
Protección diplomática -un análisis por foros- Diplomatic protection -an analysis on the forums-

*María Sol de Brito**

Resumen

La acción de protección diplomática ha ido perdiendo la consistencia con la cual se había posicionado en el plano procesal del derecho internacional. Hoy en día, regímenes como los del CIADI o la tutela directa del individuo otorgada por el sistema interamericano y europeo de defensa de los Derechos Humanos le han quitado protagonismo. No es ya el Estado quien tiene en cabeza la titularidad de la defensa del nacional, sino que ahora el nacional puede acudir directamente por ante los estrados internacionales para hacer valer su derecho, incluso contra el Estado de su nacionalidad.

Palabras clave: Protección diplomática- protección consular- hecho internacionalmente ilícito.

Abstract

The action of diplomatic protection has been losing the consistency with which it had positioned at the procedural level of international law. Today, regimes such as those of CIADI and the direct supervision of the individual provided by the Inter-American and European human rights system have taken prominence. It is no longer the State who has the ownership of the national defence on head, but that now the national can go directly before the States to assert their rights, even against the State of nationality.

Key words: Diplomatic protection - consular protection - internationally wrongful.

*Abogada y Traductora Pública Universidad de Buenos Aires. Profesora de idioma I y II (italiano) Facultad de Ciencias Jurídicas. USAL.

Trabajo recibido el 24/10/2012. Aceptado 20/3/2013

Introducción

El derecho es una de las expresiones sociales, cuyo objeto es lograr cierto grado de armonía en las relaciones interpersonales. El dinamismo al cual está sujeto, por ser una ciencia social, le exige adaptarse continuamente a los cambios a nivel nacional y global.

El derecho internacional público, rama que ha ido logrando afianzarse autónomamente desde la Paz de Westfalia a nuestros días, se constituye por institutos que se insertaron por obra de la costumbre o de la práctica tratadística. La protección diplomática es uno de ellos, y ha sufrido variaciones desde su aparición, a raíz de pactos de jurisdicción arbitral y tratados de amistad que se firmaron a fines del siglo XIX hasta su inserción y adaptación a los sistemas de integración regional.

Diversos hechos lesivos que recaen sobre la persona o los bienes de los extranjeros son causa originaria de la responsabilidad internacional de un Estado. En varios momentos de la historia, sucesos de tal índole incitaron intervenciones armadas, como la de Francia en México (1838-39); conflictos entre Estados Unidos y México (1835-61); en nuestro actual espacio geográfico, la intervención armada de Francia e Inglaterra en el Río de La Plata (1845-50) en modalidad de bloqueo¹; intervención armada y colectiva en China (1900); la intervención de Alemania, Gran Bretaña e Italia en Venezuela con sus consiguientes soluciones arbitrales (1902-1903).

Ahora bien, estos enfrentamientos no fueron siempre resueltos por medio de la fuerza, sino que en muchos casos se utilizó la diplomacia como instrumento de negociación y reclamación. Sin embargo, se desprende de ambas modalidades de resolución que el asunto fundacional del conflicto, es decir el daño producido a una persona privada, se torna cuestión internacional, ya que *“la persona lesionada es substituida por su Estado de origen y desaparece en el engranaje de un conflicto político cuyo alcance y solución final restan imprevisibles”*².

1 Según las fuerzas interventoras, la Guerra Grande en Uruguay era un ataque directo a la independencia de ese país, acompañada de prácticas de extrema crueldad injustificada y por sobre todo perjudicaba los intereses comerciales de Francia y Gran Bretaña en la cuenca. Sin embargo, lo que importaba a las potencias agresoras era obligar a la Argentina y al Uruguay a reconocer a sus ríos interiores como no sujetos a su soberanía y comerciar libremente a través de ellos.

2 Podestá Costa Ruda, *Derecho Internacional Público* Tomo 2, Ed. TEA, Buenos Aires, 1988. p. 209.

Conceptualmente, la protección diplomática es la invocación de la responsabilidad de un Estado frente al perjuicio que éste hubiere causado por un hecho internacionalmente ilícito a una persona física o jurídica cuya nacionalidad pertenece a otro Estado. Su objeto es hacer efectiva esa responsabilidad. El Estado del cual el perjudicado es nacional pone en funcionamiento el mecanismo pudiendo éste ser activado con una triple finalidad: “...a) *prevenir la violación de normas internacionales relativas a extranjeros; b) para obtener que cese una actividad de carácter ilícito, y c) para obtener una reparación. No quiere decir con ello que no pueda ser ejercitada con más de una finalidad simultánea o sucesivamente...*”³

La particularidad del hecho que da origen a la petición de protección diplomática, es que la suerte de la pretensión es aleatoria ya que su titular dispone raramente él mismo de una vía procesal para hacerla valer en sede internacional, salvo que existiera un tratado en el cual se contemplaran sus derechos dentro de un marco jurisdiccional particular (como en el régimen CIADI para inversiones extranjeras o en los mecanismos jurisdiccionales para la protección y defensa de los Derechos Humanos). La protección otorgada por el Estado dependerá de la continuidad del vínculo de nacionalidad y de la existencia del daño hasta el momento de la presentación de la demanda o de la decisión final.

1. Diferencias con otros institutos similares

La **protección diplomática** consiste en un procedimiento formal que puede adquirir el carácter de arreglo judicial o arbitral de controversias internacionales, teniendo su foco de origen en los daños causados a un particular, ya sea a su persona o a sus bienes, siendo atribuible el hecho lesivo a un Estado bajo cuya jurisdicción se hallaba el lesionado. La **asistencia diplomática**, por su lado, se basa en las gestiones que efectúan los órganos declarados centrales (en el caso de nuestro país la Cancillería) o periféricos del Estado (las misiones diplomáticas) para la protección de sus nacionales pero no incluye ningún tipo de

³ Díez de Velasco Vallejo Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1988 Tomo I, p. 452

procedimiento de reclamación judicial internacional. La **protección consular**, por otro lado, consiste en la reclamación contra el acto de un órgano de un Estado que es contrario al derecho internacional público o mismo al derecho interno del Estado que lo efectúa. La reclamación se dirige contra el órgano del cual emanó el acto. La **asistencia consular** existe siempre que haya una situación de necesidad de un nacional, no se vincula a los actos ilícitos cometidos por un Estado contra un extranjero. Las funciones se enumeran en el art. 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y es esencial que se comunique al agente consular sobre la situación de necesidad del nacional para que éste actúe.

2. Caracteres

La invocación se basa en un **hecho internacionalmente ilícito** de un Estado, el cual es la causa, el origen de la puesta en marcha del mecanismo. Se debe probar, por tanto, la atribución del hecho internacionalmente ilícito al Estado reclamado. Los actos ilícitos pueden emanar de cualquier poder del Estado. Respecto de este punto, la Corte Internacional de Justicia estableció en **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)**⁴ que el Estado iraní era responsable por no imponer las medidas necesarias para la protección de la Embajada y ello comportaba la violación de las obligaciones impuestas en la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961. Lo mismo sucedió en los casos **Avena y La Grand** cuando Estados Unidos opuso como defensa que el acto había sido llevado a cabo por un Estado Federal autónomo. No obstante la Corte siguió el criterio del art. 4º del Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, tomando al Estado como un todo.

Como segundo carácter aparece la **prerrogativa del Estado**, es un derecho del Estado hacer uso del instituto, por ello no tiene ni el deber ni la obligación.

Luego, se verifican las condiciones que abren la instancia de la ac-

⁴Judgment of 24 May 1980.

ción de protección diplomática, a saber: el **vínculo de nacionalidad** entre el Estado que reclama y el individuo lesionado y el **agotamiento de los recursos internos**. En muchos casos se discute como condición para la procedencia, la doctrina de las Clean Hands y en referencia a ella puede citarse el caso **Van der Tang c. Espagne**, donde la Corte Europea de Derechos del Hombre estableció que el comportamiento reprochable de la víctima “*ne modifie rien à son intérêt légitime à obtenir des institutions de la Convention une décision sur la violation qu’il allègue*”. Una expresión análoga fue la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en **Castillo Petruzzi y otros c. Perú**. De todas formas, el proyecto de artículos sólo establece como requisitos los dos primeros.

3. Situación de las Comisiones Especiales de Reparación

Pese a que no constituye una instancia jurisdiccional propiamente dicha, son una vía de canalización de los reclamos de extranjeros lesionados en sus derechos sobre sus bienes o sobre su persona. Los gobiernos actúan como go-betweenes entre el reclamante y la comisión. En este tipo de procedimiento solamente los gobiernos y los organismos internacionales están facultados a presentar reclamaciones directamente a la comisión en nombre propio o de terceros. Los privados han de presentar las reclamaciones a sus gobiernos respectivos, los cuales someterán a la Comisión una reclamación de forma consolidada. Solamente en situaciones excepcionales las corporaciones y otras personas jurídicas privadas pueden tener acceso directo a la comisión.

No obstante, la intervención de los gobiernos es más que una simple intermediación. Las normas procedimentales acuerdan un papel más amplio a los gobiernos, quienes tienen la carga para hacer posible el acceso a los interesados al ser única la vía a tal efecto.

De la terminología de varias decisiones se puede concluir que los Estados hacen uso de un derecho que no reviste carácter de deber. Aquí hay un punto de proximidad con la protección diplomática. Sin embargo existen caracteres que hacen alejar este tipo de procedimiento de ésta, a saber: 1) Falta el presupuesto básico: protección de un estado por ante

otro estado, 2) Ausencia de rigidez del vínculo de nacionalidad (un gobierno puede hacer la reclamación en nombre de sus residentes, no hace falta que sean nacionales) y 3) No requiere previo agotamiento de instancias internas.

Habría de ubicarse entre la simple representación y la protección diplomática. No obstante, los gobiernos recibirán la indemnización en nombre del reclamante y procederán a su distribución. Dentro del marco de la práctica judicial internacional no se ha considerado a los gobiernos como curadores o depositarios, pero por la naturaleza del instituto los gobiernos deberían actuar en esta etapa también como meros intermediarios.

El Consejo de Administración de las Naciones Unidas, para el **caso de reclamaciones por la invasión de Kuwait por Iraq**, previó la facultad de que un gobierno se rehúse sin explicar las razones y entonces el damnificado encuentre habilitada la vía para acceder directamente pasados los tres meses.

Asimismo, este carácter facultativo al permitir la adopción de una posición negativa por el Estado, es otro punto en común con el instituto de la protección diplomática. El gobierno, también puede retirar la reclamación y podría hacer transacciones y aceptar por ejemplo sumas globales, y este es un derecho que no se reconoce a los titulares, quienes deben canalizarla por medio de sus gobiernos.

4. Orígenes, evolución e interpretación

La protección diplomática surge de la práctica de los Estados en sus relaciones mutuas, configurándose en la materia una norma de origen consuetudinario de carácter general. No obstante, el derecho del Estado a ejercerla, se puede hacer operativo a partir de una norma de derecho convencional.

Las fuentes materiales del instituto encuentran razón en el intercambio económico transnacional de fines del siglo XIX y comienzos del XX, como se afirma en el caso de la **Barcelona Traction**:

Etroitement liée dès son origine au commerce international, la protection diplomatique s'est tout particulièrement ressentie du développement des relations économiques internationales ainsi que des transformations profondes qui se sont produites dans la vie économique des nations. Ces derniers changements ont engendré en droit interne des institutions qui ont débordé les frontières et ont commencé à exercer une influence considérable sur les relations internationales.⁵

Los Estados, en uso de sus facultades soberanas, dan origen al instituto en el derecho interno. Dentro del esquema planteado por Thomas Hobbes en el Leviathan, puede enmarcarse la garantía de protección y seguridad que otorga el Estado a la población a cambio de que ésta se someta a su imperium. Vattel enunció a nivel internacional las premisas de la protección diplomática: "Quien maltrata a un ciudadano extranjero ofende directamente al Estado". Y en ese caso, el soberano del damnificado debe vengar la ofensa, obligando al agresor, si es que es posible, a una completa reparación o penándolo, puesto que de otro modo el ciudadano no vería realizado el fin último de la asociación civil, que es la seguridad. Bennouna, relator primero de la CDI para al proyecto de codificación relativo a la Protección Diplomática tuvo dicho que:

[La protection diplomatique] est donc liée aux premiers temps de l'émergence et de l'affirmation de la souveraineté de l'État (XVIIe-XVIIIe siècles), Leviathan des temps modernes, exerçant un pouvoir sans partage à l'intérieur de ses frontières et s'exprimant à titre exclusif à l'extérieur...⁶

Asimismo, siguiendo esta línea de razonamiento, en el precedente Barcelona Traction la Corte Internacional de Justicia dejó claro que la protección diplomática encuentra su génesis en el derecho interno de un Estado:

Le législateur national peut imposer à l'État l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger. Il peut également accorder aux ci-

5 Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second Phase, 1970, ICJ Reports p. 33 parag. 37

6 Mohamed Bennouna, « La Protection Diplomatique, un droit de l'État? », en « *Libertés, Justice, Tolérance, mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan* », Volumen I, Bruylant Bruxelles, 2004, pp 243.

toyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions. Mais toutes ces questions restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international. (p. 44).

El período de posguerra marcó un cambio en el derecho internacional con relación a la práctica de la protección diplomática, por sobre todo en materia de protección de inversiones, la cual "... *s'est traduite par la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux entre Etats ou d'accords entre Etats et sociétés.* (Barcelona p.47)

En la actualidad, la protección diplomática debe reinventarse y adaptarse a los cambios del derecho internacional, toda vez que, tales derechos fueron directamente atribuidos a los individuos, sobre todo en materia de derechos humanos. Esta circunstancia ha otorgado al individuo *ius standi* en muchos casos, para poder arribar a instancias jurisdiccionales internacionales en pos de la defensa de sus derechos frente a la violación por parte del Estado.

La protección diplomática plantea un enigma a resolver, dos argumentos se enfrentan en la caracterización del instituto y ello como derivación necesaria del esquema de fragmentación del derecho internacional. Por un lado, la afirmación de que el procedimiento es en protección de un interés del Estado, y por otro, que es un mecanismo de protección de los derechos humanos de los individuos.

La Corte Permanente de Justicia en el asunto relativo al **ferrocarril Panevezys-Saldutiskis** tuvo dicho que el derecho a la protección diplomática:

ne peut nécessairement être exercé [par un Etat] qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique. Or, c'est comme partie de la fonction de protection diplomatique que doit être considéré l'exercice du droit de prendre en mains une réclamation et d'assurer le respect du droit international ⁷.

Por otro lado, en el caso **Waite et Kennedy c. Allemagne**⁸, la Corte

7 Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.Z. série AIB no 76, p. 16.

Europea de Derechos del Hombre, sita en Strasbourg, expresó que la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales comporta en términos de protección del individuo, un espacio en blanco que la acción de la protección diplomática podría completar.

5. Derecho del Estado

a) Tratamiento por la CPIJ y CIJ

En un *obiter dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso **Mavrommatis**⁹, se tuvo dicho que la protección diplomática era considerada principio elemental del derecho internacional. El Estado tomando una especie de relevo de uno de sus nacionales en sus derechos y poniendo en movimiento la acción diplomática o la acción judicial internacional, hace valer un derecho propio, el cual es el de hacer respetar la persona de su nacional:

... [L'] État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international. (p. 12)

En línea coincidente, en **Barcelona Traction** se reafirma esta posición en el reconocimiento de la titularidad de derechos. El único medio de acceso a la presentación de una pretensión a nivel internacional era circunscripto por la Corte a la vía de la protección diplomática:

La Cour rappelle que, dans les limites fixées par le droit international, un Etat peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. (Barcelona p. 44)

8 Arrêt du 19/2/1999.

9 Concessions Mavrommatis en Palestine Arrêt du 30 août 1924 (Exception d'incompétence).

b) *Tratamiento en el sistema Europeo*

Antes de la entrada en vigor del protocolo 11, la CEDH podía ser requerida por el Estado del cual la víctima era nacional (antiguo art. 48b de la Convención), pero ésta no tenía reconocido su *ius standi* para acceder por sí misma a la Corte. Era entonces el Estado de la nacionalidad de la víctima quien actuaba para defender los intereses del lesionado, y también los propios. Esta doble motivación puede apreciarse en las siguientes decisiones: **Soering c. Royaume Uni**¹⁰, donde la República Federal de Alemania, en defensa de unos de sus nacionales “*a demandé son extradition vers ce pays en application du traité d ‘extradition conclu entre la République Fédérale et le Royaume-Uni* ». El gobierno alemán decidió acudir a la Corte protegiendo los intereses de su nacional tratando de evitar su extradición a los Estados Unidos. Pero asimismo lo hizo para hacer prevalecer su doctrina de la extradición por sobre la de los Estados Unidos y expresando su desacuerdo a admitir la extradición de un nacional hacia un Estado que posee la pena capital como forma sancionatoria.

En el **Affaire Loisdou c. Turquie**¹¹, el gobierno chipriota también actuó en función de los intereses de su nacional, quien había sido privado de sus bienes a partir de la ocupación turca de Chipre septentrional, pero asimismo no solo obedecía a una motivación que iba más allá de la violación de un derecho de un nacional, sino que era expresión de hacer valer el derecho a la acción judicial en el medio de un conflicto político contra un Estado ocupante.

Respecto de la actuación de un Estado como tercero, en virtud del art. 36 de la Convención de Derechos del Hombre¹², pudiendo en tal calidad formular observaciones escritas y presentarse en las audiencias, el

10 Rêquete 14038/88, Arrêt 7/7/89.

11 Requête no 15318/89, Arrêt 23/03/95.

12 **Artículo 36 Intervención de terceros.** 1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista. 2 En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista. 3 En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista.

caso de la intervención de Rusia contra uno de sus nacionales, muestra que el Estado puede oponerse al nacional. Este es el caso **K.K.C. c. Pays Bas**¹³, donde Rusia realizó formulaciones contra uno de sus nacionales, pero de origen checheno, que basaba su pretensión en que su expulsión a Rusia lo expondría a un riesgo real de ser sujeto de tratamientos contrarios al art. 3 de la Convención. Cabe aclarar que, sin embargo, la intervención del Estado tiende a efectuarse habitualmente en defensa de su nacional y suele afirmarse que es una tenue forma de ejercer la protección diplomática.

Estas intervenciones, en un primer momento de la práctica estadual, encontraban su justificación en el inciso primero del artículo, pero luego se trasladó al inciso segundo. Ello surge de la práctica procesal en el caso **Ilascu et autres c. Moldova et Fédération de Russie**¹⁴, y reza así en la letra de los magistrados:

Le 8 juin 2001, le Président de la Grande Chambre a invité les parties et le gouvernement roumain à soumettre des informations et des documents supplémentaires. Ceux-ci ont été présentés le 14 juin 2001 par le gouvernement roumain, le 22 juin 2001 par le gouvernement moldave, le 25 juin 2001 par le gouvernement russe et le 2 juillet 2001 par les requérants.

En los actuados **Scozzari et Giunto c. Italie**, ante la existencia de un vínculo de binacionalidad la Corte abrió una prerrogativa de presentación de argumentaciones por parte del gobierno belga el cual fue tratado prácticamente como parte en el proceso al igual que el gobierno del Estado demandado.

6. Derecho del Individuo

Tratamiento por la CIJ

En el pronunciamiento por el **Caso La Grand**¹⁵, la CIJ dio una nueva lectura a la afirmación realizada en el caso antes mencionado por la

13 Requête 58964/00, Règlement amiable du 21 décembre 2001.

14 Requête 487871/99, Décision du 4/7/01.

15 LaGrand (Germany v. United States of America) Judgment of 27 June 2001.

cual se establecía que el Estado actuaba en defensa de un derecho propio. Interpretando el art. 36 (1) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dejó sentado que dicho artículo contenía derechos pertenecientes a los individuos, pero que el canal para asegurarlos era el ejercicio de la protección diplomática a través del Estado de su nacionalidad.

En 2004, en la resolución de los cargos presentados contra los Estados Unidos en el fallo **Avena**¹⁶, la Corte sostuvo que:

It would further observe that violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual. In these special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b).

Se aclara aquí el concepto vertido en *La Grand*, concatenando ambos derechos: el del nacional enlazado al del Estado para efectuar la reclamación.

7. Sociedades vs. Accionistas

La Corte estableció en **Barcelona Traction (Belgica c. España)** como regla jurídica que el derecho de ejercer la protección diplomática motivado por un perjuicio causado a una sociedad de accionistas correspondía al Estado conforme a cuya legislación se había constituido la sociedad y en cuyo territorio tenía la sede social, no así al Estado de la nacionalidad de sus accionistas, expresándolo de este modo:

Le droit interne détermine non seulement la situation juridique de la société anonyme mais aussi la situation juridique des per-

¹⁶ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004

sonnes qui possèdent des actions de cette société. L'actionnaire ne saurait être identifié à la société, dont il est séparé par de nombreuses barrières. C'est sur une stricte distinction entre deux entités séparées, la société et l'actionnaire, chacune dotée d'un ensemble de droits distincts ...

No obstante, el Tribunal reconoció la existencia de una práctica relativa a los tratados bilaterales o multilaterales de inversión, los cuales otorgaban protección directa a los accionistas pero haciendo la salvedad de que dicha práctica constituía *lex specialis*, no habiendo cobrado entidad como para constituir una norma de derecho consuetudinario que facultara al Estado de la nacionalidad de los accionistas al derecho a ejercer la protección diplomática.

La Corte en estos autos estableció que: 1) los accionistas que invirtían en una sociedad que realizaba actividades en el extranjero asumían riesgos, entre los cuales se hallaba que el Estado de la nacionalidad de la sociedad se negara, en uso de su discrecionalidad, a otorgarle protección diplomática: "l'Etat jouit d'une liberté d'action totale"; 2) si el Estado de la nacionalidad de los accionistas era quien ejercía la protección diplomática, ello acarrearía la multiplicidad de reclamaciones dado que los accionistas podían provenir de diversos países y asimismo ser diferentes sociedades y dijo:

La Cour considère que l'adoption de la thèse de la protection diplomatique des actionnaires comme tels, en ouvrant la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes, pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales. Le danger serait d'autant plus grand que les actions des sociétés ayant une activité internationale sont très dispersées et changent souvent de mains.

En sentido contrario, la CIJ en **Elettronica Sicula S.p.A**¹⁷. en 1989, la Corte autorizó a Estados Unidos a ejercer la protección diplomática a favor de accionistas de dos sociedades estadounidenses que poseían la totalidad de acciones de una sociedad constituida en Italia. Sin embargo, manifestó que la práctica en relación al ejercicio de la protección diplomática seguía guiándose por lo estatuido en Barcelona Traction.

17 Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie) Arrêt du 20 juillet 1989

8. Posiciones intermedias

Tratamiento en el sistema Europeo

Dentro del marco del derecho europeo de derechos del hombre, los Estados tienen medios de acción ante la Corte Europea de Derechos del Hombre. Estos se acercan a lo que tradicionalmente fue la protección diplomática. Se manifiesta a través del recurso reconocido al Estado (art. 33 de la Convención de Derechos del Hombre¹⁸) y por la vía de la intervención de un tercero.

En el sistema Europeo el instituto de la protección diplomática no se presenta en estado puro, sino a través de una acción en cabeza del Estado (según lo estatuido en la Convención para la defensa de los DDHH) la cual exhibirá reminiscencias de la tradicional protección diplomática (violación por un Estado contratante de derechos de un nacional del Estado demandante).

En el fallo **Autriche c. Italie**, de 1961, la CEDH estableció que en el caso en que un Estado demande a otro Estado:

[II] ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question touchant l'ordre Public de l'Europe.

Siguiendo esta lógica, la motivación que lleva al Estado a accionar no es hacer valer los derechos de su nacional, sino poner por sobre todo los valores plasmados en derecho que hacen al orden público europeo. Aunque ello no condice con la práctica material, ya que cuando un Estado introdujo una demanda por ante la CEDH hasta la fecha lo hizo en razón de la protección de los intereses de sus nacionales.

El Estado dinamarqués en 1997 dirigió una demanda contra Turquía a los fines de establecer si el gobierno turco, en ocasión de interrogar a un nacional dinamarqués, había o no respetado la norma del estándar

18 "Artículo 33 Asuntos entre Estados Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante"

mínimo de tratamiento y la del tratamiento nacional. A tal efecto, en la **résolution DH(2004)87**¹⁹, se lee lo siguiente :

5. Le gouvernement requérant et le gouvernement défendeur s'accordent à dire que le recours à des techniques inappropriées d'interrogatoire policier constitue une violation de l'article 3 de la Convention et doit être proscrit à l'avenir. Les deux gouvernements reconnaissent que c'est par la formation que l'on peut le mieux atteindre cet objectif. (cursiva del original)

Estas palabras que testimonian la base sobre la cual se inspira la acción del Estado, a saber la Convención, la cual contiene derechos que se vieron violados respecto de un nacional dinamarqués y que en defensa de éste su Estado puso en marcha el mecanismo del actual art. 33 con características de acción diplomática.

El criterio jurisprudencial, sin embargo, evolucionó. En el **Chypre c. Turquie**²⁰ se evidencian elementos de la acción diplomática en el accionar estatal por vía del recurso reconocido al Estado. Como lo expresa Jean-François Flauss²¹ caracterizando los cargos establecidos contra Turquía como

violations des droits de chypriotes grecs portés disparus et de leurs familles découlant des conditions de vie des chypriotes grecs dans le nord de l'île, violation du droit des chypriotes grecs à tenir des élections, violations des droits des personnes déplacées (cette qualification vise uniquement des chypriotes grecs) au respect de leur domicile et au respect de leurs biens. L'arrêt que la Cour est appelée à rendre sur le terrain de la satisfaction confirmera (...) la nature réelle de l'action exercée par Chypre, à savoir une action en protection diplomatique de caractère collectif.

19 Relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 5 avril 2000 (Règlement amiable)

dans l'affaire Danemark contre la Turquie.

20 Arrêt du 10 mai 2001.

21 Jean François Flauss, «Contentieux Européen des Droits de l'Homme et Protection Diplomatique», en *Libertés, Justice, Tolérance, mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Volumen I, *Bruylant Bruxelles, 2004, p. 822-823.*

9. Restricciones a la procedencia

Para prevenir el abuso de reclamaciones extranjeras, muchos países latinoamericanos, principales receptores de capital internacional, decidieron incluir en sus Constituciones Nacionales o leyes internas, disposiciones declarando que el extranjero se hallaba en las mismas condiciones que un nacional. De ello se derivaba la obligación del extranjero, cuando fuese lesionado en sus derechos, de acudir a las instancias jurisdiccionales internas del Estado receptor. Del mismo modo, se establecían estipulaciones tales como la denegación al extranjero de la reclamación de indemnizaciones por daños provenientes de las autoridades de la administración, o aquella que sólo permitía al extranjero acudir a la protección diplomática cuando hubiese denegación de justicia, aclarándose que esta última no existiría si el tribunal competente se había pronunciado. Sin embargo, esas declaraciones unilaterales no cobraban eficacia en el ámbito internacional.

9.1 Por vía de los contratos “Cláusula Calvo”

En contratos que habían sido celebrados por particulares extranjeros con el Estado, podía incluirse una cláusula que tendiera a impedir que todo conflicto surgido respecto de las partes contratantes fuera considerado de carácter internacional, de hecho la parte contratante de nacionalidad extranjera sería considerada como nacional del Estado local. La lectura de la cláusula se traducía en los hechos como la no intervención armada de los gobiernos frente al nacimiento de algún tipo de divergencia.

Básicamente, esta cláusula remitía a la jurisdicción local o a un arbitraje privado el tratamiento de cualquier controversia surgida entre las partes contratantes, siendo ley aplicable la del Estado receptor y en muchos casos dejando explícitamente fijado que se renunciaba a la vía de la protección diplomática.

En *Principles of Public International Law*, Ian Brownlie asevera que pese a que esta práctica, usual de los Estados latinoamericanos, de insertar la cláusula en contratos de concesión a extranjeros, que anulaba la posibilidad de acudir a la protección diplomática, los tribunales internacionales la comenzaron a aceptar a partir de mediados de la década

del veinte. El resultado buscado mediante la inserción de esta cláusula, fue evitar que las controversias derivaran en protección diplomática o en procesos entre Estados.

Hoy en día, la Cláusula Calvo recobró vida en lo que respecta a la remisión a un arbitraje privado entre el inversionista y el Estado, gracias a la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre Solución de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y Ciudadanos de otros Estados, que crea en su seno el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

a) Tratamiento por los Tribunales Arbitrales

En el laudo arbitral **North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States**²², originado por la reclamación del gobierno de los Estados Unidos de América en favor de la compañía, motivando la petición en un incumplimiento contractual por parte del Gobierno Mexicano. El tribunal de la Comisión de reclamaciones tuvo dicho que:

Even so, each case involving application of a valid clause partaking of the nature of the Calvo clause will be considered and decided on its merits. Where a claim is based on an alleged violation of any rule or principle of international law, the Commission will take jurisdiction notwithstanding the existence of such a clause in a contract subscribed by such claimant. But where a claimant has expressly agreed in writing, attested by his signature, that in all matters pertaining to the execution, fulfilment, and interpretation of the contract he will have resort to local tribunals, remedies, and authorities and then wilfully ignores them by applying in such matters to his Government, he will be held bound by his contract and the Commission will not take jurisdiction of such claim.

Y este pronunciamiento se entrelaza con uno de los requisitos necesarios para la procedencia de la vía de la protección diplomática: el agotamiento de los recursos internos. En este laudo, este requisito era evaluado a la luz de lo establecido por medio de la Cláusula Calvo.

22 Del 31 de marzo de 1926.

En **Olguín Eudoro c. República del Paraguay** -que también servirá de fuente para ilustrar el tópico de nacionalidad- el tribunal arbitral muestra claramente cómo la cláusula Calvo recobra un neoprotagonismo de la mano de los Tratados Bilaterales de Inversión:

... reglas internas ..., atinentes al otorgamiento de la protección diplomática a particulares, y por lo tanto a algo que según el derecho internacional es una prerrogativa del Estado patrial, no se podrían aplicar por analogía al caso del acceso al foro del CIADI, que tiene como uno de sus objetivos más importantes y singulares dar al propio particular el derecho de acción, excluyendo del proceso el endoso de su reclamación y toda otra iniciativa del Estado patrial, del cual solo se requiere que sea parte del Convenio de 1965 y del CBI pertinente.²³

9.2 Por vía de los tratados

En los tratados generales de amistad y comercio entre países latinoamericanos y europeos se encuentran insertas las “cláusulas de irresponsabilidad”. Éstas establecían que los nacionales de uno de los Estados contratantes no acudirían a la protección diplomática en el otro Estado contratante o que procedería en casos de denegación de justicia y luego de haber agotado los recursos internos locales, o como en los supuestos antes mencionados en caso de daño causado a los nacionales extranjeros por autoridades o insurrectos de la nación receptora. El tratado concertado entre Bolivia y España en 1861 fue el precursor en la inserción de este tipo de cláusulas.

El efecto de estas cláusulas es negativo para los nacionales, ya que dispensa al Estado de proteger a sus ciudadanos fuera del país y asimismo de proteger a los extranjeros bajo la esfera de su poder.

a) Régimen CIADI

Muchos autores posicionan al régimen CIADI dentro del supuesto de un resurgimiento de la cláusula Calvo, pero aquella se aplicaba básica-

23 Olguín Eudoro c. República del Paraguay ARB/98/5, p. 159 párrafo 62.

mente en materia contractual. La Convención CIADI es un acuerdo marco que se posiciona por sobre los tratados bilaterales de inversión (convenios marco para dos Estados) que firman los distintos Estados reconociendo protección y derechos a inversores extranjeros.

El art. 27 de este Tratado que establece un sistema auto-contenido expresa lo siguiente:

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

El inversor, por aplicación del tratado bilateral de inversión y la convención CIADI tendrá legitimación activa reconocida para demandar al Estado que lesionara uno de sus derechos.

10. Presupuestos para la procedencia

10.1 Nacionalidad

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas confeccionó un proyecto de artículos que normaban el instituto. Trabajó sobre antecedentes jurisprudenciales y sobre la práctica del derecho internacional, concluyendo que los siguientes requisitos identifican la nacionalidad del solicitante de la protección: 1) la residencia legal y habitual en el Estado que solicita la protección y 2) la continuidad de dicha circunstancia a la fecha en que se produjo el daño y a la fecha en que se realiza la presentación oficial de la reclamación.

Si bien es discrecional de cada Estado, y pertenece a su esfera de competencia interna establecer los modos de adquisición de la nacionalidad, el proyecto de artículos en su art. 4º establece que éstos no pue-

den ser contrarios al derecho internacional, y ello abre la puerta a que un Estado impugne la nacionalidad de un individuo habiendo sido ésta otorgada en sentido contrario a lo estatuido en el ordenamiento internacional. Éste será un tema sujeto a discusión en sede judicial internacional.

Además, el proyecto establece prohibiciones al ejercicio de la acción a saber: a) la persona fue nacional con anterioridad del Estado reclamado y en aquella fecha que se le ocasiona la lesión, b) la persona adquirió la nacionalidad del Estado reclamado o de otro Estado, a la fecha de la presentación de la reclamación oficial.

El Art. 6º respecto de la binacionalidad, o múltiple nacionalidad, no fija el principio de nacionalidad efectiva, sino que estipula que cualquier Estado del que sea nacional una víctima puede ejercer la acción. Siendo posible la acción conjunta de dos o más Estados. Cabe destacarse que por aplicación del principio de igualdad soberana de los Estados, no puede ejercerse la protección diplomática de un ciudadano con doble nacionalidad cuando éste posea tanto la del Estado reclamado como la del reclamante, sin embargo éste principio cede frente al principio de la nacionalidad efectiva, debiendo remitirse al art. 31 3 c) de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. El tribunal de reclamaciones **Irán-EEUU en los casos de personas con doble nacionalidad**, plasmó en su decisión el criterio según el cual para determinar la nacionalidad efectiva, se debe considerar la residencia habitual, centro de intereses, lazos familiares, lugar en que se ejerce la participación en la vida pública, dentro de otras “*pruebas de vinculación*”.

a) Tratamiento por los Tribunales Arbitrales

Respecto de las pruebas de vinculación a la hora de dilucidar el problema planteado por la doble nacionalidad de un lesionado extranjero, en **Canevaro**, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje estatuyó que Italia no podía invocar ante el Estado peruano la nacionalidad italiana de Baron Canevaro. Las motivaciones de tal negativa fueron la presentación de una candidatura al Senado peruano y el haberse desempeñado como Cónsul General del Perú en los Países Bajos.

Por otro lado, en **Orinoco Steamship Co.**, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya estableció respecto de los tiempos de adquisición de la nacionalidad lo siguiente:

It is a principle of international law, universally admitted and practiced, that for collecting a claim protection can only be tendered by the Government of the nation belonging to the claimant who originally acquired the right to claim, or in other words, that an international claim must be held by the person who has retained his own citizenship **since said claim arose up to the date of its final settlement**, and that only the government of such person's country is entitled to demand payment for the same, acting on behalf of the claimant.

Sin embargo, este criterio no fue recogido al momento de la redacción del art. 5º del Proyecto de artículos de la CDI antes mencionado.

En el laudo **Olguín Eudoro c. República del Paraguay**²⁴, el Estado demandado alegaba que al ser el actor peruano y contemporáneamente estadounidense, y el orden jurídico peruano fija que en caso de binacionalidad el domicilio de las personas determina cuáles son los derechos de los que goza una persona, el reclamante no gozaría de los mismos por residir en los Estados Unidos de América:

En el caso de la protección diplomática del binacional, tanto uno como el otro de sus Estados patriales tienen capacidad para actuar en su favor contra un tercer Estado, y este último no tendría como invocar, en el plano internacional, normas que en el derecho interno del Estado protector sirvan para transferir el encargo de la protección—que además no es obligatorio—al Estado copatrial en razón del domicilio de la persona o de otro factor semejante. El tercer Estado, el hipotético autor del acto ilícito (...), sólo estaría autorizado por el derecho internacional, en este preciso dominio, a negar la legitimidad de la protección diplomática cuando falte un vínculo de nacionalidad efectiva entre el particular y el Estado protector; nunca por cuenta de reglas de derecho interno... (p.159).

En el 2005, un tribunal arbitral del CIADI, en el caso **Lowen Group inc. c/ Estados Unidos de América**, estableció que debe existir una continuidad de la nacionalidad desde que se produjeron los hechos hasta la resolución de la reclamación. Ello para evitar que una sociedad que pase a tener la nacionalidad del Estado al cual está reclamando siga siendo representada por un Estado del cual ya no es nacional. Una situación similar se presenta en el caso en que la persona obtuviera la nacionalidad de un tercer Estado en ese íter de reclamación. Pese a ello, el art. 10 del proyecto de la CDI establece como requisito la continuidad desde el momento de sufrido el daño hasta la presentación de la reclamación.

b) Tratamiento por la CPIJ y CIJ

La Corte Permanente de Justicia en el asunto relativo al **ferrocarril Panevezys-Saldutiskis** tuvo dicho que el derecho a la protección diplomática:

[L'action] ne peut nécessairement être exercé [par un Etat] qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique. Or, c'est comme partie de la fonction de protection diplomatique que doit être considéré l'exercice du droit de prendre en mains une réclamation et d'assurer le respect du droit international²⁵.

Este criterio fue ratificado en 1998 a la hora de resolver la controversia suscitada entre Guinea c. Congo por el **asunto Ahmadou Sadio**, donde la Corte estableció que el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo lesionado es el único que otorga derecho a la protección diplomática.

El precedente jurisprudencial más citado por la doctrina y las decisiones jurisprudenciales internacionales en materia de definición de la nacionalidad efectiva, fue la decisión **Nottebohm**. Aquí, la CIJ decidió que el Principado de Lichtenstein no estaba facultado a invocar ante el Estado de Guatemala la nacionalidad adquirida por el individuo lesionado, ya que no encontraba un hecho social de adherencia, un vínculo

25 Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.Z. série AIB no 76, p. 16.

genuino de existencia, de interés y de sentimientos, ni la existencia de deberes y derechos recíprocos entre la víctima y Lichtenstein. Los vínculos entre este Estado y Nottebohm eran tenues.

c) Tratamiento en el sistema Europeo

El ejercicio de la acción diplomática para la protección del nacional presenta características particulares en el sistema de integración europea. El Tratado de la Unión Europea, estipula la calidad ciudadana de la Unión en el Tratado de la Comunidad Europea mediante los artículos 17 a 22. Es estratégico el tratamiento que se le otorga a la ciudadanía. De hecho, el artículo 17 TCE reza lo siguiente: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. Por lo tanto, todos los nacionales de los Estados miembros de la Unión estarán vinculados jurídicamente con la Unión Europea. Esta ciudadanía es complementaria y no sustituye a la nacional.

Asimismo, en el seno de la Unión Europea, los Estados miembro pueden hacer uso de su vínculo de nacionalidad para erigirse en la defensa de uno de sus ciudadanos frente a otro Estado miembro que haya incurrido en violación a una obligación para con estos. Esto puede producirse tanto en sede internacional como en la comunitaria. Sin embargo, la innovación surge a partir de la operatoria que impulsa el art. 20 del Tratado que instituyó a la Comunidad Europea. Por medio de este artículo, presuponiendo la antes mencionada nacionalidad de comunitaria, un nacional de un Estado miembro de la Unión puede ser auxiliado por la vía diplomática por la representación diplomática (o consular) de cualquier otro Estado miembro cuando la lesión se produjese en el territorio de una parte no contratante. La Unión, a través de la protección diplomática brindada por cualquier Estado miembro, es la titular del ejercicio de la acción diplomática, canalizada por la delegación diplomática de una de las Altas Partes Contratantes.

En el marco del régimen contencioso comunitario, en los actuados **Scozzari et Giunto c. Italie**, dada la existencia de un vínculo de binacionalidad, la Corte confirió tanto al gobierno demandado como al requerido en colaboración, una situación de quasi partes en el proceso,

en virtud del art. 33 (2) de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

d) Tratamiento en el Sistema Interamericano

La CIDH afirmó en razón del **Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana**²⁶, a la hora de resolver una controversia respecto del otorgamiento de nacionalidad, lo siguiente: “*El proceso de nacionalización sirve para establecer formalmente el vínculo entre el individuo y el Estado; así el individuo puede acudir a la protección del Estado.*”

Además de todo derecho reconocido a las niñas víctimas en esos actuaciones, la protección del Estado a través del vínculo de nacionalidad puede desplegarse en futuro para el ejercicio de la acción de protección diplomática.

Sin embargo, por otro lado encontramos otra perspectiva que viene a suscitarse por efecto de la evolución del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. En el **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**²⁷, la Corte planteó el problema de la desnacionalización en referencia a la reclamación directa del individuo marcando la diferencia con el instituto de la protección diplomática, en el considerando 29:

Uno de los trazos marcantes de la emancipación del ser humano, vis-à-vis su propio Estado, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reside precisamente en la desnacionalización de la protección en el presente contexto. La nacionalidad desaparece como *vinculum juris* para el ejercicio de la protección (diferentemente de la protección diplomática discrecional en el contencioso inter-estatal, basada en premisas fundamentalmente distintas), bastando que el individuo demandante - independientemente de nacionalidad o domicilio - se encuentre (aunque temporariamente) bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión.

26 Sentencia de 8 de septiembre de 2005

27 Sentencia de 4 de septiembre de 1998 (*Excepciones Preliminares*).

La Corte Interamericana en la **OC-4/84**²⁸ respecto de la nacionalidad, su adquisición y derecho de cambiarla, expresó que la nacionalidad: “... puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática.” (Considerando 35 p. 11)

e) Comisiones especiales

En el caso **Merge**, la Comisión Internacional de Conciliación se pronunció en contra de la argumentación de los Estados Unidos, no permitiéndole a este Estado invocar ante Italia la nacionalidad de Florence Strunsky Merge, quien tenía la nacionalidad de ambos países. Consideró que su nacionalidad estadounidense no era la **dominante**, y lo hizo sobre la base de este fundamento:

The principle, based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle of effective nationality whenever such nationality is that of the claiming State. But it must not yield when such predominance is not proved because the first of these two principles is generally recognised and may constitute a criterion of practical application for the elimination of any possible uncertainty.

11. Denegación de Justicia

En 1625, Grocio sostenía que la represalia podía ponerse en marcha cuando un derecho era denegado, situación que se configuraba ante la no obtención en un tiempo debido de una sentencia o si ésta contrariaba el derecho. Un siglo más tarde, Vattel establecía que la denegación de justicia se manifestaba de distintas maneras: a) mediante la negativa de admitir el acceso a los tribunales ordinarios; b) a través del retardo injustificado; c) mediante el dictado de una sentencia manifiestamente in-

28 Del 19 de enero de 1984 , Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada a la naturalización solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

justa o parcial. Asimismo, se hizo extensivo el concepto a los actos legislativos, judiciales o administrativos que pudieren causar gravamen en la persona o bienes del extranjero.

Una corriente de la doctrina entendía que la denegación de justicia constituía una regla básica de la responsabilidad del Estado y era determinante para el ejercicio de la protección diplomática.

Otra posición doctrinal, sostenida por Anzilotti, Root y De Vissher entre otros, afirma que la denegación de justicia ha de limitarse a la violación de los derechos extranjeros imputable tan sólo a al poder judicial y contencioso-administrativo.

En el seno de la Comisión de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional²⁹ se sostuvo que “*La denegación de justicia, no existe sino cuando el extranjero no ha tenido un libre acceso a los tribunales para la defensa de su derecho.*” Y sostuvo en el mismo sentido Fauchille: “*D’une manière générale le déni de justice est le fait, par un État, de ne point accorder à un étranger les moyens et les voies de recours nécessaires à la défense de son droit...*”³⁰.

En una publicación del estudioso Edwin M. Borchard, éste afirma que

fundamentally is the denial of justice which is the necessary condition for the interposition of a government on behalf of its citizen by breach of contract. As a general rule, before a claim originating in a contract can come with the category of denial of justice it must have been submitted to the courts of such judicial determination as is provided by the local law or in the contract.³¹

Este requisito va a la par del agotamiento de los recursos internos, no obstante fue tratado de manera individual en algunas instancias jurisdiccionales.

29“Informe Guerrero”, Sociedad de las Naciones C. 196 M 70 1927, V.

30 En <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2700/71.pdf>

31 Edwin M. Borchard, *The diplomatic protection of citizens abroad*, New York 1914, p. 33-34.

a) *Tratamiento por los Tribunales Arbitrales*

En el laudo arbitral **L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States** (1926), el tribunal se expidió respecto de la denegación de justicia interpretándola en sentido amplio, abarcando más que el mero acto judicial:

The claim preferred by the United States is predicated on a denial of justice. I think it is useful and proper to apply the term denial of justice in a broader sense than that of a designation solely of a wrongful act on the part of the judicial branch of the government. I consider that a denial of justice may, broadly speaking, be properly regarded as the general ground of diplomatic intervention.³²

Un año más tarde, el árbitro Van Vallenhoven a la hora de resolver el litigio del caso **Chattin** manifestó un criterio restrictivo a la hora de llenar conceptualmente el elemento requerido de denegación de justicia. Enseñó en su voto que si la denegación de justicia comprendiera todos los hechos lesivos provenientes de los tres poderes del Estado entonces *“no existiría lesión internacional que no estuviese cubierta por la expresión denegación de justicia, y esta expresión perdería su valor como definición técnica”*³³

11.1 Agotamiento de los Recursos Internos

El origen de este requerimiento se encuentra en las “cartas de represalia”. En tiempos de guerra, la práctica de los Estados europeos, que aún no hubiesen constituido escuadras nacionales, era hacerse de barcos privados para atacar al enemigo, es decir valerse de corsarios. Los particulares que tripulaban esos barcos contaban con concesiones o documentos, que eran llamados cartas de represalia, que los autorizaban a tomar posesión de buques y bienes enemigos. En períodos de paz también se otorgaban estos documentos a nacionales, siempre que hubieren sufrido daños por parte de súbditos de otras naciones en las cuales se les hubiere negado justicia.

32 L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, p. 64 in fine.

33 En Podestá Costa Ruda, Derecho Internacional Público Tomo 2, Ed. TEA, 1988.

Actualmente, no puede considerarse denegada la vía de la jurisdicción local si los nacionales extranjeros lesionados tuvieron a su disposición medios para acudir a los tribunales locales. Dentro de los “Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado según la opinión de los países latinoamericanos” emitido por el Comité Jurídico Interamericano en 1962, se coincidió en que:

- a) No hay denegación de justicia cuando los extranjeros han tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales locales; b) El Estado ha cumplido con su deber internacional cuando la autoridad judicial pronuncia la decisión, aún si declara inadmisibile la demanda, la acción o el recurso interpuesto por el extranjero; c) El Estado no es internacionalmente responsable por la resolución judicial cuando no fuere satisfactoria para el reclamante.³⁴

A su vez, el art. 14 del Proyecto de Artículos de la CDI, dispone que un Estado no podrá reclamar en nombre de un nacional si éste no ha previamente agotado los recursos internos del Estado acusado de la violación, y define a los recursos locales como los remedios legales a disposición de la persona lesionada por ante instancias administrativas o judiciales del Estado supuestamente responsable de la lesión.

Es un requisito que se vincula con las estipulaciones de la Cláusula Calvo. Además constituye una regla general de derecho internacional que la persona lesionada agote previa vía internacional los recursos locales sean éstos administrativos o judiciales.

a) Tratamiento por los Tribunales Arbitrales

El tribunal arbitral constituido para resolver la situación de los **bienes** en cabeza de ciudadanos **británicos en Marruecos**³⁵ aseveró que el agotamiento de las instancias locales constituía un principio reconocido del derecho internacional.

En 1930, a la hora de resolver en conflicto entre Gran Bretaña y México a causa de los daños sufridos por la **Mexican Union Railway**, el tri-

34 OEA Documentos Oficiales, OEA/ SER I / VI 2, 1962, cap. III, p. 68.

35 British Claims in the Spanish Zone of Morocco (1923). Reports of International Arbitral Awards, Vol II. p 731.

bunal arbitral manifestó que “*It is one of the recognized rules of international law that the responsibility of the State under international law can only commence when the persons concerned have availed themselves of all remedies open to them under the national laws of the State in question.*” (p.122)

b) Tratamiento por la CPIJ y la CIJ

En la antes mencionada decisión de la CPIJ en **Mavrommatis Concessions**, el tribunal estableció que respecto de derechos de propiedad y contractuales, correspondía entender en principio a los tribunales internos: “*et de ce chef c’est avant tout aux tribunaux internes qu’il appartient d’en connaître*” (p.18), dejando sentado que “*Il ne peut, en effet, y avoir lieu de recourir aux tribunaux internes, si ceux-ci ne sont pas à même de pouvoir statuer ; il n’est pas non plus nécessaire de recourir encore une fois aux tribunaux internes, si le résultat doit être la répétition d’une décision déjà rendue.* » (p. 18). Por tanto, se establece que el principio es el agotamiento de los recursos internos, pero se contemplan las circunstancias especiales que resulten en la imposibilidad de juzgar por los tribunales locales. Y en el caso del ferrocarril **ferrocarril Panevezys-Saldutiskis**, sostuvo que

C’est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l’État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n’ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et causa pour l’un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l’action diplomatique...

En la decisión arribada en **Interhandel**³⁶, en 1959, insiste sobre la existencia de este requisito como una regla afianzada en el derecho internacional general originada en la costumbre, leyéndose esto en el siguiente fragmento del fallo:

La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu’une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier; elle a été gé-

néralement observée dans les cas où un Etat prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre Etat en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne. (p. 27)

Retomando **Avena** respecto de este acápite, la Corte coincide con el argumento vertido por México en su memorial "... *the available judicial remedies are thus ineffective. As for clemency procedures, Mexico contends **that they cannot count** for purposes of the rule of exhaustion of local remedies, because they are not a judicial remedy.*" Concluyendo por tanto, que debido a la existencia de ineffectividad respecto de los procedimientos aplicables el caso, el agotamiento de los recursos internos no fungía como requisito para el caso en cuestión.

c) Tratamiento en el sistema Europeo

Uno de los desafíos que atraviesa al derecho comunitario es la hibridez que presenta la reclamación que parte de un Estado respecto de otro en materia de violación de Derechos Humanos en el marco de la Convención de los Derechos del Hombre.

En 1969, a la hora de resolver la controversia entre **Matznetter c. Austria**, la CEDH estatuyendo respecto de la necesidad de agotar las vías internas antes de arribar a la Comisión, diferenció el sistema instaurado por la Convención Europea de Derechos del Hombre del derecho internacional general:

La jurisprudence de la Commission serait constante à cet égard; ... et s'appuierait sur le texte anglais de l'article 26 (art. 26) et sur le but de la règle de l'épuisement. Les mots "deal with" et "être saisie" viseraient l'examen du fond de l'affaire, examen que la Commission ne saurait aborder sans épuisement préalable des voies de recours internes. En revanche, ils n'interdiraient pas à la Commission de tenir compte de faits postérieurs à la requête, L'article 27 par. 3 (art. 27-3) renforcerait cette interprétation: il impliquerait que la Commission doit s'assurer de la recevabilité

de la requête; il présupposerait donc l'introduction d'une requête. En outre, la thèse contraire empêcherait de joindre au fond la question de l'épuisement, solution que la Commission a pourtant adoptée dans certaines affaires. Bien que l'article 26 (art. 26) se réfère aux principes de droit international généralement reconnus", il n'y aurait point de parallélisme intégral entre la protection diplomatique et le système original instauré par la Convention, du moins pour ce qui est des requêtes de simples particuliers.

Y para continuar con el análisis y clarificar la anterior resolución, en el asunto **Chrypre c. Turquie** la CEDH se preguntó cuáles eran los principios del derecho internacional generalmente reconocidos aludidos en el antes art. 26, hoy art. 35 (1)³⁷ de la Convención que habilitarían la vía de la protección diplomática, respondiéndolo que:

La doctrine est unanime à ce sujet. L'épuisement des recours internes ne doit jamais devenir un obstacle théorique à une solution internationale (protection diplomatique ou instance internationale). Le droit international précise bien que, si l'épuisement des recours internes est la règle normale avant une solution internationale, **cette condition ne doit jamais être respectée si ces recours internes sont fallacieux, inefficaces, théoriques, inexistantes ou tout simplement s'il existe une jurisprudence constante rendant le recours interne inutile.**

d) Tratamiento en el Sistema Interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha analizado a la luz de la Convención y al carácter especial que imprimen los derechos humanos al proceso, el problema del agotamiento de los recursos internos, diferenciando el funcionamiento de este requisito respecto de la protección diplomática, y en el **Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**³⁸. Se asemeja en su razo-

³⁷ **Artículo 35 Condiciones de admisibilidad** 1 Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva...

³⁸ **Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)**

namiento a la posición adoptada en algunos de los pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos del Hombre, aludiendo al carácter de régimen auto-contenido del sistema Interamericano:

“... en el presente contexto de la protección internacional de los derechos humanos, - fundamentalmente distinto del de la protección diplomática discrecional a nivel interestatal - la regla de los recursos internos se reviste de naturaleza más bien procesal que sustantiva. Condiciona, de ese modo, la implementación (mise-en-oeuvre) de la responsabilidad del Estado (como requisito de admisibilidad de una petición o reclamación internacional), pero no el surgimiento de dicha responsabilidad.” (p.13 considerando 33).

Conclusiones

La acción de protección diplomática ha ido perdiendo la consistencia con la cual se había posicionado en el plano procesal del derecho internacional. Hoy en día, regímenes como los del CIADI o la tutela directa del individuo otorgada por el sistema interamericano y europeo de defensa de los Derechos Humanos le han quitado protagonismo. No es ya el Estado quien tiene en cabeza la titularidad de la defensa del nacional, sino que ahora el nacional puede acudir directamente por ante los estrados internacionales para hacer valer su derecho, incluso contra el Estado de su nacionalidad.

No puede afirmarse de manera absoluta que los derechos lesionados se encuentren en cabeza del Estado o del particular, sino que la protección diplomática ha de verse como un todo, como una concatenación de eventos y de derechos que se encuentran interrelacionados por las vinculaciones del sujeto con el Estado que puede ejercerla.

Sin embargo, reminiscencias del instituto aún persisten, como en la provisión subsidiaria de colaboración del Estado inscrita en el art. 27 de la Convención CIADI y como la intervención en calidad de tercera parte en el sistema europeo o más en general aludiendo a los supuestos del art. 33 de la CEDH. Asimismo, es aún operativa fuera de estos regímenes autocontenidos.

Las posturas han evolucionado a lo largo del tiempo respecto de los requisitos aquí enumerados, respondiendo al fenómeno de fragmentación que opera en el campo del derecho internacional. De igual modo, factores de índole económico-política influyen en los cambios de orientación, que motivan la celebración de tratados que insertan a un Estado en un régimen específico de resolución de controversias brindando al sujeto el *ius standi* para presentarse ante instancia internacional por sí mismo. Además la nacionalidad ya no es óbice para que se haga lugar a la reclamación dentro del marco de la defensa de los derechos humanos.

El amplio poder que mostraba poseer el Estado desde la Paz de Westfalia fue cediendo ante el emerger de la legitimación activa del individuo en el plano internacional, y la evolución del rol de la acción de protección diplomática, derecho inherente al Estado, da cuenta de ello.

Bibliografía

La protección diplomática, L.L. t.10, año 1938.

CASTILLO ARGARAÑÁZ, L.F. “Nuevos Enfoques en la Protección Diplomática. La Nacionalidad en las demandas ante Tribunales Internacionales” en *EL DERECHO*, Buenos Aires, Universitas, Volumen: 219, Tomo 219, suplemento del 9-10-2006, pp. 953 a 959,.

PAGLIARI, A.S. “Responsabilidad Internacional y Protección Diplomática”, en *Cuaderno de Derecho Internacional*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias

Sociales de Córdoba, Volumen III, 1º Edición 2009, pp. 55 a 94.

PAOLILLO, F.H. “Reclamaciones Colectivas Internacionales”, en *El Derecho Internacional en Un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al Prof. Eduardo Juárez de Arecha*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo Uruguay, 1º Edición, 1994, pp. 545 a 569.

DOEHRING, Karl “Diplomatic Protection of non-gouvernemental Organizations”, en *El Derecho Internacional en un mundo en transfor-*

- mación, Liber Amicorum en homenaje al Prof. Eduardo Juárez de Arecha*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo Uruguay, 1º Edición, 1994.
- Droit Institutionelle de l'Union Européenne, Jean Paul Jacqué, 4e édition, Dalloz, Paris 2006.
- «La constitution Européenne», présentée par Olivier Duhamel, Armand Colin, Mai 2005, Paris.
- FLAUSS, J.F. «Contentieux Européen des Droits de l'Homme et Protection Diplomatique », en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Disciporumque Liber, Paix, Développement, Démocratie*, Volumen I, Bruylant Bruxelles, 1998 pp. 813 a 838.
- BENNOUNA Mohamed «La Protection Diplomatique, un droit de l'État?», en « *Libertés, Justice, Tolérance, mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*», Volumen I, Bruylant Bruxelles, 2004, pp 243 a 250.
- Opinion of Christopher Greenwood, "Lowen Group and another v. United States of America", en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB65/claimargument1a.pdf> (consultado 25 de mayo de 2010).
- WATHELET, M. «Contentieux Communautaire», Syllabus Tomo 1 y 2, Université Catholique de Louvain, Diffusion Universitaire Ciaco, 2009-2010.
- VERMEER-KÜNZLI, A.M.H. "The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection, Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument" en <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/1887/12538/13/front.pdf> (fecha de consulta 18 de abril de 2010).
- KETTEMANN, M.C. "Investment Protection Law and the Privatization of International Law, Lessons from, and Experiences with, Individual Ownership of Claims" en http://public.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Assistententagung/thesen/these_kettemann.pdf (fecha de consulta 23 de Mayo de 2010).
- COSTA RUDA, P. "Derecho Internacional Público" Tomo 2, Ed. TEA, 1988
- COCKER, W.J. El Gobierno de los Estados Unidos de América.