

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, ASISTENCIA CONSULAR Y DERECHOS INDIVIDUALES

Por LILIAN DEL CASTILLO*

INTRODUCCIÓN

La protección diplomática forma parte del núcleo de normas consuetudinarias que integran el marco estructural del Derecho Internacional, específicamente en el ámbito general de la responsabilidad del Estado. De manera sintética, consiste en el derecho del Estado de reclamar en nombre de sus nacionales y en la obligación de reparar del Estado que ocasionó daños a los extranjeros o a sus bienes. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante, CDI), que abordó a partir de 1954 la codificación de la responsabilidad internacional, incluyó, en su primera aproximación al tema, tanto las normas primarias sobre trato a los extranjeros, cuyo desconocimiento sustenta el ejercicio de la protección diplomática, como las normas secundarias sobre responsabilidad del Estado¹. A partir de la segunda etapa de la codificación

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Doctora por la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho, Secretaria General de la Academia Argentina de Ciencias del Ambiente.

¹ El primer relator especial, García Amador, F.V. (Cuba), relata en su primer informe que la doctrina y la práctica tradicionales determinaron, según surge de los anteriores proyectos de codificación, de la jurisprudencia y de calificadas opiniones como la de los profesores Katz, Milton, Sohn, Louis B., Baxter, Richard y Fenwick, Charles G., que la responsabilidad internacional tenía su origen en una de las siguientes categorías de actos ilícitos: (a) actos que afectaban al Estado como tal, es decir sus intereses o derechos como entidad legal; y (b) actos que producían daño a la persona o la propiedad de sus nacionales. García Amador incluyó, en consecuencia, en ese primer informe la protección diplomática y el reconocimiento internacional de los derechos esenciales de las personas en el esquema de codificación de la responsabilidad internacional (Doc. A/CN.4/96, párrs. 40/46); en el segundo informe consideró la violación de los derechos humanos fundamentales y el incumplimiento de las obligaciones contractuales así como los actos de expropiación (Doc. A/CN.4/106); en el tercer informe desarrolló el agotamiento de los recursos locales para poder presentar un reclamo internacional (Doc. A/CN.4/111); en el cuarto informe incorporó la protección internacional de los derechos adquiridos, la expropiación en general y los derechos contractuales (Doc. A/CN.4/119); en el quinto informe desarrolló los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional (Doc. A/CN.4/125) y en el sexto informe elaboró las disposiciones sobre el deber de reparar, que constituía en

de la responsabilidad internacional², que se inicia en 1969³, la CDI modificó su enfoque y concentró su tarea en la codificación de las normas secundarias sobre responsabilidad del Estado ocasionada, según describe el art. 19 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado, por actos ilícitos y delitos internacionales (A/Res.56/83, 2001). La protección diplomática, vinculada específicamente a la protección de los nacionales, fue excluida de los trabajos de la Comisión, que sólo la retomó en 1996 (A/CN.4/L.537, 1997) y concluyó el Proyecto de Artículos en 2006.

Pero no es sólo la protección diplomática el único medio al que pueden recurrir los Estados para resguardar los derechos de sus nacionales en el exterior. Por vía de las relaciones consulares, una institución de consolidada y consuetudinaria práctica internacional que tiene como finalidad específica “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales” (art. 5º, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en adelante CVRC), pueden proporcionar asistencia jurídica a sus nacionales en el exterior, especialmente si se encuentran detenidos o procesados⁴. Este derecho del Estado que envía de proporcionar tal asistencia consular impone al Estado receptor la obligación no sólo de no interferir en su ejercicio sino de cooperar para que pueda llevarse a cabo sin interferencias (art. 36, CVRC). Una conducta contraria constituye un ilícito internacional puede dar lugar, y así se ha planteado en diversos casos que se analizarán más adelante, al ejercicio de la protección diplomática. Ambas instituciones, la protección diplomática y la asistencia consular, comparten como punto de contacto el vínculo de nacionalidad. En efecto, la relación jurídica entre una persona, física o jurídica, y un Estado se requiere para el ejercicio de ambas. El denominador común de la nacionalidad “pertenece a la jurisdicción interna del Estado”⁵ que determina su adquisición, mantenimiento y pérdida. Concentra sin limitaciones, en consecuencia, la discrecionalidad del derecho interno. Una paradoja permanente que, como Jano, continúa mirando simultáneamente en direcciones opuestas, buscando el equilibrio entre la relación ambivalente de gobernantes y goberna-

opinión del relator especial el contenido de la responsabilidad y comprende la reparación de los daños ocasionados a los extranjeros (Doc. A/CN.4/134 y Add.1). Los arts. 2.(1), (2), (4), 12, 13, 14, 16, 17, 18, 26 y 27 del Proyecto preparado por García Amador se encuentran incorporados, aunque con otra numeración, en el Proyecto de Artículos aprobado en 2001.

² “Responsabilidad del Estado”, documento de trabajo preparado por la secretaria, A/CN.4/165, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol II, A/CN.4/SER.A/1964/Add.1, ps. 125/132.

³ Se designó como siguiente relator especial a Roberto Ago (Italia), que presentó su primer informe en 1969 (A/CN.4/217).

⁴ VILARIÑO PINTOS, Eduardo, *Curso de Derecho Diplomático y Consulares*, 3ª. ed., Tecno, 2007, ps. 85/86; MARESCA, Adolfo, *Las Relaciones Consulares*, Madrid, Aguilar, 1984.

⁵ Corte Internacional de Justicia, caso “Nottebohm”, 1955, p. 20. En sentido contrario, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OP 4/1984, modificaciones propuestas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución Política de Costa Rica, párrs. 35, 62,63.

dos, entre el Estado agresor y el Estado protector, que afronta al individuo en algunas circunstancias y le proporciona en otras protección para subsanar tales afrontas. Esta doble perspectiva, en efecto, se refleja en el proceso evolutivo de la tarea de codificación que realiza la CDI y en la jurisprudencia internacional reciente que, sin desconocer el ámbito de jurisdicción interna del Estado, reconocen emergentes y paralelos derechos de las personas.

El tema se abordará en cuatro partes. En la primera, se describirán los antecedentes de la protección diplomática, tomando, particularmente en cuenta, los puntos de vista sobre la institución en los países latinoamericanos, mientras que, en la segunda, se describirá el Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática aprobado en 2006 por la CDI, la más completa consolidación y sistematización del tema en la actualidad, junto con los antecedentes recogidos por los Relatores Especiales. Se analizarán luego, en la tercera parte, los aspectos vinculados a la asistencia diplomática y consular, una institución autónoma y diferente de la protección diplomática pero que comparte con ella una denominación similar que puede originar dudas, para concluir en la cuarta parte con la descripción de la sentencia concerniente al caso de “Ahmadou Sadio Diallo”, resuelto por la Corte Internacional de Justicia en noviembre de 2010, en el que se plantearon, como en los anteriores casos “Breard, Legrand” y “Avena”, tanto la protección diplomática como la asistencia consular.

I. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

a) Condiciones para su ejercicio

El carácter consuetudinario de la protección diplomática le otorga cierta imprecisión que la jurisprudencia debió resolver cada vez que decidió sobre las condiciones para su ejercicio, sus efectos y sus limitaciones, considerando que su esencia es la protección de personas que se encuentran en situación desventajosa y que enfrentan los intereses opuestos de dos gobiernos. Las obligaciones de los Estados sobre trato a los extranjeros son normas primarias cuya violación y la subsiguiente denegación de justicia han sido siempre motivo para la reacción del Estado de su nacionalidad, que le autoriza a poner en marcha el derecho de proteger a sus nacionales por vía del reclamo diplomático⁶.

Surge de inmediato, al producirse una situación de esta naturaleza, el interrogante sobre quién deberá evaluar el perjuicio, si todo perjuicio puede considerarse el detonante para su ejercicio, sin entrar a considerar el contenido de las normas sobre trato a los extranjeros, que son las que dan contenido a la calificación del perjuicio, y que fueron separadas de la codificación de la protección diplomática porque no hay consenso sobre su contenido en forma precisa. También surgen opciones con respecto a la nacionalidad, cómo y cuán-

⁶ DE VATTEL, Emmerich, *The Law of Nations*, Bk. II, ch. VII, p. 139, <http://www.lonang.com/exlibris/vattel/>.

do considerarla; las situaciones de pérdida de nacionalidad o de nacionalidad múltiple. Sin embargo, el derecho nos conduce, por la demanda de eficiencia y razonabilidad que debe proporcionar para resolver los conflictos humanos, a decantar normas generales de situaciones dispersas y disímiles. Estas normas estructurales proporcionan los elementos del derecho de los Estados a la protección diplomática y, por el momento, nada dicen sobre la obligación de ejercerla cuando se solicita. El Derecho Internacional, en efecto, reconoce a los Estados el derecho, pero no la obligación, de proteger por esta vía a sus nacionales en el extranjero. De allí surgen los elementos que caracterizan a la protección diplomática y que se describen a continuación⁷.

El ejercicio del derecho de protección diplomática procede cuando los perjuicios sufridos por los nacionales en otra jurisdicción han sido ocasionados por hechos que constituyen ilícitos internacionales y generan, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado de residencia. Los factores determinantes para el ejercicio de la protección diplomática, por lo tanto, requieren que se haya producido un daño a un nacional, persona física o de existencia ideal, en extraña jurisdicción, que ese daño no haya sido debidamente reparado por el Estado de residencia y que constituya un ilícito internacional.

La lesión directa a un nacional es la lesión indirecta al Estado. Esta relación entre la lesión a los nacionales en el exterior y la lesión que ese daño ocasiona al Estado de su nacionalidad es el fundamento jurídico del derecho de representar los intereses de los nacionales en el exterior y de reclamar por los daños que ellos hayan sufrido o que se hayan ocasionado a sus bienes. La nacionalidad es, en este aspecto, no sólo el vínculo entre las personas y su Estado nacional sino entre ellas y el Derecho Internacional.

b) Algunos aspectos de la protección diplomática en América Latina

La protección a los nacionales y a sus bienes se ejerce, como ya se mencionara, mediante la manifestación de interés a través de medios diplomáticos. En el siglo XXI, si el intercambio diplomático no tiene éxito se recurre a los medios de solución de controversias a disposición de los Estados. Sin embargo, hasta comienzos del siglo XX, podían continuar, si fracasaban, con la amenaza o el uso de la fuerza mediante la intervención armada. En efecto, el recurso a la fuerza era, hasta ese momento, un instrumento legítimo y hasta privilegiado de política exterior, cuando no había iniciado aún su camino hacia la proscripción internacional, primero a partir del Pacto Briand-Kellog de 1928 y luego, en 1945, al ser consagrado con alcance universal por el art. 2.4., de la Carta de las Naciones Unidas.

⁷ Comisión de Derecho Internacional, Informe Preliminar sobre Protección Diplomática del relator especial, M. Bennouna, donde analiza la naturaleza jurídica de la protección diplomática y de sus normas (A/CN.4/484, 1998).

A fines del siglo XIX, a raíz de algunos episodios de cobro compulsivo de servicios de deuda pública de países latinoamericanos, éstos buscaron medios legales para limitar el recurso de los acreedores a la protección diplomática y el subsiguiente uso de la fuerza al que se lo vinculaba. Los impedimentos legales que tuvieron ese objetivo se aplicaron en tres niveles diferentes, a saber, los tratados, la legislación interna y los contratos. En los *tratados* se plasmó incluyendo en tratados de amistad y comercio una disposición, llamada ‘cláusula de irresponsabilidad’, que establecía la obligación de los nacionales de un Estado residentes en el otro de no solicitar la protección diplomática en caso de surgir alguna controversia, aunque se reconocía como excepción la denegación de justicia cuando se hubiesen agotado sin resultados los recursos internos; en las *leyes*, estableciendo, especialmente para las personas jurídicas, la obligación de adquirir la nacionalidad del Estado receptor para poder ejercer sus actividades comerciales, lo que hacía desaparecer la posibilidad de solicitar la protección diplomática; y, en los *contratos*, mediante una cláusula, denominada ‘Cláusula Calvo’, que establecía que en caso de controversias entre las partes derivadas del contrato se acudiría únicamente a los tribunales del país de residencia, renunciando el nacional del país extranjero a solicitar la protección diplomática de su propio Estado. Los efectos jurídicos de la ‘Cláusula Calvo’ en contratos de concesión pública fueron examinados en alguna oportunidad por comisiones arbitrales, como la establecida entre Venezuela y Alemania en 1903, con disímiles resultados, ya que en algunas decisiones les reconocieron validez, en otros la consideraron nula y en otros le dieron validez parcial⁸. El origen de la ‘Cláusula Calvo’ fue la Doctrina Calvo, como se denomina a la opinión expresada por Carlos Calvo en su tratado, publicado en París en 1887, que sostiene que el cobro de deudas, sean públicas o privadas, no justifica la intervención armada de los gobiernos⁹.

El *Institut de Droit International* (IDI) aprobó en su sesión de 1900 una resolución recomendando a los Estados abstenerse de pactar las llamadas ‘cláusulas de irresponsabilidad’, que tenían el efecto negativo de impedir a los Estados cumplir con el deber de proteger a sus nacionales en el exterior y de proteger a los extranjeros que se hallasen en su territorio. La cláusula fue incorporada en algunos tratados concluidos entre estados latinoamericanos y estados europeos, en los que se estableció que sólo se podría recurrir a la

⁸ RUIZ MORENO, Isidoro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, 1934, p. 166; PODESTÁ COSTA, L.A. y RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, vol. 2, Buenos Aires, TEA, 1984, ps. 207/224; Comisión de Derecho Internacional, Informe Preliminar sobre Protección Diplomática, doc.cit. (A/CN.4/484, 1998) 3-9.

⁹ CALVO, Carlos, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, t. I, 4^a éd., revue et complétée, Paris, Guillaumin, 1887, §205, ps. 350/351.

protección diplomática en caso de ‘denegación de justicia’ y siempre que se hubiesen agotado los recursos internos¹⁰.

Otra doctrina latinoamericana que rechazó el cobro compulsivo de deudas fue expresada por Luis María Drago, ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, en una nota dirigida el 29 de diciembre de 1902 al ministro argentino en Washington, Martín García Merou, motivada por los reclamos formulados a Venezuela por el cobro de deudas por varios países europeos, a fin de comunicar al gobierno de los Estados Unidos de América que, en opinión del gobierno argentino, ‘el cobro compulsivo de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo y esa ocupación está en pugna con los principios establecidos por los países americanos y en particular por la Doctrina Monroe. Quien presta sabe que contrata con una entidad soberana y es condición inherente a toda soberanía que no pueden seguirse procedimientos ejecutivos contra ella’, agregando que ‘el principio que quisiera ver reconocido es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea’¹¹. La respuesta de los Estados Unidos reiteró expresiones del Presidente Roosevelt manifestando que los Estados Unidos no garantizaban a ningún Estado contra la represión que pueda acarrearle su conducta, con tal que esa represión no asuma la forma de una adquisición de territorio por ninguna potencia no americana¹². El gobierno argentino siguió con interés la evolución de los acontecimientos en Venezuela, que evolucionó hacia una solución arbitral con los países acreedores. Al plantear Gran Bretaña, Alemania e Italia su prioridad para el cobro de las deudas el tema fue referido a la Corte Permanente de Arbitraje, que reconoció esa preferencia por haber realizado el bloqueo que había beneficiado a todos los acreedores, convalidando las medidas adoptadas¹³. La nota de Luis María Drago elaboró con relación a una situación de cobro compulsivo de deuda de un Estado americano lo que Carlos Calvo había enunciado en su obra en forma teórica, aunque inspirado en hechos previos. Ambos juristas y diplomáticos argentinos se complementaron

¹⁰ Además de lo aprobado en la reunión de 1900 (Neuchâtel) desaconsejando recurrir a la cláusula de irresponsabilidad, el *Institut de Droit International* trató nuevamente el tema en sus sesiones de 1956 (Granada), afirmando que no corresponde el ejercicio de la protección diplomática si no se han agotado los recursos internos y de 1965 (Varsovia), expresando que no es aceptable la protección de un individuo que al momento de la presentación no es nacional del Estado que la ejerce y refiriéndose a situaciones de doble nacionalidad.

¹¹ CONIL PAZ, Alberto A., *Historia de la Doctrina Drago*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Serie II, nro. 15, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, ps. 125/131.

¹² RUIZ MORENO, Isidoro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1934, ps. 166/176; PODESTÁ COSTA, L.A. - RUDA, José María, *Derecho Internacional Público*, cit., ps. 211/212.

¹³ Permanent Court of Arbitration, *Preferential Treatment of Claims of Blockading Powers against Venezuela*, “Germany, Great Britain and Italy v. Venezuela”, award of february 22, 2004.

para enunciar y aplicar un mismo principio, el rechazo del cobro compulsivo de deudas¹⁴.

En 1906, la III Conferencia Panamericana, que tuvo lugar en Río de Janeiro, incluyó el tema de acuerdo con la delegación de los Estados Unidos, representada por su ministro Elihu Root, sin tomar ninguna decisión y recomendando que se lo incluyese en la II Conferencia de la Paz a celebrarse en 1907 en La Haya. En la Conferencia de La Haya, el representante de los Estados Unidos sometió como propuesta si era admisible el empleo de la fuerza para el cobro de las ‘obligaciones contractuales’, en una fórmula general que no hacía, expresamente, referencia a las deudas públicas. Drago, por su parte, sostuvo que los empréstitos públicos no autorizaban el ejercicio de la protección diplomática porque eran títulos que circulaban en los mercados bursátiles, pero no se incluyó esa disposición y la resolución, que se aprobó como había sido propuesta, se convirtió en la II Convención de La Haya de 1907 sobre Limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales. La Convención no rige si el Estado deudor se rehúsa a recurrir al arbitraje o a cumplir la sentencia arbitral y si bien incluye las deudas públicas al abarcar todas las deudas contractuales, sustrae al mismo tiempo a las jurisdicciones locales la aplicación o interpretación de los contratos entre el Estado y las personas extranjeras, ya que serán sometidas directamente al arbitraje. Asimismo otorga al árbitro la facultad de establecer la procedencia de la reclamación, el importe de la deuda y la época del pago¹⁵. La Argentina la firmó con la reserva de que en las obligaciones contractuales se recurrirá al arbitraje solamente en caso de denegación de justicia imputable a la jurisdicción local, una vez agotados los recursos internos, y que las deudas públicas con emisión de títulos no podrán determinar en ningún caso el empleo de la fuerza armada ni la ocupación territorial en los Estados americanos¹⁶.

En 1936, la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, que se realizó en Buenos Aires, aprobó la “Declaración de principios sobre solidaridad y cooperación americanas” que consignó que es un principio aceptado

¹⁴ DRAGO, Luis María, *La República Argentina y el caso de Venezuela*, Buenos Aires, Coni Hermanos, 1903; DRAGO, Luis María, *Cobro coercitivo de deudas públicas*, Buenos Aires, Coni Hermanos, 1906; DRAGO, Luis María - PÉREZ TRIANA, Santiago, *La doctrina Drago: Colección de Documentos*, Londres, Imprenta de Wertheimer, Lea y Cia., 1908.

¹⁵ En forma similar, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscripto en Washington el 18 de marzo de 1965 (en vigor desde el 14 de octubre de 1966, con 157 Estados signatarios y 147 Estados parte a julio de 2011) adopta este procedimiento y sustrae a las jurisdicciones locales las controversias entre inversores y Estados, privilegiando el arbitraje como medio de solución de controversias relativas a inversiones, especialmente a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

¹⁶ V. bibliografía citada nro. 11 *supra*.

por los países americanos el de la ilicitud del cobro compulsivo de las obligaciones pecuniarias¹⁷.

En 1962, el Comité Jurídico Interamericano preparó un proyecto sobre los “Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países interamericanos”, y expresó, en apoyo de la validez de la Cláusula Calvo, que “El Estado queda exonerado de toda responsabilidad internacional si el extranjero ha renunciado contractualmente a la protección diplomática de su gobierno, o si la legislación interna sujeta al contratante extranjero a la jurisdicción local, o si se lo asimila al nacional para todos los efectos del contrato”. En 1965, el Comité incorporó en otro documento la opinión de los Estados Unidos acerca de “La Cláusula Calvo y el agotamiento de los recursos locales”, y señaló que “Cuando un extranjero contrata con un gobierno y se compromete a no recurrir a la protección diplomática o de cualquier otra índole, ejercida por su propio gobierno, ello no excluye la posibilidad de que este último apoye su reclamo basado en una violación del Derecho Internacional de parte de otro Gobierno. Según la jurisprudencia norteamericana en ningún caso la Cláusula Calvo adquirió vigencia jurídica en el sentido de que su existencia influyera en la decisión final de un caso que, en su ausencia, se habría decidido en sentido contrario. Es sabido que la Cláusula Calvo generalmente dispone que el extranjero debe atenerse a los recursos locales para solucionar toda diferencia que surja del contrato, impidiéndole invocar la protección diplomática de su Gobierno”.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada en 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁸, afirma que las controversias por indemnización de bienes que tengan su origen en actos de nacionalización deberán ser dirimidas por los tribunales del Estado que la decidió, a menos que otra solución sea acordada por las Partes.

La Cláusula Calvo y el principio de la doctrina Calvo, formuladas como renuncia a la protección diplomática y equiparación de los extranjeros con los nacionales para la solución de controversias, exigiendo que se solucionen recurriendo sólo a los tribunales locales, no ha desaparecido de la práctica contractual para inversiones extranjeras, especialmente en los países latinoamericanos. Colisionan notoriamente en las controversias que se plantean en el marco de los tratados bilaterales de inversión (*Bilateral Investment Treaties* o BITs) y que llevan a soluciones jurisdiccionales a través de diferentes mecanismos, entre ellos el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁹.

¹⁷ Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, que se realizó en Buenos Aires en diciembre de 1936, convocada por iniciativa del presidente Roosevelt, quien concurrió a sus deliberaciones.

¹⁸ A/Res/3281(1974).

¹⁹ Ver nro. 11 *supra*.

c) *La labor de codificación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) 1995-2006*

En 1995, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), con el propósito de complementar la codificación sobre Responsabilidad del Estado, propuso incorporar a su agenda, sujeto a la aprobación de la Asamblea General, el tema de la Protección Diplomática. La tarea a realizar se concentraría en el contenido y alcance de la regla del agotamiento de los recursos internos, en la regla de la nacionalidad de los reclamos, tanto con respecto a las personas naturales como a las jurídicas, incluida su relación con la protección 'funcional', y en la situación en cuanto a la protección diplomática de las personas sin nacionalidad o con doble nacionalidad. El marco conceptual, aprobado por la Asamblea General (A/Res 51/45, 1995) incluyó los aspectos siguientes: (a) Bases de, y fundamentos para, la protección diplomática; (b) Personas que puedan solicitar la protección diplomática; (c) Protección de ciertas formas de propiedad estatal, y sólo incidentalmente individuos; (d) Precondiciones para la protección; (e) Mecanismos para la protección diplomática en ausencia de relaciones diplomáticas; (f) Requisitos formales de una solicitud de protección; y (g) Carácter definitivo del arreglo realizado.

El Grupo de Trabajo establecido en 1996 (A/Res 51/160) para organizar la tarea consideró que el tema debía limitarse a la protección diplomática *strictu sensu*, es decir, al reclamo formal realizado por un Estado por daño indirecto causado a sus nacionales, personas naturales o jurídicas, que no hubiesen sido debidamente reparados o compensados a través de los recursos locales y excluyó, por lo tanto, el daño directo causado al Estado ó a sus bienes así como la asistencia diplomática y consular. El Grupo de Trabajo recomendó, asimismo, restringir la labor de la Comisión a la codificación de las normas secundarias, reconociendo el acto internacionalmente ilícito del Estado de residencia como condición para el ejercicio de la protección diplomática, pero desentendiéndose de su contenido. El proyecto se dividió, en consecuencia, en cuatro áreas, a saber: (a) Bases para la protección diplomática; (b) Partes en la protección diplomática; (c) Condiciones para su ejercicio, y (d) Consecuencias de la protección diplomática (Doc. A/CN.4/L.537, 1997). La Comisión, siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo, acordó que la base del trabajo sería el *enfoque consuetudinario* del tema, que se abordarían únicamente las *normas secundarias* relativas a la protección diplomática y sólo se considerarían las normas primarias cuando su clarificación fuese esencial para la formulación de una norma secundaria específica, y que el ejercicio de la protección diplomática es *un derecho del Estado*, si bien en el ejercicio de ese derecho el Estado debería tomar en consideración los derechos e intereses de los nacionales para quienes la protección diplomática se ejerce. En este último aspecto la labor de codificación debería tomar en cuenta el *creciente reconocimiento y protección de los derechos de los individuos*, que les proporciona más accesos directos e indirectos a los foros internacionales para ejercer sus derechos, y considerar

que si bien el ejercicio de la protección diplomática es un derecho discrecional del Estado, ello no le impide *comprometerse* ante sus compatriotas al ejercicio de ese derecho. El enfoque del Grupo de Trabajo no fue, sin embargo, seguido fielmente por los relatores especiales designados por la CDI. El primer relator especial, Mohammed Bennouna, (A/Res 52/156,1997 y A/Res 53/102,1998), se preguntó en su primer Informe si son los derechos del Estado o los derechos individuales, es decir, los derechos de que gozan las personas en el territorio de un tercer Estado, los que forman en la actualidad parte de la protección diplomática. El desconocimiento de tales derechos con respecto al Estado del que esas personas son nacionales configura la violación del derecho propio del Estado, de su derecho a hacer respetar el Derecho Internacional en la persona de sus nacionales. El Estado, al tomar a cargo el reclamo produce un hecho nuevo y al mismo tiempo una internacionalización de la disputa. Pero la sustitución se detiene, como dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la “Fábrica de Chorzow”, cuando el daño producido al individuo, que se convierte en la referencia, se transforma en el daño producido al Estado.

En 1999, por renuncia del relator Sr. Bennouna, al ser electo en 1998 como juez del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la CDI designó como relator especial al Sr. Christopher John R. Dugard. El enfoque del relator Dugard fue algo diferente, y sostuvo que la protección diplomática es un procedimiento a aplicar en ciertas situaciones de violación de derechos humanos que coinciden con situaciones que, de acuerdo al Derecho Internacional clásico, desencadenan la protección diplomática. Sostuvo que el Derecho Internacional de los derechos humanos introduce la posibilidad de que el Estado intervenga para hacer respetar esos derechos del individuo. Si bien el Sr. Dugard recibió el mandato de codificar las normas consuetudinarias de protección diplomática, expresó como concepto general que “la protección diplomática es una elección para hacer respetar los derechos humanos”. Coherente con este enfoque, que elaboró en siete informes sucesivos entre 2000 y 2006, recogió en el art. 16 del Proyecto de Artículos la posibilidad de los Estados de proteger a nacionales y no nacionales a través de diversos mecanismos interestatales y, en el art. 19, sobre “Práctica recomendada”, propuso que los Estados evalúen el interés del nacional damnificado²⁰.

A continuación se incluye una reseña de los artículos adoptados en 2006 por la CDI, en segunda lectura, y de sus comentarios, ya que reflejan el estado actual de la institución de la protección diplomática²¹. Como se verá, algunas de sus disposiciones permiten deducir que hay un proceso de cambio que tiende a modificar el papel totalmente pasivo del nacional damnificado, y propone reformular el contenido de la protección diplomática para que sea no sólo un

²⁰ KOUIJMANS, P. H., “Is the right to diplomatic protection a human right?”, en *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (2004) 1975.

²¹ Resolución de la Asamblea General A/Res 62/67 del 6 de diciembre de 2007.

derecho del Estado, como lo reconoce el Derecho Internacional, sino también un derecho de las personas que les permita requerir ese amparo a su Estado nacional. Este derecho a la protección diplomática reduciría, de manera sustancial, no el derecho del Estado, sino la discrecionalidad de su ejercicio. Si bien son propuestas incipientes, el relator especial dejó sembrado el germen de la transformación.

II. EL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

a) Disposiciones generales. Artículos 1 - 2

De acuerdo con el contenido determinado por la CDI, el proyecto sólo recoge normas secundarias, excluyendo las normas primarias sobre el contenido de las conductas que hacen posible ejercer la protección diplomática. La finalidad de la protección diplomática que puede ejercer un gobierno, ya sea en forma directa o por medio de mecanismos de solución pacífica, tiene por objeto: (a) reclamar ante otro Gobierno por los daños causados a sus nacionales, o en casos determinados también a otras personas; (b) que no han cesado o si han cesado no han sido debidamente reparados, y (c) que constituyen violaciones de normas de Derecho Internacional, (d) a fin de obtener la reparación consiguiente. El resultado buscado es prevenir violaciones al Derecho Internacional con respecto a las personas, hacer cesar la violación de la norma internacional si no se ha interrumpido, y obtener una reparación. Implica poner en acción una intervención de carácter diplomático, en el sentido de no recurrir a una solución jurisdiccional, con la finalidad de llegar a una solución que retrotraiga la situación o proporcione una reparación. El contenido y alcance del acuerdo que resuelva el reclamo es también ajeno al contenido de la protección diplomática.

Elemento necesario del reclamo es que la situación se origine en un hecho internacionalmente ilícito. Al respecto, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, que también confina su tarea a las normas secundarias de la responsabilidad, prevé el ejercicio de la protección diplomática expresando en el capítulo dedicado al contenido de la responsabilidad internacional del estado, que “La presente parte se entiende *sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado*” (art. 33.2). Asimismo, al tratar sobre la Invocación de la Responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado admite que “todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado” si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del cual forma parte el Estado que la invoca y si “la obligación violada *existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto*” (art. 48.1(a),(b)). En suma, la primera disposición del Proyecto de Artículos dispone que,

Art. 1. Definición y alcance

A los efectos del presente proyecto de artículos, la protección diplomática consiste en la invocación *por un Estado*, mediante la *acción diplomática* o por *otros medios* de solución pacífica, de la *responsabilidad de otro Estado* por el perjuicio causado por un *hecho internacionalmente ilícito* de ese Estado a *una persona natural o jurídica* que es un *nacional* del primer Estado con miras a *hacer efectiva esa responsabilidad*.

El Proyecto define la naturaleza de la protección diplomática, y el titular del derecho subyacente, reconociendo al Estado como el sujeto plenamente competente para la protección de sus nacionales, corolario y complemento de su derecho a regular la nacionalidad. Tal derecho fue reconocido como norma consuetudinaria por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las “Concesiones Mavrommatis”²², en la decisión sobre los “Empréstitos Serbios”²³, y en el caso de la “Fábrica de Chorzow” (Merits)²⁴ y por la Corte Internacional de Justicia en su decisión sobre la “Barcelona Traction”, en la que expresó que, dentro de los límites del Derecho Internacional. el Estado puede ejercer la protección diplomática por cualquier medio y con el alcance que considere adecuado, agregando que si el particular afectado no lo considera apropiado, no existe ningún recurso en el Derecho Internacional al

²² *It is true that the dispute was at first between a private person and a State — i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. Henceforward therefore it is a dispute which may or may not fall under the jurisdiction of the PCIJ. ... It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they had been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is reality asserting its own rights— its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant (Series A/2:12).*

²³ *A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons. In this connection, reference should be made to what the Court has said on several occasions, and in particular in Judgments Nos. 2 and 13, namely, that by taking up a case on behalf of its nationals before an international tribunal, a State is asserting its own right -that is to say, its right to ensure in the person of its subjects, respect for the rules of international law. Accordingly, in all cases with which the Court has so far had to deal and in which private interests have been involved, the State's claim has been based upon an alleged breach of an international agreement.*

²⁴ *But damage and compensation being interdependent conceptions, the German claim assumed another aspect if it was no longer a question of compensating the Companies, but of compensating the State for the injury suffered by it... It follows from the conditions in which the Court has been seized of the present suit, and from the considerations which led the Court to reserve it by Judgment Nro. 8 for decision on the merits, that the object of the German application can only be to obtain reparation due for a wrong suffered by Germany in her capacity as a contracting Party to the Geneva Convention.*

que pueda recurrir²⁵. Al tratar la protección diplomática en casos posteriores, hasta el caso “Diallo” decidido en noviembre de 2010, la Corte mantuvo el enfoque clásico con respecto a las condiciones para poner en juego la protección diplomática, aunque introdujo una mayor flexibilidad con respecto a la disponibilidad de los recursos locales y el requisito de recurrir a ellos en cualquier circunstancia.

Por otra parte, la ampliación de los sujetos internacionales hizo posible que las organizaciones internacionales adquiriesen también la posibilidad de ejercer la protección de los funcionarios internacionales, tomando como fundamento jurídico la protección funcional (Opinión consultiva sobre daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, 1949²⁶), aunque este aspecto particular de la protección de quienes detentan el carácter de funcionarios internacionales fue excluida del Proyecto de Artículos sobre la protección diplomática. En efecto, sus fundamentos ya no se relacionan con la nacionalidad, y las condiciones de su ejercicio también difieren. La protección diplomática que las organizaciones internacionales pueden ejercer con respecto a sus funcionarios tiene un objetivo compatible, aunque no acumulable, con la protección diplomática de los nacionales.

Una nueva perspectiva es la que ofrece la *ciudadanía de la Unión* que estableció la Unión Europea, que otorga la protección diplomática y consular comunitaria en forma subsidiaria a la que le corresponde al Estado de la nacionalidad. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada el 7 de diciembre de 2000, así lo reconoce²⁷. Pueden prestar esta protección las autoridades de un país de la Unión Europea que no sea el de la nacionalidad del reclamante cuando su país de nacionalidad no tiene representantes diplomáticos y consulares en el país extranjero. Esta protección diplomática y consular, sin embargo, no es la protección diplomática que codifica el

²⁵ *Within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress,* “The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 5 de febrero de 1970, parra. 78.

²⁶ Opinión consultiva sobre Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas, del 11/4/1949, en la cual la Corte Internacional de Justicia expresa que “*The ordinary practice whereby a State does not exercise protection on behalf of one of its nationals against a State which regards him as its own national, does not constitute a precedent which is relevant here*”, Reports, 186.

²⁷ Art. 46. Protección diplomática y consular. Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2000) (<http://eur-lex.europa.eu>).

Proyecto de Artículos, sino la *asistencia diplomática y consular*²⁸. El Proyecto de Artículos codifica el derecho a ejercer la protección diplomática, con el enfoque específico que deriva de la relación entre el Estado y sus nacionales, de la manera siguiente,

Art. 2. Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene *derecho* a ejercer la *protección diplomática* de conformidad con el presente proyecto de artículos.

b) *Nacionalidad. Artículos 3 - 13*

i) Principios generales. Artículos 3 - 4

La nacionalidad es el vínculo principal entre los individuos y el Derecho Internacional, afirmaba Oppenheim, agregando que, si bien los extranjeros están sujetos a la supremacía territorial del Estado en el que se encuentran, permanecen igualmente bajo la protección de su Estado nacional²⁹. Recogiendo esta situación la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 establece que “Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en: ... (b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional”. Surge claramente de esta disposición el derecho del Estado de proteger los intereses de sus nacionales en el exterior, y la simultánea obligación correlativa del Estado de residencia de tratarlo de acuerdo con las normas reconocidas por el Derecho Internacional. La condición determi-

²⁸ Art. 9. La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. *Tratado de la Unión Europea* (TUE), Versión Consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea, C83/47, 30.3.2010; Art. 20 (antiguo art. 17, TCE) 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: ...c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; Art. 23 (antiguo art. 20, TCE) Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección. El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), Versión Consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea, C 83/47, 30.3.2010.

²⁹ OPPENHEIM, 9ª ed. a cargo de JENNINGS, R. Y. & WATTS, A., *International Law*, t. 1, 1992, p. 857.

nante de la nacionalidad para poder solicitar y ejercitar este derecho es la regla general expuesta en el art. 3.1 del Proyecto de Artículos, aunque se admite la posibilidad de ejercerla de manera excepcional para los no nacionales en el apartado siguiente.

Rasgo distintivo del derecho de protección diplomática es que su ejercicio, según lo describe la norma consuetudinaria, no es una obligación para el Estado, que adoptará la decisión de impulsar o declinar la defensa de los intereses de sus nacionales en el extranjero de acuerdo a las circunstancias. No sólo no es una obligación del Estado ejercer la protección diplomática, sino que puede obligarse por un tratado a no ejercerla, como lo establece la Convención de Washington de 1965³⁰. La idiosincracia propia de la protección diplomática que le otorga a su ejercicio un carácter exclusivamente unilateral es coherente con la necesidad de los Estados de mantener la capacidad de decisión en la densa trama de las relaciones internacionales, una trama en la que la protección de los intereses y los derechos de las personas toma cada vez mayor relevancia.

Por otra parte, el incumplimiento por un Estado de su obligación de tratar a los extranjeros de acuerdo con el *mínimo standard* reconocido por la comunidad internacional producirá la responsabilidad del Estado por tal incumplimiento. El segundo párrafo de esta disposición se refiere especialmente, aunque no se agota en ella, a la situación de las personas sin nacionalidad (apátridas) o refugiados. También puede acordarse de que otro Estado realice la protección de sus nacionales, en el caso de ruptura de relaciones diplomáticas o de falta de representación diplomática, y también puede ejercerla cualquier Estado en situaciones de fuerza mayor o de necesidad, según lo reconoce la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la “Barcelona Traction” al reconocer que existen “obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto”. La disposición establece que,

Art. 3. Protección por el Estado de la nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es *el Estado de la nacionalidad*.

2. No obstante lo dispuesto en el párr. 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona *que no sea nacional* del mismo de conformidad con el proyecto de art. 8°.

³⁰ Art. 27. (1) Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia, Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington, 1965.

ii) Capítulo II. Personas naturales

Otorgar la nacionalidad es una prerrogativa del Estado, y así lo reconocen el derecho y la jurisprudencia internacionales. El derecho a gozar de una nacionalidad es, asimismo, un derecho humano. Así lo consagra la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por las Naciones Unidas, al afirmar que “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. La regulación internacional sobre ciertos aspectos de la nacionalidad tiene como propósito evitar los conflictos que se pueden suscitar por la conjunción de diferentes sistemas nacionales, por lo que se han adoptado convenciones para la limitación de la apatridia (Convención de Naciones Unidas para Reducir los Casos de Apatridia, adoptada el 30 de agosto de 1961 en cumplimiento de la resolución A/Res/896 (IX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde el 13 de diciembre de 1975), sobre los efectos en la nacionalidad de quienes se convierten en refugiados (Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951, según resolución de la Asamblea General A/Res/429 (V), en vigor desde el 22 de abril de 1954, art. 1º), o previendo la superposición de nacionalidades (Convención de La Haya sobre Ciertas cuestiones relativas a las leyes sobre conflictos de nacionalidad, de 1930, art. 1º y Convención Europea sobre Nacionalidad, de 1997, art. 3º) o sobre nacionalidad de la mujer casada (Convención Interamericana sobre Nacionalidad de la Mujer, adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, en vigor desde el 29 de agosto de 1934), entre otras. El Derecho Internacional procura, a través de estos diversos acuerdos, que todas las personas tengan una nacionalidad, y preferiblemente sólo una. Así lo interpretó la jurisprudencia internacional en diversas decisiones, entre ellas, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los “Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos” (Serie B/24, 1923) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OP 4/1984, sobre “Modificaciones propuestas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución Política de Costa Rica”, en la que expresó que el Derecho Internacional impone límites, basados en los derechos humanos, a la discrecionalidad del Estado con respecto a la nacionalidad (párrs. 35, 62-63). El Proyecto de Artículos recoge esta práctica de la manera siguiente,

Art. 4. Estado de la nacionalidad de una persona natural

A los efectos de la protección diplomática de una persona natural, se entiende por Estado de la nacionalidad un Estado cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona, de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del *lugar de nacimiento*, la *filiación*, la *naturalización*, la *sucesión de Estados* o de *cualquier otro modo* que no esté en contradicción con el Derecho Internacional.

Al tratar la continuidad de la nacionalidad el Proyecto de Artículos se define por un criterio amplio al establecer que la nacionalidad debe ser continua desde que se sufrió el perjuicio (*dies a quo*) hasta que se inicia el reclamo

(*dies ad quem*), pero no hasta que éste se resuelve (caso “Loewen Group Inc. v. USA”)³¹. Contempla asimismo aquéllas situaciones que producen cambios involuntarios de nacionalidad, como la sucesión de Estados, la adopción o el matrimonio, permitiendo el ejercicio de la protección diplomática aunque la persona no haya tenido la nacionalidad del Estado reclamante al momento de sufrir el perjuicio (párr. 2), excepto cuando el reclamo se dirija al Estado del que era anteriormente nacional (párr. 3), o si adquiere la nacionalidad del país al cual se dirigió el reclamo, ya que sería un reclamo de su propio nacional si continúa el procedimiento. La regla está descrita de la siguiente manera,

Art. 5. Continuidad de la nacionalidad de una persona natural

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que haya sido *nacional suyo de modo continuo* desde la fecha en que se *produjo* el perjuicio hasta la fecha de la *presentación oficial* de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que *no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio*, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el Derecho Internacional.

3. El actual Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un anterior Estado de la nacionalidad de ésta, en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del anterior Estado de la nacionalidad y no del actual Estado de la nacionalidad.

4. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que adquiriera la nacionalidad del Estado contra el cual se haya presentado la reclamación después de la fecha de la presentación oficial de ésta.

Por otra parte, el Proyecto de Artículos deja de lado la valoración de un vínculo efectivo o genuino entre el nacional y el Estado de la nacionalidad. Así lo reconoce al admitir la protección por cualquiera de los Estados nacionales en el caso de personas con doble o múltiple nacionalidad, dejando de lado la doctrina del “vínculo genuino” que adoptó la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso “Nottebohm”, adhiriendo a lo resuelto en decisiones arbitrales (“Dallal v. Iran”, Iran-US C.T.R., 3(1983)23)³² y en trabajos doctrinarios, como la resolución de 1965 (Varsovia) del Instituto de Derecho Internacional (IDI). El art. 6º del Proyecto lo expresa de la siguiente manera,

³¹ “The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America”, ICSID Case nro. ARB(AF)/98/3.

³² “Dallal v. The Islamic Republic of Iran”, *et al.*, Award nro. 53-149-1, 10 June 1983, 3 Iran-United States Claims Tribunal Records, 10.

Art. 6. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional.

2. Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

Cuando se trate de la situación especial de ejercicio de la protección diplomática frente a un Estado del cual la persona es, o fue, también nacional, la norma general dispone que no puede ejercerse la pretendida protección, a menos que la nacionalidad del país reclamante sea la que predomina. En este caso, la referencia a la nacionalidad efectiva o predominante tiene aplicación. En la opinión consultiva sobre Reparación por Daños sufridos al Servicio de las Naciones Unidas (1949)³³ la CIJ sostuvo que la protección puede ejercerse contra el Estado del cual la persona es nacional cuando se lo hace invocando el carácter de funcionario de un organismo internacional, en este caso las Naciones Unidas, y no el vínculo de nacionalidad, que en la especie carece de relevancia. Cuando se trata del reclamo de un Estado frente a otro, el relator especial García Amador consideró en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (1958) que en casos de múltiple nacionalidad sólo está jurídicamente capacitado para realizar un reclamo el Estado con el que el nacional tiene un vínculo genuino, sin considerar el caso de reclamo contra el Estado que es también el de la nacionalidad³⁴ y ese mismo criterio mantiene el Proyecto de Artículos de la *International Law Association* (ILA) sobre Protección Diplomática de las Personas y los Bienes³⁵. El art. 7º del Proyecto de Artículos toma específicamente el caso del reclamo contra un Estado del que también la persona residente es nacional, y sólo en ese caso admite la calificación del vínculo de nacionalidad, expresando que,

Art. 7. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, *a menos que* la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

³³ V. nota 26.

³⁴ “Art. 21. 4. *In cases of dual or multiple nationality, the right to bring a claim shall be exercisable only by the State with which the alien has the stronger and more genuine legal and other ties*”, Tercer Informe sobre Responsabilidad del Estado (1958, A/CN.4/111).

³⁵ La res. 5/2006 de la *International Law Association* (Toronto, 2006) sobre el tema *Diplomatic Protection of persons and property*, del que fue relator el profesor Orrego Vicuña, expresa en el capítulo sobre “Nationality of Claims”, ...6. *The link of nationality to the claimant state must be genuine and effective, and in case of concurrent nationalities, predominant.*

Con respecto a la situación de las personas apátridas y refugiadas, el Proyecto de Artículos adopta una propuesta de desarrollo progresivo, es decir *de lege ferenda*. El Proyecto no incluye la definición de *apatridia*, que puede considerarse consuetudinaria y que se encuentra incorporada en convenciones específicas, por ejemplo la Convención relativa al Estatuto de las Personas Apátridas de 1954, y la Convención sobre la Reducción de la Apatridia de 1961. De la misma manera, no se incluye la definición de *refugiado*, sino que el Proyecto remite a la definición contenida en instrumentos generales y regionales vigentes, por ejemplo la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, aprobada por Argentina mediante Ley 15.869 (1961), y su Protocolo de 1967; la Convención Europea sobre Nacionalidad de 1997, la Convención sobre Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África, adoptada por la Organización de la Unidad Africana en 1969 (OAU); o la Declaración de Cartagena de 1984 sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1985. El límite a la posibilidad de ejercer la protección diplomática de un refugiado por el Estado que le ha otorgado el refugio es que el reclamo se intente contra el Estado del cual el refugiado es nacional. Esta disposición se impone por razones políticas y porque otro enfoque sería contradictorio con el art. 3.1 del Proyecto de Artículos, que establece la nacionalidad como condición para el ejercicio de la protección diplomática. Por otra parte, que un Estado decida ejercer la protección diplomática en situaciones como las descriptas no conlleva un cambio de nacionalidad, ni es un indicio de que se puede otorgar la nacionalidad del Estado reclamante por protección diplomática al apátrida o refugiado, de la misma manera que otorgar un documento para viajar a un refugiado no modifica su nacionalidad (art. 28 de la Convención de 1951). El Proyecto de Artículos lo formula de la siguiente manera,

Art. 8. Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una *persona apátrida* que tenga *residencia legal y habitual en ese Estado* en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado *reconozca la condición de refugiado*, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga *residencia legal y habitual en ese Estado* en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado.

i) Capítulo 3. Personas jurídicas

1. Protección diplomática de las sociedades

El Derecho Internacional no determina cómo el derecho interno otorga su nacionalidad a una sociedad, pero sí determina cuándo puede ejercer la protec-

ción diplomática de dicha sociedad. La disposición del Proyecto de Artículos con relación a las personas jurídicas es similar a la de las personas físicas, según el texto del art. 5º, aunque incorpora el supuesto de la sucesión de Estados al mencionar el ‘Estado predecesor’. De acuerdo con el criterio recogido por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la “Barcelona Traction”, para el ejercicio de la protección diplomática de las personas jurídicas deben cumplirse dos requisitos: estar inscrita y tener una oficina con domicilio de la sociedad en el Estado reclamante.

La Corte reconoció la capacidad de los Estados de ejercer la protección diplomática de las personas jurídicas y precisó que la creación de una persona jurídica pertenece al dominio exclusivo de la jurisdicción local (para. 38), que el Derecho Internacional reconoce al Estado nacional el derecho de ejercer su protección diplomática siempre que esté inscrita en ese Estado y tenga allí sus oficinas centrales (para. 70), y que debe poseer una vinculación permanente y próxima con dicho Estado, aunque no consideró exigibles los parámetros de un ‘vínculo genuino’ que había aplicado en el caso “Nottebohm”. La sentencia no reconoció, y era un tema central de la decisión, el derecho de ejercer la protección diplomática de los accionistas (para. 96).

El Proyecto de Artículos sólo admite a los fines de la protección diplomática *un Estado* como *Estado de la nacionalidad de las personas jurídicas*, el de constitución o el de asiento efectivo de los negocios, pero no ambos. Incluye, asimismo, el requisito de la continuidad de la nacionalidad, siempre que la sociedad no haya dejado de existir como consecuencia del perjuicio sufrido. En este supuesto, el Estado reclamante debe probar que la sociedad dejó de existir a causa de ese perjuicio, dejando a salvo en este supuesto los derechos de los accionistas (art. 11.a). El Proyecto de Artículos regula la materia en las siguientes disposiciones,

Art. 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se *constituyó* dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la *sede de su administración* y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad.

Art. 10. Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad, o la de su Estado predecesor, de modo continuo desde la fecha en la que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiriera después de la presentación de la reclamación la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, *como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir* según la legislación del Estado en el que se constituyó.

2. Protección diplomática de los accionistas

La regla general que expresa el Proyecto de Artículos con respecto a la protección de los accionistas se ajusta a la decisión de “Barcelona Traction”, que sólo la admitiría en sociedades de responsabilidad limitada con el capital representado en acciones (para. 40, 41, 44, 47), o cuando la sociedad hubiese dejado de existir (para. 65-68), ya que otra solución, en opinión de la Corte, daría lugar a multiplicidad de reclamos (para. 53, 98). Como argumento adicional, el fallo destaca que la diferencia entre la sociedad y los accionistas de la sociedad la dispone el derecho interno, no el Derecho Internacional (para. 43, 86-87, 99).

El Proyecto también cita como antecedente el caso “Agrotexim”, que se origina en el reclamo ante la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos de seis compañías, accionistas a su vez de otra compañía, por violación de los arts. 6º (derecho al debido proceso) y 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención Europea de Derechos Humanos. No se trató en la especie, en verdad, del ejercicio de la protección diplomática de los accionistas de una sociedad, sino de una acción de las sociedades accionistas por no tener acceso a un recurso en su propio Estado. La CEDH aclaró que el reclamo debía ser ‘por algún motivo no relacionado con el perjuicio,’ lo que eliminó la posibilidad de que los accionistas sustituyesen a la compañía ³⁶.

El Proyecto de Artículos también contempla aquéllas situaciones en que las sociedades se constituyen como requisito del Estado para tener operaciones en su territorio. Serían las ‘Calvo corporations’, sociedades que se registran para evitar las normas de Derecho Internacional sobre protección diplomática. También se hace referencia a ellas en “Barcelona Traction”, aunque no era ése el supuesto (para. 92). La jurisprudencia posterior aceptó que en este supuesto se puede ejercer la protección diplomática de los accionistas. Así, una Sala de la Corte Internacional de Justicia, presidida por el juez José María Ruda, hizo lugar en el caso de “Elettronica Sicula SPA” (ELSI) (“Estados Unidos de Amé-

³⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, “Agrotexim and others v. Greece”, sentencia del 24/10/1995; en su memorial adicional y en los argumentos orales las compañías argumentaron que “*the true issue in relation to art. 6 and 13 (art. 6, art. 13) was that neither Fix Brewery nor its shareholders had any remedy whatsoever against the steps taken by the liquidators*”.

rica v Italia”, decisión del 20 julio de 1989) al reclamo de los Estados Unidos, aunque no hizo lugar a la indemnización solicitada en representación de los accionistas estadounidenses propietarios de la empresa. Italia había sostenido que los Estados Unidos estaban protegiendo los derechos de los accionistas de una empresa italiana, en forma contraria a lo decidido por la Corte en “Barcelona Traction”. La Sala no se pronunció al respecto, y fundó su decisión en la interpretación del Tratado de Comercio y Navegación entre las Partes que preveía la protección de los accionistas de los Estados Unidos en el extranjero. Sin embargo, al guardar silencio sobre la excepción presentada por Italia, la aceptó tácitamente. y la incorporó en el art. 11.b del Proyecto.

Si bien en “Barcelona Traction” la CIJ reconoció en forma abstracta, ya que no era el caso *sub examine*, que el daño directo a los accionistas les otorga una acción independiente a la que corresponde a la persona jurídica (párrs. 46-47), en ningún caso se enumeraron cuáles eran los derechos lesionados, aunque podrían consistir en el derecho a percibir los dividendos, el derecho de asistir y votar en las asambleas y el derecho de recibir la correspondiente proporción de los bienes de la sociedad si ésta se liquida. Es una disposición de interpretación restrictiva que requiere determinar que el perjuicio a los accionistas es diferente del perjuicio a la sociedad ³⁷.

Las disposiciones del Proyecto proponen las disposiciones siguientes,

Art. 11 - Protección de los accionistas

Un Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad *no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a esos accionistas* en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

a) La sociedad *haya dejado de existir*, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, *por algún motivo no relacionado con el perjuicio*; o

b) La sociedad haya tenido, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, *la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca* y la constitución de la sociedad en ese Estado *haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado*.

Art. 12 - Perjuicio directo a los accionistas

En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo *a los derechos de los accionistas como tales*, derechos que son *distintos de los de la propia sociedad*, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales.

³⁷ El informe de la CDI cita fallos arbitrales en los que se reconoció *locus standi* a los accionistas, ya que “*it was clearly specified that the shareholders and debenture-holders were admitted, in view of the circumstances, to be exercising not their own rights but the rights which the company, wrongfully dissolved or despoiled, was unable thenceforth to enforce; and whereas they were therefore seeking to enforce not direct and personal rights, but indirect and substituted rights*”; Deutsche Petroleum (USA, Reparation Commission, 5 August 1926, UNRIIAA,II,775-790), en <http://www.un.org/law/riaa/>

El Proyecto de Artículos también regula la posibilidad de protección diplomática de otras entidades que son personas jurídicas pero no son sociedades comerciales. La Corte Permanente reconoció ese carácter a una Municipalidad (“Certain German Interests...”, Merits, PCIJ, 1922, 73-75), y a una universidad privada (Peter Pazmany University, PCIJ Series A/B, nro. 61, ps. 208, 227/232), en ambos casos personas jurídicas que pueden ser reconocidas como nacionales de un Estado y recibir su protección diplomática. También hace referencia a ellas el fallo de la “Barcelona Traction” (para. 38). Como en general no tienen accionistas sólo se aplicarían los arts. 9º y 10 del Proyecto, que regulan la protección diplomática de las personas jurídicas, pero si los tuviesen también se aplicarían los arts. 11 y 12. El texto que se reseña lo regula de la siguiente manera,

Art. 13. Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en el presente capítulo serán aplicables, según proceda, a la protección diplomática de otras personas jurídicas que no sean sociedades.

ii) Parte 3. Recursos internos

El agotamiento previo de los recursos internos es una de las condiciones del ejercicio de la protección diplomática, según lo ha reconocido la jurisprudencia internacional. El informe de la CDI menciona que, en 1793, Jefferson, secretario de Estado de la Unión, sostuvo en nota al representante británico que el extranjero, antes de acudir a la protección diplomática, “debe haberse esforzado en obtener por medio de los tribunales locales la justicia que reclama”. La Corte Permanente lo sostuvo en el caso del “Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis” (sentencia del 29 febrero de 1939) al rechazar la demanda de Estonia porque, a pesar de haber negociado con el gobierno lituano, en ningún momento había iniciado una acción ante sus tribunales y no había cumplido por lo tanto con el agotamiento de los recursos internos. La Corte Internacional de Justicia también reconoció la necesidad de cumplir con esta condición en el caso “Interhandel” (“Suiza v. Estados Unidos”, 1959). Como excepción a esta condición, el Estado que ejerce la protección diplomática de particulares afectados en su territorio por daños causado por objetos espaciales no debe cumplir ni el requisito de la nacionalidad de la víctima ni el del agotamiento de los recursos internos del Estado responsable, ya que se trata de una responsabilidad objetiva sin condiciones para su ejercicio.

Se califica como recursos internos a aquéllos que pueden resolver la controversia. Los recursos internos, sin embargo, pueden no ser suficientes, y en ese caso la renuncia previa del particular afectado a la protección diplomática (Cláusula Calvo) sería la renuncia a un derecho que no le pertenece, a saber, el derecho del Estado a ejercer la protección de sus nacionales, aunque los derechos protegidos sean los del nacional afectado y no los del Estado reclamante.

Algunos reclamos tienen un doble carácter, son reclamos mixtos porque afectan los intereses de los nacionales pero también directamente los del Estado. En el caso del “Personal diplomático y consular” de los Estados Unidos en Irán (“Estados Unidos v. Irán”) la Corte Internacional de Justicia lo consideró en su sentencia (1980) como un caso de daño directo al Estado. Mientras que en “Interhandel”, si bien existió la violación de un tratado, la Corte lo trató como daño predominantemente indirecto y entendió que no se habían agotado los recursos internos. En la decisión sobre el “Arrest Warrant” del 11 de agosto de 2000 la Corte consideró que hubo un daño directo a la República Democrática del Congo y a su nacional, el ministro de Relaciones Exteriores, pero consideró que el reclamo no se había realizado en el contexto de la protección a un nacional, sino en aplicación de la regla de la inmunidad de jurisdicción. En el caso “Avena” (“Méjico v. Estados Unidos”) Méjico sostuvo que tuvo tanto un perjuicio directo como un perjuicio indirecto a través de sus nacionales, criterio que fue compartido por la Corte en razón de la “interdependencia de los derechos del Estado y los derechos individuales” (para. 40). Puede observarse que en estos supuestos el tribunal llamado a decidir el reclamo debe determinar cuál es el elemento preponderante, si el daño a los nacionales o el daño directo al Estado. En los casos de daño directo al Estado no se requiere el agotamiento de los recursos internos, puesto que el reclamo está sometido al Derecho Internacional.

La regla del agotamiento de los recursos internos reconoce excepciones cuando dichos recursos no estuviesen disponibles, o fuesen manifiestamente inconducentes para solucionar la controversia, o cuando se han intentado pero existen excesivas demoras y no sería razonable exigirlo (Caso “Norwegian Loans”, 1957, op. dis. Hersh Lauterpacht, y el caso “Velásquez Rodríguez” de la CIDH, párrs. 56/78). En “Elettronica Sicula SPA” (ELSI) (“Estados Unidos v. Italia”), la sala de la Corte rechazó la excepción, opuesta por Italia, de no haberse agotado los recursos internos, porque no habían sido efectivos. Tampoco es oponible en los hipótesis de accidentes de contaminación, daños ocasionados por objetos espaciales, accidentes aéreos y otro tipo de catástrofes, cuando no se ha previsto previamente un mecanismo de solución de reclamos entre las partes.

El Proyecto de Artículos incorpora una cláusula novedosa de impedimento de la persona perjudicada de llevar a cabo el reclamo (art. 15.d). Asimismo admite, de manera excepcional, que el Estado responsable del ilícito renuncie al agotamiento de los recursos internos, aunque no es una renuncia que pueda deducirse si no hay una manifestación expresa en ese sentido. Así lo destacan la Sala de la Corte en “ELSI” (para. 50) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de “Viviana Gallardo v. Costa Rica” (1991). Una disposición que adopta la solución contraria, es decir, que prevé la renuncia al agotamiento de los recursos internos si no se expresa lo contrario es la Convención de Washington sobre Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre

Estados y Nacionales de Otros Estados, de 1965, que dispone que el “consentimiento al arbitraje es con exclusión de todo otro medio, a excepción de que el Estado contratante exija el agotamiento de los recursos internos como requisito para el arbitraje de acuerdo a esta Convención” (art. 26). La CDI condensa la regla y sus excepciones de la siguiente manera,

Art. 14. Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de art. 8° antes de que la persona perjudicada haya *agotado los recursos internos*, salvo lo dispuesto en el proyecto de art. 15.

2. Por “recursos internos” se entienden los recursos legales que puede interponer una persona perjudicada ante los tribunales u órganos, sean éstos *judiciales o administrativos, ordinarios o especiales*, del Estado cuya responsabilidad por causar el perjuicio se invoca.

3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de art. 8°.

Art. 15. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;

b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;

c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca;

d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos;

e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos.

iii) Parte 4. Disposiciones diversas

El Proyecto de Artículos, en sus disposiciones finales, consigna que la protección diplomática no limita el acceso a otros medios de solución de conflictos por daños a los nacionales u a otras personas que puedan invocarlo aunque no sean nacionales (art. 16). Esta disposición tiene especialmente en cuenta los procedimientos que establecen los mecanismos de derechos humanos, tanto universales como regionales. En este sentido, las normas consuetudinarias sobre protección diplomática y las normas sobre protección de los derechos humanos son complementarias. En este ámbito, otros mecanismos disponibles son, por ejemplo:

(1) el del art. 24 de la Convención Europea de 1950: Cualquier parte puede llevar a la Comisión (actualmente la Corte, Protocolo 11, art. 33) una violación de las disposiciones de la Convención que considere puede ser imputada a otra parte contratante;

(2) el del art. 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “cualquier parte puede reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado considere que otro Estado parte no cumple las obligaciones de la Convención”;

(3) el del art. 21 de la Convención contra la Tortura, con una disposición concordante;

(4) el del art. 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al cual los Estados pueden reconocer la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado alegue que otro Estado parte ha violado las disposiciones de la Convención, siempre que también haya aceptado la competencia de la Comisión. La Comisión no recibirá comunicaciones sobre un Estado que no haya aceptado su competencia.

(5) el del art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

(6) el de los arts. 47 a 54 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Debe también tenerse en cuenta que el rechazo de la Corte en los casos sobre África Sudoccidental a aceptar que un Estado pueda presentar una demanda para proteger los derechos de personas no-nacionales, ha sido superado, al menos *de lege ferenda*, en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados (art. 48 (1) (b)), que acepta que un Estado que no sea el de la nacionalidad pueda invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada es una obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto. En este supuesto, no es necesario cumplir con los requisitos de la protección diplomática. En forma coherente el Proyecto agrega que las obligaciones internacionales allí enunciadas se entienden “sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.

Otros convenios, además de los mecanismos de protección de derechos humanos, proporcionan medios jurisdiccionales mixtos entre Estados y personas privadas. La ya mencionada Convención de Washington de 1965, y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), permiten al inversor, y a los Estados, recurrir a sistemas jurisdiccionales sin tener que recurrir a un reclamo del Estado nacional, evitando la incertidumbre de la naturaleza discrecional de la protección diplomática. El acceso es condicionado cuando en el BIT el Estado haga reserva del agotamiento previo de los recursos internos (art. 26). La participación del Estado nacional se hace presente, sin embargo, en una nueva etapa de la defensa de los intereses de sus nacionales en el exterior, cuando

terminado el proceso jurisdiccional el Estado que ha sido condenado a pagar una compensación no cumple con la decisión.

La Organización Mundial de Comercio (OMC), por otra parte, no establece un sistema de reclamaciones directas entre Estados y particulares, sino que mantiene en sus paneles el esquema de representación por el Estado nacional de los intereses de los sectores afectados por medidas adoptadas por otro Estado miembro, asimilándose por lo tanto este esquema al de la protección diplomática. Las reclamaciones son sólo entre Estados, aunque participen en los procedimientos representantes sectoriales que carecen, sin embargo, de la personería jurídica (*locus standi*) y de la facultad de decisión que corresponden al Estado miembro de la OMC.

El carácter complementario de la protección diplomática cuando se dispone de otras opciones de solución de controversias está desarrollado en el Proyecto de la siguiente manera:

Art. 16. Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el Derecho Internacional, a acciones o procedimientos *distintos de la protección diplomática* para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos.

Art. 17. Normas especiales de Derecho Internacional

El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de Derecho Internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

Otro caso especial que contempla el Proyecto de Artículos es la protección de la tripulación de un buque. La regla generalmente aceptada por la doctrina es que las personas a bordo de un buque tienen la protección del país de abanderamiento, sean o no nacionales de ese país, doctrina expresada en el caso del “I’m Alone”³⁸. En 1999, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (ITLOS) en el caso del “The M/V Saiga” (Nro. 2, “Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea”) apoyó el derecho del país de bandera del buque de reclamar reparación para los miembros no-nacionales de la tripulación. Guinea objetó el reclamo porque consideró que no podía ejercerse la protección diplomática de no-nacionales, pero St. Vincent sostuvo que tenía el derecho de proteger la tripulación de un buque de su bandera “*irrespective of their nationality*”. El Tribunal sostuvo que la Convención del Mar de 1982 en muchas disposiciones no hacía distinción entre nacionales y no-nacionales del Estado de la bandera, por ejemplo, en los arts. 94 y 217 que establecen las obligaciones del Estado de abanderamiento con respecto a las personas naturales y jurídicas, propietarios, capitán, tripulación; y en las disposiciones sobre las medidas que un Estado puede tomar contra un buque extranjeros, contenidas en los arts.

³⁸ 29 *American Journal of International Law (AJIL)* 1935, 326.

106, 110, párr. 3º; y 111, párr. 8º (*The M/V Saiga*, Nro. 2, párr. 105). Así lo regula el texto del art. 18,

Art. 18. Protección de la tripulación de un buque

El derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un perjuicio en relación con un daño causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.

Finalmente, en un enfoque no exento de audacia, el Proyecto avanza en el desarrollo progresivo de la institución de la protección diplomática al proponer un cambio significativo en el enfoque del tema, que tiene como objetivo modificar el ejercicio discrecional del Estado de su derecho de protección diplomática. La puesta en marcha de la protección diplomática podría convertirse, de esta manera, en un derecho de las personas a demandarla y en una obligación del Estado de proporcionarla. Esta evolución está más próxima en los casos de violaciones a los derechos humanos de los nacionales, y el ejercicio de la asistencia consular en particular proporciona un ámbito de convergencia de derechos de los nacionales, derechos del Estado, y ejercicio de la protección diplomática. El ejercicio de la protección diplomática como derecho de los nacionales, que pueden reclamarlo a su Estado, estaría sujeto a revisión judicial. Con este enfoque, el Proyecto de Artículos avanza más allá de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en “Barcelona Traction”, en la que se afirma que el Estado tiene *complete freedom of action* en el ejercicio de la protección diplomática, incluso en la asignación de la manera que le parezca más conveniente de las sumas obtenidas como compensación. En efecto, en los arreglos por suma global (*lump sum agreements*), los individuos reciben generalmente mucho menos de lo que reclamaban, sin contar con ninguna acción para revertir la situación. En 1994, en “Beaumont v. France”, por el contrario, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) expresó que un arreglo internacional que dispone una compensación otorga un derecho ejecutable a la compensación a las personas lesionadas³⁹. La discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática y en sus resultados, en consecuencia, está siendo cuestionada. El Proyecto de Artículos propone, haciéndose eco de esta tendencia, una disposición de desarrollo progresivo que se apoya en alguna práctica y sobre todo en la equidad, con la formulación siguiente,

Art. 19. Práctica recomendada

Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería:

³⁹ GARIBIAN, Sévane, “Vers l’émergence d’un droit individuel à la protection diplomatique?”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. LIV, 2008 (2009) 119-141.

- a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;
- b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y
- c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualquiera de las deducciones razonables.

III. TERCERA PARTE. LA ASISTENCIA CONSULAR COMO UN CASO DIFERENCIADO DE PROTECCIÓN A LOS NACIONALES

a) Funciones consulares

Las funciones consulares, según lo codifica la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, “consistirán en: a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional”⁴⁰. Esta función hace por lo tanto a la esencia de las relaciones consulares. La asistencia consular forma parte de las normas consuetudinarias que proporcionan el marco jurídico de las relaciones consulares, y constituye un derecho tanto de los funcionarios consulares de tener la libertad de comunicarse con los nacionales del país que envía, como la de éstos últimos de comunicarse con la oficina consular del país de su nacionalidad. La libertad de comunicación de los funcionarios consulares con sus nacionales y su capacidad de asistencia cuando se encuentren detenidos, según codificada en el art. 36 de la Convención que expresa,

Art. 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora

⁴⁰ Aprobada por Argentina por Ley 17.081 del 10 de octubre de 1963. La Convención entró en vigor el 24 de abril de 1964.

por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

El ejercicio de la asistencia consular no requiere las condiciones exigidas para el ejercicio de la protección diplomática. No presupone tampoco la existencia de un ilícito por parte del país receptor, sino que consiste en el derecho de asistir a los nacionales del país acreditante y en el derecho de éstos de solicitar dicha asistencia. Como excepción, el Tratado de la Unión Europea dispone que “Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro”, para lo cual se autoriza al Consejo a adoptar las medidas de coordinación y cooperación necesarias (arts. 20.c y 23). Para cumplir con este mandato las Delegaciones de la UE actúan “en estrecha cooperación con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros” (art. 221). En febrero de 2006 la Comisión Europea adoptó una Comunicación titulada ‘Hacia una protección consular efectiva en los terceros países: la contribución de la UE (Plan de acción 2007-2009)’ a fin de reforzar el derecho de los ciudadanos de la UE a la protección diplomática y consular comunitaria, con el alcance mencionado de asistencia diplomática y consular. Esa Comunicación fue el resultado de la consulta pública realizada a partir de la publicación del Libro Verde sobre “La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países” (Bruselas, 28.211.2006, COM (2006) 712 final - antecedente decisión 95/553/CE). La protección puede ser individual o colectiva, y ocasionarse en catástrofes, actos de terrorismo, u otras causas. Se extiende, asimismo, a los familiares que no sean ciudadanos de la Unión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez, emitió el 1º de octubre de 1999 la opinión consultiva solicitada por Méjico sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” (OC - 16/99). Los Estados Unidos consideraron que encontrándose pendiente la decisión del caso “Avena” (“Méjico v. Estados Unidos”) ante la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana no debería responder la opinión solicitada, que tampoco era de su competencia porque

la notificación consular no es un derecho humano sino un deber de los Estados que sostienen relaciones consulares recíprocas, con el propósito de beneficiar tanto a los individuos como a los Estados.

En su opinión, la Corte Interamericana consideró que la comunicación consular que prevé el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (RVRC) CVRD “*conciérne* a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos”, otorgando: (a) derecho a la *información* sobre la asistencia consular, derecho del nacional a saber que tiene ese derecho; (b) derecho a la *notificación* consular, derecho del nacional a que las autoridades del país de residencia notifiquen a la oficina consular; (c) derecho a la *asistencia consular*, que forma parte del derecho de los funcionarios consulares a prestarla; (d) derecho a la *comunicación* consular, que constituye el derecho de los funcionarios consulares y de sus nacionales de comunicarse libremente. Los tres primeros son derechos individuales, a los que “corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”. En igual sentido se había pronunciado la Corte de La Haya en la sentencia del 24/5/1980 sobre los Rehenes de los Estados Unidos en Irak, al declarar que Irán violó los derechos humanos (para. 91). La Corte Interamericana corroboró la vinculación entre la asistencia consular y los derechos individuales al afirmar que el derecho a la comunicación consular permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b) La asistencia consular en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia

En 1998, a raíz de la demanda iniciada por la República del Paraguay contra los Estados Unidos, la Corte Internacional de Justicia tuvo por primera vez la ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la notificación que dispone el art. 36.1.b. de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Se trataba de la situación del ciudadano paraguayo Breard, condenado a muerte en los Estados Unidos. El 3 abril de 1998 Paraguay presentó su demanda contra los Estados Unidos (Caso de la “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Paraguay v. Estados Unidos”) por incumplimiento de la Convención de Viena y pidió al mismo tiempo medidas provisionales para preservar los derechos de la República del Paraguay y para detener la ejecución de la condena de muerte. El 9 de abril la Corte concedió las medidas provisionales solicitadas. Paraguay presentó de inmediato un recurso (*certiorari petition*) ante la Suprema Corte de los Estados Unidos solicitando el cumplimiento de las medidas provisionales dispuestas por la CIJ, que también presentó el Sr. Breard, ambas horas antes de la ejecución (“Breard v Greene”, 523 US 371 (1998)). La Suprema Corte rechazó los recursos inter-

pretando el art. 36, CVRC de acuerdo con las normas de procedimiento criminal de los Estados Unidos, no hizo lugar a la queja por omisión procesal (*procedural default grounds*)⁴¹ y aplicó la doctrina de “economía judicial” del caso “Teague” (*judicial economy*), que impedía la aplicación retroactiva de nuevas normas constitucionales de procedimiento criminal cuando un defendido ya hubiese agotado las apelaciones directas, excepto que fuese una norma sustancial de procedimiento criminal (*watershed rule of criminal procedure* que afecta *the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding*, “Schriro v. Summerlin”, 542 U. S. 348, 351), por lo que se denegó la suspensión y la sentencia fue cumplida. Paraguay discontinuó el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia por considerarlo sin objeto.

Un caso de similares características se generó al año siguiente, cuando el 2 de marzo de 1999, un día antes del fijado para la ejecución de Walter LaGrand, cuyo hermano Kart LaGrand había sido ejecutado el 24 de febrero de ese año, Alemania presentó una demanda contra los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia en su propio derecho por no haber cumplido con la notificación de asistencia consular y en ejercicio de la protección diplomática de Water y Karl LaGrand, solicitando al mismo tiempo medidas provisionales para suspenderla. El 5 de marzo la Corte hizo lugar a las medidas provisionales y requirió a los Estados Unidos suspender la ejecución hasta que se sustanciara el procedimiento. Ese mismo día Alemania presentó un recurso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, por corresponder a la jurisdicción originaria (“Federal Republic of Germany v. US”, 526 US 111 (1999)), que fue rechazado. Se cumplió por lo tanto la sentencia, lo que no hizo desistir a Alemania del procedimiento ya iniciado ante la Corte Internacional de Justicia.

En su demanda Alemania alegó los diversos incumplimientos en que habían incurrido los Estados Unidos, a saber: (a) que el art. 36 de la Convención de Relaciones Consulares establece un régimen jurídico que crea derechos y obligaciones recíprocos para el Estado de residencia y el Estado de nacionalidad, puesto que el apart. 1.(a) del art. 36 establece el derecho recíproco de comunicación entre los funcionarios consulares y sus nacionales; (b) que si la persona está detenida, las autoridades del país de residencia deben comunicarle ‘sin retardo’ tal posibilidad, según dispone el apartado 1.(b), un derecho específico cuyo incumplimiento le produjo un perjuicio directo puesto que le impidió ejercer el derecho de asistencia consular; (c) que esto impidió a los Sres. LaGrand comunicarse con la oficina consular de su país; (d) que Estados Unidos negaron a los hermanos LaGrand el *standard* mínimo de garantías que corresponde a los extranjeros de acuerdo con el Derecho Internacional, lo que la autoriza a ejercer la protección diplomática.

⁴¹ En adelante, “omisión procesal” deberá leerse como la traducción de *procedural default grounds*, regla de los tribunales federales de los Estados Unidos según la cual un tribunal federal no otorgará un pedido de *habeas corpus* a un detenido que no haya agotado los recursos disponibles en el estado en el que ha sido juzgado.

Entre los argumentos de la demanda Alemania invocó las afirmaciones de los Estados Unidos en su Memoria en el caso del “Personal diplomático y consular” (“Estados Unidos v. Irán”) y en la sentencia del 24 de mayo de 1980, donde la Corte afirmó que Irán cometió violaciones de derechos humanos, aunque no mencionó expresamente el art. 36, CVRD (párrs. 91/92); también alegó los trabajos preparatorios de la Conferencia de Viena sobre Relaciones Consulares y la práctica de los Estados, mencionando la Declaración sobre los Derechos Humanos de las Personas que no Poseen la Nacionalidad del País en que Viven (Res. 47/144 de la Asamblea General del 13 de diciembre de 1985, que en su art. 10 expresa “Todo extranjero debe poder en todo momento comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado del cual posee la nacionalidad...”), y argumentó que el incumplimiento de las obligaciones que derivan del art. 36, cuyos titulares son los individuos, le permiten ejercer su protección diplomática, que opera la novación entre los derechos del individuo y los del Estado del cual es nacional. El reconocimiento de los derechos individuales fue, en la argumentación de Alemania, la etapa previa y necesaria para poner en marcha la protección diplomática. Sin embargo, esta posibilidad no es pacíficamente aceptada, ya que la protección diplomática, reconocida como un derecho del Estado, sería de esta manera también un derecho del individuo, al que el Estado representa, convirtiéndolo en una acción contra otro Estado. Los Estados Unidos, por su parte, alegaron que el art. 36 otorga un derecho individual, que la protección diplomática es un derecho del Estado excluido de la competencia de la Corte, y que el derecho de un Estado de prestar asistencia consular a sus ciudadanos detenidos en el extranjero, y el de endosar sus reivindicaciones por vía de la protección diplomática, son dos conceptos jurídicos diferentes.

La Corte sostuvo en la sentencia del 27 de junio de 2001 que el art. 36, CVRC establece la base del derecho a la protección consular, del cual el Estado es titular. Alemania y los hermanos LaGrand no pudieron ejercerlo por el incumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones correlativas. Si bien Alemania alegó que los derechos individuales que derivan del art. 36 tienen el carácter de derecho humano, la Corte no se pronunció sobre este tema, aunque sí expresó que la violación de la Convención no sólo vulneró los derechos de Alemania, sino también los derechos de los hermanos LaGrand en los términos del art. 36.2, CVRC⁴², reconociendo de este modo que la disposición sí otorga derechos individuales (párr. 77 y párrafo dispositivo 4)⁴³.

⁴² PINTO, Mónica, “De la protection diplomatique et la protection des droits de l’homme”, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 106, nro. 3, 2002, *deduce certainement que ‘Le langage employé par la Cour de La Haye n’ autorise pas à parler de droits de l’homme mais les blancs laissés dans son jugement invitent à le faire’*, p. 513.

⁴³ El párr. 77 expresa que “*Based on the text of these provisions, the Court concludes that art. 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person*”.

En la sentencia del caso “LaGrand” la Corte se pronunció sobre la naturaleza de la protección diplomática y sobre los puntos de convergencia y de divergencia con la protección de los derechos humanos en “Barcelona Traction” (párrs. 33/34 sobre las obligaciones *erga omnes* y párrs. 78/79 sobre la protección diplomática). Afirmó asimismo que el Estado debe ser considerado como el único capaz de decidir si acordará su protección, en qué medida lo hará y cuando la terminará, ya que posee al respecto un poder discrecional, teniendo en cuenta que su ejercicio puede depender de consideraciones de orden político no relacionados con el caso concreto, lo que diferencia su reclamo de la demanda del particular damnificado (párr. 79). Sostuvo además que los derechos humanos, a los que había hecho referencia en el párr. 34, comportan una protección contra la denegación de justicia, si bien es cierto que los instrumentos que consagran los derechos humanos no reconocen a los Estados la facultad de proteger a las víctimas de violaciones de esos derechos independientemente de su nacionalidad (párr. 91).

La sentencia no desvincula la protección por violación de los derechos humanos de la protección diplomática *lato sensu*, sino que más bien la ubica como la situación paradigmática que debe ponerla en ejercicio. Esta situación se supera en los mecanismos regionales como el establecido por el Consejo de Europa, ya que la Convención Europea de Derechos Humanos autoriza a cada Estado Parte a denunciar a cualquier otro Estado contratante por una violación de la Convención, sin tener en cuenta la nacionalidad de la víctima. Como conclusión, a pesar de su aparente falta de objeto, el caso “LaGrand” es sustancialmente relevante al definir cuatro temas debatidos, a saber, (a) confirmar el carácter obligatorio de las medidas provisionales; (b) establecer que el art. 36.1. (b) crea derechos individuales a partir de un tratado; (c) afirmar que invocar la regla de la omisión procesal (*procedural default rule*)⁴⁴ para rechazar un recurso basado en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un incumplimiento del art. 36.2 de la Convención; y, (d) resolver que cuando un individuo ha sido condenado a penas severas sin que se haya respetado la Convención, los Estados, en este caso los Estados Unidos, debían permitir la revisión y reconsideración de las sentencias, con los mecanismos de su elección, como consecuencia de la ruptura de su obligación.

Posteriormente, Méjico demandó ante la Corte Internacional de Justicia a los Estados Unidos por el incumplimiento de las obligaciones que establece el art. 36 de la Convención con respecto a cincuenta y un ciudadanos mexicanos condenados a muerte o en proceso pendiente (caso “Avena and Other Mexican Nationals”, “Mexico v. United States of America”). Los derechos invocados por Méjico, que además alegó el *estoppel* de los Estados Unidos por haber sostenido tales derechos, entre otros, en el caso de los “rehenes” [United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (“United States of America v. Iran”)].

⁴⁴ Ver nota 40 *supra*.

En la sentencia del 31 de marzo de 2004 la Corte decidió, siguiendo lo resuelto en “LaGrand”, que: (1) Los Estados Unidos habían violado el art. 36.1 de la Convención al no informar a los ciudadanos mexicanos de sus derechos consulares; (2) Los Estados Unidos tenían la obligación de proporcionar, por los medios a su elección, revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los nacionales mexicanos teniendo en cuenta la violación de los derechos establecidos en el art. 36 de la Convención; (3) Esta revisión y reconsideración debía ser llevada a cabo por el poder judicial, ya que el proceso de clemencia por el ejecutivo era insuficiente al respecto; (4) Con respecto a los individuos que habían agotado todos los recursos internos, la Corte sostuvo que la aplicación por los tribunales federales de los Estados Unidos de la regla de la omisión procesal (*procedural default grounds*) había violado el art. 36.2 de la Convención, ya que había impedido a los defendidos invocar la Convención de Viena. El juez Parra Aranguren no compartió esta parte de la sentencia y en su opinión individual consideró que los reclamos presentados por Méjico en ejercicio de la protección diplomática son reclamos del Estado y no se ejercen como derechos individuales.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia impulsó nuevos recursos ante los tribunales de los Estados Unidos de las personas comprendidas en la demanda de Méjico, con diferentes resultados, hasta el pronunciamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁴⁵. En el caso “Torres”, uno de los incluidos en “Avena”, a quien se había denegado el recurso antes de la sentencia, la Corte de Apelación Criminal de Oklahoma ordenó la reapertura del caso luego de la sentencia para que se determinase si se había perjudicado la situación del recurrente por falta de información de sus derechos consulares e ineficiente defensa legal. Por el contrario, en el caso “Medellín”, el Tribunal de Apelaciones (US Court of Appeals, 5th. Circuit) denegó la apelación presentada luego de la sentencia “Avena” alegando la regla de la omisión procesal para determinar que estaba excluido un recurso basado en la Convención de Viena que no había sido alegado en el tribunal estatal. La Suprema Corte consideró que la sentencia recaída en el caso “Breard”, en la que había sostenido que la Convención de Viena no podía aplicarse por la regla de la omisión procesal, seguía vigente y que estaba obligada a seguirla⁴⁶. Contra esta decisión se presentó ante la Suprema Corte un nuevo recurso (*Writ of Certiorari*). Al mismo tiempo, el Procurador General (Attorney General) en memorandum del 28 de febrero de 2005, basado en un previo memorandum del presidente, expresó que

⁴⁵ PULKOWSKI, Dirk, ‘Testing compliance theories: towards US obedience of international law in the Avena case,’ *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, ps. 511/544.

⁴⁶ La Suprema Corte de los Estados Unidos expresó que “*Only the Supreme Court may overrule a Supreme Court decision. The Supreme Court has not overruled Breard*”.

los Estados Unidos cumplirían con sus obligaciones internacionales de acuerdo con el fallo “Avena” mediante su aplicación por los tribunales estatales⁴⁷.

La Suprema Corte, sin embargo, denegó el recurso *as improvidently granted* (23 de mayo de 2005), alegando el memorandum posterior a su interposición que habilitaba un recurso a los tribunales de Texas. El Tribunal de Apelación Criminal de Texas, por su parte, rechazó el recurso en base a la doctrina de la omisión procesal (*procedural default*), contra el cual la Suprema Corte concedió un recurso (*writ of certiorari*) para decidir dos cuestiones: 1) Si la sentencia “Avena” era directamente ejecutable como derecho interno por una corte estatal de los Estados Unidos, y 2) Si el memorandum del presidente exigía que los Estados revisaran y reconsideraran los casos de los cincuenta y un ciudadanos mejicanos allí incluidos, dejando de lado la regla local de la omisión procesal. En 2006, en “Sanchez Llamas v. Oregon”, un caso no comprendido en “Avena”, la Suprema Corte resolvió que, contrariamente a lo afirmado por la Corte de La Haya, la Convención de Viena no impedía la aplicación de la regla de la omisión procesal.

El 25 de marzo de 2008, la Suprema Corte decidió que ni “Avena” ni el memorandum eran normas federales directamente aplicables por los tribunales locales que excluyesen las limitaciones del derecho local para la presentación de sucesivos recursos⁴⁸.

El 5 de junio de 2008 Méjico inició una nueva demanda contra los Estados Unidos de América solicitando a la Corte de La Haya la interpretación del párrafo 153 (9) de la sentencia del 31 de marzo de 2004 en el caso “Avena”. Méjico solicitó a la Corte declarar que la obligación de los Estados Unidos según lo establecido por el párrafo 153 (9) del fallo “Avena” constituía una obligación de resultado, ya que disponía que los Estados Unidos debían revisar y reconsiderar las condenas y sentencias, por los medios a su elección que considerasen convenientes, asegurando que ninguna de las personas incluidas en la sentencia fuese ejecutada hasta que la revisión se completase. Los Estados Unidos solicitaron, a su vez, se rechazara la demanda de interpretación porque habían aceptado que la asistencia consular era una obligación de resultado y estaban dispuestos a procurar los mecanismos para que la sentencia se cumpliera (párr. 28); por esta razón la Corte debía decidir si había o no una disputa (párr.

⁴⁷ Memorandum del Procurador General (Attorney General) del 28/2/2005: “*The United States would discharge its international obligations under the Avena judgement by ‘having State courts give effect to the [ICJ] decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision’*”.

⁴⁸ “*Medellín v. Texas*”, 552 U. S. 491 (2008) (“*Medellín I*”), “*neither the Avena decision nor the President’s Memorandum purporting to implement that decision constituted directly enforceable federal law*”, 552 U. S., at 498/499; “*Medellín v. Texas*”, 554 U. S. 759, 760 (2008) (*per curiam*) (“*Medellín II*”) “*The petition for a writ of habeas corpus is denied*”; Al respecto ver DONOVAN, Donald Francis, “*Medellín: Three Questions*”, contrario a la decisión de la Suprema Corte, en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 102nd Annual Meeting, 2008, ps. 389/395.

42). La Corte lo resuelve en forma negativa, decidiendo que no podían acceder al pedido de interpretación requerido por Méjico (párr. 46).

Méjico solicitó la indicación de medidas provisionales a fin de preservar los derechos de Méjico y de sus nacionales mientras se encontrase pendiente la decisión sobre la interpretación de la sentencia “Avena”. La CIJ hizo lugar a la indicación de medidas provisionales (orden del 16 de julio de 2008), y requirió a los Estados Unidos llevar a cabo las acciones necesarias para que los Sres. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, y Roberto Moreno Ramos no fuesen ejecutados mientras se hiciese lugar a la revisión y reconsideración de sus condenas y se resolviese el pedido de interpretación, según párrs. 138 a 141 de la sentencia del 31 de marzo de 2004, de lo que debía informar a la Corte.

El 14 de julio de 2008, casi simultáneamente, el presidente del Comité de Relaciones Exteriores de la Cámara, Howard Berman, presentó el proyecto de ley *Avena Case Implementation Act of 2008*, que establece una acción civil para proporcionar las bases legales para que los Estados Unidos cumplan con el fallo de la Corte Internacional de Justicia, y con las obligaciones que establecen la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y el Protocolo Opcional.

El Sr. Medellín fue ejecutado en el Estado de Texas el 5 de agosto de 2008, luego de haber presentado, sin éxito, un recurso de *habeas corpus* y la suspensión de la ejecución a través del proceso de clemencia. No se revisó la sentencia, de acuerdo a lo requerido por “Avena” (párrs. 138 a 141), como tampoco se cumplieron las medidas provisionales ordenadas por la CIJ el 16 de julio de 2008, en el nuevo caso de interpretación de “Avena”.

El 19 de enero de 2009 la CIJ decidió que los Estados Unidos no habían cumplido con la Orden de la Corte del 16 de Julio de 2008 con respecto al Sr. José Ernesto Medellín Rojas (párr. 53). La Corte decidió que era suficiente reiterar que el fallo “Avena” continuaba siendo obligatorio y que los Estados Unidos continuaban teniendo la obligación de cumplirlo en su totalidad, al mismo tiempo que tomaba nota de las medidas que estaba tomando para su cumplimiento.

En 2011 la Suprema Corte reiteró en “Humberto Leal García v. Texas”⁴⁹, la doctrina de “Medellín”, y rechazó los recursos interpuestos porque la situación no se había modificado, ya que aún no se habían aprobado los proyectos de ley presentados para que los Estados pudiesen cumplir el fallo “Avena”.

⁴⁹ “Humberto Leal García v Texas”, 564 U. S. 2011, denegadas las peticiones por Writ of Certiorari y Writ of Habeas Corpus, basados en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso “Avena”, 7 julio 2011.

IV. EL CASO DE “AHMADOU SADIO DIALLO” (“REPÚBLICA DE GUINEA V. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO”)

El 30 de noviembre de 2010 la Corte Internacional de Justicia dictó sentencia en el caso de “Ahmadou Sadio Diallo” (“República de Guinea v. República Democrática del Congo”, denominada Zaire entre 1971 y 1997), un empresario de nacionalidad guineana que se estableció en la República Democrática del Congo (en adelante RD del Congo) en 1964 y creó en 1974 una sociedad de responsabilidad limitada de importación y exportación, “Africom-Zaire”, y en 1979 otra de transporte, “Africontainers-Zaire”, de la que fue designado gerente. Luego de residir en la RD del Congo durante treinta y dos años el Sr. Diallo fue despojado de sus inversiones, negocios, propiedades muebles e inmuebles y cuentas bancarias, y luego expulsado. En 1988 había sido detenido, pero fue liberado en breve tiempo. En 1995, por el contrario, fue detenido y luego expulsado según lo había dispuesto el decreto del primer ministro de la RD del Congo. Esta expulsión se produjo cuando el Sr. Diallo trataba de cobrar deudas que le debían tanto el Estado de la RD del Congo como compañías petroleras instaladas en el territorio y de las que el Estado era accionista. Según alegó Guinea, estas acciones fueron contrarias al principio del *standard* mínimo de civilización en el trato a los extranjeros, que incluye la obligación de respetar su libertad y sus bienes, y la de proporcionar un tribunal imparcial ante el cual reclamar cuando no se cumpliesen.

Luego de la suspensión del procedimiento por las objeciones opuestas por la RD del Congo, el 24 de mayo de 2007 la Corte declaró admisible la demanda de Guinea con respecto a la protección de los derechos individuales del Sr. Diallo, y en lo que se refiere a la protección de sus derechos directos como socio en “Africom-Zaire” y “Africontainers-Zaire”, pero declaró inadmisibile la demanda por las alegadas violaciones de sus derechos con respecto a “Africom-Zaire” y “Africontainers-Zaire”⁵⁰. Guinea pidió a la Corte que las autoridades de la RD del Congo se disculpasen públicamente por los numerosos daños que le habían ocasionado en la persona de su nacional, que pagasen las sumas adeudadas al Sr. Diallo de acuerdo a las normas de responsabilidad del Estado y de reparación civil, abonando en su representación al Estado de Guinea las sumas de US\$ 31,334,685,888.45 y Z14,207,082,872.7 por las pérdidas financieras ocasionadas y una indemnización equivalente al 15 por ciento del fallo principal, es decir la suma de US\$ 4,700,202,883.26 y Z2,131,062,430.9, entre otros rubros reclamados. La República de Guinea sostuvo que al no haber cumplido con las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, y haber privado al Sr. Diallo de sus derechos, la RD del Congo había cometido actos internacionalmente ilícitos que comprometían su responsabili-

⁵⁰ DE FROUVILLE, Olivier, “Affaire Ahmadou Sadio Diallo” (“République de Guinée v. République Démocratique du Congo”). Exceptions préliminaires: “Le roman inachevé de la Protection Diplomatique”, *Annuaire Français de Droit International*, Paris, CNRS, 2007.

dad internacional; por lo que solicitaba una reparación completa en la forma de una compensación que cubriese la totalidad de los daños. Debido al arresto y detención sufridos por el Sr. Diallo en 1988-1989 y el arresto, detención y expulsión que sufrió en 1995-1996 en violación del Derecho Internacional, Guinea se consideraba con derecho a ejercer la protección diplomática de su nacional.

La RD del Congo sostuvo que el Sr. Diallo no había agotado los recursos internos y negó que los hechos hubiesen comportado una violación del Derecho Internacional. Con respecto a los hechos de 1988-1989, la Corte observó que el reclamo sobre esos hechos no fue presentado por Guinea hasta 2008 (párr. 32), es decir, luego de la presentación de la Contra-Memoria por la RD del Congo, que se vio por ello imposibilitada de oponer excepciones preliminares. La Corte consideró que esto era especialmente importante en un caso de ejercicio de protección diplomática, en el que el nuevo reclamo tenía recursos disponibles en los tribunales domésticos diferentes de los que podían plantearse con respecto a la demanda inicial (párr. 44). Por estos motivos la Corte desestimó la demanda con respecto a las medidas a las que fue sometido el Sr. Diallo en 1988-1989, sin entrar a considerar la objeción sobre agotamiento de los recursos internos (párr. 47).

Con respecto a los hechos que fueron la base de la demanda, algunos de los cuales fueron reconocidos y otros negados por la RD del Congo, la Corte recordó que la carga de la prueba recae en quien alega un hecho, según el principio *probandi incumbit actori*, e invocó como precedente la decisión recaída el 20 de abril de 2010 en el caso de las “Fábricas de Pasta de Celulosa” (“Argentina v. Uruguay”, párr. 162). La regla sin embargo no es absoluta y no se aplica en todas las circunstancias (párr. 54), puesto que en casos como el del Sr. Diallo ambas partes deben probarlos (párr. 56). Probado el período de su detención (párr. 60), debía demostrarse si no fue informado de su derecho de solicitar asistencia consular cuando fue arrestado en violación del art. 36 (1) (b) CVRC. Ambos Estados eran parte de la Convención, suscripta el 24 de abril de 1963, que había entrado en vigor para Guinea el 30 de julio de 1988 y para la RD del Congo el 14 de agosto de 1976. La Corte afirmó que la expulsión del Sr. Diallo no había sido decidida “de acuerdo con la ley” y que había violado el art. 13 del Pacto y el art. 12.4., de la Carta Africana (párr. 73). La Corte concluyó que la expulsión del Sr. Diallo quebrantó los arts. 9.1 y 13 del Pacto, ya que no se habían demostrado *compelling reasons*, y 6 de la Carta Africana (párrs. 74 y 80). La Corte consideró que no se habían demostrado en forma convincente tratos inhumanos y degradantes (art. 10.1 del Pacto), pero sí reconoció la violación del derecho a ser informado (art. 9.2 del Pacto) (párr. 85).

La sentencia destacó que los derechos que establece el art. 36, CVRD son aplicables frente a cualquier privación de la libertad, aún para quienes hayan cometido ofensas criminales (párr. 91) y que, al no haber demostrado que cumplió con la obligación de notificar al Sr. Diallo, la RD del Congo violó

el art. 36, párr. 1 (b), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (párr. 97).

Con respecto a la protección de los derechos del Sr. Diallo como asociado en las empresas Africom-Zaire y Africontainers-Zaire, inscritas como sociedades privadas de responsabilidad limitada (SPRLs), una forma societaria desconocida en el *common law*, la Corte analizó el derecho de la RD del Congo, de acuerdo al cual sociedades de esta naturaleza tienen una personalidad distinta de la de sus socios y los bienes de la sociedad están separados de los bienes de los socios (párrs. 104/105). Los derechos directos del Sr. Diallo eran los de participar en las reuniones y votar, que no podría haber cumplido luego de su expulsión, aunque podría haberse hecho representar (párrs. 122, 123, 126). La Corte resolvió que la RD del Congo debía compensar a Guinea por los perjuicios derivados de la detención y expulsión ilegales del Sr. Diallo en 1995-1996, incluida la pérdida de sus bienes personales (párrs. 161, 162, 163), pero rechazó el reclamo por los daños sufridos por la detención de 1988-1989 y por la violación de sus derechos directos como socio de Africom-Zaire y Africontainers-Zaire⁵¹. La Corte condenó a la RD del Congo a compensar adecuadamente a la República de Guinea por las violaciones de las obligaciones internacionales mencionadas, sobre lo que debían llegar a un acuerdo en un plazo de seis meses a partir de la sentencia. La Corte se reservó el procedimiento a seguir en caso de no cumplirse ese mandato.

En esta sentencia la Corte Internacional de Justicia volvió a confirmar el carácter de derechos individuales de la asistencia consular que prevé el art. 36.1 (b), CVRC, los deberes correlativos que impone al Estado receptor y al Estado de la nacionalidad, y la posibilidad para este último Estado de ejercer la protección diplomática de su nacional. En este caso, a diferencia de los anteriores “Breard”, “LaGrand” y “Avena”, la responsabilidad que provoca al Estado de residencia no haber cumplido con esa obligación tiene la posibilidad de reparación que permite cerrar el círculo de derechos y deberes de manera satisfactoria.

V. DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO Y DE SUS NACIONALES

La protección diplomática es una institución ambivalente. Puede ser una posibilidad de injerencia en los asuntos internos de otro Estado, y puede ser el único medio de obtener una reparación por daños no reparados, cuando agotados los recursos locales no existen otras opciones jurisdiccionales. El derecho a la reparación, que subsiste, encuentra en el Derecho Internacional un remedio posible, pero carecen las personas de los medios para aplicarlo. Estos medios

⁵¹ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “La equidad *contra legem* en la sentencia del 30 de noviembre de 2010 de la CIJ en el asunto Ahmadou Sadio Diallo,” en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. Hugo Llanos Mansilla*, Santiago de Chile, 2011 (en prensa).

los posee el Estado de nacionalidad del damnificado, que puede, y en algunos casos tal vez debería, exigir la correspondiente reparación. Y cuando la protección diplomática se ejerce por violaciones de derechos fundamentales en el país de residencia, se hace difícil no vincularla con los derechos individuales a través de la responsabilidad del Estado, como lo argumentara García Amador en sus primeros informes sobre responsabilidad del Estado, y los dos relatores especiales del Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática.

Restarle protagonismo a la subjetividad internacional del Estado y a su autonomía en el ámbito del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales, no es un objetivo deseable. Una comunidad internacional con un Estado débil no sería seguramente una comunidad internacional con un mayor respeto por los derechos individuales, porque no otro que el Estado es el titular de la obligación de respetarlos.

Reconocer la capacidad del individuo para impulsar los mecanismos de afirmación de sus derechos no es incompatible con un Estado en el pleno ejercicio de sus competencias, sino con un Estado sin instituciones jerarquizadas. Los individuos han afirmado sus derechos subjetivos especialmente en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como en los ámbitos de la integración y del comercio internacional. La participación directa del individuo en jurisdicciones internacionales se ha instalado para renovar una comunidad internacional en la que se inserta lenta y dificultosamente el *locus standi* individual.

La discrecionalidad del Estado para decidir el ejercicio de la protección diplomática es la norma internacional, aunque se encuentra actualmente en tela de juicio, y así lo percibe el art. 19 del Proyecto de Artículos. El derecho a ser protegido, por otra parte, aparece claramente en la asistencia consular, que se reconoce, sin duda después del caso “LaGrand”, como derecho individual y deber del Estado hacia sus nacionales. Es al mismo tiempo, en la relación interestatal, un derecho del Estado de envío, y un deber del Estado receptor, derechos y deberes que se complementan con el derecho individual a la asistencia consular.

Tanto en la asistencia consular como en la protección diplomática se deben distinguir dos niveles de relaciones jurídicas, la del nacional con su Estado, donde los sujetos son diferentes y la relación es de desigualdad, y la de ambos Estados entre sí, una relación de igualdad. En la protección diplomática el nacional agraviado no tiene el derecho a ser protegido, y el Estado no tiene el deber de protegerlo. La relación jurídica entre la persona y el Estado es el vínculo de nacionalidad. Pero si bien esta es la formulación clásica, y la que rige, se pueden admitir excepciones, y las excepciones actuar como un limitado cambio de paradigma. Hay un desarrollo cauteloso del concepto de que las personas tienen derecho a ser protegidas por el Estado de su nacionalidad, un concepto que se acerca al deber de protección en los casos de violaciones generalizadas de derechos humanos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que

en el Proyecto de Artículos la protección diplomática se prevé con relación a la responsabilidad civil del Estado, y como tal no podría dar lugar a represalias, que sí serían posibles frente a la responsabilidad por crímenes internacionales.

Si bien existen propuestas de modificar los términos de la ecuación de protección diplomática mediante la aceptación de excepciones que moderarían la discrecionalidad estatal, ello tendría como consecuencia establecer una nueva relación jurídica entre el Estado y sus nacionales. Esta nueva relación jurídica, aún no cristalizada, crearía una obligación del Estado hacia sus nacionales y, como contrapartida, un derecho de éstos exigible a su Estado nacional. El derecho a demandar la protección diplomática, con este posible alcance, debería contener asimismo las condiciones para su ejercicio, precisando los intereses a ser protegidos. Tendría, en menor escala, puntos de contacto con el deber de proteger, enmarcado en alternativas válidas del uso de la fuerza⁵², en cuanto implicaría la protección de ciudadanos en situación desventajosa utilizando métodos, como la protección “diplomática”, que excluyen el uso de la fuerza. Estos casos podrían abarcar tanto las situaciones de desigualdad ante la ley, discriminación a los extranjeros y confiscación de bienes como las situaciones de inestabilidad política en las que se disgrega la autoridad estatal. De esta manera la protección diplomática, un derecho reconocido a los Estados por el Derecho Internacional que pudo tener, en algunas oportunidades, aplicaciones desmedidas, podría complementar su naturaleza estrictamente interestatal admitiendo un derecho individual y una correlativa obligación estatal de protección, en situaciones específicas, que afirmarían la participación del individuo en las relaciones políticas internacionales. Esta posibilidad es, sin embargo, una formulación que no ha alcanzado el nivel de norma jurídica.

⁵² DOJAS, Alberto E., *Amenazas, respuestas y régimen político*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, ps. 366/372 y ARREDONDO, Ricardo, *El uso de la fuerza como mecanismo de protección de los derechos humanos: de la intervención humanitaria a la responsabilidad de proteger*; Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2010, inédita, ps. 47/55.