



6

EN TORNO AL PROBLEMA DE LA PERSONALIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

LEONARDO GRANATO

Abogado por la Universidad de Belgrano (UB).
Maestrando en Derecho
de la Integración Económica (Epoca – Usal – Sorbonne).
Profesor auxiliar de Derecho Internacional Privado (UB).
e-mail: leonardogranato@hotmail.com



NAHUEL ODDONE

Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional del Centro
de la Provincia de Buenos Aires (UNCPBA).
Master en Derecho de la Integración Económica (Epoca – Usal – Sorbonne).
Maestrando en Integración Económica Global y Regional, de la Universidad
Internacional de Andalucía.
e-mail: nahueloddone@hotmail.com

Sumario

1. Introducción – 2. La personalidad activa del individuo: la posibilidad de reclamar y el acceso a las jurisdicciones internacionales – 3. La personalidad pasiva: la responsabilidad internacional del individuo por los delitos internacionales – 4. El régimen de extranjería – 5. El derecho de asilo – 6. La protección diplomática de los particulares – 7. Conclusión – 8. Bibliografía.



Palavras-chave

Derecho Internacional – Personalidad Internacional – Individuo.

1. INTRODUCCIÓN

Si nos remontamos a una visión histórica del Derecho Internacional, es posible notar que en su versión clásica se apoyaba básicamente en una *sociedad internacional de estructura interestatal* y que tenía, además, una función eminentemente relacional y competencial: regular las relaciones entre los Estados y distribuir las competencias entre ellos, logrando, así, una convivencia estable. Semejante planteamiento conducía en términos generales, según Pastor Ridruejo, “a no considerar más que a los Estados como sujetos del Derecho Internacional” y en la doctrina era corriente la afirmación de que los individuos eran sólo *objetos* de dicho ordenamiento, continúa diciendo el autor.¹

Pero las transformaciones experimentadas en las últimas décadas por el Derecho Internacional han creado condiciones más favorables para el reconocimiento de una cierta personalidad del individuo. En efecto, el Derecho Internacional contemporáneo, aún anclado fundamentalmente en una estructura interestatal de yuxtaposición,² se está *humanizando* y *socializando*, y ha añadido a las funciones relacionales y competenciales la del desarrollo integral de los individuos y pueblos mediante la *cooperación*, ya en muchos aspectos fuertemente institucionalizada. Al respecto Oppenheim nos dice lo siguiente:

“The various developments since the two world wars no longer countenance the view that, as a matter of positive law, States are the only subjects of International Law. In proportion as the realization of that fact gains ground, there must be an increasing disposition to treat individuals, within a limited sphere, as subjects of International Law”.³

¹ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 211.

² PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 211.

³ LAUTERPACHT, H. *Oppenheim's international law*. 8. ed. Londres: Longman, 1962, p. 639, citado por BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, t. I.

Por otra parte, los rígidos planteamientos de las doctrinas dualistas han sido superados por las mismas cartas constitucionales de los Estados;⁴ incluso cabe destacar que la jurisprudencia internacional admite que un tratado pueda crear directamente derechos y obligaciones para los particulares si tal es la intención de los Estados partes.⁵ De ahí que hoy se reconozca, junto con la personalidad internacional del Estado, la de las Organizaciones Internacionales,⁶ y que, en ciertos supuestos se hable con fundamento de la personalidad internacional de los particulares, personas físicas o jurídicas claro está.

La personalidad internacional es una categoría técnica y, por consiguiente, para determinar con precisión si el particular – persona física o jurídica – es hoy sujeto del Derecho Internacional conviene determinar con el mayor rigor posible y en un plano técnico-jurídico el concepto de la personalidad internacional.

“Sólo se trata de saber si el Derecho Internacional Público faculta u obliga a los seres humanos solamente a través de sus Estados o bien si hay derechos u obligaciones internacionales que se aplican directamente a las personas individuales”.⁷

⁴ Claro ejemplo de ello lo constituye nuestro país: la reforma constitucional de 1994 ha “convalidado” en parte los criterios sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” y posteriores mediante la siguiente clasificación: todos los tratados son “ley suprema de la Nación” (art. 31 CN), por pertenecer al Derecho Federal, que tiene preeminencia por sobre los Derechos Provinciales; pero, no obstante esto, algunos de ellos tendrán jerarquía constitucional y otros serán meramente supralegales. Tienen jerarquía constitucional los instrumentos internacionales de Derechos Humanos explícitamente mencionados en el art. 75, inc. 22, de la CN, y los que en el futuro incluya el Congreso Nacional con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Al tener “jerarquía constitucional”, estos instrumentos antes mencionados “valen” como la CN; ergo, no pueden ser declarados inconstitucionales toda vez que no derogue artículo alguno de la primera parte del texto constitucional. A diferencia de éstos, los tratados internacionales de carácter supralegal, pero infraconstitucional están sujetos a los principios de Derecho Público de la CN (art. 27) y, por ende, pueden ser declarados inconstitucionales.

⁵ CPJI, Serie B, n. 15, p. 17-18.

⁶ Para una visión jurídica del tema, véase del autor del presente informe: *Organizaciones internacionales (desde una óptica jurídica)*.

⁷ BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*, p. 588.

Según Soerensen es sujeto del Derecho Internacional “quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma, y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma”.⁸ Resultan éstos los rasgos irreductibles de la subjetividad internacional, lo que quiere decir que no todos los entes beneficiados por una norma o todos aquellos a los que la norma imponga una conducta son sujetos del Derecho Internacional: de esta forma se ve que se necesita una *legitimación activa* para reclamar por incumplimiento del Derecho o una *legitimación pasiva* para sufrir responsabilidad por tal incumplimiento.

De esta forma, adherimos a que es posible comprobar que, en la actualidad, el Estado sigue siendo el sujeto por excelencia del Derecho Internacional, no solo por estar ampliamente capacitado para reclamar por la violación de dicho ordenamiento, sino también porque es susceptible de responsabilidad internacional. Esto se corresponde con el intenso protagonismo fáctico del Estado en una sociedad internacional en que pese a sus importantes cambios continúa esquematizada por un derecho de coordinación. Por otro lado, es hoy indiscutible la subjetividad internacional de las Organizaciones Internacionales, que sufren responsabilidad y la pueden reclamar de otros sujetos.

Por último, en el marco de humanización del Derecho de Gentes, corresponde en nuestros días al individuo un pequeño grado de “personalidad” internacional, al tener en determinados supuestos *legitimación activa* ante instituciones internacionales para reclamar por la violación de sus derechos,⁹ y al poseer también en casos muy limitados *legitimación pasiva* para responder directamente por las consecuencias de la violación del Derecho Internacional. Al respecto el doctor Barboza nos dice:

“Al crecer la magnitud del papel comunitario crece también, aunque pueda parecer paradójico, la importancia del individuo. Las entidades intermedias entre individuos y comunidad, que son los Estados, en cierta medida ven su propia esfera de acción limitada y encogida. Y si bien se mira, podrá advertirse que siempre que aparece el individuo en el derecho de

⁸ Citado por PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 212.

⁹ Ver *Hacer que se respeten los tratados humanitarios*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n. 43.

gentes lo hace en función de algún interés comunitario y también generalmente en detrimento de alguna competencia estatal¹⁰.

2. LA PERSONALIDAD ACTIVA DEL INDIVIDUO: LA POSIBILIDAD DE RECLAMAR Y EL ACCESO A LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES

Ya en el Derecho Internacional clásico existían normas que se preocupaban de la suerte y del bienestar de los individuos y, en este sentido, pueden citarse, además de las relativas al trato de los extranjeros en general, las referentes a la protección de la persona humana contra prácticas, como la esclavitud, trata de blancas y otras. La importante humanización que impregna al Derecho Internacional contemporáneo ha generado un aumento en el número de normas que tienen como beneficiarios directos a los individuos, especialmente en el campo del respeto y protección de sus derechos y libertades fundamentales. Vale aclarar que el solo hecho de ser beneficiario de una norma no implica, como ya se ha dicho, el poder reclamar por su violación, careciendo, así, de legitimación internacional activa.

Si un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito en perjuicio de un extranjero, persona física o jurídica, esa situación no habilita al perjudicado para entablar una reclamación en el plano internacional contra el Estado infractor. En este sentido, el particular no puede dirigir una *reclamación directa* en la esfera internacional contra el Estado autor del hecho ilícito ni puede llevarlo ante una jurisdicción u otro órgano internacional. Es muy significativo al respecto lo dispuesto en el artículo 34 del Estatuto del Tribunal de La Haya, según el cual *sólo los Estados pueden ser partes* en los casos en que entienda dicho Tribunal.

Por ello, en los supuestos en que un particular extranjero sea víctima de una violación de una norma de Derecho Internacional por parte de un Estado, aquél no tiene, en principio, otro recurso que reclamar en el plano del Derecho interno del Estado infractor, y si en él no obtiene satisfacción, podrá acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste el que reclame, bien directamente,

¹⁰ BARBOZA, Julio. *Individuo, comunidad y derecho internacional*. Jurisprudencia Argentina, año XXIX, 1967-I del 15 feb. 1967, p. 6, citado por BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*, p. 589.

bien ante un órgano internacional competente. Si el Estado de la nacionalidad del ofendido lo hace así, ejercita lo que se llama la *protección diplomática*, en donde el Estado, en definitiva, no hace otra cosa que hacer valer su propio derecho, es decir, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional Público.¹¹

Veremos en detalle más adelante que, aún en los casos de protección diplomática, la responsabilidad internacional sigue configurándose como una relación de Estado a Estado – reclamante e infractor –, lo que tiene dos consecuencias a destacar: la primera es el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática, dependiendo de consideraciones de oportunidad política. La segunda cuestión es la disponibilidad por parte del Estado reclamante de la reparación obtenida, a la que podrá renunciar si así lo juzgase conveniente.

Ahora, si lo visto hasta el momento nos permite inferir que aún hoy los Estados soberanos continúan siendo, no obstante los profundos cambios experimentados, los sujetos por excelencia y los protagonistas decisivos en los pleitos que se suscitan a nivel internacional.

Pastor Ridruejo nos comenta que no han faltado casos en la práctica internacional en que, de modo excepcional, se ha admitido el derecho de acceso del particular ante órganos jurisdiccionales; tal es el caso del Tribunal de Justicia Centroamericano, creado por la Convención del 20 de diciembre de 1907 entre las cinco Repúblicas de América Central, que admitía el acceso de los individuos perjudicados y, de hecho, fueron cinco las reclamaciones presentadas con tal carácter. Incluso, los tratados de paz subsiguientes a la Primera Guerra Mundial instituyeron los llamados Tribunales arbitrales mixtos que podían entender en las causas de particulares contra Estados ex-enemigos.

En el ámbito del Derecho interno de las Organizaciones Internacionales, existen normas que regulan las relaciones entre éstas y sus funcionarios. Normas que son invocables por las personas en cuestión ante órganos jurisdiccionales específicos de la organización. Tal es el caso del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, órgano judicial competente para conocer en los litigios de la Organización y sus funcionarios (quienes pueden demandar a la respectiva organización).

Por otro lado, en el seno de las comunidades europeas existe también el control de legalidad de determinados actos de sus órganos, pudiendo ser invo-

¹¹ CPJI, Serie A, n. 2, p. 12.

cado no sólo por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión encargada al efecto, sino también por las personas, físicas o jurídicas, directamente afectadas. También en la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar se admite la posibilidad de que los particulares tengan acceso a jurisdicciones internacionales.

No obstante lo mencionado, el paso de mayor significación en orden al reconocimiento de una cierta subjetividad del individuo es el realizado por la Convención Europea de los Derechos del Hombre, firmada en Roma el 04 de noviembre de 1950: así, en virtud de una declaración facultativa los Estados partes, pueden aceptar la competencia de la Comisión de Derechos del Hombre para que conozca las reclamaciones de individuos o asociaciones privadas que se consideren víctimas de una violación por algún Estado. Ciertamente, de todas maneras, que la Comisión no es un órgano jurisdiccional, poseyendo, únicamente, poderes de encuesta y conciliación. Debemos recordar también que el acceso del individuo se reconoce también por la Convención Americana de los Derechos del Hombre (1969) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe aclarar que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, faculta a los individuos que se consideren perjudicados por una violación de alguno de los derechos enunciados en el Pacto a presentar una comunicación escrita al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este derecho de petición se resuelve mediante un traslado por parte del mencionado Comité al Estado objeto de la acusación, el que presentará sus observaciones al respecto. Finalmente, cabría observar que es siempre el individuo, en estos casos antes descritos, el que pone en marcha una instancia internacional protectora de sus derechos, otorgados también internacionalmente.

3. LA PERSONALIDAD PASIVA: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO POR LOS DELITOS INTERNACIONALES

De modo general se puede decir que la responsabilidad por infracción del Derecho Internacional la sufren los Estados y es de tipo compensatorio. Los delitos contra el Derecho de Gentes engendran responsabilidad penal para los individuos y son cosa distinta de los hechos ilícitos cometidos por los Estados (crímenes y delitos internacionales).

El Derecho Internacional establece determinados *tipos delictivos* para comportamientos individuales contrarios a las exigencias éticas elementales de la convivencia internacional. Éstos son, entre otros, la piratería marítima, ciertos actos ilícitos cometidos a bordo de aeronaves, la violación del Derecho de Guerra, los crímenes contra la paz (vulneración del *ius ad bellum*), genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Pero ahora aparece algo que hay que entender de manera especial: en la mayor parte de los casos *la acción del Derecho Internacional es incompleta, ya que no pasa de la fijación del tipo delictivo. La determinación e imposición de las penas se delegan a la competencia de los sistemas jurídicos internos.* Y es que las *resistencias políticas* por parte de los Estados¹² a la creación de tribunales penales internacionales no ceden, por lo que, carente el Derecho Internacional de las instituciones adecuadas para hacer efectiva la responsabilidad penal, entra en juego la llamada *teoría del desdoblamiento funcional*: la sanción de los delitos internacionales es interna. Nos comenta el doctor Barboza que se ha impuesto en convenciones recientes (Convención europea contra el terrorismo, Convención de las Naciones Unidas sobre toma de rehenes, entre otras) la llamada “jurisdicción universal”, hija del principio *aut dedere aut iudicare*, estipulando que el Estado que apresaa al delincuente debe, o bien juzgarlo o bien, conceder su extradición para que sea juzgado por otro Estado con competencia en el asunto.¹³

Ejemplificando, en lo que respecta a la *piratería*, el artículo 15 de la Convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre alta mar define, con precisión, el tipo delictivo, reiterado en la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar. Pero las penas no son impuestas por un tribunal internacional creado al efecto, sino por tribunales del Estado que haya realizado el apresamiento del buque o aeronave pirata (art. 19 de la Convención de Ginebra de 1958 y art. 105 de la Convención de 1982). Así, la responsabilidad internacional del individuo se hace efectiva ante los tribunales internos.

Respecto al *tráfico de estupefacientes*, el instrumento más completo sobre el tráfico de estupefacientes es la Convención única del 30 de marzo de 1961, com-

¹² Países, como la República Popular China, la India, el Estado de Israel, Filipinas, Turquía, Sri Lanka, los Estados Unidos de América y el Japón, no han adherido al Estatuto de Roma de 1998, que dio creación en la actualidad a la Corte Penal Internacional.

¹³ BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*, p. 594-595.

pletada por la de Viena de 1971 y por un protocolo de marzo de 1972. En 1988, una nueva Convención de Viena puso los anteriores instrumentos al día.

En lo que concierne a los *delitos cometidos en violación del Derecho de Guerra en general*, es posible mencionar que en un principio el Tratado de Versalles de 1919 preveía el enjuiciamiento del Káiser Guillermo II por un tribunal interaliado de naturaleza internacional, bajo la acusación de “ofensa suprema a la moral internacional y a la santidad de los tratados”. Como es sabido, el Gobierno del Reino de los Países Bajos se negó a efectuar la extradición del Káiser y el enjuiciamiento no se llevó a cabo.

Tras la Segunda Guerra Mundial fue, sin embargo, distinta la suerte corrida por los grandes criminales de guerra de los países del Eje. El Estatuto de Londres del 08 de agosto de 1945, suscripto por los Estados Unidos de América, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña y la República Francesa, tipificó determinados delitos bajo las siguientes categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y conspiración y complot. A partir de esto, comenzaron a actuar los Tribunales de Nuremberg y Tokio, que eran auténticos tribunales internacionales, para castigar a los criminales de guerra.¹⁴

¹⁴ La importancia de los principios de Nuremberg en el derecho penal internacional es notable, porque, por primera, vez impone la competencia de tribunales internacionales para el juzgamiento de ciertos crímenes internacionales. Introducen dos categorías nuevas de figuras delictivas que se han incorporado al derecho de nuestros días: los crímenes contra la paz y contra la Humanidad e incriminan a los dirigentes y organizadores de actos de agresión y otros inhumanos, como órganos de Estado, por ejemplo. La Asamblea General, sobre la base de un proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, declaró como principios del Derecho Internacional los reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, afirmados, unánimemente, por la Asamblea General en su Resolución n. 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, confiriéndoles carácter de Derecho Internacional general, a saber:

- √ toda persona que cometa un acto que constituya un crimen de Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeta a una sanción;
- √ el hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya un crimen del Derecho Internacional no exime de responsabilidad en Derecho Internacional a quien lo haya cometido;
- √ el hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya un crimen de Derecho Internacional haya actuado como Jefe de Estado o como

El posterior Derecho Humanitario Bélico constituido por las cuatro Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos adicionales de Ginebra del 10 de junio de 1977 ha retornado al sistema general que reinó en un principio: las normas convencionales fijan los tipos delictivos, más la determinación de las penas y su imposición en cada caso concreto se confían a los sistemas jurídicos internos.

Por último, cabe mencionar que la gravedad de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, cometidas desde 1991 con ocasión del mortífero conflicto armado que devastó a las Repúblicas desgajadas de la antigua Yugoslavia, determinó la adopción por parte del Consejo de Seguridad (ONU), el 25 de mayo de 1993, de la Resolución n. 827, por la que se crea un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para castigar a los presuntos responsables de aquellos crímenes. Es preciso señalar que el Consejo se sintió autorizado para crear por vía de autoridad y como si fuese un órgano legislativo el mencionado tribunal, al entender que la situación de la antigua Yugoslavia constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales, lo que le permitió actuar dentro del marco del Capítulo VII de la Carta. Sobre la misma base habilitante, la Resolución n. 955, del 08 de noviembre de 1994, creó el Tribunal Penal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales cometidos en Ruanda. Por otro lado, la Comisión de Derecho Internacional y la Asamblea General de las Naciones Unidas trabajan, activamente, desde 1991 en el establecimiento de un Tribunal

autoridad del Estado no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional;

- ✓ el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, si, efectivamente, ha tenido la posibilidad moral de opción;
- ✓ toda persona acusada de un crimen de Derecho Internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho;
- ✓ los crímenes enunciados son: contra la paz, los de guerra y los de lesa humanidad;
- ✓ la complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, de un crimen de guerra o de un crimen contra la Humanidad constituye, asimismo, un crimen de Derecho Internacional.

BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, p. 598-601. Ver también Nuremberg Judgment, p. 52 y ss.

Penal Internacional permanente con competencia genérica para la sanción de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.¹⁵

4. EL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA

Un sector de las normas de Derecho Internacional que tienen por beneficiarios directos a los particulares es el denominado *régimen de extranjería*. Siendo que el Derecho Internacional no se desinteresa del trato que los Estados deben dispensar a los particulares extranjeros, sino que, por el contrario, formula una serie de exigencias al respecto. Exigencias de carácter mínimo – *minimum standard* o estándar internacional – que derivan de normas consuetudinarias, formadas sobre la base de la práctica de los Estados, y debidamente reconocidas, además, por la jurisprudencia internacional. De más está decir que tales

¹⁵ Nuestra República Argentina ha ratificado el Estatuto de Roma de 1998 (BO n. 29.572, Buenos Aires, en. 2001) que da creación a la Corte Penal Internacional, participando, de esta forma, en la implementación de un dispositivo que podrá contribuir, muy significativamente, al resguardo de los Derechos Humanos. El establecimiento de esta instancia judicial internacional de carácter permanente con sede en La Haya, fue decidido por la inmensa mayoría de los países, con la finalidad de establecer un dispositivo jurisdiccional con competencia para aplicar la legislación que penaliza a las más graves violaciones a los Derechos Humanos, entendiéndose que la carencia de un tribunal de estas características ha limitado la efectividad de dichas normas. Pero para que la Corte Penal Internacional comience a funcionar se requiere que por lo menos 60 Estados ratifiquen su Estatuto.

Las Naciones Unidas han estimado que en los últimos 50 años, y fruto de genocidios, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, murieron más de 86 millones de personas y más de 170 padecieron violaciones a sus derechos. Como contrapartida, ha sido mínima la cantidad de responsables que fueron enjuiciados.

La Corte Penal Internacional, sobre ese trasfondo histórico, quizá pueda contribuir a que los próximos cincuenta años no culminen con un balance tan doloroso. Clarín Editoriales, 29 ene. 2001.

Para el tema de la Corte Penal Internacional, véase: Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Roma, 17 jul. 1998 (A/CONF. 183/10). Hubeňák, L. Competencia de la corte penal internacional permanente respecto de los crímenes de guerra. *El Derecho*, 21 jul. 2000; RANDLE, Patricio H. Tribunal penal internacional: un aspecto del globalismo. *El Derecho*, 26 dic. 2000.

exigencias han sido de hecho confirmadas, precisadas e incluso desarrolladas por una considerable red de tratados bilaterales, como los tratados de paz, amistad y de comercio; y, a nivel regional, por tratados multilaterales, como el Convenio Europeo de establecimiento del 13 de diciembre de 1955 auspiciado por el Consejo de Europa.

Hay que decir, además, que desde el momento en que el Derecho Internacional se preocupa de la protección de los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, imponiendo al respecto obligaciones a los Estados, el régimen de extranjería se enriquece y beneficia de las normas que imploran respeto de los derechos humanos. Lo que ocurre, como es sabido, es que los *mecanismos de control internacional* que hacen al respeto de estos derechos son *desiguales y en muy pocos casos satisfactorios*. Son contados los supuestos en que se conceden a los individuos posibilidades de recurso directo ante instancias internacionales de control y, por ello, de modo general, la responsabilidad internacional en caso de vulneración de los derechos de los particulares extranjeros se hace efectiva mediante la protección diplomática del Estado de la nacionalidad del perjudicado, que será analizado más adelante.

A efectos de una clara exposición del régimen de extranjería, distinguiremos las siguientes cuestiones: admisión y expulsión de los extranjeros, derechos de los extranjeros y régimen de la propiedad privada extranjera, tema que mencionamos, pero que no será tratado en el marco del presente informe.

En lo que respecta a la *admisión* de ciudadanos extranjeros en el territorio de un Estado, no se puede decir que exista hoy una norma positiva en el Derecho Internacional que obligue a tal admisión.¹⁶ Parece, por el contrario, que un Estado puede denegar la entrada de extranjeros y someterla, en su caso, a los requisitos que juzgue convenientes. La no-admisión de extranjeros no se considera hoy sin más un hecho ilícito internacional que desencadene responsabilidad. Si tenemos en cuenta la práctica de los Estados es fácil fundamentar esta

¹⁶ En la Argentina, la Constitución Nacional (art. 25) impone, al gobierno federal, la obligación de fomentar la inmigración europea y prohíbe restringir, limitar o gravar con impuestos la entrada de extranjeros que traigan, por objeto, labrar la tierra, mejorar las industrias, introducir y enseñar las artes y ciencias. El régimen de admisión, permanencia y expulsión de extranjeros está regulado por el decreto-ley n. 4.805/63 y la ley n. 18.653/70. Barboza, Julio. *Derecho internacional público*, p. 624.

afirmación, nos aclara Pastor Ridruejo. Así, *la admisión de extranjeros es una cuestión que entra dentro de la competencia discrecional de los Estados*.

Si en la política de admisión de extranjeros un Estado efectuase una discriminación respecto a los nacionales de uno u otros Estados siendo que no existen relaciones diplomáticas o consulares con el Estado de la nacionalidad del extranjero o bien se presenta la imposibilidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos en cuestión, no se reputa violación del Derecho Internacional, más, si la negativa respondiese a otros motivos podría pensarse, siguiendo la línea del profesor Díez de Velasco, que sería contraria al Derecho Internacional contemporáneo, que prohíbe, en principio, las discriminaciones.¹⁷

De todas formas, cabe aclarar que la práctica de los Estados demuestra que la admisión de ciudadanos extranjeros puede someterse a determinados requisitos y, tal conducta, no es considerada discriminatoria. Por ejemplo, tratándose de turistas y otros visitantes tales requisitos, pueden consistir en la posesión del pasaporte y una visa, o determinadas prevenciones de salud; en el caso de los inmigrantes, estos requisitos suelen ser más severos.

Por otra parte, ninguna norma de Derecho Internacional prohíbe la *expulsión* de extranjeros del territorio de un Estado, pero ésta libertad encuentra ciertos límites.¹⁸ Por lo pronto, la expulsión no deberá ir acompañada de daños, vejaciones o sufrimientos innecesarios, que pudieran considerarse inhumanos. En este sentido, la sentencia arbitral en el caso *Maal* concedió una indemnización “únicamente por las afrentas”, ya que el interesado fue arrestado, desnudado y ridiculizado en público antes de la expulsión del país.¹⁹ Además, el Estado que realiza la expulsión del extranjero debe dar explicaciones de los motivos

¹⁷ Citado por PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 253.

¹⁸ Generalmente se expulsa al extranjero cuya presencia es perjudicial para la seguridad y contraria al orden público. Esta situación puede obedecer también a otros criterios, por ejemplo, el decreto-ley n. 4.805/63 autoriza a la Dirección Nacional de Migraciones a expulsar al extranjero, cuyo ingreso o permanencia se considere ilegal por haber entrado al país sin haberse sometido al control sanitario, por un lugar no habilitado o que permanezca en el país vencido el plazo autorizado. La ley n. 18.235/69 establece la causal de ser condenado por un delito doloso por tribunal argentino. BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*, p. 625.

¹⁹ Citado por PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 254.

determinantes de la medida. Finalmente, el Estado debe atenerse a las disposiciones de su ley interna y debe articular y conceder un trámite de audiencia y un derecho de recurso de amparo en favor del ciudadano extranjero (ver art. 13 del Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos).

Analizando otro aspecto de la cuestión, de manera frecuente, los derechos de los particulares extranjeros vienen establecidos en tratados internacionales de paz, amistad, comercio o establecimiento: de esta forma, habrá que atenerse, en principio, a lo dispuesto en los regímenes convencionales bilaterales o multilaterales. Es posible visualizar en la actualidad la tendencia por parte de los Estados a conceder a los ciudadanos extranjeros igual, o al menos similar, tratamiento que a sus nacionales.

Con independencia de los derechos resultantes para los extranjeros de los regímenes convencionales, se plantea la cuestión de si el Derecho Internacional General contiene reglas sobre el trato de extranjeros. En el mundo jurídico hispano-americano se ha sostenido la llamada “tesis del tratamiento nacional”, conforme a la cual los extranjeros gozarían en el territorio de un determinado Estado de los mismos derechos que los nacionales, pero no de “derechos superiores” (políticos). El trato de extranjeros quedaría así supeditado al contenido que el Derecho interno de cada país dispusiese para sus nacionales.

No obstante ello, la doctrina internacional nos enuncia que los *criterios sobre trato de extranjeros son suministrados por el Derecho Internacional*, y que, por tanto, tales criterios no están supeditados a lo que dispuesto por el Derecho interno de cada Estado acerca del trato a los nacionales. *Existe un estándar mínimo o norma internacional de justicia que deberá ser respetada por los Estados de la comunidad internacional.*²⁰

Mayor complejidad reviste la determinación exacta de las exigencias concretas del trato a los extranjeros resultantes del *minimum standard*. En la fase actual de la evolución del Derecho Internacional, según el profesor Pastor Ridruejo, dentro del referido estándar encontramos los siguientes derechos: protección de la vida e intereses contra las acciones de violencia colectiva organizada en contra de extranjeros; derecho a no ser detenido arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable, dando, al

²⁰ Véase BIDART CAMPOS, Germán. La relación entre el derecho comunitario, los derechos humanos, el derecho interno y el Mercosur. *Revista Campus*, Buenos Aires, jul. 1997.

interesado, la posibilidad de ser oído; derecho a no ser torturado y a no ser sometido a tratamientos inhumanos; tener asegurado el libre acceso a los tribunales y no ser discriminado ante ellos por razón de la nacionalidad; y la facultad de ejercicio de determinados derechos civiles básicos como son los relativos a las relaciones paterno-filiales y, en general, a los admitidos en la mayoría de los Estados como derecho de familia.

Puede comprobarse, a nuestro entender, que las mencionadas exigencias resultan asimismo de la obligación de respetar los derechos fundamentales de la persona humana (también llamados Derechos Humanos), que vienen a *enriquecer* y *fortalecer* las normas del Derecho Internacional Público sobre tratamiento de extranjeros.

5. EL DERECHO DE ASILO

El llamado *derecho de asilo* – del latín *asylum* que significa sitio inviolable – tiene dos manifestaciones: el *asilo territorial* y el *asilo diplomático*. Una y otra figura persiguen la misma finalidad: la protección que dispensa un Estado a una persona no nacional que es objeto de persecución en virtud de motivos políticos o ideológicos por las autoridades de otro Estado. Si el asilo territorial se presta en el propio territorio del Estado receptor, y constituye, por tanto, una facultad inherente al ejercicio de la soberanía; el asilo diplomático se lleva a cabo a través de una misión diplomática del Estado protector acreditada en el territorio de otro Estado, por lo que implica una limitación a la soberanía territorial.

El *asilo territorial* tiene lugar, como se ha dicho, en el territorio del Estado protector y consiste en amparar o refugiar a la persona, nacional de un Estado distinto, que es objeto de persecución política o ideológica. El mencionado es uno de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de la Asamblea General del año 1948 (art. 14), aunque nada se dispone en el Pacto sobre derechos civiles y políticos. Sin embargo, la Resolución n. 2.312 (XXII) de la Asamblea General, del 14 de diciembre de 1967, contiene una Declaración sobre el derecho de asilo territorial. Este es hoy el instrumento más relevante sobre el asilo territorial habiendo sido imposible adoptar una convención sobre el tema.

Brevemente se desprende de la anterior Declaración que el asilo territorial no supone limitación alguna a la soberanía territorial, sino, por el contrario, un

ejercicio de la misma. “Esta precisión técnica es acertada”, nos dice el Profesor Pastor Ridruejo.²¹ Se enuncia también una serie de principios fundamentales:

- √ la concesión del asilo es un acto humanitario y pacífico, y, por ende, no podrá ser considerado por otro el Estado como inamistoso;
- √ si un Estado considera difícil conceder el asilo o continuar su concesión, otros Estados podrán, a través de las Naciones Unidas, adoptar, con espíritu solidario, las medidas necesarias para aligerar la compleja situación del primer Estado;
- √ principio *non refoulement*, según el cual ninguna persona podrá ser rechazada en la frontera, expulsada o devuelta al país en que es objeto de persecución.

Por otra parte, el *asilo diplomático* consiste en la protección dispensada por un Estado a la persona objeto de persecución política e ideológica que se refugia en los locales (o Embajadas) de la misión diplomática acreditada en otro Estado. El rasgo característico de esta figura estriba en las garantías que ofrece el Estado receptor para asegurar la salida al extranjero del asilado. Cabe aclarar también que es esencial el permiso otorgado por el Estado territorial al asilado para que salga del país. No sería lógico que dicha persona se quede de por vida en los locales de la misión diplomática que le sirven de refugio.

El derecho de asilo diplomático es una institución de Derecho Internacional Iberoamericano y no de Derecho Internacional General. La Convención de Viena del 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas nada dispone respecto de la presente: estamos sólo ante una costumbre internacional de ámbito regional. La Convención de Caracas del 28 de marzo de 1954 es el instrumento de mayor importancia que ha codificado el régimen de esta institución.

6. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DE LOS PARTICULARES

Si un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito en perjuicio de un particular extranjero, como ya se vió, éste no podrá entablar de forma directa una reclamación en el plano internacional contra ese Estado infractor del Derecho Internacional. Al particular, no le queda entonces otro recurso

²¹ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 261.

que reclamar en el plano interno del Estado en cuestión y, si no obtuviese satisfacción, lo único que resta por hacer es acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste el que reclame en el plano internacional, ejercitando lo que se llama *protección diplomática*.

En palabras del Tribunal de La Haya:

“(...) al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la protección diplomática (...) ese Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional”.²²

Este *dictum* pone, de relieve, que, en los casos de ejercicio de la protección diplomática de particulares, la responsabilidad internacional sigue siendo una *relación de Estado a Estado* y, por ende, habrá que destacar el *carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática* por parte del Estado y la *disponibilidad por el Estado de la reparación obtenida*.

Según el Derecho Internacional, el Estado no tiene la obligación de ejercer la protección diplomática de sus nacionales, y esto lo ha recordado el Tribunal de La Haya en el caso de *Barcelona Traction*, añadiendo que el Derecho interno sí puede imponer tal obligación al Estado y que, incluso, puede asegurarla mediante las respectivas sanciones. Hay que tener en cuenta que el ejercicio de la protección diplomática depende de *consideraciones de oportunidad política*. Los Gobiernos la ponen en marcha cuando entienden que puede favorecer o, al menos no contrariar, los fines de su política exterior; en caso contrario se abstendrán de toda medida relativa a dicha protección.

La otra consecuencia ya mencionada del carácter interestatal de la responsabilidad en los casos de protección diplomática es la disponibilidad por parte del Estado de la reparación obtenida. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado puede renunciar a ella, transigir sobre la misma e, incluso, beneficiarse en forma directa. En los casos de daños a particulares, el Derecho Internacional se desentiende del destino final de la reparación concedida por los Estados.

Al respecto, Pastor Ridruejo nos comenta hasta qué punto es precaria la situación del particular en el Derecho Internacional General, toda vez que la defensa de sus derechos e intereses está “mediatizada” por la acción soberana

²² CPJI, Serie A, n. 2, p. 12.

del Estado de su nacionalidad. De todas formas, sería injusto no recordar que en el campo de los Derechos Humanos se han articulado regímenes particulares que hacen posible la acción internacional directa de los individuos incluso contra su propio Estado, y que ante órganos jurisdiccionales las causas de aquellos puedan ser asumidas por órganos internacionales.

No se puede silenciar tampoco otra interesante evolución en materia de protección diplomática que se da en el caso de la *inversión de capitales extranjeros*. Se trata de un sistema de seguros públicos, frente a los riesgos no comerciales y, por otra parte, de la articulación de procedimientos de solución de controversias que permiten a los particulares recurrir directamente ante un órgano arbitral (convención sobre la solución de controversias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington, 18 de marzo de 1965).

Se ha planteado, por otro lado, tanto en la práctica como en la jurisprudencia internacional de cuál sea el efecto en el plano internacional de la renuncia de un particular a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. En efecto, la frecuencia y el volumen de las inversiones de capital privado europeo y norteamericano en los países de Iberoamérica motivaron numerosas reclamaciones internacionales, que, en no pocos casos, dieron lugar a abusos y fricciones. De esta forma, los países receptores de capital idearon diversas fórmulas para finalizar con semejantes hechos. Tales fórmulas fueron denominadas genéricamente con la expresión de “cláusula Calvo”, nos cuenta el profesor Pastor Ridruejo. Dos fórmulas nos interesan aquí: la contenida explícitamente en un contrato por la que el inversionista extranjero renuncia a la protección diplomática para toda reclamación derivada de las relaciones contractuales, consintiendo ser tratado como nacional; y la cláusula que sometía todas las diferencias que pudiesen nacer del contrato a un arbitraje privado entre el inversionista y el Estado, con renuncia a la protección diplomática.

Respecto a la validez de tal *renuncia*, se ha dicho en el plano doctrinal que al ser la protección diplomática un derecho del Estado, no es procedente la actitud del particular siendo que no es el titular del tal derecho: frente a ello se ha alegado que lo que pone en marcha la protección diplomática es la solicitud del particular al Estado de su nacionalidad, y que, por consiguiente, la renuncia a tal solicitud lleva aparejada la no-operatividad de este mecanismo en cuestión (de todas formas, el Estado puede ejercer igual la protección diplomática por su propia iniciativa).

En referencia a la primera cuestión de la cláusula Calvo nos encontramos con la decisión dictada en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos y México en el asunto *North America Dredging Co.*, en la que no se da a lugar la reclamación interpuesta, sobre la base fundamental de que la compañía perjudicada no había agotado los recursos internos del derecho mexicano, siendo que el contrato firmado por este particular estipulaba que el mismo sería tratado como nacional, renunciando a la protección diplomática. La Comisión dijo también que la reclamación sería procedente si se probase la violación de cualquier regla o principio del Derecho Internacional, como una denegación de justicia. La sentencia pone, así, un estricto límite a la validez de la cláusula: ésta, únicamente, opera con respecto a las reclamaciones derivadas de las relaciones contractuales, no para otras violaciones del Derecho Internacional.²³

En cuanto a la nacionalidad del perjudicado como requisito de la protección diplomática, es posible decir que, según una norma consuetudinaria general, reiterada por la jurisprudencia internacional; en principio, un Estado sólo puede ejercer la protección diplomática de sus nacionales. En palabras del Tribunal de La Haya, “en ausencia de acuerdos particulares, es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de protección diplomática”.²⁴

Acuerdos particulares son los que se prevén, por ejemplo, en el importante Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea. Firmado el 09 de febrero de 1992 entre los doce Estados miembros de la Comunidad Europea y entrado en vigor el 01 de noviembre de 1993, una disposición relativa a la ciudadanía europea contempla la posibilidad de ejercicio de la protección diplomática – y también consular – de un nacional de alguno de los Estados miembros por otro Estado miembro distinto al de su nacionalidad si el Estado del que es ciudadano no posee representación diplomática u oficina consular en un tercer Estado en cuestión. Pero, como el ejercicio de semejante protección requiere asentimiento del tercer Estado, existirá la necesidad de entablar las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.

²³ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 268.

²⁴ CPJI, Serie A/B, n. 76, p. 16-17.

No obstante, por exigencias elementales de la seguridad jurídica, la nacionalidad del perjudicado está sujeta a una serie de condiciones de continuidad: se requiere por lo pronto tal nacionalidad en el momento de producirse el daño, debiendo continuar la misma en el momento en que se ejercite la protección diplomática. Si el recurso de protección diplomática es procedente ante jurisdicción internacional, deberá conservarse, entonces, la misma nacionalidad hasta el momento en que se dicte sentencia.

Puede ser que el particular perjudicado tenga doble nacionalidad, situación que presenta problemas específicos: si la doble nacionalidad es la del Estado reclamante y la del Estado reclamado, éste último puede oponerse, con fundamento, a la concesión de la protección diplomática, como lo reconoce el art. 4º de la Convención de La Haya de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes de nacionalidad. Esta situación se contempló en el caso *Canevaro*, resuelto por el Tribunal Permanente de Arbitraje en 1912: se trataba de un individuo italiano de origen que se trasladó al Perú donde, sin perder la primitiva nacionalidad, adquirió la nueva según su domicilio. Más tarde, el Gobierno italiano intentó la protección diplomática de dicho sujeto frente al Perú, ante lo que el Tribunal declaró que la protección no era admisible, fundándose en el criterio de la nacionalidad efectiva, que, en este caso, era la peruana, pues el interesado vivía en el Perú y allí había sido incluso candidato a elecciones locales además de haber presentado un pedido de autorización al gobierno peruano para ser nombrado cónsul honorario en los Países Bajos.

Supuesto distinto es aquel en que la doble nacionalidad es la del Estado que ejerce la protección diplomática y la de un tercer Estado que no es el reclamado. De todas maneras, la jurisprudencia se ha guiado en esos casos también por el criterio de la nacionalidad efectiva.

En los supuestos de adquisición de la nacionalidad por naturalización se sigue el mismo criterio ya explicado y sentencia ilustrativa a este respecto es la dictada por el Tribunal de La Haya en 1955 en el caso *Nottebohn*. Se trataba entonces de un ciudadano alemán de origen que a muy corta edad se traslada a Guatemala, donde fija domicilio efectivo. Poco tiempo antes de que empezara la Segunda Guerra Mundial adquiere de manera anómala la nacionalidad del Principado de Liechtenstein. Cuando después de finalizada la guerra, Liechtenstein por intermedio de la Confederación Suiza, intenta la protección diplomática del particular frente a Guatemala, el Tribunal de La Haya la declara inadmisibles, porque la naturalización no respondía a los requisitos de la nacionalidad efectiva, esto es a “un vínculo jurídico que tiene por fundamento un hecho

social de relación, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes".²⁵

Otro ejemplo figurativo y que nos toca más de cerca es el del traficante de armas sirio Monzer Al Kassar, a quien, habiendo obtenido la ciudadanía argentina en tiempo récord a principios de los años 90,²⁶ se le negó la concesión de la protección diplomática por "nacionalidad no efectiva". Este viejo conocido del menemismo fue uno de los representantes de la frustrada venta de seis submarinos por 1.200 millones de dólares a Taiwán. Habría sido luego el intermediario oculto de la venta de aviones Pucará al Estado de Sri Lanka, y el comprador de un cargamento de pistolas a Fabricaciones Militares que nunca retiró (Clarín, 22 de julio de 2001).

También las personas jurídicas, especialmente las sociedades civiles o comerciales, una asociación sin fines de lucro, una corporación de derecho público, una universidad; pueden ser víctimas de una violación del Derecho Internacional y necesitar, por tanto, de la protección diplomática del Estado de su nacionalidad.

La primera cuestión que surge al respecto es la de determinar cuál será el criterio decisivo para identificar la nacionalidad de la persona ideal o jurídica. En la doctrina se han tenido en cuenta, mayoritariamente, dos criterios: para el primero es determinante el control real de la sociedad, o lo que es lo mismo, la nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas. Conforme al segundo, el factor decisivo es la legislación que ha presidido la constitución de la sociedad, es decir, el marco legal que ha habilitado la conformación del estatuto, que

²⁵ CIJ, Rec., 1955, p. 20.

²⁶ La nacionalidad argentina por naturalización (art. 2º de la ley n. 346, decreto reglamentario n. 3.213/84) se concede normalmente al extranjero mayor de 18 años que, habiendo residido en la República por un mínimo de dos años, manifieste ante un juez federal de sección su voluntad de adquirirla. El período mínimo de dos años puede ser reducido en ciertos casos, por ejemplo, si el aspirante ha desempeñado con honradez empleos en la administración pública nacional, provincial o municipal; o servido en las fuerzas armadas argentinas o bien haber asistido a una acción de guerra en defensa de la Nación, o tener cónyuge o hijo argentino nativo, etc.

Existen una serie de impedimentos para adquirir la nacionalidad por naturalización, pero "no podrá negarse la ciudadanía por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales" (art. 1º, ley n. 20.835).

coincide, normalmente, con el lugar de su sede. El Tribunal de La Haya ha dado preferencia a este segundo criterio, que, a su juicio, constituye la regla tradicional en la materia, nos comenta Pastor Ridruejo.

Para resumir, el doctor Barboza nos trae a colación cinco criterios que Schwarzenberger²⁷ considera esenciales tener en cuenta para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas:

- √ la sede social;
- √ el domicilio;
- √ el país de constitución de la persona moral;
- √ el control;
- √ el interés beneficiario;

Problema diferente es el de la protección diplomática de los accionistas de una sociedad que tienen una nacionalidad distinta a la de ésta. Habrá que distinguir dos situaciones básicas: primero, perjuicios en los intereses de los accionistas resultantes de los daños causados directamente a la sociedad; segundo, daños causados directamente a los accionistas, como expropiación de acciones, impedimentos en el ejercicio de sus derechos, entre otros.

En el primer supuesto, sólo el Estado de la nacionalidad de la sociedad puede ejercer la protección diplomática. Ello resulta claramente de la sentencia del Tribunal de La Haya de 1970 en el caso *Barcelona Traction*, en el que Bélgica reclamaba a España una reparación por los perjuicios que sufrieron accionistas belgas como consecuencia de los daños sufridos por la sociedad canadiense por presuntos actos ilícitos de autoridades judiciales y administrativas españolas. El Tribunal rechazó la demanda por estimar que Bélgica carecería de *ius standi*.

Si la sociedad canadiense hubiese desaparecido, ningún Estado podría ejercer la protección diplomática; aunque cabe sostener la posibilidad de protección independiente de los accionistas por el Estado de su nacionalidad.

En fin, si la sociedad perjudicada tiene la nacionalidad del Estado autor del acto ilícito, hay que admitir la posibilidad de la protección diplomática de los accionistas por el Estado de su nacionalidad, sob pena de caer en un estado de auténtica indefensión.

²⁷ BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*, p. 618-619.

Si se causaron daños directamente a los accionistas como tales, es lógico pensar que sea posible en tal supuesto la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, cuestión reconocida, en el mismo caso, de *Barcelona Traction*.

Siguiendo con otro punto importante, es preciso aclarar que una regla consuetudinaria de Derecho Internacional muy consolidada es que los particulares perjudicados deben agotar los recursos internos del Estado demandado para que sea viable la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Antes de recurrir a la jurisdicción internacional, se ha considerado imperioso que el Estado infractor pueda remediar la lesión efectuada al particular en el marco de su ordenamiento jurídico interno.

El fundamento de esta regla fue puesto de relieve por el Gobierno español en el caso ya mencionado, manifestando la idea de respeto a la soberanía e independencia de los Estados y, más particularmente, de su poder jurisdiccional, cuyos actos se presumen conformes al Derecho Internacional. La instancia internacional ante la que se reclama presume, en efecto, que las autoridades judiciales de un país ejercen su actividad de conformidad con el Derecho Internacional y no reconoce su propia competencia más que si se le aportan pruebas en contrario. Pruebas que también requieren el agotamiento por parte de los particulares de los recursos internos del país demandado. Como ha dicho el profesor Jiménez de Aréchaga, el ejercicio prematuro de la protección diplomática que no diese oportunidad a los órganos del Estado demandado para hacer justicia, constituiría una afrenta a su soberanía e independencia.²⁸

Esta regla antes descripta alcanza a todo tipo de reclamaciones internacionales. No sólo a las que se entablen ante un órgano judicial o arbitral, sino también a las que se presenten ante una comisión de conciliación o de cualquier otro modo. Como ha dicho el Tribunal de La Haya, "(...) cualquier distinción entre las diversas reclamaciones o los diversos tribunales, en lo que respecta a la regla del agotamiento de los recursos internos, es infundada."²⁹

Queda, por último, la cuestión de si hay obligación de agotar los recursos internos cuando el sistema jurídico del Estado reclamado no ofrece las garantías elementales de una adecuada administración de justicia. Para Pastor Ridruejo,

²⁸ Citado por PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, p. 272.

²⁹ CIJ, Rec., 1953, p. 29.

la respuesta correcta la ha dado una resolución del Instituto de Derecho Internacional cuando condiciona la aplicación de la regla a la existencia en el Derecho interno del Estado reclamado de recursos verosíblemente eficaces y suficientes.

Para ir finalizando, deseo comentar que la conducta incorrecta del particular tiene incidencia sobre el fondo de la reclamación, porque un acto presuntamente ilícito podía verse justificado por el comportamiento ilegal o fraudulento del particular. Y también sobre la cuantía de la reparación, ya que si una parte de los daños derivan de la conducta del particular y no del hecho ilícito internacional, tales daños deberían ser descontados de la reparación. En este punto, volvemos a lo que tratamos al principio de esta parte del trabajo, en que comentábamos la libre disponibilidad por parte del Estado de la reparación obtenida. En esta última parte del presente informe se tratarán las diferencias de la protección y asistencia consular con la protección diplomática ya desarrollada.

De la protección de los intereses de los particulares nacionales de un Estado en el extranjero no sólo se ocupan las misiones diplomáticas, sino también las oficinas consulares. Por ello en principio se habla conjuntamente de ambas protecciones sin grandes distinciones. Entre las funciones consulares están las de asistencia a los nacionales en el extranjero.

La protección diplomática consiste en una *reclamación en solicitud de una reparación por los daños causados, no susceptibles de indemnización por vía de la legislación interna; que haya sufrido un nacional como consecuencia de un hecho ilícito internacional de otro Estado. La protección diplomática la ejerce el Estado de la nacionalidad del particular dañado, pero es el Derecho interno de aquél el que determina qué órgano de dicho Estado de la llevará a cabo.* Normalmente, tal órgano es el Gobierno a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, pero la gestión concreta de la reclamación la efectúa alguno de los departamentos centrales del ministerio ante la misión diplomática del Estado autor del acto ilícito, o bien la misión diplomática del Estado reclamante ante el Gobierno del Estado infractor del Derecho Internacional.

La protección consular consiste también en una reclamación contra las consecuencias de un acto de un órgano del Estado infractor que sea contrario al Derecho Internacional o a su Derecho interno, y la presenta el funcionario consular que sea jefe de la respectiva oficina, generalmente por su propia iniciativa, aunque sometido siempre a las instrucciones y orientaciones de su

Gobierno. Pero 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, que puede ser un órgano local del Estado, competente dentro de la jurisdicción consular, o un órgano de entes o autoridades territoriales e incluso, según tendencia reciente que recoge el art. 38 de la Convención de Viena del 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares, un órgano central del Estado receptor, “siempre que sea posible y en la medida en que lo permitan sus leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes”. En todo caso, para que sea admisible la protección consular *no se requiere el previo agotamiento de los recursos internos del Estado infractor*. Ello resulta de la propia esencia de la protección consular, que se ejerce ante órganos cuyas resoluciones no son normalmente definitivas ni susceptibles de recursos.

Junto a la protección consular existe también la llamada *asistencia consular*. Precisamente, cuando el art. 5º de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares enumera las funciones consulares, incluye entre ellas la genérica de prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado, y otras de auxilio en casos específicos (menores o incapaces, caso de sucesión *mortis causa*, supuesto de comparecencia en juicio, etc.). El rasgo esencial entonces de la función consular de asistencia a nacionales en el exterior es que para que tenga lugar la asistencia sólo se exige la situación de necesidad o desgracia del ciudadano en otro suelo y no una violación del Derecho interno o del Derecho Internacional.

7. CONCLUSIÓN

En atención a la necesidad de no extender excesivamente el presente informe, concluiremos rechazando todos aquellos alegatos en los cuales se manifiesta que el Derecho Internacional Público se ocupa únicamente de las acciones de los Estados soberanos y no prevé una esfera de acción en el plano subjetivo de los individuos. Hace mucho que se ha reconocido que el Derecho Internacional impone derechos y obligaciones a los individuos así como a los Estados claro está.

Entendamos, para finalizar, que el individuo no constituye *en sí* sujeto de Derecho Internacional, sino en la medida en que se ve embestido por éste con “poderes” o facultades para accionar en el plano objeto de este trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA

BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.

COSTA, L. A. Podestá; RUDA, José M. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: TEA, 1988, t. I.

HUBENĀK, Lilia A. Rodríguez Velázquez de. *Derecho internacional público, digestos de legislación internacional*. Buenos Aires: A-Z Ed., 1993, t. I (fuentes y sujetos de la comunidad internacional).

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

RODRÍGUEZ, Rogelio Moreno. *Diccionario jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 1998.

SAGÜÉS, Néstor P. *Elementos de derecho constitucional*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999, t. I-II.