

Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?

*Legal Nature of Diplomatic Protection in Light
of the Progressive Development of International Law:
Right of the States or Right of the Human Beings?*

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes generales.* III. *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática.* IV. *El derecho subjetivo lesionado del individuo subyacente.* V. *¿Deber de los Estados?* VI. *Condiciones de ejercicio: nacionalidad de la reclamación y agotamiento de los recursos disponibles en el derecho interno.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía esencial.*

* Investigadora en el área de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora en Derecho y maestra en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, y licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Email: elisa.ortega.velazquez@gmail.com.

Artículo recibido el 15 de abril de 2015
Aprobado para publicación el 31 de agosto de 2015

RESUMEN: El objetivo de este artículo es estudiar la naturaleza jurídica de la protección diplomática, con el fin de dilucidar si es un derecho de los Estados strictu sensu, de los individuos, o de ambos. Para ello se estudiarán los antecedentes generales de la institución; se analizará el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática; el derecho subjetivo lesionado del individuo subyacente; se explorará si el ejercicio de la protección diplomática es un deber de los Estados, y se esbozarán cuáles son las condiciones de ejercicio de la protección diplomática. Se concluye que el verdadero desafío a la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho principal sino el reconocimiento de que dos derechos complementarios se encuentran presentes en la institución: el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo sustantivo de protección del Estado.

Palabras clave: protección diplomática, naturaleza jurídica, extranjeros, derechos humanos, condiciones de ejercicio.

ABSTRACT: The objective of this paper is the study of the legal nature of diplomatic protection with the aim of elucidating if, in fact, it is a States' right strictu sensu, an individuals' right, or both because of an underlying complementarity between States and individuals' rights. For that purpose, firstly, a general overview of the institution will be studied; secondly, the right of States to exercise diplomatic protection will be analysed; thirdly, the exercise of diplomatic protection as a duty of the States will be explored; and finally, the conditions of exercise of diplomatic protection will be overviewed. It is concluded that the real challenge of diplomatic protection is not the substitution of States by individuals in the ownership of the main right but to recognize that two complementary rights coexist within the institution: the subjective and substantive right of individuals and the correlative subjective and substantive right of States.

Key words: diplomatic protection, legal nature, aliens, human rights, exercise conditions.

RÉSUMÉ: Le but de cet article est d'étudier la nature juridique de la protection diplomatique, afin de déterminer si elle est un droit des États, stricto sensu, ou des individus, ou des deux. Pour cela, on étudiera les antécédents généraux de l'institution; on analysera le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique; le droit subjectif lésé de l'individu sous-jacent; on étudiera si l'exercice de la protection diplomatique est un devoir des États; et dégagera quelles sont les conditions d'exercice de la protection diplomatique. Il est conclu que le véritable défi à la nature juridique de la protection diplomatique n'est pas le remplacement de l'État par l'individu dans la propriété du droit principale, mais la reconnaissance que deux droits complémentaires sont présents dans l'institution: le droit subjectif fonctionnel l'individu et le correspondante droit subjectif fonctionnel de protection de l'État.

Mots-clés: la protection diplomatique, nature juridique, étrangers, droits de l'homme, conditions d'exercice.

I. INTRODUCCIÓN

El tradicional “derecho entre naciones” (*Jus inter Gentes*)¹ dejaba casi a la entera discreción de los Estados el tema del tratamiento de sus nacionales, quienes no tenían derechos directos u obligaciones en el ámbito internacional y, por tanto, dependían por entero de su Estado para la internacionalización de cualquier reclamación en la que estuvieran involucrados.² En congruencia, más que reconocer que los individuos tenían ciertos derechos, los relacionaba con los Estados-nación a través del vínculo de la nacionalidad. Si un Estado cometía un daño contra un individuo que era un extranjero y éste no obtenía la reparación correspondiente, se asumía que el daño se había hecho al Estado de su nacionalidad. Una vez que dos Estados quedaban involucrados, el derecho internacional abordaba el problema a través de sus mecanismos normales: el arbitraje, la protección diplomática e, incluso, la guerra. De esta forma, el extranjero por sí mismo no tenía derecho alguno reconocido por el derecho internacional contra el Estado receptor, pero, a través de la ficción enunciada por Vattel en 1758, se convertía en el agente necesario para canalizar el daño original del nivel interno al internacional.

¹ El término *Jus inter Gentes* debe su origen a Richard Zouche (1590-1660) y Samuel Rachel (1628-1691), primeros positivistas del derecho internacional que descartaron el término clásico *Jus Gentium* por su ambigüedad. No obstante, el término *Jus inter Gentes* ya había sido sugerido por Vitoria quien, citando a Gayo, define el *Jus Gentium* como “lo que la razón natural ha establecido *entre todas las naciones*” (*inter omnes gentes*). Nussbaum, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, Macmillan, 1947, p. 59, 119-125, 135-136. El término “derecho internacional” fue acuñado en 1789 por Bentham, quien lo usó para denominar a “las transacciones mutuas *entre soberanos*”. Señala que el término *Jus Gentium* es “una apelación tan atípica que, si no fuera por la fuerza de la costumbre, parecería más bien referirse al Derecho interno”. Incluso, apunta que “lo comúnmente llamado *Jus Gentium*, mejor debe ser llamado *Jus inter Gentes*”. Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edición de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 296.

² Hay excepciones a esta aseveración pues es posible encontrar algunos ejemplos de órganos jurisdiccionales ante los que fue posible la presentación de verdaderas reclamaciones a título individual antes de 1945: ante el Tribunal Internacional de Presas Marítimas, cuya creación estuvo prevista en el Convenio XII de La Haya de 1907 (nunca entró en vigor); ante el Tribunal de Justicia Centroamericano establecido en Costa Rica por el Convenio de 1907; ante el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia creado por el Convenio germano-polaco de 1922; ante los tribunales arbitrales mixtos creados por los Tratados de paz de 1919-20, entre otros. Mariño Menéndez, Fernando M., *Derecho internacional público [parte general]*, 4a. ed. rev., Madrid, Trotta, 2005, p. 215-216.

El objetivo de este artículo es estudiar la naturaleza jurídica de la protección diplomática, con el fin de dilucidar si, en efecto, es un derecho de los Estados *strictu sensu*; de los individuos, dado el avance progresivo del derecho internacional en el reconocimiento de derechos procedimentales a la persona humana, o, en dado caso, de ambos, al existir una complementariedad entre los derechos tanto del Estado como de las personas. Para tales efectos, en primer término se estudiarán los antecedentes generales de la institución; en segundo término, se analizará el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática; en tercer término, el derecho subjetivo lesionado del individuo subyacente; en cuarto término, se explorará si el ejercicio de la protección diplomática es un deber de los Estados, y, por último, se esbozarán cuáles son las condiciones de ejercicio de la protección diplomática.

II. ANTECEDENTES GENERALES

ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ

El origen del derecho del Estado a proteger diplomáticamente a sus nacionales en el extranjero tiene arraigados orígenes históricos. Sus antecedentes se pueden rastrear en la Edad Media con la figura de las “cartas de represalia”,³ cuyo uso decaería con la aparición del Estado moderno. Desde el siglo XVI los Estados europeos empezaron a involucrarse más en la supervisión de las actividades de sus nacionales en el exterior. Este periodo concuerda con la era del mercantilismo, doctrina basada en la tesis de que el crecimiento económico de un país se consigue necesariamente a costa del de otros. Uno de los efectos de la doctrina económica imperante fue la consideración de que la pérdida sufrida por un individuo —normalmente comerciantes— en un Estado extranjero también era una pérdida para su nación.⁴

³ A través de estas cartas, un soberano autorizaba a su súbdito en otro feudo a emprender medidas coercitivas de autodefensa con el fin de obtener la reparación de los daños que se le hubieran causado en ese feudo, siempre que antes hubiese intentado obtener dicha reparación por todos los medios legales disponibles. Al respecto, puede consultarse: Verzijl, Jan Hendrik Willem, *International Law in Historical Perspective*, vol. 5: *Nationality and Other Matters Relating to Individuals*, Leyden, Sijthoff, 1972, p. 275.

⁴ Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pp. 8 y 9.

Para el siglo XVIII, la vida internacional ya se había expandido considerablemente: la colonización de otras partes del mundo fuera de Europa había sido exitosa y el comercio con el exterior se había convertido en un importante elemento del sistema económico de un buen número de Estados. La noción de que la pérdida sufrida por un individuo en un Estado extranjero también era una pérdida para su nación evolucionó al punto de que la doctrina legal internacional reconoció expresamente el deber de los Estados de proteger a sus nacionales en el extranjero. Como se sabe, Vattel, en su tratado *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle* de 1758, sentó la base doctrinal de la protección diplomática al señalar que:

Cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano. El soberano del ciudadano perjudicado debe vengar el daño y, de ser posible, forzar al agresor a satisfacer plenamente la reparación o castigarlo, ya que de otra forma el ciudadano no obtendría el principal propósito de la asociación, la seguridad.⁵

Esta tesis se convirtió en la base sustancial para la práctica de la protección diplomática de los ciudadanos en el extranjero, la cual empezaría a desarrollarse desde inicios del siglo XIX.

Los principales factores que impulsaron el desarrollo del cuerpo de leyes que regulaban el tratamiento de los extranjeros y, con ello, de la institución de la protección diplomática fueron: el crecimiento de la variedad de medios de comunicación; la introducción de la tecnología mecánica; la industrialización, que provocó que los individuos viajaran a otras partes del mundo en busca de materias primas para después venderlas ya manufacturadas, y la apertura de los Estados occidentales al comercio internacional, especialmente con los Estados recién independizados y con bastas cantidades de materias primas y otros recursos necesarios para la vida económica en Europa y la apertura de sus mercados de bienes.⁶

Lo anterior tuvo como consecuencia la aparición de grandes cantidades de extranjeros y sus propiedades dentro de la jurisdicción territorial de

⁵ Vattel, Emer de, *The Law of Nations: or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, London, G. G. and J. Robinson, Paternoster-Row, 1797, p. 136.

⁶ Amerasinghe, Chitharanjan F., *Diplomatic Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 13.

otros Estados y, con ello, el surgimiento de numerosos conflictos de interés, controversias y disputas sobre el ejercicio de la jurisdicción de esos extranjeros. Se dieron numerosas acusaciones de trato injusto a los extranjeros y, con el tiempo y la acumulación de precedentes, se convirtió en costumbre el enmarcar como derechos legales las reclamaciones por trato injusto a los extranjeros, derivadas de violaciones del derecho internacional. Esta costumbre fue fomentada con la inclusión en los tratados comerciales de disposiciones que requerían la protección de las vidas y propiedades de los nacionales de cada parte contratante en el territorio del otro. Para mediados del siglo XIX, los Estados ya habían empezado a tratar la protección de sus nacionales en el extranjero como una cuestión legal que justificaba su intervención, apelando a los principios del derecho internacional, independientemente de la fuente de la que se derivara. El arreglo de las disputas de esta naturaleza gradualmente se fue convirtiendo en objeto de métodos legales y la institución de la protección diplomática “se arraigó para todos los propósitos prácticos”.⁷

III. EL DERECHO DEL ESTADO A EJERCER LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1. *Un derecho subjetivo de protección del Estado*

Existe consenso entre la doctrina y la jurisprudencia en que el ejercicio de la protección diplomática es un derecho de los Estados y no de sus nacionales. Este enfoque tiene su base en el pronunciamiento de Vattel de 1758 de que “cualquiera que maltrate a un ciudadano, perjudica indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano”,⁸ así como en el pronunciamiento clásico de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las *Concesiones Mavromatis en Palestina* de 1924:

Es un principio elemental de Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus ciudadanos lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción a través

⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁸ Vattel, *Emer de, op. cit.*, p. 136.

de las vías ordinarias. Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el Derecho Internacional respecto de la persona de sus nacionales. Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre Estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esta jurisdicción.⁹

La jurisprudencia arbitral siguió esta misma línea. Así, en el asunto de las *Reclamaciones británicas por daños causados a los súbditos británicos en Marruecos* se señaló:

Desde el momento en que el Estado al que pertenece el reclamante interviene diplomáticamente a favor de sus súbditos, haciendo valer ya sean derechos convencionales o derivados de los principios del Derecho de Gentes que rigen los derechos de los extranjeros, una nueva reclamación de Estado a Estado ha nacido. Esta reclamación, aunque está ligada materialmente a la reclamación del particular, tiene un carácter enteramente diferente de ella.¹⁰

La CIJ también aprobó este enfoque en 1955, aunque con distintas palabras, en el caso *Nottebohm*: “La protección diplomática y la protección por medio de procedimientos judiciales internacionales constituyen medidas para la defensa de los intereses del Estado”.¹¹

El proyecto de la CDI de 2006 reafirmó la postura tradicional de considerar el ejercicio de la protección diplomática como un derecho de los

⁹ CPJI, *caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (*Grecia vs. Reino Unido*), serie A, núm. 2, 30 de agosto de 1924; *caso relativo a algunos intereses alemanes en la alta Silesia* (*Alemania vs. Polonia*), serie A, núm. 7, 5 de febrero de 1926, p. 12. Véase la jurisprudencia posterior del TPJI y de la CIJ: *caso de los préstamos serbios* (*Francia vs. Serbia*), serie A, núm. 20/21, 12 de julio de 1929, p. 17; *caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis* (*Estonia vs. Lituania*), series A/B, núm. 76, 28 de febrero de 1939, p. 16; Caso *Nottebohm* (*Liechtenstein vs. Guatemala*), sentencia de 18 de noviembre de 1953, p. 24; *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*Bélgica vs. España*) *Nueva Demanda: 1962*, Segunda fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, p. 43 y ss.

¹⁰ Recueil des Sentences Arbitrales, *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español* (*España vs. Reino Unido*), 1 de mayo de 1925, vol. II, p. 633.

¹¹ Caso *Nottebohm*, 1955, cit., p. 24.

Estados en sus artículos 1o., 2o. y 3o.: “...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” (artículo 1o.); “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos” (artículo 2o.); “El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad” (artículo 3.1).

No obstante lo señalado en los artículos anteriores, los comentarios del proyecto explican que:

En realidad —para citar el asunto Mavrommatis—, el Estado no hace valer sólo su propio derecho. En realidad, hace valer también el derecho de su nacional perjudicado... El proyecto del artículo 1 está redactado de manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional, o ambas cosas.¹²

Y en los comentarios al artículo 2o. se insiste en esta cuestión: “Sin perjuicio de quien sea el titular de los derechos que el Estado pretende hacer valer en el proceso, bien su propio derecho, o bien los derechos del nacional perjudicado en cuyo nombre actúa. Como el proyecto de artículo 1, es neutral a este respecto”.¹³

Los comentarios del proyecto respecto a la “neutralidad” de la titularidad del derecho de la protección diplomática de los artículos 1o. y 2o. generan confusión pues la institución fue construida como un derecho de los Estados y no de sus nacionales.¹⁴ La práctica, la jurisprudencia y la doctrina

¹² CDI, *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, 58a. sesión, 2006, A/61/10, 1o. de octubre de 2006, pp. 25 y 26.

¹³ *Ibidem*, p. 29.

¹⁴ Véanse los rasgos de la postura tradicional en Wyler, E., *La Règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses Universitaires de France, 1990, p. 9-10. Sobre la teoría del endoso y este carácter, véase Diez de Velasco Vallejo, Manuel, “Reflexiones sobre la protección diplomática”, en varios autores, *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Universidad Complutense, 1986, pp. 386 y 387. También es la postura del ex relator Bennouna: CDI, *Informe preliminar sobre la protección diplomática*, Mohamed Bennouna, *Relator Especial*, 50o. periodo de sesiones, 1998, A/CN.4/484, párr. 53.

respaldan este hecho, y los artículos 1o., 2o. y 3o. del proyecto dejan claro quién es el titular del derecho: el Estado. Como señala A. Pellet, la formulación heredera de Vattel, cristalizada por la jurisprudencia y la doctrina, cumplió la misión de conciliar dos imperativos contradictorios: de un lado, tratar de evitar que un daño hecho a un particular en sus bienes o derechos en el extranjero quedara sin reparación y, de otro, afirmar la exclusión del individuo en cuanto a la posibilidad de elevar directamente la reclamación al ámbito internacional.¹⁵

La construcción tradicional de la protección diplomática se basa en la ficción jurídica vatteliana que consiste en convertir el daño causado a los bienes o la persona de un extranjero en un daño al Estado de su nacionalidad. Esta es la piedra angular de la institución: si el Estado no tuviera un derecho subjetivo lesionado, difícilmente podría tener un derecho subjetivo de protección. La ficción jurídica tiene como fin legitimar y dar un fundamento jurídico al derecho subjetivo de protección del Estado. Esto explica que el derecho subjetivo lesionado del particular quede borrado de la argumentación legal, pero no que se niegue su existencia. Sobre su existencia se crea un nuevo derecho subjetivo lesionado para el Estado: el derecho de que se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales.¹⁶

2. Un derecho discrecional del Estado

M. P. Andrés ha señalado que “al tratarse de un derecho del Estado y no de los particulares, aquél goza de *absoluta discrecionalidad* en orden al ejercicio de la pretensión jurídica en que se concreta la protección diplomática”.¹⁷ En este sentido se ha pronunciado la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*:

¹⁵ Pellet, A., “Le droit international à l'aube du XXI siècle. La Société internationale contemporaine-Permanence et tendances nouvelles”, en Cardona, J. (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaria de Derecho Internacional* 1997, vol. I, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 84.

¹⁶ Torroja Mateu, Helena, “La «protección diplomática» de los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, núm. 1, 2006, pp. 228 y 229.

¹⁷ Andrés Sáenz de Santa María, María Paz, “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 3, 1976, p. 323.

...dentro de los límites establecidos por el Derecho Internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que está haciendo valer... el Estado debe ser considerado como el único competente para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones en particular, de orden político, ajenas al orden concreto.¹⁸

Esta discrecionalidad del Estado se manifiesta en varios niveles:

i. El Estado es libre de conceder o negar la protección, sin tener que justificarse en ninguno de los dos casos o aducir, por ejemplo, la falta de fundamento de la solicitud o los intereses de su política exterior. Además, no está vinculado por las peticiones que pueda hacerle el particular (salvo que el orden interno así lo disponga). No obstante, algunas veces la actitud del particular a favor del que se ejerce la protección diplomática puede influir en las acciones de su Estado si éste decide darle voz a dicha actitud en el plano internacional. Por ejemplo, en el asunto de la *Barcelona Traction*, Bélgica manifestó a la CIJ en su primera comunicación de 23 de marzo de 1961 que, a petición de sus súbditos, cuya protección motivó la presentación de la demanda, y valiéndose del derecho que le confería el artículo 69 del Reglamento del Tribunal, renunciaba a proseguir la instancia. Más tarde, la demanda fue reintroducida y España adujo la excepción de desistimiento, basándola, entre otras razones, en que los representantes de los intereses privados españoles habían puesto como condición para entablar negociaciones privadas que se pusiese definitivamente término al asunto presentado al Tribunal.¹⁹ En este sentido, el artículo 19, apartado b, del proyecto de la CDI recomienda “tomar en cuenta, cuando sea posible, la opinión de las personas perjudicadas con respecto al ejercicio de la protección diplomática y la reparación buscada”.²⁰

¹⁸ *Barcelona Traction*, op. cit., 1970, p. 44.

¹⁹ CIJ, *Asunto relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España) Nueva Demanda: 1962*, objeciones preliminares, 24 de julio de 1964, p. 23.

²⁰ Para algunos autores y alguna jurisprudencia es una norma consuetudinaria que el Estado esté obligado a tener en cuenta la lesión del particular para calcular la reparación. El que la indemnización por lo general se calcula teniendo en cuenta la lesión sufrida por el particular fue señalado por la CPJI en el *Caso relativo a la fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, serie A, núm. 9, 26 de julio de 1927, p. 28. Por otro lado, autores como Bollecker-Stern han

ii. En caso que el Estado obtenga alguna reparación, puede disponer del importe a su discreción, incluso negando a los particulares cualquier cantidad. Al respecto, el proyecto de la CDI recomienda en su artículo 19, apartado *c*, “transferir a la persona perjudicada cualquier compensación obtenida por el daño del Estado responsable, sujeto a cualquier deducción razonable”. Este tema no deja de ser controversial entre la doctrina, abundando las posturas que afirman que la reparación obtenida debe ir a parar a manos del individuo lesionado, postura que se comparte. Así, por ejemplo, Gaja ha criticado que se haya adoptado este enfoque de “recomendación” en el proyecto de artículos, afirmando que “la Comisión de Derecho Internacional debió haber establecido que, en la medida en que una reclamación incumbe a un daño sufrido por un individuo, la reparación debe ir a parar al individuo lesionado”.²¹

iii. Una vez presentada la reclamación, “el control del Gobierno, que ha hecho suya y está ejerciendo la reclamación... es completo”.²² Por ello, el Estado es quien determina la reclamación y puede abandonarla sin necesidad de consulta o autorización de su nacional.

iv. Los Estados pueden extender su protección a personas que no son estrictamente sus nacionales cuando han celebrado “acuerdos especiales” que lo permiten,²³ por ejemplo, como se ha hecho en el marco de la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht de 1992.²⁴

v. Los Estados pueden renunciar a ejercer su derecho en un caso concreto o incluso, como ciertos Estados lo han hecho, por medio de un tratado

sostenido que tener en cuenta la lesión del particular es una obligación de derecho internacional consuetudinario. Bollecker-Stern, Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París, E. Pedone, 1973, *passim*.

²¹ Gaja, Giorgio, “The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 1, 2010, p. 13. También véase el análisis que hace sobre esta cuestión Salazar Albornoz, Mariana, “Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 6, 2006, pp. 409-416.

²² Reports of International Arbitral Awards, *William A. Parker (EE.UU. vs. México)*, 31 de marzo de 1926, vol. IV, pp. 36 y 37.

²³ Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (*Estonia vs. Lituania*), *op. cit.*, p. 16.

²⁴ Al respecto, véanse el artículo 35 (antiguo artículo 20 TUE) de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea C 83/13 del 30 de marzo de 2010) y los artículos 20.2, c), (antiguo artículo 17TCE) y 23 (antiguo artículo 20TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83 del 30 de marzo de 2010).

internacional multilateral.²⁵ Así, por ejemplo, el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, al establecer un sistema propio y peculiar de protección, implícitamente supone la no adecuación de la aplicación de la protección diplomática entre sus Estados parte. Y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965 dispone en su artículo 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.²⁶

vi. El Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales con independencia de que dicho derecho esté previsto o no en la regulación jurídica del derecho conculado. Y así lo manifestó la CIJ en su sentencia del *Caso LaGrand (Alemania vs. EE.UU.)*, del 27 de junio de 2001. En dicho asunto, Alemania fundó su demanda contra Estados Unidos, entre otros motivos, en su derecho a proteger diplomáticamente a sus nacionales en el ejercicio de los derechos consignados en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, violados por Estados Unidos. Pero Estados Unidos alegó la incompetencia de Corte para conocer el asunto en virtud de que la CV63 no prevé el derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática, la cual es “una noción del derecho internacional consuetudinario”. Esta objeción fue declarada improcedente por la CIJ al señalar:

... la Corte no puede aceptar la tesis de los Estados Unidos de que la demanda de Alemania, fundada sobre los derechos individuales de los hermanos LaGrand, no

²⁵ Mariño Menéndez, Fernando M., *op.cit.*, p. 523.

²⁶ Véase un análisis de la convención en Miaja de la Muela, A., “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 22, 1969, pp. 9 y ss.; Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier, “Protección diplomática v. arbitraje de inversiones”, en Caflisch, Lucius *et al.* (coord.), *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2005, pp. 469-505.

es de su competencia por el hecho de que la protección diplomática es una noción de Derecho Internacional consuetudinario. Ello no constituye un obstáculo a que un Estado parte en un tratado que crea derechos para los particulares pueda asumir como propia la defensa de uno de sus nacionales e iniciar una acción judicial internacional a favor de ese nacional sobre la base de una cláusula atributiva de competencia que figure en el tratado.²⁷

IV. EL DERECHO SUBJETIVO LESIONADO DEL INDIVIDUO SUBYACENTE

La protección diplomática fue el principal medio de protección internacional de los derechos de los extranjeros desde finales del siglo XVIII hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. A partir de este momento, el sistema legal internacional experimenta un cambio sustancial en lo relativo al estatus de los individuos. Desde esta época, podemos encontrar, de un lado, algunos casos en que una persona puede incurrir en responsabilidad internacional *strictu sensu*, a título individual, en el marco del derecho penal internacional por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio, tortura, etcétera,²⁸ y, de otro, la tendencia de reconocer a los individuos derechos directos en la arena internacional al desarrollarse un nuevo estándar para su protección, motivado en buena medida por el deseo de prevenir nuevos crímenes en contra de la humanidad.

²⁷ CIJ, Caso *LaGrand* (*Alemania vs. Estados Unidos de América*), sentencia de 27 de junio de 2001, párr. 41-42.

²⁸ Como señala L. Sohn, el enjuiciamiento de los criminales de guerra en los Tribunales de Nuremberg y Tokio “indicó que el Derecho Internacional no se ocupaba solamente de las acciones de los Estados soberanos, sino que imponía deberes y responsabilidades a individuos y Estados”. Sohn, L., “The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals Rather than States”, *American University Law Review*, vol. 32, 1982, p. 10. Esta tendencia fue más tarde confirmada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 95, UN Doc. A/64/Add.1, 1947, Res. 3314, 29 UN GAOR Supp., núm. 31, p.142, UN Doc. A/9631, 1974); la Comisión de Derecho Internacional (Reporte de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, 4 UN GAOR Supp., núm. 10, p. 1, UN Doc. A/925, 1949), y alcanzó su cúspide con el establecimiento de la Corte Penal Internacional bajo el Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998 (en vigor desde el 1º. de julio de 2002). Sobre este tema, véase el curso de la profesora Victoria Abellán Honrubia, “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours*, vol. 280, 1999, pp. 135-428.

Se reconocieron derechos sustantivos a la persona humana, primero en el ámbito de los derechos humanos,²⁹ posteriormente en el de la inversión extranjera,³⁰ y más recientemente en otros campos como el derecho consular y los sistemas regionales de integración.³¹ Un importante y revolucionario aspecto de esta tendencia fue el reconocimiento de derechos procedimentales a los individuos en el marco del derecho internacional particular. Se dio a la persona humana la posibilidad de defender sus derechos humanos reconocidos internacionalmente a través de la presentación de quejas, reclamaciones o peticiones ante organismos internacionales universales y regionales.³² Se establecieron mecanismos para el arreglo de disputas relativas a inversión.³³

²⁹ Destacan como tratados internacionales de aceptación general que otorgan derechos sustantivos a todas las personas: a nivel *universal*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de 1966; a nivel *regional*, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Carta Africana de Derechos Humanos de 1981.

³⁰ Destacan como tratados internacionales que otorgan derechos sustantivos a los inversionistas: a nivel *universal*, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, el cual ha tenido una importancia esencial en el establecimiento de un marco legal de protección para los inversionistas extranjeros frente al Estado de inversión; a nivel *bilateral*, los múltiples convenios sobre fomento y protección de la inversión que han proliferado a partir de 1960 y han garantizado seguridad en las inversiones extranjeras al clarificar y complementar el derecho internacional consuetudinario en la materia, en especial en lo relativo a la transferencia de utilidades y capital y la indemnización en caso de expropiación; a nivel *multilateral*, los tratados de inversión que proporcionan derechos sustanciales a los inversionistas y que se han multiplicado en las últimas décadas (por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1992 (capítulo XI, Parte A).

³¹ En el ámbito regional también han surgido derechos individuales. Destaca el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a ser protegidos diplomáticamente (en sentido amplio) por otros Estados de la Unión, distintos al de su nacionalidad. Al respecto, véanse el artículo 35 (antiguo artículo 20 TUE) de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DO C 83 de 30 de marzo de 2010) y los artículos 20.2, c), (antiguo artículo 17 TCE) y 23 (antiguo artículo 20 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83 de 30 de marzo de 2010).

³² Por ejemplo, ante el Comité de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, etcétera.

³³ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965, el tratado *universal* en la materia, permite a las empresas, a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI),

Y se crearon tribunales y comisiones *ad hoc* para tratar las reclamaciones internacionales de los nacionales de un Estado contra otro, derivadas de una situación de crisis o conflicto entre ambos Estados.³⁴

La existencia de derechos individuales en el derecho internacional en ámbitos distintos a los derechos humanos ha sido reconocida en la jurisprudencia internacional en los últimos años. Como señaló la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios al artículo 33 (2) del proyecto sobre responsabilidad internacional aprobado en 2001:

[los] derechos individuales bajo el Derecho Internacional pueden surgir fuera del ámbito de los derechos humanos. El rango de posibilidades es demostrado desde la sentencia de la Corte Internacional en el caso LaGrand, en el cual la Corte sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares “crea derechos individuales que, por virtud del artículo 1 del Protocolo Opcional, pueden ser invocados en esta Corte por el Estado de la nacionalidad de la persona detenida”.³⁵

Destacan en este sentido los casos *Breard*, *LaGrand* y *Avena* (recayendo sentencia sólo en los dos últimos) planteados ante la CIJ por Paraguay, Alemania y México, respectivamente, en su nombre propio y en el de su derecho a ejercer la protección diplomática, en relación con nacionales detenidos, juzgados y sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos sin haber vis-

iniciar un proceso contra el Estado donde se encuentran sus inversiones, siempre que el Estado demandado y el de la nacionalidad de la empresa hayan consentido el procedimiento (artículos 1o. y 25, apartado 1). Asimismo, muchos de los convenios *bilaterales* sobre fomento y protección de la inversión contienen una disposición que prevé que en caso de controversia entre el inversionista y el Estado receptor, uno u otro puedan recurrir para resolverla al CIA-DI. En los tratados *multilaterales* de inversión también es común encontrar procedimientos de solución de controversias accesibles para los inversionistas. Por ejemplo, el TLCAN prevé en su capítulo XI, Parte B, el acceso directo de los inversionistas a un mecanismo internacional de resolución de controversias en contra del Estado receptor (artículo 1115).

³⁴ Los dos ejemplos más relevantes son el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., creado por los Acuerdos de Argel, del 18 de enero de 1981, como una de las medidas para resolver la crisis de los ciudadanos estadounidenses tomados como rehenes en la embajada de su país en Teherán en 1979, y la extinta Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, creada en 1991 para examinar las demandas de compensación y abonar las indemnizaciones a las víctimas de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por Irak.

³⁵ CDI, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*, 53a. sesión, 2001, A/56/10, p. 209.

to garantizado su derecho a la información y goce de la asistencia consular (artículo 36, 1.b de la Convención de Viena sobre relaciones consulares). Estos casos tuvieron dos importantes consecuencias. La *primera*, que la CIJ reconociera en *LaGrand* (párrafo 77), y lo confirmara en *Avena* (párrafo 40), que el artículo 36, párrafo 1, de la CV63 crea *derechos individuales* para el nacional involucrado, invocables por el Estado de su nacionalidad.³⁶ Al hacer esto, confirmó que la protección diplomática “no se limita a daños económicos sino que concierne a cualquier tipo de derechos otorgados a los individuos por el Derecho Internacional”.³⁷ La *segunda*, que reconociera en *Avena* (párrafo 40) la posibilidad de que bajo una reclamación de protección diplomática puedan subyacer tanto derechos estatales como individuales y, aún más, que tales derechos sean interdependientes.³⁸

Eso sí, la CIJ evitó pronunciarse sobre la naturaleza de *derecho humano* del derecho a la información de la asistencia consular y prefirió hablar de *derecho individual*, a pesar de la insistencia de Alemania y México en ese sentido, de su inclusión en el artículo 10 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (AG Res. 40/144), del 13 de diciembre de 1985, de la postura de la Comisión de Derechos Humanos,³⁹ y de la Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH, en la Opinión Consultiva 16/99, del 1o. de octubre de 1999, señaló que el artículo 36 de la CV63 reconoce al detenido extranjero *derechos individuales*, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Asimismo, que dicha disposición concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada en la *normativa internacional de los derechos humanos*.⁴⁰ Y, por otro lado,

³⁶ Caso *LaGrand*, cit., párr. 77; CIJ, *Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América)*, sentencia de 31 de marzo de 2004, párr. 40.

³⁷ Deen-Racsmány, Z., “Diplomatic Protection and the LaGrand Case”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 102 y 103.

³⁸ Caso *LaGrand*, cit.; *Avena y otros nacionales mexicanos*, cit.

³⁹ Aznar Gómez, Mariano J., “El asunto LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 54, 2002, núm. 2, pp. 742-745.

⁴⁰ CIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva 16/99, del 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16,

que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b)... permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho [humano] al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del PIDCP; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.⁴¹

Como se sabe, si en un caso de pena de muerte no se respetan las garantías del debido proceso legal consignadas en el artículo 14 del PIDCP, puede conllevar a la privación arbitraria de la vida, en violación de este derecho fundamental consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.⁴²

El juez A. A. Cançado Trindade, por su parte, manifestó en su voto concurrente de dicha opinión consultiva que el artículo 36.1.b) de la CV63, a pesar de haber precedido en el tiempo a los tratados generales de protección de los derechos humanos,

hoy día ya no puede ser disociad[o] de la normativa internacional de los derechos humanos acerca de las garantías del debido proceso legal. La evolución de las normas internacionales de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos.⁴³

Los extranjeros detenidos en el Estado receptor, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan una condición de particular vulnerabilidad “que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar”.⁴⁴ Ya lo afirmó la CIJ en su sentencia del 30 de noviembre de 2010 del *caso Diallo vs. República Democrática del Congo*: “Estas provisiones [art. 36.1.b CV63], como queda claro de sus propias palabras, son aplicables a cualquier privación de la

párr. 141, 1 y 2.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 141, apartado 6.

⁴² *Ibidem*, párr. 141, apartado 7.

⁴³ CIDH, Opinión Consultiva 16/99, del 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 23.

libertad sin importar el tipo, incluso fuera del contexto de perseguir a autores de delitos” (párr. 91).

Por ello, el juez Cançado Trindade afirma que:

La relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y los derechos humanos se impone por aplicación del principio de la no-discriminación, de gran potencial (no suficientemente desarrollado hasta la fecha) y de importancia capital en la protección de los derechos humanos, extensiva a este aspecto de las relaciones consulares. Tal derecho, situado en la confluencia entre dichas relaciones y los derechos humanos, contribuye a extender el manto protector del Derecho a aquellos que se encuentran en situación de desventaja —los extranjeros detenidos— y que, por eso, más necesitan de dicha protección, sobre todo en los medios sociales constantemente amenazados o atemorizados por la violencia policial.⁴⁵

En la confluencia de las relaciones consulares con los derechos humanos se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario.⁴⁶

Este reconocimiento de derechos individuales ha propiciado que en años recientes renazca entre la doctrina la oposición a la tradicional ficción vatteliana que sustenta la protección diplomática y se sostenga que no hay derechos estatales subyacentes a la protección diplomática: si ésta es ejercida como consecuencia de la violación de un tratado o la costumbre que establezcan derechos individuales, entonces se debe considerar que la protección diplomática sólo se basa en derechos individuales y que el Estado, al ejercer la protección diplomática, sólo actúa como agente o representante de tal individuo, pero no está, de ninguna manera, haciendo valer sus propios derechos.⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 28.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 35.

⁴⁷ Por ejemplo véanse Bennouna M., “La Protection Diplomatique, un Droit de l’État?”, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber Paix, Développement, Démocratie/Pace*,

Cabe recordar que con anterioridad ya una parte de la doctrina había cuestionado la ficción que sustenta la protección diplomática por considerarse que realmente es el individuo y no el Estado el que, la mayoría de las veces, resulta lesionado por el hecho internacional ilícito.⁴⁸ Por ejemplo, Scelle calificó la ficción vatteliana como “insustancial e ilusoria”.⁴⁹ Aún más, esta visión estuvo presente en el seno de la Comisión de Derecho Internacional desde el inicio de la codificación de la institución en el seno de la responsabilidad internacional. Así, el primer relator de la materia, G. Amador, sostenía que “el Estado debe actuar a nombre del individuo y no bajo su propio derecho, excepto en los casos en que el interés real del Estado se vea lesionado”.⁵⁰ A partir de la segunda etapa de codificación iniciada en 1995, ésta también fue la postura del primer relator M. Bennouna.⁵¹

La postura anterior, por tanto, rechaza la justificación tradicional de la protección diplomática, de acuerdo con la cual un daño al individuo lesiona los intereses del Estado de su nacionalidad. Este enfoque no se comparte porque, a pesar de que puede parecer compatible con los desarrollos en materia de derechos humanos al dar primacía al individuo como principal perjudicado, es extremista y no concuerda con el carácter “esencialmente interestatal” del derecho internacional y, en especial, del derecho de la responsabilidad internacional.⁵² Así como la postura tradicional es extremista al menospreciar la existencia de derechos individuales en el derecho

Development, Democracy, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 245-250; Amerasinghe, C. F., *Local Remedies in International Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 55.

⁴⁸ Por ejemplo, véanse Berlia, G., “Contribution à l’étude de la nature de la protection diplomatique”, *Annuaire Français de Droit International*, III, 1957, pp. 63-72; Cavare, Louis, “Les transformations de la Protection diplomatique”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 19, 1958, pp. 54-80; Panhuys, Haro F. Van, *The Role of Nationality in International Law: An Outline*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1959; Vellas, Pierre, *Droit international public: institutions internationales, méthodologie, historique, sources, sujets de la société internationale, organisations internationales*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1967; Rousseau, Charles E., *Droit international public*, París, Sirey, 1970-1983, pp. 194 y 95. También véase lo dicho por Wyler, E., *op.cit.*, p. 10, quien cita también a Politis y La Pradelle.

⁴⁹ Scelle, Georges, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des Cours*, vol. 46, núm. IV, 1933, p. 660-661.

⁵⁰ García Amador, Francisco V., “State Responsibility: Some New Problems”, *Recueil des Cours*, Vol. 94, No. II, 1958, p. 472.

⁵¹ *Informe Bennouna, cit.*, párr. 49-54, en especial el 53.

⁵² Dominicé, C., “Regard Actuel sur la Protection Diplomatique”, en varios autores, *Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de l’Arbitrage*, París, Éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 74.

internacional, esta postura pasa por alto que tales derechos individuales están contenidos en instrumentos celebrados entre Estados o que están reconocidos por una costumbre internacional entre Estados, lo cual evidencia la interdependencia de derechos del Estado y del individuo cuando este último sufre un daño en el extranjero y su Estado ejerce la protección diplomática. Ya lo señaló la CIJ en el *caso Avena*:

En estas circunstancias tan particulares de interdependencia de los derechos del Estado y de los derechos individuales, México puede, presentando una demanda en su propio nombre, pedir a la Corte que decida sobre la violación de los derechos de que sostiene haber sido víctima, a la vez directamente y a través de la violación de los derechos individuales atribuidos a sus nacionales por el artículo 36.1.b). La obligación de agotar los recursos no se aplica a tal demanda.⁵³

Si bien es cierto que no es fácil distinguir los diferentes derechos que se encuentran presentes en la protección diplomática, es útil recurrir a la teoría general del derecho, y en particular a la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, cuya aproximación al derecho internacional público ha sido llevada por autores como Miaja de la Muela, Cardona Llorens y el profesor Mariño Menéndez.⁵⁴ Desde esta teoría, se observa no tanto la norma que objetivamente establece derechos y obligaciones, sino las situaciones jurídicas activas y pasivas en las que quedan colocados los destinatarios de la norma. De tal manera que “la norma se subjetiviza en las situaciones jurídicas en que, por obra suya, quedan colocadas las entidades que se relacionan jurídicamente”.⁵⁵ La principal situación activa es la de derecho subjetivo “que permite a su titular... exigir a terceros el respeto al interés protegido, en caso de que conductas de éstos lo lesionen o pongan en pe-

⁵³ *Avena y otros nacionales mexicanos*, op.cit., párr. 40.

⁵⁴ Miaja de la Muela, Adolfo, “Las situaciones jurídicas subjetivas en derecho internacional público”, en *Estudios de derecho internacional público y privado: homenaje al profesor Luis Sela Sampil*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 25-50; Cardona Llorens, Jorge, “Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público”, *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. 1, Valencia, Universitat de València, 1989, pp. 231-248; Mariño Menéndez, Fernando M., “Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derecho internacional”, en Cardona Llorens, Jorge (dir.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1999, Castellón, Aranzadi, 2000, vol. III, pp. 315-362.

⁵⁵ Mariño Menéndez, Fernando M., op.cit., p. 326.

ligro de lesión”.⁵⁶ Este derecho subjetivo vendría otorgado por las normas primarias. En el caso que nos ocupa podría ser una norma internacional, como un tratado de amistad y comercio o un tratado de derechos humanos, que otorga un derecho al particular de un Estado: a la vida, a la propiedad, a la integridad física, etcétera.

Junto a estos “derechos subjetivos sustantivos”, hay derechos subjetivos fundados en normas secundarias.⁵⁷ Para Mariño Menéndez:

Constituye ejercicio de un derecho subjetivo de protección la acción (basada en la correspondiente norma jurídica legitimadora) por medio de la cual se presenta una ‘reclamación’ en defensa de un propio interés jurídico “lesionado o en peligro de ser lesionado”, ante un órgano judicial internacional competente para decidir sobre la base del Derecho Internacional y de modo obligatorio para las partes enfrentadas, la correspondiente controversia.⁵⁸

De este modo, y tomando como referencia la distinción entre derechos subjetivos sustantivos y derechos subjetivos de protección, se pueden distinguir en la institución de la protección diplomática la titularidad del derecho subjetivo sustantivo que pertenece al particular y la titularidad del derecho subjetivo de protección que corresponde al Estado.⁵⁹ Por lo que se

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ Entendemos por normas *primarias* las obligaciones procedentes de cualquier sector del ordenamiento, cuya violación puede ser causa de responsabilidad. Las *secundarias* son reglas abstractas que tienen por objeto determinar si se ha violado una obligación y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, con independencia, en principio, de la naturaleza y contenido de la obligación violada. Para abundar sobre esta distinción véanse *Yearbook of the International Law Commission*, 28o. periodo de sesiones, 1976, vol. II (2a. parte), A/CN.4/SER.A/1976/Add.1, p. 69, párr. 68; *Yearbook of the International Law Commission*, 32o. periodo de sesiones, 1980, vol. II (2a. parte), A/CN.4/SER.A/1980/Add.1, p. 26, párr. 23-24. Esta distinción se basa en la obra de Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, México, Editora Nacional, 1980, cap. IV, en especial p. 113 y ss.

⁵⁸ Mariño Menéndez, Fernando M., *op. cit.*, p. 327.

⁵⁹ Esta percepción no sería compartida por autores como Kelsen o Miaja de la Muela para quienes no se puede hablar de un derecho sustantivo cuando su titular no tiene el correlativo derecho de protección. Al respecto, Miaja de la Muela señala que “el derecho subjetivo constituye una facultad otorgada a su titular por el orden jurídico para actuar lícitamente en un cierto ámbito y reclamar ciertas prestaciones, de acción o simplemente de respeto, por parte de los destinatarios pasivos de la norma que atribuye el derecho subjetivo de que se trate”. Miaja de la Muela, *op. cit.*, p. 38. Por otro lado, para Kelsen sólo existe un “derecho subjetivo

puede afirmar que el derecho internacional público general reconoce derechos subjetivos sustantivos a los particulares pero no les reconoce derechos subjetivos correlativos de protección, los cuales pueden darse en el marco de acuerdos o sistemas normativos particulares, pero no derivarse directamente del derecho internacional general. Así pues, siguiendo la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas desde la óptica del derecho internacional público,⁶⁰ se puede afirmar que la pretensión del Estado cuando ejercita la protección diplomática está deslindada de la pretensión del particular, quien no tiene un derecho subjetivo de protección o acción para reclamar internacionalmente, esto es, no tiene legitimación activa. La institución de la protección diplomática es claramente interestatal, es decir, se regula una relación jurídica de Estado a Estado, por lo que el derecho subjetivo de protección corresponde inequívocamente al Estado.

Por lo anterior, el verdadero desafío a la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho principal, como algunos han observado,⁶¹ sino el reconocimiento de que dos derechos se encuentran presentes en la institución: *el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo sustantivo de protección del Estado*. De este modo, cuando un individuo es lesionado en el extranjero, antes que nada son sus derechos individuales los que están en juego, pero, a su vez, la lesión a tales derechos afecta los derechos del Estado de su nacionalidad (o del que es refugiado o apátrida). Por ello, se puede sostener que los dos derechos presentes en la institución de la protección diplomática son *complementarios*.

Este carácter dual de la naturaleza jurídica de la protección diplomática es el enfoque del último relator especial J. Dugard⁶² y ha sido reconocido

en sentido técnico” cuando hay “un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. [El] ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra”. Lo cual se corresponde con el concepto estricto de subjetividad internacional de Kelsen. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, p. 147.

⁶⁰ Para abundar sobre este tema, véase el artículo de Torroja Mateu, Helena, *op. cit.*, p. 205-237.

⁶¹ *Informe Bennouna*, *op. cit.*, párr. 49-54, en especial el 53.

⁶² CDI, *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, Relator Especial, 52o. periodo de sesiones, A/CN.4/506, 7 de marzo de 2000, párr. 31-32; *Quinto informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, Relator Especial, 56o. periodo de sesiones, 2004, A/CN.4/538; párr. 37.

por la doctrina⁶³ y la CIJ. En *LaGrand*, la CIJ señaló: "...los Estados Unidos de América han incumplido sus obligaciones con la República Federal de Alemania y con los hermanos LaGrand bajo el artículo 36, párrafo 1".⁶⁴ Y en *Avena*: "[las] violaciones de los derechos del individuo bajo el artículo 36 pueden conllevar la violación de los derechos del Estado que envía, y las violaciones de los derechos de este último, pueden conllevar la violación de los derechos del individuo".⁶⁵ Esto también quedó confirmado por el hecho de que la CIJ evitó poner un nombre al beneficiario de la reparación de la obligación violada.⁶⁶

V. ¿DEBER DE LOS ESTADOS?

Pese a que Vattel habló de *deber*, los Estados en la práctica dejaron en *derecho* el ejercicio de la protección diplomática. Y el mayor defecto de la protección diplomática como medio de defensa de los derechos de las personas es precisamente ese: deja por completo al Estado de la nacionalidad del

⁶³ Por ejemplo, véanse Orrego-Vicuña, Francisco, "The Changing Law of Nationality of Claims, Report prepared for the International Law Association International Committee on Diplomatic Protection", en Report of the Sixty-Ninth Conference, *International Law Association Reports*, London, 2000, pp. 633 y 634; Orrego-Vicuña, Francisco, "Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement", en Ko-Yung Tung, *Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata: International Finance And Development Law*, London, Kluwer Law International, 2001, pp. 503-525; Quel López, Francisco Javier, "Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2002), Bilbao, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 347 y 348; Condorelli, L., "L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique", en Flauß, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels, Nemesis-Bruylant, 2003, p. 12, nota al pie 9; Gaja, G., "Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique", en Flauß, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2003, pp. 63-65; Dominicé, C., *op. cit.*, pp. 77 y 78; Salazar Albornoz, Mariana, *op. cit.*, p. 402; Torroja Mateu, Helena, *El derecho del estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, Editorial Bosch, 2007, pp. 55-56.

⁶⁴ Caso *LaGrand*, *cit.*, párr. 128 (3).

⁶⁵ *Avena y otros nacionales mexicanos*, *op. cit.*, párr. 40.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 153 (9).

individuo lesionado la decisión de ejercer o no la protección diplomática. De este modo, el individuo, a pesar de que fue la víctima del hecho ilícito de un Estado y, en consecuencia, fue lesionado en su persona, sus bienes o intereses, no es el titular de la acción, sino el Estado de su nacionalidad. Esto sugiere indefensión e inseguridad jurídica para los particulares en caso de que su Estado decida no ejercerla, tal como lo reconoció la CIJ en el referido asunto de la *Barcelona Traction*: “Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa el Estado estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, se encuentran sin recursos en el Derecho Internacional”.⁶⁷

La noción de discrecionalidad absoluta es inconsistente con la complementariedad y la primacía del individuo que subyace a la protección diplomática. Por ello, y considerando el aún limitado acceso del individuo a los tribunales internacionales y la ineffectividad de varios de los mecanismos directos, se ha considerado que el Estado debería tener un verdadero *deber* de proteger a sus nacionales cuando sus derechos son lesionados en el extranjero.⁶⁸ En este sentido, se han hecho algunos esfuerzos (si bien escasos):

i. De *lege data*. En primer lugar, aunque a nivel regional y no referido a la protección diplomática en *sentido estricto*, el artículo 35 (antiguo artículo 20 del TCE) del Tratado de la Unión Europea⁶⁹ establece el derecho de los ciudadanos de la Unión a ser protegidos en el territorio de terceros países, con la correspondiente obligación de los Estados miembros.⁷⁰ Y, en segundo

⁶⁷ *Barcelona Traction*, *op. cit.*, 1970, párr. 78.

⁶⁸ Algunos incluso han sostenido que la protección diplomática es un *derecho humano*. Para una descripción, véase Flauss, J. F., “Protection Diplomatique et protection internationale des droits de l’homme”, *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, núm. 1, 2003, pp. 35 y 36.

⁶⁹ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (*Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/13 del 30 de marzo de 2010). Además véanse los artículos 20.2, c), (antiguo artículo 17TCE) y 23 (antiguo artículo 20TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83 del 30 de marzo de 2010).

⁷⁰ Esta disposición estuvo prevista desde el Tratado de Maastricht de 1992 (artículo 8c). Sobre este tema, pueden verse Jiménez Piernas, Carlos B., “La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 1, 1993, pp. 9-52; Andrés Sáenz de Santa María, María Paz, “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el Exterior”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, número. 11, 2006, pp. 11-25; Mangas Martín, Araceli, “Protección diplomática y consular”, en Mangas Martín, Araceli y González Alonso, Luis Norberto, (coord.), *Carta de los derechos*

lugar, en el marco de la extinta Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, creada en 1991 para examinar las demandas de compensación y abonar las indemnizaciones a las víctimas de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por Irak, el artículo 5.1.a) de las Reglas Provisionales para el Procedimiento de Reclamación⁷¹ disponía que si un Estado no presentaba una reclamación a nombre de su nacional, otro Estado lo podía hacer, siempre que dicha persona fuera residente en dicho Estado, con lo cual tenía lugar cierta atenuación a la discrecionalidad tradicional.

ii. De *lege ferenda*. Dugard sugirió en su primer informe sobre la protección diplomática que, bajo ciertas condiciones, los Estados tenían el *deber jurídico* de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales lesionados por un hecho ilícito internacional de otro Estado. Y presentó como propuesta para el artículo 4o. del proyecto lo siguiente:

- 1) A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *jus cogens* atribuible a otro Estado.
- 2) El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si:
 - a) El ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población;
 - b) Otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada;
 - c) La persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado.
- 3) Los Estados están obligados a incluir en su derecho interno disposiciones para hacer respetar este derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente.⁷²

fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 731-738.

⁷¹ Adoptadas en la 27o. reunión del Consejo de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, 6a. sesión del 26 de junio de 1992, S/AC.26/1992/10.

⁷² *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, cit., párr. 74. También véase Dugard, John, “Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the Inter-

En el comentario a dicho artículo, Dugard manifestó que, si bien existen distintas posturas sobre el carácter discrecional del ejercicio de la protección diplomática, abundando las que lo apoyan, también hay voces que “se han alzado en su contra”, así como:

Signos en la práctica reciente de los Estados, las constituciones y las opiniones jurídicas de apoyo a la opinión de que los Estados no sólo tienen el deber sino la obligación jurídica de proteger a sus nacionales en el extranjero, [lo cual] concuerda con el objetivo principal del Derecho Internacional contemporáneo: el progreso de los derechos humanos de la persona antes que las facultades soberanas del Estado.⁷³

Aún más, sostuvo que:

Si un Estado parte en una convención sobre derechos humanos tiene la obligación de velar por que todas las personas que se encuentren en su jurisdicción estén efectivamente protegidas contra la violación de los derechos contenidos en la convención y a proporcionar medios adecuados de reparación, no hay razón por la cual el Estado de la nacionalidad no debe estar obligado a proteger a sus propios nacionales cuando los derechos humanos básicos de éstos son gravemente violados en el extranjero.⁷⁴

Indudablemente, el argumento anterior se comparte, especialmente cuando se trata de violaciones graves de normas de *jus cogens*, pues es razonable pedir que un Estado reaccione con la protección diplomática a las medidas adoptadas por otro Estado contra sus nacionales que constituyan una infracción grave de una norma de *jus cogens*.

El proyecto del artículo 4o. debía ser interpretado como “un desarrollo progresivo antes que una codificación”.⁷⁵ Desafortunadamente, la discusión al interior de la Comisión de Derecho Internacional mostró que esta disposición era muy progresista para ser aceptada y no se incluyó en el proyecto final de artículos que se remitió al Sexto Comité en su primera lectura en

national Law Commission”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 80-83.

⁷³ *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, cit., párr. 87.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 89.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 88.

2004, preservándose en el artículo 2o. del proyecto la postura tradicional de la discrecionalidad absoluta del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. Esto denota la falta de consenso al seno de la CDI sobre el mantener las características tradicionales de la protección diplomática o el convertirla en un instrumento al servicio de la protección legal de los derechos humanos. A lo más que llegó el proyecto fue a *recomendar* en su artículo 19 que los Estados ejerzan la protección diplomática en nombre de sus nacionales cuando éstos hayan sufrido un “daño significativo”.

Autores como Torroja Mateu han manifestado que no hay razón para refutar el argumento de Dugard “en un plano abstracto y de *lege ferenda*”. Sin embargo,

en el plano concreto, el de la política y comportamiento de los Estados, los creadores hoy por hoy del Derecho Internacional público, sí hay razón: la voluntad de los Estados, su soberanía e independencia. Mientras ellos no adopten la norma jurídica que les obligue a ejercer la protección diplomática en estos casos, ésta no existirá; por más que se afirme desde un plano doctrinal su existencia.⁷⁶

Ciertamente la opinión de Torroja Mateu es realista y acorde con el comportamiento de los Estados y la esencia misma del derecho internacional. Aún así, no puede dejar de lamentarse esta oportunidad perdida en aras de ampliar el arsenal de recursos de los que se disponen cuando tienen lugar violaciones graves de normas de *jus cogens* que lesionan a la persona humana, su dignidad y, por ende, el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, el cual hoy por hoy constituye uno de los principios estructurales del derecho internacional.⁷⁷

iii. *Jurisprudencia*. Algunos autores han visto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos una ligera tendencia hacia la posibilidad de alegar un derecho a la protección diplomática por daños sufridos bajo los artículos 2o., 3o. y 4o. del Convenio Europeo sobre Derechos Hu-

⁷⁶ Torroja Mateu, Helena, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁷ Véase el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 en el que se añadió a la lista de los principios estructurales del derecho internacional el “respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales” y el “respeto de la igualdad de derechos de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, en la línea ya adoptada en la Declaración del Milenio. Asamblea General, *Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005*, Resolución 60/1, 24 de octubre de 2005, párr. 5.

manos.⁷⁸ Cabe señalar que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos repetidamente sostuvo que no existe un derecho a la protección diplomática conforme al artículo 1o. del CEDH⁷⁹ y que, aun cuando un Estado estuviera obligado a proteger a sus ciudadanos en el extranjero, gozaría de un amplio poder discrecional en su ejercicio.⁸⁰ Sin embargo, Flauss señala que la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el *caso Bankovic et al. vs. Bélgica*, en la que reconoce que la frase “dentro de su jurisdicción” comprende ciertos actos de jurisdicción extraterritorial de un Estado como “las actividades de sus agentes diplomáticos o consulares en el extranjero”,⁸¹ puede ser usada en el futuro como argumento para alegar el derecho a la protección diplomática, siempre que se entienda que “las obligaciones positivas” de los Estados bajo tal instrumento incluyen actividades extraterritoriales de esa naturaleza.⁸² No obstante, esta construcción permanece a nivel teórico, por lo que su extensión más allá de la protección diplomática en *sentido amplio*, a la que parece estar limitada, y sus efectos prácticos aún están por verse.

⁷⁸ Por ejemplo, véanse, Ress, G., “La Pratique Allemande de la Protection Diplomatique”, en Flauss, Jean-François (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels, Nemesis-Bruylant, 2003, pp. 121-151; Flauss, J. F., 2003 (a), *op.cit.*, p. 1-36; Flauss, Jean-François, “Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique?”, en *id.* (dir.), *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Brussels, Nemesis-Bruylant, 2003 (b), pp. 29-61.

⁷⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Bertrand Russell Peace Foundation Ltd vs. Reino Unido*, demanda núm. 7597/76, decisión del 2 de mayo de 1978; *G. Kapas vs. Reino Unido*, demanda núm. 12822/87, decisión del 9 de diciembre de 1987; *A Leschi y otros vs. Francia*, demanda núm. 37505/97, decisión de 22 de abril de 1998; *X y Y vs. Reino Unido*, demanda núm. 7215/75, sentencia del 11 de octubre de 1993; *O.L. vs. Reino Unido*, demanda núm. 11970/86, decisión del 13 de julio de 1987.

⁸⁰ En su decisión del caso *Nadler y Reckziegel vs. Alemania*, demanda núm. 27718/95, decisión de admisibilidad del 12 de abril de 1996, señaló: “Incluso asumiendo que existe una obligación positiva de parte de un Estado miembro de dar protección a sus ciudadanos en contra de la violación de sus derechos fundamentales, en cuanto a los tratados internacionales se refiere, las partes contratantes disfrutan de un amplio poder discrecional que está por naturaleza limitado a alcanzar un resultado aceptable para las partes contratantes, y que el interés general de establecer relaciones normales y amistosas con sus Estados vecinos prevalece sobre el interés individual en riesgo en la presente materia”.

⁸¹ CEDH, *Vlastimir y Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović y Dragan Suković vs. Bélgica, la República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido*, demandas núm. 52207/99, 12 de diciembre de 2001, párr. 73.

⁸² Flauss, Jean-François, *op. cit.*, pp. 50-53.

Hay que recordar que el tema de la justiciabilidad del ejercicio o no del derecho de protección diplomática y, por ende, de la posición del individuo en la institución también ha sido traído a escena en el ámbito regional europeo con el *caso Al Adsani vs. Reino Unido*.⁸³ En este caso el gobierno británico, después de tomar la posición de que la inmunidad de jurisdicción de los Estados, reconocida en la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de Basilea de 1972, era conforme con “principios universales de derecho internacional”, señaló que el artículo 6.1 del CoEDH no podía ser interpretado como que obliga a los Estados a negar dicha inmunidad y a afirmar su jurisdicción sobre un tercer Estado no contratante, puesto que tal conclusión “sería contraria al Derecho Internacional e impondría obligaciones irreconciliables sobre los Estados que han ratificado tanto el Convenio como la Convención de Basilea”. Además, añadió que “había otros medios tradicionales de reparación por daños de este tipo disponibles para el solicitante, a saber, la asistencia diplomática o la reclamación interestatal” (párrafo 50).

⁸³ El caso se refiere a diferentes actos de tortura cometidos en perjuicio del señor Al-Adsani, ciudadano británico y kuwaití, en el territorio de Kuwait por agentes de dicho Estado; hechos denunciados en el Reino Unido para efecto de obtener la reparación civil del daño correspondiente y que fueron desestimados por los tribunales británicos en aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción, el cual impide a las autoridades nacionales pronunciarse sobre hechos cometidos por agentes de un Estado extranjero, independientemente de que se alegara la comisión de actos de tortura. La CEDH resolvió, por una apretada mayoría de nueve votos contra ocho, que el Reino Unido no había violado el derecho al debido proceso del señor Al-Adsani bajo el argumento de que en el ámbito del CoEDH el derecho al debido proceso no es absoluto y no existe un deber de establecer mecanismos de reparación civil por violaciones de los derechos humanos, incluso tratándose de normas de *jus cogens*, cuando tales actos son cometidos en un Estado extranjero. Al respecto, el TEDH señaló: “it cannot be said that the High Contracting Party was under a duty to provide a civil remedy to the applicant in respect of torture allegedly carried out by the Kuwaiti authorities” (párr. 40). En sus votos disidentes algunos de los jueces consideraron, entre otras cosas, que no existía un fundamento para distinguir entre casos de tortura y, sobre la base del carácter de las normas de *jus cogens*, obligaciones en materia penal y civil para efectos del artículo 6º. de la CoEDH, relativo al derecho a un debido proceso. CEDH, *Al Adsani vs. Reino Unido*, demanda núm. 35763/97, sentencia del 21 de noviembre de 2001. Véase también Bou Franch, Valentín, “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto Al-Adsani contra Reino Unido”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 18, 2002, pp. 279-303; Caplan, Lee M., “State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 741-781.

Este argumento es interesante, puesto que el señor Al-Adsani era ciudadano británico y kuwaití y el objeto de su reclamación era que había sido sometido a actos de tortura en Kuwait y que dichos actos eran atribuibles al gobierno de Kuwait. Al-Adsani alegó que el gobierno británico tenía una obligación especial de intervenir y su queja era que se había negado a asistirlo en la presentación de una reclamación en contra del gobierno de Kuwait. Como antes se mencionó, el gobierno británico señaló que el solicitante tenía a su disposición los “medios tradicionales de reparación por daños de este tipo”: la asistencia diplomática o la reclamación interestatal. Sin embargo, la postura del gobierno británico sobre la protección de sus nacionales en el extranjero está bien establecida: se adhiere a la clásica ficción vatteliana de que la protección diplomática es un derecho del Estado.⁸⁴ Por ello, el iniciar cualquier acción de este tipo (por ejemplo la asistencia diplomática que podría ser la antesala de una reclamación de protección diplomática) y todo lo relacionado con ella corresponde sólo al Estado decidirlo. De este modo, el gobierno británico al mencionar “otros medios tradicionales de reparación” se refería a mecanismos no accesibles al señor Al-Adsani por su propio derecho.⁸⁵

iv. A nivel *local* es donde han tenido lugar los avances más considerables. La CIJ ya había reconocido en el asunto de la *Barcelona Traction* que el Estado podría estar obligado a proteger a sus nacionales en el extranjero cuando normas de su derecho interno le impusieran esa obligación.⁸⁶ De tal suerte que el incumplimiento a dicha obligación daría lugar a la responsabilidad del Estado frente al particular en el orden interno:

Con el fin de defender su causa y obtener justicia, [las personas físicas y jurídicas] no pueden sino apelar al derecho interno, si éste les ofrece medio para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciuda-

⁸⁴ Al respecto, véase Warbrick, Colin, “Protection of Nationals Abroad”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, núm. 4, 1988, pp. 1006-1008.

⁸⁵ Abúndese sobre la relación del caso *Al-Adsani vs. Reino Unido* con la protección diplomática en Warbrick, Colin, “Diplomatic Representations and Diplomatic Protection-Current developments in Public International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, p. 723-725.

⁸⁶ Ya desde 1955 Makarov afirmaba que aunque en algunas constituciones recientes se apuntara hacia la obligatoriedad de la protección diplomática, el derecho de los particulares no había sido articulado de manera eficaz. Makarov, A., “Consideraciones sobre el derecho de protección diplomática”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 8, 1955, pp. 512 y ss.

danos en el extranjero. Pero todas estas cuestiones son de la competencia del derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede además conceder a los ciudadanos el derecho de exigir que esa obligación sea respetada y apoyar tal derecho con sanciones.⁸⁷

Los avances en el orden local apuntan hacia dos direcciones. De un lado, las *Constituciones*⁸⁸ de varios Estados reconocen, de un modo u otro, el derecho de la persona a ser protegida en el extranjero y, en algunos casos, de recibir protección diplomática por los perjuicios sufridos en el extranjero. Ahora, que este derecho sea exigible en los tribunales internos de cada Estado es poco claro. De hecho, Dugard señala que al menos en el caso de los antiguos países comunistas “este derecho es simplemente un adorno constitucional”. Sin embargo, como bien anota, los derechos declarativos algunas veces son tomados en serio por los tribunales y siempre existe la posibilidad de que puedan ser exigibles con el tiempo.⁸⁹ De otro lado, numerosas *decisiones judiciales* de tribunales internos indican que, si bien un Estado puede decidir discrecionalmente si va a ejercer o no la protección diplomática, tiene la obligación, sujeta a control jurisdiccional, de hacer algo para ayudar a sus nacionales, lo que puede incluir la obligación de considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática.⁹⁰

⁸⁷ *Barcelona Traction*, *op.cit.*, 1970, párr. 78.

⁸⁸ Entre estos Estados se encuentran: Albania, Belarús, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, China, Croacia, Estonia, Georgia, Guyana, Hungría, Italia, Kazajstán, Laos, Latvia, Lituania, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Rusia, España, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Turquía, Ucrania, Vietnam y Yugoslavia. Dugard, John, 2005, *op. cit.*, p. 81. También véase *Primer informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, *cit.*, párr. 80-86.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Para ver un recuento de decisiones judiciales en este sentido, véanse Dugard, John, *op. cit.*, p. 81 y el trabajo de Vermeer-Künzly, A., “Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006, pp. 285-305. Para el caso de España, véase la sentencia de la Sala 3a. del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986, la cual declaró que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye “un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución”. Para abundar sobre el caso español, véanse Díaz Barrado, Cástor Miguel, “La protección de españoles en el extranjero: práctica constitucional”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (1992)*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1993, pp. 239-354; Díaz Barrado, Cástor Miguel, *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, Tecnos, 1993, 54 p.; Díez de Velasco, M., “Protección diplomática e inactividad del Estado: la práctica española”, *Pacis Artes. Obra*

De este modo, es en el orden interno donde se puede encontrar la ligera tendencia hacia la consolidación del deber de los Estados de ejercer la protección diplomática a favor de sus nacionales en caso de que sufran violaciones graves de sus derechos en el extranjero. Y el avance en este sentido no es menor: en los casos de violaciones graves de los derechos humanos en los que los individuos no tienen recursos a su disposición en el derecho internacional de los derechos humanos, el ejercicio de la protección diplomática por parte de su Estado se convierte en un medio esencial para lograrlo.

Una vez admitido en el orden interno que la protección de los nacionales en el exterior es una actividad que el Estado ha de llevar a cabo, en caso de que no lo haga y se genere un perjuicio para el particular, la consecuencia es la responsabilidad de la administración del Estado y el derecho del particular a ser indemnizado. Para determinar la eventual responsabilidad de la administración del Estado por no ejercer la protección diplomática de un nacional, se tiene que distinguir si el incumplimiento es producto 1) de la inactividad del Estado por no haber ejercido la protección diplomática, o 2) del ejercicio no adecuado de la acción diplomática. En el primer caso, definitivamente se consolidaría la lesión del particular y se configuraría la responsabilidad de la administración pública siempre que el particular previamente hubiera agotado los recursos del orden interno del Estado autor del hecho ilícito internacional y, una vez fracasada esta vía, hubiera solicitado expresa y motivadamente la protección diplomática del Estado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores o ante una misión diplomática o consular. En el segundo caso, se configuraría la responsabilidad de la administración pues, a pesar de haber ejercido la acción diplomática, en la realidad ésta no fue efectiva.⁹¹

Si en el orden interno no existe disposición que vincule de un modo u otro al Estado a proteger a sus nacionales en el exterior y, en este sentido, a ejercer la acción diplomática, habrá que acogerse a lo dispuesto en las leyes y disposiciones reglamentarias, en particular las que regulan la actividad de

homenaje al profesor Julio D. González Campos, Madrid, Editer Publicaciones, 2005, pp. 194-211; Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 275-279; Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 247 y 248.

⁹¹ González Campos, Julio D. et al., *Curso de derecho internacional público*, 4a. ed. rev., Madrid, Aranzadi, 2008, pp. 439 y 440.

las cancillerías o ministerios de relaciones exteriores. Así, los artículos 3o., párrafo 1.b, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, y 5, apartado *a*, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, establecen que entre las funciones de las misiones diplomáticas y consulares, respectivamente, se halla la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional”.

VI. CONDICIONES DE EJERCICIO: NACIONALIDAD DE LA RECLAMACIÓN Y AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS DISPONIBLES EN EL DERECHO INTERNO⁹²

1. Nacionalidad de la reclamación

Si bien la protección diplomática es un mecanismo que sólo requiere que exista una relación entre Estados, y no entre el particular (persona física o jurídica⁹³) al que se causó el daño y el Estado al que se le atribuye, generalmente debe existir un vínculo de nacionalidad entre el particular perjudicado y el Estado que ejerce la acción diplomática. Así lo consideró la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *The Panevezys-Saldutiskis Railway* al señalar que “en ausencia de un acuerdo especial, es el vínculo de

⁹² Algunos doctrinarios, partiendo del principio jurídico de que “nadie puede aprovecharse de su propia culpa”, han defendido la existencia de una excepción que opera como requisito adicional a las condiciones tradicionales de ejercicio de la protección diplomática y es “la conducta correcta del reclamante” o “teoría de las manos limpias”. Según esta teoría, si el daño causado al particular deriva de la propia conducta de éste y, además, existe un nexo causal entre la conducta incorrecta y el daño sufrido, el ejercicio de la protección diplomática no es admisible. García Arias, Luis, “La Doctrine des «Clean Hands» en Droit International Public”, *Annuaire des Anciens Auditeurs de l'Academie de Droit International*, vol. 30, 1960, pp. 14-22; Mijaya de la Muela, A., “Le rôle de la condition des mains propres de la personne lesée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux”, *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968, pp. 189-213; Witenberg, J. C., *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, París, Pedone, 1937, pp. 159 y 160; Rousseau, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1961, p. 360.

⁹³ Por escapar al objetivo general de este trabajo, en este capítulo no se trata el tema de la protección diplomática a favor de personas jurídicas. Para un bosquejo general del tema, véanse el artículo 9o. del proyecto de la CDI y sus comentarios; Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 17a. ed., Madrid, Tecnos, 2009, p. 912-914; González Campos, *et al.*, *op.cit.*, p. 434-435 y Mariño Menéndez, F. M., 2005, *op. cit.*, p. 526-527.

la nacionalidad entre un Estado y el individuo el que confiere por sí solo al Estado el derecho de la protección diplomática".⁹⁴ Y este principio es reiterado por el artículo 3.1 del proyecto de la CDI: "El Estado facultado para ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad". Por otro lado, la nacionalidad de la persona física o natural tiene que haber sido adquirida de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. El artículo 4o. del proyecto de la CDI señala como medios normales de adquisición de la nacionalidad: la realizada en razón del lugar del nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados y la naturalización, pero no excluye otros medios.

El requisito de la nacionalidad de la reclamación está sujeto a dos tipos distintos de problemas:

El primer problema se refiere a la *continuidad de la nacionalidad* en el tiempo, es decir, en qué momento o momentos debe existir tal vínculo entre el Estado que ejerce la protección diplomática y el individuo perjudicado. Tradicionalmente se ha exigido que se concrete en dos momentos distintos: en el momento en que se produce el hecho que motiva la reclamación, y en el momento en que el Estado ejerce la protección diplomática o, si ésta fracasa, cuando recurre ante un tribunal internacional. Esta exigencia es corroborada por el artículo 5.1 del proyecto de la CDI. Como señalan González Campos *et al.*, esto tiene su razón de ser en que la seguridad jurídica no permite que una persona, mediante el cambio voluntario de su nacionalidad, se coloque bajo la protección de un Estado poderoso y, de esta forma, pueda alcanzar un resultado satisfactorio de su reclamación.⁹⁵

Ahora bien, el artículo 5.2 del proyecto de la CDI añade una excepción a la regla general: permite que un Estado ejerza la protección diplomática a favor de una persona que sea su nacional en el momento en que presenta la reclamación, aunque no lo fuera en el momento en que se produjo el hecho que la motiva, siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. Esta excepción tiene un límite: cuando la reclamación se presenta contra el Estado del que era nacional la persona en el momento en que se realizó el hecho internacionalmente ilícito, de acuerdo con el artículo 5.3 del proyecto de la CDI.

⁹⁴ Caso del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (*Estonia vs. Lituania*), *op. cit.*, p. 16.

⁹⁵ González Campos, Julio D. *et al.*, *op. cit.*, p. 432.

El segundo problema surge en los casos de personas con *doble o múltiple nacionalidad*, en los que hay que distinguir dos situaciones. La primera es aquella en la que el particular ostenta la nacionalidad del Estado reclamante y la de un tercer Estado. La solución tradicional a este problema fue la de no admitir que uno de ellos ejerciera la protección diplomática contra otro. Así lo señalan la jurisprudencia arbitral en el *caso Canevaro* de 1912,⁹⁶ la CIJ en su opinión consultiva sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* de 1949,⁹⁷ y el artículo 4o. de la Convención de la Haya de 1930 sobre algunas cuestiones relativas al conflicto de las leyes de nacionalidad. Por su parte, el artículo 7o. del proyecto de la CDI confirma la solución tradicional dada a estos casos, pero a la vez admitió una excepción al permitir que un Estado presente una reclamación para proteger a una persona de su nacionalidad contra otro Estado del que también tenga la nacionalidad esa persona, siempre que la nacionalidad “predominante” sea la del Estado que ejerce la protección, ‘tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación’. Esta excepción concuerda con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, el cual otorga protección legal a todas las personas, incluso en contra de su propio Estado.⁹⁸

La segunda situación relativa a los casos de doble o múltiple nacionalidad es la determinación de qué Estado de los que el particular es nacional es competente para ejercer la protección diplomática cuando la reclamación no va dirigida a ninguno de dichos Estados. Al respecto, la práctica arbitral señaló que en principio cualquiera de los Estados es competente para hacerlo. Así, en el caso *Salem (EE.UU. vs. Egipto)* de 1932 se declaró: “La norma de Derecho Internacional en un caso de doble nacionalidad es que una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso al remitirse a la nacionalidad de la otra Potencia”.⁹⁹ Sin embargo, la solución generalmente adoptada a partir del pronunciamiento de la CIJ en el *caso Nottebohm* de 1955 ha sido que el ejercicio de la protección corresponde al Estado del

⁹⁶ Corte Permanente de Arbitraje, *Reclamación Canevaro (Italia vs. Perú)*, 3 de mayo de 1912, vol. XI, p. 403.

⁹⁷ CIJ, *Reparación por los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, p. 186.

⁹⁸ Dugard, John, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁹ Reports of International Arbitral Awards, *Caso Salem (Egipto vs. EE.UU.)*, 8 de junio de 1932, vol. II, p. 1188.

vínculo más efectivo.¹⁰⁰ Y también en este sentido se pronunció la jurisprudencia arbitral posterior en los casos *Florence Mergé* de 1955,¹⁰¹ llevado ante la Comisión de Conciliación Italo-Americanas, e *Irano-Reading & Bates, S.S.K., DEC 32-A18-FT* de 1984, llevado ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.¹⁰²

El artículo 6o. del proyecto de la CDI, por su parte, propone otra solución: admite, sin exigir un vínculo efectivo, que cualquiera de los Estados de la nacionalidad del individuo perjudicado ejerza la protección diplomática en contra de un tercer Estado del que éste no sea nacional. La CDI señala en los comentarios al artículo 4o. del proyecto que si se siguiera estrictamente el criterio de la nacionalidad efectiva:

Se excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, hay millones de personas que dejan sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquirirán, o bien han adquirido la nacionalidad por nacimiento o filiación, de Estados con los que tienen una conexión tenue.¹⁰³

Finalmente, el artículo 6o. del proyecto de la CDI establece que es posible que los Estados de la nacionalidad del individuo presenten de forma conjunta la reclamación.

Así, la regla general es que un Estado ejerza la protección diplomática a favor de un particular: *a) cuando el agraviado es nacional suyo, y b) cuando, no siéndolo, existen acuerdos particulares que lo permiten.*¹⁰⁴ El proyecto de la CDI de 2006, en el marco de su función de desarrollo progresivo del derecho y con la finalidad de adaptar la institución de la protección diplo-

¹⁰⁰ Caso *Nottebohm*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰¹ Reports of International Arbitral Awards, Caso *Mergé*—Decisión No. 55 (*Italia vs. EE. UU.*), 10 de junio de 1955, Vol. XIV, p. 239.

¹⁰² Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Irano-Reading & Bates, S.S.K., DEC 32-A18-FT*, 6 de abril de 1984.

¹⁰³ *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *cit.*, p. 33.

¹⁰⁴ Weiss señala que, como excepción, los Estados pueden proteger a los extranjeros sin necesidad del vínculo de la nacionalidad en el caso de 1) los marineros extranjeros, durante su período de servicio; 2) la protección funcional a los agentes de organizaciones internacionales; 3) la protección consular o diplomática al personal de otro Estado. Véase Weiss, Paul, *Nationality and statelessness in international law*, 2da. ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 39.

mática al derecho internacional de los derechos humanos, ha permitido dos excepciones a esta regla:

Primero. En el caso de los *miembros de la tripulación de un buque*, la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado de la nacionalidad del buque, si los tripulantes han sido agravados en conexión con un daño a éste, producto de un hecho internacionalmente ilícito, según el artículo 18.¹⁰⁵ La innovación de esta disposición consiste en que el derecho del Estado de la nacionalidad del buque de ejercer protección diplomática es adicional al derecho normal de protección diplomática que puede ejercer el Estado de la nacionalidad de los tripulantes.¹⁰⁶

Segundo. En el caso de los *apátridas y refugiados*, la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado en el que residen de forma “legal y habitual”, de acuerdo con el artículo 8o. del proyecto de la CDI. A pesar de que los estándares de elegibilidad son muy altos (residencia “legal y habitual”) y pueden tener como consecuencia que varios individuos queden desamparados, la inclusión de estas personas en el proyecto de la CDI refleja una postura acorde con el desarrollo progresivo del derecho internacional en materia de la protección de los derechos humanos. De no permitirse el ejercicio de la acción diplomática por el Estado en el que residen “legal y habitualmente”, ningún Estado podría ejercer dicha protección a su favor (en el caso de los apátridas) o difícilmente lo haría por tratarse del Estado que persigue al individuo (en el caso de los refugiados). Eso sí, en cuanto a los refugiados se refiere, el artículo 8.3 del proyecto deja claro que la protección diplomática no puede ser ejercida en contra del Estado de la nacionalidad de los refugiados, dejando fuera de la nueva disposición, como Milano señala: “Una base potencialmente explosiva para reclamacio-

¹⁰⁵ Dugard señala que esta práctica encuentra algún sustento en la práctica de los Estados, plasmada en la jurisprudencia y la doctrina, y que también existe práctica estatal al respecto, en especial de los Estados Unidos de América. Según el derecho de los Estados Unidos, a los marinos extranjeros se les ha reconocido tradicionalmente el derecho a obtener la protección de los Estados Unidos mientras prestan servicio a bordo de buques estadounidenses. *Quinto informe sobre la protección diplomática*, John R. Dugard, cit., párr. 44-45.

¹⁰⁶ Debe considerarse que, en el marco de la Convención del Derecho del Mar, se permite al Estado de la nacionalidad del pabellón adoptar medidas a favor de la tripulación del buque con independencia de su nacionalidad. Si bien, en estricto sentido, no se trata de una excepción a las condiciones de ejercicio de la protección diplomática, sino de una institución distinta. Al respecto, véase el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el *Derecho del Mar*, adoptada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

nes de protección diplomática: los daños sufridos por los refugiados por actos ilegales del Estado de la nacionalidad previa mientras éstos todavía eran nacionales de ese Estado”.¹⁰⁷

2. Agotamiento de los recursos disponibles en el derecho interno

La segunda condición de ejercicio de la protección diplomática es que antes de ser ejercida, el individuo lesionado agote los recursos locales en el Estado que causó el daño ilícito.¹⁰⁸ Esta regla ha sido reconocida por la CIJ en el caso *Interhandel* como “una regla bien establecida del Derecho Internacional consuetudinario”¹⁰⁹ y en el caso *ELSI* como “un importante principio del Derecho Internacional consuetudinario”.¹¹⁰ Al respecto, el artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por hechos ilícitos sostiene que: tiene por objeto permitir que, antes de ejercer la protección diplomática o recurrir a la jurisdicción internacional, “el Estado en el que se ha cometido la lesión pueda remediarla por sus propios medios, en el marco de su orden jurídico interno”.¹¹¹ De otro modo, se interferiría innecesariamente en los asuntos internos del Estado responsable y se incitarían inútilmente conflictos internacionales.¹¹² El artículo 14 del proyecto de la CDI recoge esta regla en los siguientes términos:

- 1) Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas

¹⁰⁷ Milano, Enrico, “Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-fashioning Tradition?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35, 2004, p. 101.

¹⁰⁸ Sobre este tema, véase Ruiloba Santana, Eloy, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Valencia, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1978. También véase Mijá de la Muela, A., “El agotamiento de los recursos internos como supuesto de las reclamaciones internacionales”, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, vol. II, 1963, pp. 9-58.

¹⁰⁹ CIJ, Caso *Interhandel* (*Suiza vs. Estados Unidos de América*), objeciones preliminares, sentencia de 21 de marzo de 1959, p. 27.

¹¹⁰ CIJ, Caso relativo a la *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (*Estados Unidos de América vs. Italia*), sentencia de 20 de julio de 1989, p. 42, párr. 50.

¹¹¹ *Caso Interhandel*, cit., p. 27.

¹¹² Lillich, R., “The Effectiveness of the Local Remedies Today”, *American Society of International Law-Proceedings*, vol. 58, 1964, pp. 101-106.

a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes que la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto del artículo 15.

- 2) Por “recursos internos” se entiende los recursos legales que una persona lesionada puede interponer ante los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad se invoca por el perjuicio.
- 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 artículo 8.

De esta forma, todas las personas, jurídicas y naturales, deben agotar los recursos locales del Estado que causó el daño. Estos recursos varían en cada Estado y pueden ser de cualquier tipo: ordinarios o extraordinarios, judiciales o administrativos. Eso sí, tienen que existir realmente y su utilización debe poder conducir a la reconsideración de la reclamación, es decir, deben ser eficaces y suficientes.¹¹³ En este sentido, la jurisprudencia arbitral señaló en el asunto *Ambatielos* que:

Estos recursos internos incluyen no solamente lo que se refiere a los tribunales, sino también al uso de todas las facilidades de procedimiento que el derecho interno hace accesibles al litigante ante los tribunales. Es todo el sistema de protección jurídica, tal y como lo prevé el derecho interno, el que debe ser probado ante un Estado.¹¹⁴

No obstante, no incluyen los recursos a título de gracia ni aquellos cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho. Por ejemplo, las peticiones de indulto o el recurso a un ombudsman pertenecen generalmente a la categoría de recursos que no es necesario agotar.¹¹⁵

¹¹³ Mariño Menéndez, F. M., *op. cit.*, p. 528.

¹¹⁴ Reports of International Arbitral Awards, *Reclamación Ambatielos (Grecia vs. Reino Unido)*, 6 de marzo de 1956, Vol. XII, p. 120. También véase Amerasinghe, C. F., *op.cit.*, pp. 182-192.

¹¹⁵ *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, *cit.*, p. 80. Al respecto, véase el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*, *cit.*, párr. 135-143.

La regla del agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con el artículo 14.3, sólo tiene aplicación en aquellos casos en que el Estado que ejerce la protección diplomática ha sido lesionado “indirectamente”, es decir, a través de un nacional suyo. Por lo que la regla no opera si es el propio Estado el que ha sufrido el daño directamente o la reclamación es mixta por tener elementos de un daño directo e indirecto al Estado. Ahora, como señala la CDI, en la práctica es difícil determinar cuando una reclamación es “directa”, “indirecta” o “mixta”. Por lo general, la reclamación será “indirecta” cuando el Estado busque una compensación económica a nombre de su nacional como individuo privado. Cuando la materia de la disputa se relaciona con actos de un agente del gobierno, un agente diplomático o la propiedad del Estado, la reclamación normalmente será “directa”.¹¹⁶ Por ejemplo, si se produce una detención ilícita en altamar de un buque de Estado o cuando el hecho ilícito lesiona a un órgano de las relaciones internacionales del Estado como es el caso de la entrada de las fuerzas de seguridad en los locales de una misión diplomática sin la autorización del jefe de la misión.¹¹⁷

Si la reclamación es producto de un daño que lesione directa e indirectamente al Estado, será “mixta”. Por ejemplo, en el *caso Avena*, México buscaba proteger a sus nacionales de la pena de muerte en Estados Unidos a través de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, argumentando que, a raíz de la violación de Estados Unidos de sus obligaciones conforme al artículo 36.1 de la CV63, había sufrido un daño, tanto él mismo como a través de sus nacionales. La CIJ confirmó este argumento debido “a la interdependencia de los derechos del Estado y los derechos individuales”. Y rechazó la excepción de Estados Unidos de que no se había cumplido con la regla del agotamiento de los recursos internos toda vez que en este tipo de reclamaciones “el deber de agotar los recursos internos no tiene aplicación”.¹¹⁸

En los casos de reclamaciones mixtas, el tribunal debe decidir qué elemento, el directo o el indirecto, es el preponderante.¹¹⁹ Por ejemplo, en el *caso ELSI*, la CIJ rechazó el argumento de Estados Unidos de que parte de la reclamación estaba basada en la violación de un tratado y que, por tanto,

¹¹⁶ *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, cit., pp. 74 y 75.

¹¹⁷ González Campos et al., *op. cit.*, p. 436.

¹¹⁸ *Avena y otros nacionales mexicanos*, cit., párr. 40.

¹¹⁹ *Draft articles on Diplomatic Protection with commentaries*, cit., p. 75.

era innecesario el agotamiento de los recursos internos, al señalar que: “La Sala no tiene duda de que la materia que influye e impregna la reclamación de los Estados Unidos en su conjunto es el daño aducido a Raytheon and Machlett (empresas de EEUU)”.¹²⁰

El particular, en el marco de los procesos internos, debe plantear ante los órganos jurisdiccionales internos los argumentos básicos que el Estado del que es nacional se propone utilizar en la acción internacional de la acción diplomática. Sin embargo, esto no significa que el particular deba haber presentado absolutamente todos los argumentos de hecho y derecho aducidos por el Estado en el marco de la protección diplomática, pero sí los esenciales.¹²¹ Y en este sentido se pronunció la CIJ en el asunto *ELSI*, en el que señaló que para que se consideren agotados los recursos internos “basta con que se haya sometido la esencia de la demanda y que se haya perseverado tan lejos como permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin alcanzar éxito”.¹²²

La regla del agotamiento de los recursos tiene las siguientes *excepciones*, de acuerdo con el artículo 15 del proyecto de la CDI: *a)* cuando no hay recursos internos lo razonablemente suficientes para ofrecer una reparación eficaz, o los recursos internos que hay no ofrecen ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz;¹²³ *b)* cuando en la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;¹²⁴ *c)* cuando no existe un vínculo relevante entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca en la fecha del daño;¹²⁵ *d)* cuando la persona lesionada es manifiestamente excluida del acceso a las instituciones que ofrecen los recursos internos,¹²⁶ y *e)* cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.¹²⁷

¹²⁰ Caso relativo a la *Elettronica Sicula S.p.A.* (*ELSI*), cit., p. 42, párr. 52.

¹²¹ Diez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 915.

¹²² Caso relativo a la *Elettronica Sicula S.p.A.* (*ELSI*), cit., p. 42, párr. 59.

¹²³ Caso del ferrocarril *Panvezys-Saldutiskis* (*Estonia vs. Lituania*), cit., p. 18.

¹²⁴ Reports of International Arbitral Awards, *El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (Gran Bretaña vs. México)*, 18 de junio de 1931, vol. V, p. 198.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 83.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ CEDH, Casos de *De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy”)* vs. Bélgica (méritos), demandas núm. 832/66; 2835/66; 2899/66, sentencia del 18 de junio de 1971, párr. 55.

VII. CONCLUSIÓN

La práctica de los últimos años demuestra que la protección diplomática es un mecanismo factible para la defensa de los derechos de los extranjeros que no está limitado a los tradicionales derechos económicos que se protegían en una época anterior, sino que puede incluir todo tipo de derechos individuales reconocidos en el derecho internacional, especialmente los derechos humanos. La tendencia contemporánea es que los Estados la usen como último recurso cuando sus nacionales no han podido obtener la reparación a la lesión de sus derechos a causa de un hecho ilícito internacional, especialmente en los casos de daños flagrantes y/o sistemáticos. En este respecto, la institución se muestra como un poderoso mecanismo de protección, donde otros prueban no serlo.

Es cierto que las normas convencionales de derecho internacional que protegen los derechos humanos imponen a los Estados estándares de conducta potencialmente universales. Sin embargo, en ciertos casos, pueden ser menos estrictos que los protegidos por medio de la protección diplomática que un Estado ejerce a favor de sus nacionales cuyos derechos han sido lesionados en violación del derecho internacional.

La protección diplomática tiene una importante función contemporánea como mecanismo de defensa de los derechos humanos de los extranjeros. En realidad, no hay ningún obstáculo del razonamiento jurídico para considerar que pueda servir como una vía para proteger los derechos humanos de los nacionales en el extranjero. El régimen internacional de los derechos humanos no ha hecho obsoleta a la institución ni rompe con la ficción jurídica que la sustenta. En realidad, la relación entre la institución de la protección diplomática y el régimen internacional de los derechos humanos es de confluencia y complementariedad. La protección diplomática, norma secundaria general, es uno de los medios del régimen internacional general de la responsabilidad internacional y confluye con las normas secundarias del régimen internacional de los derechos humanos.

Por lo anterior, el verdadero desafío a la naturaleza jurídica de la protección diplomática no es la sustitución del Estado por el individuo en la titularidad del derecho principal, como algunos han observado, sino el reconocimiento de que dos derechos se encuentran presentes en la institución: *el derecho subjetivo sustantivo del individuo y el correlativo derecho subjetivo*.

sustantivo de protección del Estado. De este modo, cuando un individuo es lesionado en el extranjero, antes que nada son sus derechos individuales los que están en juego, pero, a su vez, la lesión a tales derechos afecta los derechos del Estado de su nacionalidad (o del que es refugiado o apátrida). Por ello, se puede sostener que los dos derechos presentes en la institución de la protección diplomática son *complementarios*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des Cours*, vol. 280, 1999.
- AMERASINGHE, C. F., *Local Remedies in International Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Diplomatic Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 3, 1976.
- BENNOUNA, M., “La Protection Diplomatique, un Droit de l’État?”, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber Paix, Développement, Démocratie / Peace, Development, Democracy*, Bruselas, Bruylant, 1998.
- DUGARD, John, “Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 24, 2005.
- PANHUYSEN, Haro F. Van, *The Role of Nationality in International Law: An Outline*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1959.
- TORROJA MATEU, Helena, “La «protección diplomática» de los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, núm. 1, 2006.
- , *El derecho del estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, Bosch, 2007.