del ACNUR”, Buenos Aires, Oficina Regional para el Sur de América Latina, 1998, pp. 12 y ss.; *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954* y *Convención para reducir los casos de apátridas de 1961*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. División de Protección Internacional. Enero de 1999., pp. 8 y ss.

<sup>484</sup>Cfr. *Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 8, párr. 1.

cimiento a la institución de la protección diplomática. Sin lugar a duda, creemos que podría beneficiar a los individuos que ostenten esta calidad jurídica siempre que cumplan los requisitos anteriores y obviamente al Estado cuando demuestre interés en defender a este tipo de personas.

### La protección diplomática de los refugiados

El caso de personas que se consideran refugiados para el Derecho internacional,<sup>485</sup> se da cuando alguna persona tiene que salir fuera del Estado de su nacionalidad por diversos motivos y llega a solicitar la calidad de persona refugiada en otro Estado.<sup>486</sup> Dicha calidad es reconocida por diversos instrumentos internacionales y organizaciones internacionales, como por ejemplo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>487</sup> y las resoluciones posteriores,<sup>488</sup> el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997,<sup>489</sup> la Convención de la Unidad Africana (OUA) sobre los refugiados de 1969,<sup>490</sup> y la Declaración de Cartagena sobre la protección internacional de los refugiados en Centroamérica de 1984.<sup>491</sup>

<sup>485</sup>Se considera refugiado a la persona que no puede regresar a su Estado debido a que “(2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1o. de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país, o que, por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él”, *Proyecto de Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. A/RES/429 (V) de 14 de diciembre de 1950.

<sup>486</sup>Véase sobre este tema a H. Gros Espiell, “El Derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados”, en *Asilo y Protección internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14, México, D.F., UNAM, 1982, pp. 33 y ss.; J. Salvador Lara, “El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas”, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14, México, D.F., UNAM, 1982, pp. 89-102.

<sup>487</sup>189, UNTS 137.

<sup>488</sup>Véase *Proyecto de Protocolo del Estatuto de los Apátridas*. A/RES/539 (VI) del 4 de febrero de 1952; y la *1951 Convention on the Status of Refugees and Stateless Persons convened under General Assembly resolution 429 (V) of 14 December 1950*, 189, UNTS 137.

<sup>489</sup>Véase Consejo de Europa: *European Convention on Nationality*. Explanatory Report, 1997, principalmente el art. 6o., 4) G.

<sup>490</sup>Véase 1001, UNTS 45, art. 1, 2).

<sup>491</sup>Véase Asamblea General de la OEA, 15o. periodo ordinario de sesiones (1985). Resolución aprobada por la Comisión General en su quinta sesión de 7 de diciembre de 1985.

No obstante, el principal antecedente que estableció las bases para proteger a estos individuos fue dentro de la resolución de la A.G. en 1950,<sup>492</sup> donde por deducción, la protección que se establece en esa Convención es por parte del Estado que otorga la calidad de refugiado. Esto es porque los individuos que son considerados como refugiados, no pueden o no quieren, acogerse a la protección del Estado de la nacionalidad a la que pertenecen, pues si lo hacen, corren el riesgo de perder la calidad de refugiado en el Estado de residencia donde se encuentran.

Por otro lado, cabe mencionar que el Derecho internacional vigente<sup>493</sup> exige ciertos requisitos para que el Estado de acogida obtenga el derecho a ejercer la protección a favor del refugiado. No obstante, en el presente tema que nos ocupa la postura válida es la que estipula la doctrina internacional de la CDI en el artículo 8o., o sea, quien se encarga de codificar a la protección diplomática: “Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado”.<sup>494</sup>

El anterior párrafo trata de explicar que para ejercer la protección diplomática de esos individuos, el refugiado deberá ser residente legal durante un tiempo considerable en el Estado que le otorga la calidad de refugiado, siempre que se haya creado un vínculo efectivo con ese Estado, por tanto, se le da el derecho al Estado de acogida para ejercer la protección diplomática a su favor.<sup>495</sup>

Por tal motivo se considera que la residencia es un aspecto por demás importante para obtener el vínculo genuino exigido en la doctrina

<sup>492</sup>Véase A/RES/429 (V) de 14 de diciembre de 1950.

<sup>493</sup>Se recomienda sobre este tema a E. Vargas Carreño, “El Comité Jurídico Interamericano y el desarrollo del asilo y la protección de los refugiados”, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14, México, D.F., UNAM, 1982, pp. 117 y ss.; C. Sepúlveda, “El asilo territorial en el sistema interamericano. Problemas capitales”, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14, México, D.F., UNAM, 1982, pp. 86 y ss.

<sup>494</sup>*Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 8o., párr. 2.

<sup>495</sup>Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 423; además véase en ese sentido a *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 886 y ss.; R.J. Beck, “Britain and the 1933 Refugee Convention: National or State Sovereignty?”, en *IJRL* 11 (1999-4), pp. 597 y ss.; A. Grahl-Madsen, “Protection of Refugees by their Country of Origin”, en *VJIL* 11 (1986-2), pp. 381 y ss.

de la protección diplomática. Prueba de ello fue que desde hace años en el artículo 46 de la Convención Europea sobre Funciones Consulares en 1967<sup>496</sup> y el artículo 16 del Protocolo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967,<sup>497</sup> se copió el sistema de protección de los apátridas que se basaba en la residencia habitual, el tiempo y las actividades diarias de la persona, pero no en la nacionalidad.

En resumen, la doctrina exige que la institución sólo se pueda ejercer a favor del refugiado después que se haya hecho residente del Estado que lo protege, o bien, haya adquirido el vínculo efectivo con ese Estado mediante una residencia legal e ininterrumpida. No sólo para lograr tener un Estado que lo proteja, sino para poder ser considerado como nacional dentro del Estado y así obtener los derechos que otorga el Derecho internacional al Estado de la nacionalidad.

### *La protección de buques y su tripulación.*

#### *El Derecho marítimo y aéreo en la protección diplomática*

Como se ha estado mencionando en páginas anteriores, la práctica internacional demuestra que tradicionalmente el Estado sólo ejerce la protección diplomática a favor de sus nacionales, personas físicas o sociedades<sup>498</sup> y que en casos excepcionales esta protección puede ser a favor de los no nacionales.

Sin embargo, esa postura clásica de la protección diplomática no llegó a ser aplicada *stricto sensu* en controversias entre países con actividad marítima, pues sucede que cuando un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito en contra de un buque y su tripulación, donde no siempre son de la misma nacionalidad, trae como consecuencia que algún Estado quiera hacer suya la reclamación internacional contra el Estado agresor.

En realidad, principalmente lo relativo al ejercicio de la protección diplomática a causa de un hecho internacionalmente ilícito contra el

<sup>496</sup>Véase European Convention on Consular Functions (1967) ETS. núm. 61.

<sup>497</sup>Protocol Relating to the Status of Refugees, 606 UNTS 267.

<sup>498</sup>Véase por ejemplo los asuntos: *Railway Line Panevezys-Saldutiskis*, PCIJ Reports 1938, Series A/B, núm. 76, p. 16; *Nottebohm* (Liechtenstein v. Republic of Guatemala), ICJ Reports 1955, p. 24; *Barcelona Traction Light and Power Co. Limited*, ICJ Reports 1970, p. 33.

buque o la tripulación, podemos apreciar dos cuestiones distintas que se presentan en la práctica para determinar cuál es el Estado de la nacionalidad y por consiguiente el que adquiere el derecho a ejercer protección diplomática a favor de sus nacionales y proteger sus intereses.

La primera de ellas consiste en determinar la nacionalidad del buque y los requisitos que aseguran para su adquisición, el cual, no representa mayor problema en Derecho internacional para el Estado del pabellón que la otorga. Y el segundo problema aparece cuando la tripulación no es de la misma nacionalidad que la del buque y se pueden presentar distintos supuestos.

Para este último caso, es decir, cuando un buque transporta tripulación que no es del mismo Estado de la nacionalidad del buque, también llamado *Estado del pabellón* y resultan agredidos por parte de un tercer Estado, el problema surge para determinar jurídicamente quién puede ejercer la protección diplomática, o sea, el Estado de pabellón del buque o el Estado de la nacionalidad de la tripulación. Esto, para evitar la multiplicidad de reclamaciones contra varios Estados y por el mismo hecho internacionalmente ilícito.

No obstante, debemos advertir que los escasos ejemplos de la práctica en esta materia ocasionaron dos posturas distintas que determinan jurídicamente a qué Estado de nacionalidad le corresponde el derecho a ejercer la protección diplomática.

La primera favorece al Estado de la nacionalidad de la tripulación sobre el Estado del pabellón del buque y la segunda que fue de mayor aprobación en la doctrina<sup>499</sup> y la jurisprudencia internacional, favorece la protección por parte del Estado del pabellón del buque, independientemente de la nacionalidad de la tripulación.

En cuanto a la primera situación que se mencionó, encontramos jurisprudencia que siguió esta postura, como lo es el caso del *I'm Alone*,<sup>500</sup> un buque de origen británico pero que fue registrado en Canadá y que al momento de ser hundido por el guardacostas de EUA trasladaba a tres tripulantes que no eran nacionales del Canadá. Consiguientemente-

<sup>499</sup>Véanse las opiniones de R. Dolzer, "Diplomatic protection of foreign nationals", en EPIL I (1992), pp. 1068 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 460 y ss.

<sup>500</sup>Puede verse el asunto "Claim of the British Ship "I'm alone" v. United States", en AJIL 29 (1935-2), p. 327.

mente, ese hecho provocó que el gobierno canadiense reclamase una indemnización por el buque, alegando que el Estado canadiense hacía suya la reclamación en nombre del buque y de las personas que la tripulaban, pidiendo se consideraran ambos dentro de la reclamación y también de la misma nacionalidad del Estado que hacía suya la reclamación.

Cabe indicar que en ese asunto, la comisión de reclamaciones encargada de resolver la cuestión decidió otorgar la indemnización para los tripulantes que no eran nacionales del Estado canadiense y además, decidió negar cualquier reparación por el acto causado al Estado de la nacionalidad del buque.

Por otra parte, la segunda situación la encontramos incluida en la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar de 1994, donde se acordó el artículo 292<sup>501</sup> que establece un mecanismo destinado a asegurar la protección del buque en caso de ser detenido por un Estado que no posea su nacionalidad, incluida la protección de la tripulación, e independientemente de la nacionalidad, puesto que no distingue entre nacionales y no nacionales del Estado del pabellón del buque.

Debemos advertir que la escasa práctica que apoya tal principio, se puede encontrar en países con el mayor número de actividad marítima en el mundo. Principalmente de EUA, donde desde hace años las

<sup>501</sup>El artículo 292 menciona que: “1. Cuando las autoridades de un Estado parte hayan retenido un buque que enarbore el pabellón de otro Estado parte y se alegue que el Estado que procedió a la retención no ha observado las disposiciones de esta Convención con respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo en un plazo de 10 días contado desde el momento de la retención a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado conforme al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan en otra cosa. 2. La solicitud de liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre. 3. La corte o tribunal decidirá sin demora acerca de la solicitud de liberación y sólo conocerá de esa cuestión sin prejuizar el fondo de cualquier demanda interpuesta ante el tribunal nacional apropiado contra el buque, su propietario o su tripulación. Las autoridades del Estado que haya procedido a la retención seguirán siendo competentes para liberar en cualquier momento al buque o a su tripulación. 4. Una vez constituida la fianza u otra garantía financiera determinada por la corte o tribunal, las autoridades del Estado que haya procedido a la retención cumplirán sin demora la decisión de la corte o tribunal relativa a la liberación del buque o de su tripulación”, BOE núm. 39, de 14 de febrero de 1997. Disponible el texto completo de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar en: (<http://www.cinu.org.mx>).

normas de aquel país protegen a los marinos extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses.

Como ejemplo de ello destaca entre otros el asunto *Ross v. McIntyre*,<sup>502</sup> donde el tribunal de EUA resolvió que si el marino era nacional del Reino Unido, mientras estuviera a bordo de un buque de EUA debía lealtad y obligación con las leyes de ese país, por tanto, el individuo tenía derecho a exigir que se le tratara como un marino de EUA, sin esperar la protección del gobierno británico.

En otro asunto de suma importancia, en 1999 el Tribunal Internacional del Derecho del Mar se pronunció sobre el asunto *M/V Saiga*,<sup>503</sup> a causa de la detención del buque “Saiga” cuando esa nave estaba abasteciendo de petróleo a barcos de pesca frente a las costas del Estado guineano, pero resulta que ese barco estaba matriculado por San Vicente y las Granadinas y tenía a bordo tripulantes de origen ucraniano y senegaleses al momento en que se produjo el arresto por las autoridades de Guinea.

En ese caso, aunque en 1997 el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ordenó la liberación del “Saiga” con el pago de la multa que efectuó San Vicente y las Granadinas, no obstante, ni el barco ni la tripulación fueron liberados. Además, el capitán del buque fue declarado culpable dentro de un proceso penal que inició Guinea por el delito de importación ilegal de combustible y por la responsabilidad civil que se atribuyó a San Vicente y las Granadinas, ordenando además, la confiscación del buque en garantía del pago de la multa.

Posteriormente San Vicente y las Granadinas iniciaron un procedimiento arbitral contra Guinea por los hechos ocurridos contra el buque y por el enjuiciamiento del capitán, en donde este último había obtenido sentencia condenatoria que había sido reafirmada por el Tribunal de Apelación de Guinea. Pero un año después, ambas partes decidieron llevar el litigio al Tribunal Internacional del Derecho del Mar. De esta forma, el 28 de febrero de 1998, el capitán, la tripulación y el buque fueron puestos en libertad.

<sup>502</sup>U.S. Supreme Court, *Ross v. McIntyre* (1891), 140 U.S. 453-472.

<sup>503</sup>*M/V Saiga* (núm. 2) en ILM 38 (1999), *loc. cit.*, pp. 1345 y ss., en especial párr. 99 y 100. Además, véanse las opiniones de los Magistrados *Wolfrum*, *ibidem*, pp. 1380-1382 y *Warioba*, en *ibidem*, pp. 1434 y ss.

En ese asunto se subraya que, una de las excepciones que alegaba Guinea en el Tribunal internacional, en cuanto a la admisibilidad de la reclamación de San Vicente y las Granadinas, era que las personas que habían sufrido el daño no eran nacionales de San Vicente y las Granadinas y que estos individuos no habían agotado los recursos internos que disponía el ordenamiento de Guinea.

No obstante, a pesar que el Tribunal internacional no sólo ordenó a Guinea que tenía que pagar a San Vicente y las Granadinas una indemnización por los daños ocasionados al “Saiga” y la tripulación, también desestimó las impugnaciones de la admisibilidad de la reclamación y decidió que Guinea había violado los derechos de San Vicente y las Granadinas por el arresto y la detención del buque y la tripulación, la confiscación de la carga, la condena contra el capitán del barco, además por la violación a disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en relación con el derecho de persecución ininterrumpida de los buques y la utilización de uso excesivo de la fuerza durante el arresto.

Conjuntamente nos interesa distinguir dentro del asunto, que aunque Guinea se había opuesto a la admisibilidad de la reclamación de San Vicente y las Granadinas, porque se trataba de una reclamación de protección diplomática respecto de la tripulación que no era de origen de San Vicente y las Granadinas, la reclamación encontró fundamento legal por el perjuicio causado al buque y su tripulación por un hecho internacionalmente ilícito.<sup>504</sup>

En otro juicio, tenemos que recalcar que dicha jurisprudencia fue seguida en el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, donde el magistrado Hackworth<sup>505</sup> en su opinión disidente, defendió la postura de que el Estado del pabellón del buque es el único con derecho a ejercer la protección en favor del buque, incluida la tripulación que no sea del Estado de nacionali-

<sup>504</sup>Cabe destacar que el relator especial de la CDI llega a la conclusión de que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar basó su decisión en el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y no en el derecho del Estado del pabellón a ejercer la protección diplomática en nombre de toda la tripulación, con independencia de su nacionalidad. Véase las opiniones en *Quinto informe...* (A/CN.4/538), párr. 58.

<sup>505</sup>*Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, pp. 202 y ss.

dad del Estado de pabellón, tratando de evitar una multiplicidad de reclamaciones por parte de diversos Estados por el mismo hecho internacionalmente ilícito.

Sin duda que las anteriores situaciones demostraron tener un común denominador, es decir, que fueron dos estados de nacionalidad distintos los que tenían posibilidad de acceder a la reclamación internacional contra el Estado agresor, pero el derecho de protección sólo lo ejercía un Estado de nacionalidad.

Por ello creemos que por esta práctica, donde se excluyó el derecho de un Estado que quería hacer suya la reclamación, surge la postura por parte de la doctrina de la CDI y que en realidad es la que interesa para los fines del presente estudio.

No obstante, aunque debemos advertir que no existe práctica en la actividad marítima que respalde a la doctrina interpuesta por la CDI, pensamos que se adecua a la realidad actual, porque al amparar el derecho del Estado del pabellón del buque y el derecho del Estado de la nacionalidad de la tripulación para ejercer la protección diplomática, trata de que estos gocen de la máxima protección que otorga el Derecho internacional<sup>506</sup> al Estado, mediante la posibilidad de poder defender sus intereses estatales marítimos y que en muchos países son fundamentales para el desarrollo económico del país.

Es decir, cuando las tripulaciones de los buques son expuestas a un hecho internacionalmente ilícito tanto en el Estado del pabellón, como en el caso de terceros Estados, o incluso en caso de apresamiento del buque, la doctrina de la CDI enuncia lo siguiente: “El derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática a favor de ellos no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque a exigir reparación a favor de los miembros de la tripulación independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito”.<sup>507</sup>

<sup>506</sup>Véase en este sentido los comentarios al artículo 19 de la CDI, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/59/10). inciso 8).

<sup>507</sup>*Proyecto de artículos...* (A/CN.4/L.647), art. 19.

## La adquisición de nacionalidad del buque y el vínculo genuino con el Estado del pabellón

En el Derecho internacional, para que un buque obtenga el vínculo genuino con el Estado del pabellón (Estado de la nacionalidad) que se requiere para que éste pueda ejercer la protección diplomática a su favor, deberá primero adquirir la nacionalidad de ese Estado mediante la utilización de la bandera del Estado al que pertenece, así como cumplir con los requisitos impuestos por el Estado para obtener el registro del buque.<sup>508</sup>

Esta exigencia es de carácter mundial y tiene como antecedente el artículo 5o. de la Convención de Alta Mar de 1958<sup>509</sup> que estipuló los principios del Derecho internacional en esta materia y que fueron aplicados por Cortes internacionales en algunos asuntos.

Sobre esto último, cabe mencionar que el artículo 91 de esa convención,<sup>510</sup> estipula que cada Estado fijará las condiciones para la subvención de su nacionalidad a los barcos, para el registro de barcos en su territorio y para el derecho de enarbolar su bandera. Además que los barcos tienen la nacionalidad del Estado cuya bandera son titulares para enarbolar y debe haber un vínculo genuino entre el Estado y el barco.

Precisamente dentro de la práctica internacional en esta materia, en el asunto *Saiga*<sup>511</sup> el tribunal llegó a razonar que el objetivo de las premisas de la Convención sobre el Derecho del Mar y sobre la necesidad de un vínculo genuino entre un barco y su bandera, el Estado es el que debe asegurar la eficacia de los deberes que ocasiona el uso de la bandera del Estado, pero no establecer los criterios en cuanto a que la validez del registro de barcos mediante una bandera del Estado, pueda ser desafiado por otros Estados.

En ese sentido, la jurisprudencia internacional de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto *Muscat Dhows*,<sup>512</sup> indicó que le pertenece

<sup>508</sup>Se recomienda sobre este tema a R.R. Churchill y A.V. Lowe, "The Law of Sea", Manchester, Manchester University Press, 1999, pp. 257-263.

<sup>509</sup>Convention on the High Seas (29 April 1958), 450 UNTS 6465.

<sup>510</sup>U.N. Convention on the law of the Sea (10 December 1982), en ILM 21 (1982), pp. 1261-1354.

<sup>511</sup>*M/V Saiga* (núm. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). International Tribunal for the Law of the Sea, 1 July 1999, p. 83, en ILM 38 (1999), pp. 1323-1357.

<sup>512</sup>*Muscat Dhows Case* (France v. Great Britain), P.C.A. (1905), 11 RIAA 83.

a cada soberano decidir a quién se le concederá el derecho de enarbolar su bandera y prescribir las reglas que cubren tales subvenciones.

También en el asunto de la *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*,<sup>513</sup> la opinión consultiva de la CIJ declaró que después del registro, la nacionalidad del navío es la misma que el de la bandera bajo la cual navega y además, los terceros deberán reconocerlo sin establecer la cuestión sobre si un vínculo genuino existe o no, entre el navío y la bandera del Estado.

En otras palabras, la práctica mencionada de los Estados se refirió al modo de adquirir el vínculo genuino del buque con el Estado del pabellón, la cual sirvió como fundamento para que finalmente en la Convención del Derecho del Mar de 1982, se determinaran los criterios actuales que se emplean para adquirir una nacionalidad y el vínculo genuino del Estado del pabellón con los buques.

En resumen, creemos que el elemento que no suscita controversia alguna al cumplir lo exigido por la doctrina y práctica internacional, es la manera de adquirir una nacionalidad y el vínculo genuino entre el Estado del pabellón y el buque.

La razón es porque cuando el buque porta la bandera del Estado y cumple con los requisitos del Estado del pabellón para obtener su registro o matriculación, el Derecho internacional le reconoce al buque que un Estado (Estado del pabellón) le está garantizando la nacionalidad y consecuentemente, el vínculo genuino que se requiere para que el Estado pueda ejercer la protección diplomática cuando éste sufre un hecho internacionalmente ilícito por otro Estado que no es de su pabellón.

## CONSIDERACIONES FINALES

I. La nacionalidad del individuo, requisito de suma importancia para el ejercicio de la protección diplomática, se adquiere mediante el cumplimiento de las exigencias que son impuestas por los ordenamientos in-

<sup>513</sup>*Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion), ICJ Reports, 1960, p. 171.

ternos del Estado que imponen generalmente dos criterios, el *Jus Soli* y *Jus Sanguinis*.

II. Para el ejercicio de la protección diplomática, una nacionalidad podrá adquirirse mediante el nacimiento en un lugar, la filiación, la sucesión de los estados, la naturalización o cualquier otro modo que no esté en contradicción con el Derecho internacional, o en otros términos, que ésta no se haya adquirido de manera fraudulenta. En el caso de la ciudadanía europea, cuando el TUE se refiere a que los ciudadanos europeos podrán beneficiarse de protección diplomática y consular por parte de un Estado miembro, en territorio de un tercer Estado, se refiere al ejercicio de la protección diplomática, *lato sensu*, nunca en sentido estricto, pues únicamente el vínculo genuino de nacionalidad entre el individuo y el Estado es el que da al Estado el derecho de ejercer la protección diplomática para reclamar la responsabilidad internacional del Estado en defensa de sus intereses. Además, hasta el día de hoy, la actual Unión Europea no goza de personalidad jurídica internacional para poder ejercer la protección diplomática.

III. El criterio que predomina para determinar la nacionalidad de las sociedades en la práctica internacional es distinto y más flexible que el que se usa para el individuo. La razón es porque un Estado que conozca de un asunto donde desee ejercer la protección diplomática, se le exige que presente los documentos de constitución de la sociedad, los cuales suponen el cumplimiento a los requisitos legales exigidos en la legislación interna del Estado.

IV. En ese caso cuando se requiera del ejercicio de la protección diplomática, la sociedad que cumpla con el requisito de la nacionalidad podrá beneficiarse únicamente por el Estado de constitución de dicha protección. Pero como consecuencia de la globalización mundial, las grandes sociedades están integradas por accionistas que no son de la nacionalidad del Estado de constitución de la sociedad. Este hecho supone que los individuos y la sociedad puedan ser objeto de un hecho internacionalmente ilícito en el Estado de acogida, dando origen a que conjuntamente el Estado de nacionalidad de los accionistas y el Estado de constitución de la sociedad puedan ejercer la protección diplomática (multiplicidad de Estados en la reclamación). Esta postura es considerada por la doctrina internacional como un modo flexible para el ejercicio de la protección diplomática a favor de individuos que no son del Estado de la nacionalidad de la sociedad, por ende, beneficia a gran número de accionistas que integran las sociedades modernas cuando su Estado de nacionalidad no quiera reclamar en el plano internacional.

V. Como el individuo cambia fácilmente de nacionalidad, la doctrina internacional exige al Estado que desee ejercer la protección diplomática que cumpla con el elemento de la continuidad de la nacionalidad, a fin de evitar que cualquier Estado otorgue su nacionalidad sólo para efectuar una reclamación internacional. El requisito de la continuidad requiere que el perjuicio infligido deba haberse originado a un nacional del Estado reclamante y se exige que posea la nacionalidad del Estado desde la fecha en que se presenta oficialmente la reclamación, hasta que se obtenga la reparación por el Estado que ocasionó el daño. En caso que el individuo adquiriera otra nacionalidad dentro de ese tiempo, el Estado de nacionalidad anterior podrá finalizar la reclamación internacional y el nuevo Estado no podrá ejercer la protección.

VI. Como las sociedades no cambian tan fácilmente de nacionalidad como los individuos, excepto en el caso de sucesión de Estados donde incluso no pierde su personalidad jurídica, la doctrina internacional establece que para satisfacer la regla de la continuidad de nacionalidad en las sociedades se exige el cumplimiento del *dies ad quem*. En otras palabras, se requiere poseer la nacionalidad del Estado, desde la fecha en que se produjo el perjuicio a la sociedad y hasta la fecha en que el Estado presenta la reclamación oficial.

VII. Actualmente el derecho a la protección diplomática no está reservado sólo para individuos con una sola nacionalidad del Estado, puesto que el Derecho internacional no prohíbe poseer doble o múltiple nacionalidad siempre que las legislaciones internas de los Estados lo permitan. La protección diplomática podrá ejercerse conjuntamente por dos Estados de nacionalidad del individuo cuando la persona que sufrió una agresión por parte de otro Estado haya adquirido un vínculo genuino de nacionalidad de buena fe con el otro Estado de la nacionalidad. Consecuentemente, supone que cuando un Estado de la nacionalidad renuncia o decide no ejercer el derecho, el otro Estado de la nacionalidad puede apoyar la reclamación hasta obtener la satisfacción deseada, pero se prohíbe totalmente que el otro Estado que no demandó o que abandonó la reclamación vuelva a requerir en ese asunto la indemnización. La excepción para los casos de doble nacionalidad yace en que la reclamación no sea contra el Estado cuya nacionalidad posea el individuo o contra su Estado de nacionalidad anterior que mantiene el vínculo genuino con el individuo, la cual se requiere para que el Estado pueda ejercer la protección diplomática. Por ejemplo, esto pudiese suceder principalmente cuando un individuo sale de su Estado de nacionalidad

por problemas económicos, políticos o sociales (emigración,<sup>514</sup> inmigración<sup>515</sup> de los individuos) y adquiere un nuevo vínculo genuino con otro Estado que le otorga su nacionalidad, pero aun así no se llega a desvanecer el vínculo con su Estado de la nacionalidad.

VIII. Si bien la CDI reconoce el ejercicio de la protección diplomática a favor de los apátridas y refugiados, hasta la actualidad no existen casos en los que un Estado haya decidido ejercer la protección a favor de un individuo que tenga esa condición debido a las normas internas y la política de cada Estado. Cuando un individuo es apátrida o bien llega a un Estado que le otorga la calidad de refugiado, generalmente no recibe el pasaporte o documentos suficientes como los que concede el Estado a sus nacionales para poder viajar a otro Estado. Asimismo, no adquiere un vínculo con el Estado que le otorga esa calidad. El Derecho internacional exige que para que el Estado pueda proteger sus intereses cuando los enfoca a favor del individuo, se requiere fundamentalmente que este último haya cumplido con la residencia legal e ininterrumpida en el Estado, a fin de obtener el vínculo genuino exigido por el Derecho internacional y la práctica de los Estados.

IX. La nacionalidad del buque se obtiene mediante el cumplimiento de los requisitos que otorgan el registro en el Estado del pabellón y éste le autoriza al buque a usar la bandera de su Estado. No obstante, el Derecho internacional no prohíbe a los buques transportar a individuos con una nacionalidad distinta que en ese caso no adquiere la nacionalidad del buque sólo por tripularlo. Desde hace años en la práctica de los Estados con actividad marítima, era muy común que los buques fuesen tripulados por individuos con nacionalidad distinta a la del buque y ambos sufrían violaciones al Derecho internacional por un Estado que no era de la nacionalidad del buque ni de los individuos. Recientemente la doctrina internacional ha otorgado al Estado del pabellón del buque el derecho para que conjuntamente o por separado con el Estado de nacionalidad de la tripulación, se otorgue la protección diplomática en nombre del buque y de los miembros de la tripulación con nacionalidad distinta, a fin de evitar que la tripula-

<sup>514</sup>Emigración: (*Del latín emigratio-onis, acción de emigrar*). Conjunto de habitantes de un país que trasladan su domicilio a otro por tiempo ilimitado, o en ocasiones temporalmente. Una emigración comprende la emigración o salida de un país y la inmigración en el país de llegada. *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 143.

<sup>515</sup>Inmigración: (*Del latín immigrare, de las raíces in (en) y migrare (irse, pasar), pasar de un lugar a otro*). En sentido amplio es el movimiento de población por el que los individuos dejan su país de origen o residencia habitual para trasladarse a otro distinto y establecer ahí su residencia temporal o definitiva. En sentido estricto implica la integración del individuo en la comunidad del Estado de su nuevo asentamiento y por tanto, su permanencia en él. *Ibidem*, p. 192.

ción de un buque se quede sin recibir la adecuada protección que otorga el Derecho internacional cuando su Estado no los quiera proteger, o bien, cuando la tripulación se encuentre trabajando o asistiendo en un buque que no es del Estado de su nacionalidad. Aunque en nuestra opinión, pudiera suceder que esta institución sólo pudiera ser ejercida por Estados cuya actividad marítima es superior a la de otros Estados, si bien prácticamente dicha determinación no interesaría al resto de Estados con actividad marítima mínima o nula, pero sí a los que tienen gran interés en proteger o cuidar el desarrollo de sus respectivas actividades marítimas.



## El agotamiento de los recursos internos. Requisito previo para el ejercicio de la protección diplomática

LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS.  
LA TEORÍA CONSUECUDINARIA EN EL PROCEDIMIENTO INTERNACIONAL

Tras largos estudios de esta materia,<sup>516</sup> parece incuestionable el reconocimiento del carácter consuetudinario de la regla de Derecho internacional que postula la necesidad del agotamiento de los recursos internos, como fase previa para que pueda ser iniciado un procedimiento de tipo internacional, como por ejemplo el de la protección diplomática.

En ese sentido, Borchard<sup>517</sup> nos indica que esa situación obedece a cinco razones. Primero, porque el ciudadano que va al extranjero se supone que entra en un lugar donde, según la ley local, cuenta con los medios necesarios para la reparación de cualquier daño ocasionado.

En segundo lugar, porque el derecho de soberanía e independencia garantiza que el Estado local cuenta con libertad de interferencia en los tribunales y supone que ellos son capaces de hacer justicia.

En tercer lugar, el gobierno del ciudadano que se queja, debe dar la oportunidad al otro gobierno de hacer justicia sobre su nacional

<sup>516</sup>Véase principalmente los comentarios de A. Gómez-Robledo Verduzco, “El problema del previo agotamiento de los recursos internos en derecho internacional”, en *Temas selectos de Derecho internacional*, 4a. ed., México, D.F., UNAM, 2003, pp. 209 y ss. (en adelante Gómez-Robledo *El problema del previo agotamiento*); T. Haesler, “The exhaustion of local remedies in the case law of International Courts and Tribunals”, A.W. Sijthoff Leyden, 1968, pp. 23 y ss.; E. Ruiloba Santana, “El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional”, tesis doctoral inédita (extracto), Valencia, Universidad de Valencia, 1970, pp. 11 y ss. (en adelante E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos* (extracto)).

<sup>517</sup>Se recomienda la explicación de E.M. Borchard, *Diplomatic Protection*, pp. 815-818.

ofendido y así evitar, de ser posible, toda ocasión para discusiones internacionales.

En cuarto lugar, cuando el daño es cometido por un funcionario del gobierno, será necesario agotar los recursos locales para demostrar que el acto injusto o la denegación de justicia son actos deliberados del Estado.

Y en quinto lugar, si se da un acto deliberado del Estado, cuando no esté dispuesto a corregirlo, sólo así la interposición diplomática se hace apropiada.

Pero este requisito consuetudinario encierra, al igual que el requisito de la nacionalidad del individuo, ciertas cuestiones y problemas a la hora de ponerlos en práctica, distintivos de cualquier norma consuetudinaria. Por tal motivo, en los siguientes puntos empezamos a estudiar cada parte de la regla del agotamiento, iniciando con el análisis sobre los elementos que pueden componer la regla. La finalidad de este tipo de análisis es para entender las nuevas características y modalidades que se presentan en dicha regla para la práctica internacional.

### *Naturaleza jurídica de la regla del agotamiento*

En la institución normativa del agotamiento de los recursos internos, su naturaleza viene perfilada por las apreciaciones que le correspondan dentro de la teoría general de la norma jurídica. La razón es porque en toda hipótesis en la que nos encontremos frente a reclamaciones internacionales ocasionadas inicialmente por los daños causados a personas privadas, la regla del previo agotamiento de los recursos internos deberá encontrar siempre su campo de aplicación dentro de cualquier procedimiento internacional.

En primer lugar y pese a que a veces es calificada de principio, en realidad se trata de una norma consuetudinaria, sin que haya razones suficientes para elevarla a la categoría de principio general del Derecho, tal como fue establecido en el asunto de la *Elettronica Sicula* (ELSI) ante la CIJ.<sup>518</sup>

<sup>518</sup>*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), ICJ Reports 1989, pp. 42 y ss.

No obstante, cabe aclararlo de una vez, la regla no es una norma rígida o de Derecho estricto, sino que pertenece a la categoría de las normas elásticas o flexibles cuyo contenido no está particularmente delimitado y cuya aplicación, casi siempre, necesita de la discrecionalidad judicial en el Estado donde se lleva a cabo.

Por ello, la regla del previo agotamiento de los recursos internos se define como

una regla consuetudinaria de derecho internacional, en virtud de la cual, un Estado no puede ejercer en contra de otro Estado su derecho a la protección diplomática en favor de su nacional, sino bajo la condición que este último haya puesto en marcha y sin ningún éxito, todos los medios de reparación o corrección que le eran ofrecidos por la legislación del Estado en contra del cual la reclamación internacional es presentada.<sup>519</sup>

A nuestro parecer, aunque en dicho concepto se realza el carácter elástico de la norma que revela la indeterminación de sus conceptos centrales utilizados para expresarla, no podemos omitir el desglose de los elementos que componen ese concepto.

En primer lugar, en cuanto al concepto de recurso, la exclusión de los recursos no eficaces y suficientes requiere la previa calificación por el juez internacional sobre la base de su apreciación de la prueba contra presunciones *iuris tantum*, prueba que de ser suficiente, tampoco conduce a otra cosa que a una presunción en sentido contrario, puesto que la certeza absoluta de la ineficacia de un recurso no se podrá obtener generalmente sino al cabo de su ejercicio.

En segundo lugar, al referirse al concepto de agotamiento, la exactitud de la regla se detiene en la formulación de un *standard jurídico*, que es el de la diligencia media del particular en el ejercicio de los medios que el Estado pone a su disposición para la reparación del daño.

Aunque si lo enfocamos desde otro punto de vista, se trata de una norma de carácter dispositivo, por contraposición a las normas de *ius cogens* que puede ser descartada por la voluntad de las partes. Dicha voluntad puede hallarse manifestada de un modo expreso en el

<sup>519</sup>Cfr. *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 292.

instrumento convencional del que deriva la competencia del órgano internacional, o bien de un modo implícito, cuando la declaración de voluntad de las partes se deduce que quisieron someter al órgano internacional el fondo de su diferencia, en *stricto sensu*.

En este desglose al concepto del agotamiento de los recursos internos, se desprende evidentemente que su necesidad viene dictada *prima facie*, por un modo de razonar elemental. Pero esta aparente claridad del tema desaparece una vez admitida la exigibilidad del requisito, donde se toma contacto con los problemas que plantean su sentido y precisión.

Por ello, otro aspecto que es preciso señalar es el de la vinculación de la regla del agotamiento de los recursos internos con las relaciones entre las jurisdicciones internacionales y las jurisdicciones nacionales. En realidad, estas relaciones se derivan de la relación existente entre el Derecho internacional y el Derecho interno que se pone en evidencia al aplicar la regla.

Luego, hace suponer que la regla existe en función de la confianza debida a los sistemas judiciales de cada Estado y su finalidad no es simplemente imponer formalidades para evitar la susceptibilidad de los Estados en relación con su soberanía.

De esta forma suponemos que el control internacional es una garantía más de las existentes, con relación a las que ofrecen los Estados, donde se perfecciona sin cesar su propio sistema de protección judicial. No obstante, el control internacional se sitúa al exterior de la organización judicial de cada Estado, con la finalidad para decidir si, cumplida la condición del agotamiento de los recursos internos, el comportamiento del Estado puede ser considerado como causa de la violación de una obligación internacional.<sup>520</sup> Así que en consecuencia, ubicaría al control internacional en poder de una Corte Suprema, tal como lo ha expuesto acertadamente *Rolin*.<sup>521</sup>

Sin embargo, en relación con el punto anterior, llegamos a recordar que existieron dos objeciones que impidieron el éxito en la Conferencia

<sup>520</sup>Véase en este sentido a G. Strozzi, *Interessi Statali e interessi privati nell'ordinamento Internazionale*, Dott, Milano, A. Giuffrè Editore, 1977, pp. 343 y ss.

<sup>521</sup>Véase H. Rolin, "Le contrôle international des juridictions nationale", en RBDI II (1967-1), pp. 1 y ss.

de la Haya de 1930 donde se discutió esa situación. La primera se basó en la separación de poderes, pero no por que se haga responsable al ejecutivo de los daños causados por el poder judicial, sino que el Estado es siempre responsable por las inexactitudes de sus órganos. Y la segunda objeción era el carácter de la cosa juzgada de las decisiones judiciales internas, debido a que la base de la regla está en la necesidad de conciliar la estabilidad del orden jurídico nacional con el principio en la susceptibilidad de la opinión pública, ante el hecho de poner en tela de juicio el funcionamiento regular de los tribunales locales del Estado.

Por todo ello, en suma se nos conduce a determinar que si existe acuerdo en que han de haber sido agotados los recursos internos antes que pueda prosperar una reclamación internacional. Pero, ¿cuándo se puede decir que han sido agotados?, ¿cuándo no es exigible el requisito?, y ¿cuál es técnicamente la consecuencia del inagotamiento (no agotamiento)? El desarrollo de estos tres interrogantes plantea a su vez una serie de problemas conexos, muchos de ellos de no fácil solución, sobre los cuales es precisa la elaboración de una teoría jurídica mucho más compleja que analizamos en este capítulo.

### *El surgimiento de responsabilidad internacional.*

#### *Consecuencia primordial del agotamiento de los recursos internos del Estado*

Como ya lo mencionamos anteriormente, la regla del agotamiento de los recursos internos es una regla consuetudinaria de Derecho internacional, en virtud de la cual, un Estado no puede ejercer en contra de otro Estado su derecho de protección diplomática a favor de su nacional, sino hasta que el individuo haya puesto en marcha previamente todos los medios judiciales y sin obtener reparación en el Estado contra el que se presenta la reclamación internacional, opinión que comparten otros autores.<sup>522</sup>

<sup>522</sup>Véase en este sentido a J.H.W. Verzijl, "La règle de l'épuisement des recours internes" (Session de Grenade) en *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1956/1, p. 1; A.A. Cançado Trindade, "Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international law", en RBDI XII (1976-2), pp. 502 y ss.; E. Ruiloba Santana, "El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo", Adolfo Míaja

Con base en ese criterio, inicialmente, la regla se presenta como una obligación a cargo del individuo impuesta por el Derecho internacional de dirigirse previamente a los tribunales nacionales del Estado que le ocasionó el daño. Pero si se hace mención de esa obligación, estamos planteando que la regla funciona como un requisito previo que da origen a la responsabilidad internacional del Estado por daños a extranjeros, observándose que el agotamiento de los recursos internos no es condición suficiente, sino solamente condición necesaria, para el surgimiento de la responsabilidad internacional.

En este sentido encontramos que en la *Conferencia de Codificación del Derecho internacional de la Haya en 1930*, el representante de España expresó su punto de vista, afirmando que:

para que exista la responsabilidad, es necesario previamente que los recursos judiciales hayan sido agotados. Mientras que el Estado no haya dicho su última palabra, la responsabilidad internacional no existe. No se trata de suspensión de esta responsabilidad, se trata más bien del nacimiento de la responsabilidad. Es evidente que, desde el instante en el que haya daño, hay responsabilidad, pero es no obstante, una responsabilidad del Estado desde el punto de vista interno.<sup>523</sup>

Ahora bien, si se analiza esta postura, se desprende que los recursos internos deben de haber sido agotados para que pueda ser posible contener una violación de Derecho internacional. Por consiguiente, el hecho internacionalmente ilícito no existirá necesariamente como consecuencia de una decisión definitiva imputable a los órganos del Estado, porque ello supone que los órganos que integran el Estado estén en condiciones de impedir la realización del acto ilícito internacional en cualquier situación.

---

de la Muela (prólogo), Valencia, Universidad de Valencia, 1978, p. 203 (en adelante E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*); L. Martínez Agulló, "El agotamiento de los recursos internos y el caso de la "Barcelona Traction", en REDI XXIII (1970-1), pp. 344 y ss.; Gómez-Robledo *El problema del previo agotamiento*, pp. 210 y ss.

<sup>523</sup>Citado en E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, pp. 137-138.

Pero, si no ha intervenido una decisión definitiva por parte del órgano que repara el daño a un particular extranjero, el Estado no puede ser considerado como jurídicamente responsable desde el punto de vista del Derecho internacional, tal como el juez Manley O. Hudson en su opinión disidente del caso *Ferrocarril Panavezys Saldutiskis*<sup>524</sup> lo afirmó.

Por otro lado, para el profesor Guggenheim,<sup>525</sup> la responsabilidad del Estado nace en el momento en que la violación del Derecho internacional se produce y poco importa el órgano del Estado al cual le fuese imputable el hecho ilícito. Tal es el caso por ejemplo, cuando un órgano del Estado tortura a un extranjero, donde inmediatamente el Estado incurre en responsabilidad internacional a partir de ese momento, porque el solo acto de la tortura hace surgir una causa de acción en contra del Estado responsable. No obstante, el derecho de acción, es decir, el derecho a interponer una reclamación internacional, queda suspendido en tanto el Estado tenga la oportunidad de remediar la situación mediante una reparación por conducto de sus tribunales.

Aunque en realidad, la diferencia entre las hipótesis de que hay una violación de derecho internacional cometida por algún órgano del Estado (por ejemplo, expropiaciones sin ninguna indemnización) y la hipótesis en donde existe una violación del Derecho internacional por un poder estatal (por ejemplo, el caso de una denegación de justicia), es una distinción que se realiza con el fin de acentuar el carácter procesal que posee la regla del agotamiento de los recursos internos.

De tal modo que cuando se trata de una violación de Derecho internacional la responsabilidad del Estado vendría a originarse aun antes que se intente agotar los recursos ante tribunales internos y de igual manera debería decirse para el caso en el que la violación consista en una denegación de justicia, que por lo general es cometida por un tribunal en primera instancia.

Pero en caso que la decisión del tribunal pueda ser aún susceptible por algún recurso, entonces no se puede afirmar que la responsa-

<sup>524</sup> *Panavezys-Saldutiskis Railway* PCIJ Reports, 1938. Series A/B, núm. 76, p. 47.

<sup>525</sup> Así lo observa el profesor ante el Instituto de Derecho Internacional. Véase en *AIDI...* 1956/1, pp. 32 y ss.

bilidad internacional del Estado se encontraba ya comprometida. Por ende, se traduce que la responsabilidad sería teóricamente posible desde el momento en el que exista un hecho internacionalmente ilícito.

Ahora que si los recursos jurídicos disponibles en el Derecho interno permiten todavía una posibilidad de reparar el daño, entonces es obligación primordial el agotamiento de tales recursos, con la finalidad que el Estado del individuo perjudicado pueda ejercer protección diplomática.

Por ello es que se afirma<sup>526</sup> que dicha teoría es el resultado de una confusión entre el momento en el cual aparece la responsabilidad internacional y el momento en el cual dicha responsabilidad está en condiciones de ser sometida a una jurisdicción internacional.

Aunque a nuestro parecer, la regla del agotamiento de los recursos internos queda siempre como una condición de la puesta en juego de la responsabilidad internacional y no como una regla que pudiese ser condición del nacimiento de dicha responsabilidad.

Por consiguiente, no creemos que exista una inevitable coincidencia entre las causas que dan el surgimiento a la responsabilidad internacional y el derecho a la protección diplomática.

En síntesis, si bien a nuestro parecer se intenta delimitar con claridad el derecho a la reparación del daño que se origina análogamente por el hecho internacionalmente ilícito y con el derecho a la acción internacional, derecho que en consecuencia queda subordinado a la regla del agotamiento de los recursos internos.

Podría parecer que la consecuencia que se desprende de la completa aceptación de esta postura, nos guiaría a admitir que el juez nacional ejerce una cierta función de juez internacional, siempre y cuando conozca de controversias por daños causados a extranjeros, pues en tal caso, el juez nacional realizaría un verdadero acto de jurisdicción internacional de primera instancia, que sería de algún modo examinada en segunda instancia por el juez internacional.

<sup>526</sup>Véase principalmente los comentarios de C. Felix Amerasinghe, "State responsibility for injuries to aliens", Nueva York, Oxford University Press, 1967, pp. 213 y ss.; J. Chappetz, "La règle de l'épuisement des voies de recours internes", París, A. Pedone, 1972, pp. 19 y ss.

En definitiva, no se puede omitir la obligación de cumplir con el requisito de agotar los recursos internos, debido a que rige por igual a las personas físicas, así como para las personas jurídicas o morales.<sup>527</sup>

En la práctica procesal del Derecho internacional, la necesidad de agotar los recursos internos, abarca el ejercicio de todos los procedimientos previstos en el Derecho interno del Estado que comete la lesión al individuo, por medio de los cuales, el particular se dirige a un órgano competente del Estado y del que se espera que otorgue una reparación adecuada por el daño que originó la responsabilidad internacional de ese Estado.

Por ejemplo, cuando una empresa extranjera financiada con capitales públicos tiene que agotar los recursos internos, únicamente lo hará en caso que realice los llamados *acta juris gestionis*. Pues en caso contrario, por ejemplo, como lo son los diplomáticos o las empresas del Estado que realizan *acta jure imperio*, no están obligados a agotar los recursos internos. Ello se debe a que el daño que puedan sufrir estas personas constituye un daño directo para el Estado, el cual, será siempre inoponible a la regla del agotamiento de los recursos internos.

De esta forma llegamos a cuestionar, ¿cómo se puede interpretar el alcance del recurso legal ante el órgano jurisdiccional interno del Estado en cuestiones de tipo internacional?

Creemos que éste no se halla restringido en atención al individuo legitimado para entablar la acción legal, porque se incluyen todos los recursos, sin excepción, que puede entablar el particular por cuya lesión tiene lugar la reclamación internacional. Incluso, aunque sea un perjudicado indirectamente, como los que están abiertos a la víctima directa del daño, siempre y cuando reúnan las características necesarias. De este modo es que observamos que la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre esta regla,<sup>528</sup> apoyan el principio de que se deben de agotar todos los recursos legales existentes en el Estado.

<sup>527</sup>Véase en este sentido y sus comentarios a T. Haesler, *The exhaustion of local remedies...*, *op. cit.*, p. 23; E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos* (extracto), pp. 15 y ss.; G. Strozzi, *Interessi Statali e interessi privati...*, *op. cit.*, pp. 362 y ss.

<sup>528</sup>Véase *Oppenheim's International Law* (1992), p. 523; C. Felix Amerasinghe, "Local Remedies in International Law", 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 43 y ss.

No obstante, el concepto de recurso, a los efectos de la regla, no se extiende a los medios que dentro de cada procedimiento pueda utilizar el particular para fundamentar su demanda. Esto se debe a que la consideración de tales medios está únicamente en función de la eficacia y suficiencia de cada recurso, esto es, de cada instancia en su conjunto.

Entonces, si partimos de este principio, estaríamos aceptando que el nacional debe de agotar todos los recursos judiciales que tenga a su alcance según el Derecho interno del Estado, además, a nuestro parecer, los recursos internos deben de estar siempre disponibles tanto en forma teórica como práctica, para el buen desempeño del Derecho.

Por ello se ha mencionado<sup>529</sup> que el agotamiento de los recursos se da cuando el particular interpone y prosigue hasta su término, todos los recursos comprendidos en la regla hasta la última instancia y en las debidas condiciones.

Es decir, sustancialmente un recurso no se puede considerar debidamente agotado cuando el particular no ha alegado y probado en él, los hechos que sustentan la pretensión internacional. Tanto en lo respectivo a la práctica de la prueba, como a la conducción del procedimiento del particular, incluida la presentación de hechos distintos a los alegados en el plano internacional, pero cuya valoración por los órganos internos, puede contribuir a obtener una adecuada reparación.

Y en caso contrario, el requisito del agotamiento no se cumple, si el particular no ha actuado dentro de cada recurso con una diligencia media, cuya necesidad surge al hacerse imposible precisar de un modo general, cuál ha de ser la conducta exigible al recurrente, dentro de cada instancia.

Precisamente debemos advertir que, aún hay cierto grado de desacuerdo respecto a la medida por la que el extranjero debe poner a prue-

(en adelante C. Felix Amerasinghe *Local Remedies*); A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 58 y ss. (en adelante A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*); T. Haesler, *The exhaustion of local remedies...*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.; Segundo informe sobre protección diplomática, presentado por el Relator Especial J. DUGARD. Doc. A/CN.4/514, párr. 6 y ss. ( en adelante Segundo informe... (A/CN.4/514)); J.A. Vives Chillida, "Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos/Italia)", en REDI XLIV (1992-1), pp. 14 y ss.

<sup>529</sup>Véase E. Ruiloba Santana *El agotamiento de los recursos internos* (extracto), pp. 16 y ss.

ba y agotar los recursos internos que están disponibles más en forma teórica, que en el carácter práctico o real.

Ejemplos de ello se pueden encontrar dentro de la práctica internacional. Tal es el caso de *Rhodope Forest claim*,<sup>530</sup> donde el Tribunal arbitral decidió que no cabía agotar los recursos en los casos en que el soberano disfrutaba de inmunidad judicial con arreglo al Derecho interno. O en el caso del *Ferrocarril Panavezys-Saldustiskis*,<sup>531</sup> donde la CPJI se negó a aceptar que no había jurisdicción, ni recurso interno respecto de la impugnación de la validez de un acto de confiscación *jure imperii* por parte del gobierno. Consecuentemente, la regla del agotamiento de los recursos internos no se aplica.

Precisamente, ese último principio también fue confirmado posteriormente en el asunto de la *Elletrónica Sicula S.p.A. (ELSI)*,<sup>532</sup> al igual que en el asunto *Ambatielos*.<sup>533</sup> En el laudo arbitral de este último, la comisión arbitral determinó que un súbdito extranjero no había agotado los recursos internos al no presentar un testigo fundamental y sostuvo que los recursos internos incluían no sólo las Cortes y los Tribunales, sino también los procedimientos que según el Derecho interno, tenían los litigantes ante esas Cortes y Tribunales.

En el mismo sentido, en el asunto de *Finnish Vessels Arbitration*<sup>534</sup> se decidió que para agotar los recursos locales, el litigante privado tiene que presentar ante los Tribunales locales, todo el material que razonablemente esté disponible y que pueda ser esencial para tener éxito en el caso.

Así que en conclusión, podemos fijar la postura que para comprobar que un recurso se haya agotado conforme a la regla, es preciso que el particular haya respetado en su ejercicio los requisitos procesales de tiempo y forma establecidos por el Derecho interno para su tramitación, de tal modo que la decisión que lo desestime, no se apoye única y exclusivamente en el incumplimiento de estos requisitos.

<sup>530</sup>Véase *Rhodope Forest claim* (1933), 3 RIAA 1420.

<sup>531</sup>*Panavezys-Saldutiskis Railway* PCIJ Reports 1938. Series A/B, núm. 76, p. 29.

<sup>532</sup>ICJ Reports 1989, pp. 45-46.

<sup>533</sup>*Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA, 119.

<sup>534</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1505.

## *El proceso de aplicación la regla del agotamiento*

A pesar que cuando nos adentramos en la práctica internacional sobre este tema, como lo es en el asunto *Ambatielos*<sup>535</sup> y el asunto *B.S. Nielsen v. Denmark*,<sup>536</sup> visiblemente nos topamos con el principio de que hay que agotar todos los recursos legales existentes que ofrezca el Estado al agraviado, creemos que es indiscutible conocer cuáles son las vías de recursos que deben ser agotadas, antes de que la reclamación pueda ser conducida al plano internacional, fundamentalmente por la situación del extranjero, pues éste es el único que debe emplear todos los recursos previstos por el orden jurídico interno, pero siempre que el Estado sea capaz de proporcionar una solución al litigio que se entabla en su contra.

Inicialmente, recordemos que el criterio esencial para la determinación de los recursos que tienen que ser agotados, es el de la eficacia y suficiencia de cada recurso en concreto para obtener una reparación adecuada,<sup>537</sup> con lo que se accede al cumplimiento de la exigencia de que se hayan planteado en la vía interna todas las alegaciones formuladas ante la instancia internacional.

Esta fórmula establecida da a entender que el demandante no sólo tiene que haber agotado los recursos como cuestión de Derecho, de conformidad con el principio *ubi jus ibi remedium*, sino que tiene también que tratar de obtener una reparación de los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, o Judicial) en el ejercicio de las facultades discrecionales de éste. Sin embargo, esta es una cuestión regida por la organización jurisdiccional de cada Estado y por consiguiente, debe resolverse según cada caso en particular.

Para la teoría,<sup>538</sup> los recursos internos que deben agotarse incluyen los de carácter jurídico, pero no los de carácter extrajurídico o los que se otorguen a título graciable, ni aquellos que obedecen al propósito

<sup>535</sup>*Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA 120.

<sup>536</sup>*B. Schouw Nielsen v. Government of Denmark* (1958), Application núm. 343/57, en 2 EYHR, 438.

<sup>537</sup>Cfr. T. Haesler, *The exhaustion of local remedies...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>538</sup>Véase en este sentido a E. Jiménez de Aréchaga, "General course in public International law", en R. des C. 159 (1978-1), pp. 293 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 499.

de obtener un favor y no reivindicar un derecho. De ahí que en la mayoría de los casos, surja una clara distinción entre recursos ordinarios y recursos extraordinarios.

Precisamente el proyecto de la Convención sobre la Responsabilidad de los Estados por Daños Causados en su Territorio a la Persona o los Bienes Extranjeros de 1961, señaló que se considerarán agotados los recursos internos si el demandante ha empleado todos los recursos administrativos, arbitrales o judiciales que estaban disponibles por el Estado acusado,<sup>539</sup> pero siempre y cuando el súbdito extranjero tenga derecho a obtener reparación de ellos.

Ahora bien, si por recursos administrativos se entiende que son todos aquellos recursos que están disponibles por el poder ejecutivo del gobierno, así como los recursos especiales que puede proporcionar la acción legislativa y judicial para obtener una reparación,<sup>540</sup> entonces llegamos al caso de que si en ese Estado el Derecho interno prevé en sus disposiciones legales que se autoriza a apelar las decisiones del primer tribunal ante una Corte o Tribunal supremo, obviamente bajo ciertas circunstancias, entonces habrá que interponer obligatoriamente esa apelación de manera que se llegue a un fallo definitivo en la controversia, tal como se dictaminó en el asunto *Salem*.<sup>541</sup>

Inclusive, tal como se sostuvo en el asunto de *Finnish Vessels*,<sup>542</sup> en la vía interna no tienen por qué plantearse iguales alegaciones que puedan fundamentar la demanda internacional, las cuales, seguramente no tendrán apoyo necesario en el Derecho interno.<sup>543</sup> Pues no cabe duda que mientras que con alegaciones jurídicas distintas de las internacionales puede obtenerse una reparación adecuada y por tanto, obtenerse el nexo entre la pretensión internacional y la que ha debido formularse en la vía interna, creemos que se limita su coexistencia en los hechos y en las peticiones, aunque la eficacia de los recursos internos se habrá de valorar exclusivamente en relación con aquéllos.

<sup>539</sup>Véase en *Yearbook...*, 1969, vol. II (A/CN.4/217), p. 140.

<sup>540</sup>Véase en este sentido a L.B. Sohn y R.R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interest of aliens", en *AJIL* 55 (1961-III), pp. 564 y ss.

<sup>541</sup>*Salem Case* (Egypt v. USA) (1932), 2 RIAA 1177 y ss.

<sup>542</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1505.

<sup>543</sup>Véase en este sentido a E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos* (extracto), p. 15.

Comparativamente, sucedió en el caso *Velásquez C. Rodríguez* en la CIDH,<sup>544</sup> donde se puede sostener que los recursos administrativos o de otra índole que no sean judiciales y tengan un carácter totalmente discrecional, definitivamente no quedan comprendidos en la aplicación del principio del agotamiento de los recursos internos, pues evidentemente el haber agotado los recursos internos y en consecuencia obtener la reparación, no queda comprendido en el ámbito del principio del agotamiento de los recursos internos que se expuso en otros casos.

La utilización del contenido de la regla en la práctica internacional

Como ya lo mencionó anteriormente el profesor *Gómez-Robledo*,<sup>545</sup> el extranjero debe emplear todo recurso previsto por el orden jurídico interno, que sea capaz de proporcionar una solución al litigio. O en otras palabras, tal como lo señaló el Instituto de Derecho Internacional en 1956,<sup>546</sup> si el daño que sufre la persona extranjera es resultado de la actividad del Poder Legislativo, o de los más altos órganos del Ejecutivo, incluso de cualquier otro poder del Estado, la regla del previo agotamiento deberá ser aplicada sin excepción.

Es decir, el alcance de la regla del agotamiento empieza cuando el extranjero que fue víctima de un hecho internacionalmente ilícito, está en la obligación de utilizar previamente toda la jerarquía de las instancias ofrecidas por el Estado de acogida, pero antes que pueda someter su demanda ante una jurisdicción internacional.

No obstante, en la práctica internacional, como por ejemplo en el caso de *Finnish Vessels*,<sup>547</sup> la principal fórmula de la regla incluye no sólo el sometimiento de la queja ante los tribunales ordinarios, sino también a todas las autoridades locales que tengan los medios de proporcionar una reparación efectiva, adecuada y aceptable en el plano internacional contra el Estado demandado.

Pero no podemos olvidar que ante cualquier supuesto que nos encontremos, las vías de recurso que deben ser agotadas antes que

<sup>544</sup>*Velásquez c. Rodríguez*, CIDH (excepciones preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1 (1994).

<sup>545</sup>Gómez-Robledo *El problema del previo agotamiento*, p. 221.

<sup>546</sup>Véase las observaciones de Verdross p. 48, *Guggenheim*, p. 34 y *Verzijl*, p. 99, en AIDI..., 1956 (session de Grenada).

<sup>547</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA, 1479.

la reclamación pueda ser conducida al plano internacional, es una cuestión regida por la organización jurisdiccional de cada Estado y por consiguiente, debe resolverse según cada caso en particular.

Y es que en realidad, dentro de la práctica, habitualmente un gran número de Estados prevén en sus ordenamientos que la decisión del primer Tribunal es susceptible de ser modificada por el órgano de casación, que es en general la instancia suprema. Pero para el punto de vista del Derecho internacional,<sup>548</sup> es sumamente esencial saber si la decisión a la que da lugar el recurso, debe ser interpretada como una decisión definitiva que no sea ya susceptible de ningún recurso, pues es en ese preciso instante que se puede afirmar que el agotamiento de los recursos internos ha sido efectivo.

El ejemplo a esta postura la podemos ver en el asunto de la *Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria*<sup>549</sup> (Bélgica c. Bulgaria), donde la CPJI tuvo oportunidad de examinar ese problema cuando Bulgaria invocó en su segunda excepción, la falta del agotamiento de los recursos internos y que vale la pena dedicarle algunas líneas por todas las aportaciones que se presentan en el caso.

En el origen de la controversia, encontramos una sociedad de nacionalidad belga que era concesionaria en Bulgaria de la distribución de electricidad para la iluminación de la ciudad de Sofía. Pero poco después de la guerra de 1914-1918, se constituyó un Tribunal arbitral mixto belga-búlgaro, que en 1925 dictó un fallo definitivo por el que se ordenaba a Bulgaria la restitución inmediata de las instalaciones a la compañía belga y el pago de una indemnización.

Posteriormente, aunque la demanda introducida por Bélgica ante la CPJI había sido prematura e irregular en virtud de todavía no haberse dictado una *decisión definitiva*<sup>550</sup> por parte de los Tribunales internos. En la demanda del 26 de enero de 1938 ante la CPJI, Bélgica

<sup>548</sup>Véase en este sentido J. Chappez, *La règle de l'épuisement...*, op. cit., pp. 179-195; C.G. Tenekides, "L'épuisement des voies des recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", en RDILC 16 (1933-2), pp. 545 y ss.

<sup>549</sup>*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 77, pp. 64-74.

<sup>550</sup>Por el término decisión definitiva debe entenderse: "un medio otorgado al Estado interesado para impedir que un diferendo internacional se genere, mientras exista la posibilidad que el origen sea eliminado por una decisión de las autoridades nacionales". Véase en este sentido la

pide a la Corte declarar que Bulgaria ha incumplido sus obligaciones internacionales por la inejecución de la sentencia del tribunal arbitral, al haber modificado en forma ilícita el cálculo del precio de electricidad y al promulgar una ley de impuesto especial sobre la distribución de la energía.

No cabe la más mínima duda que Bélgica pretendía que la regla del agotamiento se aplicara sólo en relación con los recursos ordinarios, debido a que el recurso ante la Corte de casación era un recurso extraordinario y consecuentemente, no tenía obligación de agotar esa vía.

Pero en el examen sobre este punto, la Corte simplemente reduce la controversia a la siguiente pregunta: ¿cuando se introdujo la demanda, existía una decisión definitiva o dicha decisión definitiva no había sido dictada?<sup>551</sup>

La CPJI, en la sentencia del 4 de abril de 1939,<sup>552</sup> retiene la excepción expuesta por Bulgaria, considerando que en el presente caso la regla del agotamiento, según el Tratado de 1931, implica el agotamiento de todas las peticiones, incluyendo las peticiones a la Corte de casación, a una decisión que le dé el final al juicio, a una que dé por anulado el juicio ante el Tribunal de apelación y que sea devuelto para un nuevo juicio, o cuando se dé por rechazada la petición.

Es decir, se desecha implícitamente la calificación de *recurso extraordinario*, porque según el criterio de la Corte, lo vital era saber si la vía del recurso permitía modificar una decisión dictada por una instancia inferior. Lo que significa que en el momento en que la demanda de Bélgica era introducida ante la CPJI,<sup>553</sup> todavía no se había dictado una decisión definitiva por parte de los Tribunales nacionales.

Finalmente, aunque en ese caso suponemos que la Corte no aplicó la regla con un exceso de formalismo, sobre todo si se tiene en cuenta que la Corte de casación de Bulgaria desechó el recurso interpuesto por la sociedad belga pocas semanas más tarde y antes que la CPJI se hubiese pronunciado.

---

Opinión disidente de juez Anzilotti en *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 77, pp. 96-97.

<sup>551</sup>*Ibidem*, p. 79.

<sup>552</sup>*Ibidem*, p. 80.

<sup>553</sup>*Ibidem*, p. 97.

En nuestra opinión, dicho fallo de la Corte afirma la necesidad de existir una decisión definitiva del Estado y además rechazar el intento de distinción entre recursos ordinarios y recursos extraordinarios, pero advertimos que ese tema es por demás delicado y de un estudio por separado en el Derecho interno de los Estados.

*El sentido negativo de la regla del agotamiento.  
La ineficacia e inefectividad en los recursos internos del Estado*

Como cualquier otra regla a la que estamos sujetos, sobre todo en cuestiones del Derecho, la regla del agotamiento de los recursos también tiene un sentido negativo. Ese carácter o sentido negativo de la regla le es dado por lo que se conoce como la doctrina de la *inutilidad obvia*, establecida en la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de la Haya de 1930,<sup>554</sup> donde se establecía que se excusaba al reclamante de agotar los recursos internos, o bien, no era necesario agotar los recursos internos cuando ellos son inútiles o ineficaces.

Pero al estudiar la práctica encontramos que, aunque esta doctrina fue aceptada en el asunto *Ambatielos*,<sup>555</sup> en el asunto *Panavezys-Saldutiskis Railway*<sup>556</sup> y en el asunto *Norwegian Loans*,<sup>557</sup> donde se señaló que se debe demostrar claramente la ineficacia del recurso, en realidad encontramos que la doctrina de la inutilidad obvia tiene su origen con la participación del árbitro *Bagge* en la jurisprudencia del asunto *Finnish Vessels Arbitration*.<sup>558</sup>

No obstante, nos sorprende que no son las únicas posturas internacionales que apoyan a la doctrina, pues localizamos que el apoyo más decidido de ese tipo de jurisprudencias ha sido por parte de la Comi-

<sup>554</sup> *Yearbook...*, 1956, vol. II (A/CN.4/96), p. 226.

<sup>555</sup> *Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956). 12 RIAA 119-123.

<sup>556</sup> *Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 76, pp. 48 y ss.

<sup>557</sup> *Certain Norwegian Loans* (France v. Norway) Judgment of 6 July 1957 (Preliminary Objections) ICJ Reports 1957, pp. 39 y ss.

<sup>558</sup> *Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1479-1505; véase más sobre este tema a I. Bagge, "Intervention on the Ground of damage caused to nationals, with particular referent to exhaustion of local remedies and the rights to Shareholders", en BYIL, vol. XXXIV (1958), pp. 162-163.

sión Europea de los Derechos Humanos en el asunto *Retimag v. FRG*,<sup>559</sup> en donde se ha llegado a aplicar la norma de la inutilidad obvia para la defensa del *standard mínimo* en los derechos humanos.

Además en esos temas, el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocido como *Pacto de San José*,<sup>560</sup> también sigue el sentido expuesto por la Comisión Europea de los Derechos Humanos, expresando lo siguiente:

Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Por otro lado, en el campo doctrinal también se ha seguido el apoyo a esa doctrina, pues encontramos a reconocidos especialistas en la materia como *Fitzmaurice*,<sup>561</sup> *Julianne Kokott*<sup>562</sup> en su propuesta ante la Asociación de Derecho Internacional sobre la Protección Diplomática de las Personas y los Bienes, así como al profesor Mummery,<sup>563</sup> quienes han dado un criterio más acorde a la práctica actual, pues están de acuerdo en que, según la doctrina, la objeción a la prueba de la inutilidad obvia, la cual sugiere que la ineficacia del recurso interno debe ser inmediatamente aparente, se supera mediante la introducción a la prueba del elemento de la posibilidad razonable, debido a que ello permite al Tribunal examinar si en las circunstancias del caso, el recurso efectivo otorga una posibilidad razonable de éxito.

Sin duda que, a pesar que las distintas interpretaciones que se obtienen de la doctrina, nos indican que no existe hasta el momento acuerdo general sobre la manera en que se deba formular, debido a que

<sup>559</sup> *Retimag v. FRG*, solicitud, núm. 712/60, en 4 YECR 385-400.

<sup>560</sup> Véase el texto completo de la Convención en: (<http://www.oas.org/juridico>).

<sup>561</sup> Véase G. Fitzmaurice, *Hersch Lauterpacht-The scholar as Judge...*, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

<sup>562</sup> Véase J. Kokott, *The exhaustion of Local Remedies...*, *loc. cit.*, pp. 606 y ss.

<sup>563</sup> Véase D.R. Mummery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, pp. 400-401.

se prefiere que los recursos internos sean efectivos, pero no inútiles y que ofrezcan una posibilidad razonable de éxito, o bien, manifiesten una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. En conclusión, la doctrina pretende lograr la excepción a la norma de los recursos internos, con fundamento en la ineficacia y mediante una postura que haga innecesario el agotamiento de los recursos internos cuando éstos no ofrezcan al reclamante una perspectiva razonable de éxito.

La práctica internacional de la ineficacia e ineffectividad de los recursos

Definitivamente que comprender el alcance y la efectividad que comporta la regla del agotamiento de los recursos internos es de suma importancia, pues en caso contrario, estaríamos en riesgo de extraviarnos por el gran laberinto que encierra agotar un recurso interno en un Estado que no es el de nacionalidad, puesto que cada caso será siempre diferente.

Para abordar este punto, inicialmente recordemos que un principio fundamental que estipuló la jurisprudencia internacional en el asunto de *Phosphates in Morocco*,<sup>564</sup> fue que los recursos internos que deben de ser agotados, son sólo aquellos que proporcionan a las partes interesadas la posibilidad concreta y efectiva, de obtener por tales vías la reparación sin consecuencias lastimosas.

Es decir, no es necesario agotar los recursos internos cuando estos son ineficaces o su agotamiento sería inútil. Un recurso interno es ineficaz cuando es obviamente inútil, o sea, no ofrece posibilidades razonables de éxito, o no brinda una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo.<sup>565</sup> Pues, tal como se indicó en los asuntos *Finnish Vessels*<sup>566</sup> y *Lawless V. Republic of Ireland*,<sup>567</sup> la razón es porque

<sup>564</sup>*Phosphates in Morocco*, PCIJ Reports 1938. Series A/B, núm. 74, pp. 884 y ss.

<sup>565</sup>Véase principalmente sobre este tema a C. Félix Amerasinghe, "Indigence and inaccessibility as limitations on the rule of local remedies", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 57 y ss.; *idem*, "The exhaustion of procedural remedies in the same Court", en ICLQ, 12 (1963), pp. 1285 y ss.; A.A. Cançado Trindade, "Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international law", en RBDI XII (1976-2), pp. 514-518.

<sup>566</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA, 1505-1535.

<sup>567</sup>*Lawless v. Republic of Ireland* (Second Phase) (1958) European Yearbook of Human Right, p. 308.

no se exige al demandante que agote la justicia de un Estado extranjero cuando no hay justicia que agotar.

Ahora bien, al partir de ese supuesto, se puede precisar que existen cuatro causas principales que determinan la ineficacia de los recursos, pero siempre tomando en cuenta que la inutilidad del recurso interno se debe determinar en el momento en que se le debe utilizar. Es decir, si tomamos en cuenta la postura de Amerasinghe, nos explica que existen tres alternativas posibles para cuando un Tribunal internacional competente debe decidir sobre la efectividad o no de los recursos internos: “El Tribunal, en cuanto al efecto del recurso, puede aceptar la palabra del Estado demandante, la palabra del Estado acusado, o bien puede investigar el asunto en base a las pruebas que se le presentan y tomar su propia conclusión. Para determinar el efecto del recurso, tiene que hacer una estimación de las probabilidades y allí, no hay ninguna razón por la que un Tribunal no deba ser competente para hacer tal estimación”.<sup>568</sup>

Ahora bien al trasladarnos a la práctica sobre la materia, entre los asuntos sometidos a la CPI el que reviste mayor interés para la regla del agotamiento de los recursos internos, es sin duda el asunto *Panavezys-Saldutiskis Railway*.<sup>569</sup> En dicho asunto, a pesar de que la CPI manifiesta que no le satisface que los Tribunales de Lituania no tuvieran competencia sobre un acto del Estado, por la falta de una decisión judicial en Lituania, la Corte concluye tras el análisis de la actuación de los Tribunales internos que “no puede haber ninguna necesidad de recurrir a los Tribunales locales, si aquellos Tribunales no tienen ninguna jurisdicción para accederse a la reparación”.<sup>570</sup>

En otras palabras, tal como lo expresa el relator especial de la CDI,<sup>571</sup> no es necesario agotar el procedimiento interno cuando el tribunal superior tiene una competencia limitada. Esto es obvio porque si tomamos en cuenta que generalmente el litigio encierra una situación de hecho, entonces el Tribunal de Apelación que conoce del caso

<sup>568</sup>Cfr. C. Felix Amerasinghe, *The exhaustion of procedural remedies...*, op. cit., p. 1307.

<sup>569</sup>*Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 76, pp. 12 y ss.

<sup>570</sup>*Ibidem*, p. 18.

<sup>571</sup>Véase en este sentido el informe del relator especial en *Tercer informe...* (A/CN.4/523), párr. 39.

sólo tiene competencia para decidir sobre cuestiones de Derecho, tal y como se vio en el asunto *Finnish Vessels Arbitration*<sup>572</sup> que veremos a continuación.

En ese asunto el gobierno británico –que a nuestro parecer intenta dar cumplimiento de la regla general de que los recursos internos, o sea, agotar solo aquellos que son adecuados y efectivos–, había alegado que un recurso interno tenía que ser considerado efectivo, salvo que resultase claramente que era inoperante o inútil.

En realidad, la alegación británica salía al paso de la finlandesa porque no consideraba efectivo el recurso de apelación, pues en ese asunto, el árbitro toma en cuenta únicamente los recursos manifiestamente inútiles.

Además, afirma que no solamente son aquellos que pueden apoyarse en Derecho cuando la sentencia tiene sólo puntos de hecho, sino también aquellos que, pudiendo ser planteados sobre las alegaciones de Derecho, no ofrecen la posibilidad de una modificación sustancial de la sentencia de primera instancia en beneficio de los reclamantes. Este sería el caso si los únicos puntos de Derecho que pueden servir de apoyo al recurso, fueran insuficientes para que el Tribunal de apelación, aun cuando los admitiera, pudiera operar ese cambio sustancial del contenido y efectos de la sentencia de primera instancia.

En otras palabras, tal como es planteado por el profesor Ruiloba,<sup>573</sup> la primera categoría entra dentro del supuesto de la inexistencia de recursos internos, mientras que la segunda se engloba en la de los recursos existentes, pero ineficaces.

Por otra parte y continuando con otro supuesto, es el caso donde se demuestra que los Tribunales locales no son eficaces, o el sistema judicial del Estado es inadecuado y qué mejor prueba si se recurre a la práctica que existe en la materia.

La jurisprudencia que apoya ese principio se dio en dos asuntos, uno de ellos es el caso de *Robert E. Brown*,<sup>574</sup> en donde el Tribunal señaló que Brown no había agotado los recursos internos por ineficacia de

<sup>572</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1505-1535.

<sup>573</sup>E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, pp. 78 y ss.

<sup>574</sup>*Robert E. Brown* (United States v. Great Britain) (1923), 6 RIAA 120-129.

los Tribunales locales. Por tanto, cuando se demuestra que la inutilidad de continuar con los trámites queda plenamente demostrada, entonces no es necesario agotar la justicia, donde no hay justicia que agotar.<sup>575</sup>

El segundo caso, o sea, cuando el Estado demandado no cuenta con un sistema adecuado de protección judicial, se refleja en el asunto de *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*.<sup>576</sup> En las actuaciones de ese asunto se ve que el Tribunal de EUA sostuvo que se podía dispensar la norma de los recursos internos, únicamente cuando el Tribunal no estuviera en condiciones de tramitar las demandas.

Es decir, el tercer supuesto, planteado en la práctica<sup>577</sup> y discutido en la doctrina,<sup>578</sup> señala que no es necesario recurrir una vez más ante los Tribunales locales si el resultado será una repetición de una decisión ya adoptada o insuficiente, pues tal como lo señala *Amerasinghe*,<sup>579</sup> la simple probabilidad de una decisión desfavorable es insuficiente ya que debe de haber algo más que una probabilidad de derrota, o por lo menos de certeza.

Por todos esos casos que se han mencionado, en suma, la práctica parece indicar que en la mayoría de los casos la norma del agotamiento de los recursos internos no se aplicará, pues no existe una reparación eficaz o disponible en el Estado demandado, o incluso si existe, es totalmente insuficiente.

De esta forma es como podemos afirmar que aunque se encuentre un recurso eficaz en el Estado, no se debe obligar al reclamante a agotar los recursos internos, cuando los Tribunales del Estado demandado no brinden una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo,<sup>580</sup>

<sup>575</sup>*Ibidem*, 6 RIAA 129.

<sup>576</sup>*Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, en ILR 107 (1997), pp. 457-460.

<sup>577</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1509; *Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 76, p. 18; *Anglo-Iranian Oil Company*, ICJ Reports 1952, pp. 165 y ss.

<sup>578</sup>Se recomienda especialmente a D.R. Mummery, "The content of the duty to exhaust local judicial remedies", en AJIL 58 (1964-2), pp. 402 y ss.; C. Felix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 196 y ss.; E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, pp. 823 y ss.; *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 525 y ss.; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, pp. 97 y ss.; I. Brownlie *Principles of Public International Law*, p. 499; E. Jiménez de Aréchaga, *General course in public international Law...*, *op. cit.*, pp. 296 y ss.

<sup>579</sup>Véase C. Felix Amerasinghe, *Local Remedies*, p. 196.

<sup>580</sup>Véanse las consideraciones en este sentido del relator especial de la CDI en *Tercer informe...* (A/CN.4/523), párr. 45.

pues tras los ejemplos señalados que permiten excusar el agotamiento de los recursos internos, se abre la posibilidad de demostrar que los recursos internos no ofrecen una posibilidad razonable de éxito.

Por ejemplo, es el caso de cuando las normas internas sobre la jurisdicción del Estado demandado, o sus tribunales internos, tienen un conflicto normativo,<sup>581</sup> cuando está en duda la independencia del poder judicial del Estado por la conducta de ese Estado; o cuando la capacidad de los Tribunales locales para tramitar un juicio justo es insuficiente.<sup>582</sup>

La carga de la prueba de los recursos

En términos generales, el término *carga de la prueba* se refiere a que debe probarse y quién debe probarlo.<sup>583</sup> En la mayoría de los ordenamientos nacionales,<sup>584</sup> la carga de la prueba recae sobre quien hace una afirmación, es decir, se sigue el principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Consiguientemente, a nuestro parecer supone que en ciertos juicios del orden interno esta obligación recae en la parte demandante (*onus probandi actori incumbit*), o bien, en la parte demandada (*reus in exceptione fit actor*), e incluso pueden llegar a ser ambas partes.

Cabe destacar que gracias a la propuesta de Kokott<sup>585</sup> en el Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre la Protección Diplomática de las Personas y los Bienes, ese planteamiento de la carga de la prueba es aplicable también a juicios internacionales relacionados con el agotamiento de los recursos internos,<sup>586</sup> aunque de manera distinta. Pues propone que se necesita de un órgano supervisor, que por derecho propio, o de oficio, vigile que se hayan agotado los recursos internos que se tienen disponibles en el Estado.

<sup>581</sup>Véase en este sentido el asunto de la *Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 27 y ss.

<sup>582</sup>Véase en este sentido el asunto *X v. Government of Sweden* (1959), en EYHR, pp. 354 y ss.

<sup>583</sup>*Diccionario de derecho internacional*, p. 278.

<sup>584</sup>Por ejemplo en el caso de México, en los procedimientos de tipo civil la carga de la prueba recae sobre el que hace una afirmación. Véase el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, artículos 79-94, DOF de 13 de junio del 2003.

<sup>585</sup>Véase J. Kokott, *The exhaustion of Local Remedies...*, *loc. cit.*, p. 630.

<sup>586</sup>Véase sobre este tema especialmente a G. Ripert, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux: (contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale)", en R. des C. 44 (1933-II), pp. 565 y ss.

No obstante, al encarar la práctica de los Tribunales internacionales, encontramos que en algunas de las decisiones del Tribunal Europeo sobre los Derechos Humanos, como lo son los asuntos *Foti and Others v. Selmouni v. France*,<sup>587</sup> indican que la carga de la prueba recae sobre el demandante, o sea, significa que en la demanda inicial se debe demostrar con certeza razonable que se han agotado los recursos internos ofrecidos por el Estado de acogida.

De esta manera, si el Estado demandado comprueba que no se han agotado los recursos internos, entonces recae sobre él la carga de probar que el demandante tenía a su alcance un recurso efectivo mediante el que podía obtener la reparación del daño. Pero en caso contrario, le corresponde al demandante probar que el recurso ofrecido por el Estado demandado fue efectivamente agotado, o que hubo circunstancias excepcionales que le eximieron de la obligación de agotar los recursos internos en el Estado.

Sin embargo, creemos que dentro de la práctica internacional la discusión más frecuente es la que se refiere a la carga de probar la eficacia de los recursos internos que se tienen al alcance en un Estado. Pues dadas las circunstancias en las que se puede hacer valer su ineficacia, indiscutiblemente varían de un caso a otro.

Por ejemplo, en el caso *Panavezys-Saldutiskis Railway*,<sup>588</sup> Estonia (Estado demandante) afirmó que la norma del agotamiento no era aplicable, haciendo referencia a que los tribunales de Lituania no podía conocer de la demanda, porque el Supremo Tribunal de Lituania ya había emitido una decisión al respecto que no era favorable al demandante. Pero posteriormente, la CPJI aclaró la controversia en el sentido de que, una vez que el demandado ha interpuesto la objeción sobre el inagotamiento de los recursos, recae sobre el demandante probar la excepción a la norma de los recursos internos y por tanto, no se aplica la regla del agotamiento de los recursos.

También en el asunto *Finnish Vessels*,<sup>589</sup> se puede observar que la carga de la prueba recae sobre el Estado que inicia la acción ante el Tri-

<sup>587</sup> *Foti and Other case*, en ILR 71 (1982) pp. 366 y ss.; *Selmouni v. France* (Judgment of 28 July 1999), ECHR núm. 25803/94 (1999), pp. 26 y ss.

<sup>588</sup> *Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 76, pp. 19 y ss.

<sup>589</sup> *Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA, 1505.

bunal, como se hace de igual manera en el asunto *Nottebohm*,<sup>590</sup> a pesar de que en este último se alegaba que debía ser el gobierno demandante a quien le incumbía la prueba de la ineficacia de los recursos.

Dentro del juicio en el asunto *Norwegian Loans*,<sup>591</sup> destaca que Francia, el Estado demandante, alegaba que no le correspondía probar la inutilidad de los recursos internos de Noruega. Y a pesar que posteriormente Noruega reconocería que el demandado tenía la obligación de probar la existencia de los recursos internos, pero que el demandante era quien debía probar la ineficacia de dichos recursos, alegaba que existía una norma del Derecho internacional que obligaba al demandante a agotar los recursos internos antes de presentar el caso a la Corte Internacional y que no le correspondía probar que los recursos internos disponibles para los acreedores franceses, les abría la posibilidad para que desechara la norma del agotamiento.

Cabe destacar que el anterior criterio, igualmente fue seguido por tres casos más. En el asunto *ELSI*,<sup>592</sup> la CIJ mencionó que Italia tenía la obligación de demostrar la existencia de un recurso que estuviera al alcance de los accionistas de la empresa y que estos no lo utilizaron.

En el asunto *Aerial Incident*,<sup>593</sup> Bulgaria adujo que una vez que el demandado había demostrado que los tribunales estaban a disposición de Israel, le correspondía a éste probar que esos recursos no existían o eran ineficaces.

Y en el asunto *Ambatielos*,<sup>594</sup> se indicó que la carga de la prueba, sobre los recursos eficaces y disponibles, recae sobre el Estado demandado.

Sin duda, todos los anteriores asuntos de la práctica internacional nos demuestran que una vez planteada la excepción del inagotamiento en el proceso internacional, la actividad de las partes, en cuanto a su impugnación y prueba, viene regida por las normas generales del Derecho procesal sobre la prueba.

<sup>590</sup>*Nottebohm* (Liechtenstein v. Republic of Guatemala), ICJ Reports 1955, p. 234.

<sup>591</sup>*Certain Norwegian Loans* (France v. Norway), Judgment of 6 July 1957 (Preliminary Objections), ICJ Reports 1957, pp. 95-114. Se recomiendan las opiniones del Magistrado Lauterpacht en *ibidem*, *Advisory Opinion*, pp. 139 y ss.

<sup>592</sup>*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), ICJ Reports 1989, pp. 59-63.

<sup>593</sup>ICJ Pleadings, 1959, pp. 556 y ss.

<sup>594</sup>*Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA 119.

Es decir, tal como lo afirma el profesor Ruiloba Santana:<sup>595</sup> “la parte que alega la excepción debe aportar una *prima facie* de la existencia de recursos inagotados, pero la oposición de la parte contraria comporta la carga del inagotamiento de los recursos alegados por el Estado demandado o de su ineficacia o insuficiencia”.

Aunque también debemos admitir que, tanto para la práctica como para doctrina, la carga de la prueba depende principalmente de la división de papeles en el proceso contencioso, lo cual a su vez depende principalmente de las circunstancias de cada caso. Pues si consideramos que, por ejemplo, cuando ambas partes llevan el caso a un Tribunal arbitral sobre la base de un compromiso que comporta una dispensa de la norma del agotamiento, es muy poco probable que el demandante presente en su demanda las pruebas de haber agotado todos los recursos internos disponibles y eficaces. Entonces para ese caso, la cuestión sería planteada por el demandado y recaería sobre él la carga de demostrar la existencia de recursos internos y la aplicabilidad de la norma al caso.

Pero si por otro lado, la lesión original tiene que ver con un contrato entre el extranjero y el Estado demandado que contiene una cláusula, que estipula que el extranjero renuncia a solicitar la protección de su Estado, el Estado demandado podría quedar exonerado de la carga de la prueba con el hecho de hacer referencia a la cláusula, tal y como sucedió en el asunto *North American Dredging Co. of Texas*.<sup>596</sup>

Incluso, cabe mencionarlo,<sup>597</sup> creemos que si la demanda se presenta de acuerdo con un instrumento internacional que requiere el agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba se repartiría de modo diferente. La razón es porque, por un lado, el Estado demandante estaría obligado a demostrar, en la demanda original, que se han agotado los recursos internos existentes, o en su caso, tendrá que demostrar por qué no fue necesario agotarlos.

<sup>595</sup>Cfr. E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos* (extracto), p. 18.

<sup>596</sup>*North American Dredging Co. of Texas* (USA v. United Mexican States) (Docket of 31 March 1926), en AJIL 20 (1926), pp. 800-807; 4 RIAA 26-34.

<sup>597</sup>Véase en este sentido las conclusiones del relator especial en *Tercer informe...* (A/CN.4/523), párr. 116 y ss.

Y por el otro lado, el Estado demandado estaría obligado a indicar los recursos adicionales y a demostrar su eficacia para corroborar su objeción acerca del inagotamiento de los recursos internos.

Finalmente, siguiendo el sentido de *Jiménez de Aréchaga*<sup>598</sup> y Brownlie,<sup>599</sup> esas posturas nos llevan a la conclusión de que el probar la ineficacia de los recursos internos se puede presentar en dos situaciones.

Para el primer caso, la ineficacia del recurso interno puede ser totalmente evidente, por ejemplo en caso que la legislación del Estado priva de competencia a sus Tribunales de conocer sobre algún asunto. Y en el otro caso, la ineficacia puede ser menos evidente, por ejemplo en casos en los que se aduce que el Tribunal no es imparcial, o está bajo el dominio de algún poder estatal, inclusive existe corrupción en las decisiones que emanan del Tribunal.

En suma, para el primer caso se puede presumir la ineficacia hasta que ésta sea rebatida por el Estado demandado, mientras que en el segundo caso, sin duda, le corresponde al Estado demandante probar su afirmación.

#### EL CARÁCTER EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA. ¿REGLA SUSTANTIVA O PROCESAL?

En realidad, para los efectos de determinar el campo de aplicación de la regla, la distinción entre daño directo e indirecto nunca ha sido plenamente satisfactoria y además hoy es insuficiente por la falta de virtualidad para recoger todos los supuestos posibles.

Además que en la práctica es difícil decidir si la reclamación es directa o indirecta, o incluso mixta cuando presenta ambas condiciones, en el sentido de que contiene elementos de daño para el Estado como para sus nacionales.

<sup>598</sup>Véase E. Jiménez de Aréchaga, *General course in public international Law...*, *op. cit.*, pp. 295 y ss.

<sup>599</sup>Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 500 y ss.

Por ello debemos admitir que en realidad, es irrelevante para los efectos del campo de aplicación de la regla que se trate de una violación directa del Derecho internacional, o en su caso, de una violación indirecta. Pues no cabe la menor duda que la regla se aplica tanto en caso que la ilicitud se refiera al acto lesivo inicial, o incluso surja con posterioridad a este acto en forma de denegación de justicia, porque se han sugerido diversas pruebas que pueden utilizarse para decidir si la reclamación es directa o indirecta, tales como preponderancia, objeto de la controversia, carácter de la reclamación, carácter de los recursos y la prueba *sine qua non*.

No obstante, tras haber analizado únicamente la aplicabilidad de la regla en el terreno de la protección diplomática,<sup>600</sup> nos hemos dado cuenta que se ha venido delimitando su campo de aplicación, sobre todo a la distinción entre daño directo y daño indirecto del Estado.

Pero a pesar que la norma del agotamiento de los recursos internos corresponde apropiadamente al tema de la protección diplomática, porque la norma se aplica solamente a los casos en que el Estado reclamante ha sufrido un daño indirecto por medio de su nacional.

En virtud de esa distinción que existe, se señala que la regla no es aplicable sino cuando el acto ilícito por el que se reclama, ha dañado indirectamente al Estado demandante a través de la lesión que directamente sufrió uno de sus nacionales, o sea, cuando la reclamación internacional se presenta en el ejercicio de la protección diplomática.

No obstante, tenemos que advertir que no es aplicable en los casos en que el Estado reclamante ha sufrido un daño directamente por el acto ilícito de otro Estado. Por consiguiente, creemos que el Estado tiene una clara razón para presentar una reclamación internacional, debido a que no cabría esperar a que un Estado agotara los recursos internos en tal caso, pues sin duda, ello violaría el principio *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*.

<sup>600</sup>Véase sobre este tema a E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos* (extracto), pp. 13 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 498 y ss.; *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 523 y ss.; C. Félix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 107 y ss.; G.G. Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht-The scholar as Judge. Part I", en *BYIL*, vol. XXXVII (1962), pp. 54 y ss.; K. Doehring, "Local Remedies, exhaustion of", en *EPIL*, VOL. III (1997), pp. 240 y ss.

*La polémica de origen en la regla:  
Derecho sustantivo o Derecho procesal*

Tras la breve explicación que se mencionó anteriormente, lo más importante para el análisis del carácter que puede revestir la regla, es que mientras exista la norma relativa al agotamiento de los recursos internos en el Estado que causó el daño, la cuestión de su carácter conceptual seguirá siendo objeto de polémica, por el hecho de si la norma forma parte del Derecho procesal, o si se aplica como parte del Derecho sustantivo.

Es decir, por ejemplo, si la norma es sustantiva, la responsabilidad internacional surge una vez que se hayan agotado todos los recursos internos. Mientras que si la norma es procesal, se incurre en responsabilidad internacional inmediatamente después que se comete un hecho internacionalmente ilícito.

Por ello que, como lo veremos en el desarrollo del presente punto, tanto en la doctrina como en la práctica, esa polémica ha dado lugar a tres situaciones distintas, en la que para nuestra sentir, consideramos correcta la tercera de ellas.

*Primera situación a discusión*

En la primera de las tres posibles, se mantiene que el hecho internacionalmente ilícito del Estado infractor sólo se complementa cuando se han agotado sin éxito los recursos internos, o bien, que el agotamiento de los recursos internos es una condición sustantiva de la que depende la existencia de la responsabilidad internacional. Es decir, si el daño es causado por una violación del Derecho interno que no constituye una violación del Derecho internacional, entonces la responsabilidad internacional surge únicamente del hecho o la omisión que constituye una denegación de justicia contra el extranjero por parte de los órganos judiciales del Estado demandado durante el procedimiento para obtener reparación por la violación del Derecho interno.

Por lo que en tal caso, la norma del agotamiento de los recursos internos es la condición sustantiva para que exista responsabilidad internacional, debido a que esta diferencia tiene consecuencias graves

para la competencia de un Tribunal, sobre todo si un Estado parte en la controversia ha fijado un plazo para aceptar esa competencia, tal como sucedió en el asunto de los *Fosfatos de Marruecos*.<sup>601</sup>

### Segunda situación a discusión

En la segunda situación, se manifiesta que la norma del agotamiento de los recursos es simplemente un requisito procesal que debe cumplirse antes que pueda formularse una reclamación internacional.<sup>602</sup>

O sea, cuando se causa daño al extranjero por una violación del derecho internacional, la responsabilidad surge en el momento en que se produce el daño y el requisito de tener que agotarse los recursos internos antes de formular la reclamación internacional, es simplemente una condición de procedimiento, puesto que no hay necesidad de demostrar que ha habido denegación de justicia por parte de los órganos judiciales del Estado demandado.

Además, si el hecho o la omisión violan el Derecho internacional y no el Derecho interno, la inexistencia de recursos internos elimina la necesidad de agotar dichos recursos.

Aunque en realidad en nuestra opinión, la posición adoptada con respecto al carácter de la norma tiene consecuencias para los casos cuando no se hayan agotado los recursos internos, o bien, para la renuncia del requisito en el Estado demandado, pues ninguna de las dos sería posible si la norma se considerara como sustantiva.

### Tercera situación a discusión

Por último, la tercera posición establece una distinción entre el daño causado a un extranjero en virtud del Derecho interno y del Derecho internacional,<sup>603</sup> que se encuentra principalmente cuando en 1985, el gobierno británico dictó un conjunto de normas relativas a las reclamaciones internacionales cuyo texto, que consideramos ejemplar, era el siguiente:

<sup>601</sup>*Phosphates in Morocco*, PCIJ Reports 1938, Series A/B, núm. 74.

<sup>602</sup>Véase en este sentido a C. Felix Amerasinghe, *State responsibility for injuries to aliens...*, *op. cit.*, pp. 201-208; *ibidem*, *Local remedies*, pp. 330-337.

<sup>603</sup>Véase sobre este tema a JES Fawcett, "The exhaustion of local remedies: Substance or Procedure?", en BYIL, vol. XXXI (1954), pp. 456 y ss.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 497 y ss.; T. Haesler, *The exhaustion of local remedies...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

#### Regla VII

El Gobierno de Su Majestad, normalmente no asumirá y formalmente apoyará una reclamación de un nacional del Reino Unido, contra otro Estado hasta que todos los recursos legales, disponibles en el Estado hayan sido agotados.

#### Regla VIII

Si en el agotamiento de cualquier recurso local, el demandante ha encontrado algún perjuicio o la obstrucción, como lo es una denegación de justicia, entonces se puede intervenir en su nombre para asegurar la reparación de la injusticia.

Sin duda que compartimos la misma idea, pues al considerar que la norma de los recursos internos tiene el carácter procesal en los casos en que se haya cometido un hecho ilícito internacional contra un extranjero, pero tiene carácter sustantivo cuando en el agotamiento de los recursos internos haya tenido lugar una denegación de justicia, dan un amplio margen de actuación sobre el carácter que puede tener la regla en el ámbito internacional.

No obstante, será necesario seguir analizando las opiniones y la práctica que apoya cada una de las posturas que comporta la regla, a fin de determinar cuál es el carácter que mejor le conviene a la regla dentro de la práctica de protección diplomática.

#### *Las dos posturas de la doctrina internacional en la regla.*

#### *Los argumentos científicos a favor del carácter sustantivo y procesal*

En la doctrina, el carácter de la norma del agotamiento de los recursos internos está dividido, pues unos sostienen que ésta reviste un carácter totalmente sustantivo y otros se inclinan a favor de una cuestión procesal.

Pero a pesar de los distintos intentos de codificación con respecto a la norma del agotamiento de los recursos internos, han evitado adherirse claramente a uno u otro criterio, se han observado ciertas tendencias a favor de la posición sustantiva de la regla, la cual también ha sido objeto de diversas críticas por sus mismos defensores.

## La posición sustantiva

En primer término, el apoyo inicial de la doctrina a la posición sustantiva de la norma, la encontramos desde 1927 por parte del Instituto de Derecho Internacional. No obstante, cabe mencionarlo, esa postura no es del todo clara, pues indica que la responsabilidad surge en el momento en que se produce el daño.

Es decir, hasta cierto punto se puede interpretar como que la norma del agotamiento de los recursos internos está relacionada más con la admisibilidad de la reclamación, que con el origen de la responsabilidad, como lo hace normalmente la posición sustantiva. Dicho texto era el siguiente:

*Artículo 12.* Ninguna demanda de reparación puede ser traída por los medios diplomáticos de un Estado, mientras que el individuo tenga a su disposición el medio, eficaz y suficiente, para obtener el debido trato. Tampoco se puede exigir la reparación, si ocurre que el Estado responsable coloca a disposición del individuo un medio eficaz para obtener la reparación por los daños y perjuicios correspondientes.<sup>604</sup>

Posteriormente unos años después, el proyecto de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio a las personas y los bienes de los extranjeros,<sup>605</sup> y además, el Comité preparatorio de la Conferencia de la Haya de 1930,<sup>606</sup> establecieron disposiciones que seguían el sentido anterior de 1927.

De ahí que en 1929, *Borchard*,<sup>607</sup> el principal partidario de la escuela sustantiva, afirmara lo siguiente:

<sup>604</sup>Cfr. *Yearbook*....1956, vol. II (Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add. 1), p. 228.

<sup>605</sup>Véase en *Yearbook*..., 1956, vol. II (A/CN.4/SER.A/1956/Add. 1), p. 225.

<sup>606</sup>Véase en *Yearbook*..., 1956, vol. II (A/CN.4/SER.A/1956/Add. 1), p. 221.

<sup>607</sup>Cfr. E.M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1 (1929), pp. 236 y ss. (en adelante E.M. Borchard *Theoretical Aspects*). Véase también en este sentido a A.A. Cançado Trindade, "The Birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule", en *Revista di Diritto Internazionale* 58 (1978), pp. 158 y ss.; *idem*, *Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international law...*, *op. cit.*, pp. 514-518; J.A. Vives Chillida, *Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.; C. Félix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 349-350.

En la práctica internacional de la mayoría de países, la ley local aún no ha avanzado a la etapa de la responsabilidad del Estado por los agravios de sus oficiales. Sin embargo, aparte de este hecho, es de vital importancia percibir una distinción entre la responsabilidad local, de una responsabilidad ajena e internacional del Estado. Pues la opinión de la mayoría apunta en el sentido de que no parece apropiado considerar la reclamación internacional, simultáneamente con la interposición diplomática, hasta que el extranjero que haya sufrido el daño, haya agotado los recursos disponibles y eficaces y no antes, pues debe aceptar el mismo trato de la ley local de la que gozan los nacionales del Estado. Y cuando los nacionales tienen un único recurso contra los actos oficiales, será todo lo que el extranjero pueda exigir, pues ese Estado no asume ninguna responsabilidad mayor, ni a favor de los nacionales, ni de los extranjeros.

Todas esas ideas fueron seguidas por distintos organismos internacionales, como por ejemplo, la Resolución de la Séptima Conferencia Internacional Americana aprobada en Montevideo en 1933<sup>608</sup> y el proyecto de artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados en 1977, cuyo artículo 22<sup>609</sup> mencionaba lo siguiente:

*Artículo 22.* Cuando la conducta de un Estado ha creado una situación que no es conforme al resultado requerido, según una obligación internacional que concierne al tratamiento de extranjeros, personas naturales o jurídicas, la obligación que permite un resultado equivalente puede ser alcanzado por la conducta subsecuente del Estado cuando hay una violación de la obligación, sólo si los extranjeros afectados han agotado los recursos locales eficaces disponibles, sin obtener el tratamiento pedido según la obligación, o donde no es posible un tratamiento equivalente.

No obstante, si se extrae una síntesis de todas las anteriores fórmulas mencionadas, nos damos cuenta que no logran cimentar bien la posición sustantiva y se contradice el contenido que se pretende, pues por una parte señalan que la responsabilidad internacional no surge hasta que se hayan agotado los recursos internos. Pero por la otra, señalan que esa responsabilidad sencillamente se suspende hasta que se agoten todos los recursos internos.

<sup>608</sup>Disponible el texto completo en (<http://www.oas.org>).

<sup>609</sup>Cfr. *Yearbook...*, 1977, vol. II (Part Two), p. 32.

De ahí que la posición sustantiva haya recibido grandes críticas, como la de Verzijl,<sup>610</sup> quien da grandes argumentos en contra del carácter sustantivo. No obstante, la más importante a nuestro parecer ha sido la crítica de Amerasinghe,<sup>611</sup> quien hasta cierto punto ha escrito a favor de la cuestión procesal, pues acertadamente sostiene que la responsabilidad internacional depende de la acción internacional y sólo se complementa una vez que así lo han decidido los Tribunales nacionales.

La posición procesal

Antes de iniciar el desarrollo de este punto, debemos mencionar que en nuestra opinión, la regla del agotamiento de los recursos internos es una condición de naturaleza procesal que se impone al individuo en el Estado agresor y cuyos intereses son los que van a proteger su Estado de nacionalidad por medio de un proceso internacional entre los Estados.

Ciertamente, a pesar de existir diversos autores<sup>612</sup> que apoyan y demuestran el carácter procesal de la norma, uno de los que hace claramente la distinción entre las dos posturas es *Fawcett*,<sup>613</sup> quien tras enunciar tres posibles casos donde debe considerarse la aplicación de la norma de los recursos internos, termina por inclinarse por la posición procesal de la norma.

En el primer caso, la acción que se reclama es una violación del Derecho internacional, pero no del Derecho interno, por tanto, no se aplica la norma de los recursos internos en absoluto, porque como no se ha hecho nada contra el Derecho interno, no puede haber recursos internos que agotar en el Estado.

<sup>610</sup>Véase J.H.W. Verzijl, "International law in Historical perspective", *Encyclopedic work on the history of international law* (1973), vol. vi, Carnegie Foundation, pp. 629-630.

<sup>611</sup>Véase C. Felix Amerasinghe, *State responsibility for injuries to aliens...*, *op. cit.*, pp. 169-270, en especial p. 215; *idem*. *Local remedies...*, *loc. cit.*, pp. 328 y ss.

<sup>612</sup>Véase por ejemplo a G. Fitzmaurice, *Hersch Lauterpacht-The scholar as Judge...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; *Oppenheim's International Law* (1992), pp. 522-524; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 497-500; L. Martínez Agulló, *El agotamiento de los recursos internos y el caso de la "Barcelona Traction..."*, *op. cit.*, pp. 347-349.; Ch. de Visscher, "Le déni de justice en droit international", en R. des C. 52 (1935-II), pp. 423 y ss.; L.B. Sohn y R.R. Baxter, *Responsibility of States for injuries to the economic interest of Aliens...*, *op. cit.*, pp. 548-552; A.P. Fachiri, "The local remedies rule in the Light of the Finnish Ship Arbitration", en BYIL, vol. xvii (1936), pp. 19-36.

<sup>613</sup>Véase J.E.S. Fawcett, *The exhaustion of local remedies: Substance or Procedure...*, *op. cit.*, pp. 454-456.

En el segundo caso, la acción que se reclama es una infracción del Derecho interno, pero no del Derecho internacional, consiguientemente, no se compromete la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de la acción, pues ésta sólo puede surgir como consecuencia de un acto subsiguiente del Estado que constituya una denegación de justicia para la parte lesionada que procura una reparación con respecto a la acción inicial que se reclama.

Y en el tercer caso, cuando el acto que se reclama constituye una infracción del Derecho interno y del Derecho internacional, entonces sí se aplica la norma del agotamiento de los recursos como limitación y requisito procesal para llevar una reclamación internacional.

Sin embargo, las distintas opiniones de los autores no han sido las únicas que favorecen al carácter procesal de la norma, pues por ejemplo, las actuaciones del Instituto de Derecho Internacional en 1956,<sup>614</sup> o el tercer informe del relator especial de la CDI, García Amador, sobre la responsabilidad de los Estados en 1958,<sup>615</sup> han seguido fielmente esa postura.

Pero la más reciente afirmación en ese sentido la encontramos en el año 2000, donde la profesora Kokott,<sup>616</sup> del Comité sobre la Protección Diplomática de las Personas y los Bienes, de la Asociación de Derecho Internacional, establece la regla que alzó el carácter procesal de la norma del agotamiento y cuyo texto enunciaba lo siguiente: “Según los principios generales del Derecho internacional, el agotamiento de los recursos locales es una condición procesal previa para el ejercicio de la protección diplomática”.

Sin duda que todas las anteriores teorías y opiniones demuestran que la distinción entre las dos posturas que reviste el carácter de la norma del agotamiento, es decir, sustantiva y procesal, se basa en diferenciar entre la causa de la acción y el derecho a la acción internacional. Pero no debemos olvidar que para que se cumpla esa condición, es necesario que exista en el Estado demandado una situación judicial

<sup>614</sup>Véase *Yearbook...*, 1956..., *loc. cit.*, p. 364.

<sup>615</sup>Véase F.V. García Amador, *Third Report to I.L.C.*, en *Yearbook...*, 1958, vol. II (A/CN.4/111), p. 59.

<sup>616</sup>Cfr. *Interim Report on “The exhaustion of Local Remedies”* by Professor Doctor Julianne Kokott, Report of the Sixty-ninth Conference, *International Law Association (London Conference) 2000*, p. 629. (En adelante J. Kokott. *The exhaustion of Local Remedies*).

que haga posible el agotamiento de los recursos que existen en su ordenamiento.

Es por ello que determinados casos constituyen excepciones para la aplicación de la regla por no existir la debida confianza y el respeto a la soberanía jurisdiccional de los Estados.<sup>617</sup> Incluso creemos que de esa manera se justifica la razón de ser de la regla del agotamiento.

### *Las decisiones judiciales y la práctica de los Estados en el carácter de la regla del agotamiento*

En la práctica de los Estados, el carácter que tiene la norma de los recursos internos, queda reflejada en los argumentos presentados por los Estados dentro de las actuaciones judiciales ante los Tribunales internacionales.

Pero debemos aclarar, que dentro de esa práctica encontramos que las decisiones judiciales no ofrecen una respuesta clara a la cuestión que se examina, pues los Tribunales, intencionadamente, han preferido dejar ambiguo su razonamiento acerca del carácter de la norma de los recursos internos.

Por ello advertimos de inicio que el valor de esa práctica es altamente dudoso, porque en realidad los estados (o sus representantes) han buscado utilizar la posición sustantiva o procesal por razones funcionales y no por convicción, tal como lo ha mencionado el relator especial.<sup>618</sup>

#### La práctica a favor de la posición sustantiva

En las actuaciones de los Tribunales, encontramos que desde 1926 hay un grado de apoyo por la posición sustantiva de la regla. Prueba de ello es el caso del *Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana contra el Reino Unido*,<sup>619</sup> pues dentro de ese juicio, la Comi-

<sup>617</sup>Cabe mencionar que en este sentido es la opinión individual del magistrado *Tanaka* en el asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Second phase), ICJ Reports, 1970, pp. 51-52.

<sup>618</sup>Véanse los comentarios del relator especial de la CDI acerca de los representantes de los gobiernos ante las Cortes Internacionales, en *Segundo informe...* (A/CN.4/514), párr. 51.

<sup>619</sup>United Kingdom v. México (1926), 5 RIAA 122.

sión Mixta de Reclamación sostiene finalmente que: “la responsabilidad de un Estado conforme al Derecho internacional, sólo puede comenzar cuando las personas afectadas se han servido de todos los remedios que se abren conforme a las leyes nacionales del Estado en cuestión”.

En el mismo sentido, la CPJI dentro del asunto de los *Fosfatos en Marruecos*,<sup>620</sup> también dio argumentos no muy claros, pero que finalmente favorecen el carácter sustantivo de la regla. Pero si analizamos la práctica internacional que se ha llevado ante la CIJ, se puede encontrar apoyo más claro a la posición sustantiva de la regla, sobre todo en las opiniones separadas y disidentes, como la de los Magistrados *Hudson*,<sup>621</sup> *Córdoba*,<sup>622</sup> *Morelli*,<sup>623</sup> y *Schwebel*.<sup>624</sup>

Por ejemplo, la postura más elocuente la encontramos en el asunto *Interhandel*,<sup>625</sup> donde tras largas controversias sobre la postura que se adoptaría, la C.I.J. señala finalmente que:

La regla de que los recursos locales deben ser agotados antes de que el procedimiento internacional puede ser instituido, es una regla bien establecida del Derecho consuetudinario internacional... Antes de que el recurso pueda ser llevado ante un tribunal internacional, se considera necesario que el Estado, donde ocurrió la violación, tenga oportunidad de repararlo por su propio medio y dentro de su propio sistema local.

Este mismo principio se aplica también en el asunto de la *Elettronica Sicula S.p.A.* (ELSI),<sup>626</sup> el cual califica el carácter sustantivo de la regla no solamente como norma de Derecho internacional, sino también de principio importante del derecho consuetudinario.

La práctica a favor de la posición procesal

Como ya se mencionó anteriormente, la práctica internacional no es clara en cuanto al carácter que puede tener la norma del agotamiento,

<sup>620</sup>*Phosphates in Morocco* PCIJ Reports 1938, Series A/B, núm. 74, p. 28.

<sup>621</sup>*Panavezys-Saldutiskis Railway* PCIJ Reports 1938. Series A/B, núm. 76, p. 47.

<sup>622</sup>*Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, p. 45-46.

<sup>623</sup>*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Preliminary Objections). ICJ Reports 1964, p. 114.

<sup>624</sup>*Elettronica Sicula S.p.A.* (ELSI) ICJ Reports 1989, p. 116.

<sup>625</sup>Cfr. *Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 27-29.

<sup>626</sup>Véase *Elettronica Sicula S.p.A.* (ELSI) ICJ Reports 1989, p. 50.

aunque ha dado mayores señales de apoyo al carácter procesal de la norma de los recursos internos.

Por ejemplo, en los asuntos de la *Administración del Príncipe Von Pless*<sup>627</sup> y el de *Losenger y Cia.*,<sup>628</sup> la objeción relativa al agotamiento de los recursos internos se unió, a nuestro parecer, a los fundamentos como resultado de la complejidad del asunto. Y en realidad, más bien se trató la regla del agotamiento como objeción preliminar, que como excepción al fondo del asunto.

En el mismo sentido, podemos ver que en el asunto del *Ferrocarril Panavezys-Saldutiskis*,<sup>629</sup> se apoya en cierta medida a la posición procesal, pues la CPIJ se refiere a la norma de los recursos internos como una norma que en principio, subordina la presentación de la reclamación internacional al agotamiento de los recursos.

Es decir, tal como ha ocurrido en el asunto *Ambatielos*,<sup>630</sup> *Barcelona Traction Light and Power*,<sup>631</sup> *Finnish Vessels*,<sup>632</sup> o como lo han defendido los magistrados *Lauterpacht*,<sup>633</sup> *Armandugon*<sup>634</sup> y *Tanaka*<sup>635</sup> con las opiniones separadas y disidentes en sus respectivos asuntos, nos señala que por costumbre se ha tratado a la norma de los recursos internos como objeción preliminar del asunto, algo que sin duda demuestra el carácter procesal de la norma.

### *La aplicación de la regla como una excepción preliminar*

En la práctica internacional, sin especificar qué tipo de procedimiento, podemos derivar la virtualidad de la regla en todos los procedimientos internacionales de arreglo pacífico de controversias.

<sup>627</sup>PCIJ Reports 1933, Series A/B, núm. 54.

<sup>628</sup>PCIJ Reports 1936, Series A/B, núm. 67.

<sup>629</sup>*Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1938. Series A/B, núm. 76, p. 28.

<sup>630</sup>Véase *Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA, 119-122.

<sup>631</sup>Véase *Barcelona Traction Light and Power Co.* (Preliminary Objections), ICJ Reports 1964, pp. 41-44.

<sup>632</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1479.

<sup>633</sup>*Certain Norwegian Loans* (France v. Norway), Judgment of 6 July 1957 (Preliminary Objections), ICJ Reports 1957, p. 41.

<sup>634</sup>*Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 26-29.

<sup>635</sup>*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Second phase), ICJ Reports 1970, p. 143.

Como por ejemplo, un convenio arbitral, que deduce de algún modo tácito un acuerdo entre las partes en el sentido de enervar la vigencia de la regla respecto a su diferencia concreta, es donde radica la especialidad del procedimiento arbitral en cuanto a la excepción del inagotamiento de los recursos internos.

Por tanto, pudiesen ser clasificados los pronunciamientos habidos en tres grupos, tal como lo afirma el profesor *Ruiloba*.<sup>636</sup> Para el primer grupo, las reclamaciones internacionales han sido rechazadas en virtud de haber sido admitida la excepción del inagotamiento de los recursos internos.

En el segundo, la excepción no se ha admitido, no por considerarse inaplicable, sino porque el órgano arbitral estimó hallarse en presencia de alguna circunstancia que justifica la excepción de la misma.

Y en el tercero, no se ha admitido la excepción por entenderse que utilizando los términos suficientemente amplios para englobar la variedad de matizaciones en los diferentes casos, se observa una ausencia en la estipulación expresa afirmando la necesidad del requisito.

Precisamente en el procedimiento judicial internacional ante la CIJ, aunque la regla del agotamiento de los recursos internos no encuentra limitado su campo de aplicación al arreglo judicial, ni las características que diferencian el procedimiento arbitral dejan de marcar su huella en la aplicación, la excepción de la regla puede ser admitida o rechazada con base en la valoración jurídica de los hechos que se aleguen en su apoyo.

No obstante, a diferencia del procedimiento judicial, en el arbitral la excepción de la regla se puede considerar inoponible, debido a que el propio compromiso arbitral excluye la posibilidad de prosperar una excepción que impida el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que ésta podrá presumirse descartada convencionalmente en base al tenor del convenio que otorga competencia al árbitro, o incluso a la existencia de un compromiso arbitral para un diferencia concreta.

<sup>636</sup>Véase E. Ruiloba Santana, *La oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos...*, *op. cit.*, pp. 466-468; se recomienda además el análisis de *ibidem*, "La oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos en el arreglo arbitral de las diferencias internacionales", en REDI XXII (1969-1), pp. 465 y ss.; *idem*, *El agotamiento de los recursos internos* (extracto), pp. 18 y ss.

En un proceso internacional, la admisión de la excepción preliminar puede poner fin al proceso sin que la decisión se pronuncie acerca de ningún aspecto de la controversia sobre la ilicitud internacional de la conducta imputada.

Pero en los casos en que no ocurre así, el carácter preliminar de la excepción del inagotamiento es contingente, debido a que el Tribunal internacional puede rechazar la excepción preliminar sin que ello impida que la tome en consideración como alegación referente al fondo del asunto *stricto sensu*, o puede incluso unirla al fondo sin prejuzgar su carácter preliminar.

Aunque creemos que sólo en el caso que se trate de una denegación de justicia, la admisión de la excepción puede poner fin al proceso sin que la decisión del Tribunal se pronuncie acerca de ningún aspecto de la controversia sobre la ilicitud de la conducta imputada. Si bien, el hecho de que se conserve o no en la decisión que ponga fin al proceso, dependerá en la mayoría de los casos del grado de vinculación con el fondo del asunto.

Este carácter que la separa de los aspectos estrictamente sustantivos del proceso internacional, se justifica en el marco de una aceptación amplia preliminar, obtenida por exclusión a partir de la delimitación estricta del fondo como constituido exclusivamente por las cuestiones que afectan a la ilicitud, la que es necesaria para establecer la existencia de la responsabilidad.

De cualquier manera, la aplicación de la regla ante un Tribunal en caso de inagotamiento, resuelve definitivamente la diferencia cuando se trata de un inagotamiento perentorio. Es decir, cuando ya no existe para el particular la posibilidad de agotar los recursos internos por haber dejado transcurrir los plazos para interponerlos, o cuando su desistimiento produce el mismo efecto, tal como sucedió en el asunto de la *Interhandel*.<sup>637</sup>

Ahora que en caso contrario, si el no agotamiento de los recursos no es definitivo, la decisión que lo estime puede suspender la instancia hasta la sentencia definitiva o en el transcurso de los plazos, pudiendo también rechazar la demanda y dejando a salvo la posibilidad de

<sup>637</sup>*Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 27-29.

iniciar un nuevo proceso después del agotamiento. Inclusive, decretar la unión de los autos en caso de que una vez agotados los recursos, se presente una segunda demanda.

Si bien a pesar de todo ello, es necesario reconocer que su posible existencia dependerá en gran medida de las circunstancias o el contexto del caso que se trate y de cómo el Estado lo estime más conveniente.

Finalmente, debemos admitir que, en realidad, la regla del agotamiento no señala un requisito procesal, sino que condiciona la responsabilidad del Estado, y su alegación en el proceso internacional sirve habitualmente de apoyo a una excepción preliminar, es decir, dentro del ámbito 100 por ciento procesal.

#### EXCEPCIONES PARA EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Al igual que otras reglas, la regla del agotamiento de los recursos internos posee también excepciones para su aplicación. Todas ellas son de lo más variado, incluso algunas fáciles de aplicar, pero al igual que otras excepciones, se podrá encontrar la forma de exponerlas y evitar aplicar la regla del agotamiento de los recursos internos.

Por ello, de manera general, debemos advertir que la práctica parece intentar delimitar el campo de aplicación de la regla y su contenido, pues la excepción del inagotamiento no prosperará cuando se alegue en un supuesto en el que la regla no es aplicable.

Igualmente, dentro de su campo de aplicación, los recursos inutilizados no estén comprendidos en ella y el particular haya actuado debidamente en el ejercicio de los que se hallaren comprendidos.

Para todos estos casos, se supone que la regla no tiene virtualidad para producir la inadmisibilidad de la reclamación internacional. Pero no porque se trate de excepciones a la misma, sino por virtud de su correcta consideración que llevará a la conclusión de que el supuesto litigioso no está incluido en su campo de aplicación implícito, o bien, a la conclusión que los recursos internos fueron efectivamente agotados en el sentido con el que debe entenderse el requisito dentro del contenido de la regla.

Aunque en realidad, la única hipótesis que de acuerdo con la sistemática trazada es propiamente constitutiva de un caso de excepción a la regla, se presenta cuando la voluntad de las partes ha excluido tácita o expresamente la oponibilidad de la excepción del inagotamiento. Sólo en este supuesto, un inagotamiento en el sentido estricto de la regla y relativo a un caso incluido en su campo de aplicación implícito, deja de producir la consecuencia jurídica a la que la regla lo conecta.

Consecuentemente nos dedicaremos a estudiar los siguientes supuestos que pudieran presentarse.

### *La inexistencia de un vínculo entre el particular y el Estado demandado*

Ciertamente es necesario prestar atención a la aplicabilidad de la norma del agotamiento de los recursos internos en los casos en que no exista el vínculo voluntario, o una conexión territorial entre el extranjero agraviado y el Estado demandado.

Pues el principal problema que plantea la regla del agotamiento, se refiere a si ésta es aplicable en todos los casos donde la reclamación es hecha por un Estado a causa de una probada lesión que ha perjudicado a uno de sus nacionales.

Esta situación surge porque algunos autores<sup>638</sup> han sostenido que la norma del agotamiento de los recursos internos no es aplicable cuando el extranjero agraviado no tiene un vínculo voluntario con el Estado demandado, porque no hay conexión territorial entre el particular y el Estado.

Y aunque en realidad no haya fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo voluntario, la postura se fundamenta en que la regla consiste en el sometimiento voluntario del extranjero que ha fijado su residencia y ha desarrollado sus actividades en un Estado, por tanto, se ha pretendido que la carencia de

<sup>638</sup>Véase T. Meron, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", en *BYIL* vol. XXXV (1959), pp. 83 y ss.; C. Parry, "Some considerations upon the protection of individuals in international law", en *R. des C.* 90 (1956-II), pp. 190 y ss.; C. Felix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 138 y ss.; D.R. Mummery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, pp. 394 y ss.; E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, pp. 291 y ss.

vinculación efectiva entre el particular y el Estado, constituye una circunstancia que acarrea la inaplicabilidad de la regla. La principal razón que encontramos, es porque el vínculo es el elemento que permite presumir el sometimiento del particular a la jurisdicción territorial del Estado.

Es por lo anterior que quienes defienden la exigencia del vínculo voluntario para poder agotar los recursos, no equiparan ese vínculo con la residencia. Como ejemplo, se ha admitido que los asuntos de los *Buques Finlandeses*,<sup>639</sup> *Ambatielos*<sup>640</sup> y *Elettronica Sicula* (ELSI),<sup>641</sup> donde aparentemente no existía ninguna conexión estrecha entre el ciudadano agraviado y el Estado demandado, sí había una conexión suficiente entre el ciudadano agraviado y el Estado demandado para hacer aplicable la norma del agotamiento de los recursos internos en forma de relación contractual, como en *Ambatielos* y ELSI, o bien, de presencia física como en el caso de los *Buques Finlandeses*.

Pero además, se alega que si la residencia fuera un requisito, ello descartaría la aplicación de la norma de los recursos internos en los casos como la expropiación de bienes propiedad de extranjeros y las transacciones contractuales en que el extranjero fuera o no residente.

El apoyo a esta opinión se argumenta porque en todos los casos donde se ha exigido el agotamiento de los recursos internos, siempre ha existido un vínculo entre el individuo agraviado y el Estado demandado. Como por ejemplo, la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de los bienes o una relación contractual con el Estado demandado, etcétera, y se encuentra, según el relator especial de la CDI,<sup>642</sup> desde muchos años atrás en la práctica de EUA.

Supuestamente el gobierno de ese país, en 1834 les manifestó a sus ciudadanos que debían agotar los recursos internos en el Estado donde se encontraran, o donde se han infringido sus derechos, a cuyas leyes se han sometido voluntariamente al entrar en la esfera de su potestad y en consecuencia deben consentir en acatarlas.

<sup>639</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1479 y ss.

<sup>640</sup>*Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA, 119 y ss.

<sup>641</sup>*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), ICJ Reports 1989, pp. 42 y ss.

<sup>642</sup>Véase los comentarios del relator especial de la CDI, pues duda si ésta sigue siendo la postura actual del gobierno de EUA, en *Tercer informe...* (A/CN.4/523), párr. 78 y ss.

Y aunque esa postura fue expuesta por Meron,<sup>643</sup> no obstante debemos reconocer que al sostener esa opinión, nos estaríamos olvidando que la naturaleza de la protección diplomática y la norma de los recursos internos, han experimentado cambios en los últimos tiempos. Pues sin duda alguna, en la actualidad puede ocurrir que un particular se vea agraviado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por un acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio.

Un supuesto de tal situación, sería cuando el particular se encuentra dentro del territorio de otro Estado accidentalmente, o incluso en tránsito hacia otro Estado, tal y como sucedió en el asunto *Aerial Incident of 27 July 1955*,<sup>644</sup> donde a pesar de que la Corte no emitió fallo alguno, la alegación del Estado israelí se basó en la ausencia de vínculo entre los pasajeros del avión y el Estado búlgaro cuyo territorio sobrevolaba.

Porque de acuerdo con la práctica de los Estados y la costumbre internacional, cuando un Estado es responsable de haber abatido accidentalmente un avión extranjero, éste no exigirá el agotamiento de los recursos internos como condición previa para que las familias de las víctimas puedan presentar demandas contra ese Estado.

Prueba de ello es el asunto *Aerial incident of 3 July 1988*,<sup>645</sup> cuando EUA no exigió que se agotaran los recursos internos antes de pagar las indemnizaciones a los nacionales de Irán, a raíz del avión comercial con pasajeros de origen iraní que fuese derribado con misiles de los EUA en territorio de Irán. O también cuando la India tampoco planteó ese hecho como objeción ante la demanda de Paquistán, por los daños causados de la India por la destrucción de un avión de origen paquistaní en el asunto *Aerial incident of 10 of August 1999*.<sup>646</sup> De la misma manera que se hizo con Canadá, cuando pactó el acuerdo de arbitraje

<sup>643</sup>Véase T. Meron, *The incidence of the rule of exhaustion of local remedies...*, op. cit., pp. 94 y ss., en especial pp. 97 y 98.

<sup>644</sup>*Aerial Incident of 27 July 1955* (Israel v. Bulgaria), ICJ Pleadings 1959; véase también los *Alegatos de Israel*, en *ibidem*, pp. 531 y ss.

<sup>645</sup>*Aerial Incident of 3 July 1988* (Iran v. United States of America), ICJ Pleadings. Véase principalmente las objeciones preliminares presentadas por U.S.A, Part I, pp. 44-48.

<sup>646</sup>*Aerial Incident of 10 August 1999* (*Pakistán v. India*), en ILM 39 (2000), pp. 1116 y ss.

con EUA por un conflicto de daños transfronterizos por el Lago Ontario en Canadá.<sup>647</sup>

A nuestro parecer, es por eso que los partidarios de apoyar la norma del vínculo voluntario o la conexión territorial, muestran un cierto empeño en la aceptación del riesgo que corre el extranjero en un Estado del que no es ciudadano. Aunque *Brownlie*<sup>648</sup> no deja de indicar que existe un razonamiento opuesto, pues intenta precisar que únicamente si el extranjero se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado, su Estado de nacionalidad podrá esperar a que agote los recursos internos.

Precisamente dicha cuestión ya fue objeto de controversia en la práctica internacional en el asunto de los *Empréstitos Noruegos*.<sup>649</sup> En ese caso, Francia era quien alegaba que los ciudadanos franceses, pero residentes en Francia, que poseían bonos noruegos, no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega. Pero a pesar que Noruega argumentó que la práctica que existió en ese momento no apoyaba la tesis de Francia, este país se remitió a los laudos arbitrales de los *Buques Finlandeses*<sup>650</sup> y *Ambatielos*,<sup>651</sup> en donde se había declarado aplicable la norma de los recursos internos pese a que ninguno de los demandantes residía en el Estado demandado.

Para comprender este tema, es mejor abordar las primeras propuestas de codificación en la doctrina,<sup>652</sup> donde a nuestro parecer, no se prestó atención a la cuestión de la responsabilidad cuando el extranjero se encontraba fuera del territorio del Estado demandado, debido a que en ese tiempo no existía en la jurisprudencia, ni en la práctica de los Estados, la cuestión sobre la aplicabilidad de la norma de los recursos internos en caso que no exista un vínculo voluntario o una conexión territorial.

<sup>647</sup>Véase el acuerdo en ILM 4 (1965), pp. 469 y ss.

<sup>648</sup>Véase I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 501.

<sup>649</sup>*Certain Norwegian Loans* (France v. Norway) Judgment of 6 July 1957 (Preliminary Objections). ICJ Reports 1957, pp. 9 y ss.

<sup>650</sup>*Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1505.

<sup>651</sup>*Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA, 119-122.

<sup>652</sup>Véase Conference for the Codification of International Law of 1930. *Responsibility of the State for Damage done in Its Territory to the Person or Property of Foreigners*. League of Nations, vol. III, S. Rosenne y D. Ferry (eds.), Nueva York, Ocean Publications, 1975, pp. 133-135. Véase también *Second report on the responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person and property of aliens by F.V. García Amador* en *Yearbook...*, 1957, vol. II (A/CN.4/106), pp. 104 y ss.

Aunque también se puede certificar que unos años después y que se ha mantenido hasta la actualidad, la CDI<sup>653</sup> examinó esta cuestión, al aprobar el proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, pero rechazó la propuesta de que la norma de los recursos internos quedara sin efecto cuando no existiera una conexión territorial o un vínculo voluntario.

Después de todo lo anterior, creemos finalmente que el fundamento principal para quienes se oponen a la exigencia del vínculo voluntario o la conexión territorial para poder agotar los recursos, se basan principalmente en que los Tribunales internos han aceptado la necesidad de agotar los recursos de los que dispone el Estado, tal como sucedió en los asuntos de los *Buques Finlandeses*,<sup>654</sup> *Ambatielos*<sup>655</sup> y *Elettronica Sicula* (ELSI),<sup>656</sup> Pues sólo si sucediera que el Derecho internacional contuviera una limitación a la competencia general de la jurisdicción de un Estado, podrá no ser necesario el agotamiento de los recursos internos, conclusión a la que se ha llegado sin necesidad de acudir a la teoría del vínculo.

Aunque debemos aclarar que al analizar a fondo cada asunto, deducimos que éste argumento es muy engañoso, puesto que en los tres casos anteriores sí había alguna conexión con el Estado demandado.

No obstante, de todo lo anterior creemos que la mejor postura la expresa *Fawcett*,<sup>657</sup> porque concluye que la regla del agotamiento es una regla de conflicto de competencias.

A nuestro entender, lo que se intenta establecer es que se conecta la existencia del vínculo y la competencia de los Tribunales internos. Consecuentemente, el problema se reduce a esta última cuestión. La razón principal de ello es porque si bien es cierto que, la competencia de la jurisdicción interna es un presupuesto de la necesidad del agotamiento, entonces no lo es que dicha competencia esté condicionada siempre por un vínculo.

<sup>653</sup> Véase *Yearbook ...*, 1977, vol. II (Part Two), párr. 40 y ss.

<sup>654</sup> *Finnish Vessels Arbitration* (Finland v. United Kingdom) (1934), 3 RIAA 1479 y ss.

<sup>655</sup> *Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA, 119 y ss.

<sup>656</sup> *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA v. Italy), ICJ Reports 1989, pp. 42 y ss.

<sup>657</sup> J.E.S. Fawcett, *The exhaustion of local remedies: Substance or Procedure...*, *op. cit.*, pp. 458 y ss.

## *La dilación excesiva en la tramitación de los recursos*

Iniciamos este punto con una frase de *Mummery*,<sup>658</sup> quien señala que, cuando un recurso está disponible en un mal momento, no es recurso. Precisamente, esta idea fue reflejada en la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de 1930,<sup>659</sup> donde se hizo una propuesta que expresaba lo siguiente: “El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de: 3) Haya habido demoras abusivas por parte de los tribunales...”

No obstante, esa idea de 1930 no fue la única, pues además de la Conferencia Internacional de la OEA en 1933, llamada *Conferencia de Montevideo*,<sup>660</sup> consideró como “retardo motivado” una excepción a la norma sobre los recursos internos y afirmó que esos casos debían ser interpretados restrictivamente a favor de la soberanía del Estado donde se suscitó la controversia.

También en la Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por daños a los extranjeros en 1960,<sup>661</sup> se llega a determinar el inagotamiento de los recursos, sólo si éstos se muestran lentos o con demora.

Inclusive, cabe mencionarlo, algunos convenios internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>662</sup> y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos,<sup>663</sup> excluyen expresamente la necesidad de agotar los recursos internos cuando la tramitación se prolongue sin causa justificada. ¿Pero qué tan largo es el tiempo para que a los recursos internos se les considere como extensos sin causa justificada en la práctica internacional?

Aunque debemos advertir que existe gran dificultad al tratar de dar un significado objetivo a la dilación excesiva, pues se prefiere juzgar cada caso según sus propias circunstancias por ser un factor determi-

<sup>658</sup>Véase D.R. Mummery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>659</sup>Citado en *Tercer informe...* (A/CN.4/523), párr. 91.

<sup>660</sup>Véase el texto completo en la página electrónica: (<http://www.oas.org>).

<sup>661</sup>Véase el art. 19 de la Convención en *Yearbook...*, 1960, vol. 1 (Doc. A/CN.4/125), pp. 53 y ss.

L.B. Sohn y R.R. Baxter *Responsibility of States for injuries to the economic interest of Aliens...*, *op. cit.*, pp. 577 y ss.

<sup>662</sup>Véase el art. 41, párr... 1c).

<sup>663</sup>Véase el art. 46, párr. 2c).

nante. Existen casos como por ejemplo, el de *El Oro Mining and Railway Co.*,<sup>664</sup> donde se sostuvo que nueve años excedían al límite de lo permisible y consecuentemente el recurso se consideraba inefectivo.

En el asunto *Interhandel*,<sup>665</sup> la CIJ razonó que como no se vislumbraba una decisión final después de 10 años de litigio, los recursos disponibles en el Estado eran lentos e inefectivos, además que está claro que 10 años de litigio eran suficientes para agotar todos los recursos internos en el Estado. Además, aunque se rechazó la posibilidad de que la dilación excesiva hiciera menos estricta la norma del agotamiento, se consideró que los recursos eran infructuosos y se excusaba su agotamiento, tal como sucedió también en el asunto *Administration of the Prince of Pless*.<sup>666</sup>

Creemos que la excepción al requisito del agotamiento de los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una dilación (retardo) en la tramitación de un recurso interno, está reconocida en jurisprudencia y la doctrina, a pesar que todavía no sea reconocida como norma de Derecho internacional.<sup>667</sup>

Pero debemos advertir que, a pesar de que todavía no existe un acuerdo general sobre el tiempo que se considere que los recursos se han demorado, creemos que 10 años son más que suficientes y en algunos casos excesivos, para dar por finalizado el proceso judicial, fundamentalmente en cualquier Estado que pretenda ser considerado como moderno o desarrollado.

Por ello, consideramos que la intención al seguir la excepción de la dilación en la tramitación de los recursos, se advertiría a los Estados que se exponen a perder las ventajas de la norma sobre el agotamiento de los recursos, en caso que prolonguen excesivamente las actuaciones de su propia jurisdicción. Sobre todo para aquellos con la intención de retrasar el momento para comparecer ante un Tribunal

<sup>664</sup>*El Oro Mining and Railway Co. Ltd.* (United Kingdom v. Mexico) (1931), 5 RIAA, 191-199.

<sup>665</sup>*Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 26 y ss.

<sup>666</sup>*Administration of the Prince of Pless*, PCIJ Reports 1933, Series A/B, núm. 52, p. 16.

<sup>667</sup>El relator especial reconoce la dilación excesiva, pero no la propone como excepción a la norma. Véase el artículo 22 en *Yearbook...*, 1977, vol. II (Part Two), párr. 50; Del mismo modo, J. Kokott reconoce que la dilación constituye una excepción, pero no la llega a proponerla como norma de derecho internacional. J. Kokott. *The exhaustion of Local Remedies*, pp. 623 y ss.

internacional, razón por la que desde años atrás, la mayoría de los autores está a favor de esta excepción.<sup>668</sup>

### *La denegación de la justicia.*

#### *Impedimento de acceso a los Tribunales locales*

En la historia de lo que se conoce como *denegación de justicia*, encontramos que tiene sus orígenes en la protección que un príncipe ejercía sobre sus individuos en el extranjero. En aquellos años, cuando un extranjero sufría un agravio, la persona recurría ante la principal autoridad para agotar la justicia de ese país, pero no se le permitía acceder a ellos por ser extraño a la comunidad en ese lugar, por ende, tenía que dejar que su príncipe efectuara esa reclamación.

Pero en aquellos tiempos, se sometía a la autorización y voluntad del príncipe en turno efectuar las reclamaciones en el país donde se había sufrido el daño, además de intentar la satisfacción por el daño causado en nombre de la persona lesionada, que no siempre era por las vías diplomáticas como sucede en la actualidad. Por ello que a esa época se le conoce como el Derecho de las represalias.<sup>669</sup>

En ese sentido, como se supone que todo extranjero debe poseer el libre y fácil acceso a los tribunales,<sup>670</sup> S.M. el rey Federico II,<sup>671</sup> rechazaba las represalias del Estado, a menos que hubiera sido rechazada la justicia. Es así como podemos constatar que, la noción de la *denegación de justicia* es una de las más antiguas en Derecho internacional y continúa a lo largo de toda la vida histórica del Derecho, estando

<sup>668</sup>Véase en este sentido a I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 5005 y ss.; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, p. 79; E. Jiménez de Aréchaga, *General course in public international Law...*, *op. cit.*, pp. 294 y ss.; D.R. Mummery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, pp. 403 y ss.; C. Felix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 205 y ss.

<sup>669</sup>Véase sobre este tema a Ch. de Visscher, *Le déni de justice en droit international...*, *op. cit.*, pp. 370 y ss.; L. Martínez Agulló, *El agotamiento de los recursos internos y el caso de la "Barcelona Traction"...*, *op. cit.*, p. 346; E.M. Borchard, *Diplomatic Protection* pp. 330 y ss.; D.R. Mummery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, pp. 411-414; C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, pp. 241-246.

<sup>670</sup>Véase esta expresión en Ch. de Visscher, *Le déni de justice en droit international...*, *op. cit.*, p. 374.

<sup>671</sup>Citado en Ch. de Visscher, *Le déni de justice en droit international...*, *op. cit.*, p. 372.

íntimamente atada a la responsabilidad internacional del Estado, tal como lo afirma *Borchard*<sup>672</sup> y *Batel*.<sup>673</sup>

Al respecto, en 1958 esa tendencia fue seguida por el relator especial de la CDI García Amador,<sup>674</sup> quien en el tercer informe sobre la responsabilidad internacional de los Estados, hizo mención a que si los recursos sufren el aplazamiento u otra interrupción que demuestre la ineficacia de los recursos, entonces habrá una denegación de justicia.

Sin embargo, eso ocasiona algunos problemas, pues la pretensión de asignar al concepto de denegación de justicia un significado tan amplio, llevó a señalar un contenido demasiado estrecho, de manera que sólo unos cuantos actos de lo judicial podrían integrar esta figura.

Tal es el caso de lo que se conoce, en muchos países de América Latina, como la llamada “tesis Guerrero”, que se le llamó así por el jurista salvadoreño de ese nombre.

Esta tesis surge cuando al formular el informe del Subcomité de Expertos de la Liga de las Naciones sobre Codificación Progresiva en 1926, Guerrero indicó que el concepto sobre la denegación de justicia es “una rehúsa a conceder a los extranjeros el libre acceso a los tribunales instituidos por el Estado para el desarrollo de sus funciones judiciales”.<sup>675</sup> Lo que nos conduce a interpretar conforme a esa cerrada interpretación, que sólo los actos de lo judicial, cuando insisten en rehusarse a conocer de las reclamaciones de un extranjero, integrarían la llamada denegación de justicia.

Por ello, advertimos que la denegación de justicia implica siempre una referencia a los actos de Tribunales o de los órganos del Estado encargados de administrar justicia. Aunque debemos aclarar que no todos los Tribunales del Estado pueden técnicamente cometer una denegación de justicia, pues por ejemplo, los cuerpos judiciales encargados de aplicar las leyes penales en nombre de la comunidad, al hacer su función tratan de suprimir cualquier clase de delito y mantener la

<sup>672</sup>Véase E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, pp. 818 y ss.

<sup>673</sup>Véase E. Vattel, *The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns...*, op. cit. (cap. VII), § 84.

<sup>674</sup>Véase F.V. García Amador, *Third Report to I.L.C.* Véase en *Yearbook...*, 1958, vol. II (A/CN.4/111), p. 57.

<sup>675</sup>Citado en C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, p. 243.

seguridad pública respetando las leyes penales, lo cual ocasiona que no satisfacen siempre a intereses privados de las partes involucradas, o de la sociedad en general.

Es por eso que, para la teoría moderna en Derecho internacional, el término *denegación de justicia* adquiere distintos significados, puesto que puede poseer el ingrediente básico de la culpa o el dolo (*culpa o dolus*). Incluso se puede atender el llamado de *Kokott*,<sup>676</sup> quien en la Conferencia de la Asociación de derecho internacional en el 2000, propuso otros casos de denegación de justicia como son los casos de obstrucciones procesales, o las denegaciones de justicia en el sentido de que el individuo es privado de acceso a los Tribunales por una práctica o política tolerada por el Estado.

Precisamente es en el mismo sentido que lo ha explicado *Freeman*,<sup>677</sup> pues si tomamos en cuenta que la denegación de justicia denota esencialmente una falla de las autoridades encargadas de administrar justicia en un Estado para cumplir con la obligación de impartirla, entonces se puede encontrar un nexo de la responsabilidad internacional del Estado, con los actos de los organismos judiciales que asumen todas las consecuencias jurídicas.

Es por ello que, todo esto nos conduce a considerar que la denegación de justicia, es una falta en la administración de justicia local hacia un extranjero, que fracasa en proporcionar al extranjero el mismo remedio que se proporciona al nacional cuando tal recurso está a su disposición. Dicho de otra manera, es la falla de impartir la justicia sustancial, propia de cada Estado, pero siempre que se haya invocado previamente, razonamiento que sería lógico si uno entiende que la denegación de justicia constituye una violación al Derecho internacional.

Por otro lado, si se admite que en ciertos casos es posible que un Estado impida a un extranjero obtener acceso a sus Tribunales, es importante precisar el carácter que reviste la protección judicial, la cual posee un deber general de protección del Estado hacia el extranjero,

<sup>676</sup>Véase J. Kokott, *The exhaustion of Local Remedies...*, *loc. cit.*, pp. 625 y ss.

<sup>677</sup>Cfr. V. Freeman Alwyn, *The international responsibility of States for denial de justice*, Nueva York, Longsman Green and Co., 1938, p. 96. Véase además en este sentido a D.R. Mumery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, pp. 413 y ss.; Ch. de Visscher, *Le déni de justice en droit international...*, *op. cit.*, pp. 373 y ss.

así como la relación que se establece entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

En principio, tal como sucedió en el asunto *Salem*,<sup>678</sup> cuando un extranjero reside en otro Estado, debe conocer la clase de justicia establecida en el país que escoge como residencia, incluyendo todas las deficiencias de tal jurisdicción.

La razón es porque en el momento de sufrir un perjuicio, queda sometido a las instancias locales que ponga el Estado a su disposición, las cuales supuestamente deben de dar cumplimiento a las exigencias impuestas por el Derecho internacional.

Así que cuando los órganos judiciales demuestren carencias en la aplicación de los preceptos internos del Estado, o incluso deficiencias en su funcionamiento y al extranjero no se le da el trato que es debido, se suministra la denegación de justicia, que es la que abre la posibilidad de una reclamación internacional.

Por ello, es importante saber que, en términos generales, a la denegación de justicia se le puede considerar como norma secundaria cuando excusa tener que interponer más recursos internos y como norma primaria cuando da lugar a la responsabilidad internacional.

Al respecto, esas dos fases de la denegación de justicia, o sea, primaria y secundaria, quedaron ilustradas en la Conferencia de la Haya de 1930,<sup>679</sup> y encuentra el respaldo en asuntos relacionados con la defensa de los derechos humanos.<sup>680</sup>

No obstante, en la conferencia, a la denegación de justicia se le da el carácter de norma primaria, cuando las autoridades judiciales hayan impedido a un extranjero el ejercicio de su derecho a interponer un recurso judicial, o bien, en su trámite haya encontrado obstáculos o demoras injustificables que entrañen una denegación de justicia. Y se le dio el carácter secundario, cuando excluye al extranjero agraviado de agotar los recursos internos en caso que hubiera sufrido denegación de justicia por los Tribunales del Estado.

<sup>678</sup>*Salem Case* (Egypt v. USA) (1932), 2 RIAA 1166.

<sup>679</sup>Véase en especial los artículos 9o. y 4o. párr. 2, en *Yearbook...*, 1956, vol. II (A/CN.4/96), p. 173.

<sup>680</sup>Véase principalmente el asunto *Akdivar v. Turkey*, Judgment of 16 September 1996, 15 ECHR (1996-IV), pp. 1192-1213.

Lo anterior nos lleva a determinar que, tal como lo explica Sepúlveda,<sup>681</sup> habrá responsabilidad de un Estado por denegación de justicia, cuando falle en proporcionar a un extranjero, todos los beneficios que su organización judicial, considerando como un todo, a lo que se le concede a sus propios ciudadanos.

Por último, en la práctica internacional la primera vez que se planteó ante la CIJ la denegación de justicia como excepción del inagotamiento de los recursos internos, fue en el asunto *Anglo-Iranian Oil Co.*<sup>682</sup> relativo a la expropiación de la compañía petrolífera de nacionalidad británica *Anglo-Iranian*, como consecuencia de la ley persa del 20 de marzo de 1951, que dispone de la nacionalización de la industria petrolera.

En ese caso, la alegación persa del inagotamiento de los recursos ocupó un lugar secundario, respecto al conjunto de las excepciones opuestas dirigidas fundamentalmente contra la competencia del Tribunal, íntimamente ligada con la excepción de competencia exclusiva del Estado que también presentó el gobierno persa y que respondía especialmente a la acusación inglesa por la denegación de justicia de parte de las autoridades de Irán.

Pero a pesar que Inglaterra alegaba que la regla del agotamiento de los recursos internos era inaplicable por tratarse de la responsabilidad del Estado, argumento de no muy sólida fundamentación, debido a que pueden existir recursos internos contra el acto de los órganos de Estados capaces de proporcionar una reparación al daño.

Para el gobierno británico, la denegación de justicia se había producido al negarse a las autoridades persas, someter el asunto al arbitraje previsto en el artículo 22 del convenio de concesión del 29 de abril de 1933, cláusula que traía consigo la incompetencia de los tribunales internos y la sustitución de éstos por un órgano arbitral de carácter internacional.

Posteriormente, la sentencia del 22 de julio de 1952, declaró la incompetencia del Tribunal por estimar que el caso caía fuera del contenido de la declaración persa de adhesión a la cláusula facultativa

<sup>681</sup>Véase C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, pp. 246 y ss.

<sup>682</sup>*Anglo-Iranian Oil Company* (United Kingdom v. Iran), ICJ Reports 1952, pp. 36 y ss., en especial pp. 73-76.

y consecuentemente, la Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda.<sup>683</sup>

Por tal motivo, tras analizar la denegación de justicia en la práctica internacional, consideramos que no puede aceptarse como válida la insistente afirmación de algunos autores<sup>684</sup> de que la denegación de justicia a un extranjero, necesariamente ha de medirse por el nivel de administración de justicia del país de donde proviene.

La principal razón radica en que el extranjero no lleva consigo su propio sistema de justicia, ni puede lícitamente reclamar que se le aplique, pues ha sido bajo libre albedrío que desea domiciliarse en el país donde se le juzga, incluso en muchos casos, beneficiándose de tal residencia.

### *La renuncia al agotamiento de los recursos internos*

Como ya lo hemos mencionado con anterioridad, el propósito de la norma del agotamiento es el de proteger los intereses del Estado acusado de cometer un hecho ilícito contra un extranjero. Aunque en realidad, existen ocasiones en que por mutuo acuerdo, los Estados están dispuestos a dispensar el requisito de que deben ser agotados los recursos internos en ese Estado. Es decir, que el Estado puede renunciar por sí mismo al cumplimiento de esta regla.

Por ejemplo, en el asunto de la *Interhandel*,<sup>685</sup> los representantes del gobierno de EUA habían afirmado que las pretensiones de la compañía *Interhandel* estaban definitivamente rechazadas por los Tribunales internos.

<sup>683</sup>*Anglo-Iranian Oil Company* (United Kingdom v. Iran), Judgment July 22 1952. ICJ Reports, 1952, pp. 131 y ss. En su opinión particular, el juez *Carneiro* trata la cuestión del agotamiento, señalando que al no haberse constituido la Comisión prevista en la ley de nacionalización para resolver las eventuales reclamaciones, no podía alegarse el inagotamiento de este recurso. ICJ Reports, 1952, p. 151.

<sup>684</sup>Véase Ch. de Visscher, *Le déni de justice en droit international...*, *op. cit.*, pp. 419 y ss; D.R. Mummery, *The content of the duty to exhaust local judicial remedies...*, *op. cit.*, pp. 413 y ss; E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, p. 207; V. Freeman Alwyn, *The international responsibility of States for denial of justice...*, *op. cit.*, pp. 531 y ss.

<sup>685</sup>*Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 27 y ss.

Pero a pesar que la CIJ resolvió esta cuestión de un modo terminante, afirmando que las opiniones manifestadas por los representantes americanos eran evidentemente erróneas, pues el proceso interno de la *Interhandel* estaba aún en curso. Consecuentemente, el gobierno de Suiza dedujo de estas declaraciones, una renuncia de EUA a plantear la excepción del agotamiento, toda vez que se había proveído acuerdo sobre este punto.

El anterior asunto nos demuestra que en la práctica no parecería estar prohibida la renuncia a los recursos internos. Aunque en realidad, es difícil conciliar el planteamiento sustantivo de la doctrina del agotamiento de los recursos internos.

Precisamente esa idea es respaldada por autores que se pronuncian a favor del carácter sustantivo de la regla, como por ejemplo Borchard,<sup>686</sup> uno de los principales sustantivistas de la regla, que admite la posibilidad de renuncia del Estado al cumplimiento de la regla.

No obstante, para los autores que creen que es una cuestión de procedimiento,<sup>687</sup> no tienen mayor dificultad en apoyar el derecho de renuncia por el Estado demandado, incluso en el caso de protección a los derechos humanos, tal y como sucedió en el asunto *Viviana Gallardo y otras*<sup>688</sup> ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, tras esa breve explicación, la renuncia del agotamiento de los recursos internos se puede presentar en la práctica de las siguientes formas.

#### La dispensa expresa y tácita

En principio, la dispensa de los recursos internos puede ser expresa o tácitamente y aparecer de muchas formas distintas, pero cuando es clara la intención de las partes de dispensar de los recursos internos, es preciso darles efectividad.

<sup>686</sup>Véase E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, pp. 819 y ss.; véase en este sentido a C. Felix Amerasinghe, *State responsibility for injuries to aliens...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

<sup>687</sup>Véase en este sentido principalmente a A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, pp. 128-133.

<sup>688</sup>*Viviana Gallardo y otras*, CIDH, opinión consultiva de 6 de octubre de 1981. Serie B núm. 101/81 (1981), pp. 81-83.

Eso se debe a que en realidad, desde hace años la dispensa del agotamiento de los recursos era común para la práctica de los Estados, tal como se desprende de las decisiones de los asuntos *Steiner and Gross v. Polish State* en 1927,<sup>689</sup> o en el asunto del *American International Group Inc. v. Iran*,<sup>690</sup> pero principalmente, en los acuerdos de arbitraje que contenían la cláusula de esta índole<sup>691</sup> y que se presentan de muchas formas.

Por ejemplo, en un tratado bilateral o multilateral acordado antes o después que se suscite la controversia, también en un contrato entre el extranjero y el Estado, inclusive, puede inferirse del comportamiento del Estado demandado en circunstancias en que pueda ser calificada de impedimento o renuncia o en un tratado general que disponga que las controversias que se produzcan en el futuro hayan de mediarse por arbitraje, como es el caso del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones,<sup>692</sup> en donde encontramos que en caso de aplicarse el Derecho internacional y las partes se han sometido a un Derecho interno, necesita existir una condición expresamente establecida. Pues en caso de no haber dicha condición, no será oponible la dispensa como excepción del inagotamiento de los recursos internos.

A decir verdad, esa digresión pone de manifiesto la posibilidad de la existencia de una faceta internacional en las diferencias en cuestión, debido a que las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, estipulan la introducción del Derecho internacional dentro del Derecho aplicable.

<sup>689</sup>*Steiner and Gross v. Polish State* en 4 Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928), 291 y ss.

<sup>690</sup>Laudo 93-2-3 Irán-US CTR 4 (1983), pp. 96 y ss.

<sup>691</sup>Como por ejemplo el artículo V del Convenio de 1923 por el que se establece la Comisión de Reclamaciones entre México y USA, obligando a los dos países a dispensar el agotamiento de sus recursos internos, toda vez que las diferencias se resolvían por la Comisión. Véase sobre este tema: L.M. Díaz (comp.), *México y las comisiones internacionales de reclamaciones*, t. II, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 111-116.

<sup>692</sup>Véase el ISCID o CIADI (Doc. CIADI/15/Rev.1.), 575 UNTS, 159 y ss. Art. 26: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio se considerara consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio. Disponible el texto completo del Convenio en la página: (<http://www.worldbank.org>).

Por ello creemos que la concesión de la discrecionalidad del Tribunal que conozca del caso, se funda generalmente en la introducción de la equidad en el caso de un compromiso arbitral, más que como una fuente autónoma en calidad de principio complementario del Derecho internacional aplicable, tal como se estableció en el caso *Salem*.<sup>693</sup>

Consiguientemente, se presenta el problema de saber qué Derecho será el aplicable, pues en principio, es libremente elegido por las partes.<sup>694</sup> Entonces las diferencias en el asunto tendrán carácter interno o internacional, de acuerdo con el factor formal que deriva de la falta de subjetividad internacional de sus sujetos, o incluso también el factor material, que consiste en la colocación de la relación controvertida bajo el ordenamiento internacional.

De esta manera, cuando el tribunal arbitral ha de aplicar el Derecho internacional en caso de silencio de las partes sobre el agotamiento de los recursos internos, habrá de inducir de la renuncia del Estado al ejercicio de su jurisdicción, una derogación tácita de la regla, reduciéndose el Derecho internacional aplicable a las normas referentes al fondo del asunto en sentido estricto.

Si por el contrario, el Derecho aplicable es el interno del Estado contratante o el del otro Estado, tal como sucede por ejemplo en un contrato entre el Estado y el extranjero, el agotamiento de los recursos internos sólo será necesario si así lo estipulan expresamente las partes.

Debemos recalcar que en esos casos, si las partes no han dispuesto nada respecto al derecho aplicable, ni expresa ni tácitamente, el órgano internacional que conozca el caso aplicará el Derecho internacional vigente y por consiguiente, la norma referente al agotamiento de los recursos internos.

Aunque en realidad, es poco probable, puesto que el órgano arbitral se convertiría de este modo en una última instancia al aplicar el Derecho con el que éstas juzgaron ya el caso. En el último caso, la excepción es inoponible, pero no por derogación tácita de la regla,

<sup>693</sup> *Salem Case* (Egypt v. USA) (1932), 2 RIAA 1163 y ss.

<sup>694</sup> Se recomienda sobre este tema a E. Ruiloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, pp. 291 y ss., en especial pp. 471-482.

sino simplemente por la pertenencia de ésta a un orden jurídico que no forma parte del Derecho aplicable.

En realidad, la delimitación de estos principios de Derecho internacional plantean por si solos una problemática, en especial cuando son propuestos de un modo asistente y a jerárquico, junto con el Derecho interno del Estado parte en la controversia.

Por ende, parece claro que no se está haciendo referencia a un principio como el de la necesidad de agotar los recursos internos contenidos en los principios rectores de la protección diplomática como lo hemos estado repitiendo en reiteradas ocasiones.

El compromiso arbitral después de la controversia

A pesar que aun no existe una conclusión con fundamentos sólidos sobre este tema, pues la práctica internacional de la CIJ. aún no se ha referido a la dispensa en el caso de los acuerdos comprendidos en esa categoría, consideramos que para cuestiones prácticas, es mejor que esos acuerdos se den antes que se llegue a una controversia.

Incluso en ese sentido, para el relator especial de la CDI<sup>695</sup> y en nuestra opinión, resulta más fácil deducir tácitamente la renuncia a los recursos internos en el caso de un compromiso concertado después de suscitada la controversia.

Es decir, pudiera ser que nos encontremos con que si el Estado demandado acordó un compromiso con el Estado demandante, donde quedan comprendidas las controversias relativas al trato de nacionales (pero siempre que se haya causado una lesión al nacional, el cual es objeto de la controversia) el acuerdo no contempla nada acerca de la preservación de la norma relativa a los recursos internos.<sup>696</sup> Pero existe la posibilidad de que la dispensa se infiera tácitamente del compromiso arbitral una vez suscitada la controversia, por los acuerdos que exigen expresamente que se agoten los recursos internos.

<sup>695</sup>Véanse las opiniones en *Tercer informe...* (A/CN.4/523), párr. 58 y ss.

<sup>696</sup>Véase especialmente a E.M. Borchard, *Diplomatic protection*, pp. 819 y ss.; además la opinión disidente del magistrado *Van Eysinga* en el asunto *Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 76, pp. 37 y ss.

La cláusula facultativa antes de suscitada la controversia

Se conoce como *cláusula facultativa*,<sup>697</sup> cuando el Estado demandado ha aceptado en un acuerdo someter las decisiones a un Tribunal por las controversias que pudiesen surgir en el futuro con el Estado demandante. No obstante, debemos advertir que ese acuerdo no significa que se renuncie al derecho de agotar todos los recursos internos, en los casos en que una de las partes contratantes patrocine la demanda de su nacional.

Un claro ejemplo de cláusula facultativa, se puede encontrar en el asunto de *Steiner and Gross v. Polish State*.<sup>698</sup> En ese caso, el Tribunal de la Alta Silesia sostuvo que Polonia había renunciado tácitamente a la norma de los recursos internos que estaba consignada en el artículo 5o. del Convenio entre Alemania y Polonia del 15 de mayo de 1922 y que el Tribunal aceptaba que se les daba a los demandantes el derecho de recurrir al Tribunal internacional sin agotar los recursos internos.

Aunque fundamentalmente en varios casos en que había una cláusula de esta índole, el Estado demandante no ha hecho valer la dispensa que tácitamente entraña la sumisión al arbitraje como respuesta a una objeción preliminar presentada por el otro Estado, y donde generalmente se basa en que no se han agotado los recursos internos, tal como sucedió en el asunto de la *Interhandel*<sup>699</sup> y de la *Elettronica Sicula* (ELSI).<sup>700</sup>

En este último caso, el daño fue causado directamente al demandante por la violación del Derecho internacional (por ejemplo un tratado) y quedó relegado a un segundo plano cuando se alega un perjuicio sufrido por los nacionales.

<sup>697</sup>Véase sobre este tema a F.A. Mann, "State contracts and international arbitration", en BYIL vol. XXXII (1967), pp. 1-32; V. Freeman Alwyn, *The international responsibility of States for denial of justice...*, op. cit., pp. 414 y ss. *Oppenheims International Law* (1992), pp. 526 y ss.; E. Jiménez de Aréchaga, *General course in public international Law...*, op. cit., pp. 292 y ss; C. Felix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 253 y ss.

<sup>698</sup>*Steiner and Gross v. Polish State* (1927-1928) en: 4 ADPILC, 472.

<sup>699</sup>*Interhandel* (Switzerland v. U.S.A.), ICJ Reports 1959, pp. 27 y ss.

<sup>700</sup>*Elettronica Sicula S.p.A. ELSI*, ICJ Reports, 1989, pp. 46 y ss; Para más sobre este caso se recomienda a J.A. Vives Chillida, *Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación...*, op. cit., p. 8; M.H. Adler, "The exhaustion of the local remedies rule after the International Court of Justice's decision in ELSI", en ICLQ.39 (1990-3), pp. 641-653.

Pero según EUA, las autoridades italianas habían adoptado medidas que violaban determinadas disposiciones del Tratado Italo-Estadounidense de Amistad, Comercio y Navegación de 2 de febrero de 1948 y del acuerdo complementario de 26 de septiembre de 1951.

Frente a tal pretensión de EUA, Italia solicitó a la CIJ que declarara que la demanda era inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos, que no se habían violado los tratados y subsidiariamente en el caso que se apreciara la existencia de alguna violación, la cual no había causado ningún perjuicio que justificara el pago de una indemnización.

Por otro lado, somos conscientes de la imposibilidad de aplicar la regla al fondo del asunto, sobre todo en caso de silencio del compromiso, pues creemos que únicamente puede explicarse técnicamente, considerando que el contenido de la voluntad tácita de las partes comporta la exclusión del agotamiento y una restricción del Derecho aplicable, en virtud de la cual se separa de él la norma concerniente al agotamiento de los recursos internos.

Por ello, debemos situarnos en el otro extremo de posibilidades, donde por ejemplo, en el asunto de *Panavezys-Saldutiskis Railway*,<sup>701</sup> la Corte sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa, no constituía una dispensa tácita de la regla relativa a los recursos internos.

De la misma manera, en el asunto de *Certain Norwegian Loans*<sup>702</sup> y en el asunto de la *Interhandel*,<sup>703</sup> el Estado demandante no planteó la dispensa de los recursos al responder a una objeción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos.

Por ende, se confirma que en todos los anteriores casos, la Corte hizo valer su competencia sobre la base de una declaración con arreglo a la cláusula facultativa.

Por ello que todas las anteriores situaciones, tal como fueron planteadas, requieren saber si la regla no se halla consagrada en el Derecho internacional general, debido a que sólo puede tener una vigencia de fundamento convencional. Y al mismo tiempo, se demuestra claramen-

<sup>701</sup>*Panavezys-Saldutiskis Railway*, PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 76, pp. 18 y ss.

<sup>702</sup>*Certain Norwegian Loans* (France v. Norway), Judgment of 6 July 1957 (Preliminary Objections), ICJ Reports 1957, pp. 9 y ss.

<sup>703</sup>*Interhandel* (Switzerland v. United States), ICJ Reports 1959, pp. 27 y ss.

te que mientras no esté recogida en un convenio entre las partes, ésta será metódicamente inoponible.

Ahora que si se califica a la regla como una regla de *ius cogens* perteneciente al Derecho internacional, la excepción del inagotamiento de los recursos será oponible, esté o no recogida en el Derecho convencional aplicable, tal como sucede en la mayoría de los casos de la protección diplomática. Pues pudiese ocurrir, que las partes implicadas al silenciar la mención expresa del requisito del agotamiento de los recursos internos, entendieran que la cuestión habría de ser examinada por el juez para apreciar la existencia de la responsabilidad.

Por otro lado, si no existe ningún indicio que conduzca a interpretar la voluntad de las partes, parece lógico pensar que la aceptación del arreglo internacional implica la renuncia a exigir que haya sido intentado previamente el arreglo interno, puesto que el tiempo normal de hacer valer esta exigencia es el anterior a la firma del compromiso, la cual da lugar a la cláusula facultativa.

Un contrato entre el extranjero y el Estado demandado

A decir verdad, el contrato para someter al arbitraje las diferencias entre un extranjero y el Estado de acogida, en donde se estipula la renuncia al agotamiento de los recursos internos, sea de forma tácita o expresa, generalmente no es eficaz. La razón es porque el arreglo de controversias en estos casos, no requieren que el Estado de la nacionalidad del extranjero haga suya la reclamación.

En caso contrario, ese contrato puede hacerse pertinente a los efectos que nos ocupan, si el país de acogida se niega a someter la diferencia al arbitraje y el Estado de la nacionalidad del extranjero intercede para protegerlo.

Entonces nos surge la controversia de si el contrato entre un Estado y un extranjero que convenga resolver sus controversias mediante arbitraje, sin mencionar explícitamente la utilización de los recursos internos como requisito previo para ese arbitraje, ha de ser interpretado en el sentido de que ese hecho entraña la renuncia a los recursos internos o no, si el Estado demandado no ha interpuesto objeciones sobre el no agotamiento de los recursos internos en el Estado.

Cabe señalar que a pesar de encontrarse apoyo en la doctrina,<sup>704</sup> en la práctica internacional ante Cortes internacionales, como por ejemplo los argumentos de Suiza presentados en el asunto *Losinger and Co.*,<sup>705</sup> los del Reino Unido en *Anglo-Iranian Oil Co.*,<sup>706</sup> los argumentos de Francia en *Electricity of Bayreuth Co. Case*,<sup>707</sup> y los escritos de Francia y del Líbano en el asunto *Compagnie du Port, des Quais et des entrepôts de Beyrouth and the société Radio-Orient case*,<sup>708</sup> aún no se han pronunciado sobre la validez de la renuncia en tales contratos y tampoco cabría hacerlo en este estudio, pero sí se debe reconocer que se han hecho alegatos a favor de la renuncia tácita pactada en tales contratos.

## CONSIDERACIONES FINALES

I. El perfil consuetudinario de la regla del previo agotamiento de los recursos internos como requisito forzoso para que sea iniciado un procedimiento internacional como el de la protección diplomática, hacen que la regla sea enmarcada por un carácter elástico o flexible en la mayoría de los casos, con la finalidad de vincular la relación existente entre las jurisdicciones nacionales y las internacionales en los Estados. Esta regla que se aplica por igual a las personas físicas y jurídicas, e inicia cuando el extranjero se dirige a un órgano competente del Estado que le ocasionó el daño y por el que espera obtener una reparación adecuada como consecuencia de la acción que originó la responsabilidad internacional del Estado, independientemente del órgano que haya causado el daño. Pero termina, cuando el particular ha usado y consumado todos los medios disponibles, ajustándose a los requisitos procesales de tiempo y forma

<sup>704</sup>Véase en este sentido A.O. Odede, "A survey of Treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies", en *Harvard International Law Journal* 18 (1977), pp. 7 y ss.; *Oppenheims International Law* (1992), pp. 522 y ss.; C. Felix Amerasinghe, *Local Remedies*, pp. 262 y ss.; E. Ruiloba Santana, *La oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos...*, *op. cit.*, pp. 467 y ss.

<sup>705</sup>PCIJ Reports 1936, Series C, núm. 78, pp. 40 y ss.

<sup>706</sup>ICJ Pleadings 1951, pp. 81 y ss.

<sup>707</sup>ICJ Pleadings 1954, pp. 14 y ss.

<sup>708</sup>ICJ Pleadings 1960, pp. 39 y ss.

tipificados en el ordenamiento interno de ese Estado, sin obtener la reparación que esperaba.

II. El criterio que predomina en la práctica internacional para la determinación de los recursos que han de haberse agotado, es el que indica que siempre que el particular inicie un procedimiento interno con la finalidad de llegar hasta el último recurso, éstos deben de ser eficaces y suficientes en el Derecho interno del Estado. Por tanto, significa que el particular deberá de recurrir ante distintas autoridades en diferentes jerarquías para que se dé el cumplimiento estricto de la regla.

III. En los procedimientos que se llevan ante instancias internacionales, la regla del agotamiento de los recursos internos es planteada por el Estado demandado como una excepción preliminar que pudiese terminar con la demanda del Estado que hizo suya la reclamación de su nacional. Si éste no demuestra a su Estado que consumó las exigencias de los recursos que impone el orden interno del Estado donde sufrió el daño, en la actualidad el Estado no podrá iniciar una reclamación internacional.

IV. La práctica nos demuestra que en los casos donde ha prosperado una acción internacional, se debe tomar en cuenta esencialmente que para que el extranjero agraviado pueda agotar los recursos de los que dispone el Estado, éste tiene la obligación de cumplir con el requisito de contar con medios legalmente eficaces y útiles. Es decir, al alcance de cualquier individuo de manera imparcial, pronto y expedito, con la única finalidad de demostrar que al extranjero se le otorgó la posibilidad de obtener una reparación por el daño causado en ese Estado. En caso contrario ante un Tribunal internacional, este incumplimiento acredita la excepción preliminar del agotamiento de los recursos, generalmente impuesta en los juicios de esta naturaleza, para demostrar la causa del incumplimiento del particular.

V. Al estudiar la inexistencia de un vínculo entre el particular y el Estado demandado, nos encontramos con que incorrectamente algunos autores afirman que la norma del agotamiento de los recursos internos no es aplicable cuando el extranjero agraviado no tiene un vínculo voluntario con el Estado demandado. La razón es porque no hay esa conexión territorial necesaria entre el particular y el Estado o sus órganos. No obstante, esta opinión no es apoyada ni por la CDI, ni la práctica de los Estados, debido a que en esos casos los Tribunales internos aceptan la necesidad de agotar los recursos, salvo que el Derecho internacional contenga alguna prohibición sobre los Tribunales de ese Estado. En consecuencia, podemos afir-

mar que esta excepción a la norma del agotamiento no es fundamento en un proceso internacional para exentarse de agotar los recursos internos del Estado.

VI. Como cualquier otra regla consuetudinaria del Derecho internacional, la regla del agotamiento de los recursos cuenta con excepciones que evitan su estricto cumplimiento. Fundamentalmente cuando no exista un vínculo entre el extranjero y el Estado que ocasiona el daño, además cuando los órganos judiciales o administrativos retarden excesivamente una decisión definitiva del asunto, se le prohíba al extranjero acudir a los Tribunales, o se renuncie por mutuo acuerdo con el Estado al agotamiento de los recursos internos.

VII. En la dilación o retardo excesivo en la tramitación de los recursos, el único inconveniente que existe es, que no hay una regla que manifieste cabalmente el tiempo por el que un recurso se puede considerar retardado. Según la práctica internacional, 10 años son suficientes para que un recurso se considere como retardado, pero consideramos que esos 10 años son demasiado largos y costosos en la mayoría de los Estados que cuentan con un supuesto sistema judicial moderno y efectivo. Por consiguiente, se advierte que sin existir hasta el momento práctica que apoye la siguiente postura, creemos que cinco años son más que suficientes para que los Tribunales del Estado se pronuncien sobre una situación.

VIII. Cuando se presenta la denegación de la justicia, no cabe la menor duda que ante una Corte internacional eso excusaría al particular del no agotamiento de los recursos en el Estado, principalmente porque se viola el Derecho internacional a causa de la responsabilidad del Estado que surge a causa de la incompetencia de sus Tribunales. No obstante, esta situación se puede presentar demasiado compleja, debido a que siempre nos referimos a la capacidad de actuación de los Cortes estatales, la cual afecta no sólo a los extranjeros, sino también a los propios nacionales del Estado, privando directamente al particular afectado de la posible reparación que esperaba en ese Estado y pone en manos de su Estado el daño y la reparación que se puede obtener, obviamente, sólo cuando el Estado ha decidido hacer suya la reclamación.

IX. Aunque usualmente en la práctica internacional existe acuerdo sobre el no agotamiento de los recursos del Estado, porque se pacta una renuncia a esa acción, debemos anotar que al menos, no todos los Estados apoyan esta situación que se presenta en su gran mayoría contenida en trata-

dos que se relacionan con el comercio internacional. Por ejemplo, la solución de controversias ante el CIADI, situación por la que rara vez podremos apreciar en un futuro ante la CIJ, una controversia que contenga una objeción preliminar porque el particular no agotó los recursos, debido a que se renunció al agotamiento de los recursos internos disponibles en ese Estado.



*TERCERA PARTE*

*Defensa y protección jurídica  
internacional. Intereses Estatales  
y de los mexicanos en el extranjero*



## La protección diplomática. Medio jurídico de defensa de los intereses mexicanos

### LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES POR INTERESES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS EN MÉXICO

Definitivamente que a causa de la evolución en el Derecho internacional, el primer tipo de protección a nacionales generalmente admitido y que se sistematiza con la consolidación de los Estados en el plano internacional, ahora se le denomina protección diplomática.

Pero no nos cabe la menor duda que, al hablar de protección diplomática como medio para reclamar la responsabilidad internacional del Estado en la defensa de los intereses estatales, encontramos que en el fondo existen diversas circunstancias que limitan y tutelan su aplicación, derivados de los distintos intereses que posee cada Estado.

A nuestro parecer, las controversias de Estados poderosos contra un país más desfavorecido, en este caso México, ayudó a sentar las bases legales, políticas e ideológicas para la defensa del interés nacional, mediante un medio lícito internacional que se puede emplear para la defensa de los intereses estatales, es decir, la protección diplomática. Aunque tal y como lo reconoce la profesora Gómez Arnau,<sup>709</sup> no existen claros argumentos para demostrar que desde un principio haya habido un uso específico de este término.

<sup>709</sup>Véase R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*, México, UNAM, Centro de Investigación sobre Estados Unidos de América (CIEUA), 1990, pp. 34 y ss. (en adelante R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales*).

No obstante, lo más evidente es que la protección a los nacionales era una cuestión a tratar por el Estado, o sea a través de sus representantes diplomáticos, pero la práctica nos indica que ya no se trataba de administrar justicia directamente a los ciudadanos que se encontraban en el exterior, sino más bien de reclamar siempre que se necesitara y ante la mínima provocación por el daño ocasionado en la persona que no fuese justamente reparado.

Pero como lo vimos en capítulos anteriores, los medios diplomáticos no eran los únicos a los que tenía acceso el Estado para solucionar sus diferencias con otro Estado, ni tampoco para lograr que una reclamación fuese debidamente atendida.

Esta tendencia de los Estados inicia desde el siglo XIX, en la que los países poderosos utilizaron como pretexto el ejercicio de la protección a sus nacionales para solicitar a países en vías de desarrollo, tratos privilegiados para sus ciudadanos dentro del país y si esas demandas no le eran cumplidas al Estado, también podían proteger sus intereses en la figura de sus nacionales a través del uso directo de la fuerza.

Aunque en realidad, consideramos que resulta muy difícil determinar el conjunto de elementos comprendidos para que el Estado decidiera si se optaba por la solución diplomática, o directamente al empleo de la fuerza armada.

Lo cierto es que durante esa época, tales abusos condujeron a evidentes violaciones que rigen los principios actuales del Derecho internacional, incluyendo a los de la protección diplomática actual. Por ello, muchos de estos casos se identifican más con propósitos de intervención en los asuntos internos de los países, que con actividades estrictamente de protección o aplicación del Derecho internacional.

Precisamente el Estado mexicano, es sin duda uno de los países que sufrió esta clase de abusos, tanto de Estados europeos, como de EUA principalmente y por el que tuvo que pagar un alto costo político y económico. Y es que la experiencia que existe en México en relación con este tipo de hechos, en nuestra opinión, se puede resumir perfectamente a través de la frase que sostiene: “sería posible escribir la historia de México en términos de reclamaciones internacionales”.<sup>710</sup>

<sup>710</sup>Cfr. J.L. Siqueiros Prieto, *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros en sociedades mexicanas*, México, D.F., UNAM, 1947, p. 11.

En relación con ello, los principales casos en que fueron presentadas reclamaciones a México por daños ocasionados a extranjeros y que se distinguen por no haber agotado previamente los recursos locales, así como por pretender obtener beneficios exagerados que ni los propios mexicanos tenían, pueden ser clasificadas por sus distintas etapas en la historia:

### *Primer conflicto de reclamaciones internacionales contra México: los franceses*

Desde el año de 1827 México y Francia habían suscrito las *Declaraciones Provisionales* para reglamentar sus relaciones. En dichas declaraciones, el gobierno mexicano aceptaba que los individuos franceses que radicaran en México, se dedicaran al comercio sin restricciones, exceptuándolos de todo empréstito forzoso y reconociéndoles el derecho a reclamar indemnizaciones si no se cumplía con estos propósitos.

Estas declaraciones no fueron aprobadas cuando fueron analizadas por el Congreso mexicano a causa de los privilegios que en ellas se otorgaban a los ciudadanos franceses.

En consecuencia, a partir de 1832 los representantes del gobierno francés comenzaron a presentar reclamaciones al gobierno mexicano y exigían indemnizaciones por supuestos actos que se habían cometido por parte de las autoridades mexicanas.<sup>711</sup>

En realidad, la mayor parte provenía de acciones de turbas incontroladas, motines y rebeliones, en los que se habían efectuado saqueos con pérdidas de vidas, mercancías y propiedades de mexicanos como

<sup>711</sup>Cabe destacar que, la Legación francesa presentaba reclamaciones apenas comenzando un asunto en un juzgado o tribunal en el que estuviera involucrado uno de sus nacionales, tachando a los jueces de incompetentes o tendenciosos, con más razón si una sentencia no era favorable a ellos. A toda petición se le daba cabida y sin detenerse a examinar su contenido, ni pedir a sus ciudadanos pruebas de su dicho, la trasladaba de inmediato a la Secretaría de Relaciones Exteriores clamando por indemnizaciones. Al practicar las investigaciones el gobierno mexicano y dar a conocer los resultados a la Legación francesa, ésta los pasaba por alto y continuaban con sus peticiones originales, en las que campean los insultos a tribunales y autoridades mexicanas notándose una pretendida superioridad y autoritarismo. Véase sobre este tema a L.G. Zorrilla Ochoa, *Los casos de México en el arbitraje internacional*, México, D.F., Porrúa, 1981, pp. 16 y ss.

de extranjeros. Estos hechos ocasionaron que el gobierno mexicano aceptara la responsabilidad en los casos que se probara que sus autoridades habían cometido abusos, incluso estaba dispuesto a indemnizar a las víctimas.

No obstante, tras analizar las malas condiciones administrativas y de pobreza que se vivían en México, el gobierno finalmente no se consideraba responsable de los actos cometidos por grupos fuera del control gubernamental, pues estimaba que estos daños los padecían por igual nacionales y extranjeros y que en todo caso, eran inherentes al riesgo de vivir en un país en proceso de organización.

Estas circunstancias, entre los gobiernos de México y Francia indudablemente conllevaría a una creciente tensión diplomática entre los dos países, la cual México a toda costa quería evitar por medios pacíficos.

Precisamente el primer paso lo dio el gobierno de México cuando le propuso al ministro plenipotenciario de Francia en México, Barón Deffaudis, nombrar conjuntamente agentes especiales franceses y mexicanos para examinar y decidir todos los asuntos que fueran objeto de debate.

Pero las reacciones del representante francés no fueron las esperadas, puesto que éste no aceptó la propuesta y abandonó el país. Y posteriormente regresó a tierras mexicanas sin intenciones negociadoras ni diplomáticas en un buque de guerra, sumándose a los navíos franceses que se hallaban permanentemente estacionados frente a la ciudad mexicana de Veracruz (estado de Veracruz).

Desde allí, dirigió el ultimátum a México antes de invadir el país y pidió el pago de 600,000 pesos de indemnización por los daños ocasionados a sus nacionales, incluso el despido de ciertos funcionarios mexicanos y la concesión de derechos especiales para los comerciantes franceses. No obstante, el gobierno de México no quiso cumplir con semejantes exigencias, y se declararon rotas las relaciones entre ambas naciones.

Posteriormente, el 27 de noviembre de 1838 se inició el ataque francés contra el fuerte mexicano de San Juan de Ulua (estado de Veracruz) y la ciudad de Veracruz, que tras arduas batallas finalmente fueron tomados.

Pero unos meses después de la invasión francesa, se aceptó la mediación inglesa al conflicto para tratar de solucionarlo de manera pacífica.

Y en febrero de 1839 se entablaron pláticas entre mexicanos y franceses a bordo de la fragata inglesa “Madagascar”. Después en marzo de ese año, se suscribió el Tratado de Paz y un convenio entre ambos países, donde se acordó que México pagaría los 600,000 pesos de indemnizaciones por daños causados a franceses que se le solicitaban, pero sin aceptar las otras exigencias francesas, con lo que finalmente se daría por terminado el conflicto.

### *Las reclamaciones estadounidenses contra México*

Después que México obtuviera su independencia en 1821, este país fue objeto de presiones diplomáticas por parte del gobierno de EUA que le exigían el pago de viejos adeudos de finales de la Colonia y compensaciones por los daños que habían recibido sus nacionales en territorio mexicano.<sup>712</sup>

Fue en 1836 cuando las relaciones entre México y EUA se volvieron muy tensas, debido a que el representante estadounidense recibió órdenes de su gobierno para exigirle a México la solución de todas las reclamaciones pendientes.

El descontrol administrativo que se vivía en México en aquellos años, ocasionó que el gobierno mexicano intentara evitar una guerra con EUA, pero tenía que mostrar alguna señal que solucionara los problemas, de manera pacífica, con los estadounidenses.

No obstante, la petición del gobierno estadounidense ocasionó la inmediata reacción de las autoridades mexicanas, que no fue nada grata para los reclamantes. Pues el gobierno mexicano, tras investigar los hechos que se le reclamaban, comprobó que cuando los nacionales estadounidenses eran afectados, en lugar de acudir a las Cortes mexi-

<sup>712</sup>Véase sobre este tema a L.M. Díaz (comp.), *México y las comisiones internacionales de reclamación*, t. II, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 13 y ss. (en adelante L.M. Díaz, *México y las comisiones internacionales de reclamación*).

canas para reclamar la reparación por los daños causados, acudían al gobierno de EUA por medio de su representación en México.

Posteriormente, el representante estadounidense pidió escolta para dejar el país y el gobierno de México cerró su representación en Washington.

Lo tenso de esa situación, ocasionó que finalmente el 20 de marzo de 1837, el gobierno mexicano aprobara un decreto aceptando las reclamaciones que estuvieran probadas y fueran justas, pero en los casos que no se pudiera llegar a un arreglo para ninguna de las partes, quedarían sometidas al arbitraje, lo que le agradó al gobierno de Estados Unidos.

Consecuentemente el 11 de septiembre de ese año, ambos gobiernos suscribieron una convención para formar la Comisión Mixta de Reclamaciones entre México-Estados Unidos, la cual, se encargaría de revisar las reclamaciones pendientes de los estadounidenses.

En esa convención se otorgaba la oportunidad a un comisionado mexicano de examinar las reclamaciones y presentar pruebas o alegatos contra ellas, como muestra de buena fe por parte del gobierno de Estados Unidos.

El monto inicialmente reclamado contra el gobierno mexicano era de 8'788,221.22 pesos. No obstante, tras el último laudo de aquella comisión, el 25 de febrero de 1842, México sólo fue sentenciado a pagar un total de 2'026,139.68 pesos.

Pero aunque todo ello ocasionó que en algunos casos la Comisión se convirtiera en una especie de Tribunal de apelación, la convención entre ambos países admitió las reclamaciones de estadounidenses residentes en México sin que hubieran agotado los recursos ante los Tribunales mexicanos.

Así como también, los casos aún pendientes de resolución de las autoridades mexicanas, presuntas denegaciones de justicia, y los casos ya resueltos. Además, no se excluyeron las reclamaciones originadas por actos de rebeldes o grupos fuera del control del gobierno, tampoco las reclamaciones de personas que no eran ciudadanos estadounidenses, pero que posteriormente obtendrían esa nacionalidad.

Por otra parte, después del 2 de febrero de 1848 en el que México y EUA firmarían el *Tratado de Guadalupe-Hidalgo* para poner fin a la

guerra, surgieron nuevas reclamaciones de ciudadanos de ambos países que con el tiempo se volvieron difíciles de resolver por los medios diplomáticos, por tanto, hubo que recurrir una vez más al arbitraje para liquidarlas.<sup>713</sup>

No fue hasta el 4 de julio de 1868 que el gobierno mexicano, bajo la presidencia de don Benito Juárez, firmó una nueva convención para arreglar las reclamaciones.

Esa Comisión se ocupó de 2,075 reclamaciones, de las cuales 998 correspondían a México y 1,077 a EUA. Los motivos eran muy variados como acusaciones de asalto, robos, incendios, asesinatos, confiscaciones, arbitrariedades, detenciones, denegaciones de justicia de las autoridades, entre otras.

En esa Comisión, aunque se desecharon muchas de las reclamaciones generalmente por la falta de apego a lo establecido en el tratado, por incompetencia de la junta para revisar el asunto, por ser originados por actos de rebeldes a los que era imposible controlar, por presentarlas fuera de tiempo, por falta de pruebas, por no probarse satisfactoriamente la ciudadanía, incluso porque EUA presentaron una reclamación que resultó ser de ingleses residentes en México.

Aunque finalmente esa Comisión, condenó a México a pagar sólo 4'125,622.20 pesos de los 486' 670,204.80 pesos, que originalmente se estimaba que era el monto total de las reclamaciones estadounidenses.

Lo cierto es que determinados casos se apreciaron como notoriamente injustos para el gobierno mexicano; como ejemplo el caso *Hammeken*<sup>714</sup> en el que México pagó 170,373.80 pesos como indemnización a un concesionario estadounidense de ferrocarril en la ciudad de México, por los perjuicios que le había ocasionado el sitio militar mexicano a la ciudad de México.

Otro caso más fue el *Benjamín Weil*,<sup>715</sup> de ciudadanía dudosa y que sin presentar pruebas de ningún tipo, se le pagó la cantidad de

<sup>713</sup>Véase sobre este periodo principalmente a J. Zoraida Vázquez, *La intervención norteamericana, 1846-1848*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1997, pp. 123-151; *idem*, *México al tiempo de su guerra con Estados Unidos (1846-1848)*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1998, pp. 82-94; L.M. Díaz, *México y las comisiones internacionales de reclamación*, pp. 22-83.

<sup>714</sup>Citado en J. Zoraida Vázquez, *La intervención norteamericana. Ibidem*, p. 101.

<sup>715</sup>Véase el asunto en *ibidem*, p. 101.

334,950.00 pesos como indemnización porque el gobierno mexicano le había embargado unas pacas de algodón.

Así como también, el asunto de la mina *La Abra*<sup>716</sup> en el estado de Sinaloa, que ciudadanos estadounidenses habían dejado de explotar por su escaso rendimiento, pero recibieron el pago de 600,000.00 pesos porque argumentaron que habían abandonado la mina a causa de las hostilidades de las autoridades locales.

Pero la historia no termina ahí, ya que después de la invasión militar estadounidense al puerto de Veracruz por el apresamiento de un buque de guerra de EUA por los navales mexicanos, México se encontraba en época de la Revolución, la cual facilitó a países como EUA, Francia, Alemania, España, Inglaterra, Italia y Bélgica, que plantearan reclamaciones a México por los daños sufridos a sus nacionales durante los movimientos revolucionarios.

Para solucionar ese problema, México tuvo que firmar distintos tratados con esos países que dieran la oportunidad a las Comisiones de Reclamación de estudiar los daños causados a extranjeros ocurridos durante esa época.<sup>717</sup>

Por ejemplo, con Francia se firmó una convención el 25 de septiembre de 1924, en la que la suma total que se condenó a pagar a México fue de 1,300,000 pesos. Con Alemania, la Comisión arbitral sólo condenó a México a pagar 508,912.31 pesos.

Con España, gracias a que el 60 por ciento de las reclamaciones fueron desechadas a causa de la pérdida de la nacionalidad española de los reclamantes, México sólo pagó la cantidad de 4'297,471 pesos.

Con el Reino Unido, se condenó a México a pagar 3'795,897.53 pesos por 128 reclamaciones presentadas ante la Comisión. Con Italia, se condenó a México a pagar 315,098.75 pesos. Y con Bélgica, la Comisión sólo otorgó la cantidad total de 165,607.08 pesos.

Pero de todas las reclamaciones presentadas al gobierno mexicano, en realidad las que más le preocupaban eran las de EUA, porque desde

<sup>716</sup>Citado en *ibidem*, p. 102.

<sup>717</sup>Se recomienda particularmente a M. Seara Vázquez, *Política exterior de México*, México, D.F., Harla, Colección de Textos Universitarios en Ciencias Sociales, 1984, pp. 50 y ss.; L.M. Díaz, *México y las Comisiones internacionales de reclamación*, pp. 1063 y ss.; R. Gómez Arnau, *México y la protección de sus nacionales*, pp. 97 y ss.

antes del asesinato del general Venustiano Carranza, México había obtenido el reconocimiento de Estado por parte del gobierno de EUA,<sup>718</sup> con la finalidad de evitar otro conflicto armado con ese país.

Pero para conservar ese reconocimiento después de la Revolución Mexicana, EUA insistía en que se tenía que firmar un tratado de amistad y de comercio mexicano-estadounidense, en el que quedaran solucionadas todas las peticiones que se planteaban.

Al principio esta petición estadounidense no fue aceptada, pero el 13 de agosto de 1923, cuando estaba el general Álvaro Obregón como Presidente mexicano, se firmó en un edificio ubicado en la calle de Bucareli (actual sede oficial de la Secretaría de Gobernación), en la ciudad de México, Distrito Federal, un convenio entre México y EUA llamado el Tratado de Bucareli<sup>719</sup> que originaron dos Comisiones de Reclamación.

La primera, la Comisión General de Reclamaciones (General Claims Commission), facultada para recibir las reclamaciones de mexicanos y de estadounidenses por los daños sufridos desde 1868 hasta la fecha de la firma del convenio. La segunda, la Comisión Especial de Reclamaciones, con la finalidad de que los ciudadanos estadounidenses presentaran sus reclamaciones en contra de México por los daños sufridos durante la Revolución mexicana.

En esa época, estos acuerdos fueron negociados por representantes personales de los presidentes de México y Estados Unidos, quienes a la postre respaldarían sus resultados. Aunque cabe destacar que el gobierno mexicano, hasta la actualidad, nunca ha efectuado los procedimientos constitucionales requeridos para su ratificación.

<sup>718</sup>El reconocimiento de Estados en su aceptación más correcta, significa admisión dentro de la familia de naciones. Significa que el Estado que reconoce espera y confía que el Estado reconocido desempeñe su justo y adecuado papel en la sociedad internacional, y simultáneamente, significa que el Estado reconocido se considera apto y capaz para desempeñar tal papel. Véase sobre este tema a A. Fernández Tomás, *Derecho internacional público. Casos y materiales...*, op. cit., pp. 31 y ss.; E.M. Borchard, "The unrecognized Governments in American Courts", en *AJIL* 26 (1932-1), pp. 271 y ss.; C. Sepúlveda, *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, México, D.F., UNAM, 1974, pp. 18 y ss.; *idem*, *Derecho internacional*, 20a. ed. (1a. reimp.), México, D.F., Porrúa, 2000, pp. 257 y ss.; M.E. López de Roux, *El reconocimiento de la independencia de México*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995, pp. 238-240.

<sup>719</sup>Véase M. González Ramírez, *Los llamados tratados de Bucareli: México y los Estados Unidos*, México, D.F., Ediciones Fábula, 1939, pp. 23 y ss.

En primer lugar, la Comisión General de Reclamaciones que empezó sus funciones en agosto de 1924,<sup>720</sup> estuvo compuesta por tres miembros y en su momento conoció reclamaciones principalmente por confiscaciones, daños en propiedad, expropiaciones agrarias, deudas bancarias, violaciones de contratos, homicidios, asaltos, etcétera, que sucedieron en el periodo comprendido desde el 4 de julio de 1868 hasta el 7 de octubre de 1940.

Y a pesar que los trabajos de la Comisión se dieron por terminados en noviembre de 1941, obligando a pagar a México la cantidad de 40 millones de dólares por concepto de indemnización.

No obstante, esta Comisión se caracterizó por aceptar las reclamaciones de compañías con cualquier nacionalidad que ostentara un individuo de nacionalidad mexicana o estadounidense,<sup>721</sup> o que fuese dueño de acciones de la compañía si existía interés sustancial y de *buena fide* (*allotment*),<sup>722</sup> pues socios de otras nacionalidades no podían presentar la reclamación.

También se aceptaron reclamaciones contra México en ciertos casos en que, aun cuando no se hubiera violado la ley o el procedimiento interno mexicano, se considerara que se violaba el Derecho internacio-

<sup>720</sup>Véase los asuntos de la General Claims Commission United States and Mexico: *Hopkins v. México*, p. 160; *Parker v. México*, p. 174; *Faulkner v. México*, 349; *Adler v. México*, p. 354; *Roberts v. México*, p. 357; *Janes v. México*, p. 362; *Neer v. México*, p. 555; *Swinney v. México*, p. 562; *Falcon v. United States*, p. 566; *Quintanilla v. United States*, p. 568; *Youmans v. México*, 571; *Connelly v. México*, p. 579; *Garcia and Garza v. United States*, p. 581; *Davies v. México*, p. 777; *Roper v. México*, p. 777; *Corrie v. México*, p. 782; *Massey v. México*, p. 783; *Putman v. México*, p. 798; *Mallen v. México*, p. 803 en AJIL 21 (1927).

<sup>721</sup>Véase por ejemplo los asuntos: *Home Insurance Co. v. México*, p. 167; *Brown Sanders and Small v. México*, p. 782; *Johnson et al. v. México* (Daylight case), p. 791; *American Short Horn Breeders' Assn. and Waukesha Country Holstein-Friesian Breeders' Assn. v. México*, p. 802 en AJIL 21 (1927).

<sup>722</sup>El "allotment" o "asignación" es un invento técnico, único en el mundo que fue insertada en el artículo primero de los "Tratados de Bucareli" de 1923 y que consiste en el pretendido derecho del socio a comparecer internacionalmente, demandando reparación por los daños que proporcionalmente sufrió al acontecer el daño de la sociedad que forma parte, y que estipulaba en el texto que "...todas las reclamaciones por pérdidas o daños sufridos por ciudadanos de cualquiera de los dos países, en virtud de pérdidas o daños sufridos por alguna corporación, compañía, asociación o sociedad, en que dichos ciudadanos, tengan o hayan tenido, un interés sustancial y de *buena fide*, siempre que el reclamante presente a la Comisión que más adelante se menciona, una asignación hecha al mismo reclamante por la corporación, compañía, asociación o sociedad, de su parte proporcional de la pérdida o daño sufrido". véase J.L. Siqueiros Prieto, *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros...*, op. cit., pp. 99-122.

nal, independientemente de lo estipulado para reparar el daño por la legislación nacional.

Además, la Comisión también aceptó reclamaciones a pesar que el individuo no hubiera agotado los recursos locales, como las originadas por expropiación agraria. Así como también recibió para su revisión, casos ya sentenciados y ejecutados por tribunales mexicanos durante la administración del general Porfirio Díaz, invalidando muchas veces todo lo hecho y decidido con anterioridad.

Y por el otro lado, la Comisión Especial de Reclamaciones se encargó de estudiar y resolver las reclamaciones de estadounidenses ocasionadas por pérdidas o daños a consecuencia de actos revolucionarios en el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 1910 y el 31 de mayo de 1920.

En esa Comisión Especial se conocieron 3,151 casos,<sup>723</sup> de los cuales la mayoría era por homicidio, incendios de propiedades, saqueos durante motines y tomas de pueblos por rebeldes o gente del gobierno, robos, asalto a mano armada, empréstitos forzosos, etcétera. Pero a pesar que esta Comisión Especial era una más que se sumaba a las anteriores suscritas por México, en realidad, lo único que logró aportar fueron nuevos quebrantamientos a los principios de Derecho aceptados.

Por ejemplo, se hizo de lado el principio aplicable a la celebración de contratos, es decir, que la ley que los rige es la del lugar donde se ejecuten. Además, se rompió con los principios de la nacionalidad de la reclamación para las empresas o sociedades, al permitir que reclamaran únicamente los socios extranjeros aunque fueran minoría.

También se le permitió a las empresas mexicanas por constitución, pero cuyos socios eran todos extranjeros, que acudieran ante esa Comisión.

Todo este descontrol en la Comisión, ocasionó que desde que se iniciaron los trabajos se fuera acumulando gran número de pruebas, alegatos y papeleo, lo cual hizo que se trabajara muy lentamente en la resolución de cada caso.

Por tal motivo, ya cansados los dos gobiernos de este trabajo, decidieron resolverlo en definitiva, firmando el 24 de abril de 1934, un

<sup>723</sup>Véase por ejemplo los asuntos: *Almaguer v. México* en AJIL 24 (1930-3), pp. 624-630; *Clark v. México*, en AJIL 24 (1930-3), p. 631.

protocolo para el arreglo global de todas las demandas que se ocupaba la Convención Especial, y sin seguir el procedimiento arbitral.

Inicialmente en dicho arreglo global se le exigían a México más de 300 millones de dólares, pero finalmente sólo fue condenado a pagar poco más de 5 millones de dólares y por consecuencia, se dieron por resueltos los casos que conocería la Comisión Especial.

No obstante, una vez finalizados los trabajos en las comisiones de reclamación por los daños causados a los extranjeros, el 18 de marzo de 1938 se decreta la *expropiación petrolera* de 16 compañías de origen estadounidense, británico y holandés por el presidente Lázaro Cárdenas.<sup>724</sup>

Creemos que la finalidad era para frenar los abusos contra la legislación interna y la evasión de impuestos, o dicho de otra forma, para protección del interés nacional.

Y aunque esto causó gran conmoción a los gobiernos de las compañías petroleras, principalmente de las estadounidenses y británicas que buscaron diplomáticamente modificar la decisión de México, en principio suponía nuevamente la creación de Comisiones para indemnizar a los afectados.

Pero las posturas de sus respectivos gobiernos fueron diferentes. Por un lado, la postura de Washington aceptaba el derecho del gobierno mexicano a la nacionalización. Sólo pedía que sus empresas fueran indemnizadas de un modo inmediato y adecuado.

Mientras tanto, el gobierno de Londres se oponía a la expropiación en su totalidad, al grado de manifestarlo mediante la ruptura de relaciones diplomáticas entre ambos países.

Finalmente, no podemos olvidar que a pesar que las presiones internacionales crecieron sobre México porque las compañías petroleras boicotearon el petróleo mexicano en todo el mundo, ocasionando de esa forma que ningún país lo comprara.

En realidad, las circunstancias que se dieron en aquella época favorecieron a los intereses de México, pues el inicio de la Segunda

<sup>724</sup>Se recomienda sobre este tema a R. Engler, *La política petrolera: un estudio del poder privado y las directrices democráticas*, Maximino Arrechea y Fulvio Zama (traducción), México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 96 y ss.

Guerra Mundial distrajo la atención estadounidense y británica hacia otros problemas más urgentes.

Por ende, facilitó que el gobierno mexicano llegase finalmente a un acuerdo con las compañías expropiadas, pagando la indemnización justa en el plazo razonable que se requiere y sin verse afectado nuevamente con invasiones militares, o en su caso, con Comisiones de reclamación internacional que defendieran los intereses de un solo país.

#### LA EVOLUCIÓN DE PROTECCIÓN DEL ESTADO MEXICANO. HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA Y EL INTERÉS ESTATAL

Consideramos la anterior fase histórica que atravesó el gobierno mexicano, únicamente dio las bases y la experiencia para lograr que nuevos desafíos sean cumplidos en el futuro, obviamente en defensa y protección del interés estatal que más le convenga al país.

Por ello, llegamos al pleno ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado mexicano, que hasta este momento, es parte importante en la historia de la CIJ por haberse preocupado en introducir nuevos conocimientos para la materia y la práctica internacional, así como también importante para todos los súbditos del Estado mexicano.

A decir verdad, el principal objetivo y preocupación del gobierno mexicano en la actualidad,<sup>725</sup> es la defensa de los derechos de los mexicanos que han tenido que emigrar especialmente a EUA en busca de las oportunidades que su país no les da.

En un primer enfoque, nos encontramos con que el concepto demográfico de migración más amplio, incluido desde hace años en leyes mexicanas,<sup>726</sup> indica que son “los desplazamientos del hombre de un territorio a otro, aun cuando ocurra dentro de las fronteras de una nación”.<sup>727</sup>

<sup>725</sup>Véase sobre este tema a V.M. Uribe, “Consuls at work: Universal instruments of Human Rights and Consular Protection in the context of Criminal Justice”, en *Houston Journal of International Law* 19 (1997), pp. 375 y ss.

<sup>726</sup>Véase la *Ley General de Población* (DOF del 4 de enero de 1999) artículos 3o., fracc. VIII, 8o., 13 y 76., y el *Reglamento de la Ley General de Población* (DOF del 14 de abril del 2000), los artículos 134 a 141.

<sup>727</sup>G. Fraga, *Derecho administrativo*, 21a. ed., México, D.F., Porrúa, 1981, p. 182.

No obstante, tal concepto no demuestra las peculiaridades y condiciones que puede adquirir la persona que emigra a otro país, pues en realidad el emigrante mexicano, se enfrenta a un mundo de barreras culturales, malos tratos y explotación, no exentos de prejuicios raciales, que los colocan en situación de enorme vulnerabilidad ante las autoridades del país de destino.

Y es que para poder entender plenamente el caso que presenta la migración mexicana a EUA,<sup>728</sup> hay que aclarar que tradicionalmente se había distinguido por ser una corriente de trabajadores generalmente temporales, que en su mayoría se dedicaban a las actividades agrícolas.

Pero ese perfil del emigrante mexicano que se dirige hacia EUA, ha estado cambiando desde los últimos años. Es decir, ya no es exclusivamente un trabajador agrícola de temporada, puesto que cada vez incluye a personas calificadas que se unen a la fila de otros trabajadores extranjeros en muchos sectores de la industria y servicios de la economía estadounidense, por ejemplo, empleados en la industria de la construcción, de la electrónica, del acero, del vestido, de los muebles, de la hostelera, restaurantes y muchos otros oficios y profesiones.

Por ello, creemos que la principal preocupación de la protección mexicana, es decir, la protección de un interés nacional o estatal, está estrechamente vinculada con la corriente migratoria y sus distintas características, pues ante los problemas actuales de migración del Estado mexicano, se tendrán que prestar innumerables servicios a favor del mexicano en el extranjero, pero siempre con pleno respeto a las leyes del país de destino.

Muestra de ese esfuerzo, es precisamente que en la actualidad se localiza el mayor número de oficinas consulares mexicanas en los Estados americanos de mayor concentración de trabajadores, o sea, en los lugares donde es más necesaria la presencia consular, como son, por ejemplo, los campos agrícolas así como también en los centros de detención migratoria, derivado de las constantes expulsiones de mexicanos indocumentados.

<sup>728</sup>Véase H. Rangel Couto, *Derecho económico*, México, D.F., Porrúa, 1980, pp. 79-83; V.M. Uribe, *Consuls at work: Universal instruments of Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 376 y ss.; F. Alba, "El patrón migratorio entre México y Estados Unidos: su relación con el mercado laboral y el flujo de remesas", en Manuel García y Griego y Gustavo Vega (comps.), *México-Estados Unidos*, México, D.F., El Colegio de México, 1985, pp. 204-208.

No obstante, a pesar que la labor de protección mexicana está regulada en leyes secundarias,<sup>729</sup> la cual, pudiese ser interpretada como obligatoria, se advierte que no siempre ha sido igual desde sus inicios.

Para ello se le puede dar la clasificación en cuatro distintas etapas. La primera etapa que son sus inicios se ubica entre 1848 y 1929, siendo considerada como la de los primeros esfuerzos del gobierno mexicano por proteger sus intereses.

Ésta se inicia a raíz del fin de la guerra entre EUA y México en 1848, en la que México pierde más de la mitad de su territorio y surge porque el gobierno mexicano se plantea la forma en la que se debiera hacer respetar su derecho y la de sus nacionales que se quedaban al otro lado de la frontera.

La segunda etapa se inicia con la crisis económica de 1929, que al surgir la repatriación masiva de mexicanos a su país, inicia la promoción de una mayor protección de los intereses del gobierno mexicano. En ella se establecen las necesidades de las representaciones consulares mexicanas en EUA, es decir, efectuar visitas a los lugares en los que fuera posible localizar a mexicanos con problemas ante las autoridades.

La tercera etapa que se inicia en 1980, se considera de fuerte impulso a la labor protectora mexicana actual. En ese año se crea dentro de la SRE,<sup>730</sup> una unidad administrativa dedicada exclusivamente a atender todos los asuntos relacionados con la función de protección a mexicanos en el exterior y recibe el nombre de Dirección General de Protección, evidenciando la importancia política que el gobierno mexicano otorga a la protección de los trabajadores en los Estados Unidos.

Por último, la cuarta etapa se inicia a partir de 1985 y perdura hasta la actualidad. Empieza cuando se reforma la Dirección General de Protección, para que el día de hoy se le llame Dirección General de Protección y Asuntos Consulares.

Desde un principio, dicha unidad administrativa de la Cancillería mexicana, se encargó de coordinar la estructuración de programas y acciones de protección y asistencia consular que realizan las representaciones diplomáticas y consulares de México en el mundo.

<sup>729</sup>Véase *Ley del Servicio Exterior Mexicano* (Última Reforma DOF del 25 de enero de 2002). *Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano* (Última Reforma DOF del 24 de mayo de 2005).

<sup>730</sup>Véase más sobre este tema en la página oficial de la SRE (<http://www.sre.gob.mx>).

En ella se atiende principalmente el área de protección y la de servicios Consulares que proporciona el gobierno mexicano para los emigrantes mexicanos en EUA. Y actualmente<sup>731</sup> cuenta con cuatro programas para proteger los principios e intereses rectores de la política exterior del gobierno de México, que en nuestra opinión, son los fundamentos de la reclamación presentada por el gobierno mexicano ante la CIJ que veremos a continuación.

*La protección diplomática del Estado.  
México en el caso Avena ante la CIJ*

La defensa de quienes enfrentan una pena irreversible, como lo es la pena capital<sup>732</sup> por violaciones a lo estipulado en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963<sup>733</sup> (en adelante la Convención de Viena) y los Derechos Humanos,<sup>734</sup> ha estado desde siempre en el centro de las preocupaciones del gobierno mexicano.

En nuestra opinión, el gobierno mexicano se ha centrado en buscar en el Derecho internacional y las relaciones diplomáticas, mejores mecanismos de protección de los derechos de sus nacionales que emigran a otro país, pues sin duda, otorgan grandes beneficios económicos al país. Basta con mencionar dos ejemplos que demuestren esta teoría.

El primero de ellos, el caso de *Gerardo Valdez Matos*,<sup>735</sup> paradigmático por el tipo de violaciones internacionales de que son objeto

<sup>731</sup>Estos cuatro programas son: 1. Programa de protección a mexicanos en el exterior. 2. Programa de asesorías legales externas. 3. Programa de asistencia jurídica a mexicanos sentenciados a pena capital. 4. Programa de Consulado Móvil. Véase la descripción de cada uno de los programas en (<http://www.sre.gob.mx>).

<sup>732</sup>Cabe destacar que la pena capital, o pena de muerte, fue eliminada del artículo 22, 4o. párrafo de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, para tener argumentos suficientes a favor de los mexicanos que estaban condenados a morir en EUA.

<sup>733</sup>596 UNTS 261.

<sup>734</sup>La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha sostenido en Opinión Consultiva que “la violación del derecho a la notificación Consular en casos de pena capital, puede tener grandes consecuencias para los derechos fundamentales de los acusados, incluidos el derecho a un juicio justo y a una defensa adecuada”, véase *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC. 16/99 (1o. de octubre de 1999). Serie A, núm. 16, CIDH, 1999.

<sup>735</sup>Véase en J.M. Gómez-Robledo Verduzco, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, en AMDI V (2005),

los mexicanos por parte de las autoridades federales y locales de los Estados Unidos.

En ese asunto, el gobierno de México se enteró de la situación por la que pasaba su nacional en los tribunales del estado de Oklahoma en EUA, en abril del 2001, tan sólo tres meses antes de la fecha de su ejecución, sin que el individuo hubiese recibido asistencia consular durante los 11 años que llevaba enfrentando el juicio por el delito de homicidio.

Pero gracias al Programa de Asistencia Jurídica a Mexicanos Sentenciados a Pena Capital,<sup>736</sup> a cargo de la Consultoría Jurídica de la SRE, de inmediato se contrató a expertos abogados en litigio capital, investigadores, psiquiatras y neuropsicólogos, quienes en un lapso sumamente breve, presentaron una serie de elementos mitigantes de la responsabilidad de Valdez en el homicidio que se le acusaba.

Particularmente, ese caso destaca por las numerosas gestiones que hizo el gobierno mexicano para evitar la ejecución de su nacional. Por ejemplo, la intervención directa del entonces Presidente de México, Vicente Fox Quesada, para obtener el indulto del gobernador del estado de Oklahoma, luego que la Junta Local de Perdones y Libertad Condicional recomendara la conmutación de la pena capital por la cadena perpetua, en atención a los argumentos que había presentado el gobierno mexicano que finalmente consiguió dos prórrogas para su ejecución.

Pocos meses después, la *Oklahoma Court of Criminal Appeals Cases*<sup>737</sup> (Corte de apelaciones de Oklahoma) decidió anular la imposición de la pena de muerte y ordenó que una Corte de Distrito, celebrase una nueva audiencia para reconsiderar la pena impuesta al mexicano, resolviendo en definitiva que se condenaba a Valdez a la prisión de por vida.

Y en segundo lugar nos encontramos con el lado opuesto, pues el gobierno de México no corrió con semejante suerte que en el caso anterior para poder proteger a su nacional. Nos referimos al asunto de *Javier Suárez Mediana*, ejecutado en el estado de Texas en agosto del 2002.<sup>738</sup>

---

pp. 177 y ss. (en adelante J.M. Gómez-Robledo Verduzco, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos*).

<sup>736</sup>Véase este programa en: (<http://www.sre.gob.mx/servicios/proteccion/proteccion.htm>)  
Cursiva añadida.

<sup>737</sup>Véanse los casos en línea (<http://www.oscn.net/>).

<sup>738</sup>Citado en J.M. Gómez-Robledo Verduzco, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos*, pp. 178 y ss.

En ese caso se intentó conseguir por lo menos una prórroga a su ejecución, con la finalidad de que se considerasen las violaciones del artículo 36 de la Convención de Viena<sup>739</sup> por las autoridades estadounidenses.

Pero en ese caso, al gobierno de México no le quedó otro remedio que el de mostrar su desacuerdo por medios políticos después de la ejecución. Como ejemplo, el presidente Fox Quesada, canceló un viaje al estado de Texas, lugar donde debía reunirse con el Presidente de EUA, George Bush, así como con el gobernador del estado de Texas, el señor Rick Perry.

Finalmente, debemos distinguir que antes de esos hechos, cuando la CIJ había emitido su decisión en el caso *LaGrand*,<sup>740</sup> México buscó

<sup>739</sup>El artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, establece la prerrogativa de todos los detenidos extranjeros a ser informados al momento de su detención, de su derecho a la protección y asistencia Consular: "Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones Consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios Consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina Consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. No obstante, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, no obstante, dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo. Cfr. 596 UNTS 261, véase la reproducción en español J.A. Corriente Córdoba, *Derecho internacional público. Textos fundamentales...*, op. cit., p. 171.

<sup>740</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001. Se recomienda sobre este tema a: M.J. Aznar Gómez, "El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia", en REDI LIV (2002-2), pp. 733 y ss.; M. Mennecke y Ch.J. Tams, "The right to Consular assistance Under international law. The LaGrand case before the international Court of Justice", en GYL 42 (1999), pp. 192 y ss.; Ch.J. Tams, "Consular assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's judgment in the LaGrand case", en EJIL 13 (2002-5), pp. 1257 y ss.; S. Torrecuadrada García-Lozano, "El incumplimiento de las ordenanzas sobre Medidas Provisionales de la Corte Internacional de Justicia: El caso LaGrand", en BMDC 98 (2000), pp. 807 y ss., *idem*, "La sentencia de la Corte internacional de Justicia del 27

por todos los medios diplomáticos convencer a las autoridades de EUA de revisar los casos de los mexicanos condenados a pena de muerte en distintos Estados de ese país, principalmente en los que se hubiera acreditado una violación a los derechos de información y notificación consular que se garantizan en la Convención de Viena.

No obstante, el gobierno de EUA, siempre limitó irónicamente su respuesta a interpretar lo ocurrido en el asunto *LaGrand*.<sup>741</sup> Es decir, que los individuos una vez sentenciados, pueden obtener la revisión de las penas impuestas, única y exclusivamente, a través de los mecanismos de “clemencia ejecutiva” (clemency process) que se estipulan en las leyes locales de aquel país.

La presentación de la demanda contra los Estados Unidos

En el asunto *Avena y otros nacionales mexicanos*,<sup>742</sup> la CIJ<sup>743</sup> conoció el litigio que inició el gobierno de México el día 9 de enero de 2003, por una controversia sobre la violación, aplicación y la interpretación de la Convención de Viena, tratado en el que ambos países son parte.

Pero tras lo sucedido en el asunto *LaGrand*<sup>744</sup> que impedía legalmente a México acudir a la CIJ, inicialmente dependía la suerte de 54

---

de Junio de 2001 en el caso *LaGrand*”, en BMDC 109 (2004), pp. 207 y ss.; P. Pozo Serrano, “La sentencia de la CIJ. en el asunto *LaGrand*”, en ADI XVII (2001), pp. 443 y ss.; Ch. Jules Dominicé, “Responsabilité Internationale et protection diplomatique selon l’arrêt *LaGrand*”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Fernando M. Mariño Menéndez (ed.), Madrid, Trotta, 2002, pp. 233 y ss.; J. Abr Frowein, “Provisional measures by the International Court of Justice – The *LaGrand* case”, en ZAÖRV 62 (2002-1), pp. 55 y ss.; O. Spiermann, “The *LaGrand* case and the individual as a subject of International Law”, en ZÖR 58 (2003), pp. 197 y ss.

<sup>741</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, p. 125.

<sup>742</sup>Sobre este tema se recomienda principalmente a J.A. Vives Chillida, “Tribunal Internacional de Justicia: asunto *Avena y otros nacionales Mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), Medidas Provisionales: Providencia de 5 de febrero de 2003”, en REDI LV (2003-1), pp. 492 y ss.; J. Aceves William, “*Avena and Other Mexican Nationals* (México v. United States), International Court of Justice. Order of Provisional Measures in case of alleging breaches of Vienna Convention on Consular Relations”, en AJIL 97 (2003-4), pp. 927 y ss.; E. Carter Linda, “Compliance with ICJ Provisional Measures and the meaning of review and reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relations: *Avena and Other Mexican Nationals* (México v. U.S.)”, en Michigan Journal of International Law 25 (2003-1), pp. 126 y ss.

<sup>743</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America). Judgment of 31 March 2004. ICJ Reports 2004.

<sup>744</sup>A causa de lo establecido por la CIJ en el asunto *LaGrand* y según el artículo 73 de las reglas de la CIJ, existe el impedimento para que el Estado agredido no acuda a la Corte, es decir, cuando

mexicanos<sup>745</sup> (claro que sin mencionar a los dos mexicanos que no se contemplaban en la demanda porque ya habían sido ejecutados en el Estado de Texas)<sup>746</sup> que fueron arrestados en EUA por la presunta comisión de delitos graves, pero que en algunos casos ya estaban esperando cumplir la sentencia de pena de muerte que se les había impuesto.

Es decir, cuando México tomó la decisión de demandar a EUA ante la CIJ porque los derechos de protección consular habían sido violados a causa de la omisión de las autoridades de EUA que no informaron “sin dilación” a los nacionales afectados de su derecho a la protección consular, existía un gran número de mexicanos que estaban condenados a la pena de muerte, pero esa cantidad durante el juicio fue modificándose.<sup>747</sup>

---

faltasen horas o días para la ejecución de sus nacionales, Véase *LaGrand case* (Germany v. United States of America). Provisional Measures. Order of 3 March 1999, ICJ Reports 2001, p. 19.

<sup>745</sup>Según la CIJ, los individuos que inicialmente amparaba la demanda presentada por México eran los siguientes: 1. Carlos Avena Guillen, 2. Héctor Juan Ayala, 3. Vicente Benavides Figueroa, 4. Constantino Carrera Montenegro, 5. Jorge Contreras López, 6. Daniel Covarrubias Sánchez, 7. Marcos Esquivel Barrera, 8. Rubén Gómez Pérez, 9. Jaime Armando Hoyos, 10. Arturo Juárez, Suárez, 11. Juan Manuel López, 12. José Lupercio Casares, 13. Luís Alberto Maciel Hernández, 14. Abelino Manríquez Jáquez, 15. Omar Fuentes Martínez (a.k.a. Luís Avilés de la Cruz), 16. Miguel Ángel Martínez Sánchez, 17. Martín Mendoza García, 18. Sergio Ochoa Tamayo, 19. Enrique Parra Dueñas, 20. Juan de Dios Ramírez Villa, 21. Magdaleno Salazar, 22. Ramón Salcido Bojórquez, 23. Juan Ramón Sánchez Ramírez, 24. Ignacio Tafoya Arriola, 25. Alfredo Valdez Reyes, 26. Eduardo David Vargas, 27. Tomás Verano Cruz, 28. (Case withdrawn), 29. Samuel Zamudio Jiménez, 30. Juan Carlos Álvarez Banda, 31. César Roberto Fierro Reyna, 32. Héctor García Torres, 33. Ignacio Gómez, 34. Ramiro Hernández Llanas, 35. Ramiro Rubí Ibarra, 36. Humberto Leal García, 37. Virgilio Maldonado, 38. José Ernesto Medellín Rojas, 39. Roberto Moreno Ramos, 40. Daniel Ángel Plata Estrada, 41. Rubén Ramírez Cárdenas, 42. Félix Rocha Díaz, 43. Oswaldo Regalado Soriano, 44. Edgar Arias Tamayo, 45. Juan Caballero Hernández, 46. Mario Flores Urbán, 47. Gabriel Solache Romero, 48. Martín Raúl Fong Soto, 49. Rafael Camargo Ojeda, 50. (Case withdrawn), 51. Carlos René Pérez Gutiérrez, 52. José Trinidad Loza, 53. Osvaldo Netzahualcōyotl Torres Aguilera, 54. Horacio Alberto Reyes Camarena. *Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004, p. 16.

<sup>746</sup>Javier Suárez Medina el 14 de agosto de 2002, y Miguel Ángel Flores Muñoz el 8 de noviembre del 2000.

<sup>747</sup>El número de nacionales mexicanos amparados por la demanda de México ante la CIJ fue modificándose, porque inicialmente se había pedido para 54 nacionales, pero al momento de los alegatos orales sobre fondo, quedó finalmente en 52. Estas modificaciones resultaron de haber retirado dos casos (Enrique Zambrano Garibi y Pedro Hernández Alberto), cuando la investigación sobre la Contra-memoria de EUA reveló que el primero posee la doble nacionalidad, y por lo tanto, no puede acogerse a los beneficios del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y el segundo había recibido asistencia Consular antes de su interrogatorio policial. *Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), Counter Memorial of the United States of America, vol. 1, ICJ Reports 2003, pp. 161-176.

En cuanto a los nacionales que fueron víctimas del incumplimiento de obligaciones impuestas por el Derecho internacional, al no cumplirse lo estipulado por el artículo 36 del Convenio de Viena, destaca que ya habían llevado sus casos ante las instancias superiores de justicia de EUA, para dar el cabal cumplimiento a la regla del agotamiento de los recursos internos. Además que en algunos de los casos, el gobierno de México intentó a través de notas diplomáticas enviadas a las autoridades de EUA de hacer respetar su derecho y el de sus nacionales, pero sin lograr el objetivo deseado.

Pero como se ha mencionado en el desarrollo del presente estudio, dicho asunto se relaciona esencialmente con el ejercicio de la protección diplomática por las violaciones cometidas a sus nacionales en EUA.

Incluso creemos que uno de los propósitos de la demanda fue asegurar que el derecho y el interés del Estado mexicano, enfocado principalmente en defender a sus nacionales en EUA por todo el beneficio de ingresos económicos que percibe el país, sea definitivamente respetado y los daños sean reparados.

Las medidas provisionales como resultado de violaciones a la Convención de Viena

Sin duda que por el escenario que se observa, México logra por primera vez en la historia presentar una demanda de protección diplomática contra otro Estado ante la CIJ,<sup>748</sup> pues al momento en que México se presentaba ante la Corte, tres mexicanos se encontraban sentenciados a la pena de muerte (*César Fierro, Roberto Moreno Ramos y Osvaldo Torres*) y podían ser ejecutados en los siguientes meses si la CIJ no pronunciaba las Medidas Provisionales<sup>749</sup> que se le solicitaban.

Si en principio recordamos que el objeto de las medidas provisionales es el de “resguardar los derechos de cada una de la partes”,<sup>750</sup>

<sup>748</sup>Véase sobre este tema a C.M. Amirfaar, “AALS Panel México-U.S.A. (Avena). Arguments of México”, en *German Law Journal* 5 (2004-4), pp. 377-383 (375-383); J.A. Vives Chillida, *Tribunal Internacional de Justicia...*, op. cit., pp. 492 y ss.; J. Aceves William, *Avena and Other Mexican nationals...*, op. cit., pp. 927 y ss.; E. Carter Linda, *Compliance with ICJ Provisional Measures...*, op. cit., pp. 126 y ss.

<sup>749</sup>*Case concerning Avena and Other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2003. Application Instituting proceedings, p. 281.

<sup>750</sup>Artículo 41, párrafo 1) del Estatuto de la CIJ. Véase en (<http://www.un.org/spanish/>).

entonces se puede afirmar que tienen como finalidad respetar los derechos del Estado, mientras la CIJ emite un fallo definitivo sobre el asunto. Por ello que la solicitud hecha por México, de vital importancia para los intereses y la protección de los nacionales mexicanos, se pueden resumir en los siguientes ocho puntos:

1. Que Estados Unidos, al detener, arrestar, juzgar, y condenar culpables a los 54 mexicanos que se encuentran en la antesala de la muerte, violó sus obligaciones jurídicas internacionales para con México, en lo relativo a su derecho de brindar protección consular a sus nacionales, según lo dispone el artículo 5o. y 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
2. Que México tiene derecho a la *restitutio in integrum*.
3. Que Estados Unidos tiene la obligación jurídica internacional de abstenerse de aplicar la doctrina de la preclusión procesal (*procedural default*), o cualquier otra doctrina de su legislación interna, porque obstaculiza el ejercicio de los derechos establecidos por la Convención de Viena.
4. Que Estados Unidos debe, según el Derecho internacional, respetar las obligaciones jurídicas internacionales en caso que en un futuro se produjese un arresto, o se llevara a cabo un proceso penal en contra de un nacional mexicano.
5. Que el derecho a la notificación consular garantizado por la Convención de Viena, forma parte de los derechos humanos.
6. Que Estados Unidos debe de restaurar el *statu quo ante*, es decir, restablecer la situación existente previa a los actos en contra de los nacionales mexicanos.
7. Que Estados Unidos garantice plenamente a México que estos actos ilícitos no volverán a producirse.
8. Finalmente, México solicita a la Corte que adopte una ordenanza indicando las medidas provisionales para evitar que ninguno de los mexicanos objeto de litigio sea ejecutado, o que se fije fecha para la ejecución de alguno de ellos.<sup>751</sup>

Posteriormente, tras haber oído los argumentos de ambas partes en las audiencias realizadas, el 5 de febrero del 2003 la Corte emitió las Medidas Provisionales<sup>752</sup> que le solicitaba México en su demanda, pero

<sup>751</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004, p. 14.

<sup>752</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America). Provisional Measures. Order of 5 February 2003, ICJ Reports 2003, pp. 56 y ss., véase en especial p. 59.

sólo indica que son para César Fierro, Roberto Moreno Ramos y Osvaldo Torres. Aunque en realidad, se reserva el derecho de hacerlo en relación con las demás personas enlistadas en la demanda de México si las circunstancias lo requieren.

Cabe destacar la atinada opinión e intervención del representante mexicano, Gómez-Robledo, cuando se refiere a que “EUA siempre utilizaron una estrategia tendiente a descalificar el fundamento de las pretensiones mexicanas, la que no estuvo exenta de intentos por intimidar a la Corte”.<sup>753</sup>

Pues tras obtenerse las medidas provisionales para México, existía la posibilidad de preservar la vida de aquellos nacionales condenados a muerte. Pero en caso contrario, la *restitutio in integrum* que solicitó México en su demanda<sup>754</sup> nunca pudiera materializarse sobre esos individuos si alguno de ellos moría ejecutado.

Aunque para EUA, la otra parte implicada en este caso, la emisión de tales medidas provisionales era desfavorable, por ello quisieron imponer su experiencia en este tipo de casos, debido a que su defensa la basaron esencialmente en el fallo del asunto *LaGrand*,<sup>755</sup> refiriéndose a que México estaba abusando de la Corte y que el caso en realidad tenía que ver con la pena de muerte en el sistema judicial de EUA, y no con la aplicación y la interpretación de la Convención de Viena. Es decir, los representantes estadounidenses intentaban convencer a la CIJ<sup>756</sup> que México la empleaba como un Tribunal de Apelación Criminal.

Además, EUA invocó cuatro causales de incompetencia de la Corte para conocer del asunto, así como cinco motivos por los que la Corte debía declarar inadmisibile la demanda de México,<sup>757</sup> además de negar casi la totalidad de las pruebas aportadas por México, tanto en lo referente a los hechos, como lo concerniente a violaciones,<sup>758</sup> afirmando sin

<sup>753</sup>Cfr. J.M. Gómez-Robledo Verduzco, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos*, pp. 188 y ss.

<sup>754</sup>*Case concerning Avena and Other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America) ICJ Reports 2003. Application Instituting proceedings, p. 281.

<sup>755</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001.

<sup>756</sup>ICJ Reports 2004, pp. 121-139.

<sup>757</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America). ICJ Reports 2004, p. 26-48.

<sup>758</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America). Counter Memorial of the United States of America, vol. I, ICJ Reports 2003, pp. 11-67.

aportar evidencia alguna, que la mayoría de los condenados tenía la nacionalidad estadounidense.<sup>759</sup>

Incluso el argumento central fue que la Corte ya había fallado al respecto y que la reparación decidida en esa ocasión, consagra la libertad de medios para llevar a cabo la revisión y la reconsideración de los veredictos de culpabilidad y de las penas.<sup>760</sup>

Sin embargo, queda resuelto un intenso debate doctrinal y jurídico<sup>761</sup> sobre la naturaleza de las medidas provisionales de la Corte en asuntos de este tipo, a pesar que se emplea terminología diferente en la relación asunto *LaGrand*,<sup>762</sup> con el caso *Avena*,<sup>763</sup> donde se usó el verbo “indicar” en lugar de “ordenar”.

Pero lo esencial sobre tales Medidas Provisionales que pronunció la CIJ en el asunto *Avena*, con la finalidad de evitar un conflicto doctrinal posterior, es que no estaba del todo claro si las medidas provisionales, las cuales se dictaminan conforme al artículo 41 del estatuto de la Corte<sup>764</sup> para preservar el derecho de las partes, revisten un carácter obligatorio. Ello en virtud de que, después del segundo hermano *La-*

<sup>759</sup>*Ibidem*, p. 149.

<sup>760</sup>*Ibidem*, pp. 57-66.

<sup>761</sup>El otro asunto que se asemeja al *Avena* y *LaGrand* por las circunstancias que se presentaron, es el asunto *Breard* (Paraguay c. USA). En este caso, la Corte no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto porque el Estado demandante (Paraguay) retiró la demanda, luego que las autoridades de EUA ejecutaran a su nacional. Véase *Vienna Convention on Consular Relation* (Paraguay v. United States of America), ICJ Reports 1998. Se recomienda sobre este tema a: R. Carnerero Castilla, “Algunas cuestiones de Derecho internacional suscitadas por el ‘caso Breard’”, en AHLADI 14 (1999), pp. 239-260; L.I. Sánchez Rodríguez, “La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay c. Estados Unidos en el asunto Breard”, en AHLADI 14 (1999), pp. 137-161; M.J. Aznar Gómez, “A propos de l’affaire relative a la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d’Amérique)”, en RGDI 102 (1998-4), pp. 915 y ss.; F. Jiménez García, “Tribunal Internacional de Justicia. Asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América). Solicitud de Medidas Provisionales. Providencia de 9 de abril de 1998”, en REDI L (1998-2), pp. 129 y ss.

<sup>762</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America). Provisional Measures. Order of 3 March 1999. ICJ Reports 1999, p. 29.

<sup>763</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America). Provisional Measures. Order of 5 February 2003, ICJ Reports 2003, p. 59.

<sup>764</sup>*Art. 41*: 1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas. Véase en (<http://www.un.org/spanish/>).

*Grand*<sup>765</sup> ejecutado, EUA había alegado que las medidas provisionales emitidas por la CIJ no son obligatorias.

La particularidad del asunto *Avena*.

Aportaciones para la práctica internacional

En realidad, al hacer una comparación entre los casos que se han llevado a la CIJ por violaciones a la Convención de Viena, *Bread*,<sup>766</sup> *LaGrand*<sup>767</sup> y *Avena*,<sup>768</sup> encontramos que diversos puntos en común son evidentes. Es decir, semejantes hechos, similar Estado responsable, idénticos argumentos invocados por las partes y casi la misma respuesta de la Corte.

Pero también hay diferencias, una de ellas sería que la sentencia de la CIJ en el asunto *Avena* aportó nuevas bases para la sociedad internacional, a través de la institución de protección diplomática, en cuanto a la interpretación definitiva del alcance de las obligaciones derivadas del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Sin olvidar que para México, creemos que fortalece los argumentos jurídicos que hará valer en un futuro para defender su interés, principalmente cuando sus nacionales en el extranjero sufran violaciones al Derecho internacional.

Consecuentemente, este caso presenta un fallo doctrinalmente abundante en relación con la protección diplomática, el cual es necesario analizarlo de forma desglosada para su mejor interpretación.

#### *Las cuestiones de competencia y de admisibilidad*

Durante el asunto *Avena* y otros nacionales mexicanos,<sup>769</sup> como en cualquier otro caso de esa naturaleza, las partes implicadas invocaron causales de incompetencia de la Corte para conocer de este asunto, así como también los diversos motivos por los que la Corte debía declarar inadmisibles las pretensiones de ambas partes.

<sup>765</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America). Judgment of 27 June 2001. ICJ Reports 2001, pp. 92-116, véase en especial pp. 96 y 115.

<sup>766</sup>*Vienna Convention on Consular Relation* (Paraguay v. United States of America) ICJ Reports 1998.

<sup>767</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001.

<sup>768</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004.

<sup>769</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004, pp. 22 y ss.

En primer lugar, en lo relacionado con las causales de incompetencia y admisibilidad respecto a la parte demandante, en virtud de la Memoria de México que fue presentada el 23 de junio del 2003 y las excepciones invocadas por EUA están en su Contramemoria del día 3 de noviembre de 2003, más de un mes después del plazo previsto en el Reglamento de la Corte; México hizo valer los términos del artículo 79 del Reglamento de la Corte<sup>770</sup> y pidió que las declarase inadmisibles.

No obstante, a pesar de tal pretensión mexicana, la Corte<sup>771</sup> respondió que la regla invocada por México se aplica únicamente a las excepciones preliminares, es decir, aquellas que tienen como finalidad suspender el procedimiento en cuanto al fondo del asunto.

En segundo lugar, EUA hizo valer sus excepciones al tiempo que presentaron sus argumentos sobre el fondo del asunto, pues por su naturaleza tales excepciones deben de ser examinadas conjuntamente con los argumentos de fondo.

En términos generales, las excepciones de EUA en materia de competencia, se fundamentaban en el hecho de que México pedía a la Corte se pronunciara sobre los asuntos ajenos a la interpretación de la Convención de Viena, o sea, se solicitaba la intervención en el funcionamiento del sistema de justicia penal de EUA.

Pero posteriormente la Corte rechazó dichas excepciones, indicando que la demanda de México versa sobre la interpretación de la Convención de Viena, respecto de la cual, la Corte es competente con base en el Protocolo facultativo.

Además, la Corte reconoce que México no actúa solamente bajo esas bases, sino menciona que la demanda presentada es con base en el perjuicio sufrido a través de sus nacionales, como resultado de la violación de las autoridades estadounidenses por las obligaciones contenidas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.<sup>772</sup>

<sup>770</sup>Rules of the Court (1978). Véase en línea: (<http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasictext>)

<sup>771</sup>*Case concerning Avena...*, p. 24.

<sup>772</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004, pp. 25-40.

Pero recordemos que durante el juicio ante la Corte, EUA hizo valer que México no puede pretender ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales, en tanto que los nacionales no hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna, incluyendo el mecanismo de clemencia ejecutiva (*clemency process*), pues otras de las excepciones relativas a la inadmisibilidad de las demandas contra México, tienen que ver con que México intentaba que la Corte actuase como una jurisdicción de apelación en materia penal.<sup>773</sup>

Y aunque estamos de acuerdo con la opinión del representante mexicano,<sup>774</sup> es decir, que esos no son instancias judiciales, sino trámites administrativos para suplicar la misericordia del gobernante, las cuales por su naturaleza se colocan como auténticas reliquias de la institución monárquica en la que el soberano tenía todo el poder sobre sus súbditos, la CIJ<sup>775</sup> reafirma la regla fundamental que rige a la protección diplomática, es decir, la del agotamiento de los recursos internos.

Pero además, demuestra por primera vez que la regla del agotamiento de los recursos internos admite excepciones, pues se abstiene de decidir sobre la procedencia del fundamento de la admisibilidad, basada en el ejercicio de la protección diplomática, quizás como una manera de no tener que hacer una valoración sobre la efectividad de los recursos jurisdiccionales en EUA aunque tampoco llegó al punto de negar que México pudiera invocar su ejercicio.

Finalmente, las pruebas aportadas por México para demostrar el vínculo de la nacionalidad de los individuos,<sup>776</sup> fueron impugnadas por EUA, la otra excepción planteada por EUA se refiere a que los individuos que se incluían en la demanda de México tienen también la nacionalidad estadounidense, y que en caso de haberlo demostrado, México no hubiera podido ejercer la protección diplomática a favor de individuos que no son sus nacionales porque éstos no tendrían derecho a los beneficios del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

<sup>773</sup>*Ibidem*, pp. 20, 27 y 38.

<sup>774</sup>Véase J.M. Gómez-Robledo Verduzco, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos*, pp. 210 y ss.

<sup>775</sup>ICJ Reports 2004... *supra*, pp. 40 y ss.

<sup>776</sup>ICJ Reports 2004, *ibidem*, pp. 41-57.

Pero al entrar en el razonamiento de este punto, la Corte<sup>777</sup> estimó que la cuestión de la doble nacionalidad de los individuos contenidos en la demanda, correspondía al fondo del asunto. Luego, se abstuvo de examinarla en esta etapa del procedimiento, desechando así las cinco excepciones interpuestas por EUA en materia de admisibilidad, pasando a estudiar el fondo de los argumentos de las partes.

*El fondo del asunto en la demanda internacional.*

*Las violaciones del artículo 36 de la Convención de Viena*

Como la demanda presentada por México contiene una gran cantidad de casos de sus nacionales y una diversidad de situaciones procesales distintas unas de otras,<sup>778</sup> la Corte examina caso por caso y los divide en categorías que van en función del tipo de violación de los derechos reconocidos por la Convención de Viena.

En primer término, sobre la base del análisis individual y de las pruebas aportadas por las partes, la CIJ,<sup>779</sup> a pesar que no proporciona una respuesta relacionada al derecho del Estado para organizar la defensa de sus nacionales ante los Tribunales de EUA, concluye que EUA violó sus obligaciones conforme al artículo 36, párrafo 1 b) de la Convención de Viena en cada caso de los nacionales mexicanos pues EUA priva al Estado mexicano de su derecho de presentar la protección consular, pero sin afectar el derecho a la reparación mediante la revisión y reconsideración de los veredictos ante los Tribunales estadounidenses.

No obstante, lo más importante es que la Corte analiza las dos expresiones utilizadas para comprender las violaciones a la Convención de Viena.

En primer lugar, el sentido de la expresión *without delay*<sup>780</sup> (sin dilación), contenida en el inciso b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena, que nunca había sido analizado en casos de esta índole.

<sup>777</sup> *Ibidem*, pp. 41 y ss., en especial pp. 47, 51 y 57.

<sup>778</sup> Cabe mencionar que tras el análisis del caso, la CIJ excluye el caso de *Ramón Salcido Bojórquez* por ser nacional estadounidense. Véase en *ibidem*, pp. 74 y ss.

*Ibidem*, pp. 49 y ss.

<sup>779</sup> ICJ Reports 2004..., *ibidem*, pp. 102 y ss.

<sup>780</sup> *Ibidem*, pp. 88 y ss.

Y en segundo lugar, la regla del *procedural default*,<sup>781</sup> que según los argumentos que presentó México a la CIJ, la regla se refiere a que antes de poder presentar una moción del *habeas corpus* ante los Tribunales federales estadounidenses, se tiene primero que agotar los recursos ante las Cortes locales o estatales, tal como sucede en la mayoría de países.

Pero a pesar que la CIJ<sup>782</sup> liga la aplicación de la regla del *procedural default*, con las violaciones al artículo 36, párrafo 2 de la Convención de Viena por las actuaciones de las autoridades estadounidenses, se le pueden dar dos interpretaciones distintas.

Por un lado, ante los casos de los individuos que ya habían agotado los recursos internos estatales y que los tribunales de EUA todavía podían revisar y reconsiderar los veredictos de culpabilidad y de las penas, la CIJ quiso darle a EUA la oportunidad de poner las cosas al *statu quo ante*, es decir, al estado anterior en el juicio de los nacionales mexicanos.

Y por el otro lado, ante los reiterados argumentos de EUA sobre la inaceptable intromisión que pudiera tener el fallo de la Corte en el sistema judicial de Estados Unidos, la CIJ no quiso ponerlo a EUA en una situación en la que sólo cabría la conmutación de la pena capital por una privativa de la libertad en la totalidad de los casos que defendía el gobierno mexicano.

Finalmente, de esta manera la sentencia de la CIJ aclara las distintas interpretaciones que se pudieran dar en un futuro sobre esos términos en la práctica internacional, contribuyendo a facilitar la labor de protección consular del Estado, así como a encaminar los esfuerzos de los Estados partes en la Convención de Viena para que se puedan aplicar mejor las obligaciones contenidas en el artículo 36 de la Convención de Viena, las cuales, tras lo demostrado por el Estado mexicano, consideramos que también fueron hechas para protección de los intereses estatales en ese caso, y como bases para futuras controversias con el vecino país del norte.

<sup>781</sup>*Ibidem*, pp. 111 y ss.

<sup>782</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America). ICJ Reports 2004, pp. 112-114.

Hay que recordar que en los asuntos relacionados con este tipo de problemas, o sea *Bread* y *LaGrand*, los individuos habían sido ejecutados antes que la Corte pudiera ordenar la reparación. Además, cabe destacar que en el asunto *LaGrand*,<sup>783</sup> el gobierno de EUA, a pesar de reconocer que existieron violaciones a la Convención de Viena, únicamente se limitó a otorgar disculpas a Alemania por la ejecución de sus nacionales y la CIJ simplemente declaró que una disculpa no es suficiente.

Pero tras analizar lo sucedido en el asunto *Avena*, creemos que si las violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena tuvieron como efecto dañar los procedimientos por los que fueron sentenciados los individuos mexicanos, pues se violaron sus garantías en el proceso interno ante los Tribunales estadounidenses, entonces la reparación tenía que estar de acuerdo con lo que anteriormente había sido establecido por la CPJI. en el asunto *The Factory at Chorzów*,<sup>784</sup> la cual se basaba en el criterio de reparación de la responsabilidad internacional del Estado que había sido mencionado por la CDI en el comentario al proyector de artículos sobre la responsabilidad del Estado.<sup>785</sup>

No obstante, a pesar que la CIJ<sup>786</sup> rechaza las peticiones presentadas por México en un sentido contrario al esperado, creemos que más allá del significado y alcance que puede tener un fallo de una Corte internacional, hay que reconocer que en el asunto *Avena* se tuvo la suerte de que las autoridades estadounidenses respetasen las Medidas Provisionales que la Corte había ordenado y que los mexicanos condenados permanecieran con vida, pues se logra identificar los elementos constitutivos de la *reparation in an adequate form* (reparación

<sup>783</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, pp. 123 y ss.

<sup>784</sup>*The Factory at Chorzów* (Germany v. Poland). Order of 13 Sept 1928. P. CIJ Reports 1928. Series A núm. 17, pp. 28 y ss.

<sup>785</sup>La CDI en su comentario al *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, subraya que la *restitución jurídica* puede significar la anulación de una resolución judicial adoptada de manera ilícita en relación con la persona o los bienes de extranjero. Véase en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer periodo de sesiones*. Suplemento núm. 10 (A/53/10), p. 255.

<sup>786</sup>Véase el razonamiento de la CIJ sobre las peticiones 4 y 5 de México en *Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004, pp. 119-125.

en forma adecuada), que en este caso le correspondería ejecutar a las autoridades de los Estados Unidos.

Precisamente de ahí surge la mayor preocupación de México en cuanto a la reparación,<sup>787</sup> pues se tenía que lograr un equilibrio entre lo que se pedía y en relación a lo determinado por la CIJ en el asunto *LaGrand*,<sup>788</sup> donde se le dejó a EUA la libertad de medios para llevar a cabo la revisión, la reconsideración de los veredictos de culpabilidad y de las penas.

Pero la CIJ<sup>789</sup> tras el examen sobre si esa obligación de revisar y reconsiderar puede o no ser satisfecha por los mecanismos de clemencia ejecutiva (*clemency process*), desde un principio aclara que los veredictos de culpabilidad y penas no pueden ser considerados como contrarios al Derecho internacional, sino solamente el incumplimiento a las obligaciones convencionales que precedieron tales veredictos y penas. Incluyendo además, que para que la revisión y la reconsideración sean efectivas, se debe de tomar en cuenta la violación de los derechos previstos en la Convención de Viena. Es decir, que deberá apreciarse tanto la violación de los derechos contenido en el artículo 36, como el perjuicio que resulte y que tal ejercicio deberá abarcar tanto el veredicto de culpabilidad, como el de la pena impuesta.

Y es que en realidad, hay que reconocerlo, la Corte pudo haber extraído todas las consecuencias jurídicas del razonamiento del asunto *LaGrand*<sup>790</sup> para poder ordenar una reparación que dejara menos margen de discrecionalidad al Estado responsable y menos probabilidad de que en el futuro se produjesen nuevas controversias que se relacionen con las violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena, tal como lo señala el juez mexicano *ad hoc* Sepúlveda.<sup>791</sup>

<sup>787</sup>Véase sobre el tema de la reparación a: D. Anziolotti, *Corso di Diritto Internazionale*, vol. II. Padova, Società Poligrafica Editoriale, 1955, pp. 384-421; M. Giuliano, *Diritto Internazionale*, vol. I. Giuffrè. Milano 1974, pp. 597-599; R. Ago, "Le délit International", en R. des C. 68 (1939-III), pp. 426-429; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit International*, Belgique, Georges Thône, 1938, pp. 32 y ss.

<sup>788</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, p. 128.

<sup>789</sup>Véase *Case concerning Avena*. ICJ Reports 2004, pp. 123-143.

<sup>790</sup>*LaGrand case* (Germany v. United States of America) ICJ Reports 2001, pp. 100 y ss.

<sup>791</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals. Separate Opinion of Judge ad hoc Sepúlveda*. ICJ Reports 2004, pp. 67 y ss.

No obstante, lo hace sin negar la libertad de medios para llevar a cabo la revisión y la reconsideración, pero sin alejarse del argumento de que los derechos del artículo 36 de la Convención, no representan un valor agregado en relación con las garantías procesales de la Constitución de Estados Unidos.<sup>792</sup>

La razón es porque se trata de obligaciones convencionales, las cuales, independientemente de su caracterización y de los derechos de defensa previstos en las leyes internas estadounidenses, deben ser respetadas por EUA. Lo que nos indica que la CIJ está consciente de los criterios que definieron el fallo para que beneficien en un futuro a todos los Estados, con vistas a facilitar la ejecución del sistema de protección consular que consagra la Convención de Viena, además de los intereses mutuos de cada Estado que enfrenten aquella situación, tal como lo indica el representante mexicano Gómez-Robledo.<sup>793</sup>

Y aunque debemos admitir que finalmente se satisfacen los medios por los que debe ser reparado el daño que EUA le causó a México, en realidad la CIJ deja abierto un hueco, para que mediante el proceso de clemencia (*clemency process*), se obtenga plenamente la posibilidad de hacer valer las violaciones del artículo 36 de la Convención y de volver las cosas al *statu quo ante*, si así resultase de la revisión y la reconsideración del veredicto de culpabilidad y de la pena impuesta acorde a los criterios emitidos en el fallo. Además que la CIJ no quiso llegar más allá de sus límites, pues evitó darle un efecto posterior a favor de los nacionales de terceros Estados que en ese momento se encontraban en una situación similar a la de los mexicanos.

Pero hay que recalcarlo, toda esa situación dio una esperanza para los condenados a la pena capital, en especial los casos de *Fierro*, *Torres* y *Moreno Ramos*, quienes habiendo agotado los recursos internos, pudieran esperar que el *clemency process* los librara de la muerte y después tuvieran oportunidad de buscar la revisión y reconsideración de sus veredictos.

Por ello, estamos seguros que con esos argumentos se obtiene algo totalmente esencial para la defensa de los nacionales condenados a la

<sup>792</sup> *Case concerning Avena...*, *ibidem*, pp. 131 y ss.

<sup>793</sup> Véase J.M. Gómez-Robledo Verduzco, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos*, pp. 214 y ss.

pena de muerte en EUA, además que para la sociedad internacional existe cierta esperanza positiva. Es decir, suponemos que con el fallo del asunto *Avena* se cierra la trilogía de este tipo de contenciosos internacionales, o por lo menos, así lo desearía la mayoría de residentes o inmigrantes en EUA y los representantes de los gobiernos que tienen nacionales viviendo y trabajando en ese país.

Los efectos de la sentencia internacional. Casos particulares

A pesar que la mayoría de los casos que se enunciaron en la demanda mexicana ante la CIJ aún siguen pendientes en Cortes federales y Tribunales de apelación estadounidenses, pero con una gran esperanza de lograr salir con vida, lo cierto es que, en reacción a la demanda presentada contra EUA ante la CIJ, actualmente se construye un muro a lo largo de la frontera entre ambos países, así como la militarización de dicha frontera y el endurecimiento en las políticas migratorias de EUA contra los emigrantes mexicanos y latinoamericanos.

No obstante, con el fallo en el asunto *Avena* se adquirió algo realmente interesante y benéfico para México.

Pues por una parte, por medio del proceso de protección diplomática ante la CIJ, se consiguió proteger a los nacionales que estaban a punto de ser ejecutados, así como la protección de los intereses estatales mexicanos.

Y por la otra, la experiencia adquirida en asuntos de esta naturaleza le otorga a los cuerpos consulares y diplomáticos mexicanos, las bases jurídicas y políticas para futura protección de los nacionales que se encuentran en el exterior.

Y es que en realidad, debido al gran número de mexicanos que actualmente trabajan en EUA, legales e ilegales, se adquiere una fuente de ingreso muy importante para México por medio de las llamadas remesas.

Entonces, si México no hubiera interpuesto la protección diplomática contra EUA, muchos inmigrantes estarían en peligro de seguir sufriendo daños personales y patrimoniales en aquel país.

Consiguientemente, el Estado mexicano correría el riesgo de que se afecte a sus nacionales que, traducido en términos económicos para el Estado mexicano, benefician enormemente al país, debido a que el

trabajo y las remesas, representan una fuente de ingresos económicos para México, que en algunos casos esa ganancia es mayor a las ganancias del petróleo mexicano.

Por ese motivo, a continuación en este estudio únicamente mencionamos dos casos donde se consiguió el objetivo deseado y cuya intención es que sirvan de ejemplo para otras situaciones que puedan presentarse.

#### *El caso de Osvaldo Torres Aguilera*

Este caso es un tanto peculiar, pues sólo tres semanas antes que la CIJ emitiera el fallo en el asunto *Avena* el día 31 de marzo del 2004,<sup>794</sup> las autoridades del estado de Oklahoma habían fijado a *Osvaldo Torres Aguilera* la fecha de ejecución para el día 18 de mayo de ese año.

Cabe resaltar que en reacción a dicho suceso, la CIJ<sup>795</sup> únicamente expresó su preocupación por estas circunstancias, indicando que a partir de la fecha del fallo, las obligaciones a cargo de EUA contenidas en las Medidas Provisionales, quedaban sustituidas por las medidas contempladas en el fallo del 31 de marzo.

Pero los representantes del gobierno mexicano no permanecieron indiferentes ante tal situación, pues posterior a la sentencia internacional buscaron la intervención como *amicus curiae*<sup>796</sup> ante la Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma, e interpusieron una petición de *habeas corpus* a favor de Torres el 30 de abril del 2004,<sup>797</sup> exhortando al Tribunal de Oklahoma a considerar el recurso del *habeas corpus*, como un medio para dar cumplimiento a la reconsideración y reparación que fueron ordenadas, es decir, se hicieron valer las violaciones al artículo 36 de la Convención de Viena por parte de las autoridades de Oklahoma, con base en el fallo del asunto *Avena* que mencionamos con anterioridad.

<sup>794</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004.

<sup>795</sup>*Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2004, p. 152.

<sup>796</sup>Este término latín significa “amigo de la Corte”. Se emplea en Cortes estadounidenses cuando alguien no es parte en algún juicio, pero tiene un interés fuerte y sustentado en el mismo. Véase el artículo 37, 1), de las *Rules of the Supreme Court of the U.S.* en (<http://www.supremecourtus.gov>).

<sup>797</sup>Oklahoma Court of Criminal Appeals: *Oswald Torres v. The Oklahoma State*, en ILM (ASIL) 2004 (septiembre), vol. 43/5, pp. 1227-1235; véanse también otros asuntos relacionados en la Oklahoma Court of Criminal Appeals cases, en línea: (<http://www.oscn.net/>).

Cabe resaltar que en respuesta a esa acción, el día 13 de mayo del 2004, la Corte de Oklahoma decidiera decretar la suspensión indefinida de la ejecución de Torres y ordenara una nueva audiencia en una Corte de Distrito para revisar las pruebas por el que fue sentenciado a la pena capital.

Sin embargo, en ese fallo sobresale la opinión del juez Chapel,<sup>798</sup> quien menciona que conforme a la cláusula de supremacía del Derecho internacional consignada en el artículo 6o. de la Constitución de Estados Unidos, la facultad del gobierno federal para celebrar tratados es independiente y superior a las facultades de los Estados federados, por tanto, la Corte queda obligada a cumplir con lo pronunciado por una Corte internacional.

Debemos agregar que a pesar que la Corte de Oklahoma emitió la orden de suspender indefinidamente la ejecución de Osvaldo Torres, el gobernador de ese estado, *Brad Henry*, anunció su decisión de conmutar por cadena perpetua la sentencia a muerte de Osvaldo,<sup>799</sup> supuestamente motivado por las violaciones a la Convención de Viena cometidas por las autoridades de ese estado.

En nuestra opinión, el anterior hecho nos demuestra una vez más, que el ejercicio de protección mediante la protección diplomática, siempre conducirá a situaciones de naturaleza política, o de índole semejante.

#### *El caso de Rafael Camargo Ojeda*

Por último, haremos breve mención al caso del mexicano *Rafael Camargo Ojeda*, sentenciado a muerte en el estado de Oklahoma desde 1998.

Este asunto es de gran importancia para los defensores de personas sentenciadas a muerte en EUA, pues tras largas audiencias ante la Corte de Apelaciones Criminales de Oklahoma, los representantes del gobierno mexicano<sup>800</sup> que conocieron el asunto para defender a Rafael Camargo, lograron demostrar que el retraso mental del sentenciado

<sup>798</sup>Véase en *ibidem*, pp. 1229-1230.

<sup>799</sup>Véase la opinión favorable respecto a ese asunto del gobierno mexicano, mediante comunicados oficiales de la embajada acreditada en EUA. En línea: (<http://www.embassyofmexico.org>).

<sup>800</sup>Véase este asunto en J.M. Gómez-Robledo Verduzco, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos*, pp. 220 y ss.

no pudo ser considerado en el momento adecuado durante el procedimiento ante ese órgano, por la falta de asistencia consular que se plasma en la Convención de Viena.

Por ello, el caso fue enviado a una Corte federal de EUA en el estado de Oklahoma, donde finalmente el día 12 de agosto del 2004, dicha Corte Federal anunció su decisión de conmutar por cadena perpetua la sentencia de muerte al mexicano.

Cabe enfatizar que en la decisión de ese asunto, la Corte federal se refirió al fallo de la CIJ en el asunto *Avena* y reconoció que los derechos del artículo 36 habían sido violados por las autoridades estadounidenses.

Consecuentemente, pronunció que la conmutación de la pena capital es un medio de reparación adecuado para subsanar cualquier perjuicio que se hubiere causado por la violación a la Convención de Viena.

Finalmente, no cabe duda que es pronto para poder apreciar todos los impactos legales y políticos que ocasionará el fallo de la CIJ, con relación al resto de casos incluidos en la demanda mexicana, donde actualmente están individuos sentenciados a la pena de muerte en Estados Unidos.

Pero no tenemos la menor duda que todo lo ocurrido en los anteriores casos, es sumamente alentador para la sociedad internacional. Pero en particular, para el caso mexicano, principalmente porque se demostró que es posible dar cumplimiento a una orden internacional emitida por la CIJ y contra un país como Estados Unidos.

Además, creemos que se van creando los precedentes necesarios para orientar el criterio de los Tribunales estadounidenses, así como los del resto del mundo, ocasionando una actitud de mayor proclividad para respetar el Derecho internacional y los derechos de los nacionales en un país extranjero.

Pues tal como lo hemos estado mencionando a lo largo del presente estudio, la defensa de los intereses del Estado, en términos generales, va enfocada a proteger, cuidar y defender la figura de sus nacionales y sus bienes, así como cualquier circunstancia que favorezca ese interés estatal. O por lo menos, así lo ha demostrado el Estado mexicano hacia los nacionales que viven en Estados Unidos.

## CONSIDERACIONES FINALES

I. En cierta época de la historia, la práctica de protección de los intereses estatales y nacionales en el extranjero de países poderosos, como los europeos y Estados Unidos, sobre los países en vías de desarrollo, se llevaba a cabo mediante dos formas. La primera, era reclamando directamente al Estado que le causó un daño al nacional para que le otorgue la debida reparación y obligándolo a cumplir con tal exigencia, pues en caso contrario, se podía recurrir a una segunda manera de mayor rigurosidad. Esta consistía en que la reparación a la que había lugar, podía exigirse por medio del uso de la fuerza y que todavía a inicios del siglo pasado no era condenada por la sociedad internacional. En México, los países que emplearon cualquiera de esos medios lo hacían por cualquier queja que recibían de sus nacionales que residían en este país. Exigiendo al gobierno local ciertas reparaciones que estaban en contra de lo que disponían las leyes internas, principalmente a falta de una reglamentación internacional específica sobre este tema.

II. A pesar de que en México, algunos de los países desarrollados emplearon medios no pacíficos para solucionar las controversias, en otros casos se pudo llegar a un acuerdo impuesto con el país reclamante. Para ello se establecieron las Comisiones arbitrales, que en algunos casos, logró eximir al gobierno mexicano de pagar más de lo debido.

III. No obstante, a nuestro parecer tal proceso que se vivió no sólo en México, sino también en gran parte de Hispanoamérica, fue hasta cierto punto “arrogante y abusivo” por parte de los países poderosos de la época. Esto es porque el país desarrollado pretendía conseguir para sus súbditos en otro Estado, beneficios que ni los propios nacionales de ese país tenían. Por tanto, nos demuestra que lo que se pretendía con aquellos actos, era encubrir los propósitos intervencionistas de las grandes naciones que utilizaban el pretexto de pretender proteger los intereses del Estado, cuando a uno de sus nacionales le era supuestamente transgredido un derecho internacional. Pero debemos admitir, que de no haber sido por esas Comisiones de reclamación para dirimir las diferencias internacionales con muchos países, México hubiera sufrido un mayor número de invasiones militares y guerras, que quizás hasta el día de hoy estarían vigentes.

IV. Lo cierto es que una vez superada esta etapa de la historia en México, se lograron establecer las bases para asentar la ideología de protección del Estado mexicano y que pudieran servir de ejemplo para otras naciones en

similares circunstancias a las mexicanas. Desde hace algunos años y hasta la actualidad, esa tarea protectora del Estado va encaminada principalmente a los casos de nacionales que tienen que emigrar en busca de oportunidades a otro país, particularmente a EUA, en donde generalmente, son objeto de violaciones a los principios que rigen tanto las leyes locales, como el Derecho internacional.

V. No cabe la menor duda que cuando un Estado acude ante la CIJ a buscar un fallo, se demuestra que ese Estado tiene absoluta confianza en los mecanismos internacionales para la solución pacífica de las controversias. Ahora bien, si tomamos en cuenta que un fallo es el pronunciamiento definitivo e inapelable del máximo Tribunal internacional que resuelve una controversia jurídica planteada por los Estados, en el mencionado caso *Avena* ante la CIJ, la presentación de la solicitud de Medidas Provisionales por México, se hizo con la finalidad de pretender que las autoridades de EUA tuvieran el tiempo necesario de respetarlas. Por ello consideramos que esta técnica empleada por los representantes mexicanos, puede ser tomada en cuenta por otros Estados en caso de ser necesaria, principalmente tratándose de casos que se asemejen a las circunstancias que se le presentaron al Estado mexicano, es decir, en la protección del interés estatal en la figura de sus nacionales.

VI. De la demanda que presentó México contra Estados Unidos podemos resumir que la CIJ reafirmó que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, consagra derechos individuales que deben ser respetados. Por ejemplo, el derecho de ser informado sin dilación cuando una persona es detenida, de su derecho a recibir asistencia consular, así como el de garantizar el derecho del Estado a proteger a sus nacionales o sus intereses cuando el Estado así lo decida. Además, podemos afirmar que con ese fallo de la CIJ, el Estado cuenta con una herramienta jurídica única para la defensa de nacionales en el extranjero, o sea, para todos los países que han suscrito la Convención de Viena.

VII. La CIJ en el asunto *Avena*, encontró que hubo violación por parte de EUA a sus obligaciones internacionales por los casos de los mexicanos condenados a muerte. Por ello le ordenó a ese país, que por los medios idóneos y de acuerdo al Derecho interno, se lleve a cabo una revisión y reconsideración por la vía judicial de los casos, tanto del veredicto de culpabilidad, como de la imposición de la pena, fundándose en el peso que tuvo la falta de notificación Consular en la decisión final de los tribunales estatales de EUA. Además la CIJ en el mencionado asunto, consideró que los mecanismos de clemencia ejecutiva o de gracia, tal y como son

practicados actualmente, no constituyen el medio idóneo para subsanar las violaciones al procedimiento.

VIII. Cabe resaltar que para beneficio de México, se logró fijar un camino a seguir para la defensa posterior de los individuos que enfrentan la pena de muerte en EUA, porque se confirmó la vigencia y la plena obligatoriedad de un derecho preexistente a la asistencia y protección. En otras palabras, el derecho de toda persona detenida en país extranjero, independientemente de su situación migratoria, a ser informada sin dilación de los derechos que se consagran en la Convención de Viena, pues en caso contrario, el Estado violará su responsabilidad internacional. Pero además, esperamos que la arrogancia y la falta de voluntad del gobierno de EUA para tomar las medidas necesarias y evitar que surtan pleno efecto los fines a los que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena, queden como simple referencia documental y no vuelvan a repetirse.

IX. A pesar que del caso de México contra Estados Unidos en la CIJ para solucionar un asunto que se relaciona con la protección diplomática, o sea, un medio lícito del Derecho internacional al alcance de cualquier Estado para reclamar la responsabilidad internacional se pueden extraer diversos criterios jurídicos que justifican su empleo. En realidad ese asunto iba enfocado a proteger un gran número de individuos mexicanos y el interés económico estatal que éstos representan para México. Es decir, la madurez y experiencia adquirida en casos de esta naturaleza es esencial, sobre todo en lo relacionado a los mexicanos que están fuera del país, o sea los emigrantes, porque representan una fuente de ingreso muy significativa a través de las remesas económicas que se envían al país desde su lugar de trabajo y que en la actualidad, ya han rebasado a la principal fuente de ingresos económicos del país, como el ingreso por la venta del petróleo mexicano.

X. Por último, hay que reconocer que estamos totalmente conscientes que mientras escribimos estas líneas, se está construyendo parte de las consecuencias que originó la demanda. contra EUA. Es decir, la construcción del muro y la militarización en toda frontera sur de EUA, así como los posibles cambios en la política migratoria de ese país salvo un cambio de último minuto en la política estadounidense. Sin embargo, en nuestra opinión, se pudo aportar para el Derecho internacional y para la sociedad internacional en su conjunto, las bases para hacer respetar los intereses del Estado en la figura de sus nacionales mediante mecanismos legales que otorga el Derecho internacional. Inclusive, creemos que con el fallo se demuestra que todos los Estados tienen derecho a defender los

intereses estatales que más le convengan (seguramente distintos a los mexicanos), usando un Derecho internacional como el de la protección diplomática. Por ello, reiteramos que la protección diplomática es sólo un medio legal para reclamar la responsabilidad internacional a causa de un hecho internacionalmente ilícito en defensa de los intereses estatales, pero existen distintos medios que usan otros países en defensa de sus propios intereses.

## Calvo y el caso mexicano. Teoría para protección de los nacionales e intereses Estatales

### NATURALEZA JURÍDICA, ORÍGENES Y PRINCIPIOS DE LA TEORÍA CALVO

Durante muchos años, en el Derecho internacional erróneamente se ha creído que la doctrina que intenta hacer valer la renuncia del individuo a la protección diplomática de su Estado, es la que se llama teoría o doctrina Calvo. Pero los estudios realizados,<sup>801</sup> han demostrado por qué la teoría no tiene ninguna relación ni injerencia con el ejercicio de la protección diplomática, aunque debemos aclarar que, sí puede ser utilizada como medio de defensa del interés estatal, debido a que también es una teoría internacional.

La teoría surge del jurista argentino Carlos Calvo (1824-1906),<sup>802</sup> mediante la obra por la que obtuvo mayor celebridad ante los Estados

<sup>801</sup>Se recomienda principalmente a: C. Sepúlveda, "Presencia viviente de Carlos Calvo", en Carlos Calvo. *Tres ensayos mexicanos*, 3a. época, México, D.F., Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 1974, pp. 19-36 (en adelante C. Sepúlveda, *Presencia viviente de Carlos Calvo*); C. Sepúlveda Gutiérrez, "La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo", tesis doctoral inédita, México, D.F., UNAM, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 1944, pp. 27 y ss.; L. Ortiz Ahlf, "Algunas reflexiones sobre la cláusula Calvo", en *El Foro Undécima época* (primer semestre), t. XII, núm. 1, México, D.F. 1999, pp. 105 y ss.

<sup>802</sup>Carlos Calvo había nacido en Montevideo (Uruguay) el 12 de febrero de 1824, donde vivió hasta su juventud y posteriormente se trasladó a Buenos Aires (Argentina) para estudiar derecho, consiguiendo así la nacionalidad argentina. Calvo empezó su actividad como político-diplomático antes de dedicarse al estudio del derecho, cubriendo encargos de alto nivel del gobierno argentino, como vicedeputado en Montevideo de 1852 a 1858, y del gobierno de Paraguay en Londres y París, hasta que disidencias con el dictador paraguayo Carlos López le obligaron a desarrollar nuevamente cargos diplomáticos para la República Argentina en París, Berlín y Roma en la Santa Sede. Véase sobre la vida del jurista diplomático Argentino a C. Sepúlveda, *Las reclamaciones internacionales y la cláusula Calvo*, México, D.F., Porrúa, 1956, pp. 26 y ss. (en adelante C. Sepúlveda, *Las reclamaciones internacionales*); P. Bordwell, "Calvo and the Calvo Doctrine",

hispanoamericanos y que fue publicada por primera vez en castellano en 1868 a la que tituló, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, para posteriormente quedar traducida al idioma francés en su versión final de seis tomos.<sup>803</sup>

Cabe mencionar que en esa obra se hace especial referencia a los principios básicos de su doctrina, amparándose fundamentalmente en los principios de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y la defensa de la jurisdicción territorial.

Pero lo más destacable de dicha obra, está en que aporta las bases intelectuales de la discutida *doctrina de la no intervención* que actualmente proclaman las Naciones Unidas.<sup>804</sup> En esencia, se refiere a la negativa de una interferencia arbitraria y sin fundamentos de un Estado en los asuntos de otro, es decir, intenta defender que la intervención no tiene ningún fundamento legal y que la igualdad de los Estados, reclama el respeto a su libertad y a su independencia.

No obstante, se advierte que esa interpretación muy amplia de la teoría Calvo procede porque en todas las obras<sup>805</sup> del jurista argentino, nunca ha declarado de forma directa su pensamiento, sino que su doc-

---

en *Green Bag* 18 (julio de 1906), pp. 12 y ss.; “Calvo Carlos”, en *The Columbia Encyclopedia*, 6a. ed., Nueva York, Columbia University Press, 2001-2005.

<sup>803</sup>Esta obra puede ser consultada de la siguiente manera: M.Ch. Calvo, *Le Droit International théorique et pratique*, 2a. ed., Paris, Guillaumine et Cie, 1870.

<sup>804</sup>Véase 20o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía*. A/RES/2131(XX) del 21 de diciembre de 1965: “1. Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, están condenadas”; véase en el mismo sentido: 25o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, A/RES/2625(XXV) de 24 de octubre de 1970.

<sup>805</sup>Entre las obras de Calvo se encuentran: *La Colección de tratados de América Latina* (en 11 tomos), la *Historia de los progresos del derecho de gentes en Europa y América desde la Paz de Westfalia hasta nuestros días*, 1861 (en dos tomos) o los *Anales históricos de la Revolución de América Latina*, acompañados de documentos en su apoyo, desde el año 1808 hasta el reconocimiento de la independencia de ese extenso continente impresos en París entre 1864 y 1867 (en cinco tomos). Otra de sus obras, *Una página de Derecho internacional o la América del Sur ante la ciencia del derecho*, publicada en París en 1864, misma que le valió para ser nominado como miembro del Instituto Histórico de Francia, y de la Academia de Historia de Madrid, obteniendo la distinción con el título de Oficial de la Legión de Honor y recibir la Cruz del Comendador. Véase sobre este tema a S. Mendoza, *Texto, antecedentes, comentarios*, pp. 12 y ss.

trina se ha formado de manera indirecta, a través de una interpretación jurídica de sus afirmaciones.

Por ello, podemos afirmar que la doctrina Calvo<sup>806</sup> queda comprendida básicamente en dos principios:

*Primero:* Los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de intrusión por parte de otros Estados, y *Segundo:* Los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales. Y en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los Tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen.

Creemos que estas ideas, surgidas por las necesidades de la época en que se vivía, básicamente trataban de evitar cualquier forma de responsabilidad directa del Estado receptor y el posible ejercicio de protección del Estado agredido,<sup>807</sup> a causa de los daños sufridos en las propiedades de los individuos extranjeros, como expropiaciones de bienes por el gobierno que eran acostumbradas en algunos países. Sobre todo en los nuevos Estados de Hispanoamérica, poco tiempo después de que la mayoría de esos países había logrado obtener su independencia, donde existían sublevaciones o guerras civiles y revoluciones repentinas, que traían como resultado cambios de gobierno y el atraso en el desarrollo socioeconómico de aquellos países.

Por ello, era muy común, que el individuo extranjero que supuestamente iba a hacer la labor de “inversionista en el nuevo mundo”, sufriera alguna clase de daño y en consecuencia, los Tribunales del Estado receptor negaran la reparación por dichos daños.

Por ende, a los individuos afectados no les quedaba otro camino que buscar la intervención del Estado de su nacionalidad para que éste buscara la reparación en su nombre por cualquier medio,<sup>808</sup> sin olvidar que

<sup>806</sup>Véase C. Calvo, “Le droit international théorique et pratique précédé d’un exposé historique des progrès de la science du droit des gens”, A. Pedone (Lauriel et Arthur Rousseau eds.), Paris, 1869, pp. 150 y ss., en especial pp. 350-380.

<sup>807</sup>Tal como lo menciona el relator especial Bennouna: “Los países latinoamericanos, los primeros en sufrir los efectos de esta perversión de la protección diplomática, intentaron ponerle término con la llamada “Cláusula Calvo”, nombre de un estadista argentino, en virtud de la cual, el extranjero renuncia contractualmente a la protección diplomática de su Estado de origen”. Cfr. *Informe preliminar...* (A/CN.4/484), párr. 9.

<sup>808</sup>Véase en ese sentido a: D.R. Shea, *The Calvo Clause: A problem of the Inter-American and international law and diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, p. 12

ese Estado podía justificarse en el Derecho internacional de la época, porque le garantizaba la intervención armada sin ninguna limitación.

Ahora bien, recordemos que según la doctrina de los primeros internacionalistas, como la de Emmerich de Vattel,<sup>809</sup> un daño del Estado receptor a un nacional de otro Estado sobre los bienes o su persona, era directamente una ofensa también al Estado al que el extranjero pertenecía y si ese Estado también se consideraba ofendido, tenía todo el derecho a obtener justicia en la forma que más le pareciera, inclusive la fuerza armada. Lo que nos demuestra una vez más, que el llamado *derecho de intervención*, actualmente ya condenado por un Organismo internacional como Naciones Unidas, en aquella época sirvió con frecuencia para sostener reclamaciones sin ningún fundamento para llevar a cabo una intervención militar (*casus belli*).

Por ello que las protestas de los gobiernos en donde se cometía esa viciosa práctica no tardaron en hacerse sentir.<sup>810</sup> Los gobiernos de los Estados latinoamericanos de aquella época, llegaron a la conclusión que no se podía romper definitivamente contacto o relación internacional con las naciones económicamente poderosas del mundo, pues el capital invertido de esos Estados se consideraba fundamental para el desarrollo y crecimiento de sus naciones, práctica que en nuestra opinión hasta el día de hoy no ha cambiado mucho.

De ahí parten las ideas de Calvo, enfocadas primordialmente a la defensa de los intereses estatales de cada Estado, pues intenta limitar los abusos de los países poderosos, para tratar que las controversias relativas a la condición de la propiedad extranjera, quedasen exclusivamente reservadas a la jurisdicción nacional del país receptor, y cuyas propias palabras expresaban lo siguiente: “Los extranjeros radicados en nuestros países, no tienen derecho a reclamar una protección más amplia que los nativos y deberían conformarse con la justicia del Estado donde residen y no reclamar más, pues de otra suerte tales extranjeros

---

(en adelante D.R. Shea, *The Calvo Clause: A problem*); F.S. Dunn, *The Protection of Nationals*, Baltimore, John Opkins Press., 1932, pp. 54 y ss.

<sup>809</sup>Véase E. Vattel, *The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns...*, op. cit., § 71.

<sup>810</sup>Véase C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, pp. 248 y ss.; *ibidem*, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo...*, loc. cit., pp. 27-38; D.R. Shea, *The Calvo Clause: A problem*, pp. 6 y ss.

merecerían privilegios más marcados y más amplios que los concedidos a los nacionales del país en que residen”.<sup>811</sup>

Es decir, la particularidad de esas ideas consiste en acentuar que el principio de igualdad de los Estados impide que se realicen intervenciones, si se utilizan como pretexto aparentes daños a los intereses privados, reclamaciones y demandas por indemnizaciones pecuniarias en beneficio de los súbditos del Estado que realiza la intervención.

Además, los extranjeros no tienen por qué reclamar mayores derechos ni beneficios que aquellos que la legislación interna del país donde radican concede a los propios nacionales y deben de conformarse con los remedios que proporciona la jurisdicción local.

En otras palabras, a través de la teoría Calvo<sup>812</sup> (también llamada doctrina Calvo o la cláusula Calvo), por primera vez los Estados americanos percibieron la posibilidad de restringir el peligro de las intervenciones extranjeras. Y que en esa época tan difícil de su historia, les representaban una verdadera amenaza para su recién adquirida independencia y contra sus intereses nacionales.

### *Modalidades de la teoría Calvo en el Derecho internacional*

En la actualidad, independientemente de la postura que se pueda defender, la doctrina Calvo no afecta al ejercicio de la acción de protección diplomática, pues el Estado es al único que le corresponde el derecho de su ejercicio, además que la teoría no forma parte, ni tiene nexos con la actual institución de protección diplomática, tal como lo ha confirmado la CDI.<sup>813</sup>

No obstante, encontramos que para uno de los clásicos analistas de la teoría Calvo, Shea,<sup>814</sup> sugiere que cuando ésta se pone en práctica

<sup>811</sup>Cfr. C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique...*, op. cit., p. 358.

<sup>812</sup>Véase A. Martínez Báez, “La cláusula Calvo en el constitucionalismo mexicano”, en Carlos Calvo, *Tres ensayos mexicanos*, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 3a. época, México, D.F., 1974, pp. 49-55 (en adelante A. Martínez Báez, *La cláusula Calvo en el constitucionalismo mexicano*); R.B. Lillich, “The diplomatic protection of national abroad, An elementary principle of international law under attack”, en *AJIL* 69 (1975-2), pp. 359 y ss.

<sup>813</sup>Véase en este sentido la declaración del relator especial, *Jonh Dugard*, que menciona: “En consecuencia, incluir una disposición de esa naturaleza sería innecesario y superfluo”, en *Tercer informe...* (A/CN.4/523/Add.1), párr. 39.

<sup>814</sup>Véase D.R. Shea, *The Calvo Clause: A problem*, pp. 28 y ss.

puede alcanzar una doble forma porque su esencia está sostenida por análogos pilares teóricos.

Prueba de ello es la cláusula Calvo, la cual no sólo es un elemento de tan reciente formación que se puede encontrar en textos legales, sino que además, brotó de la teoría Calvo para tratar de reafirmar la idea central de su autor sobre los principios de igualdad entre nacionales y extranjeros, por la negativa de la interposición diplomática contra los Estados débiles, que se encuentran en el bloque del reconocimiento formal, por parte del Derecho internacional, con una *fictio juris* dentro de los contratos con los ciudadanos extranjeros.

Cabe aclarar que ese cúmulo de ideas, orilló a que la doctrina internacional interpretara distintas clases de la teoría Calvo para la práctica de los Estados, tal como lo explica García Amador.<sup>815</sup> Lo que nos demuestra que en los lugares donde se acepta la teoría Calvo, se pueden adquirir distintos significados y por consiguiente, expresarse mediante distintas formas.

Precisamente esa situación condujo a algunos autores,<sup>816</sup> a resumir que la teoría de Calvo puede presentarse mediante cuatro distintos tipos de cláusula Calvo como son los siguientes: una que excluye la protección diplomática siempre y en cualquier situación; otra que garantiza el derecho a la protección diplomática sólo en caso de denegación de justicia; otra muy parecida a la segunda, pero que prevé que la denegación de la justicia no sea solamente un simple veredicto desfavorable al reclamante y por último; en aquellas constituciones que no insertan una cláusula Calvo, sino establecen que los extranjeros tienen semejantes derechos y deberes que los nacionales.

Por ello no considero adecuado negar que esta cláusula sea una solución para las necesidades de la mayoría de los Estados latinoamericanos, pues es un medio empleado para la defensa del interés estatal en esos países. De ahí que se puedan encontrar de acuerdo al modo en

<sup>815</sup>Véase F.V. García Amador, "State Responsibility. Some new problems", en R. des C. 94 (1958-II), pp. 455 y ss.

<sup>816</sup>Véase D.E. Gram, "The Calvo Clause. Its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection", en TILF 6 (1971), pp. 289-290; C. Sepúlveda, *Derecho internacional*, pp. 249 y ss.; Ch. Rousseau, *Derecho internacional público...*, *op. cit.*, pp. 368-369; L. Ortiz Ahlf, *Algunas reflexiones sobre...*, *loc. cit.*, pp. 114 y ss.

el que fueron establecidas, como los son, la cláusula Calvo interna por mandato constitucional y la cláusula Calvo internacional por acuerdo entre los Estados.

#### La cláusula Calvo en el derecho interno

Se le llama cláusula Calvo en Derecho interno,<sup>817</sup> a las normas legislativas en el Derecho interno del Estado, que recogen la tesis de Calvo en sus leyes y que obligan a insertar la teoría de Calvo en los contratos que reglamentan las actividades que pueden realizar los extranjeros en ese Estado.

En términos generales, obligan a cualquier extranjero a sujetarse a las leyes del país y considerarse como nacional, siempre y cuando éste desee realizar alguna actividad lícita dentro del territorio nacional, tal como sucede por ejemplo en las normas mexicanas, en el caso de la ley de inversión extranjera y sus reglamentos.<sup>818</sup>

Todas esas disposiciones normativas ilustradas por el legislador de Latinoamérica, disponen que los extranjeros hayan de concretarse a lo dispuesto en la ley local para que puedan ejercer alguna actividad lícita. Un claro ejemplo de ella fue la cláusula 18 en el contrato de la empresa estadounidense North American Dredging Company<sup>819</sup> con el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

A nuestro parecer, esta cláusula es la de mejor sentido técnico, pues consiste en la renuncia del extranjero a pedir la protección del gobierno de su país de origen, insertando tal declaración en un contrato, o en una petición suscrita por el propio extranjero o por sus representantes y tiene por objeto despojar de contenido material a cualquier reclamación diplomática fundada en un daño patrimonial a un extranjero, pues en caso que éste llegase a solicitar protección a su gobierno, o su propio gobierno decidiera ejercerla por sí solo, violaría dicho contrato.

<sup>817</sup>Se recomienda sobre este tema a: A.H. Feller, "Some observations on the Calvo Clause", en AJIL 27 (1933-3), pp. 461-468; A. Martínez Báez, *La cláusula Calvo en el constitucionalismo mexicano*, pp. 41-46.

<sup>818</sup>Véase art. 2 fracc. VII, art. 10, art. 10 A de la ley de inversión extranjera (DOF de 4 de junio de 2001); Art. 14 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (DOF de 8 de septiembre de 1998).

<sup>819</sup>*North American Dredging Company of Texas (United States of America v. United Mexican States) General Claims Commission U.S.-México*. 4 RIAA 26-34.

Además, estipulan que el extranjero debe conformarse con la ley local para la reparación del daño, señalando que el extranjero podría recurrir a la interposición diplomática sólo en el caso de una denegación de justicia, denegación que se ve restringida en la propia legislación del Estado para reducir el mínimo de protección.

Pero si se violan los términos del contrato, permite al Estado emplear los bienes del extranjero, como penalidad prevista en el pacto.

Por ende, se pudiera traducir que es una afirmación sobre que el Estado no reconoce más obligaciones hacia los extranjeros que las que concierne la Constitución y las leyes locales que de ella emanen. Es decir, que los extranjeros no tienen más derechos en el Estado, sino los que se les otorgan a sus propios ciudadanos.

Finalmente, debemos advertir que no cabría inclinarnos a favor o en contra de esa realidad, pero lo cierto es que debemos reconocer, es que ha cumplido con el objetivo de defender el interés del Estado mexicano a través de su historia.

#### La cláusula Calvo en el Derecho internacional

Hace muchos años, la teoría de Calvo fue tomando fuerza a nivel internacional entre países americanos, a tal grado que llegaron a plasmar sus objetivos en algunos acuerdos internacionales.

Por ejemplo, en la Conferencia Interamericana o Conferencia Panamericana<sup>820</sup> de Washington, D.C., en la que participaron todos los Estados latinoamericanos (con la exclusión de Santo Domingo), fue una oportunidad para difundir los principios de Carlos Calvo.

Hay que recordar que en esa conferencia,<sup>821</sup> una comisión *ad hoc* para el estudio del Derecho internacional, afirmó la absoluta igualdad

<sup>820</sup>La Conferencia Panamericana, son las reuniones de los países de América Latina con los Estados Unidos de América, que dieron forma al Sistema Interamericano contemporáneo. Se celebraron 10 en total, la primera en Washington, D.C. en 1889-1890; la segunda en México, D.F. en 1902; la tercera tuvo lugar en Río de Janeiro en 1906; la cuarta se celebró en Buenos Aires en 1910; la quinta en Santiago en 1923; la sexta en La Habana en 1928; la séptima en Montevideo en 1933; la octava en Lima en 1938; la novena (constitutiva de la carta de la OEA) se celebró en Bogotá en 1948; y la décima en Caracas en 1954. Véase sobre este tema: *International Conferences of American States 1945-1954*, 2a. ed., Washington, D.C., Pan American Union, 1954, pp. 12-312.

<sup>821</sup>Véase J. Brown Scott (ed.), *The International Conferences of American States 1889-1928: A of the and by the of the, and to the of the*, Nueva York, Oxford University Press, 1931, pp. 45 y ss.

de derechos y deberes entre ciudadanos nacionales y extranjeros, los cuales, si eran ofendidos tenían que acudir a la reparación del daño de igual manera que los nacionales.

Esta declaración fue suscrita por todos los Estados de América Latina, salvo Haití que se abstuvo y la delegación estadounidense que se opuso.

A nuestro parecer, logró formar en la conciencia de los juristas y diplomáticos latinoamericanos, la importancia que tenía la teoría Calvo para las naciones latinoamericanas y las relaciones internacionales con los países del viejo mundo.

Pero aquellos diplomáticos entendieron que era esencial difundir esas ideas en sus países de origen para beneficio del Estado. Esto reflejó una actitud de apertura a compromisos y soluciones para los conflictos que se pudiesen presentar, de los países hispanoamericanos hacia las potencias mundiales de esa época.

Prueba de ello fue cuando en 1899 se celebró la Conferencia Internacional para la Paz en La Haya, donde todos los Estados latinoamericanos suscribieron la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales.<sup>822</sup> Esa Convención instituía no sólo el empleo de la Corte Permanente de Arbitraje ubicada en La Haya, sino también los diversos procedimientos y mecanismos que los Estados contratantes pueden utilizar para resolver de forma pacífica las disputas internacionales, como por ejemplo, los buenos oficios, mediación, comisiones de investigación, arbitraje internacional, entre otros, los cuales podían evitar el recurso ante los Tribunales locales de sus Estados.

Hay que recalcar que posteriormente, cada vez que se celebraban los encuentros panamericanos, la doctrina de Calvo fue apareciendo de distintas formas. Tal es el caso de la Segunda Conferencia Internacional de los Estados Americanos celebrada en la ciudad de México, D.F., del 22 de octubre de 1901 al 31 de enero de 1902.

En dicha conferencia fue aprobada, por quince Estados, una resolución en la que se estipulaba que los extranjeros gozaban de los mismos derechos civiles que los nacionales y debían hacer uso de ellos riguro-

<sup>822</sup>Véase J. Brown Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907. Tables of signatures, ratifications and adhesions of the various powers and texts of reservations*, Nueva York, Oxford University Press, 1915, pp. 41-88.

samente en semejantes términos que los nacionales del país. Razón por la que los Estados no tenían, ni reconocían a favor de los extranjeros, otras obligaciones o responsabilidades que las que se hallaran a favor de los nacionales establecidas en su Constitución y las leyes locales.

Sin duda que la igualdad entre ciudadanos extranjeros y nacionales empezó a aceptarse modestamente por parte de EUA. En 1928, Washington suscribió la Convención relativa a los Derechos de los Extranjeros en la Sexta Conferencia Panamericana celebrada en La Habana, donde se estableció en sus textos lo siguiente: “En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas de orden civil, criminal o administrativo contra un Estado, o sus nacionales, deberá interponer su denuncia ante tribunal competente del país y no podrá reclamar por la vía diplomática, sino en los casos en que haya habido de parte de ese Tribunal manifiesta denegación de justicia, retardo anormal, o violación evidente de los principios del Derecho internacional”<sup>823</sup>

No obstante, al paso de los años EUA adoptó una actitud diferente frente a la doctrina Calvo, por medio de la llamada Good Neighbor Policy o Política del Buen Vecino. Y en 1933, en la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos en Montevideo,<sup>824</sup> aprobaron la Resolución sobre la Responsabilidad de los Estados. Esa resolución contenía los principios de Calvo sobre la igualdad entre extranjeros y nacionales como principio de Derecho internacional, pero con la salvedad que se podía recurrir a la intervención diplomática solamente en los casos de manifiesta denegación de la justicia local o de retardo inmotivado para la solución del conflicto, incluso al arbitraje en caso que no existiera solución por las vías diplomáticas.

Posteriormente, se adoptaría la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados donde se reafirma el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros mediante el artículo 9o.: “Los nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y de las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes, ni más extensos que los de los nacionales”<sup>825</sup>

<sup>823</sup> *Report of the delegates of the United States of America to the seven International Conference of American States*, Washington, D.C., Pan American Union, 1934, pp. 270-271.

<sup>824</sup> *International Conferences of American States 1945-1954*, pp. 225 y ss.

<sup>825</sup> *Idem*.

Pero a pesar que EUA fue parte de la Convención, en esa ocasión se reservaron sus derechos en virtud que el Derecho internacional de la época no reconocía formalmente el principio de igualdad.

Cabe mencionar que se plantearon ciertas dudas sobre la aceptación de EUA a esa disposición, debido a que no se establecía la manera en que los estadounidenses interpretarían los derechos de los extranjeros en su territorio, de acuerdo con el Derecho internacional y a sus propios intereses.

Precisamente esa situación de incertidumbre se reflejó en la VIII Conferencia Panamericana de 1938 celebrada en Lima.<sup>826</sup> En dicha conferencia, el papel del cobro de la deuda exterior por medio de la fuerza y la interposición diplomática aparecieron de nuevo sin que EUA modificara su posición al respecto.

No obstante, todo este proceso continuó durante el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, dentro de las Conferencias de la Federación Interamericana de Abogados, IBA. por sus siglas en inglés,<sup>827</sup> una asociación no gubernamental que formaban destacados políticos y juristas de EUA y Latinoamérica.

En ella, durante 1944 se hizo un intento para abolir la protección diplomática y la responsabilidad de los Estados por los daños causados a los extranjeros durante las guerras civiles. Pero no tuvo el éxito esperado porque se estaba en contra de los intereses estatales de muchos países, debido a que no se planteó una alternativa que sustituyese a la protección diplomática.

Por último, una victoria de los países americanos para reglamentar las tesis de Calvo se dio en la IX Conferencia Panamericana de 1948 celebrada en Bogotá,<sup>828</sup> lugar en el que se redactó la actual Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y en la que se firmó el

<sup>826</sup>*International Conferences of American States 1945-1954*, pp. 243 y ss.

<sup>827</sup>Véase T. Obregón Esquivel, "Protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero", en *Memoria de la Tercera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados*, vol. III, México, D.F., 1944, pp. 218-236.; A. Freeman, "Recent aspects of the Calvo Clause and the challenge to international law", en *AJIL* 40 (1946-1), pp. 121 y ss.

<sup>828</sup>Véase *International Conferences of American States 1945-1954*, pp. 277 y ss.; P.A. Sáenz de Santa María, "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", en *ADI* 1976-III, pp. 326 y ss.; G. Connel-Smith, *The Inter-American system*, Oxford, Oxford University Press, 1966, pp. 104 y ss.

Tratado Americano sobre arreglo pacífico de controversias, llamado también “Pacto de Bogotá”.

En esa ocasión, los países latinoamericanos, a pesar de la oposición de EUA, consiguieron introducir los principios relativos a la teoría Calvo mediante el siguiente artículo: “*Artículo. 7o.:* Las altas partes contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los Tribunales domésticos competentes del Estado respectivo”.<sup>829</sup>

Después de este largo *excursus histórico*, finalmente tenemos que reconocer al largo camino que ha tenido que afrontar la doctrina de Calvo, como un instrumento del Derecho internacional que le conviene a la mayoría de los países latinoamericanos.

Aunque en realidad debemos admitir, que hasta el día de hoy ha perdido su lucha para conquistar un lugar en el Derecho internacional, como teoría universalmente reconocida y aceptada por parte de los Estados poderosos principalmente.

## LA TEORÍA CALVO PARA LOS ESTADOS

Por muchos años, la teoría de Carlos Calvo ha ocasionado división de opiniones entre los Estados de la comunidad internacional, lo que ocasiona, hasta el presente día, un cierto grado de confusión sobre los efectos que puede producir, a pesar que hoy ya sea reconocida como teoría independiente del ejercicio de protección diplomática.

Precisamente al estudiar esa cuestión, por un lado, encontramos que la opinión de EUA<sup>830</sup> sobre la validez de la cláusula Calvo, desde su formación, fue de un total rechazo.

Durante muchos años, Washington ha afirmado que la cláusula no entraña una renuncia, ni podía hacerlo al derecho del Estado de la nacionalidad de ejercer la protección diplomática y que la renuncia del

<sup>829</sup>Citado en P.A. Sáenz de Santa María, “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, en ADI 1976-III, p. 326.

<sup>830</sup>Véase sobre este tema: D.R. Shea, *The Calvo Clause: A problem...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

particular no incluía los casos de denegación de justicia. No obstante, la postura estadounidense no ha encontrado el eco esperado por parte de todos los Estados de la comunidad internacional.

En la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de la Haya en 1930,<sup>831</sup> países como Sudáfrica, Australia y Austria, consideraban que dicha cláusula no tenía efecto alguno en sus Estados.

Mientras tanto, países como Finlandia, los Países Bajos y Alemania, reconocían plenamente la validez de la cláusula, casi de la misma forma que lo concebían países como Bélgica, Dinamarca, Gran Bretaña, Hungría, India, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Suiza y la ex Checoslovaquia, que lo reconocen únicamente en la medida en que se veían afectados los derechos individuales, pero no en relación con la renuncia al derecho del Estado a una intervención diplomática en caso de violación de la norma internacional.

Y Canadá adoptó la posición de que la cláusula era válida, si el Estado de la nacionalidad del particular lesionado permitía a su nacional celebrar ese tipo de contratos.

Pero lo más interesante sobre esta cuestión, es que a pesar de encontrarnos con escenarios distintos unos de otros en cada país, todos esos Estados condujeron a que la teoría de Calvo siguiera latente durante gran parte del siglo antepasado y hasta la actualidad. Pues cabe mencionar que en la actualidad, se emplea habitualmente como un medio para hacer negociaciones internacionales, donde regularmente aparece implicado un gobierno que no acepta la doctrina, con otro que la ha defendido desde sus inicios, como los países latinoamericanos.

### *El latinoamericanismo constitucional.*

#### *Defensor y promotor de los principios de Calvo*

Hasta cierto punto nos sorprende que a pesar de la muerte de Carlos Calvo años atrás, sus pensamientos e ideas sobrevivan hasta nuestros días. El mejor ejemplo son la mayoría de las constituciones hispa-

<sup>831</sup>Véase Conference for the Codification of International Law of 1930. *Responsibility of the State for Damage done in Its Territory to the Person or Property of Foreigners*, League of Nations, vol. III, S. Rosenne y D. Ferry, (eds.), Ocean Publications, Nueva York, 1975, pp. 133-135.

noamericanas<sup>832</sup> que aún reconocen la teoría en sus textos constitucionales desde que esos gobiernos lograron implementar sus propias normas, como si se tratara de una especie de tributo para el jurista, o bien, como una forma para que los gobiernos recuerden el pasado y puedan evitar que vuelva de nuevo.

Tras esa breve explicación, a continuación se mencionarán algunas constituciones hispanoamericanas donde esos principios resultan más que obvios:

a. *La Constitución boliviana de 1967*: “Artículo 24. Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas”.

b. *La Constitución de Guatemala de 1985*: “Artículo. 29. Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia”.

c. *Muy estricta sobre los principios de Calvo es la Constitución salvadoreña de 1982*: “Artículo 98. Ni los salvadoreños ni los extranjeros podrán reclamar al gobierno indemnización alguna por daños o perjuicios que a sus personas o a sus bienes causaran acciones. Sólo podrán hacerlo contra los funcionarios o particulares culpables; Artículo 99: Los extranjeros no podrán ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de la denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expedidos”.

d. También encontramos constituciones que imponen la cláusula Calvo en los convenios entre Estado y particulares o empresas extranjeras, como por ejemplo *la Constitución de Ecuador de 1998*: “Artículo 14. Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueran celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extranjera, salvo el caso de convenios internacionales”.

e. Aunque *la Constitución peruana de 1993* indica en el: “Artículo 63, 2° c) En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados, consta el sometimiento de éstos a las leyes u órganos jurisdiccionales de la República y se renuncia a toda reclamación

<sup>832</sup>Véanse los textos constitucionales en W. Thompson Kenneth, *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America*, Charlottesville, University Press of America (White Burkett Miller Center of Public Affairs), 1991, pp. 9-186.

diplomática. Pueden ser exceptuados en la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero”. No obstante, vemos que además estipula algunas excepciones a los preceptos de Calvo, permitiendo laudos arbitrales internacionales: *Artículo 63, 3 c)*: El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

f. *La Constitución venezolana de 1999: “Artículo 151*. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviese expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

g. Y por último *la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917* aprobada durante el gobierno del general Venustiano Carranza, que postula los principios de la doctrina de Calvo en el artículo 27, un artículo que sobrevive en la actualidad y que ha pasado intacto a la gran cantidad de enmiendas que han afectado a la Constitución mexicana desde su creación: “...La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones: I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o de aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes, y en no evocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos respecto a aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”.

### La influencia de Calvo en el Derecho mexicano

De toda la práctica constitucional que caracteriza la costumbre de la región, o sea, a las constituciones de los Estados hispanoamericanos que contemplan a Carlos Calvo entre sus principios; en realidad, el caso de

México es por demás interesante, puesto que la teoría Calvo no sólo ha sido reflejada en normas del Derecho interno, sino que ha ido evolucionando y sobrevivido a los cambios políticos y jurídicos del Estado.

Desde mediados del siglo XIX, el gobierno mexicano ha intentado limitar legislativamente los derechos patrimoniales de los extranjeros domiciliados en ese país, así como las constantes intervenciones de sus representantes diplomáticos.<sup>833</sup>

Por primera vez, en 1856 el Presidente mexicano Ignacio Comonfort (1855-1858) aprobó un decreto que declaraba que los extranjeros carecían de la facultad de alegar, respecto de los bienes que adquiriesen en México, algún derecho como extranjeros.

Además, todas las cuestiones que pudieran surgir en relación con esa prioridad, se ventilarían en los tribunales de la República Mexicana de conformidad con las leyes del país, con exclusión de cualquier intervención extranjera. Años después, la Constitución de 1857 retoma y confirma ese principio, al disponer en el artículo 33 lo siguiente: “los extranjeros están obligados a respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, quedando sujetos a las sentencias de los tribunales y no pudiendo buscar otros remedios que los que las leyes conceden a los mexicanos”.<sup>834</sup>

Pero desafortunadamente fue muy difícil hacer efectivas estas disposiciones por dos motivos. El primero, que las autoridades mexicanas encontraron la oposición por parte del exterior y se corría el riesgo de quedar aislado de los avances económicos, sociales, y políticos en el mundo. Y el segundo, el desacato no podía ser castigado aun en el ámbito nacional, pues no se había previsto una sanción para el caso de violación.

Como consecuencia, Juan Antonio de la Fuente, jurista y diplomático mexicano que desempeñaba el cargo de ministro plenipotenciario ante el gobierno de Francia durante esa época, escribió en 1861 desde París al secretario de Relaciones Exteriores lo siguiente:

Deberíamos declarar por ley que todo extranjero que quisiera tratar con el gobierno del General, debería hacer expresa renuncia de sus derechos de

<sup>833</sup>Véase C. Sepúlveda, *Presencia viviente de Carlos Calvo*, pp. 28 y ss.

<sup>834</sup>Véase R. García Granados, *La Constitución de 1857 y las leyes de Reforma en México*, México, D.F., Editorial Tipografía Económica, 1906, pp. 38-48.

extranjería en todas las resultas del contrato, porque no es suficiente lo establecido por la Constitución sobre este particular, en razón de poder invocarse contra ella el derecho de gentes por los gobiernos que gustasen llevar con rigor sus demandas. Por lo demás, yo no soy de los que piensan que no se puede formular una renuncia de esta clase, porque si un extranjero cambiando de naturaleza, puede por este acto de su voluntad perder en todos los negocios de su vida la protección de su gobierno, yo no alcanzo a entender por qué le esté vedado hacer renuncia en uno o más casos particulares.<sup>835</sup>

Aunque la propuesta de aquel diplomático no pudo llevarse a la práctica, la posterior difusión de la tesis de Calvo y el apoyo que le brindaron los países latinoamericanos, proporcionaron una base más sólida para poder concretar mejor las ideas que ya habían estado manejándose en México para defender el interés nacional de los extranjeros.

A nuestro parecer, se preparó el terreno para el surgimiento de medidas posteriores a la Revolución, las cuales, estarían encaminadas a combatir los privilegios que de costumbre exigían los extranjeros, para darles en su lugar un trato más acorde con los intereses nacionales.

Prueba de ello, es que a partir de 1890, el gobierno del general Porfirio Díaz empezó a exigir invariablemente la inserción de la cláusula Calvo en todos los convenios o contratos públicos que se firmaran con extranjeros.

Posteriormente, Venustiano Carranza expidió el 15 de agosto de 1916, un decreto que buscaba que los extranjeros tuvieran equivalente condición jurídica que los mexicanos, sin que pudieran hacer uso de la interposición diplomática de sus gobiernos.

Además, exigía que para adquirir propiedades inmuebles en México, los inversionistas extranjeros tenían que presentar por escrito ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, la formal, expresa y terminante declaración que para todos los efectos relativos a los bienes que adquiriesen, se considerarían como mexicanos, renunciando a sus derechos

<sup>835</sup>Citado en A. García Robles, "La doctrina Calvo en las relaciones internacionales", en Carlos Calvo, *Tres ensayos Mexicanos*, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 3a. época, México, D.F., 1974, pp. 64-65 (en adelante A. García Robles *La doctrina Calvo en las relaciones internacionales*).

de extranjeros y de acudir en demanda de protección o queja a sus respectivos gobiernos.

Cabe destacar que ese decreto se considera el antecedente inmediato del artículo 27 de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>836</sup> aunque como hemos visto, también pueden tomarse como antecedentes generales los diversos pronunciamientos y medidas que desde el siglo XIX se habían dado en México.

No obstante, la diferencia más importante en relación con todos sus predecesores fue que incorpora una pena específica para los extranjeros en caso que éstos falten al compromiso suscrito con el gobierno de México.

En otras palabras, una vez que el extranjero ha firmado el compromiso de no invocar la protección de su gobierno y lo infringe, la sanción es que pierde los bienes que haya adquirido en beneficio del Estado.

Por tanto, lo dispuesto en dicho artículo fue motivo de críticas y de una fuerte oposición por parte de los países poderosos de la época, porque indudablemente que eso afectaba sus intereses.

Al año siguiente de la promulgación de la Constitución de 1917, el Presidente Venustiano Carranza enuncia el 10. de septiembre de 1918, el discurso que a la postre se conocería como la Doctrina Carranza.

Esta doctrina, reitera los principios generales en los que descansa el artículo 27 constitucional y señala los lineamientos e intereses de la política de México con respecto al ejercicio de la protección de nacionales en el exterior, de la siguiente manera:

Todos los países son iguales y deben respetar mutua y escrupulosamente sus Instituciones, sus leyes y su soberanía, por tanto, ningún país debe intervenir en ninguna forma y por ningún motivo en los asuntos internos del otro. Todos se deben someter estrictamente y sin excepciones, al principio universal de no intervención. Ningún individuo debe pretender una situación mejor que la de los ciudadanos del país en donde va a establecerse, ni hacer uso de su calidad de extranjero como un título de protección y de privilegio. Nacionales y extranjeros deben ser iguales ante la soberanía del

<sup>836</sup>Véase el último párrafo del artículo 27, frac. I. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF del 12 de diciembre de 2005). Puede verse el texto completo en (<http://www.cddhcu.gob.mx>).

país en que se encuentran, y finalmente, las legislaciones deben ser uniformes e iguales en lo posible, sin establecer distinciones por causa de nacionalidad, excepto en lo referente al ejercicio de la soberanía.

De todo este conjunto de principios, resulta modificado profundamente el concepto actual de la diplomacia (opinión que compartimos). Ésta no debe servir para la protección de intereses de particulares, ni para poner al servicio de éstos la fuerza y la majestad de las naciones. Tampoco debe servir para ejercer presión sobre los gobiernos de países débiles, a fin de obtener modificaciones a las leyes que no convengan a los súbditos de países poderosos. La diplomacia debe velar por los intereses generales de la civilización y por el establecimiento de la confraternidad universal.<sup>837</sup>

Sin embargo, esos ideales no culminan con los discursos políticos de los actores de aquella época, pues años más tarde, el acuerdo presidencial del 30 de abril de 1926, describe perfectamente lo que será la cláusula Calvo hasta nuestros días:

...En todos los contratos, concesiones o permisos que celebren o den las diferentes Secretarías de Estado, departamentos, oficinas especiales y demás dependencias con particulares o compañías extranjeras, se incluya como base del contrato, concesión o permiso la siguiente cláusula:

El contratante (o concesionario) declara expresamente que para todos los efectos de este contrato (o concesión), conviene en considerarse como mexicano, y por lo tanto, no tendrá con relación a la validez, interpretación y cumplimiento de dicho contrato, más derechos o recursos que los que las leyes mexicanas conceden a los ciudadanos de la República. Por consiguiente, renuncia a todos los derechos que le competen como extranjero y se compromete especialmente a no pedir, para todo lo relativo a este contrato (o concesión), la intervención diplomática de su país.

Conviene también las dos partes contratantes, que esta cláusula es una condición esencial del presente contrato (o concesión) y que su no aceptación, o su no observancia lo nulifica por completo, exponiendo además al contratante particular a perder a favor de la nación, cualquier trabajo o gastos que haya hecho en cumplimiento de dicho contrato (o concesión).<sup>838</sup>

<sup>837</sup>Citado en M. Seara Vázquez, *Derecho internacional Público*, 15a. ed., México, D.F., Porrúa, 1994, pp. 257 y ss.

<sup>838</sup>Citado en A. Martínez Báez, *La cláusula Calvo en el constitucionalismo mexicano*, pp. 51-52.

De tal suerte que el 28 de julio de ese mismo año, en virtud del acuerdo presidencial, todos los contratos de ciudadanos mexicanos con alguna compañía o sociedad extranjera, obligaba a todos los socios extranjeros a considerarse como mexicanos, con la finalidad que tales socios nunca alegaran derechos de extranjería bajo ningún pretexto, sólo los derechos y medios que las leyes de los Estados Unidos Mexicanos conceden a los mexicanos. Por consiguiente, no podrán tener ninguna injerencia los agentes diplomáticos extranjeros en nada que se refiera a la sociedad.

Y además, unos meses después de la expropiación petrolera en México durante la gestión del presidente Lázaro Cárdenas, expone un discurso en el informe anual al Congreso de la Unión el 10 de septiembre de 1938, que se refiere a la situación de los inversionistas extranjeros en México.

Pero debemos resaltar, que ese discurso consiguió ser considerado como la base para lo que se conoce como la Doctrina Cárdenas, que fue enunciada por el ex Presidente mexicano el 10 de septiembre de 1938, ante el Congreso Internacional de la Paz de la siguiente manera:

...He de referirme a la teoría internacional, que sostiene la persistencia de la nacionalidad a través de los ciudadanos que emigran para buscar mejoramiento de su vida y prosperidad económica a tierras distintas de las propias, y esto que a primera vista parece emanar de un principio de Derecho natural y estar de acuerdo a los convencionalismos políticos, que hasta ahora rigen la vida de las naciones entre sí, no es sino una de las injusticias fundamentales que tiene por origen la teoría del clan, o sea, la proclamación de la continuidad de la tribu, y más tarde, el de la nacionalidad a través de fronteras del espacio y del tiempo, engendrándose de este error una serie de antecedentes, todos ellos funestos para la independencia y soberanía de los pueblos, y para agravar más esta simple cuestión, aparte de la teoría relativa a los individuos, se ha creado la teoría de las sociedades innominadas que se organizan conforme a las leyes extranjeras propias pero con ciudadanos extranjeros que, so pretexto de explotar recursos naturales de otra patria, se internan en suelo extranjero, bajo el escudo de sus gobiernos de origen, o simplemente bajo la protección de su ciudadanía nativa. Los pueblos impreparados los reciben como extranjeros y les guardan tales consideraciones que sobrepasan los límites del respeto y que confinan

con los del temor. Les llegan a consultar sus leyes impositivas, y casi deslindan las propiedades que adquirieron con una ficción de extraterritorialidad. Por su parte, los gobiernos de origen los impulsan y los protegen como una avanzada de inesperada conquista y como el primer paso para el logro de una extensión de sus linderos y de su soberanía.<sup>839</sup>

En suma, como puede apreciarse, tanto las disposiciones legislativas como los pronunciamientos citados, estuvieron motivados por un idéntico espíritu de lucha contra los privilegios que tradicionalmente habían buscado los países poderosos para sus nacionales e intereses en México.

De la misma forma, por el anhelo de impedir que los extranjeros pudieran continuar invocando la protección o intervención de sus gobiernos para lograr tales prerrogativas en detrimento de los derechos de los nacionales.

Aunque debemos reconocer que a partir de la expropiación petrolera decretada por Cárdenas estos objetivos comenzaron a lograrse, no nos queda duda que ello no fue fácil de obtener. Un claro ejemplo que debemos destacar, es que desde hace años y hasta la actualidad, se han expedido y abrogado leyes<sup>840</sup> que han venido a reforzar los principios enunciados por el gobierno mexicano y sobre las tesis de Calvo.

Creemos que no hacen más que reiterar la política nacionalista del Constituyente de 1917 en ellos, pues se enfocan en defender el interés del Estado mexicano, tal como se aprecia por ejemplo, en el caso de las siguientes normas jurídicas:

1. *Ley de Inversión Extranjera*, promulgada el 27 de diciembre de 1993, en la que además de hacer referencia al artículo 27 Constitucional, este instrumento legal introduce una regla aún más amplia en cuanto a la situación jurídica de la inversión extranjera, pues aplica el principio que rige el precepto constitucional a toda clase de bienes que los extranjeros puedan adquirir en México. La redacción es la siguiente:

*Artículo 2.* Para los efectos de esta Ley se entenderá por: VII. *Cláusula de Exclusión de Extranjeros*: El convenio o pacto expreso que forme parte

<sup>839</sup>Véase en M. Seara Vázquez, *Derecho internacional público...*, op. cit., pp. 196-197.

<sup>840</sup>Por ejemplo *Ley Reglamentaria de la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF del 12 de diciembre de 2005).

integrante de los estatutos sociales, por el cual se establezca que las sociedades que se trate, no admitirán directa ni indirectamente como socios o accionistas a inversionistas extranjeros, ni a sociedades con cláusula de admisión de extranjeros.

*Artículo 10.* De conformidad con lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el convenio a que se refiere dicho precepto, podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en el territorio nacional.

*Artículo 10 A.* Los extranjeros que pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia.<sup>841</sup>

2. El *reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*, el cual proclama de una forma más detallada la obligación de insertar en los estatutos de las sociedades la renuncia de los extranjeros a la protección de su gobierno, encaminada a dar el estricto cumplimiento de los preceptos enunciados por el artículo 27 de la Constitución.

*Artículo 14:* Cuando en los estatutos sociales no se pacte la cláusula de exclusión de extranjeros, se debe celebrar un convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que los socios extranjeros, actuales o futuros de la sociedad, se obligan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como nacionales respecto de: I. Las acciones, partes sociales o derechos que adquieran de dichas sociedades; II. Los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades, y III. Los derechos y obligaciones que deriven de los contratos, donde sean parte las propias sociedades. El convenio o pacto señalados deberán incluir la renuncia a invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la nación los derechos y bienes que hubiesen adquirido.<sup>842</sup>

<sup>841</sup>*Ley de Inversión Extranjera.* Última Reforma DOF de 4 de junio de 2001.

<sup>842</sup>*Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.* DOF del 8 de septiembre de 1998.

3. Por último, el *Reglamento de la Ley de Pesca*, promulgado el 29 de septiembre de 1999. Este reglamento indica para sociedades con actividad marítima, lo siguiente:

*Artículo 7o.:* Las sociedades mercantiles, en cuyo capital social participe inversión extranjera, que estén interesadas en realizar actividades de pesca, se sujetarán a las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera.<sup>843</sup>

Para finalizar, debemos reiterar que ante los distintos obstáculos, tanto internos como internacionales, que ha tenido que afrontar México a lo largo de su historia, la inserción de esta obligación en sus textos legales resultó favorable por tres principales motivos.

El primero de ellos es la facultad legal que tiene el gobierno mexicano para poder disuadir al extranjero, puesto que los inversionistas foráneos que la admitían por convenio solemne, prefirieron acatar los términos de la cláusula Calvo, o por lo menos, acostumbrarse a su aplicación.

En segundo lugar, al difundirse a nivel internacional la obligación de aceptarla para poder realizar cualquier tipo de transacción en México, el extranjero se acostumbró desde entonces a limitaciones de ese tipo y se expandió la facultad del gobierno local para regular las actividades que pudieran surgir entre la empresa extranjera y las autoridades locales.

Por último, porque la inserción constitucional de la cláusula Calvo abrió el camino para que las autoridades mexicanas pudieran legislar sobre la base de la cláusula en las legislaciones que van de acuerdo con la materia. Por tanto, permite con absoluta libertad sobreponer el interés estatal ante el resto del mundo.

#### LOS TEMAS DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE LA DOCTRINA DE CALVO

No podemos ocultar que la teoría de Calvo en relación con su forma de aplicación e interpretación, ha estado presente en conflictos legales de distinta naturaleza por muchos años. Prueba de ello son

<sup>843</sup>*Reglamento de la Ley de Pesca*. Última Reforma DOF del 28 de enero de 2004.

los organismos internacionales que se encargan de los problemas del Derecho económico internacional,<sup>844</sup> los que mayoritariamente han interpuesto resoluciones relativas a la influencia de la teoría de Calvo, porque en esa rama es donde se puede aplicar con tapujos la teoría.

No obstante, el campo económico no es el único donde se utiliza esta práctica, pues en realidad, la teoría Calvo ha encontrado su principal aplicación en los tratados internacionales desde hace muchos años.

Tal es el caso del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación,<sup>845</sup> entre Colombia e Italia, del 10 de agosto de 1894. En el artículo 21 del mencionado tratado, en nuestra opinión, se satisfacía completamente cualquier tipo de interpretación de la teoría Calvo, aun la más extensa, al negar la responsabilidad del Estado en caso de daños a ciudadanos italianos durante guerras civiles, excepto que fuera probada una denegación de justicia de las autoridades colombianas.

Otro claro ejemplo lo podemos encontrar en La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.<sup>846</sup> En ella se proclama que en caso de controversia por actividades del Estado con los extranjeros, éstas deben resolverse sólo en sus propios tribunales, tal y como lo deseaba Carlos Calvo.

<sup>844</sup>Véase sobre este tema a D. Manning-Cabrol, "The imminent death of the Calvo Clause and the rebirth of the Calvo Principle: Equality of foreign and national investors", en *Law and Policy in International Business* 26 (1995-4), pp. 1169 y ss.; J. Castañeda, "La carta de los derechos y deberes económicos de los estados desde el punto de vista del derecho internacional", en Alonso Gómez-Robledo Verduzco (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, D.F., UNAM, 1980, pp. 12-14; R.B. Lillich, *The diplomatic protection of national abroad...*, loc. cit., pp. 359-361.

<sup>845</sup>Véase No. Legge. 402, "Che dà intera esecuzione al trattato di amicizia, navigazione e commercio tra Regno d'Italia e la Repubblica di Colombia", en *Bollettino Ufficiale del Ministero Affari Esteri* (1894), pp. 1016-1028.

<sup>846</sup>Art. 2o., C) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas, deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios. Cfr. 29o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General, *Carta de derechos y deberes económicos de los estados*, A/RES/3281(XXIX) del 12 de diciembre de 1974.

También la A.G. de las Naciones Unidas, en la Resolución 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962 sobre la Soberanía permanente sobre los Recursos Naturales,<sup>847</sup> reconoce que en caso de controversia en la materia, deberán de agotarse los recursos en el Estado. Pero abre la posibilidad de que si los Tribunales del Estado no resuelven dicha situación, se podrá recurrir por mutuo acuerdo al arbitraje internacional. Además, la anterior resolución es respaldada por otra, la Resolución 3171 (XXVIII) del 17 de diciembre de 1973,<sup>848</sup> mencionando que para determinar la indemnización por la nacionalización de los Estados, ésta deberá de hacerse de acuerdo con lo establecido en la legislación del Estado. Lo que sin duda nos indican esas resoluciones es que los conflictos se resolverán por las autoridades del Estado para que se evite la intervención diplomática, de acuerdo con las ideas que pretendió Calvo.

Por último, también en el Convenio de la Comunidad Andina,<sup>849</sup> una organización internacional constituida por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, compuesta por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) que siguen de manera tradicional los postulados de la tesis de Calvo en los litigios sobre las inversiones de capitales extranjeros para esos países.

<sup>847</sup>4) En cualquier caso en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional. Cfr. 17o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Soberanía permanente sobre los recursos naturales* A/RES/1803(XVII) del 14 de diciembre de 1962.

<sup>848</sup>3) Afirma que la aplicación del principio de la nacionalización por los Estados, como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales, implica que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago, y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que aplique tales medidas. Cfr. 28o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Soberanía permanente sobre los recursos naturales* A/RES/3171 (XXVIII) del 17 de diciembre de 1973.

<sup>849</sup>Art. 34: En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de la transferencia de tecnología extranjera, los países miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas; *Artículo 51*: en ningún instrumento relacionado con inversiones o transferencia de tecnología se admitirán cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus nacionales inversionistas. Las discrepancias entre los Países Miembros del presente régimen con motivo de su interpretación o ejecución, serán resueltas siguiendo el procedimiento señalado en el capítulo II, sección D, de la solución de controversias del Acuerdo de Cartagena. Cfr. Decisión núm. 220. *Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*. Cuadragésimo cuarto periodo de sesiones ordinarias de la Comisión, 31 de diciembre de 1970. Disponible el texto completo en línea (<http://www.comunidadandina.org>).

*Las controversias en la práctica internacional  
sobre la validez de la doctrina Calvo*

Desde la creación de la doctrina de Calvo, en los convenios donde quedaba insertaban la cláusula Calvo siempre causaron controversias entre los Estados, las cuales, la mayor parte terminaron en tribunales internacionales, donde se discutía sobre su validez en el campo de aplicación, pues una intención de esta cláusula, es la de despojar del contenido material a cualquier reclamación diplomática de los Estados poderosos, hecha por los daños a un extranjero.

No obstante, si un Estado quisiera ejercer la protección diplomática, dicha cláusula no le impide lograr su objetivo, pues el derecho a la protección le pertenece exclusivamente al Estado de nacionalidad del individuo, nunca a la persona que se compromete con el Estado por la cláusula Calvo.

Uno de tantas controversias que se suscitaron a raíz de la cláusula, es el asunto de la empresa italiana *Martini & Co., c. Venezuelan Gov.*<sup>850</sup> Este caso es considerado como uno de los juicios más claros y evidentes de la ineficacia de la cláusula Calvo frente al derecho de intervención de un Estado extranjero, a pesar que a unos no les favorezca tal opinión.

En ese asunto, la empresa italiana Martini sostuvo tener más de 9 millones de bolívares de daños, a causa de la guerra civil de aquel país y por ese motivo fue creada una Comisión Mixta, presidida por el estadounidense Jackson Ralston.

Uno de los argumentos que presentó el representante venezolano, fue que se oponía a la jurisdicción de la Comisión por ir en contra del artículo 16 del convenio suscrito por la empresa italiana con Venezuela en 1898, el cual preveía que las deudas y controversias que pudiesen surgir de ese convenio, no podían resolverse a través de un laudo arbitral internacional, sino por los Tribunales locales venezolanos.

En aquella ocasión, el árbitro Ralston consideró que el artículo 16 del convenio no influía en la jurisdicción de la Comisión, porque tanto

<sup>850</sup>*Martini & Co. case* (1930). Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission, 2 RIAA 975; véase además J.H. Ralston (ed.), *Venezuelan arbitrations of 1903 including protocols, personnel and rules of Commissions, opinions and summary awards with appendix containing Venezuelan Yellow Book of 1903*, Washington, D.C., Government Printer Officer, 1904, pp. 643-647.

Italia como Venezuela estaban de acuerdo en resolver el pleito ante una Comisión internacional y que en ese caso, el derecho del Estado resultaba superior a lo que la empresa había firmado.

Por otro lado, México fue el primer Estado hispanoamericano que participó en la decisión arbitral que le dio el primer triunfo a la doctrina o cláusula Calvo.

Esto tiene su origen cuando el 8 de septiembre de 1923 se concluyeron los “Tratados de Bucareli”, firmados por EUA y México, por el que acordaban formar las Comisiones Mixtas de Reclamaciones<sup>851</sup> para decidir y solucionar los pleitos de los nacionales de ambos Estados.

En algunas ocasiones, el actor principal en esos pleitos ante las comisiones fue la cláusula Calvo. El ejemplo más conocido se encuentra en el asunto *North American Dredging Company of Texas*,<sup>852</sup> por el que se estableció un contrato de esa empresa estadounidense con el gobierno mexicano, para dragar el puerto de Salina Cruz en el Estado mexicano de Oaxaca.

En ese asunto, la comisión quedó presidida por el holandés Van Vollenhover, y fue representada por el estadounidense Parker, y el mexicano Fernández Mc Gregor. Este último, fue el encargado de encabezar la primera victoria oficial de la doctrina de Calvo al ser reconocida su validez, aunque dentro de un marco jurídico no muy bien determinado, según el razonamiento de la comisión.

En un principio, la compañía estadounidense demandó por 233,533.30 dólares al gobierno mexicano por los daños causados a causa de la ruptura unilateral del contrato firmado en 1912.

Pero ya en el juicio, el representante mexicano, *Fernández Mc Gregor*,<sup>853</sup> opinó que la Comisión no tenía derecho alguno a ocuparse del pleito, debido a que el artículo 18 del referido contrato indicaba que en caso de controversia el extranjero es considerado como mexicano, quedando sujeto a las leyes de la República Mexicana y disfrutando de

<sup>851</sup>Véanse los asuntos en *Claims Commission United States and Mexico. Opinions of Commissioners under the Convention concluded September 8, 1923* (3 vols.), Washington, D.C., US Department of State. 1927, 1929, 1931; Se recomienda también a J.G. Beus, *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico under the Convention of September 8, 1923*, The Hague, Nijhoff, 1938, pp. 23 y ss.

<sup>852</sup>*North American Dredging Company of Texas*, 4 RIAA 26-34.

<sup>853</sup>*Ibidem*, 4 RIAA 26-27.

los mismos derechos que se consagran a favor de todos los nacionales, sin ningún derecho especial.

En la decisión final del 31 de marzo de 1926,<sup>854</sup> la Comisión sentenció que el caso, tal como había sido presentado, debía desecharse por no ser de su jurisdicción, apoyando por unanimidad la moción del representante mexicano y sin perjuicio para el reclamante que pudiera proseguir sus recursos judiciales ante otro Tribunal.

Debemos recalcar que dicho caso marcó e inspiró, si bien limitadamente, a la jurisprudencia arbitral posterior, para que el anterior criterio empleado de la Comisión se siguiera usando en otras decisiones arbitrales. Por ejemplo, encontramos los casos como el de *International Fisheries Co.*,<sup>855</sup> *Mexican Union Railway*<sup>856</sup> y el *William MacNeil*,<sup>857</sup> en el que la validez de la cláusula fue reconocida.

No obstante, cabe mencionar que durante todos esos años habitualmente los Estados que se vieron involucrados en ese tipo de controversias y otros que aún no lo han hecho, generalmente han rechazado la validez de la Cláusula Calvo, porque perderían el derecho a la protección diplomática. Pero por otra parte, los que han admitido la validez de la cláusula, tal como lo ha señalado el profesor Sepúlveda Gutiérrez,<sup>858</sup> afirman que se limita a las relaciones contractuales en y con el Estado.

Por ello que, esas controversias sobre la validez de la cláusula Calvo no sean exclusivas de cierta época y de sólo algunos Tribunales.

La CIJ en 1970, tuvo oportunidad de exponer la postura de una Corte internacional, mediante el juez mexicano Luis Padilla Nervo, a la hora de emitir su opinión en el caso de la Barcelona Traction Light and Power Co.,<sup>859</sup> mencionando que los casos de responsabilidad internacional de los Estados por el tratamiento de extranjeros, ha sido una secuencia de puros abusos, interferencias ilegales sobre el orden interno de los países débiles, amenazas, agresiones militares y sanciones impuestas, con la

<sup>854</sup>*Ibidem*, 4 RIAA 33-34.

<sup>855</sup>*International Fisheries Company case* (1931). British-Mexican Claims Commission. 4 RIAA 691-701.

<sup>856</sup>*Mexican Union Railway case* (1930). British-Mexican Claims Commission. 5 RIAA 118-126.

<sup>857</sup>*William MacNeill case* (1931). British-Mexican Claims Commission. 5 RIAA 164-173.

<sup>858</sup>Véase C. Sepúlveda Gutiérrez, *La responsabilidad de México en el ámbito internacional*, 4a. ed., México, D.F., Porrúa, 1986, pp. 186-252.

<sup>859</sup>*Barcelona Traction Light and Power Co. Limited* (Separate Opinion of Judge Padilla Nervo), ICJ Reports 1970, pp. 246 y ss.

idea de forzar a un gobierno a conceder la reparación exigida, pero con el pretexto del ejercicio de los derechos de protección.

Desde esa perspectiva, nos damos cuenta que la cláusula Calvo no sería oponible al derecho del Estado del nacional perjudicado, aunque sí llegaría a ser plenamente válida, sólo en el ámbito de las relaciones entre el Estado y su contratante.

Pero existe la condición de que si la controversia sobrepasa los límites del ámbito contractual, como por ejemplo, una confiscación de los bienes del extranjero por parte del Estado y afecta al estatus de los extranjeros, además, al Derecho internacional, entonces la cláusula Calvo indudablemente dejaría de tener validez, tanto para el orden interno como el internacional.

Además, como lo hemos mencionado con anterioridad, esta teoría no impide que otro Estado proteja sus intereses mediante el ejercicio de la protección diplomática, simplemente porque no existe nexo con la institución, pues el derecho es exclusivamente para el Estado en defensa de sus intereses, no para la persona física o moral.

### *La teoría Calvo dentro de las relaciones internacionales de los Estados*

Sin duda que en el campo de las relaciones internacionales, cuando se intente aplicar la teoría en algún Estado, creemos que primero se tiene que pensar en el beneficio estatal que eso puede ocasionar, pues indudablemente se incluyen casi siempre cuestiones de tipo político.

Ciertamente, un lugar donde se ha defendido la teoría de Calvo es en México,<sup>860</sup> un Estado que desde hace muchos años la ha seguido utilizando muy a menudo para defender sus intereses nacionales.

Por primera vez en 1873, el entonces ministro de Relaciones Exteriores mexicano Lafragua, dirigió una nota diplomática<sup>861</sup> al embajador

<sup>860</sup>Se recomienda sobre este tema a: A. Blumberg, *The diplomacy of the Mexican Empire (1863-1867)*, Nueva York, Malabar R. Krieger Publishing Co., 1987, pp. 12 y ss.

<sup>861</sup>Nota diplomática: Es la comunicación escrita que se intercambian los ministros de Relaciones Exteriores de dos o más Estados, o entre los agentes diplomáticos y el gobierno ante el cual están acreditados, a fin de exponer la posición oficial de sus respectivos gobiernos o manifestar su acuerdo o inconformidad, en relación con un hecho o situación susceptibles de afectar las relaciones recíprocas de los Estados del cual se trate. Cfr. *Diccionario de Derecho Internacional*, p. 244.

norteamericano Foster declarando que: “México no era responsable de los daños causados a las propiedades de los extranjeros americanos, tal y como sostenía el jurista argentino Calvo”.<sup>862</sup>

No obstante, esta situación llevó a dar la primera manifestación de oposición por parte de EUA pues a partir de ese momento, la política de Washington se postularía como feroz adversario de la teoría Calvo, causando que Foster contestara aquella nota diplomática, escribiendo que: “Calvo no es un autor aceptado internacionalmente”.<sup>863</sup>

Pero la lucha por la abolición de la interposición diplomática creció aún más entre 1902 y 1903, durante la intervención armada de los puertos venezolanos por Alemania, Italia e Inglaterra, justificándose en las deudas contraídas por Venezuela sobre sus empresas e inversores.<sup>864</sup>

En aquel entonces, el dictador venezolano Cipriano Castro, había afirmado que todas las reclamaciones extranjeras se consideraban un asunto interno de Venezuela y en consecuencia, de competencia exclusiva para sus tribunales locales.

Con ello se justificaba el no pagar las deudas contraídas por Venezuela con nacionales de aquellas potencias, aunque posteriormente reconoció los reclamos europeos, pagando algunas deudas de inmediato, y otras a través de garantías de hasta el 30 por ciento del ingreso en las aduanas venezolanas de La Guayra y Puerto Cabello.

La respuesta de aquella intervención militar no pasó por alto, pues el ministro de Asuntos Exteriores de Argentina, Luis María Drago, envió una nota al embajador de Washington, Martín García Merou, para que se la entregara a sus homólogos europeos, en la cual declaraba que la deuda de un Estado no puede ser argumento para justificar la agresión militar, ni la ocupación de su territorio. Dicha nota tan interesante a la que nos referimos, mencionaba lo siguiente:

Entre los principios fundamentales del Derecho internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualquiera que sea la fuerza que dispongan, son entida-

<sup>862</sup>Citado en C. Sepúlveda, *Presencia viviente de Carlos Calvo*, p. 29.

<sup>863</sup>*Idem*.

<sup>864</sup>Véase M. Vernassa, “Emigrazione, diplomazia e cannoniere: L'intervento italiano in Venezuela, 1902-1903”, en *American Historical Review* 88 (1983-1), pp. 227-228; H.C. Lodge, “England, Venezuela and the Monroe Doctrine”, en *North American Review* 160 (1895), pp. 651-658.

des de derecho perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedoras por ello a tales consideraciones y respeto. El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, pueden y deben ser hechos por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana, pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su gobierno con todas las facultades que le son inherentes por los fuertes de la tierra. El reconocimiento de la deuda pública, la obligación de pagarla, no es por otra parte, una declaración sin valor porque el cobro no pueda llevarse a la práctica por el camino de la violencia. El cobro militar de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo y la ocupación territorial significa la supresión o subordinación de los gobiernos locales en los países a que se extiende. Tal situación aparece contrariando visiblemente los principios muchas veces proclamados por las naciones de América y muy particularmente la doctrina Monroe con tanto celo sostenida y defendida en todo tiempo por los Estados Unidos.<sup>865</sup>

Precisamente a raíz de esa nota diplomática, es de donde nace lo que se conoce como “doctrina Drago”, que en teoría se apoya en lo proclamado por la doctrina Monroe de 1823 dirigido contra las potencias europeas.

La doctrina Monroe,<sup>866</sup> que lleva el nombre de su creador, fue declarada el 2 de diciembre de 1823 por el ex presidente de EUA, James Monroe, proclamando el lema “América para los americanos”. Consideraba que en América había un sistema político diferente al que estaba vigente en las monarquías europeas, por ello EUA interpretaría toda tentativa del viejo mundo por recuperar o extender su influencia en el nuevo mundo, como peligrosa para su paz y seguridad, basándose en lo siguiente:

<sup>865</sup>Véase sobre este tema a I. Fabelo, *La doctrina Drago*, México, D.F., Secretaría de Educación Pública, 1946, pp. 12-19; A.S. Hershey, “The Calvo and Drago doctrines”, en *AJIL* 1 (1907-1), pp. 26-45.

<sup>866</sup>Se recomienda la consulta sobre este tema a C.E. Chapman, “A Monroe doctrine divided”, en *Political Science Quarterly* 27 (1922), pp. 75-82; E.S. Corwin, “The Monroe Doctrine”, en *North American Review* 218 (1923), pp. 722-735; L. Izaga, *La doctrina Monroe. Su origen y principales fases de evolución*, Madrid, Editorial Razón y fe, 1929, pp. 29-31; S. Planas Suárez, “L’extension de la doctrine de Monroe en Amérique du Sud”, en *R. des C.* 5 (1924-IV), pp. 271-365; S. Mendoza, *Texto, antecedentes, comentarios*, pp. 24 y ss.

Jamás hemos tomado parte alguna, ni corresponde a nuestra política hacerlo, en las guerras de potencias europeas en asuntos que les concierne. Solamente, si nuestros derechos son invadidos o seriamente amenazados, es cuando nos sentimos agraviados o hacemos preparativos para nuestra defensa. Por necesidad y por causas que son obvias para todo observador ilustrado e imparcial, estamos más directamente interesados en los sucesos de esta hemisferio.

No obstante, a pesar que el elemento rector es la no intervención con la finalidad de defender los intereses de todos los Estados hispano-americanos, en realidad, el principal enemigo de esos nuevos Estados estaba encabezado por los propios EUA, opinión que en estos momentos comparten algunos jefes de Estado latinoamericanos.

Por ello, creemos que se le pueden dar dos interpretaciones distintas. Por un lado, como una declaración unilateral con proyección hemisférica de la política estadounidense del aislacionismo. Y por otro, como una estratégica militar a los efectos de evitar cualquier avance armado europeo en el nuevo mundo.

Pero eso no termina ahí, pues posteriormente la doctrina fue reafirmada de una manera autoritaria por el “Corolario Roosevelt”,<sup>867</sup> proclamado por el ex presidente de EUA, en 1904.

En ella se afirmaba que si cualquier Estado americano era amenazado o se ponían en peligro los derechos o propiedades de sus ciudadanos o empresas americanas en otro Estado, el gobierno de EUA estaba obligado a intervenir en ese país para reordenarlo, restableciendo los derechos y el patrimonio de su ciudadanía y de sus empresas.

Es decir, aparte de atribuirse el derecho de intervención sólo para EUA en todo el continente americano, impedirían la intervención de cualquier potencia extra-americana para el cobro de las deudas contractuales a los países latinoamericanos, pero intervendría EUA para los efectos de hacerse responsable del orden y justicia en el caso.

Finalmente, cabe mencionar que el inicio de la caída del Corolario Roosevelt, se dio cuando Luis María Drago al participar en 1907 en la Segunda Conferencia Internacional de Paz en la Haya, expuso y sostuvo su tesis, siendo apoyada y reafirmada por Estados Unidos.

<sup>867</sup>Véase principalmente a P. Gleijeses, “The Limits of Sympathy: The United States and the Independence of Spanish America”, en *Journal of Latin American Studies* 24 (1992-3), pp. 481-505.

El apoyo lo dio el delegado de la representación estadounidense, el general Horace Porter, quien dictaría la teoría conocida como la “Cláusula Porter” o “Porter Proposition”,<sup>868</sup> mencionando que las naciones fuertes que tuvieran ciudadanos que reclamasen deudas contractuales contra las naciones más débiles, deben primero someter sus diferencias al arbitraje antes de tratar de cobrarlas a la fuerza.

#### PANORAMA ACTUAL DE LA CLÁUSULA CALVO. EVOLUCIÓN EN LA POSICIÓN HISPANOAMERICANA

Desde hace ya varios años, los países latinoamericanos han tenido que dejar atrás muchas posiciones idealistas, quizá hasta nacionalistas, para evitar que fueran excluidos de los flujos de capital de la nueva economía y globalización mundial. Eso se refleja con la creación de Convenciones y Organismos internacionales que le quitan gran sentido a la lucha colosal entre adversarios y sostenedores de la teoría Calvo,<sup>869</sup> en el que creemos que existe una migración de las competencias de nivel estatal al supranacional o internacional.

El cambio inicia, principalmente, a mediados de la década de los ochenta cuando se inician grandes reformas económicas junto a una liberalización del proceso del comercio exterior en América Latina, es decir, al régimen de las inversiones extranjeras de países en vías de desarrollo, a través de la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital, donde se incluyen nuevas formas de soluciones pacíficas de controversias para los Estados.<sup>870</sup>

Un ejemplo que ilustra el cambio de posición de los países latinoamericanos, se encuentra en los primeros instrumentos para solucionar las diferencias internacionales. Los Tratados Bilaterales

<sup>868</sup>Véase L. Izaga, *La Doctrina Monroe...*, op. cit., p. 30; J. Brown Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907...*, loc. cit., pp. 89 y ss.

<sup>869</sup>Véase D. Manning-Cabrol, “The imminent death of the Calvo Clause and the rebirth of the Calvo Principle: Equality of foreign and national investors”, en *Law and Policy in International Business* 26 (1995-4), pp. 1169 y ss.

<sup>870</sup>Véase sobre este tema a: L. Granato, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 2005, pp. 4 y ss.; C.K. Darlymple, “Politics and foreign direct investments. The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause”, en *Cornell International Law* 29 (1996), pp. 78-92.

de Inversión (BIT),<sup>871</sup> que en nuestra opinión demuestran la evolución de lo que antes se denominaba Tratados de amistad comercio y navegación.

Este tipo de tratados, cuenta con una serie de acuerdos que establecen mecanismos de solución de controversias, a los que se puede ocurrir en caso de disputas relacionadas con la aplicación o interpretación de los acuerdos.

Otro caso más se encuentra en el International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)<sup>872</sup> creado desde 1965, que por muchos años alejó a la mayoría de los Estados latinoamericanos de la adhesión al Tratado, sobre todo porque su finalidad entra en conflicto con las ideas centrales de la doctrina de Calvo.

Salvo Canadá, México y Brasil que no son parte, en los últimos años el resto de los países americanos han ratificado la convención ICSID, a excepción solamente de Belice y Haití, adhiriéndose a los paneles de solución de controversias que se estipulan en dicho convenio.<sup>873</sup>

Pero no podemos pasar por alto que en el artículo 27 de dicho convenio,<sup>874</sup> se expresa algo parecido a la Cláusula Calvo, o sea, que los Estados miembros renuncian a emplear la protección diplomática para solucionar sus conflictos, usando exclusivamente los mecanismos propuestos por el ICSID:

*Artículo 27:* (1) Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal dife-

<sup>871</sup>Los Tratados Bilaterales de Inversión o BIT por sus siglas en inglés que significan: Bilateral Investment Treaties; Se recomienda sobre este tema a: P.B. Arsen, *Tratados Bilaterales de Inversión. Su significado y efectos*, Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 1 y ss.; R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Nijhoff Publishers, 1995, pp. 12 y ss.; W. Salacuse Jeswald, "BIT by BIT. The growth of the Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries", en *International Law* 24 (1990), pp. 664 y ss.; H. Grigera Naon, "Arbitration in Latin America", en *American Law Review* 22 (1993), pp. 203 y ss.

<sup>872</sup>Véase J.C. Baker, "ICSID and the Calvo clause a hindrance to foreign direct investment in LCD's", en *Ohio State Journal* 5 (1989), pp. 75-95; véase información sobre el ICSID en línea (<http://www.worldbank.com>).

<sup>873</sup>Véase la lista de países miembros en línea (<http://www.worldbank.com/icsid/constate/c-states-sp.htm>).

<sup>874</sup>Véase en línea (<http://www.worldbank.com>).

rencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

No obstante, los países que ratificaron el ICSID suscribieron paulatinamente la Convención Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)<sup>875</sup> de 1985, que ha reducido los riesgos para los individuos o sociedades que quieran invertir en los países en desarrollo, logrando de esta forma favorecer el diálogo entre el inversor y el país huésped, a través del arreglo de las disputas con negociaciones o árbitros.

Otra prueba más es el acuerdo por un área de libre comercio en América, llamado Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)<sup>876</sup> que a pesar que se supone debió ser realidad a partir del 2005 pero que por diversos motivos políticos o intereses nacionales aún no llega a concretarse, esa nueva organización ya tiene su propio grupo de negociaciones sobre la solución de controversias, con dos objetivos principales.

El primero, establecer un mecanismo justo, transparente y eficaz para la solución de controversias entre los países del ALCA, tomando en cuenta, entre otros, el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC, a través de su órgano de solución de diferencias.<sup>877</sup>

Y el segundo, diseñar medios para facilitar y fomentar el uso del arbitraje y otros medios alternativos de solución de diferencias para resolver controversias privadas en el marco del ALCA.

Por otro lado en el caso mexicano,<sup>878</sup> a pesar que éste país aún es de los más fieles ejecutores de la teoría Calvo, se ha notado un cambio radical en la mentalidad del Estado mexicano en cuanto a la inversión extranjera.

<sup>875</sup>Véase en (<http://www.miga.org>).

<sup>876</sup>Véanse los avances de esta organización en línea: (<http://www.alca-ftaa.org>). Se recomienda ver la Declaración Ministerial de San José.

<sup>877</sup>Véanse lo relativo a casos y la solución de diferencias en (<http://www.wto.org/spanish>).

<sup>878</sup>Véase sobre este tema a: J. Delay, "Has México crossed the border on state responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in México after NAFTA", en *St. Mary Law Journal* 25 (1994), pp. 1147-1193; L. Péreznieta Castro, "Las garantías otorgadas al inversionista extranjero", en *Comunicaciones Mexicanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Budapest, 1978); José Luís Soberanes F. (coord.), México, D.F., UNAM, 1980, pp. 189-213; *idem*, "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio", en *Jurídica*, ADDUI 23 (1994), pp. 355-380.

Prueba de ello, desde 1985 este país ha estado llevando a cabo reformas legislativas, recientemente denominadas “reformas estructurales”, para globalizar el comercio exterior y la economía mexicana.

A tal efecto, de donde nace esta serie de reformas legales, es de la Ley sobre la Celebración de Tratados,<sup>879</sup> pues enfoca su finalidad al intercambio comercial con EUA y con la meta de lograra la celebración de un tratado de libre comercio con aquel país, el cual hoy es una realidad que se puede ampliar a la aplicación con otros Estados.

Precisamente, a partir de 1994 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>880</sup> formado por Canadá, EUA y México, en nuestra opinión, ha hecho desaparecer el fantasma de la teoría Calvo, porque ha permitido, principalmente, la fragmentación de los límites de la soberanía nacional de los países miembros a través de un sistema económico exclusivo Estado-nación, a un sistema regido por decisiones multilaterales de sus actores.

La manera de ilustrar dicha afirmación, se puede encontrar en el artículo 1110,<sup>881</sup> capítulo XI del TLCAN, donde existe la fórmula para

<sup>879</sup>Véase el artículo 8o. de la *Ley sobre la Celebración de Tratados* que menciona: “Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá: I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional; II.- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y III.- Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad”, Cfr. *Ley sobre la Celebración de Tratados* (DOF del 2 de enero de 1992).

<sup>880</sup>Véase R. Pérez Mirando, “El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la inversión extranjera. Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 18 (1994), pp. 427-459; L. Ortíz Ahlf, “Algunas reflexiones diez años después de la celebración del Tratado de Libre Comercio en América del Norte”, en *Jurídica*. ADDUI 34 (2004), pp. 15 y ss.; A. Gómez-Robledo Verduzco, “El Tratado de Libre Comercio a la luz del Derecho internacional”, en *Temas selectos de Derecho internacional*, 4a. ed., México, D.F., UNAM, 2003, pp. 117 y ss.; véanse además datos generales, estadísticas, etcétera, en línea (<http://www.nafta-sec-alena.org>).

<sup>881</sup>“Art. 1110, 1): Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6. 2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el

establecer indemnización en caso de expropiaciones extranjeras, así como la determinación de los mecanismos de soluciones de controversias entre los inversores particulares pertenecientes a ese tratado y los Estados miembros del TLCAN.

En términos generales,<sup>882</sup> estos mecanismos tienen la finalidad de asegurar la igualdad del inversionista, pues se utilizan únicamente cuando el inversionista extranjero ha probado ante el gobierno anfitrión que no ha cumplido con sus obligaciones relativas al tratado, por tanto, se podrá elegir entre las distintas opciones de arbitraje que se le otorgan.

Pero debemos advertir, que dicho tratado únicamente tendrá efectos para los países miembros, razón más que suficiente para que el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siga teniendo valor y se aplique a los nacionales de países que se encuentran fuera del marco del TLCAN.

Y también la Ley de Inversión Extranjera,<sup>883</sup> la cual dispone la aplicación estricta de la cláusula Calvo para los extranjeros que quisieran adquirir bienes, o constituir sociedades en México:

*Artículo 10. A) Los extranjeros que pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y*

---

valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado. 3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable. 4. En caso que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago. 5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago. 6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109. 7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, 'Propiedad intelectual'. 8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo". Véanse además los artículos 115-1139 en línea (<http://www.nafta-sec-alena.org>).

<sup>882</sup>Véase R. Pérez Miranda, *El Tratado de Libre Comercio para América del Norte...*, op. cit., pp. 436-440.

<sup>883</sup>Cfr. *Ley de Inversión Extranjera* (DOF del 4 de junio de 2001).

explotación de minas y aguas en el territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia.

*Artículo 15.:* Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades. Se deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 constitucional.

En suma, tal como lo menciona Manning,<sup>884</sup> toda esta materia sigue estando en completa evolución y por supuesto que no hacia las teorías de Calvo. Por ese motivo creemos que se aprecia un panorama donde los actores que la sostuvieron, han tenido que ignorar un pasado de principios que podía transgredir sus economías nacionales y por consiguiente, afectar los intereses que cada Estado debe proteger. Pues es una realidad que cada Estado tendrá siempre un interés que sobrepone al otro, máxime tratándose de intereses económicos y del desarrollo o bienestar de sus pueblos.

Además, consideramos que la teoría Calvo pudo llegar a tener valor de norma de Derecho internacional, si hubiera sido utilizada en beneficio del interés estatal por un mayor número de Estados en el mundo.

Pues según lo hemos visto a lo largo de este estudio, las normas supremas del Derecho interno que aún la contienen, en realidad quieren destacar con firmeza su ideal de independencia para defender el interés estatal, perspectiva que todavía es ignorada por las potencias extranjeras y por la mayoría de la doctrina.

Por ello, podemos considerar a esos artículos constitucionales como monumentos, en honor a un ideal que encontró grandes obstáculos en su tiempo y que en consecuencia no se pudo concretizar en tiempos actuales.

Los distintos avances en la política económica de las grandes naciones, las desigualdades económicas y monetarias entre los Estados, las necesidades básicas de la población, hasta el impacto económico negativo que trae el cambio climático en todo el mundo, esta cláusula

<sup>884</sup>Véase D. Manning-Cabrol, *The imminent death of the Calvo Clause...*, *op. cit.*, p. 1200.

o teoría no ha sobrevivido, ni lo hará, frente a los constantes cambios sociopolíticos y jurídicos que se viven en todo el planeta, especialmente y conforme a nuestros intereses, en América y en México.

## CONSIDERACIONES FINALES

I. La teoría o doctrina de Carlos Calvo, ha sido materializada mediante una cláusula. De ahí el nombre de cláusula Calvo, que no es diferente a la doctrina o teoría de Calvo, sino, únicamente es consecuencia de aquella doctrina internacional. Por ello que es correcto referirse a la misma cláusula Calvo, como la doctrina o teoría de Calvo.

II. Generalmente la teoría Calvo se encuentra respaldada en las constituciones de los Estados, principalmente en los países latinoamericanos. Pero nació como respuesta de los Estados de Latinoamérica hacia los países poderosos, en la época en que los Estados intervenían con el uso de la fuerza para el cobro de deudas, pero con la excusa de la protección de sus nacionales. Por ende, creemos que la doctrina de Carlos Calvo trató, principalmente, de establecer la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros en los Estados donde el extranjero pretendía beneficios que los nacionales no tenían.

III. Una de las facultades que gozan todos los Estados conforme al Derecho internacional, es reclamar los hechos internacionalmente ilícitos que se cometen contra sus nacionales, como por ejemplo, a través de la protección diplomática.

IV. Como ya se mencionó con anterioridad, la protección diplomática la ejerce discrecionalmente el Estado, independientemente de la aceptación o renuncia por parte de la persona (física o moral) que sea su nacional. En consecuencia, la cláusula o teoría Calvo, no forma parte de dicha institución, pues en realidad sólo es una teoría más del Derecho internacional, que se puede utilizar como un medio, disponible para los Estados, en defensa de sus intereses, o sea, como lo es también la protección diplomática.

V. Hoy en día los objetivos de igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros a los que se refirió Calvo, se logran ofreciendo un abanico de posibilidades para la solución de conflictos a los nacionales y extranjeros, sin tener que acudir en la mayoría de los casos, al ejercicio de la protección diplomática.

VI. Con base en la idea anterior, destaca la evolución que el Derecho internacional ha mostrado en estos últimos años, donde los Estados fuertes

tienen que respetar la igualdad soberana de los Estados de Latinoamérica y teniendo confianza en el sistema judicial de éstos. Como consecuencia, ya no se observan las actividades agresivas de protección que alguna vez caracterizaron las relaciones entre los países poderosos y América Latina.

VII. No obstante, eso no quiere decir que muchos países hayan dejado de ejercer su influencia, a favor de aquellos intereses que consideran importante impulsar. Sino que ahora, ese cobro de deudas y protección de los nacionales ya no se da tan fácilmente por medio de la fuerza, ni puede escurdarse legalmente en un supuesto ejercicio de protección diplomática.

VIII. En todo caso, los métodos empleados son mucho más sutiles y es claro que ya no se moviliza el aparato gubernamental de estos Estados por cualquier reclamación que uno de sus ciudadanos quiera presentar. Antes bien, generalmente se tiene cuidado de analizar si tal solicitud procede conforme a los actuales principios del Derecho internacional y al debido respeto de las leyes internas de los demás Estados, o dicho de otro modo, a los intereses de cada país.

IX. Para el caso de México, puede concluirse que los extranjeros que decidan ejercer alguna actividad económica dentro del país, tienen acceso al sistema de justicia que se encuentra abierto para los mexicanos. La restricción constitucional que se les impone de invocar la protección de su gobierno (protección diplomática), no tiene el propósito de despojarlos de una garantía o derecho consagrado en el Derecho internacional.

X. En nuestra opinión, se trata de evitar que ésta sea utilizada en detrimento del interés nacional por lo dispuesto en las leyes nacionales, e igualmente propicie que los extranjeros tengan una situación de privilegio frente a los mexicanos, como sucedió anteriormente. Creemos que esa sería la principal razón por la que el Estado mexicano usa dicha cláusula para la defensa de sus intereses.

XI. También tenemos que reconocer que como consecuencia de los diversos procesos de integración económica que vive actualmente la sociedad internacional, se ofrece la opción de acudir a mecanismos de solución de controversias internacionales, con el fin de garantizar la igualdad entre los nacionales y extranjeros. Por esa razón, es innecesario y obsoleto conservar en las diferentes constituciones y textos legales latinoamericanas, el contenido de la teoría Calvo expresada de diversas maneras. Por consecuencia, a nuestro parecer, su contenido en dichas normas supremas, se ha convertido en letra muerta.

XII. Por último, tenemos que advertir que a pesar de existir esos mecanismos para solucionar las controversias internacionales, no significa que el

debate relativo a la cláusula Calvo esté perdiendo fuerza o incluso que haya cesado del todo a nivel mundial.

XIII. Si bien es cierto, la doctrina jurídica internacional trata de ver a la cláusula Calvo como una reliquia de una época anterior de desigualdad en las relaciones internacionales, también lo es, que todavía en algunas de las posiciones de los gobiernos hispanoamericanos están aferrados a la cláusula por tratarse de una característica importante en el curso de su historia.

XIV. Aunque hemos de reconocer que esos Estados se olvidan de las causas por las que se llegó a la incorporación de la cláusula en los distintos sistemas legales de los Estados de América, los cuales en nuestra opinión, actualmente perjudican el interés estatal de unos Estados, pero benefician a los intereses de otros que la usan, aunque nadie asegura el tiempo que ésta vivirá.



## Conclusiones finales

PRIMERA: Después de haber desarrollado las tres partes anteriores en las que dividimos este libro, hemos llegado a una conclusión que ya se mencionó desde la parte introductoria. Para el Derecho, en concreto para el Derecho civil, lo referente a la persona y la personalidad, constituye una de las materias más difíciles para su estudio, en especial lo que se refiere a los atributos de la personalidad y su defensa.

La personalidad en sí, es una condición que tiene sus orígenes y fundamentos en el ordenamiento legal del Estado. Además, no cabe duda que es el medio por el que el Estado reconoce a la persona (física y jurídica) para que dentro de su territorio, inclusive fuera de él, garantice el reconocimiento y respeto de la persona y de sus atributos legales.

Consecuentemente, asumimos la posición de que en el ámbito interno, o bien, dentro del territorio estatal, el Estado es el único autorizado y que en realidad puede proteger a la persona y sus atributos. Y en el ámbito internacional o fuera del territorio de ese Estado, cuando se defiende a la persona y los atributos de la personalidad, en realidad se defienden los intereses estatales, pues el Derecho interno del Estado no logra cumplir absolutamente tal finalidad.

SEGUNDA: Desde la perspectiva del Derecho, uno de los atributos de la personalidad como lo es la nacionalidad de la persona, contiene diversos aspectos tanto internos como internacionales y públicos como privados. Entre ellos destacan los derivados del Derecho interno del Estado, pues es este el que permite otorgar la calidad de nacional y ciudadano a la persona.

No cabe duda que la nacionalidad es un atributo importante de la persona, pues por una parte, le otorga derechos y obligaciones en el Estado de origen y por la otra, permite a su Estado la protección de la persona en el exterior.

Por ello, no cabe duda que en el caso del Estado que desea o le convenga proteger a la persona que se encuentra en el extranjero, en términos jurídicos, lo que va a defender es la nacionalidad, pues es este un atributo legal ocasionado por la normativa de ese Estado.

TERCERA: Tal como sucede en otros Estados, en México se contempla el *Jus Soli* y *Jus Sanguinis* para el otorgamiento de la nacionalidad. Cuando una persona desea obtener la nacionalidad mexicana, hay que cubrir ciertos requisitos y realizar trámites ante las autoridades respectivas para obtener la nacionalidad mexicana por naturalización.

No obstante, a pesar de existir en México las suficientes normas que tratan de evitar conflictos por la doble nacionalidad de la persona, creemos que los problemas que se puedan presentar giran en torno a la lealtad que debe mostrar la persona hacia el Estado que le otorga otra nacionalidad, así como la supuesta renuncia de esa lealtad al Estado que le había otorgado la nacionalidad de origen.

Si bien creemos que debe reconsiderarse el trato igualitario que establece la ley para los mexicanos de nacimiento con doble nacionalidad, por el juramento de lealtad a otro Estado y la renuncia de lealtad al Estado mexicano, no podemos olvidar la problemática actual del país.

En el Estado mexicano se viven ciertas dificultades de naturaleza sociológica, política y económica, las cuales, son el umbral para que el mexicano(a) adquiera otra nacionalidad, principalmente la nacionalidad estadounidense.

Para esos casos, cuando esas personas de nacionalidad mexicana representen al ejército de EUA en guerras contra otros Estados, creemos que deben ser tratados por las autoridades mexicanas como nacionales de ese país, ya que debe de prevalecer el interés de México y sus nacionales sobre los intereses que puedan tener los mexicanos con doble nacionalidad.

CUARTA: La mayor parte de la doctrina apunta a sugerir que la protección diplomática es un medio plasmado en el Derecho internacional,

de uso exclusivo del Estado, para asegurar la aplicación de las normas internacionales. Pero nosotros añadimos, inclusive proponemos, es un medio para exigir la responsabilidad internacional en defensa de los intereses estatales, la cual, en muchos casos sirve para la protección de la persona en el extranjero.

Para poder entender mejor lo anterior, nos remitimos a indicar que de acuerdo con las normas internacionales que regulan el trato a los extranjeros en el Derecho internacional, el Estado procura que a sus nacionales o súbditos cuando se encuentran en territorio extranjero, se le respeten sus derechos.

Es decir, un extranjero no debe ser objeto por parte del Estado de acogida de violaciones al Derecho internacional, porque se supone que el Estado, no debe cometer a los extranjeros transgresiones al Derecho internacional, y salvaguardar la seguridad jurídica de los súbditos del Estado y de sus bienes, situación que en realidad, no siempre se cumple.

A razón de lo anterior, es necesario resaltar que el daño causado al extranjero mediante un hecho internacionalmente ilícito (cuando a un extranjero le son lesionados sus derechos por los agentes del gobierno, o por los tribunales e instituciones de un Estado), genera la responsabilidad internacional del Estado.

Sobre tal punto, debemos aclarar que en el ordenamiento internacional, el comportamiento del individuo no se tiene en cuenta para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado, puesto que de hacerlo, se puede hacer valer la culpa de la víctima como circunstancia atenuante y como circunstancia que exime la responsabilidad Estatal, tal como ha sido postulado en la no aceptada teoría de las *manos limpias o clean hands*.

Entonces, retomando la idea anterior, en la práctica sucede que cuando el individuo sufre de dicha afectación, no tiene posibilidad de internacionalizar la controversia, o sea, ponerla fuera del ámbito del Derecho interno del Estado agresor. Ello porque el afectado (individuo) no es considerado como sujeto para el Derecho internacional.

Posteriormente, el Estado origen, es decir, con el que tiene el vínculo de nacionalidad, podrá o no hacer suya la reclamación, pero siempre

y cuando el individuo haya agotado previamente los recursos internos que le proporciona el Estado agresor.

En otras palabras, el endoso de la reclamación es lo que permite al Estado (origen) reivindicar el respeto de un derecho que le corresponde. Por ende, únicamente el Estado demandante es el que puede reclamar la reparación de la responsabilidad del Estado, como una forma de hacer valer la defensa de sus propios intereses, mediante el uso de la protección diplomática.

Ante tal supuesto, encontramos dos causas: En primer lugar, porque cada Estado puede hacer uso de medios lícitos y reconocidos en el Derecho internacional, inclusive local, al momento que lo requiera y que más se adapten a los intereses y necesidades del Estado. Aunque debemos advertir, que no siempre tales intereses de los Estados son similares, razón por la cual, el Estado puede usar medios distintos en comparación con otros Estados, tal como sucede con la teoría Calvo.

En otras palabras, sería imposible omitir que cada Estado siempre tendrá un interés propio y distinto al del resto de los Estados, consecuentemente en algunos casos se contraponen el interés estatal con el del otro Estado, siendo en ese momento cuando este último elige si le conviene usar o no dicho medio, como por ejemplo la protección diplomática, para defender el interés estatal.

En segundo lugar, porque el Estado antes de llevar el asunto ante la CIJ, tendrá que agotar todos los medios político-diplomáticos a través de los representantes estatales para evitar acudir a una Corte o Tribunal internacional a defender sus intereses, según lo demuestra la práctica existente.

En consecuencia, la institución de la protección diplomática se usa inexcusablemente como un medio para reclamar la responsabilidad internacional en defensa de los intereses que ostente cada Estado, los cuales reiteramos, siempre varían de uno a otro.

QUINTA: Innegablemente que la protección diplomática procede de normas consuetudinarias que han ido evolucionando. Sobre el origen de estas normas consuetudinarias, hay oportunidad de afirmar que existieron ocasiones en que estas eran utilizadas siempre en beneficio de intereses estatales poderosos, donde esto no beneficiaba a todos los Estados.

Principalmente esto sucedía en épocas anteriores, donde los diplomáticos extranjeros sin sujetarse a los acuerdos y tratados convenidos por los Estados, solían extender su protección sin limitación alguna al mayor número de personas posibles, conscientes que así reforzarían la posición imperialista de su gobierno en el país donde se encontraban (como ejemplo, indicamos el asunto Salomón Cohen).

Dichos actos señalados anteriormente, eran cometidos por los representantes de las potencias occidentales, sobre los países que habían logrado mantener una independencia, más o menos real, en plena era colonialista.

Además, en esos países subdesarrollados no se contaba con plenas condiciones para garantizar en su territorio la seguridad jurídica de las personas extranjeras y sus bienes.

Inclusive, cabría destacar que en algunos casos, las acciones por medios no reconocidos en el Derecho internacional, como el uso de la fuerza para resolver una controversia entre Estados, son una figura que llegó a cristalizarse en detrimento, tanto de las atribuciones soberanas del país donde se aplican, como de la paz y la igualdad en las relaciones internacionales.

Por tal motivo, cabe subrayar que tanto la costumbre de los Estados como el ejercicio del derecho a la protección diplomática han tenido una gran evolución, sobre todo, en lo respectivo al campo de aplicación de este derecho y el modo de ejercerlo. Inclusive, parte de esa evolución es que hoy se ejerce como un medio, lícito y aceptado por el Derecho internacional para reclamar la responsabilidad internacional en la defensa del interés estatal. No obstante, debemos advertir que tal característica dependerá siempre de la voluntad política de cada Estado y por supuesto de los intereses que se encuentren en cada caso y posea cada país.

SIXTA: Como el análisis propuesto nos conduce a proponer que los derechos o los intereses que se buscan defender con el ejercicio de la protección diplomática, serán siempre los del Estado, considero que la determinación de tal supuesto nos lleva al Derecho interno del Estado. En ese ámbito, el Estado puede quedar obligado o no, a iniciar la protección diplomática a favor de un nacional suyo.

Recordemos que dentro de la definición clásica de protección diplomática, está la posibilidad de asumir la causa de un nacional. Es decir, es parte del poder discrecional con el que cuenta el Estado. Al respecto debemos aclarar que, no por estar contenida en la legislación interna, la decisión final del Estado deja de ser discrecional.

Por ende, entendemos que una característica esencial de esa figura es, que toma en cuenta puntos de vista basados en las relaciones de Derecho internacional y del Derecho interno, pero en la mayoría de los casos, serán simples consideraciones políticas.

Quizá con ello podremos entender mejor por qué cuando existe una controversia en el plano internacional, la protección diplomática pone en escena al Estado y oculta la reclamación original del particular, la cual se justifica en el perjuicio inmediato sufrido por el Estado (su territorio, sus agentes, etcétera.) y pone en juego el daño que sufre uno de sus nacionales en territorio extranjero.

No obstante, a pesar de todos estos supuestos, no debemos olvidar que el Estado es libre para conceder o negar la protección, porque el Derecho internacional aún no impone tal obligación. Inclusive recordemos que, si ésta es puesta en marcha, el Estado siempre podrá abandonar la pretensión sin necesidad de consulta o autorización del perjudicado.

Ahora bien, en caso que el Estado decida ejercer su protección, no debemos olvidar que existe la posibilidad de no ser aplicada en un sentido estricto. Es decir, que si la protección diplomática se aplica *lato sensu*, cuando el Estado de la nacionalidad del individuo decide presentar una reclamación, éste puede elegir el medio de solución de la controversia con el Estado y en su caso, aceptando el pago de una suma de dinero a título de reparación por el daño causado del Estado que causó al nacional, con el objeto de finiquitar pacíficamente y sin mayores problemas la controversia. En mi opinión, dicha situación en muchos casos es la más conveniente.

Pero con lo anterior, quizá sólo llegamos al supuesto de que el Estado siempre será libre para conceder o negar a los particulares el beneficio de la indemnización percibida. Esto se debe a que por más que en algunos textos constitucionales se enuncie una obligación

estatal de otorgar el derecho a la protección diplomática, en realidad, la obligación del gobierno que debe al ciudadano en estos casos, será siempre política y no jurídica, tal como lo deducimos de la práctica que existe en este tema.

SÉPTIMA: Como lo hemos venido afirmando, la columna medular de los supuestos anteriores, o mejor dicho, el ejercicio de cualquier tipo de protección del interés estatal, implica en la mayoría de los casos que los nacionales a los que represente el Estado, o algún otro interés estatal detrás del daño al nacional (económicos, políticos, etcétera) hayan sido dañados mediante un hecho internacionalmente ilícito.

De este modo llegamos a referirnos a la protección y asistencia consular, incluidos los casos en que se haya recurrido a medios distintos de los oficialmente consulares (por ejemplo negociaciones por los agentes de gobierno, jefes de Estado y/o gobierno) para lograr el cumplimiento de la defensa del interés y la responsabilidad estatal.

En ese sentido, en la práctica cotidiana es muy usual que las medidas diplomáticas, así como las gestiones y acciones de igual naturaleza que comprenden la protección de los nacionales en el Estado extranjero, se combinen y confundan con la asistencia y acciones de naturaleza consular.

La razón es porque tanto la protección y asistencia consular, como la protección diplomática, son actividades que desarrolla el Estado conforme al Derecho internacional y en defensa de sus nacionales. Y como la reclamación es exclusivamente de Estado a Estado, siempre se pretende proteger los intereses del propio Estado (que incluye a sus nacionales) dentro de lo permitido en el ordenamiento internacional.

Aunque debemos advertir, que al momento de poner en práctica todos estos conceptos y nos referimos a la protección diplomática en un sentido amplio, generalmente éste término se utiliza como planteamiento general, donde erróneamente el término utilizado abarca la cuestión de la protección de los ciudadanos en el extranjero.

Sin embargo, a lo que queremos llegar es a proponer que una conexión práctica entre ambas instituciones internacionales sería muy beneficiosa para la protección de los derechos del nacional, debido a que el resultado sería reducir de un modo significativo el alto grado de

politización que tiene el ejercicio de la protección diplomática desde sus orígenes.

OCTAVA: En cuanto al tema de la nacionalidad desde el punto de vista internacional, nos interesa destacar que la nacionalidad además de ser un derecho para el individuo, es uno de los dos requisitos exigidos para que el Estado ejerza la protección diplomática.

La correcta nacionalidad del individuo, así como el nexo autentico (vínculo genuino) con el Estado, da el derecho al Estado para ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que es nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. De ello surge la importancia de tener una nacionalidad válida.

En la práctica, existen formas de comprobar que existe una correcta nacionalidad del individuo, mediante la existencia de un vínculo efectivo con el Estado.

Ello significa que el vínculo genuino (efectivo) con el Estado de la nacionalidad, es reconocido por el Derecho internacional como resultado de la obtención de una nacionalidad válida. Aunque no debemos olvidar que como es frecuente por la práctica de la mayoría de los Estados, existen distintos modos de adquirir la nacionalidad a fin de obtener un vínculo genuino con el Estado.

Por tal motivo, considero que es la razón principal por la que el Derecho internacional y los principios generales del Derecho, imponen límites al otorgamiento de la nacionalidad para poder determinar cuáles son los vínculos genuinos entre el Estado y la persona.

Ello con la única finalidad de evitar que el Estado abuse de su derecho a otorgar una nacionalidad con el fin de obtener el beneficio de poder reclamar a otro Estado el daño causado a un nacional.

NOVENA: En relación con el punto anterior, llegamos a determinar que únicamente los países más poderosos son los que tienen mayor probabilidad de llevar a cabo una reclamación de protección diplomática.

Esto es porque a causa del mundo globalizado en el que vivimos, muchas personas cambian de residencia a países de mayor desarrollo y consecuentemente, esas personas obtienen una nacionalidad distinta a su nacionalidad original.

Por tal motivo, debemos advertir que si para las exigencias del mundo de hoy en día, los Estados no demuestran mucha cautela en sus leyes para el tema del otorgamiento de la nacionalidad (por ejemplo, exigen periodos prolongados de residencia antes que pueda considerarse la naturalización), pudieran encontrar algunas dificultades al momento que quieran hacer uso de un medio para la defensa de sus intereses, como lo es la protección diplomática.

Pese a ello, no hay que olvidar que en ciertos casos el cumplir con el requisito de mantener una nacionalidad continua (*dies ad quem*), puede llegar a perjudicar injustamente al individuo perjudicado, sobre todo cuando éste ha sufrido de buena fe un cambio de nacionalidad y ese cambio no se hizo con intenciones de obtener la de un nuevo Estado para que pudiera presentar una reclamación internacional.

Por tal motivo, apoyamos la teoría de la flexibilidad en la aplicación de la regla de la continuidad. Creemos que ésta es importante para el carácter protector del Estado cuando decide ejercer la protección diplomática y además, consecuentemente llega a beneficiar al individuo y al propio Estado.

DÉCIMA: En el caso de la ciudadanía europea, cabe destacar que el derecho del que gozan todos los ciudadanos europeos, únicamente se limita a la protección diplomática en sentido amplio, es decir, protección y asistencia consular.

En otras palabras, hasta el presente día los ciudadanos europeos no podrán beneficiarse de la protección diplomática por la Unión Europea, en sentido estricto y quizá nunca lo harán, salvo que existan acuerdos de la Unión con el resto de bloques globales.

Las causas son las siguientes: Primero, la nacionalidad, no la ciudadanía, es lo que da el derecho al Estado de nacionalidad para poder ejercer la protección diplomática, en sentido estricto y el vínculo auténtico sólo será con el Estado que le otorgó su nacionalidad.

Segundo, la Unión Europea, hasta el día de hoy, no tiene personalidad jurídica internacional, por tanto, no puede ejercer un derecho que le pertenece exclusivamente al Estado.

No obstante, aunque podemos imaginar que en el hipotético caso que la UE pudiese ejercer la protección diplomática, en sentido estricto-

to, beneficiaría a millones de personas, en realidad, pudiera afectar a los intereses del Estado miembro europeo, pues éste cedería un derecho internacional que puede usar para reclamar la responsabilidad internacional en defensa de sus intereses.

DECIMOPRIMERA: Existen casos especiales dentro de la norma que regula la protección diplomática actualmente, que consagran el ejercicio de la protección diplomática a favor de personas que no tengan una nacionalidad efectiva, como lo son el caso de los apátridas y refugiados.

Es preciso aclarar que anteriormente las personas que ostentaban estas calidades, sólo podían recibir protección de parte de algunas organizaciones internacionales, debido a que la costumbre sobre este tema se refería a ejercer la protección diplomática únicamente para los nacionales de los Estados.

Pero en la actualidad, los trabajos de la CDI se inclinaron por favorecer la posibilidad del Estado para ejercer la protección a favor de dicha categorías de personas.

No obstante, se les exigen que cumplan ciertos requisitos, es decir, que cumplan con el requisito de la residencia legal e ininterrumpida y durante un periodo considerable en el Estado que ejerce la protección.

Por tal motivo, se considera que la residencia es un aspecto por demás importante para obtener el vínculo genuino con el Estado, este último, necesario y exigido para comprobar la nacionalidad y poder ejercer la protección diplomática.

Aunque lo anterior es simple teoría, pues en la práctica de los Estados hasta la actualidad no existen casos en los que un Estado haya decidido ejercer protección diplomática a favor de un individuo que tenga la condición de apátrida y/o refugiado. Es decir, no hay casos que demuestren que con ello se fortalece a la institución de la protección diplomática, aunque sin lugar a duda, sí beneficia a los individuos que ostenten esa calidad jurídica, siempre que el Estado cumpla con los requisitos necesarios.

DECIMOSEGUNDA: En la actualidad, un Estado puede proteger a los individuos o tripulantes de un buque o aeronave y al mismo buque. Cuando el Estado realiza esa acción, será considerado como ejercicio de la protección diplomática *stricto sensu*.

En ese tema, es decir, lo relacionado con la nacionalidad del buque y su tripulación para determinar a qué Estado le pertenece el derecho de protección, se pueden presentar dos problemas.

El primer problema aparece cuando el Estado del pabellón del buque es distinto al Estado de nacionalidad de la tripulación al momento de sufrir un hecho internacionalmente ilícito, que es ocasionado por un tercer Estado.

En ese caso, podemos identificar la siguiente solución. Consiste en determinar y comprobar la nacionalidad del buque, pues ello no representa mayor problema para el Estado del pabellón que la otorga.

En otras palabras, para adquirir la nacionalidad el buque (Estado de la nacionalidad), así como el vínculo genuino con el Estado del pabellón, éste deberá primero cumplir con los requisitos internos impuestos por el Estado del pabellón para obtener consecuentemente el registro del buque y posteriormente, utilizar la bandera del Estado al que pertenece. Dicha exigencia es de carácter internacional.

El segundo problema aparece cuando la tripulación no es de igual nacionalidad que la del buque. En tal caso se presentan tres opiniones distintas, pero debemos aclarar que durante el desarrollo del presente estudio nos inclinamos por favorecer la tercera opinión.

Para esa tercera opinión o postura que se adopta, aunque advertimos que en un inicio no llegó a ser aplicada *stricto sensu* en controversias de países con actividad marítima, se usó para los casos en que un buque transporta tripulación que no es del Estado de la nacionalidad del buque (Estado del pabellón) y resultaban lesionados sus derechos por parte de un tercer Estado.

La solución empleada es que el Estado de pabellón del buque, o bien, el Estado de la nacionalidad de la tripulación, puedan ejercer la protección diplomática. La finalidad es evitar la multiplicidad de reclamaciones contra un solo Estado y por el mismo hecho internacionalmente ilícito.

Esta postura en realidad sólo favorece a unos cuantos Estados, y se debe a la escasa práctica que apoya tal principio, la cual se puede encontrar en países con la mayor actividad marítima en el mundo (principalmente de EUA), donde desde hace años las normas de aquel

país, protegen a los marinos extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses, actividad que finalmente sirvió de respaldo para hacer válida dicha teoría.

DECIMOTERCERA: En cuanto a las personas jurídicas o morales, inicialmente tenemos que recalcar que al igual que las personas físicas, cuando éstas son víctimas de una violación del Derecho internacional, necesitan de la consecuente reclamación y protección por parte del Estado de su nacionalidad.

A las sociedades o empresas, también le es necesario contar con un vínculo continuo de la nacionalidad entre el Estado y la sociedad para que el Estado que ostente dicha nacionalidad pueda ejercer el derecho de protección diplomática.

Esta exigencia de la norma internacional, es porque en la actualidad algunos Estados ejercen presión política sobre los inversores extranjeros para que constituyan la sociedad en el Estado que realizan actividades empresariales.

En algunos casos, incluso, la legislación del Estado les exige la constitución de la sociedad como requisito para realizar actividades empresariales en él. Principalmente sucede en países hispanoamericanos, como por ejemplo México, donde la ley suprema y leyes secundarias de ese país, orillan a que se cumpla tal requisito a todas las empresas de capital extranjero.

Aunque advertimos, esta situación traerá una inevitable confrontación entre el Estado de la nacionalidad de los accionistas y el Estado de la nacionalidad de la sociedad, debido a que no se reconoce la existencia de un derecho subsidiario para proteger a los accionistas.

La solución adoptada es respetar el derecho del Estado que decida ejercer la protección de la sociedad y poner como opción en segundo término, el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas. La finalidad propuesta, es para que no se produzca perjuicio alguno al cumplimiento del requisito de la continuidad de la nacionalidad del Estado donde fue constituida la sociedad.

Todo ello porque no podemos pasar por alto que, en la actualidad, es común que las grandes sociedades tengan variedad de nacionalidades dentro del grupo que conforman a los accionistas de la empresa.

Es decir, es más común que la sociedad inversora que llega a un país, generalmente países en desarrollo, quede conformada por un sinnúmero de personas de diferente nacionalidad y por consiguiente, que cada Estado de nacionalidad del socioaccionista pretenda ejercer la protección de sus intereses.

No obstante, reiteramos que tal supuesto no debería de suceder en la actualidad, porque se pudieran solucionar los conflictos de las sociedades y Estados de diferente forma.

Es decir, mediante el ejercicio preliminar que existe a la protección diplomática (medios político-diplomáticos), aunque éstos nunca lleguen a ser considerados como protección diplomática, en sentido estricto.

DECIMOCUARTA: En lo referente al segundo y último requisito exigido para el ejercicio de la protección diplomática, o sea, el cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos en el Estado que causó el daño, debemos hacer la siguiente advertencia: No se puede omitir la obligación de cumplir con el requisito de agotar los recursos internos, tanto las personas físicas, como las personas jurídicas o morales, antes que pueda prosperar una reclamación internacional, aunque esto no siempre se lleve a la práctica.

La mayoría de los autores que se han pronunciado sobre esta norma, apoyan el principio que se deben de agotar todos los recursos legales existentes en el Estado.

Pero es necesario conocer cuáles son las vías de recursos que deben ser agotadas, antes que la reclamación pueda ser conducida al plano internacional, debido a que el criterio esencial para la determinación de los recursos que han de haberse agotado, es el de la eficacia y suficiencia de cada recurso para obtener una reparación adecuada.

La razón se debe a que la principal fórmula de la regla, incluye no sólo el sometimiento de la queja ante los tribunales ordinarios, sino también a todas las autoridades locales que tengan los medios de proporcionar una reparación efectiva, adecuada y aceptable.

DECIMOQUINTA: Si afirmamos que la regla se presenta, inicialmente, como una obligación a cargo del individuo de dirigirse previamente a los tribunales nacionales del Estado que le ocasionó el daño, entonces estamos planteando que la regla funciona como un requisito previo,

que da origen a la responsabilidad internacional del Estado, por daños causados a los extranjeros.

En otras palabras, para el correcto funcionamiento de la regla los recursos internos deben de agotarse para que pueda ser posible contener una violación de Derecho internacional, debido a que el hecho internacionalmente ilícito, no existirá como consecuencia de una decisión definitiva que es imputable a los órganos del Estado.

Entonces, cuando se trata de una violación de Derecho internacional, la responsabilidad del Estado vendría a originarse aun antes que se intenten agotar los recursos ante los tribunales internos. Igualmente debería decirse para el caso en el que la violación consista en una denegación de justicia. Aunque en mi opinión, con ello se intenta delimitar con claridad, el derecho a la reparación del daño, el cual se origina análogamente con el hecho ilícito y con el derecho a la acción internacional.

Por consiguiente, ese derecho queda subordinado a la regla del agotamiento de los recursos internos, aunque esa circunstancia no favorezca a otros medios para solucionar los conflictos que pudieran emplear los Estados. Bajo la completa aceptación de esta postura, nos puede parecer como si el juez nacional, siempre y cuando conozca de controversias por daños causados a extranjeros, ejerciera una cierta función equiparable a la de un juez internacional, aunque esto en realidad no es así.

DECIMOSEXTA: Hasta la actualidad, mientras exista la norma relativa al agotamiento de los recursos internos, la cuestión de su carácter conceptual seguirá siendo objeto de polémica. Lo anterior por el hecho de si la norma forma parte del Derecho procesal, o si se aplica como parte del Derecho sustantivo.

Creemos que la regla del agotamiento de los recursos internos es una condición de naturaleza cien por ciento procesal que se le impone al individuo. Pero para cumplir esta condición, es necesario que exista en el Estado demandado una situación judicial adecuada, con el fin de que pueda ser posible el agotamiento de los recursos que existen en su ordenamiento.

En la práctica de los Estados, el carácter de la norma de los recursos internos se localiza en los argumentos presentados por los Estados

dentro de las actuaciones judiciales ante los tribunales internacionales. Aunque debemos advertir que dentro de la práctica encontramos que las decisiones judiciales no nos ofrecen una respuesta clara a la cuestión que se examina.

En algunos asuntos de la práctica internacional, se ha tratado a la norma de los recursos internos como objeción preliminar del asunto, condicionando a la responsabilidad internacional del Estado, lo cual, nos demuestra un cierto grado de apoyo a la posición procesal.

DECIMOSÉPTIMA: Debido al largo camino histórico de reclamaciones que afrontó México en épocas pasadas, se benefició de gran experiencia para defender sus propios intereses, tal como lo hicieron otros países contra el Estado mexicano.

En la actualidad, definitivamente que ese interés estatal mexicano está ligado íntimamente a defender a sus nacionales que se encuentran en EUA (como prueban las normas internas secundarias de reciente creación). La razón es porque los mexicanos que viven y trabajan en aquel país, legales e ilegales, representan una fuente de ingresos muy importante para México.

Es decir, cuando el Estado mexicano utilizó a la protección diplomática para reclamar la responsabilidad internacional a EUA, no fue con la finalidad de defender a sus nacionales y que el derecho del Estado en la figura de sus nacionales, sea respetado. sino que en realidad, lo hizo en defensa del interés estatal mexicano, por las remesas económicas que se envían para México. Además, asegurar a otros mexicanos que quieran ir a trabajar a EUA, que las autoridades estadounidenses les respetará sus derechos y así el Estado no pierda o disminuya los ingresos económicos que generan las remesas al país.

En suma, consideramos que lo anterior nos demuestra el centro medular del presente libro. Es decir, que la protección diplomática es un medio más que se puede emplear para salvaguardar el interés estatal, obviamente, siempre que el uso de dicha institución para reclamar la responsabilidad internacional le convenga al Estado, como un medio para defender sus intereses estatales.

DECIMOCTAVA: Al hacer una comparación de los tres casos que se han llevado a la CIJ por violaciones a la Convención de Viena so-

bre Relaciones Consulares (*Bread, LaGrand y Avena*), encontramos diversos puntos en común. Es decir, similares hechos, igual Estado responsable y muy parecidos los argumentos invocados por una de las partes.

Pero en realidad, lo más destacable del asunto *Avena*, es la actuación de la CIJ por dos motivos. El primero de ellos, que quizá no benefició a EUA fue cuando se emitieron las Medidas Provisionales. Con ellas, se abrió la posibilidad de preservar con vida a los mexicanos que pudieron ser ejecutados en EUA, como el caso de César Fierro, Roberto Moreno Ramos y Osvaldo Torres. Además, ese mismo argumento puede ser utilizado para asuntos relacionados con el tema en un futuro, contra EUA o bien, contra otro Estado que actué de la misma forma que los órganos estadounidenses.

El segundo y más importante, se resuelve un intenso debate doctrinal, el cual, no hubo oportunidad de ser resuelto en el asunto *Bread y LaGrand*, sobre la naturaleza de las medidas provisionales de la CIJ en asuntos de este tipo.

DECIMONOVENA: En el fallo que emitió la CIJ en el asunto *Avena*, encontramos aportaciones que solucionan algunas lagunas para el ejercicio futuro de la protección diplomática. Estas son las siguientes:

a) En términos generales, en lo referente a las excepciones que se pueden hacer valer en materia de competencia y admisibilidad, durante el proceso internacional de protección diplomática, llama la atención lo siguiente:

Que EUA hizo valer que México no podía ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales, en tanto que dichos individuos no hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna, incluyendo el controvertido mecanismo estadounidense llamado *clemency process*.

En el razonamiento de la Corte sobre ese punto, se demuestra que la regla del agotamiento de los recursos internos admite excepciones. Es decir, porque en la actuación de la Corte se abstiene de decidir sobre la procedencia del fundamento de la admisibilidad basada en el ejercicio de la protección diplomática. Creemos que quizá, para no tener que hacer una valoración sobre la efectividad de los recursos jurisdiccionales en EUA y no tener mayores problemas con aquel país.

b) Durante la actuación de la CIJ, analiza dos expresiones usadas para comprender las violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

La primera de ellas, el sentido de la expresión *without delay* (sin dilación), contenida en el inciso b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que nunca había sido analizado en casos de esta índole.

La segunda de las expresiones, la regla del *procedural default*, contenida en el sistema judicial de EUA. Ésta se refiere a que antes que se pueda presentar una moción del *habeas corpus* ante los Tribunales federales estadounidenses, se tienen primero que agotar los recursos ante los Tribunales locales o estatales.

Pero lo más importante, la Corte liga la aplicación de la regla del *procedural default*, con las violaciones al artículo 36, párrafo 2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, por las actuaciones de las autoridades estadounidenses. En definitiva, con las anteriores determinaciones se aclaran las distintas interpretaciones que se pudieran dar en un futuro sobre tales términos en la práctica internacional y corrigen los vicios que pudieran presentarse en el futuro.

c) Por último, cuando la CIJ analiza la cuestión de la reparación del daño, logra identificar los elementos constitutivos de la reparación en forma adecuada. Es decir, un Estado obtiene la posibilidad de hacer valer en un futuro contra otro Estado, las violaciones del artículo 36 de la convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Además, exigirle volver las cosas al *statu quo ante* (estado anterior al daño), si así resulta del veredicto de culpabilidad y de la pena impuesta del Estado que causó el daño. Por tal motivo, con ello se beneficiaron los individuos mexicanos: Osvaldo Torres Aguilera y Rafael Camargo Ojeda y pueden ser beneficiados muchos mexicanos más.

VIGÉSIMA: Aunque tenemos que criticar que la actuación de la CIJ, pues ésta no quiso llegar más allá de sus límites. Creemos que quiso evitar darle un efecto posterior a la sentencia, o sea, a favor de los nacionales de terceros Estados que en ese momento se encontraban en una situación similar a la de los mexicanos en Estados Unidos.

Pero hay que reconocer, que con esa sentencia se beneficia a todos los Estados con vistas a facilitar la ejecución del sistema de protección

consular, que se consagra en la convención de Viena. Consecuentemente, esperamos que con tal asunto, se cierre la trilogía de este tipo de contenciosos internacionales. Aunque en caso contrario, ya existen más herramientas jurídicas para realizar la defensa de los intereses estatales, mediante el ejercicio de la protección diplomática.

VIGESIMOPRIMERA: Finalmente y con base en la actuación del Estado mexicano, llegamos rotundamente a la conclusión que la protección diplomática, es un medio más que existe en el Derecho internacional para reclamar la responsabilidad internacional en defensa del interés estatal que más le convenga al Estado, pero que existen otros que se adecuan a las necesidades del Estado.

Aunque debemos reconocer que para su empleo dependerá en gran medida del interés o las necesidades que tenga que defender el Estado, las circunstancias del caso, el país contra el que se pretenda ejercer ese derecho, las consecuencias de diversa naturaleza posterior y los beneficios que traerá el utilizar o no, un derecho reconocido por el ordenamiento internacional.

Por tal motivo, creemos que el caso del Estado mexicano, puede ser considerado como ejemplo para otros países, no sólo hispanoamericanos, en la defensa y protección de sus derechos e interés estatales, utilizando los distintos derechos o teorías que pueden ser empleados para beneficio estatal.

VIGESIMOSEGUNDA: Cuando entramos en el estudio de la teoría Calvo, nos encontramos con que la mayor parte de dicha teoría, doctrina o cláusula Calvo, liga o encuentra un nexo con el ejercicio de la protección diplomática.

No obstante, debemos recalcar dos puntos esenciales: A) Primero, la teoría Calvo fue excluida de la doctrina que regula la protección diplomática, cuando la CDI se pronunció al respecto. Ese organismo ha indicado y comprobado que dicha doctrina no es parte, ni tampoco requisito, para que el Estado pueda ejercer o no la protección diplomática. Al respecto percibimos que dicha postura emitida por la CDI, puede tomarse a como una victoria para aquellos países que tanto han defendido sus intereses mediante la utilización de esta teoría, incluso, es la solución para su correcta interpretación.

La principal razón de ese criterio, se debe a que el derecho de ejercer la protección diplomática es única y exclusivamente del Estado, de nadie más. Por tanto, no se podrá ceder al individuo un derecho que por norma le pertenece a su Estado para protección del interés estatal.

Incluso, en el supuesto de que el individuo renunciase a invocar la protección de su Estado (una de las finalidades de tal teoría), su gobierno puede iniciar las acciones correspondientes que se necesitan para ejercer la protección, es decir, demostrando los dos únicos requisitos que se exigen para ello, como el vínculo de nacionalidad y el agotamiento de los recursos internos por el particular.

B) La segunda es complementaria de la anterior. Nos referimos a que la teoría Calvo, materializada la mayoría de las veces en una cláusula contractual, otras veces en normativa interna, o incluso internacional, difícilmente puede llegar a ser aceptada universalmente, es decir, como una teoría reconocida y practicada por toda la sociedad internacional.

No obstante, ello no significa que ésta no pueda ser reconocida y aceptada como una práctica consuetudinaria hispanoamericana, que trata únicamente de proteger el interés de los Estados, ni tampoco, excluye el derecho de otros Estados de poder utilizarla para beneficio y protección del interés estatal.

La razón de ello es porque, si la protección diplomática se formó de normas consuetudinarias (práctica estatal), hoy generalmente admitidas, como un medio para reclamar la responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito causado a su nacional, entonces la teoría y la práctica consuetudinaria de la teoría Calvo, también puede ser usada en beneficio y defensa de los distintos intereses que tiene cada Estado, independientemente si están o no de acuerdo otros países en usarla para la defensa de sus intereses. Eso quizá, sea el único nexo que se pueda encontrar entre la protección diplomática y la teoría Calvo.

VIGESIMOTERCERA: En el caso mexicano, encontramos que este Estado ha sido de los más fieles seguidores de la teoría Calvo. En México, dicha teoría se usa para proteger no sólo el territorio y la soberanía nacional, sino además, la preferencia que exigían los extranjeros frente

a los mexicanos, evitándose que el extranjero pretenda abusar de la ventaja de proceder de un Estado poderoso al tratar con mexicanos.

Esto es porque el país ya tiene experiencia en tal tipo de situaciones, e intenta prevenir que se repitan similares escenarios a los que ocurrían anteriormente.

Pero principalmente debemos reconocer que la inserción de esta teoría en textos legales mexicanos, en nuestra opinión, resultó favorable por tres principales motivos.

El primero de ellos es la facultad legal que tiene el gobierno mexicano para poder disuadir al extranjero, sobre todo porque los inversionistas foráneos o extranjeros que la admitían por convenio solemne, optaron por acatar los términos de la cláusula Calvo y lo siguen haciendo en la actualidad.

En segundo, al difundirse a nivel internacional la obligación de aceptar la teoría y/o cláusula para poder realizar cualquier tipo de transacción en México, el extranjero se acostumbró desde entonces a las limitaciones de ese tipo, pues de no hacerlo, perderían los bienes que hubieran adquirido en beneficio del país.

Por último, se expandió la facultad del gobierno local para regular las actividades que pudieran surgir entre la empresa extranjera y las autoridades locales.

Es decir, la inserción en la normativa constitucional de la teoría Calvo, abrió el camino para que las autoridades mexicanas pudieran legislar sobre la base de la misma en las legislaciones que van de acuerdo con la materia.

Efectivamente, lo anterior demuestra que un Estado como México, utiliza una teoría que convierte en práctica consuetudinaria (al igual que la protección diplomática), como un medio para proteger su propio interés estatal, aunque sobre el uso de ella no estén de acuerdo el resto de Estados de la comunidad internacional.

VIGESIMOCUARTA: Finalmente, debemos admitir que en la actualidad es cierto que el empleo de la teoría Calvo ha ido perdiendo fuerza en la posición de los gobiernos hispanoamericanos.

Al respecto, debemos señalar que dicho cambio se da principalmente a mediados de la década de los ochenta, periodo en el que se ini-

cian grandes reformas económicas a nivel internacional, junto con una liberalización del proceso del comercio exterior en América Latina.

Esa liberalización en los procesos del comercio exterior, motivados por la idea de la globalización, incluye el régimen de las inversiones extranjeras en países en vías de desarrollo, a través de la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital, incluyendo en muchos casos nuevas formas de soluciones pacíficas de controversias para los Estados y organizaciones internacionales para regularlos.

Creemos que ello se debe a que los actores que sostuvieron la doctrina de Calvo en el pasado tienen que proteger sus propios intereses, pues de seguir sosteniendo la tesis de Calvo en la actualidad pudieran perjudicar sus economías nacionales, es decir, afectar sus intereses estatales.

En el caso mexicano, a pesar que este país siempre ha sido de los más fieles ejecutores de la teoría Calvo, también se ha notado un cambio en la política del Estado mexicano, obviamente porque cada país debe defender sus propios intereses estatales.

Es decir, como la doctrina Calvo está plasmada en normas internas mexicanas, su uso pudiera ocasionar una importante disminución en lo referente a inversión extranjera en México. Por tal motivo, en ocasiones se ha tenido que exceptuar su aplicación para beneficio del interés nacional y quizá, se seguirá haciendo por las necesidades actuales que presenta el país. Prueba de ello es el TLCAN, donde en principio se hacen a un lado los planteamientos generales de la teoría Calvo.

No obstante, debemos advertir que dicho tratado únicamente incluye beneficios y por consiguiente, la no aplicación de la teoría Calvo para los nacionales de los países que conforman ese acuerdo (Canadá, EUA y México).

Pero para el nacional (individuo o sociedad) de otro Estado que no sea parte en dicho tratado que quiera hacer algún tipo de negociación en México, tendrá que sujetarse a lo estipulado por las leyes mexicanas, sin beneficiarse como los nacionales canadienses o los estadounidenses. Beneficio que concede a un Estado el uso de una teoría internacional, como la cláusula Calvo.

Por ello que lo benéfico para el interés mexicano, sea la celebración de más tratados internacionales con los otros bloques económicos que existen en el mundo. Así, también se exceptuarán de la aplicación de Calvo nacionales de otros Estados y el Estado mexicano obtendría mayor beneficio económico, político, jurídico y social en beneficio de su interés, o sea, de sus propios nacionales.

# Bibliografía

## Obras generales

- ABELLÁN HONRUBIA, V., J.L. Vilá Costa y R. Piñol, *Prácticas de Derecho comunitario europeo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- ANZIOLOTTI, D., *Corso di Diritto Internazionale*, vol. II, Padova, Società Poligrafica Editoriale, 1955.
- ARELLANO GARCÍA, C., *Apuntes de Derecho internacional privado*, México, D.F., UNAM, 1969.
- BROWN SCOTT, J. (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907. Tables of signatures, ratifications and adhesions of the various powers and texts of reservations*, Nueva York, Oxford University Press, 1915.
- , *The International Conferences of American States 1889-1928: A collection of the conventions, recommendations, resolutions, reports, and motions adopted by the first six international conferences of the American States, and documents relating to the organization of the conferences*, Nueva York, Oxford University Press, 1931.
- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 6a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2000.
- CARRIÓN TIZCAREÑO, M., *Nociones de Derecho*, México, D.F., Botas, 1974.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O., *Casos y textos de Derecho internacional público*. (Prólogo de Manuel Díez de Velasco Vallejo), 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.

- , *Prácticas de Derecho internacional público I*. (Prólogo de Manuel Díez de Velasco Vallejo), 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1986.
- CASTRO VILLALOBOS, J.H. y C.V. Agramón Gurrola, *Derecho internacional público*, Diccionarios Jurídicos Temáticos, 2a Serie, México, D.F., Oxford University Press, 2002, vol. 7.
- CHUECA SANCHO, A.G., *El Derecho internacional público en la práctica: Textos*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2003.
- CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., *Derecho internacional público. Textos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 1989.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984.
- DE PINA, R., *Derecho civil mexicano*, vol. I. 19a. ed., México, D.F., Porrúa, 1995.
- Diccionario de Derecho internacional*, Alonso Gómez-Robledo Verduzco, Jorge Witker (coord.), México, D.F., Porrúa, 2001.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D. (dir.), M.D. Hernández Díaz-Ambrona, M.P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz, *Derecho civil comunitario*, Madrid, Colex, 2001.
- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 15a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- , *Las organizaciones internacionales*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- , *Nociones elementales de Derecho internacional público*, 1a. parte. Granada, 1959.
- DÍEZ-PICAZO, L., A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.A., *Derecho civil. Parte general (personas, cosas, negocio jurídico e invalidez)*, México, D.F., 7a. ed., Porrúa. 2000.
- FERNÁNDEZ DEL VALLE, A.B., *Filosofía del Derecho*, México, D.F., Porrúa, 2001.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *Derecho internacional público. Casos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., A. Sánchez Legido y J.M. Ortega Terol, *Manual de Derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- FRAGA, G., *Derecho administrativo*, 21a. ed., México, D.F., Porrúa, 1981.
- GALINDO GARFIAS, I., *Derecho civil*, México, D.F., Porrúa, 2002.
- , *Estudios de Derecho civil*, México, D.F., UNAM, 1981.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho internacional público*, 3a. ed., Madrid, Revisada, Civitas, 2003.

- , *Materiales de práctica de Derecho internacional público*. 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- GÓMEZ PÉREZ, O.G., *Teoría del Derecho civil*, J. Alfredo Medina Riestra (coord.), México, D.F., Porrúa, 2002.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., *Temas selectos de Derecho internacional*, 4a. ed., México, D.F., UNAM, 2003.
- GIULIANO M., *Diritto Internazionale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1974.
- HAÑAJCZUN BOHDAN, T. y M.T. Moya Domínguez, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Ediar. 1978, p. 327.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 13a. ed., Madrid, Ariel, 2001.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., *El Derecho internacional contemporáneo*, Colección de Ciencias Sociales. Madrid, Tecnos, 1980.
- KINDRED, H.M., *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 6a. ed., Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2000.
- LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1996.
- LÓPEZ, A., V.L. MONTÉS (coords.), F. Capilla, E. Roca, M.R. Valpuesta, *Derecho civil. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público. Parte general*, 3a. ed., revisada, Valladolid, Trotta, 1999.
- MÉNDEZ SILVA, R. y A. Gómez-Robledo Verduzco, *Derecho internacional público. Introducción al Derecho mexicano*, México, D.F., UNAM, 1981.
- MONROY CABRA, M.G., *Derecho internacional público*, 4a. ed., Santa fe de Bogotá, Temis, 1998.
- MOTO SALAZAR, E., *Elementos de Derecho*, 40a. ed., México, D.F., Porrúa, 1994.
- NIBOYET, J.T., *Principios de Derecho internacional privado*, Andrés Rodríguez Ramón (trad.), México, D.F., Editorial Nacional, 1969.
- ORTÍZ AHLF, L., *Derecho internacional público*, 2a. ed., ampliada, México, D.F., Harla, 1993.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Cursos de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- PÉREZNIETO CASTRO, L., *Derecho internacional privado*, 7a. ed., México, D.F., Oxford University Press. 2000.
- PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho romano*, 12a. ed., México, D.F., Porrúa, 1995.
- PUENTE EGIDO, J., *Lecciones de Derecho internacional público II*, Madrid, Edisofer, 1997.

- RALSTON, J.H. (ed.), *Venezuelan arbitrations of 1903 including protocols, personnel and rules of Commissions, opinions and summary awards with appendix containing Venezuelan Yellow Book of 1903*, Washington, D.C., Government Printer Officer, 1904.
- RAMELLA, P.A., *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución nacional*, Mendoza, Idearium, 1977.
- RANGEL COUTO, H., *Derecho económico*, México, D.F., Porrúa, 1980.
- RECASÉNS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, México, D.F., Porrúa, 2003.
- REMACHA, J.R., *Derecho internacional codificado. Derecho de gentes. Recopilación sistemática de textos y tratados*, Pamplona, Aranzadi, 1984.
- REMIRO BROTONS, A., C. Izquierdo Sans, C.D. Masicei Espósito y S. Torrecuadrada García-Lozano, *Derecho internacional: textos y otros documentos*, Madrid, Mc. Graw Hill, 2001.
- REMIRO BROTONS, A., R.M. Riquelme Cortado, E. Orihuela Calatayud, J. Diez Hochleitner y L. Pérez Prat Durbán, *Derecho internacional*, Madrid, Mc. Graw Hill, 1997.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho internacional público*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, R., *Compendio de Derecho civil*, vol. I, México, D.F., Porrúa, 1997.
- ROUSSEAU, Ch., *Derecho internacional público*, 3a. ed., Barcelona, Ediciones Ariel, 1966.
- , *Droit International Public. Les rapports conflictuels et Le droit des conflits armés*, t. 5. A, París, Pedone, 1983.
- RUZIE, D., *Droit International Public*, 18a. ed., Mémentos collection, París, Dalloz, 2006.
- SEARA VÁZQUEZ, M., *Derecho internacional público*, 15a. ed., México, D.F., Porrúa, 1994.
- SEPÚLVEDA, C., *Derecho internacional*, 20a. ed. (1a. reimposición), México, D.F., Porrúa, 2000.
- SIR ROBERT JENNINGS y Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9a. ed., vol. I, Part 1 *Peace: (Introduction)*, Londres y Nueva York, Longman, 1992.
- , Part. 2 to 4 *Peace*, Londres y Nueva York, Longman, 1992.
- SORENSEN, M., *Manual de Derecho internacional público*, 3a. ed., México, D.F., Porrúa, 1992.
- THOMPSON KENNETH, W., *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America*, University Press of America (White Burkett Miller Center of Public Affairs), Charlottesville, 1991.

- TORRALBA SORIANO, V., *Nociones de Derecho civil*, Madrid, Torralba Abogados Asociados, 2000.
- VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, 6a. ed., Antonio Truyol y Serra (traducción), México, D.F., Aguilar, 1978.
- VERZIJL, J.H.W., "International law in Historical perspective", *Encyclopedic Work on the History of International Law*, vol. VI, Carnegie Foundation, 1973.
- VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de derecho diplomático y consular (parte general y Derecho Diplomático)*, Madrid, Tecnos, 2003.

#### Obras monográficas

- AGUIAR, A., *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1997, pp. 23-160.
- ALARCÓN JAÑA, P.A., *Discrecionalidad administrativa: Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. 2000, pp. 12-63.
- ALDRICH, G.H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 44-76.
- ARSEN, P.B., *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*, Buenos Aires, Astrea, 2003, pp. 1-118.
- ARREDONDO GALVÁN, F.X., *Personas físicas nacionales y extranjeras*, México, D.F., Porrúa, 2002, pp. 1-24.
- AVANECÍAN, A.B., *Iran-United States Claims Tribunal in action*, Londres, Gram & Trotman, 1993, pp. 18-36.
- ABELLÁN HONRUBIA, V., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984, pp. 77-99.
- AZNAR GÓMEZ, M.J., *Responsabilidad internacional del Estado y la acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000, pp. 32-47.
- BAUTISTA VILAR, J., *Un intento de restringir la protección diplomática española a los judíos-marroquíes en Egipto. El caso de Salomón Cohen (1872)*, Caracas, Maguen, 1986, pp. 17-24.
- BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional: Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, pp. 9-28.
- BEUS, J.G., *The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico under the Convention of September 8, 1923*, The Hague, Nijhoff, 1938, pp. 23-184.

- BLÁZQUEZ PEINADO, M.D., *La ciudadanía de la Unión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 79-160.
- BLUMBERG, A. *The diplomacy of the Mexican Empire (1863-1867)*, Nueva York, Malabar R. Krieger Publishing Co., 1987, pp. 12-182.
- BORCHARD, E.M., *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1919, Buffalo, Reprint William S. Hein Company, 2003, pp. 12-988.
- BROWN SCOTT, J. (ed.), *The International Conferences of American States, 1889-1928*, Nueva York, Oxford University Press, 1931, pp. 33-45.
- BYERS, M., *Custom, Power and the power of rules. International relations and customary international law*, Londres y Nueva York, Cambridge University Press, 1999, pp. 15-94.
- BUENO, M., *La axiología jurídica en Luis Recaséns Fiches*, México, D.F., UNAM, 1990, pp. 30-61.
- CAFLISCH, L., *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, The Hague, Nijhoff, 1969, pp. 35-287.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Madrid, Ediciones Parthenon, 2007, pp. 41-61.
- CHUECA SANCHO, A.G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2a. ed., Barcelona, Bosh, 1999, pp. 55-97.
- CHURCHILL R.R. y A.V. Lowe, *The Law of Sea*, Manchester, Manchester University Press, 1999, pp. 217-283.
- CALVO M., Ch., *Le Droit International théorique et pratique*, 2a. ed., París, Guillaumine et Cie, 1870.
- CANÇADO TRINDADE, A.A., *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 18-287.
- , *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 12-96.
- CONNEL-SMITH, G., *The Inter-American system*, Oxford, Oxford University Press, 1966, pp. 34-128.
- CORNEJO, R.H. (ed.), *Mariano H. Cornejo: discursos escogidos. Datos biográficos y memorias*, Lima, Editorial Jurídica, 1974, pp. 15-38.
- CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 288-318.

- CUTHBERT, J. *Nationality and diplomatic protection: The Commonwealth of Nations*, A.W. Sijthoff. Leyden, 1969, vol. 1, pp. 10-147.
- CHAPPEZ, J., *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, París, A. Pedone, 1972, pp. 19-213.
- CISNEROS RAMOS, C.F., *La evolución del Derecho internacional*, México, D.F., Editorial Elsa G. de Lazcano, 2005, pp. 1-97.
- DE VISSCHER, Ch., *Théories et réalités en droit international public*, 4a. ed., París, A Pedone, 1970, pp. 322-346.
- DÍAZ, L.M. (comp.), *México y las comisiones internacionales de reclamaciones*, t. II, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 13-1626.
- DOLZER, R. y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Nijhoff Publishers, 1995, pp. 12-64.
- DUNN, F.S., *The Protection of Nationals*, Baltimore, John Opkins Press, 1932, pp. 38-93.
- ENGLER, R., *La política petrolera: un estudio del poder privado y las directrices democráticas*, Maximino Arrechea y Fulvio Zama (trads.), México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 96-515.
- FABELO, I., *La Doctrina Drago*, México, D.F., Secretaría de Educación Pública, 1946, pp. 12-129.
- FELIX AMERASINGHE, C., *Local remedies in international law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 22-437.
- , *State Responsibility for injuries to Aliens*, Nueva York, Oxford University Press, 1967, pp. 35-216.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., *El pensamiento internacionalista del profesor Miaja de la Muela. Su contribución al Derecho internacional público y al Derecho europeo*, Zaragoza, Mira, 1999, pp. 157-260.
- FREEMAN ALWYN, V., *The international responsibility of States for denial of justice*, Nueva York, Longmans Green and Co., 1938, pp. 40-626.
- GARCÍA GRANADOS, R., *La Constitución de 1857 y las leyes de Reforma en México*, México, D.F., Editorial Tipografía Económica, 1906, pp. 21-69.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, D.F., UNAM, 2002, pp. 20 y ss.
- GÓMEZ ARNAU, R., *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*, México, D.F., UNAM, Centro de Investigación sobre Estados Unidos de América (CIEUA), 1990, pp. 30-238.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, M., *Los llamados Tratados de Bucareli: México y los Estados Unidos*, México, D.F., Ediciones Fabula, 1939, pp. 23-114.

- GRANATO, L., *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 2005, pp. 4-85.
- GREEN, L., *International law through the cases*, 3a. ed., Londres/USA, Ocean Publications, 1970, pp. 248-331.
- HAESLER, T., *The exhaustion of local remedies in the case law of International Courts and Tribunals*, A.W. Nijhoff Leyden, 1968, pp. 12-91.
- HOCHEPIED, J.P., *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*. M. Charles Rousseau (ed.), París, A. Pedone, 1965, pp. 149-151.
- HONG CHEN, Y., *La nacionalidad como requisito de la protección diplomática*, tesis doctoral inédita, Madrid, Universidad de Madrid, 1970, pp. 13-312.
- IZAGA, L., *La Doctrina Monroe. Su origen y principales fases de evolución*, Madrid, Editorial Razón y Fe, 1929, pp. 19-81.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, Universidad de Alicante, 1988, pp. 113-246.
- JORGENSEN, H.B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 27-42.
- JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 39-79.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2a. ed., Roberto J. Vernengo (trad.), México, D.F., UNAM, 1982, pp. 182-199.
- LETE DEL RÍO, J.M., *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1987, pp. 19-166.
- LILLICH, R.B., *The Iran-United States Claims Tribunal: Its contribution to the law of State Responsibility*, Charlottesville, Transnational Publisher, 1998, pp. 48-65.
- LISS, P.K., *Orígenes de la nacionalidad mexicana 1521-1556*, Agustín Bárcena (trad.), México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 171-209.
- LÓPEZ DE ROUX, M.E., *El reconocimiento de la independencia de México*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995, pp. 28-309.
- MAGALLÓN IBARRA, J.M., *Derechos del propietario*, México, D.F., UNAM, 2000, pp. 21-62.
- MENDOZA, S., *Texto, antecedentes, comentarios: La Doctrina Monroe, la Doctrina Drago, la Doctrina Calvo, la Doctrina Cárdenas*, México, D.F., Botas, 1939, pp. 12-94.
- MOLINA, C., *Práctica consular mexicana*, México, D.F., Porrúa, 1970, pp. 192-234.

- ORENCH Y DEL MORAL, M.A., *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004, pp. 218-250.
- PUIG, J.C., *Renuncia individual a la protección diplomática. El problema de su legalidad internacional*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1963, pp. 10-130.
- RAMELLA, P.A., *Nacionalidad y ciudadanía*, Buenos Aires, Depalma Ediciones, 1978, pp. 13-70.
- REITZER, L., *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en Droit International*, Belgique, Georges Thône, 1938, pp. 32-65.
- REY CANTOR, E. y A.M. Rey Anaya, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Antonio Augusto Cançado Trindade (pról.), Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2005, pp. 9-117.
- ROIG AMA T.B., *Orígenes de la Barcelona Traction (Conversaciones con Carlos E. Montañés)*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1970, pp. 391-403.
- RUILOBA SANTANA, E., *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Adolfo Miaja de la Muela (pról.), Valencia, Universidad de Valencia. 1978, pp. 42-328.
- , *El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional*, tesis doctoral inédita (extracto), Valencia, Universidad de Valencia, 1970, pp. 7-20.
- RUIZ COLOMÉ, M.A., *Guerras civiles y guerras coloniales: El problema de la responsabilidad internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 128-142.
- RUIZ RUIZ, F., *Derechos humanos y acción unilateral de los estados*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 32-54.
- SEPÚLVEDA, C., *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la Cláusula Calvo*, tesis doctoral inédita, México, D.F., UNAM, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944, pp. 27-192.
- , *Las reclamaciones internacionales y la Cláusula Calvo*, México, D.F., Porrúa, 1956, pp. 70-76.
- , *La responsabilidad de México en el ámbito internacional*, 4a. ed., México, D.F., Porrúa, 1986, pp. 39-255.
- , *Terminología usual en las relaciones internacionales: Derecho internacional público*, México D.F., Acervo Histórico Diplomático, 1993, vol. II, pp. 10-58.

- , *La frontera norte de México: historia, conflictos 1762-1983*, 2a. ed., México, D.F., Porrúa, 1983, pp. 81-115.
- , *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, 1a. reimpresión, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 112-170.
- , *La teoría y la práctica del reconocimiento de gobiernos*, México, D.F., UNAM, 1974, pp. 18-212.
- SHEA, D.R., *The Calvo Clause: A Problem of the Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, pp. 6-230.
- SIQUEIROS, J.L., *Síntesis del Derecho internacional privado*, 2a. ed., México, D.F., UNAM, 1971, pp. 21-32.
- SIQUEIROS PRIETO, J.L., *Las reclamaciones internacionales por intereses extranjeros en sociedades Mexicanas*, México, D.F., UNAM, 1947, pp. 31-122.
- STROZZI, G., *Interessi Statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977, pp. 241-319.
- SULLIGER, D., *L'épuisement des voies de recours internes en Droit international général et dans la Convention Européenne des Droits de l'homme*, tesis doctoral inédita, Lausanne, Université de Lausanne, 1979, pp. 22-74.
- TRIGUEROS S.E., *La nacionalidad mexicana*, México, D.F., Jus, 1940, pp. 1-115.
- VATTEL, E., *The law of Nations or principles of the law of nature applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*, Book II (Of a Nation considered in its relation to others), Cap. VI (traducción al idioma inglés de la obra original *Le Droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* de 1758, por Joseph Chitty) T. & J. W. Johnson & Co. Philadelphia 1883. § 71-354.
- WYLER, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 191-202.
- ZORAIDA VÁZQUEZ, J., *La intervención norteamericana, 1846-1848*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1997, pp. 123-170.
- , *México al tiempo de su guerra con Estados Unidos (1846-1848)*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1998, pp. 22-192.
- ZORRILLA OCHOA, L.G., *Los casos de México en el arbitraje internacional*, México, D.F., Porrúa, 1981, pp. 12-153.

Artículos de revistas especializadas  
y trabajos en obras colectivas

- ABR. FROWEIN, J., "Provisional Measures by the International Court of Justice- The LaGrand case", en ZAÖRV 62 (2002-1), pp. 55-60.
- ACEVES WILLIAM, J., "Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States), International Court of Justice, Order of Provisional Measures in case of alleging breaches of Vienna Convention on Consular Relations", en AJIL 97 (2003-4), pp. 923-928.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "El Derecho internacional ante el fenómeno bélico: La prevención y atenuación de las consecuencias de los conflictos armados", en AMDI III (2003), pp. 11-65.
- ADLER, M.H., "The exhaustion of the local remedies rule after the International Court of Justice's decision in ELSI", en ICLQ 39 (1990-3), pp. 641-653.
- AGO, R., "Le délit International", en R. des C. 68 (1939-III), pp. 426-429.
- ALBA, F., "El patrón migratorio entre México y Estados Unidos: su relación con el mercado laboral y el flujo de remesas", en Manuel García y Griego, Gustavo Vega (comps.), *México-Estados Unidos*, México, D.F., El Colegio de México, 1985, pp. 204-219.
- ALVARGONZÁLEZ SANMARTÍN, F., "Protección diplomática y protección consular", en Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol (dir.), *Comentarios a la Constitución europea*, libro II. *Los derechos y libertades*, Valencia Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1469-1490.
- AMRFAAR, C.M., "AALS Panel México-U.S.A. (Avena), Arguments of México", en *German Law Journal* 5 (2004-4), pp. 375-383.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., "Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", en ADI III (1976), pp. 321-346.
- \_\_\_\_\_, "Procedimientos para asegurar la aplicación de las normas internacionales: protección diplomática", en REDI XXX (1977-1), pp. 127-136.
- \_\_\_\_\_, "Protección diplomática y Derecho español. Responsabilidad patrimonial de la administración. Acuerdos de indemnización global. Hipótesis de responsabilidad", en REDI LI (1999-2), pp. 615-621.
- ARROYO MONTERO, R., "Modificación de los convenios sobre doble nacionalidad como instrumentos de integración (los protocolos adicionales, concluidos entre España y Costa Rica, de 23 de octubre de 1997, y entre España y Nicaragua, de 12 de noviembre de 1997)", en *Actas de las XVIII Jornadas de la AEPDIRI*, 1999, pp. 193-198.

- AZNAR GÓMEZ, M.J., “El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia”, en REDI, vol. LIV (2002-2), pp. 733-751.
- , “A propos de l’affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations Consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d’Amérique)”, en RGDIP 102 (1998-4), pp. 915-950.
- BAKER, J.C., “ICSID and the Calvo clause a hindrance to foreign direct investment in LCD’s”, en *Ohio State Journal* 5 (1989), pp. 75-95.
- BAGGE, I., “Intervention on the Ground of damage caused to nationals, with particular referent to exhaustion of local remedies and the rights to Shareholders”, en BYIL, vol. XXXIV (1958), pp. 158-183.
- BECK, R.J., “Britain and the 1933 Refugee Convention: National or State Sovereignty?”, en IJRL 11 (1999-4) pp. 597-624.
- BERLIA, G., “Contribution a l’étude de la nature de la protection diplomatique”, en AFDI III (1957), pp. 63-72.
- BORCHARD, E.M., “The access of individuals to international Courts”, en AJIL 24 (1930-2), pp. 359-365.
- , “The unrecognized Governments in American Courts”, en AJIL 26 (1932-1), pp. 271-278.
- BORDWELL, P., “Calvo and the Calvo Doctrine”, en *Green Bag* 18 (julio 1906), pp. 12-18.
- BOURLOYANNIS-VRAILAS, M.Ch., “The Convention on the safety of United Nations and associated personnel”, en ICLQ 44 (1995-3), pp. 560-590.
- BRIGGS, H.W., “Barcelona Traction: The Ius Standi of Belgium”, en AJIL 65 (1975-2), pp. 327-345.
- BROWNLIE, I., “The Relations on Nationality in Public International Law”, en BYIL vol. XXXIX (1963), pp. 284-364.
- BYERS, M., “Abuse of rights: An old principle, A new age”, en *McGill Law Journal* 47 (2002-2), pp. 389-431.
- CAFLISCH, L., “La pratique Suisse de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43. Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 73-86.
- CANÇADO TRINDADE, A.A., “Origin and historical development of the rule of exhaustion of local remedies in international law”, en RBDI XII (1976-2), pp. 499-527.
- , “The Birth of State responsibility and the nature of the local remedies rule”, en *Revista di Diritto Internazionale* 58 (1978), pp. 158-223.

- CARRILLO SALCEDO, J.A., “La protección de los derechos humanos en las comunidades europeas”, en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t, II, Madrid, Civitas, 1986, pp. 17-26.
- CARNERERO CASTILLA, R., “Algunas cuestiones de Derecho internacional suscitadas por el ‘caso Breard’”, en *AHLADI* 14 (1999), pp. 239-260.
- CARTER LINDA, E., “Compliance with ICJ Provisional Measures and the meaning of review and reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relations: Avena and Other Mexican National (Mexico v. U.S.)”, en *Michigan Journal of International Law* 25 (2003-1), pp. 126-128.
- CASTAÑEDA, J., “La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados desde el punto de vista del Derecho internacional”, en Alonso Gómez-Robledo Verduzco (comp.), *La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales*, México, D.F., UNAM, 1980, pp. 9-41.
- CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos”, en *REEI* 2002/4, pp. 1-14.
- CHAPMAN, C.E., “A Monroe doctrine divided”, en *Political Science Quarterly* 27 (1922), pp. 75-82.
- COHN, M.G., “La théorie de la responsabilité internationale”, en *R. des C.* 68 (1939-II) pp. 207-325.
- CONDORELLI, L., “L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant. 2003, pp. 3-28.
- , “La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application”, en *Rivista di Diritto Internazionale* LXXXVI (2003-1), pp. 5-26.
- CORDONA LLORENS, J., “Deberes jurídicos y responsabilidad internacional”, en *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 147-166.
- CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., “El derecho de gentes en la obra de Martín de Azpilcueta”, en Fernando M. Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 159-174.
- , “La nacionalidad de las personas físicas ante el Derecho internacional”, en *ADI* 1974, vol. I, pp. 223-247.

- CORWIN, E.S., "The Monroe Doctrine", en *North American Review* 218 (1923), pp. 722-735.
- CRAWFORD, J., "El ius standi de los Estados: Una Crítica al Artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI", en REEI 2000/1, pp. 1-24.
- DARLYMPLE, C.K., "Politics and foreign direct investments. The Multilateral Investment Guarantee Agency and the Calvo Clause", en *Cornell International Law* 29 (1996), pp. 78-92.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., "La nationalité, la double nationalité et la supranationalité", en R. des C. 102 (1961-I), pp. 515-634.
- DE VISSCHER, Ch., "La notion de référent (renvoi) au droit interne dans la protection diplomatique des actionnaires de sociétés anonymes", en RBDI VII (1971-1), pp. 1-6.
- \_\_\_\_\_, "Le déni de justice en droit international", en R. des C. 52 (1935-II) pp. 369-441.
- \_\_\_\_\_, "Cours général de principes de droit international public", en R. des C. 86 (1954-II) pp. 445-556.
- \_\_\_\_\_, "Contribution à l'étude des sources du droit international", en RDILC 1933, pp. 410-411.
- DE VISSCHER, P., "Cours général de droit international public", en R. des C. 136 (1972-II), pp. 1-202.
- \_\_\_\_\_, "La protection diplomatique des personnes morales", en R. des C. 102 (1961-I), pp. 395-513.
- DELAY, J., "Has México crossed the border on state responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in México after NAFTA", en *St. Mary Law Journal* 25, pp. 1147-1193.
- DÍAZ BARRADO, C.M., "La protección de Españoles en el extranjero. Práctica Constitucional", *Cursos de D.I. de V.-G.*, 1992, pp. 239-353.
- \_\_\_\_\_, "La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en consideraciones humanitarias. Análisis de la práctica internacional contemporánea", en REDI, vol. XL (1988-1), pp. 41-77.
- DIENA, J., "La protection diplomatique en cas de décès de la personne lèse", en RDILC 1934-II, pp. 138-170.
- DIEZ DE VELASCO, M., "Reflexiones sobre la protección diplomática", en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor don Antonio Truyol Serra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, vol. I, pp. 377-391.

- , “La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”, en R. des C. 141 (1974-I) pp. 87-186.
- , “La protección diplomática de las sociedades de capitales en el Derecho internacional: Reflexiones sobre la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales”, en Ana Navarro Salinas (ed.), *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, McGraw Hill, 2002, vol. I, pp. 101-120.
- DOEHRING, K. “Diplomatic protection of non-Governmental Organization”, en *El Derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, vol. I, pp. 571-580.
- , “Local Remedies, exhaustion of”, en EPIL, vol. III, North-Holland Max Planck Society for the Advancement of Science. 1997, pp. 240-251.
- DOLZER, R., “Diplomatic protection of foreign nationals”, en EPIL, vol. I (initial letters “A”-“D”), Aaland Islands to Dumbarton Oaks Conference. Max Planck Society for the Advancement of Science. North-Holland 1992 (xxiii), pp. 1068-1070.
- DUGARD, J., “Diplomatic protection and Human Rights”, en AYIL 24 (2005), pp. 75-91.
- DUPUY, P.-M., “Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”, en R. des C. 188 (1984-V), pp. 9-133.
- DUTRÉNIT BIELOUS, S., “Para repensar la Convención de Asilo Diplomático de 1954 (lecciones de la práctica mexicana ante las peticiones en el Cono Sur)”, en *Cuadernos Americanos* 105 (mayo-junio), vol. 3, México, D.F., UNAM, 2004, pp. 168-185.
- EAGLETON, C., “International Organization and the law of responsibility”, en R. des C. 76 (1950-I) pp. 319-425.
- FACIO, G.J., “Reclamación diplomática de Estados Unidos contra Costa Rica por expropiación de bienes a sus nacionales: Procedencia o improcedencia del reclamo a la luz del Derecho internacional contemporáneo, y en especial de los métodos empleados por Estados Unidos para hacer valer su protección diplomática”, en *Revista Relaciones Internacionales* 42, Escuela de Relaciones Internacionales, Heredia, Costa Rica, primer trimestre, Universidad Nacional, 1993, pp. 9-17.
- FACHIRI, A.P., “The local remedies rule in the Light of the Finnish Ship Arbitration”, en BYIL, vol. XVII (1936), pp. 19-36.
- FAWCETT, J.E.S., “The exhaustion of local remedies: substance or procedure?”, en BYIL, vol. XXXI (1954), pp. 452-458.

- FELIX AMERASINGHE, C., “Indigence and inaccessibility as limitations on the rule of local remedies”, en *Hacia un nuevo orden Internacional y Europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 57-65.
- , “The exhaustion of procedural remedies in the same Court”, en *ICLQ*, 12 (1963), pp. 1285-1307.
- FELLER, A.H., “Some observations on the Calvo Clause”, en *AJIL* 27 (1933-3), pp. 461-468.
- FERRARI BRAVO, L., “La pratique Italienne de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*. Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 87-91.
- FITZMAURICE, G.G., “Hersch Lauterpacht – The scholar as Judge. Part I”, en *BYIL*, vol. xxxvii (1962), pp. 54-146.
- , “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, en *R. des C.* 92 (1957-II), pp. 1-227.
- FLAUSS, J.-F., “Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*. Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 29-61.
- FREEMAN, A. “Recent aspects of the Calvo Clause and the challenge to international law”, en *AJIL* 40 (1946-1), pp. 121-142.
- GAJA, G., “Droits des États et Droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 63-69.
- GARCÍA AMADOR, F.V., “State responsibility. Some new problems”, en *R. des C.* 94 (1958-II) pp. 365-491.
- GARCÍA ARIAS, L., “Sobre el derecho de protección diplomática”, en *AHLADI*, 1959, vol. 1, pp. 129-152.
- GARCÍA ROBLES, A., “La Doctrina Calvo en las relaciones internacionales”, en *Carlos Calvo: Tres ensayos Mexicanos*, México D.F., Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 3a. época, 1974, pp. 59-78.
- GLEIJESES, P., “The Limits of Sympathy: The United States and the Independence of Spanish America”, en *Journal of Latin American Studies* 24 (1992-3), pp. 481-505.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, J.M., “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, en *AMDI V* (2005), pp. 173-220.

- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., “La política exterior mexicana: sus principios fundamentales”, en *AMDI I* (2001), pp. 197-217.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Régimen jurídico de la nacionalidad en México”, en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica* 33 (1999), pp. 51-119.
- GRAHL-MADSEN, A., “Protection for the unprotected”, en *Annuaire de l'AAA* 37/38 (1967/68), pp. 176-185.
- , “Protection of Refugees by Their Country of Origin”, en *YJIL* 11 (1986-2), pp. 381-392.
- GRAM, D.E., “The Calvo clause. Its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection”, en *TILF* 6 (1971) pp. 289-304.
- GRAMLICH, L., “Diplomatic protection against act of Intergovernmental Organs”, en *GYIL* 27 (1984), pp. 386-428.
- GRIGERA NAON, H., “Arbitration in Latin America”, en *American Law Review* 22 (1993), pp. 203-229.
- GROS ESPIELL, H., “El Derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados”, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14, México, D.F., UNAM, 1982, pp. 33-82.
- GUINAND, J., “La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme”, en *La protection internationale des droits de l'homme* (Centre Henri Rolin), Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1977, núm. 8, pp. 91-104.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Por una responsabilidad “responsable”. A propósito del proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos”, en Fernando M. Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 369-391.
- HERSHEY, A. S., “The Calvo and Drago doctrines”, en *AJIL* 1 (1907-1), pp. 26-45.
- HUERTA LARA, M.R., “Ciudadanos y naciones”, en *Letras Jurídicas* 6 (2002), pp. 105-119.
- JENNINGS, R.Y., “General course on principles of international law”, en *R. des C.* 121 (1967-II), pp. 323-605.
- JIMÉNEZ CABRERA, M.T., “La doble nacionalidad”, en *El Mundo del Abogado* 52 (2003), pp. 54-72.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., “General course in public International law”, en *R. des C.* 159 (1978-1), pp. 1-344.

- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Tribunal Internacional de Justicia. Asunto relativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos de América), Solicitud de medidas provisionales. Providencia de 9 de abril de 1998”, en REDI, vol. L (1998-2), pp. 129-134.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C.B., “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea”, en RIE 20 (1993-1), pp. 9-51.
- , “El método del Derecho internacional público: Una aproximación sistemática y transdisciplinar”, en IEIE “Francisco de Vitoria”. Serie especial, Madrid, 1995, pp. 41-45.
- , “El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional: Los problemas previos del Standard mínimo y la protección diplomática”, en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1987, pp. 65-116.
- JONES, M., “Claims on Behalf of nationals who are shareholders in foreign Companies”, en BYIL 1949, vol. XXVI, pp. 215-264.
- JULES DOMINICÉ, Ch., “Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l’arrêt LaGrand”, en Fernando M. Mariño Menéndez (ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 233-242.
- KLEIN, P., “La protection diplomatique des doubles nationaux: Reconsidération des fondements de la règle de non responsabilité”, en RBDI 1988, pp. 184-216.
- LACLETA MUÑOZ, J.M., “La función diplomática y consular”, en Carlos Jiménez Piernas (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2003, pp. 461-505.
- LAUTERPACHT, E., “Diplomatic and Consular intercourse and privileges”, en ILR 71 (1986), pp. 535-561.
- LEPOUTRE, S. y A. Riva, “Nacionalidad y apátrida. Rol del ACNUR”, Buenos Aires Oficina Regional para el Sur de América Latina, 1998.
- LILLICH, R.B., “The diplomatic protection of nationals abroad: An elementary principle of international law under attack”, en AJIL 69 (1975-2), pp. 359-365.
- LILLICH, R.B. y H.W. Burns, *International claims: Their settlement by lump sum agreements*, Washington, University Press of Virginia, 1975, núm. II, pp. 12-32.
- LODGE, H.C., “England, Venezuela and the Monroe Doctrine”, en *North American Review* 160 (1895), pp. 651-658.

- MANN, F.A., "State contracts and international arbitration", en *BYIL* vol. XXXXII (1967), pp. 1-32.
- MANNING-CABROL, D., "The imminent death of the Calvo Clause and the rebirth of the Calvo Principle: Equality of foreign and national investors", en *Law and Policy in International Business* 26 (1995-4), pp. 1169-1191.
- MANDELSTAM, A., "La généralisation de la protection internationale des droits de l'homme", en *RDILC*, 1930, pp. 230-253.
- , "La protection des minorités", en *R. des C.* 1 (1923-I), pp. 367-517.
- , "La protection internationale des droits de l'homme", en *R. des C.* 38 (1931-IV), pp. 125-232.
- MANNING-CABROL, D., "The imminent death of the Calvo Clause and the rebirth of the Calvo principle: Equality of foreign and natural investors", en *LPIB* 26 (1995-4), pp. 1169-1200.
- MAKAROV, A. "Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática", en *REDI* VIII (1955-2), pp. 511-552.
- MALENOVSKY, J., "La pratique de la protection diplomatique dans les PECO, en République Tchèque en particulier", en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 93-107.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y Derecho internacional", en *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Diez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 473-488.
- MARJOLEINE, Z., "Codification of the law on diplomatic protection: The first eight draft articles", en *Leiden Journal of International Law* 14 (2001), pp. 209-232.
- MARTÍNEZ AGULLÓ, L., "El agotamiento de los recursos internos y el caso de la Barcelona Traction", en *REDI* XXIII (1970-1), pp. 344-374.
- MARTÍNEZ BÁEZ, A., "La Cláusula Calvo en el constitucionalismo mexicano", en *Carlos Calvo: Tres ensayos Mexicanos*, México, D.F., Colección del Archivo Histórico Diplomático mexicano, 3a. época, 1974, pp. 39-55.
- MAZEAUD H., "Los sujetos de derechos", en Alcaraz Zamora y Castillo (trad.), *Lecciones de Derecho civil*, Primera parte, vol. II, Buenos Aires, Luis Ediciones Jurídicas Europa América, 1959, pp. 28-93.
- MENNECKE, M. y Ch.J. Tams, "The right to Consular assistance under international law: The LaGrand case before the International Court of Justice", en *GYIL* 42 (1999), pp. 192-241.

- MERON, T., "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", en BYIL, vol. XXXV (1959), pp. 83-101.
- MERVYN, J., "Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies", en BYIL, vol. XXVI (1949), pp. 234-260.
- MIAJA DE LA MUELA, A., "Aportación de la sentencia del Tribunal de la Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional", en *Cuadernos de la Cátedra "J. B. Scott"*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1970, pp. 87-123.
- , "Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras", en REDI XXII (1969-1), pp. 9-41.
- , "La cuestión del "Ius Standi" del gobierno Belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970", en REDI XXIII (1970-1), pp. 306-343.
- , "Las negociaciones diplomáticas previas a las reclamaciones ante Tribunales Internacionales", en AHLADI 1963, vol. 2, pp. 135-148.
- MIGLIORINO, L., "L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID", en DCI 7 (1993-1), pp. 127-141.
- MUMMERY, D.R., "The content of the duty to exhaust local judicial remedies", en AJIL 58 (1964-2), pp. 389-414.
- NASCIMBENE, B., "Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed Europeo", Milano, Faculta di Giurisprudenza. 1984, vol. II, núm. 6, pp. 6-22.
- OBREGÓN ESQUIVÉL, T., "Protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero", en *Memoria de la Tercera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados*, vol. III, México, D.F., 1944, pp. 218-236.
- ODEDE, A.O., "A survey of Treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies", en *Harvard International Law Journal* 18 (1977), pp. 7-32.
- ORTIZ AHLF, L., "Algunas reflexiones sobre la Cláusula Calvo", en *El Foro*, Undécima época (primer semestre), t. XII, núm. 1, México, D.F., 1999, pp. 105-117.
- , "La protección internacional del individuo", en *Jurídica*, ADDUI 19 (1988), pp. 81-106.
- , "Comentarios a la Helms-Burton", en RMPJ 1 (1997-4), pp. 25-55.
- , "Algunas reflexiones diez años después de la celebración del Tratado de Libre Comercio en América del Norte", en *Jurídica*, ADDUI 34 (2004), pp. 13-24.
- PALMISANO, G., "Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit: A propos de l'affaire LaGrand", en RGDIP 106 (2002-4), pp. 753-789.

- PARRY, C., "Some considerations upon the protection of individuals in international law", en R. des C. 90 (1956-III) pp. 653-723.
- , "International law and the conscription of non-nationals", en BYIL, vol. XXXI (1954), pp. 437-452.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La pratique Espagnole de la protection diplomatique", en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant. 2003, pp. 109-113.
- PAZ AGÜERAS, J.M., "El servicio exterior y la protección de los intereses de los nacionales en el extranjero", en *Documentación Administrativa* 205 (julio-septiembre), Madrid, 1985, pp. 129-141.
- PÉREZ GIRALDA, A., "El proyecto de la Comisión de Derecho internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al Fin del Camino.", en REEI 2002/4, pp. 1-23.
- PÉREZ MARTÍN, E., "Cuestiones relativas a la doble nacionalidad por razón de emigración en el ordenamiento jurídico Mexicano", en *Actas de las XVIII Jornadas de la AEPDIRI* 1999, pp. 209-215.
- PÉREZ MIRANDO, R., "El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la inversión extranjera. Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 18 (1994), pp. 427-459.
- PÉREZNIETO CASTRO, L., "Las garantías otorgadas al inversionista extranjero", en José Luís Soberanes F. (coord.), *Comunicaciones mexicanas al X Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Budapest 1978), México, D.F., UNAM, 1980, pp. 189-213.
- , "Algunos aspectos del sistema de solución de controversia en el Tratado norteamericano de libre comercio", en *Jurídica*, ADDUI 23 (1994), pp. 355-380.
- PERRIN, G. y H. Maire de Riedmatten, "La protection diplomatique des sociétés commerciales et des actionnaires en Droit International Public", en *RJPIC* 32 (1978-1), pp. 387-409.
- PINTO, M., "De la protection diplomatique a la protection des droits de l'homme", en *RGDIP* 106 (2002-3), pp. 513-548.
- PIÑOL, I. y J.L. Rull, "Los asuntos de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ese Estado (Nicaragua contra Estados Unidos de América)", en *REDI*, vol. XXXIX (1987-1), pp. 99-120.
- PLANAS SUÁREZ, S., "L'extension de la doctrine de Monroe en Amérique du Sud", en R. des C. 5 (1924-IV), pp. 271-365.

- POZO SERRANO, P., “La sentencia de la CIJ en el asunto LaGrand”, en ADI XVII (2001), pp. 443-473.
- PUENTE EGIDO, J., “Algunas consideraciones en torno a la situación procesal de los particulares ante Instancias Internacionales”, en REDI XX (1967-1), pp. 269-298.
- PUISSOCHET, J.-P., “La pratique Française de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 115-120.
- RÁBANO DORBECKER, M., “La nacionalidad mexicana por nacimiento en la reforma constitucional de 20 de marzo de 1998 y la nueva ley de nacionalidad de los Estados Unidos Mexicanos”, en Actas de las XVIII Jornadas de la AEPDIRI 1999, pp. 201-207.
- RESS, G., “La pratique Allemande de la protection diplomatique”, en Jean-François Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Droit et Justice 43, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 121-151.
- REUTER, P., “Le dommage comme condition de la Responsabilité Internationale”, en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela II*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 837-846.
- REZEK, J.F., “Le Droit international de la nationalité”, en R. des C. 198 (1986-III) pp. 333-400.
- RIPERT, G., “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux: contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale”, en R. des C. 44 (1933-II), pp. 565-664.
- RITTER, J.P., “La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale”, en AFDI VIII (1962), pp. 227-256.
- RODE, Z.R., “Dual nationals and the doctrine of dominant nationality”, en AJIL 53 (1959-I), pp. 141-185.
- RODRÍGUEZ HUERTA, G., “La pena de muerte y la asistencia Consular”, en *Bien común y gobierno* 74 (febrero), México, D.F., ITAM, Departamento de Derecho, 2001, pp. 61-63.
- ROLIN, H., “Les conventions de l'Haye du 1er. Juillet 1964 et leur introduction dans le Droit Belge”, en RBDI VII (1971-1), pp. 7-19.
- , “Le contrôle international des juridictions nationale”, en RBDI II (1967-1), pp. 1-18.

- RUILOBA SANTANA, E., “La oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos en el arreglo arbitral de las diferencias internacionales”, en *REDI XXII* (1969-1), pp. 465-484.
- RUIZ COLOMÉ, M.A., “El ejercicio de la protección diplomática y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares (La sentencia de la CIJ de 27 de junio del 2001 en el asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América))”, en Luis Ignacio Sánchez Rodríguez (ed.), *Cuadernos de Jurisprudencia Internacional*, núm. 1, Madrid, 2004, pp. 193-224.
- , “La reparación por actos ilícitos de los Estados; un caso de la práctica: Nicaragua contra Estados Unidos de América”, en *Actas de las XIII Jornadas de la AEPDIRI*, 1988, pp. 375-399.
- , “Lump Sum Agreements in Spanish practice”, en *SYIL*, 1998-VI, pp. 1-30.
- SALACUSE JESWALD, W., “BIT by BIT. The growth of the Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries”, en *International Law* 24 (1990), pp. 664-673.
- SANDYS, E., “La mujer, la nacionalidad y la ciudadanía”, en *La mujer en el 2000 y después*, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas (junio), 2003.
- SALMON, J.J.A., “Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales”, en *AFDI* 10 (1964), pp. 225-263.
- SALVADOR LARA, J., “El concepto de asilado territorial según los convenios interamericanos y la noción de refugiado según los instrumentos internacionales de Naciones Unidas”, en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14. 1982, pp. 89-102.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay c. Estados Unidos en el asunto *Breard*”, en *AHLADI* 14 (1999), pp. 137-161.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y A.G.López Martín, “Los países pequeños y en vías de desarrollo ante la Corte Internacional de Justicia: algunos problemas prácticos”, en Carlos Jiménez Piernas (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario Europeo*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2003, pp. 83-103.
- SCELLE, G. “Règles générales du droit de la paix”, en *R. des C.* 46 (1933-IV), pp. 327-703.

- SEARA VÁZQUEZ, M., "Política exterior de México", en Colección de Textos Universitarios en Ciencias Sociales. Harla, México, D.F., 1984, pp. 47-101.
- SEPÚLVEDA, C., "Presencia viviente de Carlos Calvo", en *Carlos Calvo: Tres ensayos Mexicanos*. México, D.F., Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, 3a. época, 1974, pp. 19-36.
- , "El asilo territorial en el sistema interamericano. Problemas capitales", en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14. 1982, pp. 83-88.
- SHANDA TONME, J.C., "La protection diplomatique dans le contentieux des contrats clé en main en droit Camerounais", en *RJPIC* 42 (1988-2), pp. 342-364.
- SINCLAIR, I.M., "Nationality of claims: British practice", en *BYIL*, vol. XXVII (1950), pp. 127-148.
- SITAROPOULOS, N., "Refugee: A legal definition in search of a principled interpretation by domestic fora", en *RHDI* 52 (1999-1), pp. 151-190.
- SOHN, L.B. y R.R. BAXTER, "Responsibility of States for injuries to the economic interest of aliens", en *AJIL* 55 (1961-III), pp. 579-605.
- "Spanish Diplomatic and Parliamentary practice in public international law", en *SYIL*, 1991, vol. I, pp. 37-60.
- "Spanish Diplomatic and Parliamentary practice in public international law", en *SYIL*, 1992, vol. II, pp. 121-161.
- "Spanish Diplomatic and Parliamentary practice in public international law", en *SYIL*, 1993-1994, vol. III, pp. 89-127.
- "Spanish Diplomatic and Parliamentary practice in public international law", en *SYIL*, 1995-1996, vol. IV, pp. 107-131.
- "Spanish Diplomatic and Parliamentary practice in public international law", en *SYIL*, 1997, vol. V, pp. 103-116.
- "Spanish Diplomatic and Parliamentary practice in public international law", en *SYIL*, 1998, vol. VI, pp. 105-130.
- SPIERMANN, O., "The LaGrand case and the individual as a subject of International Law", en *ZÖR* 58 (2003), pp. 197-221.
- STALKER, Ch., "Diplomatic protection of private business Companies: Determining Corporate personality for international law purposes", en *SYIL*, vol. LXI (1990), pp. 155-174.
- STERN, B. "Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends Irano Américains", en *AFDI* XXX (1984), pp. 425-445.

- TAMS, Ch.J., "Consular assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's judgment in the LaGrand case", en *EJIL* 13 (2002-5), pp. 1257-1259.
- TCHEUWA, J.C., "L'asile Diplomatique et son avenir en Droit des Organisation Internationales", en *RHDI* 52 (1999), pp. 131-149.
- TELLO, M., G. Iruegas y M.C. Oñate, "La historia del pasaporte en México". México, D.F., 1994, Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 119-133.
- TENEKIDES, C.G., "L'épuisement des voies des recours internes comme condition préalable de l'instance internationale", en *RDILC* 16 (1933-2), pp. 545-612.
- THOMPSON KENNETH, W., "The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America", Charlottesville, University Press of America (White Burkett Miller Center of Public Affairs), 1991, pp. 5-89.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: El caso LaGrand", en *BMDC* 2000 (mayo-agosto) núm. 98, pp. 807-841.
- , "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand", en *BMDC* 2004 (enero-abril) núm. 109, pp. 207-262.
- TRIGO CHACON, M., "La revisión del principio de propiedad y de la protección jurídica de las inversiones extranjeras", en *AYEE* 1992, núm. XXIV, pp. 195-211.
- URIBE, V.M., "Consuls at work: Universal instruments of Human Rights and Consular Protection in the context of Criminal Justice", en *Houston Journal of International Law* 19 (1997), pp. 375-412.
- VARGAS CARREÑO, E., "El Comité Jurídico Interamericano y el desarrollo del asilo y la protección de los refugiados", en *Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas núm. 14. 1982, pp. 113-138.
- VERDROSS, A., "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", en *R. des C.* 37 (1931-III) pp. 323-412.
- , "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", en *RGDIP* 45 (1938-1), vol, pp. 49-63.
- VERNASSA, M., "Emigrazione, diplomazia e cannoniere: L'intervento italiano in Venezuela, 1902-1903", en *American Historical Review* 88 (1983-1), pp. 227-228.
- VERZIJL, J.H.W., "La règle de l'épuisement des recours internes" (Sesión de Grenade), en *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1956/1.

- VILARIÑO PINTOS, E., “A propósito de los sucesos de septiembre de 1975 en los locales de la misión diplomática y Consulado general de España en Lisboa”, en REDI XXIX (1976-1), pp. 71-84.
- VIVES CHILLIDA, J. A., “Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos/Italia)”, en REDI XLI (1992-1), pp. 7-23.
- , “Tribunal Internacional de Justicia: Asunto Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América); Medidas provisionales: Providencia de 5 de febrero de 2003”, en REDI LV (2003-1), pp. 492-497.
- VON DER HEYDTE, F.A., “Le rôle de l’individu en Droit international”, en R. des C. 107 (1962-III) pp. 297-306.
- W. HILL, J. y M. Lucas, S. “The nature and extent of executive power to espouse the claims of United States nationals”, en VJTL 7 (1973-1), pp. 95-136.
- ZEDALIS, R.J., “Protection of nationals abroad: Is consent the basis of legal obligation?”, en TILJ 25 (1990-2), pp. 209-270.

### *Jurisprudencia internacional*

#### Corte Permanente de Justicia Internacional

- Case concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment 05.02.1926, Series A, núm. 7. PCIJ Reports 1926.
- Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*. Order 06.12.1930. Series A, núm. 24. PCIJ Reports 1930.
- Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece Vs. United Kingdom), Judgment 30.08.1924. Series A, núm. 2. PCIJ Reports 1924.
- Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*. Advisory Opinion 07.02.1923. Series B, núm. 4, PCIJ Reports 1923.
- Phosphates in Morocco*. Judgment 14.06.1938. Series A/B, núm. 74. PCIJ Reports 1938.
- Questions relating to Settlers of German origin in Poland*. Advisory Opinion 10.09.1923. Series B, núm. 6. PCIJ Reports 1923.
- The Factory at Chorzów* (Germany v. Poland), Order of 13 Sept 1928. Series A, núm. 17. PCIJ Reports 1928.
- Treatment of Polish Nationals and other Persons of Polish Origin or Speech in the Dazing Territory*. Advisory Opinion 04.02.1932. Series A/B, núm. 44. PCIJ Reports 1932.

*The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*. PCIJ Reports 1939, Series A/B, núm. 77.

*The Railway Line Panavezys – Saldutiskis Railway*, (Estonia v. Lithuania), Judgment 30.06.1932, Serie A/B, núm. 76. PCIJ Reports 1938.

Corte Internacional de Justicia

*Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), ICJ Reports 1998.

*Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Reports 2002.

*Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain), Judgment of February 5 1970 (Second Phase). ICJ Reports 1970.

*Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. USA), ICJ Reports 1998, en ILM (ASIL) 1998 (Julio) vol. 37/4.

*Case Concerning Avena's and Other Mexican Nationals* (United Mexican States vs. United States of America), ICJ Reports 2004.

*Case concerning Avena's and Other Mexican Nationals* (United Mexican States v. United States of America), ICJ Reports 2003, en ILM (ASIL) 2004 (mayo), vol. 43/3.

*Case concerning Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 2003

*Certain Norwegian Loans* (France v. Norway), Judgment of 6 July 1957 (Preliminary Objections), ICJ Reports 1957.

*Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1960.

*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (USA vs. Italy), Judgment of July 20 1989, ICJ Reports 1989.

*Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997.

*Interhandel Case* (Swiss vs. USA), Judgment of March 21 1959, ICJ Reports 1959.

*LaGrand Case* (Germany v. United States of America), Order of 3 March 1999 (Provisional Measures), ICJ Reports 1999.

*LaGrand Case* (Germany vs. United States of America), Judgment of June 27 2001 (Second Phase), ICJ Reports 2001.

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion 9 July 2004), ICJ Press Release 2004/28.

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986.

*Nottebohm Case* (Liechtenstein vs. Republic of Guatemala), Judgment of April 06 1955 (Second Phase), Serie A, núm. 12, y Serie A/B, núm. 20-21. ICJ Reports 1955.

*Passage through the Great Belt* (Finland v. Denmark), Order of 29 July 1991 (Provisional Measures), ICJ Reports 1991.

*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1949.

### Jurisprudencias arbitrales y decisiones judiciales

*Agrotexim and others v. Greece*, 42 EYHR (14807/89), 1995, Serie A, núm. 330.

*Ambatielos Claim* (Greece v. United Kingdom) (1956), 12 RIAA, pp. 119-122.

*Schouw Nielsen v. Government of Denmark*, (1958), Application núm. 343/57, en 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights, pp. 412-440.

British-Mexican Claims Commission, *El Oro Mining and Railway Co. Ltd.* (1931) 5 RIAA 191-198.

British-Mexican Claims Commission, *International Fisheries Company case* (1931).

RIAA 691-701.

British-Mexican Claims Commission, *Mexican Union Railway case* (1930), 5 RIAA 118-126.

British-Mexican Claims Commission, *William MacNeill case* (1931), 5 RIAA 164-173.

General Claims Commission U.S.-México. *Adler v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-2), pp. 354-356.

General Claims Commission U.S.-México, *American Short Horn Breeders' Assn. and Waukesha County Holstein Friesian Breeders' Assn. v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), p. 802.

General Claims Commission U.S.-México, *Brown, Sanders and Small v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), p. 782.

General Claims Commission U.S.-México, *Clark v. United Mexican States*, en AJIL 24 (1930-3), p. 631.

General Claims Commission U.S.-México, *Connelly v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 579-580.

General Claims Commission U.S.-México, *Corrie v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), p. 782.

- General Claims Commission U.S.-México, *Davies v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), p. 777.
- General Claims Commission U.S.-México, *Elvira Almaguer v. United Mexican States* (Docket núm. 216; Decision núm. 147), Opinion rendered May 13, 1929, en AJIL 24 (1930-3), pp. 624-630.
- General Claims Commission U.S.-México, *Falcon v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 566-567.
- General Claims Commission U.S.-México, *Faulkner v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-2), pp. 349-353.
- General Claims Commission U.S.-México, *Frank L. Clark v. United Mexican States* (Docket núm. 3198; Decision núm. 148), Opinion rendered May 13, 1929, en AJIL 24 (1930-3), p. 631.
- General Claims Commission U.S.-México, *Garcia and Garza v. United States of America*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 581-598.
- General Claims Commission U.S.-México, *Home Insurance Co. v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-1), pp. 167-173.
- General Claims Commission U.S.-México. *Hopkins v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-1), pp. 160-166.
- General Claims Commission U.S.-México, *James v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-2), pp. 362-380.
- General Claims Commission U.S.-México, *Johnson et al. v. United Mexican States* (The Daylight case). en AJIL 21 (1927-4), pp. 791-797.
- General Claims Commission U.S.-México, *Mallen v. United States of America*, en AJIL 21 (1927-4), p. 803.
- General Claims Commission U.S.-México, *Massey v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), pp. 783-790.
- General Claims Commission U.S.-México, *Neer v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 555-561.
- General Claims Commission U.S.-México, *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States* (1926). (Docket of March 31), 4 RIAA 26-34.
- General Claims Commission U.S.-México, *Parker v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-1), pp. 174-187.
- General Claims Commission U.S.-México, *Putman v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), pp. 798-801.
- General Claims Commission U.S.-México, *Quintanilla v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 568-570.
- General Claims Commission U.S.-México. *Roberts's v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-2), pp. 357-361.

General Claims Commission U.S.-México, *Roper v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-4), p. 777.

General Claims Commission U.S.-México, *Swinney v. United States of America*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 562-565.

General Claims Commission U.S.-México, *Youmans v. United Mexican States*, en AJIL 21 (1927-3), pp. 571-578.

General Mixed Claims Commission U.S.-Britain, *Robert E. Brown v. Great Britain* (1923), 6 RIAA 120-129.

German-Mexican Mixed Claims Commission, *Klemp v. United Mexican States* (1927), (Interlocutory Resolution of April 11), en AJIL 24 (1930-3), pp. 610-624.

Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission. *Martini & Co. v. Venezuelan Gov.* (1930), 2 RIAA 97.

*Mergé Claim* (USA v. Italy) (1955), 22 ILR 443.

Muscat Dhows Case (France v. Great Britain), Permanent Court of Arbitration 1905. 11 RIAA, pp. 83-87.

*M/V Saiga* (núm. 2) (Saint Vicent and the Grenadines v. Guinea), International Tribunal for the Law of the Sea (1 July 1999), en ILM 38 (1999), pp. 1323-1357.

Oklahoma Court of Criminal Appeals, *Oswald Torres v. The Oklahoma State*, en ILM (ASIL), 2004 (septiembre) vol. 43/5, pp. 1227-1235.

*Salem Case* (Egypt v. US) (1932), 2 RIAA, pp. 1161-1169.

*The Canevaro case* (Italy v. Peru) (1912), 11 RIAA, p. 397-402.

U.S. Supreme Court. *Ross v. McIntyre*, 140 U.S. 453 (may 25, 1891).

#### Documentos de la Comisión de Derecho internacional

*Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho internacional, sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de los Estados*. Doc. A/CN.4/L.581/Add.1.

*Fourth Report on Nationality in relation to the Succession of States by Mr. Vaclav MIKULKA, Special Rapporteur*. Doc. A/CN.4/489.

*Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados por Mr. James Crawford, Relator Especial*. Doc. A/CN.4/498/Add.1 y 2.

*Third report on State responsibility for injuries to aliens and their property, by F. V Garcia-Amador, Special Rapporteur*. Doc. A/CN.4/111

*Informe preliminar sobre la protección diplomática, presentado por el Relator especial M. Bennouna*. Doc. A/CN.4/484.

- Primer informe sobre protección diplomática, presentado por el Relator Especial, J. Dugard.* Doc. A/CN.4/506, Corr. 1 y Add. I.
- Segundo informe sobre protección diplomática, presentado por el Relator Especial J. Dugard.* Doc. A/CN.4/514, Corr. 1 y Corr. 2.
- Tercer informe sobre protección diplomática, presentado por el Relator Especial J. Dugard.* Doc. A/CN.4/523, y Add. 1.
- Cuarto informe sobre protección diplomática, presentado por el Relator Especial J. Dugard.* Doc. A/CN.4/530, Corr.1 y Add. 1.
- Quinto informe sobre protección diplomática, presentado por el Relator Especial J. Dugard.* Doc. A/CN.4/538.
- Título y texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura.* 53o. Periodo de Sesiones, 2001. Doc. A/CN.4/L.602/Corr. 1, y Rev.1.
- Títulos y textos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción.* 54o. Periodo de Sesiones, 2002. Doc. A/CN.4/L.613/Rev. 1
- Títulos y textos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción.* 55o. Periodo de Sesiones, 2003. Doc. A/CN.4/L.631.
- Títulos y textos de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura.* 56o. Periodo de Sesiones, 2004. Doc. A/CN.4/L.647., y Add.1.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/52/10). New York. United Nations 1997.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercero periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/53/10). New York. United Nations 1998.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/54/10). New York. United Nations 1999.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/55/10). New York. United Nations 2000.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/56/10). New York. United Nations 2001.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/57/10). New York. United Nations 2002.

*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/58/10). New York. United Nations 2003.

*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/59/10). New York. United Nations 2004.

*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo periodo de sesiones.* Suplemento núm. 10 (A/60/10). New York. United Nations 2005.

*Yearbook...1956*, vol. II (Doc. A/CN.4/96), New York. United Nations, 1957.

*Yearbook...1958*, vol. II (Doc. A/CN.4/111), New York. United Nations, 1959

*Yearbook... 1960*, vol. II (Doc. A/CN.4/125), New York. United Nations, 1961.

*Yearbook...1961*, vol. II (Doc. A/CN.4/134/Add. 1), New York. United Nations, 1962.

*Yearbook... 1970*, vol. II (Doc. A/CN.4/SER.A/1970/Add.1), New York. United Nations, 1971.

*Yearbook... 1975*, vol. II (Doc. A/CN.4/SER.A/1975/Add.1), New York. United Nations, 1976.

*Yearbook... 1978*, vol. II (Doc. A/CN.4/SER.A/1978/Add.1), New York. United Nations, 1979.

*Yearbook... 1979*, vol. II (Doc. A/CN.4/SER.A/1979/Add.1), New York. United Nations, 1980.

#### Documentos de la Asamblea General

- 20o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía.* A/RES/2131(XX) del 21 de diciembre de 1965.
- 25o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.* A/RES/2625(XXV) de 24 de octubre de 1970.
- 29o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.* A/RES/3281(XXIX) del 12 de diciembre de 1974.
- 17o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Soberanía permanente sobre los Recursos Naturales.* A/RES/1803(XVII) del 14 de diciembre de 1962.
- 3o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Carta Internacional de los Derechos del Hombre.* A/RES/217 (III) del 10 de diciembre de 1948.

- 28o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Soberanía permanente sobre los Recursos Naturales* A/RES/3171 (XXVIII) del 17 de diciembre de 1973.
- 21o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. A/RES/2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966.
- 44o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*. A/RES/44/25 de 20 de noviembre de 1989.
- 50o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. A/RES/50/152 de 9 de febrero de 1996.
- 5o. Periodo de Sesiones de la Asamblea General. *Proyecto de Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. A/RES/429 (V) de 14 de diciembre de 1950.
- Summary legal position of the Government of Israel in the Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution A/ES-10/14. UN Doc. A/ES-10/273.

### *Otras fuentes*

Documentos de organizaciones internacionales  
y conferencias intergubernamentales y tratados

- Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Disponible el texto completo en idioma español en (<http://www.un.org>).
- Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969. 1144 UNTS 123.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. 1249 UNTS 13.
- Convention on Reduction of cases of Multiple Nationality and Military obligations in cases of Multiple Nationalities (1968). ETS núm. 43.
- Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, 18 de abril de 1961. Disponible el texto completo en idioma español en (<http://www.oas.org>).
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963. Disponible el texto completo en idioma español en (<http://www.oas.org>).

- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y Convención para Reducir los casos de Apátridas de 1961. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. División de Protección Internacional. (Enero de 1999),
- Convenio CIADI, reglamento y reglas (CIADI/15/Rev.1), CIADI Washington, 2003.
- Convention on the High Seas (29 April 1958), 450 UNTS. 6465.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, Novena Conferencia Interamericana de los Derechos Humanos (Pacto de Bogotá) de 1948 OEA/Ser.L/V/I.4 rev.9.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible el texto completo en (<http://www.icj-cij.org>).
- Estatuto de la Organización de Estados Americanos. Disponible el texto completo en idioma español en (<http://www.oas.org>).
- European Convention on Consular Functions (1967), ETS núm. 61.
- Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (12 April 1930), 179 LNTS 89.
- International Conference of American States 1945-1954*, 2a. ed., Washington, D.C., Pan American Union., 1954, pp. 12-312.
- Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu*. Résolutions de l'Institut de Droit International (Session de Varsovie) 1965, en *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1965, vol. 51/I, pp. 9-10.
- UN Convention on the law of the Sea (10 December 1982), en *ILM* 21 (1982), pp. 1261-1354.

#### Legislaciones nacionales y documentos oficiales

- Código Civil Federal* (Estados Unidos Mexicanos), DOF del 31 de diciembre del 2004.
- Código Civil del Estado de Jalisco* (Decreto núm. 21421), *Periódico Oficial* del Estado del 26 de septiembre del 2006.
- Código Civil para el Estado de Tamaulipas* (Decreto núm. 441 del 10 de diciembre de 1986), *Periódico Oficial* del Estado del 6 de diciembre de 2001.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco* (Decreto número 21432), *Periódico Oficial* del Estado del 25 de septiembre del 2006.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (DOF del 12 de diciembre del 2005), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.

- Constitución Política de la República de El Salvador de 1983* (Reforma introducida por el DL núm. 56 del 06 de julio del 2000).
- Constitución Política de la República de Guatemala de 1985* (Reformada por Acuerdo legislativo núm. 18-93 del 17 de noviembre de 1993).
- Constitución Política de la República de Bolivia de 1967* (Reformas del 2002 y 2004).
- Constitución Política de la República de Ecuador de 1984.*
- Constitución Política del Perú de 1993.*
- Cuban Liberty and Democratic Solidarity* (act of March 12 1996), en ILM 35 (1996).
- Ley de Aviación Civil* (DOF del 6 de julio del 2006), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Expropiación* (DOF de 4 de diciembre de 1997), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Población* (DOF del 4 de enero de 1999), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de la Inversión extranjera* (DOF de 4 de junio de 2001), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Reglamento de la ley de Inversión extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras* (DOF de 8 de septiembre de 1998), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Reglamento de Pasaportes* (DOF del 9 de enero del 2002), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Reglamento para la expedición de certificados de Nacionalidad Mexicana (DOF del 18 de octubre de 1972), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Reglamento de la Ley de Pesca* (DOF del 28 de enero del 2004), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Reglamento de la Ley General de Población* (DOF del 14 de abril del 2000), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Dirección de Investigación y Automatización Legislativa, Poder Judicial de la Federación, México, D.F., 2005.
- Ley de protección al comercio y la inversión de normas extranjeras que contravengan el Derecho internacional* (DOF de 23 de octubre de 1996), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.

*Ley de Nacionalidad* (DOF de 12 de enero de 2005), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.

*Ley del Servicio Exterior Mexicano* (DOF de 25 de enero de 2002), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.

*Ley sobre la celebración de Tratados* (DOF del 2 de enero de 1992), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.

*Reglamento de la ley del Servicio Exterior Mexicano* (DOF de 23 de agosto de 2002), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.

Núm. Legge. 402. *Che dà intera esecuzione al trattato di amicizia, navigazione e commercio tra Regno d'Italia e la Repubblica di Colombia*. Bollettino Ufficiale del Ministero Affari Esteri (1894), pp. 1016-1028.

COSRE 2002, Asunto Rosas Carmona, B-014/02 (enero 2002).

COSRE 2002, Asunto Petrona Cabañas, B-024/02 (febrero 2002).

### Fuentes electrónicas

En el mundo actual y moderno en el que vivimos, las fuentes del conocimiento electrónicas, documentales, como doctrinales, son ya un instrumento verdaderamente fundamental para la tarea de la investigación hoy en día.

De esta forma, su infinito número trae como resultado el acceso a información que años anteriores no era posible obtener fácilmente para poder aprender, estudiar e investigar en un sinnúmero de ramas no sólo del Derecho, sino en general del conocimiento científico y humano que se necesitan para la educación y formación científica del alumno en las universidades del mundo, sólo que en algunas de ellas, es requisito esencial la previa suscripción.

Además que se precisa la gran utilidad emanada de los grandes motores de búsqueda o también llamados e-buscadores, como por ejemplo (<http://www.altavista.com>), (<http://www.excite.com>), (<http://www.google.com>), (<http://www.infoseek>), (<http://www.lycos.com>), (<http://www.searchalot.com>), (<http://www.yahoo.com>), etcétera.

Con estas cautelas, hago mención brevemente de una relación básica de los portales que pueden resultar de mayor utilidad, basándome primordialmente en: M. Carbonell, C.M. Pelayo Möller, *Guía de Internet para juristas*, México, D.F. Porrúa, 2004, pp. 1-64.

Actualité de Droit International

(<http://www.ridi.org/>)

Affaires Internationals  
(<http://www.cidob.org>)  
American Society of International Law  
(<http://www.asil.org>)  
Anuario Internacional CIDOB  
(<http://www.cidob.org/>)  
Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones  
Internacionales  
(<http://cde.ugr.es/aepdiri/>)  
Biblioteca Virtual de Asuntos Internacionales  
(<http://www.etown.edu/vl/>)  
Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (México)  
(<http://www.cddhcu.gob.mx>)  
Centre de Droit International de l'Université Paris-I-Panthéon-Sorbonne  
(<http://panoramix.univ-paris1.fr>)  
Comisión de Derecho internacional  
(<http://www.un.org/law/ilc/>)  
Comisión Interamericana de Derechos Humanos  
(<http://www.cidh.oas.org>)  
Corte Interamericana de Derechos Humanos  
(<http://www.corteidh.or.cr>)  
Corte Internacional de Justicia  
(<http://www.icj-cij.org>)  
Corte Permanente de Arbitraje  
(<http://pca-cpa.org>)  
Instituto de Investigaciones Jurídicas (México)  
(<http://www.bibliojuridica.org>)  
Le Monde Diplomatique  
(<http://www.monde-diplomatique.fr>)  
Ministerio de Asuntos Exteriores (España)  
(<http://www.mae.es>)  
Organización de Estados Americanos  
(<http://www.oas.org>)  
Organización de las Naciones Unidas  
(<http://www.un.org>)  
Peace Palace Library (La Haya)  
(<http://www.ppl.nl>)

Revista Electrónica de Estudios Internacionales

(<http://www.reei.org>)

Secretaría de Relaciones Exteriores (México)

(<http://www.sre.gob.mx>)

Sistema de las Naciones Unidas

(<http://www.unsystem.org>)

Société Française pour le Droit International

(<http://www.sfdi.org>)

Sumario de revistas de Derecho internacional

(<http://www.srdi.ws>)

# Índice

PRÓLOGO	
<i>Florentino Ruiz Ruiz</i> . . . . .	7
ABREVIATURAS . . . . .	15
CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS . . . . .	19

**PRIMERA PARTE**  
**LA NACIONALIDAD DE LA PERSONA PARA**  
**EL DERECHO ESTATAL**

Capítulo 1	
LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO PRIVADO . . . . .	33
La persona. Generalidades . . . . .	33
La personalidad jurídica. El inicio y el fin . . . . .	39
Los atributos de las personas . . . . .	45
Consideraciones finales . . . . .	68

Capítulo 2	
UN IMPORTANTE ATRIBUTO JURÍDICO DE LA PERSONALIDAD	
EN PARTICULAR: LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS	
EN DERECHO INTERNO . . . . .	71
La nacionalidad. Orígenes y características . . . . .	71
La atribución y adquisición de la nacionalidad. Caso mexicano	83
La doble o multiplicidad de nacionalidades en el caso	
mexicano. Problemas actuales . . . . .	94
Consideraciones finales . . . . .	105

SEGUNDA PARTE  
LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL EXTRANJERO  
POR EL ESTADO DE NACIONALIDAD

Capítulo 3

CARACTERIZACIÓN, EVOLUCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA . . . . .	111
El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática.	
Los primeros pasos en la institución. . . . .	111
Las formas de la discrecionalidad del Estado en la protección diplomática . . . . .	121
El individuo ante el ejercicio de la protección diplomática estatal . . . . .	127
Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática. . . . .	136
Excesos en el derecho de protección estatal: los casos extremos en la aplicación de la doctrina internacional . . . . .	151
Consideraciones finales . . . . .	164

Capítulo 4

LA NACIONALIDAD DEL INDIVIDUO. EL DERECHO PARA EL ACCESO A LA RECLAMACIÓN INTERNACIONAL . . . . .	167
El Estado de nacionalidad de la persona y su determinación internacional. . . . .	167
La continuidad de la nacionalidad para las personas físicas y jurídicas. Estructura, contenido, alcance y aplicación de la continuidad de la nacionalidad . . . . .	189
La doble nacionalidad de la persona. Algunos problemas para los Estados de nacionalidad en la protección diplomática . . . . .	200
Los casos especiales de protección diplomática en los no nacionales del Estado. . . . .	209
Consideraciones finales . . . . .	221

Capítulo 5

EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. REQUISITO PREVIO PARA EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. . . . .	227
La regla del agotamiento de los recursos internos. La teoría consuetudinaria en el procedimiento internacional. . . . .	227

El contenido de la regla: su alcance y efectividad . . . . .	235
El carácter en la aplicación de la regla. ¿Regla sustantiva o procesal? . . . . .	253
Excepciones para el agotamiento de los recursos internos . . .	267
Consideraciones finales . . . . .	288

**TERCERA PARTE**  
**DEFENSA Y PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL.**  
**INTERESES ESTATALES Y DE LOS MEXICANOS**  
**EN EL EXTRANJERO**

Capítulo 6

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA. MEDIO JURÍDICO DE DEFENSA DE LOS INTERESES MEXICANOS. . . . .	295
Las reclamaciones internacionales por intereses de los Estados extranjeros en México . . . . .	295
La evolución de protección del Estado mexicano. Herramientas jurídicas para la protección de la persona y el interés estatal. . . . .	307
Consideraciones finales . . . . .	331

Capítulo 7

CALVO Y EL CASO MEXICANO. TEORÍA PARA PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES E INTERESES ESTATALES. . . . .	335
Naturaleza jurídica, orígenes y principios de la teoría Calvo. . .	335
La teoría Calvo para los Estados. . . . .	346
Los temas de la práctica internacional sobre la doctrina de Calvo . . . . .	357
Panorama actual de la Cláusula Calvo. Evolución en la posición hispanoamericana. . . . .	367
Consideraciones finales. . . . .	373

CONCLUSIONES FINALES . . . . .	377
--------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA . . . . .	399
------------------------	-----

