

PRIMERA PARTE

MARCO TEÓRICO GENERAL

CAPÍTULO I

SURGIMIENTO DE LA PROTECCIÓN A NACIONALES EN EL EXTERIOR. CONCEPTO Y PRÁCTICA INICIALES

A. ACTIVIDADES DE PROTECCIÓN ANTES DE LA APARICIÓN DEL ESTADO

De acuerdo con el diccionario, proteger significa amparar, auxiliar, favorecer a alguien, o bien, en caso extremo, tomar directamente la defensa de alguien. Así pues, tal acción puede entenderse tanto en sentido preventivo (para evitarle cualquier molestia, daño o peligro a una persona), como en sentido correctivo (para ayudar a obtener la reparación de un daño ya sufrido por alguien).

La acción de proteger puede ser efectuada, a su vez, por diversos tipos de entidades, que pueden proporcionarla a diferentes clases de sujetos, por distintos motivos y en variadas circunstancias. Sin embargo, aquí sólo se analizará la actividad de protección que efectúa el Estado en favor de sus nacionales o sus intereses, cuando éstos se encuentran en el exterior; es decir, cuando se ubican fuera de los límites territoriales o jurisdiccionales del propio Estado.

Así pues, en esta primera parte de la obra se examinarán dos conceptos fundamentales: la protección diplomática y la protección consular, que son los dos tipos de actividad de protección que el Derecho Internacional reconoce como facultad exclusiva del Estado. Ambos están intrínsecamente vinculados al surgimiento y existencia de lo que actualmente conocemos como Estado; es decir, el Estado moderno, y por consiguiente tales conceptos no pueden ser aplicados a ninguna otra actividad similar que haya sido efectuada por otras entidades políticas, diferentes a la del Estado que empezó a surgir en el mundo entre fines de la Edad Media y principios de la Edad Moderna. Si bien, antes de la aparición del Estado moderno pueden identificarse acciones protectoras ejercidas por representantes de distintas comunidades, éstas no pueden denominarse protección diplomática, ni protección consular.

Desde la antigüedad ha existido el fenómeno de la migración de personas fuera de su territorio original, misma que ha obedecido a diversas causas y que ha provocado diferentes consecuencias. Entre éstas se cuentan la necesidad de proteger a los migrantes y sus intereses.

Esta necesidad de protección se entendió tanto en un sentido de auxilio general a los individuos para facilitarles su estancia y el manejo de sus asuntos en el exterior, como en un sentido más propio de amparo que buscaba el que los extranjeros, aun encontrándose fuera del dominio de su comunidad original, pudiesen tener acceso a un sistema de impartición de justicia que permitiera el reconocimiento cabal de sus derechos y la sanción legítima de sus infracciones.

De manera intrínseca a esta necesidad de protección, surgió la necesidad de designar entidades que representaran a los migrantes, ya que su característica movilidad les impedía muchas veces atender y promover en forma directa sus asuntos en el exterior, y esta movilidad, aunada al variado número de migrantes, hacía que las autoridades extranjeras prefirieran vincularse con unas cuantas instancias representativas de los extranjeros, en vez de hacerlo personalmente con cada uno.

a. Primeros antecedentes en Grecia, Roma y el Imperio Romano

En una primera etapa, la actividad de representación estuvo a cargo de particulares, elegidos entre los residentes del lugar. Así pues, en la Antigüedad Clásica, los extranjeros que se encontraban en alguna ciudad griega debían elegir de entre los ciudadanos griegos a una persona para que los defendiera de y los representara ante las autoridades y tribunales locales. Con el tiempo, esta costumbre fue superada, siendo la misma ciudad-estado a la que pertenecían los extranjeros, la que escogía entre los ciudadanos de la primera al que habría de ser el *proxenos* encargado de representar al conjunto de sus ciudadanos y a cada uno de ellos en particular, ante las autoridades y tribunales de la otra ciudad-estado griega.

Al parecer, la ley que se aplicaba entonces a los extranjeros era la propia de la ciudad-estado griega donde se encontraban. Sin embargo, posteriormente se estableció en Roma, que las controversias entre los extranjeros se solucionarían mediante la constitución de colegios de árbitros denominados *recuperatores*, compuestos por ciudadanos romanos que se encargaban de juzgar dichas controversias *ex aequo et bono* (según lo equitativo y bueno, ante la ausencia de ley).

Más tarde, dentro del Imperio Romano, surge la figura del *praetor peregrinus*¹ que también se encarga de las controversias entre extranjeros, o entre extranjeros y romanos, pero aplicando el *jus gentium*—sistema de normas que se aplicaba a todos los extranjeros dentro del Imperio Romano (y que comprendía principios jurídicos de varios pueblos, además de reglas consuetudinarias relativas al comercio)—a diferencia del *jus civile*, que era exclusivamente para ciudadanos romanos.

b. Actividades de “protección” en la Baja Edad Media

A partir del siglo V y en coincidencia con el debilitamiento del Imperio Romano, empieza a aceptarse que la representación de los extranjeros sea asumida por magistrados escogidos de entre ellos mismos.

En la Edad Media sólo existen formalmente dos grandes poderes: el emperador y el papa. En la práctica, sin embargo, existe una mayor diversidad que se genera a partir de la invasión de las fronteras del Imperio por tribus bárbaras, principalmente germanas, y de las acciones del Emperador. Este reparte la tierra entre los principales nobles (reyes, duques y condes) y éstos, a su vez, frecuentemente la subdividen entre otros señores de categoría inferior, creando así feudos que habrían de constituirse en otros núcleos de poder. Adicionalmente, en el siglo IX comienzan a surgir las ciudades a partir de centros comerciales y de producción artesanal, que paulatinamente se independizan de los señores feudales para ser gobernados por gremios y guildas (agrupaciones de artesanos y comerciantes respectivamente).² A diferencia de la fase característica del Imperio Romano, en que el poder estaba centralizado en el emperador—lo que permite una amplia unidad política y económica— en la Edad Media hay dispersión del poder político y regionalismo, ya que los jefes regionales llegaban incluso a disponer de ejércitos propios.

Dentro de este contexto y de una organización social caracterizada por la coexistencia de pueblos distintos dentro de una misma organización política (como es la convivencia de bárbaros y romanos) rige el

¹ En *Las Relaciones Consulares*, Madrid, Aguilar, 1974, Adolfo Maresca hace una descripción detallada de este tipo de órganos y establece una analogía entre éstos y la moderna institución consular.

² Ejemplo de esto es la Liga Lombarada, constituida por un conjunto de ciudades italianas que llegan a obtener su independencia total de los señores feudales. En Alemania, muchas ciudades llegan a depender directamente del Emperador, sin obedecer a los nobles feudales. En Francia y España existen, igualmente, ciudades importantes.

principio de la “personalidad del Derecho”. Mediante éste, todo individuo está sujeto a la ley de su raza, por lo que los extranjeros se rigen por las leyes de su país de origen y son sus propios magistrados (*praepositi, baili, telenarii*) los encargados de arreglar las controversias. Estos magistrados son órganos privados, surgidos localmente, investidos de una potestad tributaria y titulares de un poder de protección en favor de los miembros de su grupo racial, frente a las autoridades locales. Por lo que se refiere a las ciudades, los gremios de comerciantes y artesanos se regulan por normas propias, aplicadas por magistrados propios (denominados cónsules) y que consisten en una serie de principios y costumbres recogidos sistemáticamente.³

Ante la gran disgregación feudal que dividía a Europa en un sinnúmero de pequeñas fronteras, el derecho de guerra privada toma carta de naturaleza por doquier. Las ciudades también gozan de tal derecho, ya que mantienen una política propia; llegan a declarar la guerra a sus señores feudales o entre sí, además de entablar negociaciones y concertar alianzas.⁴ Sin embargo, en medio del caos feudal comienzan a conformarse los elementos sobre los cuales habrían de construirse posteriormente los estados nacionales.

En este sentido, con la entremezcla de las razas bajo un lugar de vida fijo y la centralización de las relaciones legales alrededor de la idea de propiedad de la tierra, el principio de la personalidad de la ley fue cediendo lugar al de territorialidad de la ley. Así pues, en lugar de aplicarse las leyes a diferentes grupos raciales, se fueron aplicando a todos aquéllos dentro de una cierta localidad, independientemente de su origen. El feudo se convirtió en la unidad de administración, y dentro de él, todas las clases de personas tenían derechos idénticos dentro de la tierra e idénticos deberes y derechos frente a su señor feudal; los derechos eran iguales para las diversas clases de vasallos. Estas influencias finalmente trajeron la desaparición de la personalidad como criterio de aplicación de la ley y la sustituyeron por la territorialidad y uniformidad local. A ciertos grupos, como los ciudadanos de ciertos pueblos, miembros de ciertos gremios y eclesiásticos, se les concedieron privilegios especiales dentro de los límites territoriales.⁵

³ Como señala Maresca, *op. cit.*, p. 17, este cónsul no es aún un órgano del Estado al que pertenecen los individuos extranjeros en relación con el Estado huésped, pero ya es un órgano intrínseco a este grupo social y puede aplicar a sus integrantes su propia ley.

⁴ Un ejemplo son las cartas-represalia que podía expedir un príncipe para que uno de sus vasallos pudiese hacer la guerra a un deudor, a fin de obtener el pago de lo adeudado.

⁵ Véase V. P. Potemkin y otros, *Historia de la Diplomacia*; México, Grijalbo, 1966, tomo I, pp. 96 y 97.

c. *Aparición de la protección ejercida por cónsules en la Alta Edad Media*

El principio de la territorialidad de la ley que emana del propio sistema feudal se robustece con la integración de estados medievales que representan la consolidación del poder real frente al de los diversos señores feudales que componen cada uno de los reinos.

A mediados del siglo XIV, en los principales estados medievales como Francia, Escocia, Inglaterra, Irlanda, Castilla y Aragón, fue ganando terreno la idea de soberanía, no sólo en el sentido de concentrar el poder político en un monarca frente a la disgregación feudal, sino también de fortalecer este poder en su territorio frente a la influencia del emperador.⁶ En este sentido puede decirse que, desde el siglo XIII, nace en Francia el concepto de que el rey es emperador en sus dominios. Este importante elemento constituirá la base para conformar la idea de soberanía nacional porque, dentro de su territorio, la autoridad del gobierno de Francia es mayor que la del emperador mismo. Poco a poco, esta realidad provocará que la obediencia al emperador, sea meramente formal y no tenga ningún valor político real.⁷

Aunque los “glosistas” o expertos en el Derecho de esa época veían toda la Europa católica como un Estado único subordinado al soberano del Sacro Imperio Romano Germánico, y los pleitos entre los distintos Estados no pasaban, al entender de ellos, de diferencias entre individuos súbditos del emperador, resultaba difícil aplicar en la práctica este punto de vista, puesto que no todos los Estados reconocían su vasallaje del emperador.

Como resultado de esta realidad, surgen los “posglosistas”, que enunciaron la doctrina de la soberanía de los distintos estados. Su teoría nació precisamente en Francia que, como se apuntó, era un Estado independiente del papa y del emperador. Los posglosistas franceses como Jean Faurè,⁸ proclamaron la independencia absoluta de los distintos Estados, considerando al Sacro Imperio Romano como uno más de ellos. Todos los atributos que los glosistas concedían únicamente al emperador eran otorgados ahora a la totalidad de los Estados: derecho supremo de legislación y gobernación dentro de su territorio, derecho de entrar en alianzas y concluir tratados y derecho a la legítima defensa en forma de guerra.

⁶ Cabe recordar que el Sacro Imperio Romano se proclamó desde sus orígenes como el heredero del desaparecido Imperio Romano de Occidente, por lo que consideraba que los Estados surgidos sobre el territorio del extinto imperio debían subordinarsele.

⁷ Juan Brom, *Esbozo de Historia Universal*, México, Grijalbo, 1973.

⁸ Potemkin, *op. cit.*, p. 161.

Es así como a fines del siglo XIII, empiezan a aparecer los gérmenes del derecho internacional como ciencia en las doctrinas de los posglosistas. En la época feudal, asimismo, se encuentran ya algunos de los elementos primarios de la relación entre Estado y ciudadano y de algunas funciones que podrían considerarse como de protección por parte del Estado. En este sentido y como resultado del desarrollo independiente de las ciudades italianas, éstas comenzaron a enviar al exterior, previo consentimiento del soberano extranjero, magistrados propios con competencia para juzgar, con base en su propia ley —pues aún prevalecía el concepto de personalidad— asuntos civiles y penales en los que tomaran parte sus ciudadanos. De esta manera, Venecia (en 1060), Génova (en 1204), Montpellier (en 1243) y Narbona (en 1340) envían a Constantinopla a dichos magistrados o cónsules.⁹

En este momento puede hablarse ya del antecedente más directo de lo que ahora se conoce como cónsul y de la actual actividad de protección consular, puesto que estos magistrados constituyen de hecho, órganos que envía su ciudad-Estado para proteger los intereses de sus ciudadanos en el exterior.

Ya no se trata, pues, como en una primera etapa, de representantes extranjeros o de tipo privado, sino de representantes oficiales que la entidad política de origen de los migrantes designa para ser enviados a los lugares del exterior donde se encuentran sus ciudadanos, con el propósito específico de proteger sus intereses, lo que en el caso concreto de los cónsules italianos en Constantinopla se traducía en la capacidad de juzgarlos en asuntos civiles y penales con base en sus propias leyes.

Este tipo de actividad comparte con la protección consular y la protección diplomática, propiamente dichas, la preocupación por asistir a los ciudadanos que se encuentran en el extranjero y, en especial, por velar que se les imparta una adecuada justicia. Sin embargo, aún no se trata de una función de protección típica del Estado moderno, debido al tipo de legislación que se les aplica a los extranjeros. La impartición de justicia que llevan a cabo estos cónsules con base en sus propias leyes, es una característica común a las épocas anteriores al surgimiento de los Estados, pues una vez que éstos se consolidan, también lo hace el principio de la soberanía territorial. A partir de éste, la única ley que en esencia se permite aplicar es la del propio Estado, aun cuando ésta le sea ajena a los migrantes extranjeros. Además, la aplicación de esta ley debe hacerse efectiva por medio de magistrados oriundos del

⁹ Maresca, *op. cit.*, p. 18.

mismo Estado y ya no por los representantes de cada grupo extranjero localizado en el lugar.

La Edad Media es todavía un periodo imperial y el concepto de Imperio sigue siendo el principal en la ciencia política. No será sino hasta finalizar la Edad Media (ss. V al XV) y comenzar lo que ahora se conoce como Edad Moderna (ss. XVI al XVIII), cuando el concepto de Estado sea realmente revivido y transformado, y surja con ello la noción de protección de nacionales en el exterior, es decir, las primeras formas de lo que ahora se entiende por protección en el Derecho Internacional.

B. SURGIMIENTO DEL ESTADO MODERNO Y DE LAS PRIMERAS IDEAS SOBRE PROTECCIÓN DE NACIONALES EN EL EXTERIOR

a. Surgimiento del Estado moderno

Si bien no puede decirse que el concepto de Estado, como expresión política de una nación, haya surgido apenas en el siglo XVI, ya que desde la antigüedad se conformaron entidades que podrían denominarse Estados por constituir el cuerpo político de una población con el mismo origen étnico, generalmente la misma lengua y una historia común —como Egipto, China, o los estado-ciudad griegos— sí puede afirmarse que el Estado que surgió en Europa a fines de la Edad Media contenía ya los elementos principales que habrían de conformar las bases de lo que actualmente conocemos como Estado, y que podrían resumirse en: la centralización del poder político ejercido dentro de un territorio claramente delimitado, más amplio que el espacio feudal pero más reducido que el espacio imperial, en un ente denominado soberano y que se encuentra conceptualmente separado del campo de la religión. En este sentido, y como señala Ernest Wolfgang Bockenforde

... el concepto de estado no es un concepto universal sino que sirve solamente para indicar y describir una forma de ordenamiento político que se dio en Europa a partir del siglo XIII y hasta fines del siglo XVIII o hasta los inicios del XIX, sobre la base de presupuestos y motivos específicos de la historia europea, y que desde aquel momento en adelante se ha extendido —liberándose en cierta medida de sus condiciones originarias concretas de nacimiento— al mundo civilizado todo.¹⁰

¹⁰ Citado por Pierangelo Schiera al definir el Estado moderno en Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, tomo I, 1984, p. 626.

Aunque el propósito aquí no es profundizar en el concepto de Estado, sí interesa hablar de él y explicar cómo fue conformándose, para poder entender los orígenes del derecho internacional, y dentro de éste, de la noción de protección de nacionales en el exterior como labor ejercida por un Estado frente a otro. Como ya se mencionó, el mundo político europeo anterior a la constitución del Estado moderno se caracterizaba por la fragmentación o repartición del poder político entre el emperador, el papa y los señores feudales, de manera que la delimitación espacial del ejercicio del poder llegaba a entremezclarse, haciendo imposible no sólo la distinción entre derecho público y privado, sino también entre lo que después se ha conocido como derecho interno e internacional. Pero la idea de un Estado universal único o imperio, que predominó a nivel conceptual durante la Edad Media, fue modificándose poco a poco en la práctica, hasta convertirse en la Edad Moderna en una pluralidad de Estados “en que cada uno no pretendía gobernar al mundo, sino sólo gobernarse a sí mismo”.¹¹

Para apoyar esta transformación de las comunidades locales en estados modernos, fue decisiva la influencia de las ideas jurídicas concebidas por los pensadores de la época. Como señala Max Sorensen:

Tal vez no ha habido tiempo alguno en que la influencia de los pensadores fuera mayor. Los nombres de Bodino, Altusio, Maquiavelo, Hobbes y Locke se destacan, especialmente, como los de los fundadores del Estado... (y su aporte principal consiste)... en el desarrollo y aplicación del concepto de soberanía.¹²

Este concepto, que tiene diferentes acepciones, fue desarrollado inicialmente en términos del derecho y la estructura interna del Estado, para denotar el poder supremo dentro del mismo. De ahí que la figura centralizadora de este poder se llamara soberano. Más tarde, con la aparición y desarrollo del derecho internacional, el término soberanía se utilizó para significar, no la idea de supremacía, sino la de independencia de cada Estado; y en un sentido secundario, para referirse a la autoridad que un Estado tiene sobre su territorio y sus ciudadanos. Tanto en el primero como en el último de los sentidos mencionados, la soberanía implica principalmente el poder supremo para legislar y hacer cumplir las leyes que han de regir dentro de un determinado territorio, por lo que el postulado de su existencia

¹¹ Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 64.

¹² *Ibid.*, p. 63.

dentro de cada comunidad política contribuyó decisivamente al desarrollo del Estado naciente.

El concepto de soberanía fue producto de la necesidad creada por el desorden y fragmentación feudales, de buscar la paz y bienestar entre los miembros de una determinada comunidad territorial y para lo cual la unidad de mandato se convirtió en condición indispensable. Tanto el concepto de soberanía como la idea de Estado requirieron siglos para desarrollarse. Por eso, aunque las primeras formas del estado europeo se remontan al siglo XIII, no es sino hasta mediados del siglo XVII que la Paz de Westfalia confirma en Europa la existencia de un sistema de Estados. Este tratado puso término en 1648 a la Guerra de los Treinta Años iniciada en 1618 en Europa Central, a consecuencia de la rivalidad religiosa al interior del Imperio Alemán (entre los príncipes protestantes y el emperador alemán) y de la pugna entre Francia y España por ampliar su poder en Europa. La importancia del Tratado de Westfalia consiste en haber delimitado las fronteras de los Estados del Continente Europeo, con lo que quedó estructurado en grandes líneas el mapa de la Europa moderna.¹³ Por lo que se refiere al régimen interno de Alemania, consolidó su desmembramiento político y suprimió de hecho el Imperio. Como resultado de lo anterior, el Tratado de Westfalia es el documento del cual se derivan todos los pactos internacionales subsiguientes, hasta fines del siglo XVIII; es decir, hasta la Revolución Francesa.¹⁴

b. Inicios del Derecho Internacional

Al tomar el Tratado de Westfalia de 1648 y la publicación de *Leviatán*, de Hobbes, en 1651 (libro que explica la noción de soberanía como autoridad *de facto*) puede considerarse al siglo XVII como el de la consolidación del Estado moderno y, consecuentemente, el del inicio del Derecho de las Naciones o Derecho Internacional. Es justamente en el año de 1625, cuando Hugo Grocio publica su obra *Del Derecho de guerra y paz*, por la que se le considera el padre del Derecho Internacional. Esta obra trata de encuadrar a la guerra en un marco de normas jurídicas y es la culminación de una constante preocupación entre los teólogos y juristas que lo precedieron por regular un aspecto fundamental de la realidad internacional: la guerra entre los Estados. Así, el Derecho Internacional se desarrolla principalmente,

¹³ Los principales estados europeos de esa época son: Francia, España, Inglaterra, Holanda, Suecia, Alemania y Austria.

¹⁴ Potemkin, *op. cit.*, p. 298.

aunque no de manera exclusiva, en torno a la noción de guerra, consideración que deberá tomarse en cuenta para entender, a su vez, los inicios de la protección a nacionales en el exterior por parte del Estado y los métodos aceptados en un principio para su ejercicio.

c. Surgimiento del concepto de protección a nacionales en el exterior por parte del Estado

Después de Grocio, Emerich de Vattel escribe *El Derecho de gentes* que se publica en 1758 y en el que “se puede reconocer ya el sistema de derecho internacional tal como lo entendemos ahora, pues distingue claramente entre derecho interno e internacional, y cubre el ámbito completo de las relaciones jurídicas entre los Estados”.¹⁵ Aunque en los siglos XVI y XVII se van estableciendo los principios del Derecho Internacional, no es sino hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX, que adquiere su forma el sistema de Derecho Internacional considerado como un todo. Sólo hasta entonces se establece firmemente la doctrina de la neutralidad y se determina la medida de los derechos de los beligerantes; también hasta ese momento se elabora y se aplica la doctrina y la práctica del reconocimiento de los Estados y de los gobiernos.

Por otro lado, aunque en los años precedentes diversos autores hicieron alusión al derecho de un Estado de proteger a las personas y los intereses de sus ciudadanos frente a los agravios cometidos en su contra por extranjeros, no es sino hasta la segunda mitad del siglo XVIII cuando los escritores sobre Derecho Internacional dan atención específica al tema de la protección a nacionales en el exterior por parte del Estado; siendo precisamente Vattel el primero. La contribución más importante de este autor es la tesis de que “un daño a un individuo es un daño a su Estado”, lo que dio pie al surgimiento de lo que ahora se conoce en estricto sentido como protección diplomática. Según Vattel, quien lesiona a un ciudadano, indirectamente ofende al Estado, que está obligado a proteger a sus ciudadanos; y el soberano del ciudadano ofensor deberá reparar sus errores, castigando al agresor y, si es posible, obligándolo a una total reparación, puesto que de otra manera, el ciudadano no obtendrá el objetivo último de la asociación civil que es la seguridad. En caso de que el soberano se niegue a hacer reparar el daño ocasionado por su súbdito, o de castigar al culpable, o en todo caso de enviarlo al Estado ofendido para que en él sea sancionado, se convierte en cómplice del daño causado y por

¹⁵ Max Sorensen, *op. cit.*, p. 73.

lo tanto se hace responsable. El soberano que acepta la entrada de extranjeros en su territorio, se supone que lo hace bajo la aceptación tácita de que estarán sometidos a las leyes generales de ese territorio, lo que implica que tienen el mismo derecho que los ciudadanos del lugar a ser juzgados conforme a las leyes del mismo, tanto en el caso de que sean ofendidos, como en el de que ellos cometan una ofensa.¹⁶

Las tesis de Vattel predominaron en Derecho Internacional durante los siglos XVIII y XIX, pues no es sino hasta la primera mitad del presente siglo que surgen otros autores sobre el tema. Sin embargo, debe mencionarse que Vattel no agota el tratamiento del concepto. Señala la necesidad de que un Estado proteja a sus ciudadanos cuando éstos han recibido algún daño en un territorio extranjero, demandando al Estado del que sea nacional el agresor que este último sea castigado. En contrapartida, también establece la necesidad de que un soberano, al aceptar la entrada en su territorio de extranjeros, se comprometa a permitirles el goce de las leyes generales que en el mismo existan y que a su vez el extranjero acepte que éstas también le sean aplicadas mientras permanezca en ese territorio. No obstante, no profundiza en los medios de que dispone un Estado para hacer cumplir a otro su obligación de reparar un daño, ni detalla el procedimiento específico para hacer del conocimiento de un Estado el requerimiento de sanción a un agresor, ni distingue la posibilidad de ejercer otras actividades encaminadas a proteger los intereses de los nacionales en el exterior, que no impliquen necesariamente una reclamación.

De lo anterior se deduce que en los siglos XVIII y XIX no existió una definición clara y acabada de la protección a nacionales en el exterior. Sobre la base de principios muy generales, se fue conformando una práctica que en no pocas ocasiones llevó a la comisión de actos que francamente pueden calificarse de excesos.

C. EVOLUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE PROTECCIÓN DURANTE LOS SIGLOS XVI A XIX

a. La Institución Consular y la Institución Diplomática

Si bien las instituciones consular y diplomáticas que actualmente se conocen son producto de las relaciones formales entre los Estados, y a

¹⁶ Emerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, pp. 309-329.

su vez instrumentos de los mismos para canalizar estas relaciones, sus alcances y funciones contienen analogías y diferencias que las vinculan y las distinguen.

Señala Adolfo Maresca¹⁷ que las relaciones diplomáticas y consulares crean entre aquellos Estados que las mantienen, obligaciones y facultades de Derecho Internacional que se aplican a través de los órganos formales creados para tal efecto (embajadas y consulados). Sin embargo, mientras las relaciones diplomáticas están reguladas por el Derecho Internacional —en los aspectos formales de su establecimiento, desarrollo y extensión, y en su mismo contenido— las relaciones consulares tienen esencialmente un carácter de Derecho Interno, aunque igualmente derivan de principios generales del Derecho Internacional y sus aspectos formales están regulados por sus normas.

Esto se debe a que los efectos jurídicos de los actos que llevan a cabo los órganos consulares en el ejercicio de sus funciones normales tendrán su aplicación principal en el ordenamiento interno de los Estados; es decir, las funciones consulares (como asistir y proteger a sus connacionales, ejecutar en su favor actividades de registro civil y notariales, de auxilio judicial y fiscal, de documentación de mercancías y de vigilancia sanitaria, entre otras) se efectúan básicamente de conformidad con la legislación interna del Estado al que pertenece el cónsul y respetando los límites legales del Estado en el que se encuentra acreditado. En cambio, las funciones diplomáticas (representar y proteger en general los intereses de su país y sus nacionales) fundamentalmente tienen su aplicación en el ámbito internacional y sus acciones descansan primordialmente en las normas de Derecho Internacional.

Como se ha visto, tanto las funciones diplomáticas como las consulares incluyen labores de protección a los connacionales. Las instancias consulares satisfacen las necesidades de asesoría, asistencia e incluso representación que requieran los ciudadanos de un país en otro, y se reservan la posibilidad de recurrir a las instancias diplomáticas únicamente cuando la actuación a nivel consular ha agotado los recursos a su alcance. La protección consular y la diplomática se encuentran estrechamente vinculadas y forman parte de un concepto único de la actividad de protección que un Estado puede ejercer en favor de sus nacionales cuando se encuentran o tienen intereses en el exterior. Sin embargo, a lo largo de la historia, la protección consular y la protección diplomática no se desarrollaron en forma paralela, ya que su

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 6-9.

existencia reflejó en buena medida la evolución misma de la institución consular y la institución diplomática, que no siempre tuvieron un auge simultáneo.

b. Evolución comparativa de la protección consular y la protección diplomática hasta el siglo XIX

Una vez que el sistema de Estados se establece en Europa, puede hablarse ya del surgimiento de la protección de nacionales en el exterior. Sin embargo, en sus inicios esta actividad tomó formas diferentes a las aceptadas en la actualidad, debido principalmente a la posibilidad del uso de la fuerza para solucionar los conflictos entre países y a la falta de una reglamentación específica dentro del Derecho Internacional. En un principio se manejó sólo una noción ambigua del derecho a proteger los intereses de los nacionales de un Estado cuando se encontraban en el territorio de otro, pero no se estableció la distinción que en la actualidad se reconoce entre protección consular y protección diplomática.

Aunque podría decirse que el antecedente más directo de la actividad de protección ejercida por los primeros Estados en Europa, es aquella realizada por los cónsules de las ciudades italianas durante la Edad Media, la forma de protección que más se extiende en un primer momento es la diplomática y no la consular. Y es que, como resultado de la afirmación del concepto de soberanía del Estado a partir del siglo XVI, la institución consular pierde importancia en Occidente como medio de administración extranacional de justicia —como había ocurrido hasta entonces—, y se limita el papel del cónsul al de simple agente comercial, de manera que no constituya más un órgano extranjero destinado a ejercer actividades incompatibles con la soberanía del Estado receptor.¹⁸ La institución consular tiene, además, un proceso de decadencia en Occidente, que se agudiza en los siglos XVII y XVIII, cuando los grandes tratadistas del Derecho Internacional que surgen en estos años se ocupan muy ampliamente de los embajadores y prácticamente ignoran la figura del cónsul.

En la segunda mitad del siglo XVIII, gracias a una nueva conciencia de los Estados sobre la función de la institución consular en el sis-

¹⁸ En Oriente no ocurre lo mismo, pues se afirman, tanto en países del Medio Oriente como del Extremo Oriente, los sistemas denominados de capitulaciones y extraterritorialidad, que consideran a los cónsules las únicas autoridades competentes para juzgar a sus nacionales en estos países por asuntos civiles o penales, y esto prevalece hasta finales del siglo XIX.

tema de las relaciones internacionales, se inicia un proceso de recuperación. Por ejemplo, el 13 de marzo de 1769 se firma entre los plenipotenciarios del rey de España y los del rey de Francia, el Tratado de El Pardo, para establecer, entre otras cosas, que los cónsules de ambas partes gozarían de la inviolabilidad personal, tratamiento hasta entonces negado por la jurisdicción de ambos Estados.¹⁹ Sin embargo, no será sino hasta el siglo XIX que la institución consular conozca un proceso generalizado de resurgimiento, que le permitirá afirmarse definitivamente en el presente siglo, cuando la protección consular volverá a adquirir importancia.

De esta manera, el primer tipo de protección que se generaliza con la consolidación de los Estados es lo que ahora se denomina protección diplomática. Aunque no existen indicios de que en un principio haya habido un uso específico de este término, es evidente que la protección a los nacionales era una cuestión a tratar por el Estado, a través de sus representantes diplomáticos y no consulares; pues ya no se trataba de administrar justicia directamente a los ciudadanos que se encontraban en el exterior, sino más bien de reclamar en caso de que un daño ocurrido en el extranjero no les hubiese sido justamente reparado.

Sin embargo, los medios diplomáticos no eran los únicos a los que tenían acceso los Estados para solucionar sus diferencias, ni tampoco para lograr que una reclamación fuese debidamente atendida; también podían proteger los intereses de sus nacionales en el exterior, a través del uso directo de la fuerza.

Resulta importante destacar la frecuencia con que en un principio se vinculó el uso de la fuerza con la actividad de protección. Difícilmente hubiera podido evitarse esto, si se considera que el derecho de arreglar las diferencias por medio de la fuerza era, como reconoció el famoso posglosista Bartolo de Saxoferrato, una innovación vinculada al surgimiento de los Estados.²⁰ Y este derecho a declarar y llevar a cabo la guerra (*ius ad bellum*) para dirimir los conflictos interestatales habría de seguir vigente hasta los inicios del presente siglo. Así pues, aunque se aceptaba que los países intentaran solucionar sus diferencias por la vía de las negociaciones, no existía la obligación de una solución pacífica, ni se condenaba el recurso de la guerra en las relaciones entre los Estados.

¹⁹ Véase Maresca, *op. cit.*, pp. 26-27.

²⁰ Adolfo Maresca, *op. cit.*, p. 161, señala que de acuerdo con Saxoferrato, el Derecho Romano, partiendo de la unidad del imperio único, rechazaba enérgicamente el derecho de represalia y estipulaba otros medios pacíficos para arreglar las diferencias entre las provincias del Imperio.

Sin embargo, a nivel conceptual no se llegó a separar formalmente la protección por medios diplomáticos de la protección a través del uso de la fuerza. Simplemente se reconoció el derecho de proteger los intereses de los nacionales en el exterior, sin más precisiones. Esta falta de claridad propició que al presentarse reclamaciones por la vía diplomática, no se respetara cabalmente el principio de la soberanía territorial de los Estados, pues en no pocas ocasiones se solicitó la satisfacción de los reclamos de connacionales, independientemente de lo que estableciesen las leyes o la práctica locales en relación con la demanda específica y, muchas veces, sin que sus compatriotas hubiesen intentado solucionar su problema a través de las instancias locales correspondientes.

Lo anterior condujo a la práctica de lo que podría denominarse “protección diplomática arrogante”, generalmente ejercida por países poderosos frente a los más débiles, de manera que terminaron por exigir tratamientos prácticamente privilegiados para sus nacionales en estos últimos países. Como señala César Sepúlveda al hablar de la interposición diplomática en el ejercicio de la protección por parte de las potencias:

Los extranjeros residentes en los países de menor desarrollo, en lugar de ocurrir a las leyes y tribunales locales para cualquier reclamación, preferían utilizar el conducto diplomático, que les garantizaba un régimen de privilegio con respecto a los nativos, y rehusaban arrogantemente sujetarse a las disposiciones internas.²¹

Resulta difícil determinar el conjunto de elementos ponderados para decidir optar por la protección diplomática o directamente a través del uso de la fuerza. Podría pensarse que si la primera instancia no resultaba exitosa, se recurría a la segunda. En algunos casos era así, pero en otros se decidía el envío de fuerzas armadas sin más preámbulos. Sin embargo, muchos de estos casos se identifican más con propósitos de intervención en los asuntos internos de los países, que con actividades estrictamente de protección.

Más adelante se detallará, a manera de ejemplo, la práctica de Estados Unidos a este respecto. Por el momento, baste señalar que por la conjunción de diversas circunstancias, en el siglo XIX se encuentra un mayor número de casos que las propias naciones identifican como de protección a sus nacionales en el exterior. Sherwood Dunn

²¹ Véase César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 1986, p. 243.

y Borchard²² señalan como causas principales de lo anterior que no es sino hasta el siglo XIX que los diferentes Estados desarrollan un cuerpo legal para regir el trato a los extranjeros y que es entonces cuando la protección de los intereses económicos de los nacionales en el exterior cobra gran importancia como consecuencia de la expansión del capitalismo.

Estas explicaciones no son exactas. Es cierto, como se analiza en el último apartado de este capítulo, que los países empiezan a desarrollar un cuerpo legal para regir el trato a los extranjeros en el siglo XIX, pero ese desarrollo debió haber servido precisamente para evitar el empleo de la fuerza o las interposiciones diplomáticas, ya que por la existencia de normas relacionadas con los extranjeros, éstos podían haber solucionado sus reclamos mediante los instrumentos jurídicos que los Estados donde se encontraban les proporcionaban, sin recurrir *a priori* a la protección de su país. No puede negarse que la proliferación de intereses económicos como resultado de la expansión del capital influyó en la necesidad de proteger a un mayor número de ciudadanos en el exterior, pero es necesario matizar esto y agregar otros elementos.

Hay que recordar que en el siglo XIX las colonias españolas en América se independizaron, lo que llevó al surgimiento de nuevos Estados en el ámbito internacional que, sin embargo, no ingresaron en el mismo nivel ni con los mismos derechos en la práctica que las naciones europeas. Las naciones preponderantes eran las europeas (y los Estados Unidos, que se manifestaban con creciente poderío) por lo que éstas dictaban las normas en Derecho Internacional y, por consiguiente, los términos en que se debían dar sus relaciones con otras partes del mundo. Aunque este Derecho Internacional había sido, en realidad, de origen europeo, había sostenido hasta entonces una perspectiva universal bajo la teoría del derecho natural. En cambio, en el siglo XIX

... no sólo se reconoció como fenómeno histórico el origen europeo del derecho público, sino que las normas establecidas a este respecto por las civilizaciones avanzadas de Europa tenían que ser impuestas a los demás. Las costumbres europeas sobre las cuales se basaba el derecho internacional habían de convertirse, por fuerza y decreto, en normas que los demás tenían que acatar como ley, si querían incorporarse a esta comunidad en calidad de estados soberanos.²³

²² En sus obras, Frederick Sherwood Dunn. *The protection of nationals. A study in the application of International Law*, Virginia, Ladd, 1932 y Edwin M. Borchard, *The Diplomatic protection of citizens abroad or The Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1919.

²³ Kaplan y Katzenbach, *op. cit.*, p. 80.

De esta manera, las grandes potencias no vacilaron en buscar imponer su sistema de valores y cultura a los otros países y, a partir de ello, decidieron menospreciar lo que no se ajustara a su patrón de comportamiento. De ahí también que consideraran que, al encontrarse en el extranjero, sus nacionales debían gozar del mismo tipo de derechos existentes en sus países, y cuando esto no ocurría, calificaran al Estado en cuestión de incumplimiento con el “patrón mínimo de derechos” que debía otorgarse a los extranjeros y, por consiguiente, procedían a la reclamación. Esto llevó a que de antemano se estimara que, por el hecho de no compartir sus mismos valores, otras naciones no cumplían con el mencionado “patrón mínimo” y por tal motivo consideraban inútil acogerse a las leyes del lugar para defender sus derechos, así que procedían directamente a presentar reclamaciones diplomáticas para satisfacer sus demandas. Este menosprecio por los sistemas de derecho no europeos, aunado al menor poderío de los países recientemente independizados de España y en general de las naciones de África y Asia, permitió el florecimiento de la política de intervención que fue plenamente aceptada y legitimada por las potencias en su relación con los países más débiles. Esta política se basó en la necesidad de asegurar la ampliación de sus mercados, objetivo que compartían todas las naciones más desarrolladas, únicamente bajo condición de que tal intervención no afectase en grado importante los intereses inmediatos de otras grandes potencias.

Kaplan y Katzenbach expresan claramente lo anterior al señalar que durante el siglo XIX

las grandes naciones compartían una filosofía económica semejante, consideraban de manera análoga al individuo y tenían puntos de vista parecidos en cuanto a política nacional. . . Poca era la necesidad que tenían de insistir entre ellas en el cumplimiento de estas normas porque cada una estaba convencida de que dichos principios servían a su bienestar social. Era escaso el deseo de comunicar los beneficios de la civilización europea al mundo no europeo. . . Pero las grandes naciones europeas deseaban convertir al mundo no europeo en mercado seguro para ellas, donde pudiese ganarse algo. Esto supuso distintos grados de intervención en los países tecnológicamente menos desarrollados, para reclamar el pago de deudas, proteger a sus súbditos y sus propiedades, y asegurar a estos últimos un mínimo de justicia de tipo occidental. Según las circunstancias, las formas de intervención iban desde el desembarco *ad hoc* de tropas, hasta distintos modos de control: colonias, dominios, dependencias, protectores, mandatos, fideicomisos, etcétera.²⁴

²⁴ *Ibid.*, pp. 55-56.

Como se ha visto, las actividades de protección de nacionales y sus intereses en el exterior durante el siglo XIX obedecieron a varios factores que podrían resumirse de la siguiente manera: El surgimiento de nuevos Estados y la identificación de éstos como mercados importantes dentro de una creciente expansión del capitalismo, motivó el desplazamiento de ciudadanos de las potencias con propósitos de concertación de diversos negocios, cuya buena marcha y generación de altos rendimientos se consideró un asunto de la incumbencia directa de los Estados a los que pertenecían estos nacionales. Aunada a la concepción que las potencias tenían de los países de menor desarrollo, esta prioridad permitió el florecimiento de políticas de intervención, generalmente amparadas en el derecho de protección a sus ciudadanos, que en estricto sentido sólo debía ejercerse a partir de un daño no reparado, pero que en realidad se utilizó para promover en general los intereses económicos de sus ciudadanos e incluso los intereses políticos del propio Estado. Este ambiente facilitó la interposición diplomática para solicitar tratos privilegiados a los ciudadanos de países poderosos en la solución de sus demandas. A su vez, la permisibilidad en Derecho Internacional del recurso a la guerra y a la solución violenta de los conflictos interestatales legitimó el ejercicio de la protección por medio del uso de la fuerza.

La incorporación de todos estos elementos explica con mayor claridad el tipo de protección prevaleciente en el siglo XIX. Debe quedar claro, sin embargo, que la mayoría de estas actividades se refirieron a reclamaciones promovidas por los países dominantes de la época (Europa y Estados Unidos), frente a otros más débiles (básicamente de América Latina, que era la región donde estaban surgiendo nuevos Estados independientes), casi siempre con el propósito de apoyar la expansión y consolidación de los intereses económicos de sus ciudadanos.

De esta manera, la falta de una reglamentación específica sobre los alcances y límites de la actividad de protección, aunada a las condiciones internacionales prevalecientes en la época, condicionaron que, en una primera etapa, surgiera una forma de protección del Estado a nacionales en el exterior que podría calificarse de "viciada"; pues en vez de contribuir a facilitar las relaciones entre los Estados, promovió la comisión de actos abusivos o francamente intervencionistas.

En síntesis, en esta primera etapa, la protección es un asunto de los agentes diplomáticos, más que de los consulares y por tanto no es necesario aún hacer una distinción entre protección consular y protección diplomática. Por lo demás, esta primera forma de protección

ejercida por el Estado, se entendía formalmente sólo en términos de una reclamación a un Estado, por algún daño que en éste le hubiese ocurrido a uno de sus nacionales, y sin que necesariamente dicha reclamación hubiese sido el resultado de una negativa a reparar el daño por parte del Estado responsable. Muchas veces se presentaron demandas incluso antes de que el extranjero hubiese acudido a las instancias de justicia locales. Se trataba simplemente del reconocimiento del derecho de un Estado de reclamar a otro por un daño del que este último fuese responsable, aceptándose también la posibilidad de que la satisfacción requerida se buscara por medio del uso de la fuerza.

c. La práctica de la protección por medio del uso de la fuerza en el siglo XIX

A lo largo de la historia, diversos individuos y comunidades recurrieron al uso de la fuerza para castigar agravios que les habían sido infligidos. Tales actividades generalmente se justificaron en nombre de la legítima defensa o la protección de los propios derechos e intereses. El uso de la fuerza fue algo más o menos común en la práctica, aunque no por ello dejó de ser condenable en muchas ocasiones, principalmente cuando, al amparo de un supuesto derecho de protección, se usó de la violencia para propósitos injustificables. Lo anterior se observa claramente en varios casos ocurridos principalmente durante el siglo XIX, e incluso el XX, en los que diversos Estados poderosos intervinieron en los asuntos internos de países más débiles, con el pretexto de proteger las propiedades e intereses de sus nacionales.

La política de protección seguida por Estados Unidos durante varios años resulta ilustrativa de este uso de la fuerza, y que consideramos ocasionó gran daño a la imagen de la actividad de protección por parte del Estado, debido a los efectos nocivos que produjo en las relaciones internacionales y en la propia seguridad de los países que resultaron agredidos. Se tomó como marco de referencia la obra escrita por el norteamericano Milton Offut en 1928, denominada *The Protection of Citizens Abroad by the Armed Forces of the United States*,²⁵ que describe con amplitud la actividad de protección realizada por este país durante los años de 1813 a 1927, principalmente en el área de América Latina.

En esta obra queda de manifiesto que los Estados Unidos enviaron con frecuencia tropas a diversos países, esgrimiendo como justi-

²⁵ Milton Offut, *The protection of citizens abroad by the armed forces of the United States*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1928.

ficación la protección de las vidas y propiedades de sus ciudadanos en el exterior, aunque en realidad muchas veces se trató —aunque esto no lo acepta el autor— de actos de intervención en los asuntos internos de otras naciones, para lograr que el desarrollo de los acontecimientos fuera favorable a los intereses de Estados Unidos.

Estas actividades de protección representaron, en general, una violación a la soberanía territorial de los lugares en donde desembarcaron militares estadounidenses, pues sólo en pocas ocasiones los desembarcos contaron con la aprobación de las autoridades del lugar. De los 28 casos de protección que según el autor fueron ejercidos por medio del uso de la fuerza en América Latina durante el siglo XIX, sólo siete obtuvieron la mencionada autorización.²⁶

En la mayoría de los casos, esta violación a la soberanía no tuvo una justificación real, pues generalmente los militares norteamericanos desembarcaron en territorios extranjeros no porque se hubiese causado un perjuicio a un ciudadano estadounidense, sino “en prevención” de que tal daño ocurriera. Dentro de esta categoría se encuentran más de la mitad de los casos reseñados (que son 21), incluyendo los siete ya mencionados.²⁷ Del resto de los casos de protección que se reseñan, sólo dos fueron resultado del arresto de ciudadanos

²⁶ En 1858, el gobierno de Montevideo, Uruguay, solicitó la ayuda extranjera para proteger las vidas y los intereses de extranjeros ante el levantamiento en armas de una facción política.

En 1865, 1873 y 1885 los respectivos gobiernos de Panamá autorizaron la protección de los intereses norteamericanos por militares estadounidenses.

En 1868, el gobierno de Uruguay solicitó la protección militar de Estados Unidos de los ciudadanos norteamericanos y sus propiedades.

En 1895, el alcalde de Bocas del Toro, Colombia, dio permiso para que los militares estadounidenses protegieran la agencia consular de EEUU en el lugar, así como las propiedades de norteamericanos ante la falta de seguridad en esa población.

En 1899, el presidente de Nicaragua solicitó la ayuda militar de EEUU para proteger los intereses de sus ciudadanos.

²⁷ En los años 1822, 1823 y 1825, hubo siete desembarcos en la isla de Cuba a fin de exterminar grupos de piratas.

En 1855, desembarco de tropas en Montevideo, Uruguay, con el fin de proteger las vidas y propiedades norteamericanas ante el surgimiento de una revuelta popular.

En 1856, desembarco de tropas en Panamá para proteger la estación del ferrocarril interstímico de una insurrección popular.

En 1860, desembarco de tropas en Panamá a fin de proteger la estación del ferrocarril interstímico de una insurrección popular.

En 1868, desembarco en el puerto de Aspenwall, Colombia, para proteger a los pasajeros y mercancías en tránsito, pues se temía un levantamiento como resultado de la reciente muerte del presidente de ese país.

En 1873, desembarco de tropas en Panamá para proteger a los ciudadanos estadounidenses y sus propiedades ante disturbios políticos.

En 1885, envió de fuerzas a Panamá a fin de evitar el bloqueo de la vía del ferrocarril interstímico por parte de grupos revolucionarios.

En 1891, envió de tropas a Chile para proteger el consulado de EEUU y a las personas que se habían refugiado en él durante una guerra civil en ese país.

norteamericanos; es decir, consecuencia efectiva del deseo de interceder en favor de sus nacionales.²⁸

Estas actividades de protección de Estados Unidos no sólo violaron la soberanía territorial de otros países, sino que incluso llegaron a intervenir en sus asuntos internos, impidiendo en varias ocasiones el ejercicio del derecho de autodeterminación de los gobiernos y su población. Como ejemplos pueden señalarse el bombardeo a San Juan del Norte, Nicaragua, en 1854, en represalia porque se le había pedido a una empresa estadounidense retirarse del lugar; o bien el desembarco de fuerzas militares en Haití en abril de 1891, a fin de controlar una sublevación de trabajadores negros.

Aunque Offut señala que todos los desembarcos obedecieron a la necesidad de proteger las vidas e intereses de estadounidenses, al analizar cada uno de los casos que el autor reseña, surgen dudas de que el desembarco haya sido en realidad un pretexto para cambiar el curso de los acontecimientos políticos del lugar. La mayoría ocurrieron en lugares donde existían revueltas populares, guerras civiles o golpes militares, y en ocasiones el propio Offut acepta que gracias al envío de fuerzas militares estadounidenses, los rebeldes pudieron ser controlados. Esta es su opinión en el caso del desembarco de militares norteamericanos en Río de Janeiro, Brasil, en enero de 1894, ante el levantamiento de una parte de los oficiales de Marina en contra del gobierno.

Así pues, de los casos ocurridos en América Latina en el transcurso del siglo XIX que Offut señala (sin mencionar dos que se dieron en México y que no se detallan aquí ya que el caso mexicano será analizado en la segunda parte del libro), es difícil concluir que se trata de verdaderos casos de protección. Que Estados Unidos los haya considerado como tales y que bajo esa bandera haya intervenido, es otra cosa, pero aunque en el siglo pasado todavía el Derecho Internacional permitía el uso de la fuerza en el ejercicio de la protección, teóricamente esta acción debía obedecer a un daño específico ocasionado a un nacional en el exterior, y al que el Estado responsable no hubiese proporcionado una reparación.

Al igual que otras instituciones del Derecho Internacional, el ejercicio de la protección es reflejo de la realidad política del mundo y de

²⁸ En 1824, desembarco en Foxardo, Puerto Rico, para exigir a las autoridades del lugar expresaran públicamente perdón por haber arrestado a un oficial norteamericano que había ido a investigar acerca de los piratas.

En 1831, desembarco en las islas Falkland (Malvinas) para obligar a las autoridades a liberar a la tripulación de una nave mercante estadounidense que había sido arrestada por pescar en aguas de dichas islas sin la autorización de Argentina.

la correlación de fuerzas en un momento dado. De esta manera, el constante uso de la fuerza por parte de Estados Unidos durante sus “actividades de protección” en el siglo XIX debe entenderse dentro del contexto de una nación que buscaba ampliar su territorio y su influencia en el mundo, principiando por el propio Continente Americano, que siempre han considerado como “reservado a ellos por Dios” para extender sus ideas y su control.

Como indica José Fuentes Mares,²⁹ el siglo XIX marcó el inicio del expansionismo angloamericano, amparado bajo la idea de un “destino manifiesto”,³⁰ que habría de permear toda la política exterior norteamericana. En estos años se fue arraigando cada vez más la idea de que la Providencia había escogido al pueblo americano como guardián de lo bueno frente al amago de los malos. Por ello, como señala Arthur Schlesinger: “En algunas de nuestras declaraciones oficiales (de Estados Unidos) se aprecia implícita la convicción de que Estados Unidos, por su intrínseca superioridad moral, es juez del mundo, jurado y ejecutor, y que, donde las cosas anden mal, es misión americana restablecerlas al bien. . .”³¹

Ante tan claras y rotundas convicciones, la actividad de protección no pudo evitar verse permeada por ellas. En realidad, la posibilidad amparada por el Derecho Internacional de proteger, incluso por la fuerza, las vidas, propiedades, y derechos de sus nacionales en el exterior, se conjugaba a la perfección con los principios rectores de la conducta norteamericana y podía utilizarse como el soporte internacionalmente legal de muchas de sus acciones en el mundo. Además, al no encontrarse claramente delimitado el derecho de protección, fácilmente podía confundírsele con el concepto de defensa de su seguridad, comúnmente esgrimido por Estados Unidos para justificarse. Como indica Sidney Lens:

... los conceptos de seguridad continental y defensa propia desempeñaron, y desempeñan todavía, significativa función en la historia del expansionismo norteamericano. Cada acción expansionista en la historia americana ha sido camuflada bajo la retórica de la legítima defensa.³²

²⁹ En *Génesis del expansionismo norteamericano*; México, El Colegio de México, 1980.

³⁰ Este término, acuñado por un periodista norteamericano en la década de 1840, resumía la certeza que desde hacía tiempo tenía el pueblo norteamericano de su ejemplaridad y superioridad, por lo que Dios los había elegido para llevar sus “dones” a los descarriados y así actuar en servicio del “bien” y en perjuicio de los “malvados”.

³¹ Citado por Fuentes Mares en *op. cit.*, p. 36.

³² Citado por Fuentes Mares en *op. cit.*, p. 153.

De cualquier manera, las actividades “de protección” de Estados Unidos (y los países de Europa) fueron una realidad y eso desencadenó una reacción de los países latinoamericanos en contra de tales prácticas, lo que constituyó el inicio de un proceso que aún dura en nuestros días, tendiente a transformar los conceptos y las normas relacionadas con la actividad de protección a nacionales en el exterior, a fin de hacerla compatible con el debido respeto de los derechos humanos y con la soberanía de cada país.

d. Evolución de los derechos de los extranjeros y surgimiento del Derecho Internacional Privado

Antes de analizar la reacción que provocó en América Latina el ejercicio de la protección a través de instancias diplomáticas o por medio del uso de la fuerza, es importante revisar brevemente la manera como evolucionaron los derechos de los extranjeros hasta el siglo XIX, y vincularla con el surgimiento del Derecho Internacional Privado en esa misma centuria. Ambos temas —principalmente en la actualidad— están estrechamente relacionados con los alcances y límites de la actividad de protección a nacionales en el exterior.

Como ya se había señalado, desde la Grecia Clásica se encuentran instituciones relacionadas con los extranjeros que se modificaron con el paso del tiempo. Se mencionó también que durante la Edad Media y concretamente con el desarrollo del sistema feudal, el principio de la territorialidad de la ley se fue consolidando, de manera que se aplicaba la misma ley a todos los habitantes de un determinado territorio, independientemente del grupo racial al que pertenecieran. En la práctica, esto se tradujo en que todos los habitantes de un feudo eran vasallos del señor feudal y quedaban sometidos a sus dictados, conservando únicamente los derechos que él disponía. Por otra parte, cuando un vasallo, con el permiso previo de su señor feudal, se trasladaba a otro feudo, era considerado como extranjero y por tal motivo quedaba sometido a una serie de tributos que se conocían como “derecho del extranjero” o “derecho de aubana” (aubana significaba extranjero). Entre éstos puede señalarse la imposibilidad de heredar o de convertirse en testamentario y, por tanto, el derecho del señor feudal de tomar las propiedades del extranjero cuando éste muriera.³³

Muchas de las restricciones feudales del extranjero fueron retenidas en principio entre los siglos XV y XIX, aunque paulatinamente se

³³ Edwin M. Borchard, *op. cit.*, p. 34.

redujo la severidad de su aplicación y, en algunos casos, comenzó una relativa aceptación del extranjero. Por ejemplo, desde el siglo XIV la monarquía francesa comenzó a otorgar “cartas de naturalización”, a los extranjeros y redujo los derechos de aubana.³⁴

Sin embargo, no fue sino hasta la Revolución Francesa que la Asamblea Constituyente de 1790 suprimiría el “derecho de aubana” y el “derecho de detracción” —impuesto aplicado a la propiedad de extranjeros. Un año más tarde, la Constitución Francesa de 1791 proclamaría la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, lo que impulsaría el inicio de una nueva era en la condición de los extranjeros, que habría de ser compartida posteriormente por otros Estados.³⁵

Durante el siglo XIX, con la propagación de las ideas de la Revolución Francesa sobre los derechos del hombre y el predominio de una corriente de pensamiento positivista, algunos Estados fueron incorporando a sus sistemas de derecho disposiciones que indicaban la igualdad de acceso a la justicia, tanto de los nacionales como de los extranjeros que se encontraban en su territorio. No obstante, la mayoría de tales Estados no estaban dispuestos a conceder a los extranjeros toda la gama de derechos de que gozaban sus nacionales, por lo que se fueron creando dentro de cada sistema jurídico disposiciones que indicaban las limitaciones en el goce de derechos de los extranjeros y, en general, para distinguir claramente a los propios ciudadanos de los extraños, se dispuso en detalle la manera de adquirir la nacionalidad en cada uno de los Estados.

Con estos cambios, quedó reflejado lo que podría calificarse de desplazamiento de la jurisprudencia ética de los siglos XVII y XVIII por el positivismo. Esta nueva doctrina separó formalmente el derecho internacional del municipal, rechazando el criterio anterior de que ambos eran parte de un sistema legal universal. En ese momento, todos los problemas que daban pie a litigios particulares por contratos celebrados en países extranjeros, quedaron separados del antiguo Derecho de Naciones para quedar incorporados a las distintas leyes nacionales. Tal evolución del derecho interno en los diferentes países facilitó la identificación de los nacionales y los extranjeros, a la vez que permitió a estos últimos, si no gozar de todos los derechos de los nacionales, sí ir accediendo progresivamente al mismo sistema de justicia a que podían acudir los primeros. Sin embargo, esto no resolvió todos los problemas legales suscitados por el cada vez mayor movimiento internacional de personas e intereses económicos.

³⁴ Leonel Pérez Nieto Castro, *Derecho Internacional Privado*, México, Harla, 1980, p. 74.

³⁵ *Ibid.*, p. 75.

Como resultado de lo anterior, surgió el Derecho Internacional Privado,³⁶ que puede conceptualizarse, a partir de una síntesis de las diferentes definiciones de varios autores, como el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tienen por objeto determinar las condiciones de adquisición de la nacionalidad, los derechos de los extranjeros y principalmente los criterios para resolver los conflictos de leyes entre los Estados, con motivo de la posibilidad de aplicación de más de un sistema jurídico en una situación legal determinada, en la que intervienen personas o intereses extranjeros. Fue así como

el derecho internacional privado (que los norteamericanos llaman conflicto de derechos) se desvinculó del derecho internacional propiamente dicho, o derecho internacional público, como suele llamársele. Los estados quedaron libres para dictar —con amplias, aunque quizás concretas limitaciones— sus propias disposiciones relativas a la aplicación del derecho extranjero por sus tribunales, a modificar el derecho comercial y a legislar sobre las numerosas reclamaciones que se planteaban en alta mar... (Sin embargo)... el cambio no fue tan radical como parece, porque, de hecho, siguieron invocándose las normas comunes en los tribunales municipales, y sólo poco a poco fueron siendo modificadas por la legislación...³⁷

Según J. P. Niboyet,³⁸ uno de los autores clásicos sobre Derecho Internacional Privado, en el presente siglo cada país posee su propio Derecho Internacional Privado, es decir, su propio conjunto de normas sobre nacionalidad, condición de extranjeros en su territorio y la manera de solucionar los conflictos de leyes; por lo que las soluciones que cada país proporciona en los casos de duda sobre qué legislación aplicar en una situación en que intervengan personas, bienes o intereses extranjeros, puede ser muy diferente.³⁹ Así, el autor señala que por la falta de un Derecho Internacional Privado verdaderamente internacional en sus fuentes, cada país da a los conflictos la solución que, acertada o equivocadamente, le parece mejor.

Sin embargo, como resultado de la preocupación de los Estados por uniformar los medios de solución de conflictos de leyes, se generaron

³⁶ De acuerdo con Jesús Ferrer Gamboa en *Derecho Internacional Privado. Curso Gráfico*, México, Limusa, 1985, el estadounidense Story fue el primero en usar el término Derecho Internacional Privado en 1834, mientras que el francés Foelix publica en 1843 una obra con el título "Derecho Internacional Privado".

³⁷ Kaplan y Katzenbach, *op. cit.*, p. 84.

³⁸ Ver J. P. Niboyet. *Derecho Internacional Privado*, México, Nacional, 1960. Traducción al español y adiciones por Andrés Rodríguez Ramón.

³⁹ *Ibid.*, pp. 304-305.

desde el siglo XIX, principalmente en América Latina, movimientos tendientes a establecer convenciones internacionales sobre Derecho Internacional Privado.⁴⁰ Más adelante se hará referencia a los resultados obtenidos; lo que importa señalar aquí es que para efectos del ejercicio de la protección a nacionales en el exterior, básicamente a nivel consular, resulta indispensable en la actualidad conocer los principios básicos de Derecho Internacional Privado, por lo que se ha hablado en este capítulo de su surgimiento.

⁴⁰ Véase Leonel Péreznieta Castro, *op. cit.*, pp. 189-190.