

CAPÍTULO XIV

LA COMPETENCIA PERSONAL DEL ESTADO: NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA

1. CONCEPTO DE NACIONALIDAD

El concepto de nacionalidad no está exento de discusión. Para algunos se trata de un status civil otorgado a un individuo o persona jurídica por el ordenamiento jurídico de un Estado.

Para otros, y lo compartimos, se considera como un vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población de un Estado (Bello A. M., 1883). Existen pues dos partes en el vínculo: de un lado, la organización política estatal, de otro, la persona física o la jurídica.

Al tratarse de un vínculo entre una persona y un Estado resulta evidente que las organizaciones internacionales no tienen nacionales, y el hecho de que ejerzan cierta protección a determinadas personas -apátridas, refugiados y agentes de las propias organizaciones- no supone la concesión de una nacionalidad o una institución equivalente a ella (Gomar, 1864).

Los hechos sociales no son nuevos, más si es novedoso el suceso de que en la actualidad podamos distinguirlos de una manera más clara y precisa, pero aun con dificultad; entonces podemos asumir que la nacionalidad y todos los conceptos relacionados con ella, han estado presentes en cualquier organización social, así como en cualquier interacción entre grupos sociales durante toda la historia del hombre. La situación actual del hombre, con el constante acecho de los efectos de la globalización, han requerido de mayores definiciones concretas en esta materia, especialmente cuando esta interacción mundial requiere normar el comportamiento del hombre en sociedad a través de la ley. Tal es el caso, que numerosos estados y organizaciones de estados han

generado leyes relacionadas con la nacionalidad, sus derechos y sus deberes.

2. LOS CONFLICTOS DE LA NACIONALIDAD Y LA SOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los conflictos empezaron hacia 1930 donde se celebraron 4 instrumentos que son una convención para cuestiones relativas a conflictos de leyes sobre la nacionalidad y 3 protocolos (sobre obligatoriedad militar para doble nacionalidad, y uno especial sobre apátridas. Los 3 entraron en vigor en 1937 (Schwarzenberger, 1957).

Bajo los auspicios de Organización de las Naciones Unidas se han celebrado varias convenciones referentes a nacionalidad: 1957: nacionalidad de la mujer casada, 1961 reducir casos de apátrida, 1954 estatuto de los apátridas, protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad 1961 y protocolo facultado sobre adquisición de nacionalidad 1963 (protocolo junto a convenciones sobre relaciones diplomáticas y el otro consulares). Todos entraron en vigor, excepto el de casos de apátrida (Diez de Velasco, 1999).

3. CARACTERÍSTICAS DE LA NACIONALIDAD

1. Tiene efectos en el derecho público pues confiere a determinadas personas los derechos políticos y señala deberes militares;
2. Habilita para desempeñar las funciones públicas y ejercer determinadas actividades vedadas a los extranjeros
3. Habilita para obtener pasaporte
4. Habilita para obtener la protección diplomática del propio país.
5. Efectos sobre derecho privado pues hacen regir sus capacidades, estatales civiles y relaciones en el derecho de familia y sucesorio por sistema de nacionalidad. En cambio, países como Estados Unidos de América, adoptaron el sistema de domicilio, aunque interviene en la Argentina el fuero federal cuando la nacionalidad del demandado es extranjera.

En múltiples manifestaciones en el orden internacional se ha expresado que “toda persona debe tener una nacionalidad. En el Instituto de Derecho Internacional, 1895, art 15 declaración Derechos Humanos (Internacional., 1930).

4. NACIONALIDAD MÚLTIPLE

Originaria, cuando sobre una persona concurren dos leyes de nacionalidad de diferentes Es que lo involucran al nacer Adquirida, cuando la ley de nacionalidad originaria no prevé su pérdida por naturalización. Hay que determinar la nacionalidad efectiva, buscar la relación más estrecha con uno de los dos Es en cuestión. Es una dificultad con motivo de la imposición de obligatoriedad militar y del ejercicio de la protección diplomática.

5. APÁTRIDA

Se llama así al hecho de que una persona carezca de nacionalidad. Se produce luego de la 1ª Guerra Mundial, cuando unos gobiernos dispusieron la desnacionalización colectiva por motivos raciales o de quienes estaban refugiados en el exterior. El individuo carece de nacionalidad por:

1. Pérdida de la nacionalidad originaria sin adquisición de otra.
2. Por ser hijo de padre apátrida en países basados en *ius sanguinis*.

Esta es una situación anormal y antifuncional con consecuencias legales serias para la persona y el Estado:

- En los países que siguen el sistema de naciones para determinar el Estado civil y la capacidad de la persona el apátrida puede verse imposibilitado de ejercer los derechos civiles. Para evitarlo se les impone la ley del domicilio.

No pueden obtener pasaporte ni pueden ser objeto de protección diplomática (Seijas, 1884).

Lo rigen las convenciones sobre estatutos de refugiados, 1954 vigor. El apátrida tiene la obligación de acatar las leyes y régimen del país y el Estado contratante le otorgara el mismo trato que a todo extranjero en general. El mismo tratamiento con respecto a los nacionales en cuanto a religión propiedad, enseñanza elemental, acceso a tribunales, etc. En 1954 la convención relativa al estatuto de los apátridas con disposiciones similares al estatuto anterior. En 1959 y 61 se aprobó una convención para reducir los casos de apátrida, que ha entrado en vigor en 1973. La base de la convención consiste en que todo Estado contratante concederá su nacionalidad a toda persona nacional en su territorio que de otro modo seria apátrida y no privará de la nacionalidad a un individuo cuando por este hecho se vuelva apátrida. Le extenderá documento de identidad y de viaje, etc.

- Pérdida de la nacionalidad: por disposición del Estado de origen fundado en ciertas causas que importan la desvinculación de la persona con respecto a dicho.
- Readquisición de la nacionalidad: según las leyes cumpliendo determinados requisitos (retorno al país, manifestación de voluntad y renuncia a la nacionalidad adquirida).
- Supranacionalidad: dar a los poseedores de la nacionalidad de uno de los países que por distintos motivos históricos participan de una comunidad un status de nacionalidad, diferente a la usualmente otorgada a los extranjeros.

6. LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA NACIONALIDAD CORRESPONDE AL DERECHO INTERNO

Una cuestión de capital importancia es saber a qué ordenamiento jurídico, interno o internacional, corresponde el delimitar quiénes son nacionales de un determinado Estado.

Aunque teóricamente cabe afirmar que las normas de nacionalidad son tan internacionales como las de delimitación del territorio, las normas

internacionales sobre nacionalidad son muy escasas, en contraste con las contenidas en las legislaciones internas, que son numerosas.

En el estado actual del desarrollo del Derecho Internacional, corresponde a cada Estado determinar por medio de su derecho interno quiénes son sus nacionales. Esta afirmación ha sido confirmada por la jurisprudencia internacional de una manera reiterada.

El Derecho Internacional convencional, igualmente, demuestra que la reglamentación sobre la nacionalidad se deja a cada Estado. Cabe resaltar la Convención de La Haya de 1930, relativa a los conflictos de nacionalidad, en cuyo art. 1 se dice:

“Corresponde a cada uno de los Estados determinar por medio de su legislación quiénes son sus nacionales”.

En conclusión, salvo limitaciones, el Derecho Internacional deja al derecho interno de cada Estado la reglamentación de la adquisición y pérdida de su nacionalidad.

Sólo una limitación es clara: los Estados deben abstenerse de determinar quiénes son nacionales de terceros Estados, pues hacerlo sería contrario al principio de competencia exclusiva de los mismos en la materia, como ya hemos expuesto.,

La existencia de otras limitaciones está aún en discusión. Entre ellas señalaremos:

- a. Si un Estado puede otorgar su nacionalidad en contra de la voluntad de la persona interesada. La jurisprudencia es contraria y las protestas de los Estados en los casos de naturalización forzosa han sido frecuentes.
- b. Si para otorgar la nacionalidad es necesario que haya un ligamen real y estrecho entre el Estado y la persona. Al respecto debemos señalar que si bien existe una corriente doctrinal favorable a esta limitación, cuando el Tribunal Internacional de Justicia se ha manifestado sobre la cuestión, se ha limitado

a una distinción muy sutil. En el Asunto Nottebohm (1955) decía: “Es competencia de Liechtenstein, como de todo soberano, el regular por su legislación propia la adquisición de su nacionalidad, así como conferirla por la naturalización concedida por sus órganos, conforme a su legislación. Esto está implícitamente contenido en la noción más amplia, según la cual la nacionalidad pertenece a la jurisdicción interna del estado” (Guatemala.).

El Tribunal Internacional de Justicia, sobre la base de distinguir los efectos internos de los internacionales, declaró que la referida naturalización no era oponible a Guatemala.

- c. Sobre si los Estados pueden privar de la nacionalidad en contra de la voluntad del interesado, la práctica nos demuestra que la privación de la nacionalidad no es infrecuente, dando lugar a casos de apátrida. Casos de desnacionalización por motivos políticos o por leyes penales son bien conocidos.

La tendencia actual parecía ser contraria. El art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. de las Organización de las Naciones Unidas. de 1948 preveía que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

Aparte del valor limitado de dicha Declaración, hoy podemos constatar que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Organización de las Naciones Unidas. ha desaparecido toda referencia a la nacionalidad, salvo en el art. 24.3 que dice: “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

Lo anteriormente dicho supone una grave regresión, en mi concepto, y viene a poner de manifiesto que los Estados no están limitados por el Derecho Internacional general para privar de nacionalidad a sus súbditos.

Existen, finalmente, otras limitaciones, contenidas en tratados internacionales de mayor o menor amplitud, y que los Estados aceptan

al participar en los tratados multilaterales en materia de nacionalidad, por otro lado muy escasos, o al concertar tratados bilaterales sobre la materia. Estos últimos son más numerosos. Sobre los primeros debemos recordar las limitaciones contenidas en el art. 1 de la Convención de La Haya de 1930 sobre Conflictos de Nacionalidad y la condena que el art. 278 del Tratado de Versalles hizo del sistema de la Ley Delbrück alemana de 22 de julio de 1913.

7. LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE SUS NACIONALES EN EL EXTRANJERO

El poder del Estado sobre sus súbditos se ejerce de forma plena dentro del territorio del mismo. Cuando dichos súbditos se encuentran en el extranjero, el estado no puede ejercer sobre los mismos su competencia de ejecución sin el consentimiento del estado en que se encuentran sus nacionales (caso Tafur Programa Plante). Ello no quiere decir que neguemos que el Estado tenga el poder de llamar a los súbditos que se encuentren en el extranjero *-ius evocandi-*. Para los casos en que sus súbditos no respondan a dicho llamamiento, los Estados han procurado, a través de algunos tratados de emigración y servicio militar, que les sean entregados.

Lo anterior no quiere decir que el Estado se desentienda de sus nacionales en el extranjero. Bien a través de los antiguos Acuerdos de Comercio y Navegación, más modernamente, los de Establecimiento, procuran los Estados un trato especial para sus nacionales. A falta de tratados, el Estado tiene derecho a que se garantice a sus nacionales un tratamiento que no esté por debajo del llamado estándar mínimo.

Para asegurar dichos tratamientos especiales se suelen acordar determinadas garantías en los tratados. En el supuesto de que esas garantías no estén especialmente previstas, el estado puede poner en funcionamiento el mecanismo del ejercicio de la protección diplomática.

8. LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN SU TERRITORIO

8.1 Concepto de extranjero

Como ha observado el Tribunal Permanente de Justicia: “(la) distinción entre súbditos y no súbditos existe, en mayor o menor medida, en casi todos los países”.

Para determinar quiénes son extranjeros para un Estado en concreto existen dos criterios:

Primero, un criterio de exclusión, según el cual se considera en principio a todos los no nacionales como extranjeros -criterio válido, aunque se incluya entre éstos al apátrida o persona sin nacionalidad, ya que tampoco son nacionales-.

Segundo, un criterio más general -ya que es aplicado en la mayoría de los Estados- y según él se consideran extranjeros a las personas físicas o jurídicas que no son consideradas como nacionales por el país en que están domiciliadas o en el que son transeúntes o -en el caso de las personas jurídicas- en cuyo territorio operan (etimológicamente, el extranjero es, para el país que los considera como tales, un extraño o un ajeno a la comunidad nacional en que habita permanente o transitoriamente); pero son consideradas como nacionales suyos por un tercer Estado o por varios, en el caso de la nacionalidad múltiple.

8.2 Normas aplicables a los extranjeros

El Estado ejerce sus competencias sobre un determinado territorio y sobre las personas que en él se encuentren, que pueden ser nacionales -respecto de los cuales al estado se ve escasamente limitado por el Derecho Internacional, bien general- como respetar el estándar mínimo internacional- o bien convencional, ya que los Estados procuran conseguir que los tratados que celebran con otros estados en cuto

territorio residen nacionales de los primeros reconozcan derechos en beneficio de éstos.

Como los nacionales, los extranjeros y los apátridas están en principio sometidos al derecho interno del Estado en cuyo territorio se encuentran ocasional o permanentemente, y muy especialmente a las normas de aplicación territorial, de seguridad pública y, en general, a todas aquellas cubiertas por el concepto del orden público interno e internacional.

También les obligan las normas internas, especialmente administrativas, que el estado promulga para reglamentar el régimen de los extranjeros -como las obligaciones de estar provistos de pasaporte, de inscribirse en registros especiales o de proveerse de autorizaciones especiales de trabajo, etc.-

Pero el que la soberanía territorial del estado sea en principio ilimitada no significa que no pueda estar sujeta a limitaciones. Porque si respecto de sus nacionales el estado se ve escasamente limitado por el Derecho Internacional, respecto de los extranjeros la soberanía del estado no sólo se ve limitada por las normas internas citadas, sino por normas impuestas por el Derecho Internacional, bien general -aquellas que están dirigidas a garantizar y hacer respetar el estándar mínimo internacional, o bien convencional, ya que los Estados procuran conseguir que los tratados que celebran con otros Estados en cuyo territorio residen nacionales de los primeros reconozcan derechos en beneficio de éstos.

La doctrina y la práctica internacionales han evolucionado recientemente de modo pendular respecto a la extranjería.

En lo que se refiere a los derechos individuales de los extranjeros, se intenta superar la dicotomía nacional-extranjera al considerarse que los derechos que les amparan tienen su base, en unos y otros, en la condición humana y, por tanto, deben ser iguales.

8.3 La entrada de los extranjeros

La doctrina ha discutido si los Estados están obligados por una costumbre internacional a admitir a todos los extranjeros que deseen entrar con fines lícitos en su territorio.

A nuestro juicio, la práctica de los estados es contraria a la existencia de tal norma y los elementos de la costumbre no son constatables. En el estado actual del Derecho Internacional, la admisión de los extranjeros es una cuestión que puede ser apreciada en principio discrecionalmente por el estado receptor. La reglamentación en concreto queda a la competencia exclusiva del estado, que la regula generalmente mediante disposiciones administrativas.

Primero, está muy generalizado que se regule el régimen de pasaportes, o documentos de entrada, se examinen en la frontera o en los aeropuertos los mismos, o se repatrien a quienes hayan entrado en el país desprovistos de esos documentos.

Segundo, es necesario el visado de entrada, que se facilita en los Consulados del país receptor en el extranjero, si bien en los últimos años la tendencia va hacia la supresión de visados por vía de reciprocidad.

Tercero, específicamente respecto de aquellos que pretendan establecerse en el país con ánimo de trabajar en él, no es infrecuente que de iure o de facto se llega en la práctica a distinguir aquellos que llegan al país por motivos turísticos de los que lo hacen por otros motivos, exijan determinadas autorizaciones previas para trabajar y que las leyes de inmigración lleguen a ser particularmente rígidas.

Por el contrario, en el momento actual de la evolución del DI cabe afirmar la formación de una norma que prohíbe a los Estados la discriminación a efectos de entrada entre los súbditos de un país y los de otro. La negativa a admitir súbditos de un determinado país (salvo que medien circunstancias especiales, como la no existencia de relaciones diplomáticas o consulares o la imposibilidad de garantizar la seguridad de dichas personas) sería contraria no solamente a las

normales relaciones de amistad entre los Estados, sino también al DI moderno, en el que las discriminaciones en principio son consideradas contrarias al mismo.

EN CONCLUSIÓN, PODRÍAMOS DECIR QUE LA ENTRADA CONSISTE EN:

“Que ningún Estado podrá denegar la entrada de extranjeros en su territorio. Pero existe el derecho, fundado en el orden público, de reglamentar las condiciones de entrada, permanencia y tránsito. Por ellos se prohíbe la entrada a inhabilitados legalmente (expulsados), físicamente a incapaces (enfermedades contagiosas y de los inhabilitados moralmente (delincuentes, agitadores, etc.)”.

8.4 La expulsión de los extranjeros

Por lo que a la expulsión de los extranjeros se refiere, no existe en el DI general norma que la prohíba, salvo que la misma produzca un daño injustificado al extranjero, que sólo tendría una explicación satisfactoria si se basara en un fin lícito. La inexistencia de una regla de Derecho Internacional general. Que prohíba la expulsión nos viene confirmada indirectamente por la Comisión Europea de Derechos del Hombre, quien, al ocuparse de cuestiones que rozaban el problema de la expulsión y extradición de extranjeros, ha recurrido no a la existencia de una regla prohibitiva ni siquiera en la Convención, sino a precisar que: “en determinadas circunstancias, la expulsión pudiera dar origen a un tratamiento inhumano” (Gobbi, 1966).

Lo anterior no quiere decir que el extranjero se encuentre en todos los casos sin ninguna garantía ante las expulsiones. Lo que queremos decir es que no está protegido, frente a ellas, por un conjunto de normas del DI. No obstante, existen en la mayoría de los ordenamientos internos normas que reglamentan la expulsión y el estado puede incurrir en responsabilidad internacional por expulsiones arbitrarias basadas en decisiones de las autoridades internas.

En conclusión, podríamos decir que la expulsión consiste, según la costumbre internacional, en que todo Estado puede expulsar de su territorio al extranjero cuya presencia sea perjudicial para la seguridad u orden público. El derecho interno de cada Estado legisla sobre la expulsión de extranjeros, como delincuentes, agitadores sociales, etc. En caso de expulsión por orden pública, el Estado de origen tiene el deber moral de acogerle.

9. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN EL TERRITORIO

El poder del Estado sobre los extranjeros que habiten o se encuentren en su territorio se ve limitado por normas de Derecho Internacional General. y de Derecho Internacional particular o convencional. Las referidas limitaciones sirven de base de los llamados derechos de los extranjeros o, más exactamente, de garantía de tales derechos. La referida garantía se actúa en el plano internacional no por los individuos, que no son sujetos del Derecho Internacional, sino por el Estado del que son nacionales, ya que éste tiene el derecho a exigir que se cumpla el DI en la persona de sus nacionales.

9.1 *standard minimum* de derechos en constante ampliación

En la materia estudiada, encontramos un régimen general, basado en el Derecho Internacional general, y que consiste en que el estado está obligado a conceder un tratamiento determinado a los extranjeros, que es comúnmente conocido como *standard minimum*. La existencia del referido *standard* hoy parece innegable y frecuentemente encontramos referencias al mismo en la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales. En estos últimos no son infrecuentes las referencias a las normas relativas al tratamiento de los extranjeros sancionados por los “principios del Derecho Internacional común”.

El reconocimiento de la existencia del *standard minimum* no ofrece, pues, dificultades; éstas vienen a determinar el contenido del mismo. No obstante, podemos afirmar que, pese a ser un concepto cambiante, en la

fase actual de evolución del Derecho Internacional dentro del referido standard encontramos los siguientes derechos:

1. El de ser protegida su vida e intereses contra las acciones de violencia colectiva organizada en contra de los extranjeros.
2. Derecho a no ser detenidos arbitrariamente y a que se proceda a una investigación en tiempo razonable, dando al interesado la posibilidad de ser oído.
3. derecho a no ser torturado y a que no se le someta a tratamientos inhumanos.
4. Tener asegurado el libre acceso a los tribunales y no ser discriminado ante ellos por razones de nacionalidad. Dicho derecho va íntimamente ligado a la responsabilidad internacional del estado por “denegación de justicia”.
5. Derecho a poder ejercitar determinados derechos civiles básicos, como son los relativos a las relaciones paterno-filiales y, en general, a los admitidos en la mayoría de los Estados como derechos de familia. Para determinar el contenido en concreto del standard minimun habrá que recurrir a las normas del Derecho Internacional general, y particulares, sino también al derecho comparado, para extraer del mismo los derechos que se consideran como básicos por la mayoría de las legislaciones internas.

9.2 Inexistencia de una total asimilación entre nacionales y extranjeros

La total asimilación en la materia entre nacionales y extranjeros no existe, ya que hay determinados derechos de los que tradicionalmente se excluye a los extranjeros.

Primero, los extranjeros no disfrutan de los derechos llamados políticos -derecho de voto y a ocupar cargos públicos-. Segundo, tampoco disfrutan del derecho de desempeñar determinadas profesiones.

Tercero, están excluidos del goce de determinados derechos sociales, como el de desempleo y asistencia médica gratuita, salvo que a éstos tenga derecho por su condición de trabajador o haya contribuido en pie de igualdad a sufragarlos con los trabajadores nacionales. Otro tipo de servicios sociales, como la enseñanza gratuita, no son exigibles al Estado huésped, salvo reciprocidad.

La existencia de regímenes convencionales especiales nos dará una mejor idea de las materias excluidas del standard minimum.

Los tratados bilaterales y algunos multilaterales conocidos como tratados de establecimiento aseguran en muchas ocasiones los derechos de los extranjeros con garantías de efectividad. También los tratados de comercio contienen cláusulas relativas al trato de extranjeros. Existen, finalmente, algunos tratados sobre seguridad social. Antes de analizar en concreto las materias que dichos tratados contemplan, debemos extraer los fines generales de los mismos.

La filosofía que inspira a muchos de los referidos tratados es la de conseguir una equiparación en el trato de nacionales y extranjeros. Es lo que se conoce por la “cláusula o sistema del trato nacional”.

Otras veces, por el juego de la “cláusula de nación más favorecida”, puede ocurrir que los extranjeros se beneficien de un régimen más favorable que los propios nacionales, aunque ello es cada vez menos frecuente. Finalmente, cada día se extiende más en los tratados sobre la materia la “cláusula de reciprocidad”, que significa el hacer depender el goce de determinados derechos de los extranjeros en un Estado del hecho de que a los nacionales del mismo se les otorguen los mismos derechos en el estado del que son súbditos los referidos extranjeros.

Las materias que contemplan los tratados de referencia son variadísimas. En los antiguos tratados de Amistad, Comercio y Navegación, algunos de ellos todavía vigentes, se garantizaban los derechos de libre entrada y salida del territorio, de aplicarle al extranjero su ley nacional para las relaciones de familia y sucesiones, de protección de su persona y bienes, del libre ejercicio del comercio

y profesiones, de adquirir libremente bienes muebles e inmuebles, de no serle expropiados sus bienes, de exención del servicio militar, etc. En los tratados más modernos no se prevén ya determinados derechos por considerarse que hoy forman parte del standard minimum, concepto cambiante y en trance de ampliación, como hemos dicho; pero se estipulan otros como la libertad en el ejercicio de las profesiones liberales, la libertad de establecimiento, el goce de los beneficios de la seguridad social, la protección contra la doble imposición fiscal, etc.

La materia examinada está en evolución.

9.3 Referencia al derecho de propiedad privada de los extranjeros

El tratamiento de la propiedad privada de los extranjeros por parte del Derecho Internacional ha sufrido un proceso de revisión de ida y vuelta como consecuencia de tres acontecimientos políticos de primera magnitud que han tenido lugar en el siglo XX.

Primero, el triunfo de la Revolución Soviética, que desencadenó primero dentro de la URSS, y después de la Segunda Guerra Mundial en muchos otros países, unas amplias medidas de socialización, estatalización y colectivización, reforma agraria, nacionalización, etc., que necesariamente dejaron su reflejo no sólo en la revisión del concepto individualista y privatista del Derecho de propiedad que había alcanzado su cenit en el siglo XIX, sino también en el de su protección de la misma y de otros derechos patrimoniales de los extranjeros por vía tanto interna como internacional.

Segundo, el movimiento descolonizador y de independencia, que en algunos casos se habrían visto comprometidas sin una revisión afondo de los derechos de propiedad de los extranjeros. La existencia de una fuerte propiedad extranjera en los países de grandes cambios estructurales en lo político-económico y en aquellos otros de reciente descolonización llevó a cercenar en ocasiones la propiedad privada y las normas internacionales para su protección. Dentro de este marco nos referimos al principio de soberanía permanente del estado sobre sus recursos naturales.

Debido a estos dos acontecimientos, durante un tiempo, la superioridad evidente de las garantías internacionales de los derechos de propiedad y en general de contenido económico del extranjero tendió a disminuir debido al sentido cada vez más social de la propiedad y a los abusos que los propietarios extranjeros han llevado a cabo, especialmente en los países en vías de desarrollo, que consideraron el respeto a ultranza de la propiedad extranjera quizá como el mayor obstáculo para su evolución hacia la independencia económica y, subsiguientemente, para la realización de la política.

Tercero, en los últimos años, la dramática evolución experimentada por los Estados del antiguo bloque soviético, la posición dominante alcanzada por el liberalismo económico y el establecimiento de una sustancial homogeneidad ideológica en la mayor parte del mundo han impulsado un giro copernicano en las ideas de las clases dirigentes de los antiguos Estados del Este y de los estados en vías de desarrollo, que tratan de ofrecer a los inversores internacionales garantías a fin de seducirlos para que inviertan en sus respectivos países.

10. ASILO, REFUGIO Y DESPLAZAMIENTO

Los migrantes son aquellas personas que se ven obligadas a dejar el territorio de donde son nacionales o tienen su domicilio para asentarlos en otro país diferente al suyo, sea por persecuciones políticas, religiosas, étnicas o por hambrunas, catástrofes, etc., constituyendo los asilados, refugiados o desplazados según el caso.

10.1 Asilo

Esta institución proviene de la antigüedad, y fue la Iglesia Católica uno de sus principales promotores. En el Antiguo Testamento existen varios pasajes en los cuales se habla de asilo a fugitivos en los templos, como en el Libro de Reyes. El Templo de Apolo, en Delfos, es el primer lugar de asilo conocido. Luego de la conversión del Imperio Romano, desde el siglo IV el derecho canónico erigió las iglesias en lugares de asilo por medio de un canon que autorizaba el refugio de reos en los edificios destinados al culto divino, el cual estuvo vigente hasta 1983.

Pero el derecho de asilo pasa a ser de origen religioso a tener un carácter jurídico-político, pues es una institución surgida de la costumbre.

El asilo se encuentra instituido en el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. de 1948, la cual reconoce:

Art 14: 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país.

2. Este derecho no podrá invocarse contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Llámesese asilado al individuo que no desea regresar a su estado por ser perseguido por delitos políticos.

Clases:

El asilo es de dos clases:

10.1.1 El asilo diplomático:

Es el otorgado a quien viéndose perseguido por razones políticas se refugia en inmueble, nave o aeronave que goza de inmunidad conforme al derecho internacional.

Se atribuye más a una práctica desarrollada en países Latinoamericanos, la cual no es aceptada mundialmente. El asilo diplomático surge a partir de las constantes perturbaciones políticas que dan como resultado a u sinnúmero de perseguidos que ven en peligro su vida, libertad y su integridad personal. Con la creación del asilo diplomático se pretende proteger al delincuente político de la jurisdicción del estado del cual es nacional, por razones de humanidad.

El primer caso de asilo en Colombia fue el del peruano Víctor Raúl Haya de la Torre, dirigente político que intentó derrocar al gobierno del Perú y quien en 1950 se asiló en la Embajada de Colombia en el Perú.

Sobre este asilo, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del 13 de junio de 1951, consideró que: “Los delincuentes políticos no pueden ser entregados, así el asilo haya sido irregularmente concedido”.

A raíz de este caso se firmó en Caracas, el 28 de mayo de 1954, la nueva Convención Interamericana sobre asilo diplomático, se acuerdo a la cual el estado que concede el asilo tiene el derecho a determinar unilateralmente el carácter político del acto ofensor.

También tenemos el caso del expresidente de Haití Prosper Avril y su esposa Marie Ange Nazon, asilados el 8 de abril de 1995 en la Embajada colombiana en Puerto Príncipe por considerarse perseguidos políticos del presidente Jean Bertrand Aristide.

Otro caso famoso de asilo diplomático fue el del cardenal húngaro José Mindzenty, a quien los EE. UU. Tuvieron asilado en su embajada de Budapest entre 1956 y 1971.

Esta institución se encuentra reglamentada en las Convenciones Internacionales de La Habana de 1928 y Montevideo de 1933 y de Caracas de 1954 ratificada por Colombia en diciembre de 1968.

10.1.2 Asilo territorial

Consiste en buscar seguridad en otro país, y con base en las mismas motivaciones del asilo diplomático.

Un Estado puede, al menos en forma temporal, proporcionar asilo al extranjero que ha sido expulsado o que ha huido del estado de donde es oriundo o de donde reside pues el Derecho internacional no obliga a los Estados a negar la admisión de cualquier extranjero dentro de su territorio, ni a entregarlo a un Estado extranjero o a expulsarlo de su territorio, a no ser que exista cierta restricción u obligación al respecto.

Son varias las Convenciones en Latinoamérica que han tratado el problema del Asilo Diplomático de Caracas de 1954, la que actualmente regula la materia. De acuerdo con la misma, el Estado que concede el asilo tiene el derecho de determinar unilateralmente el carácter político del acto del aislado y la existencia de “peligro urgente” que lo justifique.

Esta convención fue firmada por todos los países Latino americanos a excepción de los Estados Unidos.

En Colombia, tenemos el caso de Alan García, expresidente del Perú, elegido en 1985 pero responsabilizado al final de su mandato en 1990, por desviación de fondos públicos y enriquecimiento ilícito. El asilo fue solicitado en junio de 1992, y concedido por el Presidente de Colombia, César Gaviria, a pesar de estar acusado por presuntos delitos comunes. Colombia consideró que el delito era político y no común, puesto que la anterior Corte Suprema de Justicia del Perú había absuelto al exmandatario, además la calificación del delito corresponde al país aislante. Igual hizo Austria con Roberto Soto Prieto, acusado en Colombia por el robo de 13.5 millones de dólares al banco de la República, ese país consideró que era un perseguido por razones políticas y no por delitos comunes, y no nos concedió la extradición, sino que le dio el asilo territorial. Luego sería capturado en Hamburgo por narcotraficante.

Este asilo está contemplado en el art. 36 de nuestra C.N.: “Se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley”. Se critica al mismo que la ley no haya reglamentado el derecho de asilo, puesto que este tema es materia de tratados públicos. A su vez, el art. 38 *ibídem* prohíbe extraditar a extranjeros “por delitos políticos o de opinión”. En toda solicitud de extradición, el Estado requerido tiene la facultad de apreciar soberana y discrecionalmente la naturaleza del hecho por el cual una persona es reclamada, con el fin de no entregarla si se le persigue por razones políticas.

10.2 LOS REFUGIADOS

Está consagrado en el estatuto del Refugiado de la Organización de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1950, en la Convención de Ginebra de 1951, en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (1969); Declaración de Cartagena sobre los refugiados (1984);

y Resoluciones aprobadas, en particular, por la Asamblea General de las Naciones Unidas

Se considera como “refugiado” a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política abandona su país, o uno en el cual tenía su residencia habitual, para refugiarse en territorio extranjero. Se concede generalmente a un grupo de personas y no a una individual, como en el asilo territorial, y a diferencia de éste, no es por delitos políticos, sino por las razones expuestas, dentro de las cuales está la opinión política, sin necesidad de que sea acusado por un delito de esta clase ni de ningún otro.

Este es el caso de los cubanos en Miami y otras ciudades de EEUU y el de los judíos europeos en la II Guerra Mundial.

10.3 Los Desplazados

Sobre éstos se ha ocupado la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas. mediante las Resoluciones 3454 y 3455 del 9 de diciembre de 1975, y de acuerdo a éstas, son “desplazados” las personas que se ven obligadas a abandonar su residencia habitual y buscar acogida en otro estado debido a situaciones de inseguridad extremas, hambrunas o conflicto armados, sin que existan motivos de persecución individual ni colectiva, ni motivos de raza, nacionalidad, religión, etc. Al igual que en el caso de los refugiados, se trata de un conglomerado o gran número de personas, pero no son perseguidos por nadie. Este es el caso de los habitantes de Biafra, que por razones de hambruna se ven obligados a dejar su país y buscar otro donde poder vivir. Colombia hoy presenta una considerable tasa de desplazados, un millón ochocientos mil, especialmente internos, aunque ya empiezan a desplazarse a los países vecinos como Panamá. ACNUR se encarga de repatriarlos. Se calcula que hoy día 8 millones de compatriotas han tenido que abandonar el país por diferentes razones (violencia, desempleo, etc.) y hay 15 mil presos en el extranjero principalmente por narcotráfico.

10.4 ¿Qué protección se confiere en el derecho humanitario a los refugiados y a las personas desplazadas?

Los refugiados huyen de su país, las personas desplazadas, en cambio, no atraviesan las fronteras nacionales.

Los refugiados se benefician, en primer lugar, de la protección que les confieren el derecho de los refugiados y el cometido del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Asimismo, están protegidos por el derecho internacional humanitario cuando son víctimas de un conflicto armado, cuando se encuentran en poder de la parte adversaria o se vean afectados por las hostilidades en el país de acogida. En el IV Convenio de Ginebra y en el Protocolo I se confiere una protección especial a los refugiados, en particular a los que se hallen en territorios ocupados. En el IV Convenio se estipula, asimismo, el principio de no rechazo, base del derecho de los refugiados.

En un conflicto armado, las personas desplazadas en el interior de su propio país están protegidas en virtud de las normas del derecho internacional humanitario, que confiere una amplia protección a la población civil. La finalidad de dichas normas es, en particular, proteger a las personas civiles contra los efectos de las hostilidades; por ejemplo, está prohibido atacarlas, aterrorizarlas, utilizar contra ellas el hambre como método de combate, así como destruir los bienes indispensables para su supervivencia. En un conflicto interno, las personas desplazadas están protegidas en virtud del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo II.

En el derecho humanitario se prohíben los desplazamientos forzados de la población; son posibles, únicamente si son indispensables para garantizar la seguridad de la población, o por imperiosas razones militares. Además, la protección general que en el derecho humanitario se garantiza a la población civil debería poder limitar los desplazamientos. Desafortunadamente, esas normas han sido frecuentemente conculcadas en los conflictos recientes. Por ello, es más importante garantizar un mejor respeto de las disposiciones vigentes que elaborar nuevas disposiciones.

