

# La protección del nacional. Actualidad y perspectiva en el marco doctrinal actual

## *The protection of nationals. Actuality and perspective in the current doctrinal framework*

Autores: Idarmis Knight Soto, Marla Iris Delgado Knight, Guadalupe Natividad Zamrano Matuz, José Luis Gálvez Váldez

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v21.n41.2023.16988>

### **Para citar este artículo:**

Knight Soto, I., Delgado Knight, M., Zamrano Matuz, G. y Gálvez Váldez J. (2023). La protección del nacional. Actualidad y perspectiva en el marco doctrinal actual. *Derecho y Realidad*, 21 (41), 35-45.



## **LA PROTECCIÓN DEL NACIONAL. ACTUALIDAD Y PERSPECTIVA EN EL MARCO DOCTRINAL ACTUAL.\***

### ***THE PROTECTION OF NATIONALS. ACTUALITY AND PERSPECTIVE IN THE CURRENT DOCTRINAL FRAMEWORK.***

#### **Idarmis Knight Soto**

Profesora titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Ciego de Ávila, Cuba. Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana, Cuba. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo y de Derecho Internacional Público. Profesora invitada de otras universidades.  
<https://orcid.org/0000-0003-4713-7488>  
idarmis@unica.cu

#### **Marla Iris Delgado Knight**

Profesora auxiliar Universidad de Ciego de Ávila, Máximo Gómez, Cuba. Profesora de Derecho Civil, máster en Derecho, Universidad de Las Villas Martha Abreu de las Villas, Cuba. Presidenta del Capítulo provincial de Derecho Notarial.  
<https://orcid.org/0000-0003-1206-2092>  
marla@unica.cu

#### **Guadalupe Natividad Zamrano Matuz**

Profesora Claustro Universitario de Oriente, México. Máster y licenciada en Derecho.  
<https://orcid.org/0009-0006-1453-4267>  
matuz@cudeoriente.edu.mx

#### **José Luis Gálvez Váldez**

Director Claustro Universitario de Oriente, México. Doctor en Educación.  
<https://orcid.org/0009-0000-8409-0047>  
galvez@cudeoriente.edu.mx

Recepción: Marzo 25 de 2023

Aceptación: Mayo 26 de 2023

## **RESUMEN**

Este artículo tiene como objetivo, a través del método análisis-síntesis, explicar cómo los mecanismos de control que establecen las convenciones internacionales han posibilitado de forma directa que el individuo actúe con capacidad activa para reclamar ante organismos internacionales por violación de sus derechos, sin mediación del Estado irradiando un procedimiento que obliga al Estado infractor a resarcir el daño ocasionado a través de la relación organismo internacional-individuo, al

vincularse con la personalidad activa del individuo la prevención especial. Se abordará la protección diplomática en su doble dimensión funcional ya sea preventiva o reparadora cuando hubiere lugar, por estar lesionados los derechos de un nacional.

## **PALABRAS CLAVES**

Nacionalidad; protección diplomática; derechos humanos.

---

\* Este artículo es producto de resultados de investigación de proyectos de intercambios internacionales.

## ABSTRACT

Reading this article aims, through the analysis synthesis method, to explain how the control mechanisms established by international conventions have directly enabled the individual to act with active capacity to claim before international organizations for violation of their rights, without mediation of the State, radiating a procedure that obliges the offending State to compensate the damage caused through the international organization-individual relationship, by linking with the active personality of the individual special prevention. Diplomatic protection will be addressed in its double functional dimension since be preventive or remedial when appropriate, because the rights of a national are injured.

## KEYWORDS

Nationality; diplomatic protection; human rights.

## INTRODUCCIÓN

El Estado como sujeto de derecho internacional tiene su génesis en determinados elementos que constituyen un sistema que le otorga coherencia interna a su estructura y funcionamiento, para poder ser destinatario de las normas internacionales. En tal sentido tales elementos son: la soberanía, el territorio, la organización política en su triple vertiente de Gobierno, ordenamiento jurídico y poder político, y la población, caracterizada esta última por un conjunto de individuos nacionales que tienen carácter permanente o inamovilidad relativa sobre el territorio (Diez de Velasco, 1997).

La nacionalidad es un tema de interés en el derecho internacional que no está exenta de discusión. Diversos son los criterios doctrinales y legislativos para determinarla. Se puede definir como la pertenencia de un individuo según el derecho interno, a la población de un Estado, ya en el Dictamen n. 4 de fecha 7 de febrero de 1923, se puntualizó por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional sobre los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y

Marruecos lo siguiente: “en el estado actual del Derecho Internacional, las cuestiones de nacionalidad están comprendidas en principio en la esfera de la competencia exclusiva del Estado”.

Las normas internacionales sobre nacionalidad son escasas<sup>1</sup>, de forma genérica aborda el tema la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, y prevé “nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad”<sup>2</sup>, ello no obsta para valorar algunas cuestiones relacionadas con la protección del Estado a sus nacionales en el extranjero ya sea a través de tratados o de normas generales que exigen un *standard minimun* internacional, en estas últimas se registra, la protección diplomática, la cual no debe confundirse con el ejercicio de la protección consular; la asistencia diplomática y la asistencia consular, aun y cuando todas son ejercidas por el Estado (Remiro Brotons, 1997).

En este sentido de forma muy sucinta cabe mencionar que la protección consular a la reclamación la presenta el funcionario consular siguiendo instrucciones de su Gobierno, no ante el Gobierno del Estado infractor sino ante el órgano del que emanó el ilícito, no siendo necesario el previo agotamiento de los recursos internos.

La asistencia diplomática está relacionada con todas las acciones ejercidas por el Estado para proteger a sus nacionales en el extranjero, sin que para ello constituya una necesidad la violación de una norma internacional o derecho interno, ejemplo protección en la misión diplomática.

La asistencia consular está relacionada por su parte con la protección permanente de los nacionales en el extranjero relacionado con situaciones legales de las cuales estos necesitan ayuda, ejemplo para asistencia jurídica.

1. V. Convención sobre nacionalidad en América disponible en <http://www.oas.org/juridico>.

2. Disponible en <http://www.un.org/es/documents>

La nacionalidad de la reclamación se erige sobre el sustrato de la protección, que sin lugar a dudas es la defensa de un sujeto que mantiene vínculo con el Estado reclamante para exigir la debida aplicación del derecho internacional, independientemente al carácter discrecional de esta figura. La pretensión jurídica le corresponde a ese Estado del cual es nacional el individuo afectado, el cual en estos procesos no es titular de derecho internacional.

## 1. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DEL NACIONAL. GENERALIDADES

La protección diplomática como principio del derecho internacional se constituye como mecanismo de defensa por derecho propio entre Estados, para proteger a sus nacionales, por no haber podido obtener satisfacción de las lesiones causadas por vías ordinarias. El profesor Carrillo Salcedo la define como la “reclamación en solicitud de reparación de los daños sufridos por un nacional del Estado reclamante a consecuencia del acto ilícito internacional del Estado frente al que se plantea la reclamación” (Carrillo Salcedo, 1994).

Todo lo cual reafirma que, para lograr la efectividad de la reclamación, el individuo afectado debe poseer la nacionalidad del Estado reclamante en el momento de la comisión del hecho ilícito, así como en el momento de presentación de la reclamación, su naturaleza está entrelazada con el vínculo jurídico del individuo con el Estado.

En estos supuestos no se debe soslayar cuando concurre el individuo en busca de protección y posee doble nacionalidad. Para lograr la efectividad de la reclamación, en tales casos la jurisprudencia asume el criterio, de estrechos vínculos. Así lo reafirma el Tribunal Internacional de Justicia en su Sentencia del 6 de abril de 1995, en el caso *Nottebohm* “La nacionalidad es un vínculo jurídico [...]. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se confiere [...] está de hecho más estrechamente vinculado a la población del estado que se ha conferido [...]

se refiere a la nacionalidad de cualquier otro” (*Recueil*, pp.23-24).

Sin embargo el proyecto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en el año 2006 acepta el ejercicio de protección por cualquiera de los dos Estados o ambos de los que la persona es nacional.<sup>3</sup> En estos casos la autora opina que a pesar de ser la discrecionalidad el cáliz de esta figura, se produce un concurso que queda al arbitrio de los Estados; para determinar cuál ejerce la protección diplomática, ya sea por tener el domicilio en ese territorio, u otras causas que desee apreciar el Estado al que se solicite.

Los requisitos para la protección diplomática se determinan, a partir de la efectividad de la reclamación, es decir que sea nacional del Estado reclamante, el agotamiento de los recursos internos y la correcta conducta del individuo; enlazados para desplegar eficacia por la existencia de la vulneración de una norma internacional, que *a priori* constituye la violación de un derecho subjetivo.

Un estudio detallado permite subrayar los elementos objetivos y subjetivos de la figura atendiendo al concepto, que en definitiva indica el contenido del procedimiento. De esta forma como elemento objetivo se puede señalar la pretensión del Estado para que se resarza un hecho ilícito provocado por otro Estado a su nacional y actualmente se introduce en este contexto aun y cuando se puntualice la continuidad de la nacionalidad la existencia de una protección funcional reconocida por algunos autores como Rodríguez Carrión, como la protección diplomática de los refugiados y apátridas que sufrieran daño en el extranjero, siempre y cuando sean reconocidos por este a través de las convenciones internacionales y regionales vigentes.

El elemento subjetivo está configurado por la relación entre el Estado reclamante y Estado reclamado y de este con el individuo para resarcir el hecho ilícito cometido. Esta relación triangular *a priori* determina el

---

3. Véase art. 6 del Proyecto A/61/10, pp.18-24.

vínculo que encierra la protección en la medida que el Estado reclamante no se entiende con el resultado de la reclamación, pues corresponde al proceso judicial determinarlo.

La protección diplomática en doctrina general es concebida para los nacionales de un Estado afectado por el actual ilícito de otro, sin embargo hoy este concepto sufre ciertas matizaciones por el desarrollo de las relaciones internacionales que ha provocado la movilidad de las personas por diversas causas, cuya permanencia como población de un Estado ha sido reconocida a través de convenciones internacionales, siempre y cuando la reclamación no se efectúe al Estado del que fuere nacional en el caso de los refugiados.

Diversos supuestos jurídicos pueden suspender la continuidad en la nacionalidad de la reclamación del individuo, y el Estado rechazar la reclamación por falta de este requisito, de tal causa se puede mencionar el matrimonio que realiza una mujer con un extranjero, y adquiere la nacionalidad del marido.

El agotamiento de los recursos internos se presenta como un requisito *sine qua non* para que el Estado puede ejercer protección diplomática. No hay lugar a dudas que la competencia, es un principio elemental que debe observar el individuo afectado, a contrario *sensus*, no procedería la protección por cuanto no ha existido pronunciamiento del tribunal sobre el hecho ilícito.

La renuncia y el desistimiento constituyen manifestaciones de voluntad en el proceso interno que impiden la protección diplomática por llevar implícita la renuncia de la pretensión del individuo afectado.

Más resulta oportuno acotar, que el recurso de agotamiento interno es común a todas las reclamaciones y su excepción viene dada cuando no se ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación.

## 2. LA CONDUCTA CORRECTA DEL PARTICULAR PERJUDICADO (CLEAN HANDS O MANOS LIMPIAS)

Este constituye otro requisito reconocido por una parte de la doctrina, su enfoque aunque no posee todo el apoyo en la práctica internacional se encausa hacia la necesidad de proteger los derechos afectados del individuo, con independencia de su conducta, de ahí que la discrecionalidad que posee el Estado para dar protección diplomática a un individuo no debe ceñirse solamente a esta, sino a otras situaciones que puedan suscitarse; especialmente que versen sobre la protección de sus derechos, ya consignados en convenciones internacionales o en el ordenamiento interno.

Diversas opiniones oscilan en torno al requisito antes aludido, Carrillo Salcedo sostiene: “la persona física o jurídica, si incide en el fondo de la reclamación en la medida en que un hecho o acto presuntamente ilícito podría estar justificado por el comportamiento ilegal o fraudulento del particular, así como sobre el monto de la reparación-indemnización, pues si una parte de los daños derivan del comportamiento particular, y no del acto ilícito internacional, tales daños deberán ser descontados de la reparación”(1984). Por su parte, otros autores señalan, “que dado que se trata de un derecho de carácter discrecional atribuido al Estado por el ordenamiento internacional, éste puede rechazar el ejercicio de la protección por este o por otros motivos distintos, además de darse la circunstancia de que en caso que se admitiera tal posibilidad, se estaría restringiendo el derecho de los Estados a proteger a sus nacionales, por lo que debería ser acogida con muchas reservas”(Salmon,1964).

Desde la perspectiva del derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos humanos, supera ciertos escollos que le otorgan discrecionalidad a los Estados para ejercer la protección diplomática, creando mecanismos

internacionales que permiten el acceso directo de la persona afectada siempre que el Estado haya aceptado las técnicas de control.

La invocación de la responsabilidad internacional bajo la égida de la protección diplomática es un derecho propio del Estado que coexiste con los derechos específicos que el derecho internacional confiere al individuo lesionado. El respeto a la soberanía mantiene el equilibrio en que estos interactúan acentuando los principios que coexisten para la protección del individuo.

La caracterización específica de los tratados que regulan derechos fundamentales no solo es establecer normas sustantivas obligatorias para los Estados, sino también establecer los mecanismos para el cumplimiento de esas obligaciones.

### **3. PROTECCIÓN AL NACIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRADICIÓN. TRATAMIENTO DOCTRINAL**

El principio de no entrega al nacional, a pesar de cristalizar en la Ley belga de 1833, es adoptado por Francia en la Constitución de 1791, seguida por la Constitución alemana de Weimar y por casi todos los países europeos y americanos del pasado siglo (Knight Soto, 2011).

El primer tratado en que se estableció este principio fue el concertado entre Francia y Bélgica en 1834. Sin embargo, resulta notorio que ya en 1880 el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Oxford se proclamó a favor de no darle relevancia al estatuto personal del delincuente en materia de extradición, ya que la regla sexta estableció lo siguiente: “Entre los países cuyas legislaciones penales posean análogas bases y entre los que exista una mutua confianza en sus respectivas instituciones judiciales, la Extradición de los nacionales sería una medida para asegurar la buena administración de justicia, debiéndose estimar como deseable la jurisdicción del *forum loci delicti commissi* (principio de territorialidad), que es el llamado a juzgar siempre que ello fuere posible”.

Han sido numerosos los argumentos alegados por los Estados para defender dicha práctica. Por un lado, se ha dicho (Pastor Borgoñon, 1988) que la entrega es contraria a la dignidad nacional; que constituye un atentado al deber del Estado de protegerlos, porque le asiste un derecho de habitar en el territorio de su patria con o sin prisión y ello se opone a que sea entregado a un país extranjero; también se ha afirmado (Pastor Borgoñon, 1988) que la prohibición de entrega a nacionales se conecta con el derecho a ser juzgado por el juez natural; por último, el principio de prevención especial, la reeducación y reinserción social del delincuente abogan por la no entrega de nacionales y su enjuiciamiento y condena en el Estado de origen (Pérez Manzano, 2003).

De esta forma se ha propuesto en diferentes *fóruns* (García Sánchez, 2003) la siguiente fórmula: el Estado requerido, decidido a mantener la regla de no extradición de nacionales, debería comprometerse a ejercer su poder represivo contra ellos a petición del Estado requirente, y debería adoptar, en el plano interno, las medidas legislativas necesarias a este efecto.

La mayoría de la doctrina critica la vigencia del principio de la no entrega del nacional, autores como Quintano Ripollés (1957) han afirmado que el fundamento del principio no se encuentra en el derecho internacional, hallándose en pugna con los postulados de una íntegra cooperación represiva y de solidaridad entre las autoridades penales de los diversos Estados integrantes de la comunidad. Tampoco se encuentra en razonamientos de tipo jurídico, sino en motivos de carácter nacionalista, en la tendencia a conservar las facultades propias de la soberanía en el mayor número posible de casos y en la desconfianza más o menos justificada en la justicia penal de otros países (Pastor Borgoñon, 1988). Lo que choca con los principios hoy reinantes en el derecho internacional, como el principio de solidaridad, al que va cediendo paso el principio de soberanía. También se ha apuntado que la admisión de la regla discriminatoria supone una desconfianza hacia los tribunales extranjeros y un

poderosísimo entorpecimiento del ejercicio de la extradición, tan necesaria hoy para la solidaridad y la cooperación entre Estados. Todo ello lleva a algunos autores (Arroyo de la Heras & Muñoz Cuesta, 1986), a afirmar que lo que justifica su mantenimiento en el derecho positivo es la persistencia en estos días de las gigantescas diferencias de culturas y costumbres internacionales, que evidentemente, harían que la entrega de nacionales supusiera situar a éstos en condiciones muy desfavorables al ser juzgados por tribunales extranjeros.

La adopción de la obligación alternativa, *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar) para evitar la impunidad, facilita la cooperación internacional, esta facultad se le otorga al Estado requerido y no puede entenderse como una disyuntiva a la extradición o como una libertad del Estado requerido para escoger entre entregar al inculcado o juzgarlo, es una alternativa que se viene recogiendo en los ordenamientos internos para flexibilizar esta regla.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en sus períodos 49 y 52, analizó la obligación alternativa de los Estados de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) para su codificación como norma universal de extradición. La autora, coincide que para ello habría que tratar de lograr que se aceptare la idea de que, en primer lugar, esta regla se ha convertido en un elemento indispensable en la represión de la delincuencia y el enjuiciamiento de los delincuentes en el ámbito internacional y, en segundo lugar, de que es insostenible seguir limitando su alcance a los crímenes internacionales definidos en las convenciones (Bassiouni, 1984).

La flexibilización de este principio la han retomado los Estados por constituir un factor eficaz en la cooperación jurídica internacional basada en las nuevas tendencias del derecho internacional, logrando establecer mecanismos de prevención especial, es decir, cuando la institución funciona entregando el Estado requerido a los sujetos nacionales e incluso residentes, al Estado requirente, para que este los juzgue y sean devueltos al

primero para que cumplan la pena impuesta por razones de reinserción social.

Es conveniente señalar, que países como Estados Unidos reconocen la entrega de sus nacionales, así, la Ley de 21 de noviembre de 1990 sobre extradición, establece que si el tratado no obliga a los Estados Unidos a extraditar a sus nacionales, el secretario de Estado podrá, no obstante, ordenar la entrega al país reclamante de un estadounidense, si concurren los otros requisitos del tratado (Sebastián Montesinos, 1997), ya consignados previamente, como la doble incriminación, no entrega por delito político, entre otros.

También Gran Bretaña en su Ley de Extradición de 1989 no hizo exclusión alguna de los nacionales, por lo que su entrega a otro Estado viene delimitada por el contenido del tratado aplicable. Los tribunales ingleses han accedido a facilitar la extradición de sus nacionales, incluso en aquellos casos en que la entrega no sea preceptiva sino facultativa. (Sebastián Montesinos, 1997)

A esta excepción también se unen Canadá, Australia, Nueva Zelanda, la cual es más teórica que práctica, pues esta postura se debe al procedimiento de extradición pasiva, en el que tiene que acreditarse la culpabilidad del reclamado para obtener un resultado favorable a la entrega y, consecuentemente, no haya inconvenientes al entregar a sus nacionales al Estado reclamante. Esta particularidad viene condicionada por la promesa de reciprocidad y también al sistema de territorialidad adoptado por estos países sin limitaciones, lo cual impide juzgar a sus nacionales cuando han cometido delitos en el extranjero.

El fundamento de que en los ordenamientos de tipo anglosajón se mantenga esta postura más abierta que los que siguen el sistema continental, no debe interpretarse como una defensa más débil de la propia soberanía, o una mayor confianza en los sistemas penales de otros países, sino que en estos países se establece un procedimiento de extradición pasiva en el que tiene que acreditarse, con bastante rigor, la culpabilidad del reclamado para obtener

un resultado favorable a la entrega. No es de extrañar que, una vez que las autoridades del refugio han logrado un convencimiento suficiente acerca de este punto, no tengan inconveniente en entregar sus nacionales (Pastor Borgoñon, 1988) al Estado requirente o a cualquier otro país distinto a aquel donde se cometió el delito teniendo como base la jurisdicción universal.

El respeto a los principios de la prevención especial y general constituye, a juicio de la autora, el mecanismo oportuno a utilizar por los Estados en aras de la cooperación internacional; y, en su caso, extraditar al nacional, cuando lo estimare el Estado requerido, pues lo que no puede pasar, es que el delito quede impune. Estos supuestos deben refrendarse en los tratados como aplicación indirecta de la obligación alternativa (*aut dedere aut judicare*), de extraditar o juzgar, lo que permite a los Estados parte de una convención el derecho a rehusar el procedimiento de extradición de sus nacionales, pero en su caso, esta parte, si ha sido requerida, deberá someter el caso a sus propios tribunales para enjuiciarlo.

En el supuesto de que el Estado requerido entregue al nacional la práctica actual conduce a la adopción de otros tratados como por ejemplo la ejecución de sentencias penales extranjeras. Esta constituye la tendencia que se viene implantando basada en la cooperación jurídica en materia penal, si el Estado requirente da previamente garantías de que en caso que fuera condenado, sería transferido para el cumplimiento de la pena impuesta.

Otro mecanismo que se utiliza es la adopción de tratados sobre remisión de las actuaciones judiciales, que fueron iniciadas en el país en que delinquiró el sujeto, para su continuación en el país donde es nacional, solo si este Estado puede asegurar la comparecencia del procesado en el juicio para la ejecución de la pena.

### **3.1 PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO ANTE LA TORTURA, TRATOS**

## **CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES**

La creciente importancia de los derechos humanos en el ámbito internacional y su consideración como de interés de protección al nacional, hace que los tratos crueles, inhumanos o degradantes deban ser valorados por el Estado requerido para no vulnerar indirectamente las garantías del individuo en los procedimientos de extradición al considerar el no ser sometido a tortura un derecho fundamental inderogable.

La prohibición absoluta de la tortura se fundamenta en la Resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General de la ONU (1975), que constituye la guía para su configuración actual en el ordenamiento internacional, contenida también en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El convenio sobre la prohibición y/o prevención de la tortura posee doble naturaleza, esto es, constituye una norma convencional y también consuetudinaria por ser una norma imperativa del derecho internacional contemporáneo.

Su naturaleza de norma imperativa o norma *ius cogens* del derecho internacional, reconocida y aceptada por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, se deriva de la inclusión en lo que se ha denominado “el núcleo inderogable” de los derechos humanos, o sea, aquellos que no pueden ser objeto de restricción, limitación ni reserva, incluso en situaciones excepcionales. En cuanto a norma de naturaleza convencional, la prohibición de la tortura se encuentra recogida en todos los tratados internacionales generales de derechos humanos y, con anterioridad, en los Convenios de Ginebra que conforman el derecho internacional humanitario (DIH), en su artículo 3, el cual incorpora la prohibición, en cualquier tiempo y lugar, de los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en



todas sus formas, las mutilaciones o tratos crueles, torturas y suplicios.

Pero ¿qué se entiende por tortura? Ya el artículo 1 de la Convención contra la Tortura la define “como todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores, sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerará tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia, únicamente, de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas” (Fernández de Casadevante, 2007).

Se debe tener claro, respecto a este principio, que la definición se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance que la anteriormente citada. El motivo de esa carencia es lógica, puesto que al tratarse de un comportamiento humano y, por tanto, variable de una persona a otra, la existencia o no de tortura o de tratos inhumanos o degradantes dependerá de diversos factores como son, la sensibilidad de cada persona, la resistencia, al dolor, el nivel cultural o cualquier otra situación concreta. Al decir del profesor Cuesta Arzamendi (1991), se derivan características del modelo internacional propuesto tales como: delito pluridéfensivo, en cuanto ataca a una pluralidad de bienes dignos de tutela penal como libertad, integridad, bienestar personal o la vida; especial porque la tortura es causada por funcionarios y personas que ejercen funciones públicas; de resultado ya que aparece caracterizada como conducta con el fin de infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, siempre que no sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Y, por último, doloso, porque se destaca expresamente la intencionalidad de causar graves sufrimientos físicos o mentales.

El problema se presenta cuando se trata de delimitar aquellos tratos inhumanos o degradantes que pudieran hacer imposible la entrega al Estado requirente de un individuo reclamado, pues la naturaleza de los castigos crueles no está suficientemente definida. (Bassiouni, 1991).

El artículo 4 plantea que todo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación de tortura. Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Así, todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado parte de la convención con el que no tenga tratado al respecto, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente como la base jurídica necesaria para tal acto referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

Independientemente a la anterior posibilidad, cabe otra y es que se trate de Estados parte que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado, es decir, admitan la promesa de reciprocidad, en el marco de la legalidad, en este caso se entenderá delitos de extradición los contemplados en sus legislaciones, y la entrega se hará teniendo en cuenta una ley especial sobre extradición.

#### **4. EPÍLOGO**

La protección del nacional en el derecho internacional contemporáneo, está regulada por convenciones internacionales y el derecho consuetudinario, en este sentido la protección diplomática bajo el tapiz de la discrecionalidad, actúa en función de la

protección del nacional afectado por el hecho ilícito de un Estado, una vez que se hayan agotado todos los recursos internos.

A pesar de tener vigencia la protección diplomática, los mecanismos creados de protección de los derechos humanos

funcionan de forma directa al lograr establecerse una proporción en el marco de las relaciones internacionales entre el individuo afectado y el organismo internacional que debe resolver las quejas, alejado de toda la actitud de discrecionalidad de los Estados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Arroyo de la Heras, A. & Muñoz Cuesta, J. (1986). *Manual de derecho penal*. Arzandi.
- » Bassiouni, M. C. (1987). *International Extradition: United States Law and Practice*; Oceana Publications.
- » Bassiouni, M. C. (1984). La función sancionadora del Derecho Penal Internacional en los procesos de protección internacional de los derechos humanos: un continuo de dos disciplinas. En: *Reformas penales del mundo de hoy*; Cursos de Verano 1983 del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco.
- » Cuba (s.f.). *Textos de las Convenciones de Ginebra en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Cuba*.
- » Cuesta Arzamendi, J. L. (1991). *El delito de tortura*. Ed. Boch.
- » Delgado Knight, M. I. (2012). Algunas reflexiones en torno a la legalidad, cultura jurídica y comportamiento ciudadano. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo. <https://www.eumed.net/rev/cccss/20/midk.html>
- » Díez de Velazco, M. (1997). *Instituciones del derecho internacional público* (Tomo I, 11a ed.). Ed Tecnos.
- » Fernández de Casadevante, C. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Ed. Dilex.
- » Formentín Zayas, Y. M., Sifontes, Y. M., & Soto, I. K. (2021). El documento electrónico. Un análisis desde el derecho cubano en tiempos de pandemia. *Derecho y Realidad*, 19(38), 187–203. <https://doi.org/10.19053/16923936.v19.n38.2021.13698>
- » García Sánchez, B. (2003). *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Ed. Comares.
- » Knight Soto, I. (2011). El valor axiológico de los derechos fundamentales como elemento esencial en los procedimientos de extradición. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, junio. <https://www.eumed.net/rev/cccss/12/iks.htm>
- » Knight Soto, I., & Delgado Knight, M. I. (2023). El derecho de petición. una mirada a su dimensión defensiva y de participación ciudadana. *Estudios Constitucionales*, 21(1), 200-218. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002023000100200>
- » Naciones Unidas (2008). Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/63/293, de 15 de agosto de 2008.
- » Pastor Borgoñón, B. (1985). Comentarios a la Ley 4/1985 de 21 de marzo de Extradición Pasiva. *Poder Judicial*, 15.
- » Pérez Manzano, M. (2003). *Ius puniendi*, fronteras y derechos fundamentales:

un modelo constitucional de extradición. *Revista Aragonesa de Administración Pública, Extra 6*, 371-416.

- » Quintano Ripollés, A. (1957). *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Instituto Francisco de Vitoria.
- » Remiro Brotons, A. (1997). *Derecho internacional*. McGraw-Hill.
- » Rodríguez Carrión, A. (1988). *Lecciones de derecho internacional público* (4<sup>a</sup> ed.). Ed. Tecnos.
- » Salmon, J. A. (1964). Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales. *Annuaire Francais de Droit International, 10*, 225-266.
- » Sebastián Montesinos, M. A. (1997). *La extradición pasiva*. Ed. Comares.
- » Soto, I. (2011). comentarios sobre el régimen jurídico de la extradición. garantías y derechos del individuo en el procedimiento. *Letras Jurídicas: revista electrónica de derecho, 13*. [https://cuci.udg.mx/sites/default/files/art\\_n3\\_idarmis.pdf](https://cuci.udg.mx/sites/default/files/art_n3_idarmis.pdf)
- » Soto, I. K. (2015). La protección al derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente como respeto a la dignidad humana. *Letras Jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas UV, 31*, 95-108.
- » Soto, I. K., & Delgado Knight, M. I. (2020). El conciliador como tercero en la relación contractual: la innovación social en la práctica restaurativa de solución de conflictos. *Derechos en Acción, 14*(14), 360. <https://doi.org/10.24215/25251678e360>