

SOBRE EL DERECHO DE PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Por el Dr. LUIS GARCÍA ARIAS

Miembro y Secretario adjunto del I.H.L.A.D.I.
Catedrático de Derecho Internacional
en la Universidad de Zaragoza

SE entiende por Protección diplomática “todo acto que el Estado realiza para obtener reparación de daños sufridos por sus súbditos en el extranjero”¹ Se trata de una práctica excepcional, de un recurso jurídico extraordinario², pero firma, puesto que es un principio elemental del derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional, de los cuales ellos no hayan podido obtener satisfacción por vías ordinarias internas.

Siguiendo a jurisprudencia del tribunal de La Haya³, cabe afirmar que al ejercer el derecho de protección diplomático se trata de un derecho del Estado de hacer valer, en el plano internacional, su propio derecho de que un Estado extranjero asegure a los súbditos del primer Estado que residen en territorio del segundo, una protección correspondiente a un *standard* mínimo.

Mas se ha indicado⁴ que el Derecho positivo está lejos de mantener inquebrantablemente tal jurisprudencia, ya que muchos principios admitidos sería difícil explicarlos sin suponer que, en estos casos, el Estado hace valer no su propio derecho,

1. Rapport de F. V. GARCÍA AMADOR sobre Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Segunda parte. «Annuaire de la Commission du Droit international», 1958 Vol. II, pág 67. Nueva York, 1958.

2. EDWIN M. BORCHARD: Diplomatic protection of civilizens abroad. Nueva York, 1925 Pág. 356.

3. El Tribunal Permanente afirmó en distintas Sentencias (Publications de la Cour Serie A, núm. 2, pág, 12; Serie A-B, núms. 20-21, pág 17, y Serie A-B, núme. 76 página 16), que «tomando hecho y causa por uno de sus súbditos, poniendo en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, este Estado ha hecho, a decir verdad, valer su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos e Derecho internacional». Esto mismo lo ha repetido el Tribunal Internacional de Justicia: Recueil, 1955, pág. 24.

4. J.L. BRIERLY: Règles générales du Droit de la Paix. «Recueil des Cours de l'Académie de Droit International». La haya, 1936, IV. Pág.45.

o al menos no *solamente* su propio derecho, sino también el de su súbdito lesionado. Y añade Brierly⁵ que si bien “no es preciso llegar hasta el calificar de pura ficción la teoría que quiere que el Estado, cuando endosa la causa de uno de sus nacionales, no hace sino afirmar su propio derecho – pues el derecho que él reivindica, desde un cierto punto de vista al menos, es su derecho de hacer respetar el Derecho de Gentes - se puede decir ciertamente que la teoría no contiene sino una parte de verdad. Parece que, en realidad, dos derechos han sido lesionados por la misma infracción: el derecho del estado y el derecho del particular, derechos ambos que el estado trata de reivindicar, encargándose de la producción del proceso”.

En este último sentido, García Amador⁶, aún reconociendo que aquel principio está consagrado por la jurisprudencia y por la mayor parte de la doctrina, señala que en el actual estadio del desarrollo del Derecho internacional resulta un principio artificial, en cuanto propio de una época en que la capacidad de tener y adquirir derechos en el plano internacional estaba reservado al estado soberano o, en todo caso, no pertenecía a los individuos en cuanto tales. Mas el propio Ponente de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas tiene que reconocer, por inadecuado que pueda resultarle hoy tal principio, que se trata de una práctica internacional vigente, aprobada por la mayor parte de la doctrina y avalada por el Tribunal de La Haya, y por eso García Amador no la excluye completamente de su anteproyecto.

En todo caso, como apunta Guggenheim⁷, la cuestión de saber si el Estado hace valer esta pretensión “en su propio nombre” o “en nombre del individuo”, no tiene importancia práctica desde el momento en que el Tribunal de La Haya ha reconocido que es Estado asume la pretensión en los límites en que ella existía a favor del individuo⁸.

5. Ibid, págs.. 45-46.

El carácter ficticio del Derecho de protección diplomática fue ya señalado por G.SCELLE: *Règles générales du Droit de la Paix*. «Recueil des Cours», la Haya, 1993-IV. Pág. 376

6. Rapport cit.(pág 65) y la responsabilidad internacional en el Derecho contemporáneo. «Cursos y conferencias. Escuela de Funcionarios internacionales. Madrid, 1957, Pág. 444.

Sobre la evolución hacua una posible intervención directa del individuo, vide G. BERLIA: *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique*. «Annuaire Français de Droit International». III. París, 1957, pág- 63: L. CAVARE: *Les transformations de la protection diplomatique*. «Abhandlungen zum Völkerrecht. Festgabe für A.N.Makarov. 1958, pág. 54.

7. *Traité de Droit International public*. Tomo I. Ginebra, 1953. Pág. 311.

8. El tribunal Permanente (Serie A, núms.20-21, pág.18) ha indicado que «los derechos e intereses cuya violación causa un daño a un particular, se encuentran siempre en otro plano que los derechos del Estado al cual el mismo acto puede alcanzar. El daño sufrido por el particular no es, pues, nunca idéntico en substancia con aquél que el Estado sufrirá».

En definitiva, la protección diplomática viene a ser – como escribe Rousseau⁹ – una especie de plataforma giratoria que desvía un litigio de la esfera interna a la internacional, y convierte la primitiva relación de individuo perjudicado al Estado responsable, en una relación de Estado reclamante al Estado responsable.

Se trata, por tanto, de una acción del Estado, que puede ejercerla bajo cuatro condiciones: 1ª. En relación con sus nacionales; 2ª Ante la violación de una obligación internacional; 3ª Una vez que el reclamante protegido tenga agotados previamente los recursos internos que ofrezca el Estado territorial en sus sistema jurídico para remediar el daño, y 4ª Teniendo el reclamante una conducta correcta. Bien entendido que la protección diplomática, bajo tales condiciones, se aplica no sólo en relación a los individuos, sino también a las sociedad.

En ausencia de estas condiciones, entendemos que ninguna reclamación internacional podrá ser válidamente propugnada por el Estado demandante ante una instancia mundial, y también que, en ausencia de ellas, el juez internacional no podrá examinar aquella reclamación¹⁰.

De las cuatro condiciones fijadas, examinaremos seguidamente la primera y la última.

I

La primera y principal condición para que un Estado pueda ejercer el derecho de protección diplomática, es la de que pueda demostrar la existencia de un vínculo de nacionalidad entre él y la persona que haya sufrido un daño¹¹.

Esta regla ha sido reiteradamente afirmada por el Tribunal de L Haya, considerando como “un principio bien establecido del Derecho internacional” el de que “es el lazo de nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado

9. Derecho Internacional Público. Trad. española. Barcelona, 1957. Pág. 353.

10. J.C.WITENBERG: La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales, «Recueil des Cours». La Haya, 1932-III. Pág 43.

11. Las excepciones de esta regla, es decir, los casos en que la protección puede ser ejercida por un Estado en nombre de personas que no tengan su nacionalidad, son muy limitados y han de estar consagrados por Tratados o resultar de una situación consuetudinaria universalmente reconocida (los ciudadanos de los Estados protegidos, bajo mandato o fideicomiso) o referirse a extranjeros que sirvan en la Marina o en las Fuerzas armadas de un Estado (CH, OUSSEAU: Op. cit., págs.. 230-231 y 347).

Igualmente lo ha señalado HACKWORTH en su opinión disidente en el dictamen doble «Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas»: «Aparte de la situación especial de las personas protegidas en virtud de determinados Tratados y de los marines y extranjeros que sirven en las Fuerzas armadas, todos los cuales son asimilados a la categoría de nacionales, está bien establecido que el derecho de protección está limitado a los súbditos del estado protector (C.I.J. Recueil, 1949. Pág.202).

el derecho de protección diplomática”¹². Mas ha de tratarse de una “nacionalidad efectiva”, puesto que “según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un lazo jurídico que tiene su base en un hecho social de conexión, en una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto con una reciprocidad de derechos y deberes... Conferida por un Estado, no da título al ejercicio de la protección frente a otro Estado, más que si es la traducción en términos jurídicos de la ligazón del individuo considerado al Estado que lo ha hecho su nacional”¹³.

Además, tal nacionalidad debe ser establecida como existente no sólo en el momento en que se hubiere producido el hecho ilícito que se alegue, sino también al menos hasta la presentación de la demanda por el Estado interesado ante el órgano internacional competente para conocerla.

Nos parece demasiado riguroso el exigir la continuidad de la nacionalidad hasta que se haya pronunciado la decisión y pagado la indemnización¹⁴.

12. *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, Arrêt du 6 avril 1955. C.I.J. Recueil 1955. Pagina 13.

Ya en el caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis, había afirmado en 1939 el Tribunal permanente: «Este derecho [de hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional] no puede necesariamente ser ejercido sino a favor de su nacional, porque en ausencia de acuerdos particulares, es el lazo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de protección diplomática. Pues es como parte de la función de protección diplomática como debe ser considerado el ejercicio del derecho a presentar una reclamación y de asegurar el respeto del derecho Internacional. 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 pueda acordar el Estado y no podrá motivar una reclamación que es Estado tenga derecho a endosar»(C.P.J.I. Serie A/B, núm. 76, pág. 16). Vide igualmente en el mismo sentido, las Sentencias del asunto *Mavrommatis* (C.P.J.I. Serie A, núm.2, 1924, pág. 12) y de los empréstitos serbios (C.P.J.I. Serie A, núms. 20-21, 1929, pág.17).

Y HACKWORTH, en su opinión disidente del dictamen de 11 de abril de 1949, señaló asimismo: «La nacionalidad es una condición sine qua non para que se pueda adoptar una reclamación diplomática presentada por cuenta de un reclamante privado... es un principio bien establecido que el derecho de protección está limitado a los súbditos del estado protector. Si el reclamante privado no es un súbdito del estado del que trata de obtener la asistencia, el gobierno de estos Estado no puede, con justo título, adoptar la reclamación, y el Gobierno demandado no está obligado en manera alguna por un deber jurídico de acoger esta reclamación (C.I.J. Recueil 1949, Pags.202-293).

13. *Affaire Nottebohm*: C.I.J. Recueil 1955. Págs.22-23

14. Según exige EDWIN M. Borchard: *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*. «Bibliotheca Visseriana» Tomo III, pag. 46. Leiden, 1924

Según señala OPPENHEIM-LAUERPACHT (*International Law*. Vol I. 8ª ed. Londres, 1055, pag 347), «el principal y casi exclusivo factor que crea el locus standi es la nacionalidad el reclamante, y puede ser afirmado como principio general, que desde el tiempo del acaecimiento del daño hasta la presentación de la reclamación debe continuamente y sin interrupción atañer a la persona o serie de personas».

Pero la nacionalidad presenta a este respecto un cariz problemático más acusado con respecto a las sociedades que a los individuos. Dejando aparte, por ello a éstos, vamos a referirnos a aquéllas.

¿Cuál es la nacionalidad de las sociedades? Sin entrar en el antiguo problema de si las sociedades pueden tener o no nacionalidad, y aceptando la práctica legislativa y la opinión doctrinal afirmativa, que son enormemente predominantes¹⁵, encontramos tres criterios fundamentales para atribuir la nacionalidad a las sociedades: 1º. El del lugar de su constitución; 2º El del lugar de su sede social, y 3º El del control.

1º. El criterio del lugar de la constitución de una sociedad, en el cual ésta ha sido reconocida, registrada o incorporada, es el vigente en Gran Bretaña, estados Unidos, Unión Soviética, Brasil, Cuba, México, Perú. Según estos sistemas jurídicos nacionales, el Estado que da nacimiento a la personalidad jurídica de una sociedad, le atribuye su nacionalidad.

2º El criterio de la sede social de una sociedad es el vigente en Francia, Bélgica, Alemania, Dinamarca, Colombia, Uruguay. Según estas legislaciones, el lugar en que se encuentra el establecimiento principal de la sociedad o la dirección general de los asuntos sociales atribuye la nacionalidad.

3º El criterio del control busca quienes son de facto los individuos que controlan una sociedad y le atribuye a ésta la nacionalidad de las personas físicas que la controlan. Este criterio, que no informa, al menos en su estado puro, a ningún Derecho interno, se basa en una concepción que niega a las sociedades una existencia propia y considera a la personalidad jurídica de éstas como una simple ficción. En rigor, los Estados, para fijar la nacionalidad de una sociedad en sus ordenamientos jurídicos internos, tienden a combinar los dos primeros criterios (España¹⁶). Y ha de te-

Sobre la posesión continua de la nacionalidad, vide C. PARRY: Some considerations upon the protection of individuals in International Law. «Recueil des Cours. la Haya 1956-II Pág. 702.

15. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional se ha referido a la «nacionalidad de las personas morales» en el asunto relativo a ciertos intereses alemanes en Alta Silesia (C.P.J.I. Serie A/B, núm. 7, pag 70). Vide especialmente sobre este problema de la nacionalidad de las personas morales, SERIC: Rechtsform und Realität juristischer Personen. Berlin Tübingen, 1955. Págs. 121 y ss.

El rapport concerniente a la nacionalidad de las sociedades de comercio dirigido por el Sub-comité al Comité de expertos de la Sociedad de Naciones para la codificación progresiva del Derecho Internacional, ha expresado bien la situación general al decir que cualquiera que sean las doctrinas existentes en la legislación y en la doctrina, parece útil el retener la noción de nacionalidad considerándola como una noción cómoda para traducir ciertas situaciones reconocidamente ventajosas» Rapport en «The Americans Journal of International Law». Vol. XXIII, suplemento 1928, pág.179. Cit. por MAURICE TRAVERS: La nationalité des sociétés commerciales. «Recueil des Cours, la Haya, 1930-III. Págs. 41-42.

16. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil español. F. GIMÉNEZ ARTIGUES (La nacionalidad de las sociedades mercantiles. Barcelona, 1949. Pág 127), A., MIAJA DE LA MUELA (Derecho Internacional Privado. 2º ed. Vol. II, pág 81 Madrid, 1957); y J.V.VERPLAET-

nerse en cuenta que el lugar de la constitución y el de la sede social suelen aparecer unidos casi siempre. Tal criterio mixto ha sido consagrado en el Proyecto de Convención sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, adoptado en 1951 por la VII sesión de la Conferencia de La Haya.

En cuanto al tercer criterio, hay que decir que razones de naturaleza práctica, entre otras, se oponen, a la apreciación de la nacionalidad de una persona jurídica según la nacionalidad de sus componentes. Las fluctuaciones de las participaciones propias de las modernas sociedades capitalistas, el cambio continuo e incontrolable de los accionistas, haría en muchos casos técnicamente imposible el determinar la nacionalidad de una sociedad a base de sus accionistas¹⁷.

Este criterio del control ha tenido su origen en la guerra económica singularmente desarrollada desde 1914. El punto de partida fue la Ley británica de patentes, diseños y marcas de 28 de agosto de 1914, que dispuso que el concepto de *alien enemy* sería aplicable también a aquellas sociedades “cuyas operaciones estén dirigidas o controladas por tales individuos o sean realizadas total o preponderantemente en beneficio o por cuenta de tales individuos, a pesar de que la sociedad pueda estar registrada dentro del territorio de los dominios de Su Majestad”¹⁸. Más bien entendido que no debe confundirse en el sistema inglés el carácter de *alien enemy* y el de extranjero o nacional¹⁹. Fue también la Gran Bretaña la primera nación en aplicar, en el sentido señalado, el criterio de control, en el caso “*Daimier Company Ltd. V. Continental Tyre and Rubber Company*”, en 1916, dejando bien sentado en el caso, la Cámara de los Lores que, a los únicos efectos de considerar el carácter enemigo de la sociedad, era adecuado tener en cuenta el hecho de que los accionistas que poseían un interés de control en la sociedad, residían en territorio enemigo. En cambio, los Estados Unidos no incorporaron la teoría del control a su legislación durante la I Guerra Mundial.

SE (Derecho Internacional Privado, Madrid, 1954, Pág 242) sostiene que la nacionalidad española se atribuye a todas aquellas sociedades que reúnan el doble requisito de la constitución según la Ley española y de domicilio. En cambio, W. GOLDSCHMIDT (Sistema y Filosofía del derecho Internacional Privado. 2º ed. Vol II, pág 64. Buenos Aires, 1954) afirma que la nacionalidad de las personas jurídicas en todos los aspectos relacionados con la protección diplomática y el Derecho de extranjería, se determina en España por los principios de la teoría del control, aun cuando advierte que el derecho positivo español ha llegado a este resultado sólo poco a poco.

17. P. RUEGGER: Die Staatssangehörigkeit der juristischen personen. Die Völkerrechtlichon Grundlagen. Zurich, 1918. H. BATIFFOL: Traité élémentaire de Droit International Privé. 5ª ed., París, 1959. Pág 231.

18. W. SATTER: Die Wirtschaftliche Überfremdung und das Prinzip der Firmenwahrheit. Zurich, 1926

19. P. WEIS: Nationality and Statelessness in International Law. Londres, 1956. Pág 11.

Esta noción del control sería adoptada por los Tratados de Paz: artículo 297 del Tratado de Versalles; artículo 249 del Tratado de Saint-Germain; artículo 177 del tratado de Neuilly y artículo 232 del Tratado de Trianon. Y aplicando las normas del Tratado de Versalles, el Tribunal arbitral franco-alemán, en el caso “Société du Chemin de Fer de Bagdad”²⁰ recogió la doctrina del caso “Daimier” y no simplemente para determinar el carácter de enemigo, sino también para determinar la nacionalidad de la sociedad en cuestión.

Mas los fallos arbitrales posteriores rechazaron expresamente la doctrina del control²¹. Así, el Tribunal arbitral mixto anglo-búlgaro, en el asunto “Dawson & Son v. Balkanische Hendels – und Industrie A.G.”, señaló que “el Tratado supone que una sociedad es súbdito de la Potencia a cuyas leyes debe su existencia, pero no reconoce en parte alguna que el interés en el capital de una sociedad de súbditos individuales de Potencias distintas de aquélla de acuerdo con cuyas leyes está constituida o el control por tales súbditos de los negocios de una sociedad, aporten prueba alguna respecto a la nacionalidad de la propia sociedad”²². E incluso el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en 1926, en el caso de la Alta Silesia polaca²³, afirmó que el criterio del control que figuraba en la Convención alegada era excepcional – “la noción del control corresponde a una concepción esencialmente económica”- y que normalmente resultaban aplicables otros criterios al considerar la nacionalidad de las sociedad para otros efectos, tales como el derecho de protección.

O sea que los propugnadores de la teoría del control fracasaron en su intento de introducir en la jurisprudencia de tiempo de paz, para determinar la *ex societatis*, una teoría que había sido concebida para un período excepcional²⁴. Mas aunque en ningún Estado se llegó a consagrar este criterio del control, al menos sin vincularlo con otro criterio formal -, como hijuela de él comenzó a introducirse en la práctica diplomática, en las regulaciones convencionales y en algunos fallos arbitrales el nuevo sistema del interés preponderante o substancial.- siempre aplicado conjuntamente con algún criterio formal- no tanto para la atribución de nacionalidad a una sociedad, sino para ejercer la protección diplomática. Y ello porque se unió a otra corriente: la de proteger no sólo a la sociedad,

20. Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes. Vol. I Pag. 404.

21. Casos «Chamberlain & Hookham Ltd. v. Solar Zanhlerweke» («T.A.M.»ol. I Pág 723) y société de Transports Fluviaux en Orient. v. Société Imperiale Ottomane du Chemin de Fer de Bagdad» («T.A.N.»IX, pág. 665).

22. «T.A.M.»Vol. III. Pág 534.

23. C.P.J.I.Serie A, núm. 7, págs. 67-70.

24. JOHN THOMAS MILLER, JR.: D traitement par les Gouvernements des intérêts étrangers dits substantiels des sociétés. Teisi. Universidad de Ginebra. 1950. Pág 15.

sino también a su accionista en sociedades extranjeras, independientemente de éstas.

Hasta 1889 los intereses de los accionistas individuales estaban plenamente sumergidos en el ente social, pero en este año, en el caso “Delagoa Railway Company” se reconoció en determinadas circunstancias a un Estado de derecho a presentar reclamaciones diplomáticas en nombre de sus nacionales en razón de sus intereses en una sociedad extranjera²⁵. Y en algunos otros casos posteriores²⁶, por decisiones arbitrales se resolvió que un Estado podía presentar reclamaciones por sus nacionales en sociedades constituidas bajo las leyes del Estado territorial y que, en la mayoría de los casos, habían dejado prácticamente de existir. De todas maneras, la jurisprudencia anterior a la I Guerra Mundial muestra que, normalmente, el derecho de protección diplomática sólo excepcionalmente fue ejercido por un Estado presentando una reclamación en nombre de accionistas súbditos suyos y en cuanto tales accionistas, y ello sólo mientras se tratase de una sociedad que era nacional del Estado que le causara el daño – habida cuenta de que un Estado no puede proteger a una sociedad como tal, cuando la mayoría del capital social pertenece a súbditos del Estado demandado – y que había sido disuelta de Derecho o dejado prácticamente de existir²⁷.

Con la II Guerra Mundial los países volvieron a mantener

25. JOHN BASSET MOORE: *Digest of the International Arbitrations*. Vol.II. Págs 1,865 y siguientes. El precedente del caso del Ferrocarril de la Bahía de Delagoa ha sido frecuentemente citado por los autores como prueba a favor de las más diversas tesis. En efecto, es complejo: plantea, entre otros, el problema de las concesiones, el de la expropiación y el de los accionistas extranjeros. Desde este punto de vista, los elementos del asunto son: la sociedad estaba constituida bajo la ley portuguesa, pero pertenecía enteramente a extranjeros entre estos últimos, los ingleses estaban directamente interesados, y el norteamericano Mac Murdo lo estaba indirectamente como acreedor (A-CH. KISS: *l’abus de droit en Droit International*. París 1953. Pág 113). Pero, además, hay que tener en cuenta que en negociaciones diplomáticas con los Gobiernos inglés y norteamericano, el portugués aceptara las pretensiones de éste y signó un compromiso de arbitraje para determinar el importe de la indemnización a pagar a los interesados inglés y norteamericanos.

26. Singularmente en los casos «El Triunfo Company Ltd»(MOORE: *Digest*, VI. 649):»Kunhardt»(RALSTON: *Venezuelan Arbitrations*. Págs 63 y ss.);»Deutsche Amerikanische Petroleum Gessellschaft Oil Tankers»(Recueil des décisions arbitrales, publicado por las Naciones Unidas, Vol. II, págs. 779 y ss.);»Ziat, Ben Kira»(Ibid.II 615) y »Schufeldt»(Ibid.II.1.081 y ss).

Otros casos en los que se ejerció el derecho de protección diplomática a favor de los accionistas de una sociedad extranjera, fueron: «Tlahualilo Company», «Romano-Americana Company»y «Mexican Eagle». Vide sobre estos casos, MERVYN JONES: *Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies*. »British Yearbook of International Law« XXVI. 1949. Págs. 237, 239 y 241.

27. BECKETT: *Diplomatic claims in respect of injuries to companies*. »Transactions of the Grotius Society»1931, Págs. 189 y ss. Igualmente CH. DE VISSCHER: *De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’État sous la législation duquel cette société s’est constituée*.«R.D.I.L.», 1934. Págs. 624 y ss.

– salvo los Estados Unidos de América²⁸ – el criterio del control para la determinación del carácter enemigo de las sociedades, y de nuevo en los Tratados de Paz se introduciría el criterio del control – casi siempre al lado del de la incorporación –, singularmente haciendo del “interés substancial” un elemento fundamental de las disposiciones de los Tratados relativos a compensaciones.

Los Tratados de Paz de 1947 acumulan los dos sistemas, y también en el Convenio sueco-húngaro de 1951 se señalan el principio del interés preponderante y el de la sede. Suiza, en el protocolo concluido con Checoslovaquia en 1946, declaró que hay interés suizo preponderante cuando más del 50% del capital estuviere en manos suizas, y en un mensaje del Consejo federal suizo del 29 de octubre de 1948, concerniente al Acuerdo sobre nacionalizaciones concluido con Yugoslavia, se indica que “en la mayor parte de los casos, el interés suizo preponderante quedará demostrado cuando la mayoría efectiva del capital se encuentre en manos suizas. Si no hay mayoría, cabe atenerse a la minoría que ejerza una influencia decisiva sobre la sociedad.

Este hecho es fácil de comprobar cuando una minoría compacta se encuentre ante una mayoría dispersa. La composición del Consejo d Administración y de la Dirección puede ser también determinante cuando es a ellos a los que pertenece formar la voluntad de la persona moral y decidir por ella. Por último, en ciertos casos tampoco debe despreciarse a los acreedores, pues también éstos pueden ejercer cierta influencia sobre la empresa. Pero es preciso considerar siempre las circunstancias reales y no fiarse de construcciones puramente jurídicas que pueden tener por finalidad disimular los verdaderos hechos.”. También los Estados Unidos no protegen, de una manera general, más que sociedades que representen substancial *american interest*, noción ésta más amplia que la del interés predominante²⁹, y que permite la protección de las sociedades en la que los intereses norte americanos son minoritarios, como en el Acuerdo con Yugoslavia de 19 de julio de 1948.

Pero otros Estados, singularmente la Gran Bretaña, continuaron con el criterio de la inscripción, y así, en su Acuerdo con Yugoslavia del 23 de diciembre de 1948, se define el con-

28. En los Estados Unidos, la Trading with the Enemy Act, 1917, fue enmendada en 1941 de forma que permitiría al Presidente poner bajo secuestro «any property in withsh any foreing country or a national thereof has any interest». Pero esta enmienda no parece adoptar el criterio del control para la determinación del carácter de enemigo, aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó en 1947 esta disposición como adoptadora del criterio del control. Vide J.T. MILLER: Op, cit. Pág 151.

29. R.L.BINDSCHEDLER: La protection de la propriété privée en Droit International Public. «Recueil des Cours». La Haya, 1956-II. Pág. 235.

El interés substancial, a diferencia del «interés preponderante» no implica una participación mayoritaria en el capital de la sociedad.

cepto de *British nationals* como designando todas las “Compabnies, firms and associations incorporated or constituted under the laws in forcé in the territory of the United Kingdom”; y lo mismo se estatuye en sus Acuerdos con Checoslovaquia, Polonia y Bulgaria. También Francia, en sus Acuerdos con Polonia (1948) y Yugoslavia (1951) se basa sobre el lugar de constitución de las sociedades. Asimismo debe señalarse que, pese al aludido criterio norteamericano, la Comisión estadounidense encargada de repartir la indemnización pagada por Panamá en aplicación del Acuerdo de 26 de enero de 1950, negó la teoría del control, en cuando dijo que “en general, los Estados Unidos sólo patrocinan reclamaciones de sociedades constituidas bajo sus leyes”.

En resumen, si bien es cierto que algunas de estas normas convencionales parecen proporcionar nuevos argumentos a quienes alegan que hay que tener en cuenta la nacionalidad real de los intereses económicos representados por una sociedad, hay que advertir que los referidos Acuerdos lo han sido con Estados comunistas y prevén simplemente liquidaciones globales una vez que había fracasado la intervención diplomática para proteger en aquellos países los derechos individuales de los nacionales de los Estados occidentales, y, también que se trataba de nacionalizaciones de bienes sociales. Por ello resulta muy discutible hasta qué punto sea posible deducir de los Tratados de la II Guerra mundial la prueba de una costumbre general aceptada como derecho en cuanto a la protección diplomática de los accionistas de una sociedad constituida bajo las leyes de otro Estado. En rigor, ni de la práctica nacional ni de la internacional parece posible presentar precedentes que apoyen en forma directa la existencia de una norma general que conceda a un Estado un derecho de intervención a causa de un daño ocasionado al accionista por el daño infligido a la sociedad. El mismo Charles de Visscher, que afirma que “los precedentes diplomáticos, una jurisprudencia arbitral un poco titubeante, pero que parece afirmarse, disposiciones insertas en los Tratados internacionales, especialmente en las convenciones que han instituido Comisiones mixtas de reclamaciones, tienden a hacer admitir la existencia de una práctica favorable a la protección de los derechos individuales de los accionistas cuando la sociedad es ella misma víctima de las medidas dictadas por el Estado el que dependen, y cuando, por otra parte, están agotados los recursos internos”, termina señalando³⁰

30. Théories et réalités en Droit International Public París, 1953. Pag.333.

Según A. MAKAROV (Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática. «Revista Española de Derecho Internacional». VIII-3, Madrid, 1955, pág. 536), la orientación moderna tiende a conceder la protección diplomática a las personas físicas nacionales partícipes en personas jurídicas extranjeras, frente al Estado cuya nacionalidad poseen éstas.

que, aunque la protección de los derechos del individuo aparece como primordial en tal concepción, “no parece, sin embargo, que la práctica internacional esté enteramente adherida a esta concepción.”

Mas queda sin tocar otro tema: el de la protección de los accionistas de una sociedad que no tienen ni la nacionalidad del Estado reclamante ni la del Estado demandado, pero siendo aquéllos súbditos del primero. En este caso, cuando una sociedad tiene la nacionalidad de un tercer Estado del cual sea nacional, no estando justificada la protección de los accionistas por el primer Estado³¹. En todo caso, cuando un Estado A trate de proteger a sus nacionales accionistas de una sociedad anónima que tenga la nacionalidad del Estado B, contra el Estado C, que ha ocasionado el daño, lo máximo que puede hacer el Estado A es emplear sus buenos oficios apoyando la reclamación de los representantes diplomáticos del Estado B³².

Si después de haber aludido a la práctica diplomática, a la jurisprudencia arbitral y a las normas convencionales, pasamos finalmente a resumir los principios doctrinales vigentes, nos encontramos con una mayoría calificada de autores que parte de la plena legitimidad de la protección diplomática de las sociedades y de la distinción entre esta protección y la de los individuos que la componen. Cuando se trata de un atentado a los derechos de la sociedad, la protección diplomática se ésta constituye la regla y la de los accionistas una excepción que sólo es válida cuando los daños le hayan sido inferidos a la sociedad por el Estado del cual ostente la nacionalidad. Ciertamente que entre esta doctrina media no falta quien sostenga que los Estados nacionales de los accionistas no tienen derecho alguno a intervenir a favor de éstos en caso de daños sufridos por la sociedad de nacionalidad extranjera³³, ni quien por el contrario, afirme que incluso la protección diplomática de la sociedad no será nunca más que la protección de las personas físicas que en ella participen³⁴. Pero incluso aquellos autores que más o menos se basa en la teoría del control y aprueban la intervención del Estado para proteger a los accionista que tengan su nacionalidad separadamente de la protección a la sociedad misma exigen la prueba de una suficiente tenencia nacional de

31. CH. DE VISSCHER: De la protection diplomatique des actionnaires... (cit. supra) Página 625.

32. J.T. MILLER: Op. cit. Pág. 85.

33. SERENI: La cittadinanza degli enti morali nel Diritto internazionale. 1934. Páginas 18 y ss.

34. BATTAGLINI: La protezione diplomatica della Società. Padua, 1957. Págs 283 y ss

Incluso se aboga por la desestatificación de la protección diplomática, propugnando la concesión a los individuos, sobre la base de Convenios internacionales, de un derecho de acusación propio ante Tribunales arbitrales. MAAG: Der Konsularische und diplomatische Schts des Auslandschweizers. Zurich, 1953.

acciones³⁵. Mas, en definitiva, lo que no puede aceptarse es que exista una intercambiabilidad entre la protección diplomática de una persona jurídica y la de una persona física que sea miembro de aquéllas.

En síntesis, cabe exponer en solo dos puntos todas las alegaciones jurisprudenciales, convencionales y doctrinales expuestas con referencia al vínculo de la nacionalidad que debe existir entre el Estado y la sociedad que haya sufrido un daño, para que aquél pueda ejercer el derecho de protección diplomática sobre ésta:

1º El lazo de la nacionalidad entre el Estado y la sociedad es el único que da al Estado un derecho de protección diplomática de aquélla.

2º La nacionalidad de las sociedades se suele fijar por la combinación de los criterios del lugar de la constitución y del lugar de la sede, adquiriendo reciente importancia el criterio del control sólo excepcionalmente para ejercer la protección diplomática de los accionistas por su Estado, cuando éstos representen un interés preponderante en los bienes de la sociedad y únicamente en relación con el Estado que ha causado el daño a una sociedad que ostenta su propia nacionalidad.

II

La protección diplomática no es un derecho del individuo, sino del Estado. Es “una clara función del Estado, de cuyo cumplimiento éste ha de responder ante el país, pero no ante el individuo aislado”³⁶.

Existe unanimidad en la doctrina más calificada en afirmar que el Estado no se halla obligado a interponerse diplomáticamente a favor de sus nacionales³⁷. Como señala Philip G. Jessup “Hay muchas declaraciones grandilocuentes acerca del “deber” de un Estado de proteger a sus nacionales en el extranjero, pero en realidad tal deber no es impuesto ni por el Derecho internacional ni, por lo que parece, por el Derecho nacional. En Norteamérica y en la mayoría de los Estados la concesión de la protección diplomática y el apoyo de las reclamaciones es una cuestión discrecional del Secretario de Estado

35. CH.DE VISSCHER : Op. cit. «Revue de Droit International». 1936. Pág 481.

Más recientemente han propugnado que el Derecho de protección diplomática se base en la nacionalidad de los accionistas más que en la de la propia sociedad, FRIEDMAN (Expropriation in International Law. Londres, 1953, pág.171), y BINDSCHEIDLER (Op. cit., página 231).

36. ERNEST SCHNEEBERGER: En *Schweizerische Juristen-Zeitung*. Zurich, 1 de enero de 1955, nota 23 a.

37. J.T. NILLER: Op. cit. Pág. 75.

o del Ministro de Relaciones Exteriores. Se concedió protección, por ejemplo, a pesar de la oposición de unos misioneros norteamericanos que notificaron al Departamento de Estado que no deseaban presentar ninguna reclamación. El Departamento de Estado ha insistido en que debe tener en cuenta el bienestar general de todos los ciudadanos norteamericanos en el extranjero y que debe ejercitar su propio criterio en cuanto a si hacer caso omiso de un daño infligido a un ciudadano puede pasar a constituir un daño para otros ciudadanos y para el prestigio general de los Estados Unidos. La acción de la persona perjudicada puede ser tomada en cuenta, pero sólo si el Gobierno interesado desea hacerlo así... Los casos en que el Departamento de Estado se ha negado a realizar fuertes gestiones y han sido debidos, a menudo, no a la falta de base de las reclamaciones, sino a alguna política superior tendente a fomentar las relaciones amistosas”³⁸.

El ejercicio de la protección diplomática es, pues, dejado a la discrecionalidad política del estado³⁹. Como indica Charles de Visscher: “La historia de la protección diplomática demuestra que ésta queda ampliamente subordinada en su ejercicio a consideraciones de oportunidad política. No siendo para los gobiernos sino una facultad, éstos la usan en la medida en que su intervención les parezca de naturaleza a favorecer, o al menos a no contrariar, los fines de su política general; se abstienen en caso contrario”⁴⁰.

Incluso en Suiza, el tribunal federal ha declarado que una petición de intervención diplomática por un individuo puede tener tan solo el sentido “de llamar la atención a las autoridades federales sobre los hechos, animándolas a su examen. Lo que ha de hacerse después, no depende de los deseos del peticionario, sino del derecho objetivo, determinado por el deber de la función que incumbe a las autoridades en tales asuntos” (BGE, 58 II476); que “del mismo modo que ha de quedar al libre albedrío del Estado el intervenir cerca de un Estado extranjero, lo mismo hay que decir en cuanto a la ulterior prosecución de la intervención comenzaba y a la extensión que quiere darse al asunto. Consideraciones de índole política y, sobre todo, las demás relaciones con el Estado extranjero pueden inducirle a renunciar a la demanda de compensación del... daño producido...sin que llegue a ser responsable ante sus súbditos cuyos intereses privados abandona” (BGE, 52, II, 260), ya que “el órgano competente de la Administración de Asuntos Exteriores

38. *Responsability of States for Injuries to Individuals*. «Columbia Law Review» Volumen XLVI, número. 6. Noviembre, 1946. Pág.913.

39. CH: DE VISSCHER: Cours générale de principes de Droit international public.«Recueil des Cours». La Haya, 1954-II. Pág 509.

40. Théories et réalités en Droit International Public. Paris, 1953. Pág 327.

se guía en sus resoluciones no tan sólo por los intereses, respetables en sí, del perjudicado individual, sino también, y ante todo, por el interés del Estado, que ha de tener en cuenta las posibles reacciones, ante las medidas solicitadas, sobre las relaciones políticas o de otro género con el Estado extranjero” (BGE, 58, II, 477). Resumiendo, lo que se refiere a la apreciación diplomática de las peticiones de protección diplomática, un autor suizo⁴¹, aplaude que el tribunal federal suizo haya abandonado, en las sentencias citadas, toda una serie de aspectos de estas cuestiones “al juego sutil de la actividad diplomática, expresamente a la Administración de Asuntos Exteriores”.

Por eso, según advierte Cavaglieri⁴², la protección diplomática ha de ejercerse con medida y prudencia grandes. Pues un estado “no puede endosar una reclamación que tenga su fuente en una actividad que contraríe, de hecho, la realización del orden internacional”⁴³. Como ha escrito H. Accioly, “la buena fe y la cortesía exigen que un Estado no ejerza la protección diplomática sin examen previo del asunto y la convicción de que su acto se justifica. es menos admisible todavía que un Estado presente una reclamación de esta índole, sabiendo que la misma carece de fundamento o se basa en datos falsos o erróneos”⁴⁴. Tampoco, “al menos por consideración de cortesía internacional, un Estado no debe ejercer su protección diplomática a favor de quien haya dado prueba de suma deslealtad para con ese Gobierno”⁴⁵.

En consonancia ha de aceptarse la autorizada opinión de Borchard de que “cuando el Gobierno presenta una demanda por vía diplomática, el Gobierno demandante está fundado en confiarse en el Gobierno reclamante en lo que concierne al hecho de que éste le presenta *bonafide* una demanda formulada de

41. E. SCHNEEBERGER : Loc. cit.

Vide la Nota de 1949 del Departamento político federal suizo en el *Annuaire suisse de Droit International*. Vol. VIII, 1950. Págs. 184-192

Según indica P. GUGGENHEIM (*Traité de Droit International public*. Tomo I Pág 311, Ginebra 1953). Está admitido generalmente que el Derecho suizo no reconoce al individuo o a la persona moral el derecho a la protección diplomática, y esto a pesar de los términos «derecho a la protección» u otras formas análogas utilizadas en el Reglamento consular de 26 de octubre de 1923.

Señalamos también que en la Constitución alemana de Weimar de 1919 (art 112, p. 2º) se disponía que «frente al extranjero, todos los súbditos del Reich, dentro y fuera del territorio del Reich, tienen derecho a su protección» pero – como escribe A. MAKAROV: *Op. cit.* «REDI», pág. 515 – este artículo ha sido interpretado en el sentido de que tal protección no es sino un efecto reflejo del Derecho objetivo y no constituye un derecho subjetivo.»

42. Corso di Diritto Internazionale 3ª ed. Nápoles, 1934. Pág. 277.

43. J. WITENBERG: *La responsabilité des réclamations devant les juridictions internationales*. «Recueil des Cours» La Haya, 1932-II. Pág. 64.

44. Tratado de Derecho Internacional Público. Traducción española de J.L. AZCÁRRAGA. Tomo I, PÁG 430. Madrid, 1958.

45. *Ibid.* Pág. 431.

buena fe por una persona que es un ciudadano honorable. El gobierno extranjero puede presumir, a justo título, que la reclamación está convencido de su justicia. Es ésta, en cierta medida, una salvaguarda contra la presentación de reclamaciones fraudulentas... Si en un momento cualquiera del procedimiento, el Gobierno reclamante descubre que el asunto no puede ser seguido honorablemente u honestamente, no tiene sólo el derecho, sino también el deber de abandonar la demanda⁴⁶. Incluso – prosigue el iuris internacionalista norteamericano, máxima autoridad en materia de protección diplomática – si el Gobierno extranjero hubiere ya pagado una indemnización, debe restituirla, como hicieron los Estados Unidos a favor de México en los asuntos de “Weil” y de “*La Abra Silver Mining Company*”, pues en estos casos la indemnización fue restituida al Gobierno mejicano después de una sentencia arbitral a favor del reclamante norteamericano y después que una parte de la indemnización le había sido ya pagada.

Mas si bien, como señala el hoy asesor jurídico del *Foreign Office*, Sir Gerald Fitzmaurice⁴⁷, “los Gobiernos tienen una *obligation of honour*, y como una materia de *comity*, de ejercer una supervisión general sobre las reclamaciones, con el propósito de asegurarse de que aquéllas son serias y aparentemente bien fundadas no sólo técnicamente, sino en substancia”, asimismo, correlativamente – como ha escrito el norteamericano Hyde⁴⁸ – “un estado acusado de haber causado un daño, puede expresar indignación o sorpresa cuando una Potencia extranjera preste su ayuda a uno cuya conducta en relación con los acontecimientos productores de una reclamación particular es reprensible”

Es decir, que el Estado que trate de ejercer su protección diplomática sobre una persona física o jurídica ante otro Estado, ha de cerciorarse de que tal persona reclamante ha tenido en el asunto una conducta correcta, esto es – como escribe CH. Rousseau⁴⁹ – “según un principio constante en la doctrina y en la jurisprudencia, y de acuerdo con la gráfica fórmula de los autores anglosajones, el reclamante debe tener las “manos limpias” / teoría llamada de las *clean hands*)”.

46. Les principes de la protection diplomatiques des nationaux.

47. The case of the I'm Alone. «The British Yearbook of International Law. Vol 17. 1936. Pág. 103, nota.

48. International Law chiefly as interpreted and applied by the United States. 2ª ed., 1945. Vol. II. Pág 892.

49. Derecho Internacional Público. Trad. española de F. GINEMÉZ ARTIGUES Barcelona, 1957. Pág 353.

A

Efectivamente, un importante número de calificados iuris internacionalistas, singularmente anglosajones, vienen propugnando esta doctrina de las *clean hands* o de la conciencia limpia o sin culpa, para aplicarla a las reclamaciones internacionales.

Así, el norteamericano Edwin M. Borchard indica que “es una máxima establecida en todo Derecho, interno e internacional, que uno no puede aprovecharse de su propia culpa, y que un demandante o un reclamante debe comparecer ante un Tribunal con las manos limpias”⁵⁰. Si, como señala Borchard, “el derecho que posee todo Estado de proteger a sus nacionales en el extranjero, es correlativo de la obligación, para este Estado, de conceder a los extranjeros un trato conforme a las exigencias del Derecho Internacional”, también puede afirmarse correlativamente que el Estado territorial tiene derecho a exigir que la conducta del extranjero en su territorio se acomode a aquellas reglas del Derecho Internacional. Por ello un Gobierno debe “presentar como condición de su protección, que el ciudadano haya cumplido todos sus deberes cívicos y no sea culpable de una conducta reprobable y que justificaría el rehusar la protección”⁵¹.

Por su parte el actual Juez norteamericano del Tribunal Internacional de Justicia, G.H. Hackworth, ha escrito que “en numerosos casos, el Departamento de Estado ha declinado el abogar por reclamaciones contra Gobiernos extranjeros, a causa de la naturaleza de la conducta del reclamante o la naturaleza de las actividades en las cuales estaba comprometido en el tiempo en que aquéllas ocurrieron. La conducta del reclamante puede también constituir fundamento para el rechazo de una reclamación por un Tribunal arbitral”⁵².

El profesor de Londres Bin Cheng, señala, a su vez, que “otra manifestación del principio *nullus commodum capere de sua iniuria propria*, es que un acto ilegal no puede servir como base de una acción en derecho”, y también que “el principio *ex delicto non oritur actio* es generalmente mantenido por los Tribunales internacionales”⁵³.

Sir Gerald Fitzmaurice ha aludido hace algunos años a la discreción de los Gobiernos para rehusar la presentación de reclamaciones cuando puedan ser consideradas como teniendo bases *unmeritorious*, añadiendo que “hay a veces la tendencia a argüir que no hay meramente una discreción, sino una obli-

50. Diplomatic Protection of Citizens Abroad. Nueva York, 1925. Pág. 713

51. Les principes de la protection diplomatique des nationaux a l'étranger. Leiden, 1924, Págs. 6 y 7.

52. Digest of International Law. Vol. V. Pág. 709.

53. General principles of Law as applied by International Courts and Tribunals. Londres, 1953. Págs. 155-158.

gación de rehusar la presentación de tales reclamaciones”⁵⁴. Y recientemente ha dicho Fitzmaurice que “ciertos principios de equidad ingleses, encuentran su aplicación en el campo internacional por medio de la misma idea básica, tal como aquél que dice: *He who seeks equity must come with clean hands*. Así, un estado que es culpable de conducta ilegal, puede ser privado del necesario *locus standi in judicio* para quejarse de ilegalidades correspondientes por parte de otros Estados, especialmente si éstas son consecuencia de haberse aventurado en ellas para contradecir su propia ilegalidad; en suma, cuando son provocadas por él”⁵⁵.

También Sir Travers Twiss había indicado que cuando “un barco mercante ha sido capturado en alta mar por el buque de una Potencia extranjera en el momento en que el barco se aproximaba a las costas de esta Potencia con la intención de dedicarse a un tráfico ilícito, la nación cuyo pabellón ha sido violado por esta captura, desiste en la práctica de su derecho a reclamar una reparación, porque se considera que las personas que estaban a cargo del barco culpable obraron de mala fe y, por consiguiente, han perdido todo justo título a la protección de su Estado”⁵⁶.

Pero no sólo han sido éstos y otros autores anglosajones los que han mantenido la doctrina que exige una conducta correcta de quien se queja de un acto ilícito para que su Estado pueda presentar una reclamación contra el Estado culpable, sino que, asimismo se encuentra la misma doctrina en autores de distinta nacionalidad. Y ello es así, porque, en rigor, la base de tal doctrina se encuentra en el Derecho romano⁵⁷.

Así, el polaco J.C. Witenberg proclama que “la violación por el extranjero de la ley interna del país en que reside, engendra la inadmisibilidad de la reclamación formulada para reparación de daños que esta violación hubiera provocado”⁵⁸, dado que “si el extranjero tiene derecho, bajo pena de denegación de justicia, a la legalidad interna del país en que reside,

54. The Cas of the I'm Alone. Pág. 103.

55. The general principles of International Law considered from the standpoint of the Rule of Law. «Recueil des Cours» La Haya, 1957-II Pág. 119.

56. Le Droit des Gens. Nueva Edición. París 1887. Págs 289-290

57. Del Derecho Romano parten dos grupos de disposiciones que, evolucionando, han llegado a perfilar la doctrina de Clean hands: la excepción de dolo y lo que modernamente se denomina abuso de derecho. En varios fragmentos del Digesto y del Codex, se encuentran resoluciones de casos concretos de los que pueden sintetizarse un principio general: «A nadie puede beneficiar su propio dolo, pero sí le perjudica». Cfr. frag. I Tit. III. Lib. IV; Frag 203. Lib. V, Tit. XVII; Frag. 155, Lib. L, Tit. XVII del Digesto.

58. L'organisation judiciaire. Le procédure et la Sentence Internationale. Paris 1937 Pág 159.

tiene en cambio, que conformarse y que plegar su actividad a las exigencias de esta misma legalidad”⁵⁹.

También en Hispanoamérica ha sido aceptada esta doctrina escribiendo el profesor argentino Podestá Costa que, para que exista responsabilidad internacional del estado, “es necesario que l persona lesionada no haya destruido el vínculo de la “comunidad de fortuna” por haber violado los deberes inherentes a este régimen”⁶⁰. Asimismo en el informe presentado por el cubano F.V. García Amador, como ponente especial de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, tiene a recogerse esta doctrina al ocuparse de la “Responsabilidad del Estado en razón de daños causados sobre su territorio a la que “si el extranjero lesionado ha cometido una falta sin la cual el hecho dañosos no se hubiera producido, esta falta puede también ser considerada, según el caso, como una causa de exoneración de la responsabilidad internacional o como una circunstancia atenuante”⁶¹.

En igual línea hay que indicar asimismo una resolución del Instituto de derecho Internacional aprobada en su sesión de Neuchâlet de 1900, en la que se admite que “la obligación de indemnizar desaparece, cuando las personas lesionadas son ellas mismas causas del acontecimiento que ha producido el daño”⁶². También el artículo 6º del Proyecto número 16 preparado por el Instituto Americano de Derecho Internacional, relativo a la cual se dirija la reclamación diplomática, puede declinarla cuando la persona por la cual se haya hecho, se hubiere mezclado en los asuntos de política interior o exterior en contra del Gobierno al cual se haga la reclamación. Puede declinarla igualmente, si el reclamante ha cometido actos de hostilidad contra la República”⁶³.

En definitiva, “cuando el extranjero ha obrado al margen de la ley o ha violado la ley del Estado en que reside, debe necesariamente aceptar las consecuencias de sus actos”⁶⁴.

Estas opiniones de los publicistas más calificados de diferentes naciones prueban que existe una doctrina coherente, que podemos sintetizar en la siguiente forma: La persona física o jurídica extranjera debe haber tenido una conducta correcta

59. La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales. «Recueil des Cours» La haya, 1932 III. Pág. 65.

60. Manual de Derecho Internacional Público, 2ª edición, Buenos Aires, 1947. Pág 223.

61. Responsabilité Internationale. Tercer informe. «Annuaire de la Commission du Droit International» Vol.II. Pág 55. Nueva York, 1958.

62. Annuaire de l’Institut de Droit International. Vol. 18. Pág 255. País, 1900.

63. A. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE: Derecho Internacional Público. Tomo III. Pág. 518. La Habana, 1936

64. GARCÍA AMADOR: Rapport cit., pá.56.

hacia el Estado territorial, cumpliendo sus leyes y no inmiscuyéndose en sus asuntos políticos internos, para que pueda acogerse a la protección diplomática de su propio Estado. O también bajo esta otra forma: Un Estado no puede presentar una reclamación a favor de una persona física o jurídica que tenga derecho a proteger diplomáticamente frente a otro Estado, si tal persona no ha tenido una conducta correcta hacia este Estado.

Según algunos autores, habría que añadir a cualquiera de ambas fórmulas que proponemos, un requisito para que ante un Tribunal internacional puedan tener no ya un valor circunstancial atenuante, sino incluso todo el peso de una exigente: que exista una relación de causa a efecto entre la conducta incorrecta y el daño con respecto al cual se presenta una reclamación. Así, Witenberg sostiene que “la inadmisibilidad, consecuencia jurídica de la falta, no se producirá sino en la medida en que la falta hubiere jurídicamente provocado el daño”⁶⁵.

Bien entendido que se trata de un principio jurídico y no de mera equidad. Ciertamente que la doctrina anglosajona de *clean hands* comenzó basándose en un principio de equidad, pero terminó siendo una verdadera regla jurídica⁶⁶.

Y como tal regla es preciso distinguirla de toda aplicación del principio de buena fe en las relaciones internacionales, proclamado por el Tribunal de La Haya a través de una reiterada jurisprudencia. En la doctrina de *Clean Hands*, la causa susceptible de invalidar la reclamación deriva del individuo o de la persona jurídica protegida por el Estado que presenta la reclamación, además de ser esencial para la admisibilidad de esta reclamación que exista una relación directa de causalidad entre el acto ilícito e incorrecto del que es lesionado y el daño que ha sufrido, tal como hemos indicado, definiéndose el hecho como no jurídico por el Derecho interno del Estado demandado. Por el contrario, la aplicación del principio de buena fe se refiere a casos en los que el Estado demandante es directamente imputable de actos ilícitos, pues son el hecho de uno de sus órganos en el ejercicio normal de sus competen-

65. La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales. «Recueil des Cours» La Haya, 1932-III. Pág.69.

66. Según H:LAUTERPACHT (Règles générales du Droit de la Paix.«Recueil des Cours» La Haya, 1937-IV. Pág 183) hay un sentido de la equidad que «es especial del Derecho inglés, es decir, de esta rama del Derecho que es aplicada hoy por la división de cancillería de la Alta Corte de Justicia en los asuntos concernientes a los trust. Las hipotecas, las sociedades, las asociaciones, la tutela, etc. estas reglas de equidad tienen su origen en la jurisdicción del Canciller, que trataba de adaptar la rigidez de la ley a las necesidades de la buena conciencia, de la buena fe y de la moral. Estos principios equitativos han llegado a ser ahora reglas de Derecho que rigen los diversos temas antes mencionados. Son, en muchos casos, tan estrictas como cualesquier otras reglas de Derecho, bien que en substancia la mayor parte de ellas contienen esas consideraciones de ética de las cuales han surgido».

cias, por la cual es el derecho internacional el que determina si tal acto es jurídico o no.

B

Aun cuando no hemos encontrado casos que hayan sido vistos ante instancias internacionales en los cuales en forma directa se aplicara la doctrina de la falta de *clean hands*, sin embargo hay algunos casos en los cuales se ha aludido a lo esencial de esta doctrina.

Singularmente hay que referirse a una serie de casos resueltos por la Comisión general de reclamaciones entre Méjico y los Estados Unidos, establecida por el Convenio de 1923⁶⁷.

En el caso “García y Garza” se trataba de una joven mexicana, Concepción García Garza, que fue muerta en 1919 cuando intentaba cruzar ilegalmente la frontera constituida por el Rio Bravo del Norte, por una patrulla armada norteamericana.

El Oficial que mandaba la patrulla fue condenado por un Tribunal norteamericano a ser separado del Ejército; pero esta sentencia fue revisada y volvió al servicio activo. Méjico alegó que se trataba de un caso de muerte por negligencia y que, además, había habido una denegación de justicia. la Comisión, en su sentencia de 3 de diciembre de 1926⁶⁸, aun considerando que tal cruce del río estaba prohibido por los Derechos de ambos países, estimó que había habido un abuso de poder por parte del Oficial norteamericano (ya que el Reglamento militar de los Estados Unidos prohibía disparar sobre personas que cruzaban el río), y aun cuando estimaba que no había habido denegación de justicia, decidió que el Gobierno de los Estados Unidos pagase una indemnización de dos mil dólares al Gobierno mejicano.

En el caso “Massey” se trataba de un ciudadano norteamericano, William B. Massey, que había sido muerto en Veracruz en 1924 por un mejicano, Sáenz, el cual, detenido, había conseguido evadirse de la prisión. Los Estados Unidos presentaron una reclamación en nombre de la viuda e hijos, alegando denegación de justicia. Méjico planteó la mala conducta de Massey – había raptado a la mujer de Sáenz- como base de un rechazo de la reclamación: “El derecho internacional, la justicia y la equidad excluyen una reclamación, una vez que se establece que, según la máxima general *ex dolo malo non oritur actio*, el extranjero por cuya muerte se reclama, por su propia con-

67. J.G. DE BEUS: The Jurisprudence of the General Claims Commission United States and Mexico under the Convention of September 8, 1923. La Haya, 1938.

68. En the American Journal of International Law. Vol. 21. Núm. 3 Págs. 581-599, Washington, Julio 1927

ducta inmoral, negligente o ilegal causó o contribuyó a causar su propia muerte”. A este respecto, la Comisión afirmó en su sentencia de 15 de abril de 1927⁶⁹ 69, que “ni el carácter ni la conducta de Massey pueden afectar a los derechos de los Estados Unidos a invocar aquella regla [la de que el Gobierno mexicano debió adoptar medidas para prender y castigar a los nacionales que habían cometido un delito contra un extranjero]... En otras palabras, el carácter y conducta de Massey no tienen importancia en relación al fondo de la presente reclamación, según el Derecho Internacional”. En el caso – se añadía –, existe “una gran negligencia por parte de las autoridades mejicanas, de la que resulta una denegación de justicia”. Por ello, atendiendo a esta denegación de justicia”, fue condenado el Gobierno mejicano al pago de quince mil dólares al Gobierno estadounidense.

En el Caso “Chattin” se trataba de un ciudadano norteamericano, B.E.Chattin, empuerionado por condena de un Tribuna de Sinaloa, que escapó de la prisión durante los disturbios producidos por la revolución de Madero en 1911 y volvió a los Estados Unidos, donde alegó que el arresto, el juicio y la sentencia habían sido ilegales y que fuera inhumano el tratamiento que se le diera. Los Estados Unidos reclamaron por denegación de justicia y tratamiento inhumano en la prisión. Méjico alegó que el hecho de que Chattin se hubiera evadido, le había hecho perder todo derecho a invocar la protección del Gobierno de los Estados Unidos contra Méjico. La Comisión, en su sentencia de 23 de julio de 1927⁷⁰, afirmó que aunque tal alegación mejicana parecía conducir a que el Gobierno reclamante, al adherirse a tal reclamación, se hacía a sí mismo parte en el acto impropio de su nacional, sin embargo, los laudos arbitrales internacionales establecían que el deber o el derecho de los Tribunales internacionales de rechazar las reclamaciones de los fugitivos de la justicia no estaba fundado, sino, al contrario, varios casos demostraban que no había que dar importancia al hecho de que se tratara de un fugitivo de la justicia para que pudiera presentarse una reclamación, ya que si bien este fugitivo pierde su derecho, ello no implica que su Gobierno pierda su derecho a adherirse, discrecionalmente, a la reclamación de su súbdito. Por ello, basándose en que Chattin había sido detenido ilegalmente, había habido una denegación de justicia, habían sido irregulares los procedimientos, no había existido una suficiente evidencia para condenarle y que había recibido malos tratos en la prisión, la Comisión decidió que el Gobierno mejicano debía pagar una indemnización de cinco mil dólares al Gobierno de los Estados Unidos.

En el Caso “Chase” se trataba de un ciudadano norteamericano de este nombre, que fu detenido después de ser herido en

69. A.J.I.L. Vol.22. Núm.4 Págs. 789-791 Washington, octubre 1927

70. A.J.I.L. Vol. 22 Núm.3 Págs. 667-682. Washington, Julio 1928

un tiroteo con un ciudadano mejicano, resultando finalmente que ambos fueron puestos en libertad por disposición judicial. Los Estados Unidos reclamaron alegando que había habido una denegación de Justicia, mientras Méjico alegó que había sido Chase el agresor. La Comisión decidió que, atendiendo a las circunstancias, el caso no debía ser considerado como un caso extremo de denegación de justicia entendiéndose que si bien la conducta de Chase no relevaba a Méjico de toda responsabilidad por denegación de justicia, disminuía el grado de su responsabilidad.

En el Caso “Kling” se trataba de varios ciudadanos norteamericanos, empleados en una Compañía petrolífera de Méjico, que en enero de 1921, en una jurga, dispararon su revólver al aire; una patrulla de soldados mejicanos hizo entonces fuego contra ellos y cayó herido el norteamericano August Francis Kling, que habría de morir a consecuencia de la herida, dos meses después, en Dallas. Los soldados mejicanos resultaron exonerados por las autoridades de su país de toda responsabilidad en el hecho, y, en cambio, fueron detenidos los restantes ciudadanos norteamericanos que intervinieron en los hechos. Por parte mejicana se negó que Kling fuera herido por Fuerzas federales del Gobierno mejicano se alegó que, en todo caso, los soldados mejicanos habían repetido un ataque: La Comisión, en su sentencia de 8 de octubre de 1930⁷¹, aun teniendo en cuenta que “una excusa puede ser hecha por la acción de los soldados mejicanos, su conducta puede ser considerada como imprudente, innecesaria e injustificable”, dado que las autoridades mejicanas no habían realizado una adecuada investigación sobre el caso, fijó una indemnización de nueve mil dólares a pagar por el Gobierno mejicano al estadounidense. Mas es de destacar en este caso, que el Presidente de la Comisión, M. Alfaro, opinó – y a esta opinión se unió el comisionado norteamericano de que podía haber una excusa a favor de la conducta de los soldados mejicanos, que “es imposible no considerar que la acción de los soldados fue causada por los disparos hechos al aire por algunos compañeros de Kling, lo cual era una verdadera imprudencia dada la hora y las condiciones de alarma e inseguridad que prevalecían en el teatro de los acontecimientos”.

También debe ser mejicano aquí un célebre caso resuelto por una Comisión arbitral de Canadá y los Estados Unidos en enero de 1935: el Caso “T m Alone”⁷². Se trataba de un navío canadiense dedicado al contrabando de bebidas alcohólicas y

71. A.J.I.L. Vol. 25 Núm. 2 Págs. 367-380. Washington, abril 1931.

72. A.J.I.L. Vol. 29. Núm. 2 Págs. 326-331. Washington, abril 1945.

que fue hundido en 1929 por el guardacostas norteamericano “Dexter”. La Comisión yanqui-canadiense falló que no podía ser pagada compensación alguna en concepto de pérdida del buque o del cargamento, aunque sí estimó que deba concederse una compensación de veinticinco mil dólares al Gobierno canadiense en concepto de las pérdidas de la tripulación del “I’m Alone”⁷³.

Por parte canadiense se había alegado que “la calificación moral de la operación no era relevante en los procedimientos”, mientras que el Gobierno norteamericano indicó que la reclamación no debía ser acogida en virtud del carácter “malo” del buque. Según comentó Fitzmaurice⁷⁴, los Comisionados estuvieron influidos por la naturaleza de las actividades del buque, aunque en su fallo la Comisión no hizo indicación clara sobre este asunto, ya que la alegación de que el buque era un malhechor dedicado a infringir las leyes norteamericanas, quedó inextricablemente mezclada en los razonamientos, con la alegación de que las personas que poseían intereses reales en el buque eran ciudadanos estadounidense.

En definitiva, de estos casos puede desprenderse la existencia de 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.

C

Vista la existencia de una calificada doctrina científica y de una jurisprudencia arbitral favorable a la admisión de la teoría de falta de *clean hands* en Derecho Internacional, podemos concluir sosteniendo que un estado no deberá ejercer su derecho de protección diplomática de un nacional, haciéndose cargo de su reclamación, o – expresado de otra forma - que no debe ser admisible una demanda de reparación formulada por un Estado, cuando el reclamante que se protege haya observado una conducta incorrecta e ilegal hacia el Estado demandado, y exista una relación de causa a efecto entre tal conducta y el daño con respecto al cual se presente la reclamación.

73. Esta recomendación del pago de veinticinco mil dólares al Gobierno canadiense, «aparte las razones dadas por los comisionados, constituye una compensación parcial por los gastos hechos en la prosecución de su caso con los Estados Unidos, señala CHARLES CHENEY HYDE: *The adjustment of the «I’m Alone» Case*. «A.J.I.L.» Vol. 29. Núm 2. Página 300. Washington, abril 1935.

74. Op. cit. Pág. 101.

Si, no obstante esta circunstancia de falta de *clean hands*, un Estado produce una acción ante una instancia internacional para proteger diplomáticamente a una persona física o jurídica de evidente y reiterada conducta incorrecta e ilegal frente a otro Estado – teniendo aquél legítimo *ratione personae* -, ¿no incurre incluso el Estado demandante en un abuso de derecho?⁷⁵.

75. Cfr. LUIS GARCÍA ARIAS: La doctrina del abuso de derecho en Derecho internacional.