

ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

FAROUK GARFE JARUFE

Universidad Católica de Valparaíso

El Derecho Internacional Público reconoce y consagra ampliamente el principio de la independencia política de todos los Estados, lo que implica, entre otros efectos, que cada Estado tiene la facultad de ejercer, en las condiciones y con las excepciones que establece el ordenamiento jurídico internacional, las competencias que le son propias, en forma exclusiva y sin que se admitan injerencias o intervenciones externas. Los extranjeros residentes quedan sometidos, en términos generales, a las leyes del país de la residencia y sometidos a la jurisdicción de sus tribunales y autoridades. La condición jurídica de éstos es regulada por la legislación nacional que debe reconocerles un *mínimum* de derechos establecidos por el Derecho Internacional, positivo y consuetudinario, aunque pueden imponerse algunas restricciones discriminatorias en relación con los nacionales, siempre y cuando el *mínimum* referido no sea vulnerado. Ejemplos clásicos de limitaciones permisibles son los que se refieren al dominio privado de zonas fronterizas y al ejercicio de derechos políticos.

A su vez, los Estados poseen respecto de sus nacionales en el extranjero la facultad de exigir al país de la residencia el respeto del *mínimo* de derechos (*standard mínimo internacional*), conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico internacional, lo que constituye una limitación de la competencia territorial estatal que, incluso, podría eventualmente significar un tratamien-

to preferencial para el extranjero respecto del propio nacional, aunque ello, como lo veremos oportunamente, fue objeto de ardua polémica.

Este derecho del Estado de la nacionalidad ha sido reconocido ampliamente por la doctrina y recogido en una abundante jurisprudencia internacional. Así, en el caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional declaró en su sentencia de 24 de agosto de 1924, que: "Es un principio elemental de Derecho Internacional el que el Estado tiene derecho a proteger a sus súbditos cuando se le ocasionen daños por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del cual no ha sido posible obtener una satisfacción por las vías ordinarias" ¹.

Similar derecho al ejercicio de la protección diplomática le ha sido reconocido a las organizaciones internacionales dotadas de subjetividad jurídica internacional. En su opinión consultiva sobre "Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas", de 11 de abril de 1949, la Corte Internacional de Justicia opinó por unanimidad que: "...en el caso de que un agente de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus funciones, sufra un daño en condiciones de naturaleza a comprometer la responsabilidad de un Estado Miembro de la Organización, ésta tiene calidad para presentar contra el Gobierno de iure o de facto responsable una reclamación internacional con vistas a obtener la reparación de los perjuicios causados a las Naciones Unidas" ². Asimismo, se explicitó que este derecho era procedente respecto de Estados no miembros de la Organización y, por mayoría de once votos contra cuatro, que ésta poseía calidad para presentar "...una

¹ T. P. J. I. Sr. A, N° 12, p. 12.

² CORRIENTE CÓRDOBA, José A., "Textos de Derecho Internacional Público", Tomo I, págs. 408 y siguientes. Ediciones Universidad de Navarra S.A., España, 1973.

reclamación internacional con vistas a obtener la reparación de los daños causados a la víctima o a sus causahabientes”, tanto respecto de un Estado miembro como no miembro de la O.N.U.

Por analogía debemos extender la aplicación del criterio anterior a otras organizaciones internacionales que posean personalidad jurídica internacional ya que las mismas razones expuestas en el largo análisis contenido en la opinión consultiva le son aplicables en su integridad.

Sin embargo, debemos precisar que esta protección se fundamenta en la “calidad de agente de la Organización” de la persona lesionada, por lo que tiene un carácter “funcional”, no descansando, en consecuencia, en el vínculo de la nacionalidad. Ello puede implicar en la práctica el ejercicio de protecciones concurrentes por parte del Estado de la nacionalidad y la Organización. La Corte Internacional de Justicia manifestó al respecto que no existe regla de Derecho que atribuya una prioridad a uno o a otro o que obligue a uno de ellos a abstenerse de presentar una reclamación internacional, manifestando que las partes podrían “... encontrar soluciones inspiradas en la buena voluntad y el buen sentido...”, para lo cual proponía una convención general o acuerdos suscritos en cada caso. Asimismo, señalaba que: “Aunque las bases de las reclamaciones sean distintas, ello no significa que el Estado demandado pueda verse constreñido a pagar dos veces la reparación debida en razón del daño. Los tribunales internacionales conocen bien el problema que plantea una reclamación en la que están interesados dos o varios Estados nacionales y, en semejante caso, saben cómo proteger al Estado demandado”³.

Finalmente, el Derecho Internacional consagra el derecho de cada Estado a proteger a sus funcionarios diplomáticos y consulares, aunque su fundamento ra-

³ CORRIENTE CÓRDOBA, José A. (Nº 2), p. 417.

dica, en este caso, en el carácter representativo de aquéllos. Es lo que la doctrina denomina como protección especial.

I. FUNDAMENTO

Tradicionalmente se ha fundamentado el derecho a la protección diplomática en la "norma internacional de justicia" o "standard mínimo de justicia" exigido por el Derecho Internacional. Esta noción implica que todo Estado debe otorgar o reconocer a los extranjeros un minimum de derechos establecidos por el ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, el concepto mismo de "standard mínimo de justicia" (international standard of justice) no ha sido definido en ningún instrumento positivo y, como expresa un autor, "...intrínsecamente ha adolecido siempre de un defecto fundamental: su vaguedad e imprecisión ostensibles. Jamás ninguno de los organismos internacionales que la han aceptado y aplicado han podido definirla, o al menos no han intentado hacerlo, o cuando lo han ensayado han tenido poco éxito. Simplemente se han limitado a mencionarla para fundar en ella su decisión o aplicarla a situaciones concretas que han querido generalizar por vía de la inducción"⁴.

El contenido de las reglas que conforman la norma internacional de justicia fue y ha sido debatido ampliamente, y en esta discusión han influido intereses de diversa naturaleza. Empero, existió un consenso en aspectos determinados del tratamiento que se debe a los extranjeros, no dudándose de la responsabilidad del Estado cuando se ocasionaban daños por infracción a ciertas normas mínimas aceptadas por la doctrina y

⁴ GARCÍA AMADOR, F. V., *Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad*, p. 88, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, España, 1963.

jurisprudencia y aun en algunos textos positivos. En todo caso, competía a la justicia internacional, especial importancia histórica tuvo la arbitral, la determinación sobre si se había violado o no ese standard mínimo exigido internacionalmente. Akehurst señala que: "Algunas de las reglas que incluye el standard mínimo internacional pueden ser más ampliamente aceptadas que otras. Por ejemplo, no parece posible negar que un Estado incurre en responsabilidad en caso de muerte, prisión o malos tratamientos físicos infligidos a un extranjero, o por la expoliación o daños a sus bienes, a menos, naturalmente, que el Estado pueda invocar alguna circunstancia que justifique el acto, como el que fuere necesario para el mantenimiento del derecho y el orden (detención y castigo de delincuentes, utilización de la fuerza para evitar disturbios, etc.)"⁵.

Refiriéndose a Estados en los cuales los tribunales son órganos del poder político, un autor latinoamericano señalaba recientemente que: "La situación jurídica del extranjero acusado o condenado por los tribunales de estos países de régimen político y jurídico especial, tendrá que analizarse, por lo tanto, a la luz de las circunstancias particulares del Estado en cuestión. La Protección Diplomática no puede llegar hasta el extremo de oponerse al funcionamiento de tribunales creados bajo un régimen de leyes de un Estado soberano para decidir sus propios destinos; lo que no impide sostener que es de todas maneras necesario considerar obligatorios para todos los Estados, cualquiera que sea su régimen político, económico o social, los principios mínimos de justicia consagrados en el Derecho Internacional, tanto el positivo como el consuetudinario. Debe existir la convicción de que, en todas partes, la persona

⁵ AKEHURST, Michael, *Introducción al Derecho Internacional*, p. 145, Alianza Editorial, Madrid, España, 1972.

humana es acreedora a su dignidad, a la vida y a sus derechos esenciales" ⁶.

Sin embargo, el ejercicio abusivo de la protección diplomática por Estados Unidos y algunas potencias europeas condujo a los países latinoamericanos a sostener el principio de la igualdad de trato de nacionales y extranjeros, en virtud del cual estos últimos no podían exigir un trato mejor que el que la Constitución y legislación internas concedían a los primeros. Este principio se opuso al del standard mínimo internacional y fue objeto de numerosas declaraciones, convenios y resoluciones de las conferencias internacionales americanas que se celebraron a partir de 1889. Aceptar lo contrario, se afirmaba, implicaría una discriminación en favor de los extranjeros, situación inadmisibles. Debido a ello, se reafirmó como principio de Derecho Internacional "la igualdad civil del extranjero con el nacional como límite máximo de protección a que puede aspirar aquél en las legislaciones positivas de los Estados" ⁷.

Se planteó de esta manera una suerte de oposición entre el standard mínimo internacional y la igualdad de trato, la que a nuestro juicio sólo debió circunscribirse a determinados aspectos y contenidos de la primera, ya que las constituciones y legislación nacional de los Estados latinoamericanos consagraban la casi totalidad de los derechos y garantías individuales exigidos por el standard mínimo internacional, aunque en la práctica numerosas veces no se respetaran, por lo que la oposición a que hemos hecho referencia no se encontraba ya exclusivamente en el plano jurídico, sino en el de las realidades políticas concretas.

La tesis predominante fue, sin embargo, tal como lo expresó Freeman, la que: "...el trato dado a un

⁶ VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo, *La Protección Diplomática en la Teoría y la Práctica Contemporánea*, Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional, p. 510, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 1979.

⁷ Resolución de la Séptima Conferencia Internacional Americana.

extranjero no debe determinarse exclusivamente por referencia a las disposiciones de una ley interna, sino directamente de acuerdo con las exigencias internacionales”⁸.

Ejemplificando extremadamente, debemos expresar que si la legislación interna de algún Estado autorizara a encarcelar sin expresión de causa a los nacionales, a torturarlos o someterlos a apremios ilegítimos y a darles muerte sumaria, ello no significa que idéntica actitud pueda adoptarse con los extranjeros residentes, ya que éstos podrían recurrir a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad toda vez que esas conductas se oponen al standard mínimo internacional. En la jurisprudencia arbitral se acogió ampliamente esta posición⁹.

Coincidimos con la opinión que estima que en la actualidad el reconocimiento universal de los derechos humanos a través de múltiples y variados instrumentos internacionales, ha superado el antiguo antagonismo entre los principios del standard mínimo internacional y la igualdad de trato. Tal como expresa García Amador, “... el reconocimiento internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye precisamente la síntesis de esos principios. En efecto, cuando se leen los instrumentos que han consagrado ese

⁸ Citado por Hildebrando ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo I, pág. 348, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

⁹ Así, en el caso “Harry Roberts (U.S.A.) v. United Mexican States”, la Comisión General de Reclamaciones mexicano-norteamericana declaró que: “Facts with respect to equality of treatment of aliens and nationals may be important in determining the merits of a complaint of mistreatment of an alien. But such equality is not the ultimate test of the propriety of the acts of authorities in the light of international law. The test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment” (“Reports of International Arbitral Awards”, Vol. IV, pág. 80, United Nations, 1952).

reconocimiento internacional, así como las dos grandes Declaraciones y demás instrumentos que definen esos derechos y libertades, se advierte que en todos se garantiza una protección que sobrepasa el mínimo de protección que se proponía asegurar al extranjero la "norma internacional de justicia". Asimismo, cualquiera de ellos revela que en ninguna hipótesis los extranjeros disfrutaban de una condición jurídica más favorable que la que se confiere al nacional. En realidad, la idea de la igualdad de derechos y libertades constituye la esencia misma de todos esos instrumentos" ¹⁰.

II. NATURALEZA JURIDICA

La protección diplomática tiene por finalidad obtener una justa reparación por los daños que ha sufrido un súbdito con motivo de la infracción por el Estado de la residencia de una obligación internacional que ha causado a aquél un perjuicio en sus bienes o persona.

Sin embargo, el ejercicio de la protección diplomática constituye una facultad discrecional del Estado ya que se considera que es su derecho el que reclama y, ante el Derecho Internacional, no existe la obligación de ejercerla. La jurisprudencia internacional lo ha señalado así en forma uniforme. En el caso *Mavrommatis*, antes citado, se declaraba que: "... Al hacerse cargo del caso de uno de sus súbditos, y al recurrir a la acción diplomática o a un procedimiento judicial internacional en su nombre, el Estado se encuentra realmente afirmando sus propios derechos, su derecho de garantizar en la persona de sus súbditos, el respeto de las reglas de derecho internacional. Por tanto, la cuestión de si esta disputa tiene su origen en un daño infligido a un interés privado, lo que en realidad constituye la cuestión de hecho en muchas disputas internacionales, carece de

¹⁰ GARCÍA AMADOR, F. V. (Nº 4), pág. 90.

trascendencia desde este punto de vista. Cuando un Estado se ha hecho cargo de un caso en nombre de uno de sus súbditos, ante un tribunal internacional, a juicio de éste, el Estado es el único reclamante”¹¹.

Posteriormente, y en el caso del Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis, el 28 de febrero de 1929, el mismo Tribunal Permanente de Justicia Internacional reiteraba que: “...tomando en sus manos el caso de uno de sus nacionales, poniendo en movimiento a favor suyo la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer su propio derecho, el derecho internacional”¹².

La posición del individuo que demanda protección diplomática del Estado de su nacionalidad dependerá del derecho interno de éste. La legislación positiva nacional, salvo contadas excepciones, no contiene normas sobre esta materia¹³.

Ante la ausencia de una reglamentación interna que faculte al individuo perjudicado para exigir de su Estado la protección diplomática, algunos autores han señalado que ello constituye un deber moral del Estado respecto de sus administrados, aunque no le otorgan a este deber relevancia alguna en el orden jurídico internacional¹⁴.

¹¹ T. P. J. I. (Nº 1).

¹² T. P. J. I., Serie A/B, núm. 76, p. 16.

¹³ La Constitución alemana de Weimar, de 1919, señalaba en el párrafo 2º de su artículo 112 que: “Frente al extranjero todos los súbditos del Reich, tienen derecho a su protección...”.

¹⁴ Ver, por ejemplo, obras citadas por GARCÍA AMADOR y ACCIOLY, págs. 77 y 426, respectivamente. Por otro lado, KELSEN cita en su obra *Principios de Derecho Internacional Público*, Librería “El Ateneo”, Editorial, Argentina, p. 213, una interesante sentencia de la Corte Federal Suiza, en la que se afirma, en parte, que: “Desde el punto de vista del derecho constitucional interno, la protección diplomática es también una obligación administrativa generalmente para con los nacionales que han sufrido daños... Tal protección es parte de la administración del Estado. Todos los ciudadanos tienen derecho a ella bajo iguales condiciones y en la misma medida...”. Finalmente, RUSSEAU comenta que:

En un fallo, relativamente reciente, pronunciado en el caso de la "Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited", de 5 de febrero de 1970, la Corte Internacional de Justicia, ratificando la posición tradicional, declaraba sobre este punto lo siguiente:

a) *"Un Estado, dentro de los límites fijados por el Derecho Internacional, puede ejercer su protección diplomática por los medios y en la medida que estime apropiados, ya que es su derecho propio el que alega ..."*.

b) *"... Si las personas físicas o morales por cuenta de las cuales actúa, estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en Derecho Internacional. Con el fin de defender su causa y obtener justicia, no pueden sino apelar al derecho interno, si éste les ofrece los medios para ello. El legislador puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede también conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esa obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones. Pero todas esas cuestiones son de la competencia del Derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional ..."*.

c) *"... El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concederá su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, en particular de orden político, ajenas al presente asunto. No siendo su demanda idéntica a la del particular o de la sociedad cuya*

"... la jurisprudencia francesa, en este punto, es muy clara: el Consejo de Estado considera como actos de gobierno, no susceptibles de ser recurridos por vía contenciosa, todos los que se refieren a la protección diplomática" (Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1961, pág. 316).

causa abraza, el Estado goza de una total libertad de acción” ¹⁵.

La reclamación del Estado, en consecuencia, difiere de la del particular ofendido o perjudicado, ya que tiene un carácter público y se desarrolla en el plano de las relaciones interestatales.

El Estado al decidir ejercer la protección diplomática hace suya la reclamación, transformándose en parte del litigio. La persona directamente afectada, salvo casos hasta el momento excepcionales, queda marginada. Como advierte Rousseau, “... cuando el Estado endosa una reclamación, la hace suya; lo que era un caso individual se convierte en asunto nacional. Ello da la exacta medida de la importancia de la protección diplomática, especie de plataforma giratoria que desvía el litigio de la esfera interna a la internacional y convierte la primitiva relación, de individuo perjudicado a Estado responsable, en una relación de Estado reclamante a Estado responsable” ¹⁶.

Obviamente, dado su carácter público, el ejercicio de la protección diplomática se encuentra supeditado, además de las debidas consideraciones jurídicas, a los intereses del propio Estado eventualmente reclamante y en las decisiones que deban adoptarse influirán factores de diversa naturaleza.

Pero quizás la principal crítica que podamos formular diga relación, en lo atingente a su naturaleza jurídica, a que la posición ampliamente predominante obedece a una concepción tradicional de los sujetos del Derecho Internacional Público, que reconoce la condición de tales sólo a los Estados y organizaciones interestatales, hoy ya superada por el reconocimiento universal de los derechos del hombre y la creación de

¹⁵ Corte Internacional de Justicia, fallo publicado en la Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, 1970, p. 629, Vol. XXIII, Núm. 2-3.

¹⁶ RUSSEAU, Charles (Nº 14), p. 360.

algunas instancias, limitadas aún, ante las cuales los individuos pueden recurrir demandando cierta protección. No se ha obtenido, en el actual estado de desarrollo del Derecho Internacional, la adopción de mecanismos protectores internacionales suficientes y eficientes, pero la evolución acelerada que este ordenamiento jurídico está experimentando en todo sentido nos conduce necesariamente a la conclusión de que la protección diplomática, en los términos que ha sido concebida, sufrirá en el futuro una profunda transformación.

III. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

Además de los requisitos generales que deben concurrir para que se origine responsabilidad internacional, el ejercicio de la protección diplomática exige la concurrencia copulativa de las siguientes condiciones: a) Que el perjudicado sea nacional del Estado reclamante; b) Que se hayan agotado todos los recursos internos por parte de dicho nacional, y c) Que éste haya tenido una conducta correcta (clean hands).

Analizaremos a continuación algunos de los aspectos a nuestro juicio más interesantes de estas condiciones.

1. NACIONALIDAD

El individuo perjudicado debe tener la nacionalidad del Estado que ejerce la protección diplomática. La existencia del vínculo de nacionalidad entre ambos es una condición de cuya concurrencia depende la procedencia de la reclamación. Esta exigencia armoniza plenamente con la concepción tradicional de la naturaleza jurídica de la protección diplomática y ha sido objeto de una abundante jurisprudencia internacional. Así en el asunto del Ferrocarril de Panevezys-Saldutiskis, el Tribunal

Permanente de Justicia Internacional, en 1939, declaró que: "... es el lazo de nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de protección diplomática". Luego la sentencia señalaba: "Cuando el daño ha sido causado a un nacional de un tercer país, una reclamación en razón de este daño no entra en el dominio de la protección diplomática que puede acordar el Estado y no podrá motivar una reclamación que el Estado tenga derecho a endosar"¹⁷.

Este principio sólo acepta muy limitadas excepciones originadas en el derecho convencional, o sea acuerdos específicos de las partes en contrario, y en la procedencia de la reclamación respecto de los individuos "protegidos" (caso de los habitantes de territorios bajo mandato, protección o administración y respecto de los cuales el Estado protector, mandatario o administrador podía ejercer la protección diplomática), situación que hoy ha perdido su anterior vigencia por razones históricas.

La Corte Internacional de Justicia sostuvo en su sentencia sobre el caso *Nottebohm*, el 6 de abril de 1955, la tesis de la "efectividad de la nacionalidad" por sobre una concepción más bien formalista de este requisito. El Tribunal manifestó que: "*Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una efectiva solidaridad de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se confiere, sea directamente por la ley, sea por un acto de autoridad, está, de hecho, más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la ha conferido que a la de cualquier otro. Conferida por un Estado, no le otorga un título para ejercer la protección frente a otro Estado*

¹⁷ T. P. J. I. (12).

más que si ésta traduce en términos jurídicos la vinculación del individuo considerado al Estado del cual se ha hecho nacional"¹⁸. Basada en el principio enunciado, la Corte declaró inadmisibles las reclamaciones.

Creemos, sin embargo, que este fallo, que ha sido objeto de serias críticas, tiene un carácter excepcional y que la solución adoptada en esta ocasión no ha encontrado mayor acogida, bastando, en consecuencia, la sola concurrencia del vínculo de nacionalidad y los demás requisitos enunciados, para que se origine el derecho a interponer una reclamación, sin que sea admisible el cuestionamiento de su efectividad. Aceptar lo contrario implicaría introducir un elemento de inestabilidad en el ejercicio de la protección diplomática.

En la práctica internacional se han suscitado numerosos problemas en relación a la concurrencia de este requisito, especialmente en aquellos casos en que se ha producido un cambio de nacionalidad. Un examen de la doctrina sobre esta materia nos indica que la opinión mayoritaria se inclina por la tesis de exigir la existencia de la nacionalidad al momento de producirse la acción u omisión ilícitas que origina responsabilidad ("a claim must be national in origin"), la que debe continuar al menos hasta que se interponga la correspondiente reclamación, todo ello salvo acuerdo de las partes en contrario. Así, en el caso *F. W. Flack* (1929), la Comisión británico-mexicana declaró que: "... la reclamación debe basarse en el daño u ofensa que se ha inferido al ciudadano del Gobierno demandante, y que el derecho a reclamar lo conserven sin interrupción los ciudadanos de ese Gobierno hasta que se presente la reclamación ante la Comisión"¹⁹.

En el caso de doble nacionalidad, se acepta que cualquiera de los Estados de la nacionalidad del perjudicado pueda presentar una reclamación ante un tercer

¹⁸ C. I. J. Recueil, 1955, p. 23.

¹⁹ Citado por GARCÍA AMADOR (Nº 4), pág. 386.

Estado, pero no ante el Estado de la otra nacionalidad. El artículo 4º de la Convención sobre Ciertas Cuestiones Relativas a los Conflictos de Leyes de Nacionalidad, aprobada en la Conferencia de La Haya, de 1930, establecía que: *"Ningún Estado puede extender su protección diplomática a uno de sus nacionales frente a otro cuya nacionalidad también posea la persona en cuestión"*.

En su opinión consultiva sobre "Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas", la Corte Internacional de Justicia reafirmó este principio al expresar que: *"La práctica generalmente admitida según la cual un Estado no ejerce su protección en beneficio de uno de sus nacionales frente a un Estado que considera a aquél como su propio súbdito..."*²⁰.

Como una consecuencia de lo expresado, se debe concluir que los apátridas no pueden ser objeto de protección diplomática ya que carecen de un Estado de la nacionalidad que pueda ejercer este derecho en su favor, sin perjuicio de la aplicación de otras normas convencionales que tiendan al amparo de sus derechos.

En cuanto a la prueba de la nacionalidad, el sistema más adecuado parece ser el permitir a los tribunales internacionales apreciar en cada caso esta prueba, considerando para ello los instrumentos que la acreditan y que emanan del Estado de la nacionalidad.

Los problemas que se plantean en torno a la nacionalidad en relación con la protección diplomática de personas físicas son numerosos y han originado una abundante jurisprudencia, especialmente arbitral. Sin embargo, es respecto de las personas morales o sociedades y de los accionistas de éstas que las dificultades se han multiplicado.

No existe duda alguna de que la protección diplomática puede ejercerse respecto de las personas jurídicas y, entre éstas, las sociedades, aunque la deter-

²⁰ CORRIENTE CÓRDOBA, José A. (Nº 2), pág. 417.

minación de su nacionalidad puede originar algunos conflictos ya que existen diversos criterios sobre la materia y las legislaciones nacionales no son uniformes. Así, encontramos, por ejemplo, que existen normas internas que atribuyen a una sociedad la nacionalidad del Estado bajo cuya legislación se constituyó, la del domicilio y la del control. La práctica internacional se ha inclinado por el primer criterio combinándolo con el de la sede. Ello fue expresamente reconocido por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia pronunciada en el caso de la "Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited", ya citada, al señalar que: *"La norma tradicional atribuye el derecho de ejercer la protección diplomática de una sociedad al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su sede. Estos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por muchos instrumentos internacionales. Sin embargo, a veces se consideran como necesarios unos vínculos más estrechos o diferentes para que exista un derecho de protección diplomática. Así, ciertos Estados tienen como práctica conceder su protección diplomática a una sociedad constituida conforme a su ley únicamente cuando el domicilio social, la dirección o el centro de control de dicha sociedad se hallan radicados en su territorio, o cuando la mayoría o una parte sustancial de las acciones pertenece a súbditos suyos. Solamente en estos casos, se ha dicho, existe entre la sociedad y el Estado en cuestión un lazo de conexión efectivo como el que es bien conocido en otros ámbitos del Derecho Internacional. Sin embargo, en el plano particular de la protección diplomática de las personas morales, no ha sido aceptado de manera general ningún criterio absoluto aplicable al nexo efectivo"* ²¹.

La afirmación anterior coincide con la opinión expresada por Reuter en el sentido de que: *"Los Estados se abstienen en general de ejercer la protección diplo-*

²¹ Corte Internacional de Justicia (Nº 15), pág. 627.

mática en favor de una sociedad constituida de acuerdo con su legislación, pero en la que sus nacionales no tienen un interés real"²².

La teoría del control fue aplicada ocasionalmente con motivo de la Primera y Segunda Guerra Mundial, siendo posteriormente rechazada en diversas instancias judiciales.

Una situación diferente y más compleja se configura cuando se pretende ejercer la protección diplomática respecto de los accionistas de una sociedad. Encontramos numerosos fallos arbitrales que han acogido reclamaciones internacionales en favor de accionistas de sociedades de la nacionalidad del Estado reclamado (casos Delagoa Bay Company, Ruden y Compañía, Cerruti y Compañía, Alsop, etc.), aunque la jurisprudencia no ha sido uniforme, ya que existen precedentes arbitrales en sentido contrario (casos Kunhardt, Brewer, Moller Co., etc.). La misma situación se presenta en el caso de reclamaciones efectuadas para proteger accionistas ante un tercer Estado.

Es necesario señalar que del análisis detallado de la práctica internacional y jurisprudencia arbitral habitualmente invocada para afirmar que existe el derecho de ejercer protección diplomática en favor de los accionistas, se desprende que esta práctica y jurisprudencia obedece más bien a casos en que el fundamento de la solución lograda o de la reclamación, respectivamente, obedecen más bien a acuerdos particulares alcanzados por las partes en conflicto y no a una norma de derecho internacional general o común. Sin embargo, sería admisible una reclamación en favor de los accionistas cuando son sus derechos propios los afectados o cuando la sociedad ha perdido su personería. Como expresa Sorensen, "*Puesto que la personalidad jurídica de las sociedades impide la intervención judicial*

²² REUTER, Paul, *Derecho Internacional Público*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1961, pág. 153.

por parte de sus accionistas, la pérdida de su personalidad jurídica removerá ese impedimento. Cuando una compañía ya no se interpone entre los accionistas y el Estado ofensor, aquéllos pueden presentarse como directamente afectados en su derecho de participar en los activos remanentes de la sociedad en liquidación”²³.

Lo anterior no impide que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pueda ejercer la protección diplomática cuando, tal como lo expresamos, sean los derechos propios de éstos los directamente afectados, como sería el caso, por ejemplo, de la dictación de una ley que les impida cobrar sus dividendos.

En el tantas veces citado caso de la “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited”, la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 5 de febrero de 1970, recogió los criterios anteriores. Abundando en consideraciones jurídicas, el Tribunal desestimó la demanda de Bélgica, la que pretendía ejercer un derecho de protección diplomática respecto de accionistas belgas en la sociedad referida, la que se había constituido en Canadá y que había sido declarada en quiebra en España, país en el que desarrollaba sus actividades, alegando la reclamante que los órganos judiciales y administrativos españoles habían incurrido en actos y omisiones contrarios al Derecho Internacional, por lo que “...el Estado español está obligado, respecto de Bélgica, a reparar el perjuicio que de ello ha resultado para los súbditos belgas, personas físicas o morales, accionistas de la Barcelona Traction”. Canadá, como Estado nacional de la sociedad, había iniciado una gestión de protección diplomática ante España, pero no perseveró en ella. La Corte consideró que no había quedado demostrada la legitimación para actuar del Gobierno belga, al que le negó *ius standi*.

²³ SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, pág. 549.

El fallo en alguna de sus partes, a nuestro juicio más importantes, y que reproduciremos textualmente a pesar de su extensión, expresó lo siguiente:

“Aunque la sociedad tenga una personalidad moral distinta, un daño causado a la misma afecta a menudo a sus accionistas. Pero el mero hecho de que la sociedad y el accionista sufran ambos un daño, no implica que los dos tengan derecho a pedir reparación. En efecto, si bien unos daños que lesionan simultáneamente a varias personas físicas y morales resultan de un mismo hecho, no se puede deducir de ello ninguna conclusión jurídica. Un acreedor no tiene en modo alguno derecho a pedir reparación a una persona que, perjudicando a su deudor, le causa una pérdida. En los casos de este tipo, la víctima es afectada indudablemente en sus intereses, pero no en sus derechos”.

“Pero como ha indicado el Tribunal, la prueba de que ha sido causado un perjuicio no basta ipso facto para justificar una reclamación diplomática. Un daño o un perjuicio pueden lesionar a una persona en circunstancias sumamente variadas. Ello no implica en sí la obligación de reparar. La responsabilidad no queda comprometida si resulta afectado un simple interés; sólo queda comprometida si se viola un derecho, de modo que los actos que solamente se dirigen contra los derechos de la sociedad, y sólo a ellos afectan, no implican responsabilidad alguna respecto a los accionistas, aunque sus intereses resulten perjudicados por tales actos.

“47. La situación es diferente si los actos incriminados van dirigidos contra los derechos propios de los accionistas como tales. Es bien sabido que el derecho interno les confiere derechos distintos de los derechos de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho a tomar parte en las Juntas Generales y a votar en ellas, el derecho a una parte del remanente

del activo de la sociedad con motivo de la liquidación. Si se ha menoscabado uno de los derechos propios de los accionistas, éstos tienen un derecho de recurso independiente”.

“...51. En el plano internacional, el Gobierno belga ha propuesto la idea de que es inadmisibles negar al Estado nacional de los accionistas el derecho a ejercer su protección diplomática por la mera razón de que otro Estado posea un derecho correspondiente en lo que concierne a la propia sociedad. En buena lógica y en Derecho estricto, esa forma de presentar la pretensión del Gobierno belga, según la cual éste tiene legitimación activa, postula la existencia del derecho cuya existencia precisamente habría que demostrar. De hecho, el Gobierno belga ha subrayado repetidamente que no existe ninguna norma de Derecho Internacional que niegue al Estado nacional de los accionistas el derecho a ejercer su protección diplomática para obtener reparación a causa de actos ilícitos cometidos por otro Estado contra la sociedad de la cual son accionistas sus súbditos. Al alegar que ese derecho no está excluido expresamente, se implica a contrario que ninguna norma de Derecho Internacional confiere expresamente tal derecho al Estado nacional de los accionistas”.

“...52. Es posible que, en tal o cual ámbito, el Derecho Internacional no ofrezca normas concretas en casos particulares. En el presente asunto, la sociedad contra la cual se cometieron actos calificados como ilícitos es expresamente titular de un derecho, mientras que no está específicamente previsto ningún derecho comparable para los accionistas en lo que concierne a tales actos...”.

“Tan sólo la desaparición de la sociedad en Derecho priva a los accionistas de ejercer un recurso por mediación de la sociedad; únicamente cuando les está cerrada toda posibilidad de esa clase puede plantearse, para

ellos y para su Gobierno, la cuestión de un derecho de acción independiente”.

“...88. De lo ya expuesto más arriba se deduce que, tratándose de actos ilícitos dirigidos contra una sociedad de capitales extranjeros, la norma general de Derecho Internacional sólo autoriza al Estado nacional de dicha sociedad a formular una reclamación”.

“...90. Es por ello que, en el estado actual del Derecho, la protección de los accionistas exige que se recurra a estipulaciones convencionales o a acuerdos especiales concluidos directamente entre el inversor privado y el Estado en que se efectúa la inversión. Los Estados aseguran cada vez más frecuentemente esa clase de protección en sus relaciones bilaterales o multilaterales, ya sea por medio de instrumentos especiales, ya sea dentro del marco de acuerdos económicos de alcance más general”.

“...96. El Tribunal considera que la adopción de la tesis de la protección diplomática de los accionistas como tales, al abrir la vía a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales. El peligro sería tanto mayor cuanto que las acciones de las sociedades con actividad internacional se encuentran muy diseminadas y con frecuencia cambian de manos”²⁴.

Esta sentencia constituyó un aporte jurisprudencial de importancia para resolver los complejos problemas a que ha dado origen la protección diplomática de sociedades extranjeras y accionistas, siendo una contribución de importancia al desarrollo progresivo del Derecho Internacional en numerosos aspectos que no son del caso analizar aquí.

²⁴ Corte Internacional de Justicia, (Nº 15), págs. 594 y siguientes.

2. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Esta exigencia, como condición previa al ejercicio de la protección diplomática, implica que no puede plantearse ninguna reclamación si es que no se han agotado por parte de la persona perjudicada, física o moral, todos los recursos internos contemplados en el derecho nacional del Estado ofensor con el objeto de lograr una adecuada reparación.

En el caso *Interhandel*, la Corte Internacional de Justicia declaró que:

*“La norma que exige el agotamiento previo de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional es una norma bien establecida de Derecho Internacional consuetudinario; esta norma ha sido generalmente observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales cuyos derechos han sido lesionados por otro Estado en violación del Derecho Internacional. En dichos casos se ha considerado necesario que, antes de recurrir a la jurisdicción internacional, el Estado donde se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios en el marco de su ordenamiento jurídico interno”*²⁵.

Obviamente, esta norma se aplica exclusivamente en aquellos casos en que un Estado ejerce su protección diplomática respecto de sus nacionales que han resultado perjudicados por actos u omisiones internacionalmente ilícitos. No rige, por tanto, en aquellos casos en que el ofendido ha sido directamente el Estado reclamante, ya que los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción. En esta situación, la controversia se plantea en el plano de las relaciones interestatales y debe ser resuelta por los medios pacíficos de solución y no a través del ejercicio de la protección diplomática.

²⁵ C.I.J. Recueil 1959, págs. 26 y siguientes.

La norma expuesta es de naturaleza consuetudinaria, aunque también se encuentra contenida en numerosas convenciones bi y multilaterales. Entre ellas cabe señalar el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá, en cuyo artículo VII se establece que: "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". La interpretación y alcances de esta disposición han sido objeto de largo debate en el ámbito interamericano y respecto de ella Estados Unidos de Norteamérica formuló una reserva.

El fundamento del requisito en estudio fue explicado por Borchard con las siguientes palabras:

"Hay diversas razones que justifican esta limitación de la protección diplomática: en primer lugar, se presume que el nacional que va a un país extranjero ha tomado en cuenta los recursos que proporciona la legislación de dicho país para la reparación de los actos lesivos; en segundo lugar, el derecho de soberanía e independencia autoriza al Estado a exigir que sus tribunales actúen libres de injerencias extrañas, pues se presume que éstos son capaces de hacer justicia; en tercer lugar, el Gobierno del país de que es nacional el reclamante debe dar al Gobierno demandado la oportunidad de hacer la reparación con arreglo a sus propios procedimientos, evitando así, en lo posible, toda ocasión de que se suscite una controversia de carácter internacional; en cuarto lugar, cuando el acto lesivo ha sido cometido por un individuo o por un funcionario subalterno, es necesario agotar los recursos del ordenamiento jurídico interno para asegurarse de que el acto lesivo o la denegación de justicia es un acto deliberado del Estado; y en quinto lugar, si se trata de un acto deliberado del Estado, hay

que determinar si éste está dispuesto a rectificar el acto injusto”²⁶.

Existe una abundante jurisprudencia internacional que exige que el agotamiento de los recursos locales debe incluir todos aquellos que ofrece el sistema jurídico interno del Estado ofensor y que la prescindencia de alguno de estos recursos implicaría que ellos no se han agotado y que, en consecuencia, la protección diplomática sería improcedente. En el caso *Ambatielos*, la Comisión Arbitral declaró que: “La norma requiere que se hayan agotado los recursos internos antes de que pueda incoarse una acción internacional. Entre dichos recursos internos figura no sólo la referencia a los tribunales, sino también la utilización de los medios procesales que la legislación interna pone a disposición de los litigantes ante esos tribunales. La totalidad del sistema de protección jurídica previsto por el derecho interno debe ponerse a prueba antes de que un Estado, en cuanto protector de sus nacionales, pueda promover la reclamación en el plano internacional...”²⁷.

Esta regla es sumamente importante en la medida en que significa también un principio de coordinación, a nuestro juicio, entre las jurisdicciones nacionales e internacionales, a partir de la exigencia de su cumplimiento para promover un procedimiento internacional.

La naturaleza de este requisito ha sido y es debatida. Para algunos tratadistas la responsabilidad internacional se originaría en el momento en que se incurrió en una acción u omisión ilícitas y el agotamiento de los recursos internos sólo tendría el carácter de una condición de procedencia de la reclamación internacional, de naturaleza exclusivamente procesal. Para otros, en cambio, ella sería sustantiva y la responsabilidad internacional sólo nacería una vez que se hubieren agotado

²⁶ Citado por GARCÍA AMADOR, (Nº 4), pág. 334.

²⁷ Nations Unies, Recueil des Sentences Arbitrales, Vol. XII, págs. 119 y siguientes.

todos los recursos internos para obtener una reparación. Por último, otros, como Accioly, restan importancia a esta diferente apreciación de la regla. Este tratadista explica que: *“Lo que ahí ocurre, a nuestro entender, es simple cuestión de palabras. Lo que importa saber es cuándo la responsabilidad se vuelve efectiva; cuándo puede, inmediatamente, dar lugar a reparaciones; cuándo puede determinar una intervención diplomática. Ahora bien, si existen recursos locales y éstos no se agotaron todavía, poco importa afirmar que la responsabilidad del Estado ya existe. Porque, de hecho, ella no será efectiva aún: es como si no existiese”*²⁸.

Sin embargo, creemos que la discusión no se circunscribe solamente a la esfera de lo meramente doctrinal ni que ella carezca de relevancia práctica. Al contrario, estimamos que adoptar una u otra posición puede producir, eventualmente, importantes consecuencias como, por ejemplo, decidir la competencia de algún tribunal que haya sido establecido por las partes para conocer de las controversias que surjan entre ellas a partir de una fecha determinada.

La jurisprudencia, a nuestro parecer, no ha sido clara respecto de este punto.

Estimamos que el agotamiento de los recursos internos constituye una exigencia de carácter procesal ya que la responsabilidad internacional nace en el momento de la comisión del acto o de la omisión internacionalmente ilícitas. Aceptar la tesis contraria nos conduciría indefectiblemente a incurrir en numerosas contradicciones jurídicas e introduciría elementos de incertidumbre en numerosos casos. Todo ello sin perjuicio de la reafirmación irrestricta de esta regla y del reconocimiento de la lógica que informa muchas de las razones de aquéllos que sustentan la tesis opuesta.

Por otra parte, se dan también múltiples relaciones entre esta regla y la denegación de justicia como fuente

²⁸ ACCIOLY, Hildebrando, (Nº 8), pág. 365.

de responsabilidad internacional para un Estado, aunque ambas no se identifican.

Existen situaciones excepcionales en que este requisito no se exige. La primera es cuando las partes, mediante un acuerdo entre ellas, así lo han convenido. Es el caso del artículo V de la convención que estableció la Comisión General de Reclamaciones entre Estados Unidos y México, de 1923, y por el cual ambos Estados se comprometieron a que la "Comisión no negará o rechazará ninguna reclamación alegando la aplicación del principio general de Derecho Internacional de que han de agotarse los remedios locales como condición precedente a la validez o admisión de cualquier reclamación".

Hay numerosos otros casos en que la regla tampoco se aplica, por ejemplo, aquellos en que no existen recursos internos, o, como dice Sorensen, cuando éstos son "*obviamente inútiles*" o "*manifiestamente ineficaces*"²⁹, o cuando los tribunales deben aplicar una ley interna que autoriza la realización de la acción o la omisión ilícitas ante el Derecho Internacional, pero que tienen el carácter de válidas ante la ley nacional, etc. Existe una abundante y variada jurisprudencia sobre esta materia y la doctrina es coincidente en estos puntos.

En relación con la exigencia de este requisito, encontramos en la práctica latinoamericana la denominada "Cláusula Calvo", llamada así en homenaje al jurista argentino Carlos Calvo, fallecido en 1906. Mediante esta cláusula, que se insertaba en los contratos celebrados entre inversionistas extranjeros y un Gobierno, se establecía una renuncia por parte de los primeros a recurrir a la protección diplomática del gobierno de su nacionalidad en el evento de surgir conflictos respecto del contrato, los que debían ser so-

²⁹ SORENSEN, Max, (Nº 23), pág. 556.

metidos a los tribunales locales de acuerdo al derecho interno.

Su finalidad era evitar los abusos en que se había incurrido por parte de las Grandes Potencias en el ejercicio de la protección diplomática de sus nacionales, especialmente inversionistas. En su oportunidad respondió a un contexto histórico bien determinado y tuvo un carácter claramente antiintervencionista.

La Cláusula Calvo en la práctica no siempre ha adoptado las mismas formas o modalidades o buscado idénticos objetivos. Sobre su validez, además, se han sustentado tesis diversas. En ciertas ocasiones constituye una verdadera renuncia anticipada, contenida en el respectivo contrato, a solicitar la protección diplomática y, en otras, consiste en una reafirmación de la exigencia de someter las controversias que surjan respecto del contrato o concesión, a los tribunales internos, o sea, se explicita la regla del agotamiento de los recursos internos. Hay casos en que se estipula que el extranjero se considera como nacional para los efectos del respectivo contrato e incluso existen disposiciones legales de derecho interno que así lo establecen, como es en México la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. En este cuerpo legal se señala que: "Los extranjeros que adquieren bienes de cualquier naturaleza en la República Mexicana, aceptan por ese mismo hecho considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieran adquirido"³⁰.

Según la opinión de algunos publicistas, el particular no puede renunciar al derecho de ejercer la protección diplomática toda vez que él no es su titular sino el

³⁰ Comité Jurídico Interamericano, Recomendaciones e Informes, 1974-1977, Vol. XI, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1981, pág. 332.

Estado de su nacionalidad. La renuncia adolecería de nulidad y no afectaría al Estado reclamante. Mal podría verse éste vinculado por una relación contractual entre un nacional suyo y otro Estado.

Ahora bien, se ha argumentado que la renuncia efectuada por el particular no se refiere al derecho que es propio del Estado, sino a su facultad de solicitar que éste lo proteja, posición que consideramos aceptable.

Si se interpreta esta cláusula como una exigencia contractual de someter la controversia a los tribunales internos y agotar los recursos locales, ella sería inoficiosa toda vez que la referida exigencia se encuentra contemplada en el derecho internacional común.

La jurisprudencia arbitral, que ha sido bastante abundante sobre esta materia, no es uniforme y mientras algunos fallos le niegan validez otros se la otorgan.

3. CONDUCTA CORRECTA DEL INDIVIDUO PERJUDICADO

Se ha señalado por algunos autores que constituiría también una condición de procedencia de la protección diplomática.

La regla que exige que el protegido tenga "las manos limpias" (clean hands), parece contar con el suficiente apoyo doctrinal, aunque sus verdaderos alcances y efectos no se encuentran bien establecidos. Su contenido implica que el reclamante haya tenido una conducta acorde con el derecho interno e internacional, es decir, que no le sean imputables violaciones a la ley interna o algún delito internacional. Entre las primeras Rousseau cita como ejemplos la participación en "una insurrección o en un movimiento revolucionario contra el Gobierno regular" y entre las segundas la trata de esclavos.

En la práctica internacional, los Estados se abstienen generalmente de entablar reclamaciones en casos como los señalados. La doctrina no es clara y para

algunos esta norma no está consagrada en el Derecho Internacional.

Existen en la jurisprudencia internacional, especialmente en el de la Comisión estadounidense-mexicana de reclamaciones, numerosos casos en que se ha planteado esta falta de una conducta correcta por parte del individuo perjudicado (García Garza, Massey, Chaitin, King, etc.). García Arias concluye del análisis que realiza de numerosos de estos laudos que hay "una jurisprudencia internacional progresiva, que, poco a poco, va recogiendo las alegaciones referentes a una conducta incorrecta por parte del individuo por quien se reclama y que llega hasta la aceptación, como atenuante calificada a favor del Gobierno demandado, de la existencia de tal conducta incorrecta"³¹.

A nuestro juicio, y ya aplicando principios generales de derecho, estimamos que una persona, física o moral, que posea una conducta incorrecta grave no podría ser objeto de protección diplomática por el Estado de su nacionalidad para obtener una reparación por los daños que directa o indirectamente se le han ocasionado con motivo de su propia conducta ilegal, aunque ello no podría, en ningún evento, autorizar abusos de derecho por el Estado de la residencia, ya que éstos le originarían, de todas maneras, responsabilidad internacional.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, sin perjuicio de las opiniones personales vertidas a lo largo de este trabajo, podríamos señalar las siguientes:

1. En la actualidad la protección diplomática continúa teniendo un carácter subjetivo en la medida

³¹ GARCÍA ARIAS, Luis, "Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1964, pág. 647.

que su ejercicio constituye una facultad privativa del Estado de la nacionalidad. Ello obliga a numerosas críticas y creemos que siempre el Estado debería interponer su reclamación cuando se vulnere la norma internacional de justicia respecto de un nacional suyo en el extranjero o se afecte el orden público internacional por una acción u omisión ilícitas que lesione a dicho nacional, concurriendo los requisitos de procedencia que hemos analizado, especialmente en los casos en que la fuente de la responsabilidad internacional es la denegación de justicia. Como dice Scelle, *"es totalmente inconcebible reconocer a un gobierno la arbitrariedad de actuar o abstenerse cuando se trata de la realización del Derecho: esto es destructivo de toda organización jurídica"*³².

Quizás podría sostenerse, como lo hacen algunos autores, que la protección diplomática es un recurso jurisdiccional embrionario. De considerarse así, cabría esperar una evolución que lo consolidara definitivamente como tal, lo que haría variar eventualmente su carácter, objetivizándolo.

2. La afirmación anterior implica la aceptación y reconocimiento de la norma internacional de justicia, parte de cuyo contenido se encuentra ya explicitado en algunos instrumentos internacionales, como las declaraciones y pactos relativos a los derechos del hombre.

3. El desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público hará posible en el futuro, y la tendencia, aunque lenta en manifestarse es esa a nuestro juicio, que los individuos puedan recurrir directamente a una instancia internacional para exigir la protección efectiva y plena de los derechos que les reconoce este ordenamiento jurídico, posibilidad hoy contemplada en forma rudimentaria e indirecta en algunos tratados de

³² Citado por Juan Carlos Puig en *Estudios de Derecho y Política Internacional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 150.

limitados alcances. De concretizarse esta afirmación, quizás optimista, pero que traduce una aspiración humana compartida y esperanzadora, la protección diplomática como institución perdería parte de su vigencia. Desde esta perspectiva y mientras tanto, podría estimársela también, alejándonos de la imagen negativa que proyecta para muchos que la consideran un medio de intervención, como uno de los recursos con que cuenta el hombre en determinadas circunstancias, ya analizadas, para obtener el respeto a sus derechos y libertades fundamentales.

4. En el actual estado de desarrollo del Derecho Internacional Público, aceptamos la aplicación de la Cláusula Calvo sólo en cuanto no se vulneren las obligaciones internacionales y se respeten o no estén en peligro los principios mínimos de justicia internacional. En este sentido, tal vez nos apartamos un poco de la doctrina y posición tradicionales de Latinoamérica, las que a nuestro juicio sólo podrían explicarse por razones de índole histórica, hoy ya superadas.

5. Creemos que en cuanto a las personas jurídicas, y especialmente las sociedades, las controversias que se susciten por el ejercicio de la protección diplomática, deben ser resueltas por la vía convencional, como sucede cada vez con mayor frecuencia en la práctica contemporánea. Un rol importante juegan en este punto las organizaciones internacionales con fines económicos en lo que se refiere al tratamiento de las inversiones extranjeras.

6. Finalmente, estimamos que la exigencia del "clean hands" debería ser aceptada definitivamente y regulada jurídicamente, sobre todo si consideramos la conducta de algunas empresas transnacionales.