

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

*Arturo Santiago Pagliari **

Sumario: I. Introducción. II. El hecho ilícito internacional. III. Naturaleza jurídica. Derecho del Estado. IV. Condiciones para el ejercicio de la protección diplomática. Nacionalidad de la reclamación. Agotamiento de los recursos internos. IV.1. La nacionalidad de la reclamación. Protección por el Estado de la nacionalidad. IV.2. Agotamiento de los recursos internos. IV.3. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. V. Alcance de la protección diplomática. Consecuencias. VI. Medios para ejercerla.

El tema de la responsabilidad internacional como el de la protección diplomática se encuentran establecidos por el derecho consuetudinario general, ya que los numerosos intentos de codificación de esta materia todavía no han fructificado en una convención.

La institución de la responsabilidad internacional está directamente relacionada con el tema de la protección diplomática. En efecto, la invocación y ejercicio de esta última, sólo es viable en tanto un Estado haya cometido un hecho ilícito internacional que origine su responsabilidad. La importancia de ambos temas, responsabilidad internacional y protección diplomática, motivó que fueran especialmente seleccionados por la Comisión de Derecho Internacional para la confección de sendos proyectos de artículos que eventualmente sirvieran para conformar una convención o tratado internacional.

La preocupación internacional sobre el trato a los extranjeros y el respeto de sus derechos, explicó que cuando se comenzaron los trabajos para codificar ¹ el tema de la responsabilidad internacional, los estudios del relator designado se centrarán exclusivamente en el tema de la responsabilidad de los Estados derivada del trato a los extranjeros ², ya que durante años éste fue el motivo principal de demandas entre Estados en los tribunales internacionales ³. Sus cinco informes no tuvieron eco, principalmente, porque sus trabajos particularizaron sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados a la persona y bienes de los extranjeros en base a normas primarias sobre la responsabilidad de las cuales se debían deducir las normas secundarias aplicables a la responsabilidad de los Estados.

Ante este panorama, la Asamblea General encarga en 1963 un nuevo estudio del tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, sobre las siguientes bases: La definición de las normas generales de la responsabilidad internacional del Estado (es decir, el desarrollo de las normas secundarias, eliminándose el tema de las obligaciones sustantivas) y el estudio de los nuevos desarrollos del derecho internacional sobre la materia. Roberto Ago, nombrado relator especial en 1967, presentó siete informes hasta 1980, limitando el estudio a la responsabilidad de los Estados sólo por actos ilícitos (dejando de lado la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la de otros sujetos y la del individuo). El estudio abarcó el origen de la responsabilidad, los elementos del hecho ilícito y las causas excluyentes de la ilicitud. Tuvo el mérito de conceptualizar la responsabilidad desde un punto de vista puramente objetivo, prescindiendo del daño como elemento constitutivo del hecho ilícito. El daño queda eliminado del origen de la responsabilidad, no así de sus consecuencias. Asumiendo una posición original entre la doctrina tradicional que establecía una relación directa entre la responsabilidad y el daño y la posición de Kelsen que vinculaba a la responsabilidad con la sanción, el relator establece la versión del art. 19 del proyecto, en la que distingue entre delitos y crímenes, agregando para esta última categoría de infracciones el elemento punitivo (reparación más sanción). En 1996, se amplió este proyecto (aprobado en primera lectura, gracias a la labor realizada por los dos nuevos relatores especiales que le sucedieron a Ago, Riphagen (1981/86) y Arangio Ruiz (1987/96), con una segunda parte referida al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional y una tercera dedicada a la solución de controversias. En la actualidad, se ha dejado de lado tal proyecto, sustituyéndolo por el aprobado en primera lectura en agosto del 2001, que consta de 59 artículos insertados en cuatro

partes: El hecho internacionalmente ilícito del Estado; Contenido de la responsabilidad internacional; Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional, y Disposiciones Generales, respectivamente.

El segundo tema, la protección diplomática, motivó que la Comisión de Derecho Internacional en su 58° período de sesiones, aprobara el texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, que incorpora algunos aspectos novedosos sobre la materia. El proyecto consta de 19 artículos agrupados en cuatro partes ⁴.

I. Introducción

Si bien es cierto, que una vez admitido el extranjero en un Estado queda sujeto a su jurisdicción y, en consecuencia, a sus leyes, no lo es menos que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación de garantizar a los extranjeros un estándar mínimo en materia de derechos, estándar que se obtiene mediante la comparación de los respectivos ordenamientos nacionales en relación siempre con el ordenamiento internacional, atendiendo particularmente al trato deparado por éstos a los extranjeros. La violación de esta obligación origina la responsabilidad internacional del Estado, puesto que tal violación constituye un hecho ilícito internacional. La correspondencia a esta obligación, es el derecho que tienen los Estados de exigir ese reconocimiento y respeto de los derechos de sus nacionales y, en su caso, la reparación originada por una violación a ellos. Esta facultad, los Estados la pueden ejercer a través de la acción de amparo o protección diplomática. A esta acción dirigida por un gobierno contra otro por la causa indicada, se la denomina acción de amparo o protección diplomática. Comprende todas las medidas que puede adoptar un Estado en contra de otro Estado con relación a un perjuicio a la persona o a los bienes de un nacional causado por un hecho o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado ⁵.

Sus caracteres hacen referencia: a) al origen (hecho ilícito internacional); b) a la naturaleza jurídica (derecho del Estado); c) a las condiciones (agotamiento de los recursos internos y nacionalidad efectiva); d) a los límites (cuantía del daño sufrido por el particular) de la protección diplomática, y e) a los medios para ejercerla.

II. El hecho ilícito internacional

La protección diplomática consiste en la reclamación de un Estado contra otro con el objetivo de lograr la reparación de los daños que este último ha causado a un particular de nacionalidad del primero al cometer un hecho internacionalmente ilícito.

La invocación de la responsabilidad está basada en un hecho internacionalmente ilícito de un Estado; en tal sentido, pues, el origen de la protección diplomática es el hecho ilícito que hay que probar. La primera cuestión entonces, es determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. El proyecto de la C.D.I. sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, establece que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. El hecho internacionalmente ilícito consiste en la violación de una obligación internacional en vigencia mediante un comportamiento (acción u omisión) atribuible a un Estado. Tanto la naturaleza de la obligación violada como el comportamiento del Estado, se rigen por el derecho internacional, no importando la calificación efectuada por el derecho interno del mismo hecho, aun cuando este último, lo considere lícito.

En los casos de protección diplomática se debe probar la atribución del hecho internacionalmente ilícito al Estado reclamado. Las conductas o comportamientos antijurídicos del Estado que originan su responsabilidad internacional se denominan, genéricamente, hechos del Estado, y engloban a la totalidad de las conductas de sus órganos, representantes, o actos de otras entidades, estados, órganos o personas, que de una manera u otra, puedan atribuirse a dicho Estado ⁶.

El requisito objetivo, la violación de una obligación internacional, se cumple cuando existe un comportamiento -hecho del Estado- que no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación; es decir, que la conducta del Estado no se ajusta a lo establecido en una obligación internacional. Todo comportamiento del Estado que no se adecue a lo prescripto por una obligación internacional, acarrea su responsabilidad. No importa a estos fines (la violación de una obligación), cuál sea el origen o naturaleza de esa obligación (consuetudinaria, convencional o de cualquier otra clase); sólo interesa que dicha obligación se encuentre vigente con relación al Estado responsable en el tiempo de cometerse el acto ilícito. Tal es el sentido que se le quiere arregar al concepto de obligación diferenciándola de la norma internacional. En efecto, la noción de obligación es más amplia que la de norma, ya que una obligación no sólo puede tener origen en una norma, sino también en otras causas: un acto unilateral propiamente dicho, una decisión judicial o arbitral, o la resolución de una organización internacional.

¿De dónde surge la responsabilidad del Estado por el indebido trato a extranjeros al no respetar un estándar mínimo de derechos? La pregunta es importante para el caso que nos ocupa ya que de no existir tal norma no existiría una violación de una obligación internacional vigente para todos los Estados de la comunidad internacional. Dicha norma existe desde tiempo inmemorial y se encuentra vigente como una norma de derecho internacional general consuetudinario. Pero, además, cabe agregar que la violación de los derechos de los extranjeros y, por ende, el derecho de los Estados de ejercer la protección diplomática de su nacional, también puede tener su origen en una norma de derecho convencional⁷.

El proyecto de artículos sobre protección diplomática en su art. 1º no define la protección diplomática (en el sentido de que no describe los hechos ilícitos que dan origen a la responsabilidad); se limita a enumerar sus características principales, ocupándose sólo de regular las circunstancias y condiciones en que puede ejercerse. En este sentido, sigue la tendencia del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, manteniendo la distinción entre normas primarias y secundarias y, en consecuencia, trata sólo estas últimas. De conformidad, el art. 1º establece que la protección diplomática se traduce en la invocación de la responsabilidad de un Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito a una persona natural o jurídica que es un nacional suyo con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.

III. Naturaleza jurídica. Derecho del Estado

El ejercicio de la protección diplomática, es un derecho que le corresponde al Estado de conformidad con lo establecido en el art. 2º: “Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos”, lo que significa que no tiene el deber ni la obligación de hacerlo; ello sin perjuicio de quién sea en definitiva, el titular de ese derecho (su propio derecho o el del nacional perjudicado). En este sentido, el proyecto es “neutral”. La nueva tendencia se inclina por considerar que el Estado no sólo hace valer su propio derecho sino también el del nacional perjudicado. En efecto, la situación de la persona en el plano internacional ha cambiado en los últimos años radicalmente, abarcando no sólo la protección de sus derechos personales sino también de los patrimoniales. Es por ello que el art. 2º considera la protección sólo desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado (para hacerla efectiva), dejando abierta la cuestión de si el Estado ejerce la acción en virtud de su propio derecho o del de su nacional o de ambos en forma conjunta.

Si bien la institución de la protección diplomática se constituye como un derecho discrecional del que es titular el Estado y no los individuos, en el caso *La Grand* se discutió la legitimidad de un Estado de ejercer la protección diplomática en base a derechos establecidos en la Convención de Viena de 1963 (asistencia consular a nacionales), que si bien se referían a individuos, significaban derechos o facultades concedidos directamente a los Estados y no a las personas. En síntesis, EE.UU. sostuvo que los derechos reconocidos en la CV63 son sólo a los Estados; por ende, no existiendo en juego ni un derecho humano ni uno fundamental de esa naturaleza, no procedía la acción de protección diplomática. Alemania sostuvo por el contrario,

que la violación de la obligación señalada (asistencia consular) constituye no sólo una violación a los derechos del Estado sino también la de los derechos individuales que ella incluye. Para la Corte, la CV63 establece tanto derechos para las personas como para los Estados, lo que no impide el ejercicio de la protección diplomática como medio de hacer cumplir el derecho internacional⁸.

IV. Condiciones para el ejercicio de la protección diplomática. Nacionalidad de la reclamación. Agotamiento de los recursos internos

Tradicionalmente, la protección diplomática fue considerada como un derecho propio y exclusivo del Estado entendiéndose que el daño causado a su nacional es un perjuicio causado al Estado mismo⁹. Requiere para su ejercicio dos presupuestos básicos: a) La nacionalidad de la reclamación, y b) El agotamiento de los recursos internos. Se discute en la doctrina si también constituye un requisito, juntamente con la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos, la conducta correcta del extranjero¹⁰, en el sentido de que el hecho ilícito del Estado no tenga como nexo causal un comportamiento ilegal del particular (una conducta contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado supuestamente infractor, o bien, del ordenamiento internacional)¹¹. Algunos autores sostienen que esta circunstancia constituye un requisito más para la admisibilidad de la protección diplomática, citando como ejemplo que apoyaría dicha tesis por analogía con la conducta de los Estados, que entre las causas excluyentes de la ilicitud de un acto estatal se encuentran las contramedidas, que tienen como origen, justamente, un nexo causal con un hecho ilícito previo de otro Estado. “Desde esta perspectiva y en un sentido equivalente se añade, sería igual de lógico mantener la exigencia de las manos limpias del particular como condición para la atribución de la correspondiente responsabilidad internacional”¹². En alguna oportunidad, la Corte se ha referido a él como una de las condiciones que debe reunir un particular para ser protegido diplomáticamente¹³.

El proyecto sólo trata como requisitos para el ejercicio de la acción diplomática, la nacionalidad de la reclamación en su Segunda Parte (tanto de personas naturales -Capítulo II- como jurídicas -Capítulo III-), y el agotamiento de los recursos internos en su Tercera Parte, no contemplando la conducta correcta como requisito de admisibilidad de la reclamación.

IV.1. La nacionalidad de la reclamación. Protección por el Estado de la nacionalidad

La condición de que el individuo damnificado debe tener la nacionalidad del Estado reclamante, es un requisito impuesto por el derecho consuetudinario general que ha sido recogido por la C.P.J.I. en sus resoluciones. En efecto, según expresa la sentencia dictada en el *Asunto del Ferrocarril Panavezys-Saldutiskis*¹⁴: “(...) a falta de un acuerdo especial, es el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el individuo lo que, por sí sólo, confiere al Estado el derecho de la protección diplomática...”. Evocando la sentencia aludida, la C.I.J. ha ratificado este criterio afirmando que *es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que otorga al Estado el derecho de protección diplomática*¹⁵.

El proyecto también pone el acento en el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el nacional para el ejercicio de la acción diferenciando en cuanto al vínculo diversas modalidades según se trate de personas naturales o jurídicas por lo que ambos casos se tratan en capítulos diferentes. La excepción a la existencia del vínculo de la nacionalidad está contemplada en el art. 8º referido a la situación de los apátridas y refugiados¹⁶. Con respecto a éstos, la posibilidad de ejercer la protección está signada por dos requisitos: a) La residencia legal y habitual en este Estado; b) La continuidad de tal circunstancia entre la fecha en que se produjo el perjuicio y la de la presentación oficial de la reclamación. Esta excepción, que se aparta de la doctrina tradicional, corresponde al ámbito del desarrollo progresivo del derecho internacional.

El art. 4º del proyecto establece que se entiende por Estado de la nacionalidad (que es el que tiene el derecho de ejercer la acción según el art. 3º), aquél cuya nacionalidad haya

adquirido la persona de conformidad con la legislación de ese país (cualquiera sea la forma: nacimiento, filiación, naturalización, sucesión de Estados, etc.), ratificando de este modo que el tema del otorgamiento de la nacionalidad y los sistemas para efectuarla, es un derecho que pertenece, en principio, al dominio reservado del Estado. Los modos enumerados son simplemente ejemplificativos, no exhaustivos, designando los elementos de conexión más frecuentes¹⁷ de una persona con el Estado para determinar su nacionalidad. El proyecto no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo entre él y su nacional, principio fundamentado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*¹⁸. Si bien, un Estado tiene derecho a decidir cuáles son sus nacionales, tal derecho no es absoluto; por ello, la última parte del art. 4º establece, como condición para el otorgamiento de la nacionalidad, que el sistema adoptado “no se encuentre en contradicción con el derecho internacional”. Ello deja abierta la posibilidad de que un Estado impugne la nacionalidad de una persona cuando ésta haya sido adquirida en contra del derecho internacional¹⁹. En estos casos, la carga de la prueba recae sobre quién impugna la nacionalidad de la persona perjudicada.

Con referencia a la norma de la “*continuidad de la nacionalidad*”, la doctrina clásica sostenía que una vez precisados los requisitos de “nacionalidad de la reclamación” y de “nacionalidad efectiva”, era necesario dilucidar el interrogante de cuál es el momento en el que debía existir el vínculo nacional entre el Estado y la persona, para hacer visible la reclamación: a) En el que se produjo el daño; b) En el del agotamiento de los recursos locales; c) Cuando el Estado toma intervención, y d) Cuando se pronuncia la decisión. Los cambios de nacionalidad, tanto voluntarios como por cuestiones ajenas a la persona que había sufrido el daño (formación de un nuevo Estado, por ejemplo) habían sido planteados con frecuencia, lo que demostraba la importancia del tema, no sólo por cuestiones de seguridad jurídica, sino para determinar con precisión, quién era el destinatario legítimo de la compensación que el Estado demandado podía ser obligado a abonar, evitando la eventual selección de un Estado más complaciente para efectuar la reclamación. Se tomaba como punto de partida, el principio que la persona lesionada debía tener la nacionalidad del Estado reclamante a la fecha de producido el acto ilícito²⁰.

Con relación a este tema, el art. 5º del proyecto establece el principio que la persona a cuyo favor el Estado ejerce la acción, debe haber tenido su nacionalidad -de modo continuo- desde la fecha que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Las excepciones fijadas a esta regla son: Un cambio de nacionalidad de la persona (nacional suyo a la fecha de la reclamación pero no a la fecha del perjuicio) debido a que la anterior era de un Estado predecesor; o bien, hubiera perdido su nacionalidad anterior, adquiriendo la del Estado reclamante, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación. En ambos casos, bajo la condición que la adquisición (de la nacionalidad) nueva del Estado reclamante no haya sido hecha en contradicción con el derecho internacional. Las prohibiciones establecidas al ejercicio de la acción son: a) Cuando la persona hubiese sido nacional anterior del Estado reclamado a la fecha de ocasionado el perjuicio; b) Cuando la persona adquiera la nacionalidad del Estado reclamado (o de un tercer Estado) después de la fecha de presentación de la reclamación oficial²¹.

Tradicionalmente, el tema de la nacionalidad planteaba problemas en los casos de doble o múltiple nacionalidad. Para resolverlos primaba siempre el principio de la nacionalidad efectiva del particular perjudicado. Tanto cuando el particular poseía la nacionalidad del Estado reclamante y del reclamado, como cuando era nacional de más de un Estado (con exclusión del Estado reclamado), el criterio aplicable era el de la *nacionalidad efectiva*²². Idéntica posición fue sustentada por la jurisprudencia internacional en los supuestos de adquisición de la nacionalidad por naturalización. Sin perjuicio de ello, cuando una persona tenía doble o múltiple nacionalidad, cualquiera de los Estados del cual era nacional, podía ejercer la protección diplomática, individual o conjuntamente.

El art. 6º del proyecto, al igual que el art. 4º, no exige un vínculo auténtico o efectivo entre el nacional y el Estado que ejerce la acción (principio de nacionalidad efectiva). Establece que cualquier Estado del que sea nacional una persona, tenga doble o múltiple nacionalidad, puede ejercer la acción. Cuando sean dos o más Estados de la nacionalidad, podrán ejercer conjuntamente la acción. Es decir, no se excluyen; la pueden ejercer tanto individual, como

conjuntamente. Esta disposición es congruente con las reglas que en materia de responsabilidad internacional prescriben la posibilidad de que un mismo hecho ilícito internacional puede haber sido cometido por varios Estados, como así también que, como consecuencia de un acto ilícito, pueden existir varios Estados lesionados ²³.

El principio de igualdad soberana de los Estados, el cual excluye la protección diplomática en los casos de doble nacionalidad cuando el particular posee tanto la nacionalidad del Estado reclamante como del reclamado, debe ceder ante el principio de la nacionalidad efectiva cuando tal nacionalidad es la del reclamante. La nacionalidad efectiva es un principio de derecho internacional y, en caso de controversia, debe ser aplicado a tenor de lo dispuesto por el art. 31, 3, c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. “*Para determinar la nacionalidad dominante y efectiva, se deben considerar todos los factores relevantes, incluyendo la residencia habitual, centro de intereses, lazos familiares, participación en la vida pública y otras pruebas de vinculación*” ²⁴.

En igual sentido, el proyecto en su art. 7º establece que un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, introduciendo una excepción: Cuando el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es “*predominante*” ²⁵ con respecto a la del reclamado, tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación de la reclamación. Este artículo confirma la regla general de que un Estado no puede ejercer la acción en los casos que el particular tenga la misma nacionalidad del Estado reclamado; la excepción como tal, obliga a quien la alega, a probar tal circunstancia excepcional, con el agregado que también debe probar la continuidad de su nacionalidad “*predominante*” desde la fecha que se produjo el perjuicio hasta la de la presentación de la reclamación. En su informe, la Comisión explica que se ha cambiado el término de nacionalidad “*efectiva*” por el de “*predominante*”, aludiendo de esta forma a la intensidad de los vínculos ²⁶ que una persona mantiene con un Estado respecto a otro. Como se puede apreciar, el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de nacionalidad predominante son dos caras de la misma moneda.

La C.I.J. estableció en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd.* ²⁷, que cuando se trata de establecer un vínculo entre una sociedad y un Estado a los fines de la protección diplomática, el derecho internacional se fundamenta en una analogía con las reglas que establecen la nacionalidad de los individuos. En este sentido, el criterio predominante en casos de conflicto, fue el de la nacionalidad efectiva. Cabe preguntarse entonces, cuál es la pauta para determinar la nacionalidad efectiva de las personas jurídicas. En la doctrina y la jurisprudencia no existía un criterio uniforme sobre el particular; se señalaban como tal: el lugar de su constitución; el del control efectivo de la sociedad; el de su sede o asiento principal de los negocios; o la del Estado del cual eran nacionales la mayoría de sus accionistas. Cualquiera fuere el criterio adoptado, lo cierto es que las personas jurídicas no podían carecer de nacionalidad, ya que su constitución siempre derivaba de un documento cierto celebrado en un determinado lugar y donde se precisan los derechos y obligaciones de los socios y el objeto y domicilio social claramente identificados; en caso de duda, debía primar el criterio de nacionalidad efectiva, es decir, la de aquel Estado con el cual la sociedad poseía un vínculo real, permanente y genuino. De los criterios mencionados precedentemente, el confirmado por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales, era el que la sociedad tenía la nacionalidad del Estado al amparo de cuyas leyes de constituyó, máxime si éste coincidía con el de su domicilio social. Sin embargo, en el asunto citado de la *Barcelona*, la Corte manifestó que en el plano particular de la protección diplomática de las personas morales, no había sido aceptado de manera general ningún criterio absoluto aplicable al nexo efectivo para la determinación de la nacionalidad. La existencia de este vínculo, debía analizarse en cada caso en particular y, de acuerdo con las circunstancias concretas.

El proyecto en su art. 7º se inclina que es el lugar de la constitución de la sociedad la que confiere a ésta la nacionalidad a los efectos de la protección: “(...) se entiende por Estado de la nacionalidad, el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad”. La excepción a esta regla (fundada evidentemente en el concepto de nacionalidad efectiva), exige una serie de condiciones que deben considerarse como acumulativas (no alternativas), a saber:

a) La sociedad debe estar controlada por nacionales de otro Estado; b) No debe desarrollar negocios de importancia en el Estado en que se constituyó; c) Debe tener la sede de su administración como el control financiero en otro Estado. De reunirse acumulativamente estos requisitos queda configurado el derecho de ese otro Estado a ejercer la protección: “*este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad*”. Cabe aclarar que el art. 9º no permite una multiplicidad de acciones: el Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección es, o bien, el Estado en que constituyó la sociedad, o bien, el Estado que reúne las condiciones exigidas por la excepción.

Al igual que en el caso de las personas naturales, el proyecto en su art. 10 establece el requisito de la continuidad de la nacionalidad de las personas jurídicas desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la de la presentación de la reclamación. Pero un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiriera, después de la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación. En efecto, el Estado demandante pierde su derecho a proseguir la reclamación, ya que en tal supuesto se estaría reclamando al Estado demandado una indemnización de su propio nacional. Igual solución se impone cuando una persona llega a ser nacional de un tercer Estado después de la presentación de la reclamación. En este sentido existen varios pronunciamientos internacionales²⁸. Sin embargo, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir según la legislación del Estado en el que se constituyó. El fundamento de esta disposición del proyecto, es que si la sociedad ha dejado de existir como consecuencia de un perjuicio causado, ningún Estado tendría la posibilidad de ejercer la protección. El párrafo 3 del artículo comentado, permite al Estado de la nacionalidad de la sociedad a la fecha de cometerse el perjuicio, a ejercer la acción, aunque la sociedad haya dejado de existir, recayendo la carga probatoria, tanto del perjuicio como que éste fue el determinante a la desaparición de la sociedad, en el Estado reclamante.

En cuanto al derecho de los accionistas de la sociedad cuyos derechos se han violado a solicitar la protección diplomática al Estado del cual son nacionales, la Corte en el caso de la *Barcelona*, efectuó las siguientes precisiones: a) El derecho internacional reconoce a la sociedad anónima como una institución creada por normas de derecho interno, lo que de manera alguna significa hacer depender las normas internacionales de las del derecho interno; b) En base a esas normas reconocidas, es indiscutible la diferenciación jurídica existente entre la sociedad y sus accionistas. Es sobre una estricta distinción entre estos dos entes separados, la sociedad y el accionista, cada uno dotado de un conjunto de derechos distintos, que reposa la noción de sociedad anónima y en que se funda su estructura; c) En caso de violación de los derechos de una sociedad, la acción de protección diplomática le corresponde al Estado del cual dicha sociedad es nacional, no al Estado del cual son nacionales los accionistas; d) Aceptar la legitimidad activa para la promoción de la acción de los Estados de los que son nacionales los accionistas, sería admitir la posibilidad de acciones diplomáticas concurrentes (tantas como distinta fuera la nacionalidad de los accionistas), produciendo un clima de confusión y de inseguridad jurídica en las relaciones internacionales. La Corte, en el fallo aludido, admitió sólo dos excepciones a la regla de legitimidad del Estado del cual la sociedad es nacional, que habilitaban el ejercicio de la acción al Estado de la nacionalidad de los accionistas: a) En el caso de que la sociedad haya dejado de existir, y b) En el supuesto en que el Estado Nacional de la sociedad esté impedido legalmente de accionar en favor de ésta.

Ratificando la doctrina tradicional, el proyecto en su art. 11, establece que el Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad. Las excepciones sentadas por la Corte en el fallo citado, son recogidas en el proyecto en los apartados a) y b) del artículo señalado. En efecto, la primera de las excepciones, es decir que la sociedad haya dejado de existir, va acompañada de dos requisitos: a) que tal extinción se haya producido de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, y b) Que dicha desaparición se hubiese operado por un motivo no relacionado con el perjuicio propiamente

dicho. Con referencia al primer requisito, cabe señalar que debe tratarse de una desaparición de naturaleza jurídica y no de otra índole, y tal circunstancia debe haberse producido en el Estado en que dicha sociedad se constituyó y no en el Estado en el cual ésta hubiere resultado perjudicada. Con relación al segundo requisito, “*por un motivo no relacionado con el perjuicio*”, se justifica ya que el Estado de nacionalidad de los accionistas no puede promover la acción con respecto al perjuicio causado a la sociedad (que sea su causa de desaparición), puesto que ese derecho le corresponde al Estado de la nacionalidad de la sociedad. “*El Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas que hayan sido lesionados de resultas de los daños sufridos por la sociedad sin relación con el perjuicio que pudiere haber dado lugar a la desaparición de ésta*”²⁹. La otra excepción, que permite al Estado de nacionalidad de los accionistas ejercer la acción, se configura cuando sea el propio de Estado de constitución de la sociedad el responsable del perjuicio causado a la sociedad; tiene una limitación: que “*la constitución de la sociedad en ese Estado haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado*” (ap. b *in fine*). Esta excepción ya había sido fundamentada en lo votos particulares de los jueces Fitzmaurice, Jessup y Tanaka en el caso de la *Barcelona Traction*, y encontró apoyo en la jurisprudencia³⁰, la doctrina y la práctica de los Estados. La excepción, en definitiva, se encuentra limitada por dos condicionantes: a) Que la sociedad, en la fecha en que se produjo el perjuicio, tenga la nacionalidad del Estado responsable de haber causado ese daño; b) Que la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado hubiese sido exigida por éste como condición previa para hacer negocios con él.

En el caso de la *Barcelona*, la Corte estableció que en base a normas reconocidas, era indiscutible la diferenciación jurídica existente entre la sociedad y sus accionistas. Es sobre una estricta distinción entre estos dos entes separados, la sociedad y el accionista, cada uno dotado de un conjunto de derechos distintos, que reposa la noción de sociedad anónima y en que se funda su estructura; asimismo, reconoció que el derecho interno de los Estados confiere a los accionistas derechos distintos a los de la propia sociedad (derecho tales como a dividendos, asistencia y votación en las juntas, a parte del haber social existente en la fecha de liquidación de la sociedad, etc.). En tales casos de violación de los derechos propios de los accionistas, éstos tienen un derecho de accionar independiente del de la sociedad.

El proyecto en su art. 12, acepta esta tendencia estableciendo que en la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales. Subraya este artículo que tal hecho ilícito debe causar “*un perjuicio directo a los derechos de los accionistas y que esos derechos son ‘distintos a los derechos de la propia sociedad’*”, es decir, se inclina por una interpretación restrictiva que, en la mayoría de los casos en cuanto su aplicación, deberá decidirse por las normas del derecho interno del Estado de constitución de la sociedad.

El art. 13 del proyecto hace extensivo las normas sobre protección diplomática a otras personas jurídicas que no sean sociedades. El fundamento de esta disposición radica en el hecho de que las sociedades tienen caracteres especiales, entre otros, participan en el comercio exterior y en las inversiones extranjeras y, justamente este último propósito, es el que da motivo y fundamento para su protección diplomática. Pero, no se puede negar la existencia de otros entes jurídicos, tales como universidades, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, etc., que en su caso, puedan ser objeto de un hecho internacionalmente ilícito. Es por ello que el proyecto hace extensivo los principios de la protección diplomática adoptados para las sociedades a otras personas jurídicas. En tal sentido, es que la disposición del art. 13 establece que los principios que rigen el Estado de la nacionalidad de las sociedades, se aplicarán a la protección de otras personas jurídicas que no sean tales.

IV.2. Agotamiento de los recursos internos

El proyecto en su art. 14 1. establece que “*Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas*

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

La norma que exige el agotamiento de los recursos internos antes de que se inicie un proceso internacional, es una norma bien establecida de derecho internacional consuetudinario, norma que debe ser observada en los casos en que un Estado hace suya la causa de un nacional cuyos derechos hayan sido lesionados por otro Estado en violación del derecho internacional ³¹. La C.I.J., en el caso *Interhandel* ³² fundamentó la exigencia del agotamiento de los recursos internos en el respeto necesario a la soberanía de los Estados, que se logra dando prioridad a los tribunales locales, otorgándoles la posibilidad de hacer justicia de acuerdo con su propio sistema jurídico, es decir, posibilitando al Estado infractor la oportunidad de reparar por sus propios medios, la obligación violada. El incumplimiento de este requisito, significaría que “... *el extranjero sería un individuo privilegiado para quien no existirían ni el derecho interno ni los tribunales locales, y quien interpondría inmediatamente la influencia política del Estado de su nacionalidad... Una prematura intervención diplomática de esta clase constituiría una afrenta a la independencia del soberano local y a la autoridad de sus leyes y tribunales, por sobre todas las personas sometidas a aquél*” ³³. Tiene íntima relación con el fundamento de la regla, si ésta tiene carácter sustancial o meramente procesal. En efecto, si la regla es de carácter sustantivo, el ilícito internacional se produciría una vez agotados los recursos internos y no en el momento de la conducta que supuestamente causó la lesión a los derechos del particular, ya que por medio de los recursos el Estado tendría la posibilidad de remediar su conducta supuestamente lesiva. El hecho ilícito (violación de la obligación internacional relativa al trato que se debe otorgar a particulares extranjeros) solamente se consumaría si los particulares afectados han agotado los recursos internos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación ³⁴.

El agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos, hace referencia a la utilización de todos los medios verosímilmente eficaces y suficientes para lograr la reparación de sus derechos; es decir, aquellos recursos jurídicamente aptos que existan en las normas del derecho interno del Estado para obtener el resarcimiento adecuado. El particular debe probar que ha recurrido a la totalidad del sistema de protección jurídica establecido en el derecho interno, agotando tanto las vías ordinarias como extraordinarias, debiendo interpretarse tal proceder de acuerdo con las reglas generalmente reconocidas por el derecho internacional. Este requisito comprende la obligación del particular de acompañar todas las pruebas fundamentales relacionadas con el caso, como aducir todos los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya su pretensión. El ap. 2 del artículo citado señala la necesidad de agotar todos los recursos legales, comprendiendo en este término no sólo los judiciales sino también los administrativos, ya sean ordinarios o especiales. El proyecto no hace referencia a la denominada “Cláusula Calvo” por la que el extranjero renuncia anticipadamente a la eventual vía de la protección diplomática ³⁵.

La condición a cumplir por el Estado para la invocación de la reclamación, es la del agotamiento de los recursos internos disponibles y efectivos por el particular damnificado con resultados negativos. Este requisito no es exigible en los casos de que exista una violación de una obligación internacional que cause un perjuicio directo a otro Estado, ya que los Estados no están sujetos a la jurisdicción de los tribunales extranjeros (principios de igualdad soberana e inmunidad de jurisdicción). “*Por el propio carácter de la regla, ésta no se aplica en los casos en que el acto ilícito haya perjudicado directamente al Estado o a uno de sus órganos como un agente diplomático,... o a una persona que disfrute de una protección internacional especial. Ello se vincula con la idea de la inmunidad jurisdiccional del Estado y sus agentes ante los tribunales extranjeros. Si aquellos están exentos de dicha jurisdicción es lógico que no estén obligados a agotar los recursos internos*” ³⁶.

El ap. 3 aborda una delicada cuestión cual es la de determinar en cada caso si el hecho internacionalmente ilícito afecta primordialmente al Estado o a su nacional. En efecto, la regla del agotamiento de los recursos internos sólo es aplicable en los casos en que el Estado reclamante ha sido perjudicado en los derechos de su nacional, es decir, indirectamente, ya que si ha sido perjudicado directamente, tal regla no es aplicable por cuanto, en ese caso, el Estado tiene un derecho propio para presentar una reclamación internacional. En la práctica muchas

veces se confunden ambos casos ya que el hecho ilícito internacional puede perjudicar tanto directamente a un derecho del Estado, como a uno de un particular ³⁷. El ap. 3 establece el criterio de la “*preponderancia*”. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional se funde “*predominantemente*” en un perjuicio causado a un nacional y, en tal sentido, los recursos internos deberán agotarse no sólo con respecto a la reclamación internacional, sino también con una petición de sentencia declarativa que se base “*predominantemente*” en un daño causado a un nacional.

IV.3. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

Las excepciones del requisito del agotamiento de los recursos internos que torna viable la acción de protección diplomática, están íntimamente vinculadas al de la responsabilidad internacional del Estado por los actos de sus órganos, particularmente a los del Poder Judicial. Históricamente se consideró, que dada la independencia del Poder Judicial con respecto a los otros poderes del Estado, los actos judiciales no podían engendrar responsabilidad internacional del Estado, ya que ésta se identificaba generalmente con los actos del Poder Ejecutivo. Esta postura ha sido superada ya que la responsabilidad no solamente se origina por actos del Ejecutivo, sino también comprende los actos legislativos y judiciales de los órganos del Estado.

La regla del agotamiento de los recursos internos tiene una íntima vinculación con la denegación de justicia. El derecho internacional responsabiliza al Estado, no por una injusticia aislada, sino por carecer de un mecanismo local idóneo para corregirla. El contenido de la obligación de otorgar justicia, no sólo significa de que existan instancias judiciales adecuadas, sino el deber de los Estados de contar con un sistema judicial efectivo ³⁸. Por ello, de no agotarse y activarse todos los sistemas judiciales nacionales, no puede valorarse su eficacia. “*Y esta eficacia no puede ser evaluada por los propios tribunales nacionales ya que ellos se encuentran imposibilitados para hacerlo en tanto y en cuanto son parte indispensable de la violación de la obligación violada por el Estado. Para percibirla es necesario hacerla desde afuera, en su totalidad*” ³⁹.

La doctrina tradicional señalaba que la exigencia del agotamiento de los recursos internos no era absoluta. En efecto, dicha regla tenía excepciones: a) Por vía convencional, es decir, cuando existía un acuerdo internacional entre el Estado autor de la infracción y el Estado reclamante por el que expresamente se dejaba establecida la facultad de reclamar directamente sin necesidad de agotar los recursos internos ⁴⁰; b) Por defectos en la administración de justicia del Estado infractor, como serían los casos de retardada justicia o denegación de justicia ⁴¹; c) Por último, las restantes excepciones estaban dadas por la naturaleza y carácter de los recursos a interponer en el sentido de que se encontraran disponibles y fueran efectivos ⁴².

Las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos previstos por el derecho internacional tradicional, han sido contempladas en el proyecto de la C.D.I., en el art. 15 en sus apartados a) (indisponibilidad de recursos internos que provean una reparación razonable o que ofrezcan alguna posibilidad de obtener la reparación); b) (retardo de justicia); d) (impedimento de agotar los recursos) y e) (renuncia del Estado reclamado al agotamiento de los recursos). Pero crea una nueva excepción: la inexistencia en la fecha de producido el perjuicio de un vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca (apartado c).

Los apartados a) y b) tipifican casos generales que se pueden englobar en la denominación general de denegación de justicia. Ejemplos de ello son: negativa a juzgar, retraso injustificado, arrogación ilegítima de jurisdicción, violaciones al proceso, discriminación, corrupción, arbitrariedad, aplicación retroactiva de las leyes.

El apartado a) se inclina por la regla de la “razonabilidad” de la eficacia de los recursos internos, dejando de lado expresiones como las de “ineficacia” o “inutilidad” que habían sido utilizados en distintos casos por la jurisprudencia internacional. El dispositivo exige para acoger la excepción de que “*no haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de*

obtener esa reparación”, refiriéndose a casos tales como la incompetencia de los tribunales internos, o cuando en la legislación nacional los actos del extranjero no se encuentren sujetos a control jurisdiccional, o cuando los tribunales internos carecen de independencia o bien cuando la jurisprudencia de los tribunales en forma constante y uniforme sea contraria a los derechos del extranjero ⁴³.

El apartado b) hace referencia a los que tradicionalmente se denominaba retardada justicia; en el proyecto esta excepción se configura cuando en la tramitación del recurso exista *“dilación indebida”* atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca. Es difícil precisar el contenido objetivo del significado de dilación indebida (o excesiva), aunque se encuentra confirmada en los intentos anteriores de codificación, los instrumentos que versan sobre derechos humanos y la práctica y jurisprudencia internacional.

El apartado d) trata el supuesto de que la persona perjudicada esté *“manifiestamente impedida”* de ejercer los recursos internos. Según la C.D.I., esta excepción corresponde a la esfera del desarrollo progresivo, debiendo interpretarse restrictivamente, recayendo la carga de la prueba de tal impedimento en el particular perjudicado ⁴⁴.

El apartado e) trata el caso de renuncia por parte del Estado reclamado al requisito del agotamiento de los recursos internos. Esta renuncia puede revestir distintas formas ⁴⁵ e incluso puede ser tácita ⁴⁶.

Una excepción novedosa -ya que ni la práctica ni la jurisprudencia la han establecido claramente-, es la reglamentada en el apartado c) del proyecto que establece que no será necesario agotar los recursos internos cuando *“no existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca”*. Es el caso concreto de que un particular resulte dañado por la actuación de un Estado fuera de su territorio, o en circunstancias en que la persona no tenga conexión con dicho territorio, es decir que no es necesario el agotamiento de los recursos internos por la inexistencia de un vínculo voluntario ⁴⁷ o conexión territorial entre la persona perjudicada y el Estado reclamado. En estos casos, si bien existen recursos internos fiables, al particular se le hace verdaderamente difícil su utilización ya que en ningún momento se ha encontrado en la jurisdicción del Estado demandado, careciendo en consecuencia de un vínculo territorial con él. Son casos típicos, citados por la Comisión, los de particulares que han sufrido en sus bienes daños ambientales causados por la contaminación o la caída de objetos espaciales o cuando se encontrara a bordo de una aeronave derribada cuando sobrevolaba el territorio de otro Estado, etc..

Un caso especial que trata el proyecto es la protección de la tripulación de un buque. La C.D.I. sostiene que la tesis de que el Estado del pabellón tiene derecho a exigir reparación a favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad, ha encontrado apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia ⁴⁸ y la doctrina, como así también existen razones de orden práctico para acogerla. Entre estas últimas, cabe mencionar la composición cambiante y plurinacional de las tripulaciones de los buques; si cada uno de los miembros de la tripulación que hubieran sufrido un perjuicio se encontrara obligado a solicitar la protección del Estado de su nacionalidad, ello daría lugar a dificultades injustificadas ⁴⁹. Si bien el derecho del Estado del pabellón a solicitar la reparación en favor de la tripulación se encuentra reconocido, la C.D.I. entiende que no puede calificarse ese derecho como protección diplomática, pero debe interpretarse que tampoco la ha sustituido. Tanto la protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad como el derecho del Estado del pabellón en favor de la tripulación, deben reconocerse sin otorgar prioridad ni a uno ni al otro. Tal es el fundamento del art. 18 que establece, por una parte, *“el derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática”*, y por otra, *que este derecho del Estado de la nacionalidad de la tripulación, no excluye ni afecta, “el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un perjuicio en relación con un daño causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito”* ⁵⁰.

V. Alcance de la protección diplomática. Consecuencias

Las consecuencias de la responsabilidad internacional se traducen en las formas de asegurar la responsabilidad con el objetivo de restaurar a la víctima de la violación la posibilidad que tendría de no haber ocurrido ésta. Los derechos deben ser restaurados (de ser posible) o, en su caso, debe otorgarse una reparación monetaria.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito respecto del Estado responsable, difieren según sea la naturaleza y contenido de la obligación violada y de las circunstancias de tal quebrantamiento, ya que, según el caso, dichas obligaciones pueden estar referidas a un Estado en particular, a varios Estados, o a la comunidad internacional en su conjunto. Distintos serán el contenido de la reparación y los modos de hacerla efectiva, según sea la naturaleza de la obligación violada, y las circunstancias del caso ⁵¹.

El proyecto del 2001 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, confirma la regla de que el Estado responsable no puede alegar como motivo de justificación de su conducta violatoria de una obligación internacional las disposiciones de su derecho interno ⁵².

La responsabilidad del Estado originada en un hecho internacionalmente ilícito, produce una serie de efectos jurídicos inmediatos, entre los que se destacan: el deber del Estado infractor de continuar cumpliendo la obligación violada, de poner fin a la violación de la obligación, de ofrecer garantías y seguridades de no repetición, si las circunstancias así lo requieren, y la de reparar íntegramente el perjuicio causado.

Si bien de la violación de una obligación internacional nace una relación jurídica nueva, ello no significa que desaparezca la relación jurídica anterior establecida por la obligación primaria. El cumplimiento de las obligaciones que da lugar la violación (cesación, reparación) no hace desaparecer la primitiva relación. Este principio está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado.

La cesación de la violación es la primera condición para eliminar las consecuencias de un hecho ilícito. Tiene por función salvaguardar la validez de la norma primaria. Si bien, generalmente, la obligación de cesación se configura en casos de hechos ilícitos continuados, también se pueden dar en infracciones esporádicas pero repetidas con respecto a la misma obligación. La cesación está relacionada con la reparación y, particularmente, con la restitución, pero se distingue de esta última que no es objeto de limitaciones en cuanto a la proporcionalidad.

Las seguridades y garantías de no repetición cumplen una función preventiva más que reparativa; se traducen en un reforzamiento positivo del cumplimiento de la obligación. Suponen, obviamente, que la obligación primaria violada continúa en vigor. Se solicitan cuando el Estado lesionado tiene motivos para estimar que el restablecimiento de la relación existente antes de la violación, no lo va a proteger de una futura violación. Si bien no forman parte estrictamente de la reparación, pueden llegar a constituir una de las modalidades de la satisfacción ⁵³. De conformidad con los pronunciamientos de la Corte en los casos *La Grand* y *Avena*, las seguridades y garantías de no repetición se encuentran comprendidas dentro de las consecuencias del hecho ilícito ⁵⁴. Los medios de reparación de los daños configuran una obligación de resultado o de comportamiento de carácter unilateral con relación al Estado infractor, que da origen a una nueva obligación; esta obligación se traduce en el deber de otorgar las garantías necesarias a fin de asegurar la eficacia de la reparación. Por ello, las garantías de no repetición, deberían asumir la forma de un compromiso concreto, ya que de aplicarse o interpretarse en forma abstracta, serían ineficaces. Para lograr la eficacia requerida, deberían traducirse en garantías concretas; o bien, en medidas contra el órgano autor de la violación o en la derogación de la legislación específica del Estado responsable que se encuentra en contradicción con la obligación internacional.

La responsabilidad internacional comporta el deber de reparar los perjuicios ocasionados por la comisión de un hecho ilícito. Este principio es aceptado en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia. La reparación debe ser íntegra, entendiéndose por tal que el resarcimiento

debe borrar las consecuencias producidas por el hecho ilícito, es decir que la reparación debe restablecer, en la medida de lo posible, la situación que hubiere existido si no se hubiere cometido el hecho ilícito. Por ello, la obligación de “reparar íntegramente” el “perjuicio” causado, comprende todo daño causado por el hecho ilícito, tanto material como moral.

El Estado lesionado puede reclamar al Estado responsable la reparación de distintas maneras, que siguiendo el principio de la reparación íntegra, pueden adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada. Constituye un derecho del reclamante, optar por alguna de las formas de restitución, ya sea en forma exclusiva una de ellas, o bien, complementando una forma con otra. Asimismo, una restitución, como una indemnización puede y, en muchos casos debe, comprender una satisfacción.

La restitución es el procedimiento por el cual se restablece la situación al estado anterior de la comisión del hecho ilícito⁵⁵. Constituye la primera forma de reparación o, en otras palabras, la manera más adecuada de eliminar las consecuencias del ilícito. Esta obligación no es ilimitada; procede en la medida que no sea imposible o desproporcionada⁵⁶. En efecto, restablecer la situación anterior al hecho ilícito puede resultar, en ciertas circunstancias, excesivo. Ello parece indicar la necesidad de ser cautos en la afirmación de que la restitución prevalece en forma absoluta sobre las demás modalidades de reparación. Debe tenerse presente que el derecho internacional únicamente obliga a que la reparación del ilícito cometido sea adecuada, es decir, de acuerdo con las circunstancias concretas y la naturaleza y alcance de la obligación violada.

Si el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito no ha sido reparado por la restitución, o sólo lo ha sido parcialmente, el Estado responsable tiene la obligación de indemnizar, indemnización, que siguiendo la regla de la integridad, debe cubrir todo daño susceptible de evaluación financiera incluido el lucro cesante. La indemnización es la forma más usual en la práctica internacional como medio de reparación. La función de la indemnización es remediar las pérdidas efectivamente sufridas por el hecho ilícito; tiene naturaleza indemnizatoria, no punitiva. Comprende todo daño susceptible de evaluación financiera, es decir todo daño⁵⁷ que pueda ser evaluado pecuniariamente. La evaluación financiera abarca no sólo el daño sufrido por el Estado mismo, sino también los perjuicios sufridos por los nacionales de ese Estado, sean personas físicas o jurídicas, en cuyo nombre el Estado puede presentar una reclamación en el marco de la protección diplomática⁵⁸.

La satisfacción, en principio, es una forma de reparación subsidiaria y excepcional y su relación con el principio de la reparación íntegra se pone de relieve al expresar la disposición que ella es conducente sólo en la medida en que el perjuicio ocasionado por el acto ilícito internacional no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. La satisfacción, en consecuencia, procede cuando los perjuicios causados por la violación no puedan evaluarse financieramente y, de todos modos, la infracción de la obligación constituya una ofensa para el Estado. Este medio, destinado a reparar un “perjuicio no material”, se encuentra bien establecido en el derecho internacional. La satisfacción reviste la forma de un reconocimiento de la violación de la obligación internacional por el Estado responsable, y se materializa mediante una expresión de pesar, disculpa formal, o mediante cualquier otro acto que exprese su excusa por el hecho cometido. Son distintas las formas que puede revestir la satisfacción (una investigación, medidas disciplinarias o penales, etc.), incluso las seguridades de no repetición analizadas anteriormente. Una de las modalidades más comunes de satisfacción es la declaración de ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente. Otra forma que adopta es la disculpa efectuada formalmente por los órganos competentes del Estado infractor, muy frecuente en la práctica diplomática. La exigencia de este medio y las formas de solicitar su cumplimiento, registran dos limitaciones: a) Que no sea desproporcionado con relación al perjuicio efectivamente ocasionado por el acto ilícito; b) Que no revista una forma humillante para el Estado responsable.

En el campo de la protección diplomática es un principio arraigado en la práctica internacional que los Estados pueden reclamar una indemnización por el daño sufrido personalmente por sus agentes o nacionales, además del perjuicio directo que él mismo haya

sufrido como consecuencia del mismo hecho. Diversos han sido los criterios para fijar la indemnización y los rubros comprendidos, en estos casos: privación de la libertad, muerte, daños materiales, daños morales, etc. En los casos de tribunales de Derechos Humanos (Tribunal Europeo, Corte Interamericana), la indemnización por daños personales abarca tanto las pérdidas materiales, como los daños no patrimoniales, fundándose todos los casos, en los principios del derecho internacional general relativos a la reparación. Las demandas de indemnización por daños causados a nacionales de los Estados tienen extensos antecedentes y los pronunciamientos de los tribunales intervinientes proporcionan pautas acerca de los principios para determinar la cuantía de las indemnizaciones y los rubros que comprenden ⁵⁹.

El art. 19, último del proyecto sobre protección diplomática, denominado “*práctica recomendada*”, establece una serie de conductas que los Estados “*deberían*” observar en el ejercicio y como resultado de la protección diplomática. La propia Comisión reconoce que una disposición de esta naturaleza -de carácter recomendatorio, no imperativo- no es frecuente ni usual en materia de tratados. El apartado a) del artículo citado, dispone que un Estado debería considerar el ejercer la protección “*especialmente*” cuando se haya producido un perjuicio “*grave*” a su nacional. Este consejo evidentemente sólo puede tener un carácter meramente recomendatorio, ya que es conocida la naturaleza discrecional del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. La acción de protección diplomática es una acción que corresponde al Estado y no al particular, quien asume como propia la causa del particular lesionado. El Estado puede promover la acción por indicación de su nacional afectado o por decisión propia. Incluso, una vez promovida, la puede desistir en cualquier momento; en cambio, en el mismo supuesto, el particular no puede desistirla ni renunciarla ⁶⁰, ya que él no es su titular, sino el Estado. Los tribunales han dejado expresamente establecido que una vez promovida la acción de amparo diplomático -por violación de derechos convencionales o que surjan del derecho internacional- nace una nueva relación entre Estados que, aunque se encuentra ligado al daño sufrido por el particular, tiene un carácter radicalmente diferente ⁶¹.

Otras de las prácticas recomendadas por el artículo comentado (en su apartado b), es “*tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener*”. En la práctica, tal actitud en relación con el particular, los Estados generalmente la observan. Así también, toman en cuenta a los fines de la promoción de la acción, la conducta del particular afectado. En efecto, la conducta correcta del particular en el caso concreto, puede influir ciertamente en la decisión discrecional del Estado de su nacionalidad en adoptar el reclamo como propio, o bien, en su caso, y éste es el supuesto más acertado, en evaluar la conducta correcta como un factor a tener en cuenta como causa para limitar la responsabilidad del Estado infractor ⁶² y el monto o cuantía de la reparación ⁶³. Estas evaluaciones fueron las que en cierta forma motivaron la redacción del art. 39 del proyecto de codificación sobre responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos del 2001 en cuanto que “*para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción u omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación*” ⁶⁴. Esta disposición, a nuestro entender, abarca todo el espectro de la situación que estamos analizando: a) Al referirse “*a toda persona en relación con la cual se exija la reparación*”, alude a la posibilidad del particular extranjero dañado; b) Cuando se hace indicación de la necesidad de evaluar el comportamiento “*intencional y negligente*”, comprende el análisis de la posible actitud incorrecta o arriesgada del particular, en sus distintas manifestaciones: voluntaria, premeditada, dolosa, culposa, antijurídica o simplemente atrevida o peligrosa; c) Por último, queda claro según la primera parte del art. 39, que dicho comportamiento se debe tomar en cuenta en la medida en que haya contribuido al perjuicio originado por el hecho ilícito, a los fines de “*determinar la reparación*”, es decir, la fijación del monto o cuantía del resarcimiento. Las circunstancias de que el Estado lesionado o una persona en relación a él hayan contribuido al perjuicio resultante de la violación, son pautas a considerar relacionadas con la evaluación de reparación (forma y cuantía) que se determine con motivo de la violación. Han sido reconocidas ampliamente por la doctrina y la práctica de los Estados. Si bien se plantea generalmente en los casos de indemnización, también puede sucederse en los casos de restitución ⁶⁵. La disposición posee una limitación: que tal contribución al perjuicio

haya sido *intencional o negligente*. No se encuentra calificada en ninguno de los dos supuestos la intensidad o gravedad del modo de obrar, pero evidentemente está relacionada con las circunstancias del caso y la efectiva prueba de que los agentes han obrado de esa manera. Ello demuestra que la contribución al perjuicio está emparentada con la doctrina de las manos limpias, como un factor de atenuación, no de exclusión de responsabilidad.

La última recomendación consignada en el apartado c) del art. 19, es que los Estados que ejerzan la protección “deberían” “*transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables*”. Tal disposición constituye simplemente una recomendación, ya que de la propia naturaleza de la protección diplomática resulta que: a) Si el Estado ejerce un derecho que le es propio, tiene la facultad o no de hacerlo valer, pero, una vez promovido, el control sobre dicha acción es absoluto; b) El pago efectuado al Estado reclamante en virtud de la acción promovida le pertenece, encontrándose en libertad de acción en cuanto al destino de la eventual reparación. Sin embargo, en sus comentarios a este apartado, la Comisión destaca que la práctica de los Estados no concuerda en forma absoluta con esta postura, ya que, generalmente, los Estados pagan los montos percibidos en las reclamaciones diplomáticas a sus nacionales. Aun en los casos de haber percibido indemnizaciones globales en virtud de reclamaciones múltiples, las sumas recibidas se distribuyen equitativamente entre los distintos requirentes. La jurisprudencia también parece haberse inclinado, en algunos fallos, a limitar la facultad discrecional de los Estados en cuanto a la disponibilidad de las sumas recibidas por reclamaciones diplomáticas, dejando entrever la posibilidad de que a los particulares afectados les cabe, eventualmente, el derecho a exigir de su Estado el monto correspondiente ⁶⁶.

VI. Medios para ejercerla

La protección diplomática, en definitiva, consiste en un mecanismo de arreglo pacífico de las controversias, por la cual, un Estado demanda la correcta aplicación del derecho internacional en la persona de sus nacionales mediante una reclamación de Estado a Estado (vía justamente de esta institución). Esa invocación de la responsabilidad puede efectuarla el Estado mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica. Esta alternativa de procedimientos para ejercerla tiene como única limitación que tales medios sean lícitos y pacíficos ⁶⁷, comprendiendo tanto los diplomáticos ⁶⁸ como los judiciales.

Los procedimientos para impulsarla comienzan generalmente como reclamaciones diplomáticas en las que el Estado lesionado requiere al Estado responsable el cese del incumplimiento de la obligación y una reparación de los daños causados a su nacional. En caso de que estas negociaciones concluyan satisfactoriamente, se transforman en un acuerdo entre los Estados. En caso contrario, el Estado perjudicado siempre conserva la facultad de demandar al Estado responsable en otras instancias internacionales ⁶⁹. Si bien la protección diplomática se basa en normas de carácter consuetudinario, también su invocación puede obedecer a la violación de normas convencionales ⁷⁰.

Por otra parte, el proyecto de artículos no afecta el derecho de los Estados, como de las personas naturales, jurídicas u otras entidades “a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito”, dejando en claro que en materia de protección diplomática las normas del derecho internacional consuetudinario como las que rigen la protección de los derechos humanos, son complementarias. Tal lo dispuesto por el art. 16. Nada impide el derecho de los Estados (como de las personas afectadas por un perjuicio) de entablar procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del daño causado por un hecho internacionalmente ilícito basadas en normas consuetudinarias o derivadas de un tratado internacional de cualquier naturaleza que sea ⁷¹.

El proyecto establece su inaplicabilidad “*en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones*” (art. 17). Esta disposición está referida a los acuerdos bilaterales sobre inversiones y al Convenio multilateral sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ⁷². Debe observarse que el proyecto de art. 17, señala la Comisión, no se aplica sólo en la medida en que sea incompatible con el tratado respectivo, es decir, que si es conforme con él, las disposiciones sobre protección diplomática son aplicables. Por otra parte, el art. 17 no determina específicamente a los “*tratados sobre inversiones*”, sino a “*disposiciones de tratados relativas a la “protección de las inversiones”*”; se explica ya que pueden existir y existen, disposiciones en tratados de otra naturaleza (por ejemplo, tratados de amistad, comercio y navegación) que no son precisamente sobre protección de inversiones, pero que regulan aspectos de esta clase de actividades. Los tratados sobre protección de inversiones que pueden derivar en un arbitraje internacional, atenúan los requisitos de la acción diplomática (tanto en materia de nacionalidad de la reclamación como de agotamiento de los recursos internos) proporcionando un acceso directo al arbitraje internacional ⁷³.

NOTAS

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Los intentos de codificación de la materia reconocían como antecedentes, uno privado del Instituto de Derecho Internacional en 1927 y otro producido por indicación de la Sociedad de las Naciones (La Haya, 1930, que incluía el tema de la responsabilidad derivado del trato de extranjeros); ambos habían fracasado.

² El primer relator especial designado por la C.D.I., para la consideración del tema, fue Francisco García Amador (1955-1961).

³ Los primeros antecedentes surgen en el siglo XIX, a raíz de conflictos entre Estados europeos y EE.UU. derivados de inversiones y tratamiento de nacionales, especialmente con Latinoamérica, muchos de los cuales fueron resueltos por tribunales arbitrales que marcaron una tendencia.

⁴ La Primera (Disposiciones Generales) comprende la definición y alcance de protección diplomática (art. 1º) y el derecho a ejercerla (art. 2º); la Segunda parte denominada Nacionalidad, comprende tres capítulos: el primero (Consideraciones generales) está referido a la protección por el Estado de la nacionalidad (art. 3º); el Capítulo II (Personas naturales) legisla sobre el Estado de nacionalidad de una persona natural (art. 4º), Continuidad de la nacionalidad (art. 5º), Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado (art. 6º), Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la Nacionalidad (art. 7º) y Apátridas y refugiados (art. 8º); el Capítulo III (Personas jurídicas) reglamenta el Estado de nacionalidad de una sociedad (art. 9º), la Continuidad de la nacionalidad de una sociedad (art. 10), la Protección de los accionistas (art. 11), el Perjuicio directo a los accionistas (art. 12) y Otras personas jurídicas (art. 13). La Tercera Parte titulada: Recursos internos aborda los temas relacionados con el Agotamiento de los recursos internos (art. 14) y sus Excepciones (art. 15). Por último, la Cuarta Parte está referida a las Acciones o procedimientos distintos a la protección diplomática (art. 16), Normas especiales de derecho internacional (art. 17), Protección de la tripulación de un buque (art. 18) y Práctica recomendada (art. 19). Sólo se refiere al ejercicio de la protección diplomática por un Estado, por lo que no comprende la asistencia consular, ya que ésta es en gran parte preventiva, mientras que la protección diplomática es eminentemente reparativa o compensatoria. El proyecto no trata la denominada “protección funcional”, es decir aquella ejercida por una organización internacional a favor de sus agentes, ni tampoco la de los funcionarios internacionales del Estado (agentes diplomáticos y consulares), ya que éstos se encuentran protegidos por otros instrumentos internacionales como las convenciones de Viena de 1961 y 1963.

⁵ La acción de amparo diplomática está destinada a la protección de los nacionales de un Estado en el extranjero con el objetivo de evitar, hacer cesar o reparar el daño ocasionado al particular. En consecuencia, los fines de la protección diplomática son los siguientes: a) *Preventivo*: Evitar la consumación de la violación de un derecho que se considera inminente; b) *Suspensivo*: Hacer cesar la comisión del acto ilícito; c) *Reparativo*: Resarcir el perjuicio sufrido por el nacional sobre sus derechos o intereses. Para lograr los fines de la protección diplomática, los Estados pueden recurrir a todos los procedimientos diplomáticos o jurisdiccionales que les acuerda el derecho internacional y las convenciones entre partes.

⁶ Por ejemplo, con relación a los ataques contra la embajada de los EE.UU. en Teherán en 1979, a pesar de haber sido realizado por particulares, la Corte no exoneró de responsabilidad a Irán, estableciendo que el comportamiento del Estado iraní era incompatible con las obligaciones internacionales impuestas en la Convención de Viena de 1961, ya que tenía, como Estado receptor, la obligación de tomar medidas apropiadas para proteger la embajada. Tal obligación, no solamente deriva del tratado en cuestión, sino que también son obligaciones impuestas por el derecho internacional general (C.I.J., *Recueil*, 1980). También en los casos *La Grand y Avena*, la Corte

desestimó las pretensiones de EE.UU. en el sentido de su alegación de eximirse de su responsabilidad en virtud de que quien había tomado efectivamente las decisiones era un Estado Federal que tenía autonomía de conformidad con la Constitución. Sin embargo, la Corte se pronunció en el sentido de declarar la responsabilidad de los EE.UU. de acuerdo con lo establecido en el art. 4º, ap. 1 del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos que considera hecho del Estado el comportamiento de todo órgano del Estado... tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

⁷ Como en los casos *La Grand y Avena* en que el hecho ilícito internacional lo constituyó la violación por parte de EE.UU. de los arts. 5º y 36 de la CV63.

⁸ El art. 36 de la CV63 que permite la protección diplomática contiene tres elementos interrelacionados entre sí: 1) Un derecho del individuo; 2) Un derecho de la oficina consular a ser informada; 3) Una obligación del Estado receptor de informar.

⁹ C.P.J.I., *Concesiones Mavrmmoatis* en Palestina. *Reports*, 1924, Serie A, N° 12.

¹⁰ Este requisito es conocido como la excepción o exigencia de manos limpias (*clean hands*). Es un principio reconocido y aceptado por la legislación, doctrina y jurisprudencia anglosajona y pasa al derecho internacional referido a la calificación de la conducta del particular cuya protección se solicita.

¹¹ La doctrina cita como ejemplos del primer supuesto, la participación del particular extranjero en ciertas actividades políticas o revolucionarias, o la violación parte de la legislación aduanera; casos del segundo supuesto, conducta antijurídica respecto al ordenamiento jurídico Internacional, está referido a delitos como la trata de esclavos y la piratería y, en la actualidad, el tráfico de drogas, terrorismo, etc..

¹² RODRIGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1987.

¹³ En efecto, en la controversia entre la *República de Guinea c/ República Democrática del Congo* (1998) la C.I.J., estableció sobre el particular: a) Que el individuo a proteger debe tener “manos limpias”, es decir, que no debe haber violado el derecho interno del Estado autor del daño; b) Que en el caso concreto, el particular tenía las “manos limpias” en la medida en que no había dejado en el Estado territorial, ningún antecedente penal y, que su expulsión no había sido motivada por conducta ilegal alguna.

¹⁴ C.P.J.I., Serie A/B. N76 (Estonia c/ Lituania).

¹⁵ C.I.J., *Asunto Ahmadou Sadio* (Guinea c/ Congo), 1998.

¹⁶ El proyecto no define qué se entiende por apátridas ni refugiados. Ver Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, Estatuto de los Refugiados (1951), Convenio Europeo sobre Nacionalidad (1997), Convención de la OUA sobre los Refugiados en Africa (1969), Declaración de Cartagena (O.E.A., 1985).

¹⁷ Nacimiento (*ius soli*), filiación (*ius sanguinis*) y naturalización.

¹⁸ La C.D.I. consideró que la Corte no tuvo intención en dicho caso, de enunciar una norma general aplicable a todos los Estados “sino sólo una norma según la cual un Estado en la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el señor Nottebohm para poder hacer suya la causa contra Guatemala, con la cual el señor Nottebohm tenía lazos sumamente estrechos”.

¹⁹ Los Estados pueden reconocer los ordenamientos jurídicos internos de otros Estados en materia de nacionalidad en la medida que sean compatibles tanto con los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad, como por lo establecido en tratados y en el derecho consuetudinario internacional.

²⁰ Distintos supuestos y soluciones se planteaban con relación al mantenimiento del vínculo de nacionalidad en el tiempo con respecto a la legitimidad y admisión de la reclamación. Si bien no existía una manifestación unánime de la doctrina ni de la jurisprudencia, numerosos laudos de comisiones arbitrales, habían establecido el principio de que el individuo debía poseer la nacionalidad del Estado reclamante en el momento de producirse el hecho lesivo y continuar poseyéndola al momento en que el Estado ejercía la protección diplomática, esto es, el de la efectiva presentación de la reclamación. Un segundo criterio señalaba que la nacionalidad debía conservarse desde la fecha del daño hasta la de la resolución, siendo sustentado por algunos gobiernos y fallos jurisprudenciales. Se fundamentaba en que, hasta el momento de la decisión, el Tribunal puede admitir o tomar en cuenta cualquier prueba o hecho aducido para apoyar o rechazar la reclamación, y si la nacionalidad se modificaba después de la presentación y antes del laudo “(...) difícilmente sería justo obligar al gobierno demandado a pagar una compensación a un ciudadano de un país distinto al del Estado reclamante”. Cualquiera fuera el criterio adoptado, debía siempre primar el principio de nacionalidad efectiva, salvo en aquellas circunstancias en que el cambio de nacionalidad se hubiera producido por motivos ajenos a la voluntad de la persona afectada o por acuerdos entre los Estados.

²¹ La cuestión de si los herederos del nacional perjudicado que tienen la nacionalidad de un tercer Estado, cuando el deceso se produce obviamente después del perjuicio pero antes de la presentación oficial de la reclamación, pueden ser protegidos por el Estado de la nacionalidad del fallecido, ha sido resuelta de manera negativa según la opinión mayoritaria.

²² La nacionalidad efectiva, tal como expresara la C.I.J., en su sentencia del caso *Nottebohm* (1955), es un vínculo jurídico entre una persona-física o jurídica y un Estado que tiene por fundamento un hecho social de relación, una solidaridad efectiva de existencia, de interés, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Los efectos de esta decisión de la Corte se proyectaron, sobre todo, en el derecho internacional de nacionalidad.

²³ Cuando varios Estados son responsables del mismo hecho ilícito, puede ejercerse la acción de amparo en contra de cada uno de ellos, entendiéndose que la promoción contra uno, no obsta al derecho de recurrir contra los demás Estados responsables. Asimismo, cuando varios Estados son lesionados por el mismo ilícito internacional, cada uno de ellos, conjunta, separada o alternativamente, pueden invocar la responsabilidad del Estado infractor mediante el ejercicio de la acción de protección diplomática.

²⁴ Tribunal de reclamaciones Irán-EE.UU. Casos de personas con doble nacionalidad, 1984, (ILM 1984, 489).

²⁵ Término utilizado por la Comisión de Conciliación (Italia-Estados Unidos), en el asunto *Mergé* que se considera el punto de partida para el desarrollo de la actual norma consuetudinaria. J.L.R. vol. 22 (1955).

²⁶ Los factores que los tribunales deberán ponderar según las circunstancias de cada caso son: residencia habitual, lapso de permanencia en un país, fecha de la naturalización en su caso, lugar de la vida familiar, lazos familiares, participación en la vida pública y social, conocimiento del idioma, seguridad social, prestación del servicio militar, etc..

²⁷ C.I.J., *Reports* (1970) (Bélgica c/ España).

²⁸ Uno de los más recientes, es el caso *Loewen Group inc. c/ Estados Unidos* en el que un tribunal arbitral del CIADI resolvió que debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación hasta la fecha de la resolución de la reclamación inclusive (ICSID, *Reports*, vol. 7 (2005)).

²⁹ Comentarios de la C.D.I. al art. 11, ap. a) del proyecto. Informe de la C.D.I., 58º período de sesiones. AG, 61º período de sesiones, Sent. N° 10 (A/61/10).

³⁰ Entre los casos que cita la C.D.I., se encuentra el asunto de la *Electrónica Sicula (ELSI)* (C.I.J., *Reports*, 1989) en el que una sala de la Corte Internacional de Justicia permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses.

³¹ C.I.J., asunto *Interhandel*, ya citado.

³² C.I.J., *Reports* (1957) (Suiza c/ EE.UU.).

³³ SORENSEN, Max, *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, 1973.

³⁴ Tal fue el criterio adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de codificación (1980/1996) sobre la responsabilidad de los Estados en su art. 22. Sin embargo, la Comisión cambió de postura al redactar el nuevo proyecto (2001) sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, eliminando el mencionado art. 22, e incorporando la regla del agotamiento de los recursos internos como una condición de admisibilidad de la reclamación. En efecto, en su art. 44 establece que “la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada... b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos, y no se han agotado todas las vías de recursos internas disponibles y efectivas”.

³⁵ La cláusula Calvo es una estipulación incluida en un contrato -generalmente referido a obras públicas, concesiones, etc.-, celebrado entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera, según la cual, el particular conviene en no acudir al gobierno del que es nacional para que lo proteja en caso de plantearse algún conflicto a raíz de ese contrato. Su denominación deriva de la doctrina que el tratadista Carlos Calvo enunciara en virtud de los abusos cometidos por las intervenciones de los Estados extranjeros en Latinoamérica, a fin de poner límites al ejercicio indiscriminado de la protección diplomática. Esta expresión puede asumir distintas formas, siendo la de mayor interés aquella que somete todas las controversias derivadas del contrato a un arbitraje privado entre el individuo y el Estado, con renuncia a la protección diplomática. Sea cual fuere la forma que se le dé, la cláusula Calvo se refiere solamente a las controversias que prevengan del incumplimiento o de la interpretación del contrato en que ella figura, no a cuestiones originadas a raíz de otras actividades realizadas por ese mismo extranjero en el país.

³⁶ PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 4.

³⁷ En las discusiones de la Comisión se citaron varios casos de reclamaciones mixtas (daños directos al Estado e indirectas a particulares), a saber: *asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (C.I.J., *Reports*, 1980); *caso Interhandel* (C.I.J., *Reports*, 1980) en el que Suiza alegó haber sido lesionada directamente por la violación de un tratado y también indirectamente por el perjuicio causado a una sociedad Suiza; *asunto relativo a la Orden de detención 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c/ Bélgica) (C.I.J., *Reports*, 2002); *asunto Avena* (C.I.J., *Reports*, 2004).

³⁸ PAULSSON, Jan, *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press, 2005.

³⁹ PAULSSON, ob. cit., p.4.

⁴⁰ La doctrina cita en tal sentido varios casos, entre ellos, el Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972); el Convenio por el que se establece una comisión especial de reclamaciones entre España y México (1925), etc..

⁴¹ El primero hace referencia a las demoras injustificables de los tribunales locales a impartir justicia o cuando no se dicte la resolución acerca de la reclamación planteada en un plazo razonable. La denegación de justicia, se da cuando directamente se impide o se rechaza el acceso del reclamo, impidiendo su tramitación ante la administración de justicia local. Este supuesto comprendería los casos de incompetencia de los tribunales locales para tramitar esta clase de asuntos

⁴² No se pueden agotar recursos inexistentes, o en el caso de existir, que sean puramente formales como por ejemplo “(...) cuando es evidente desde un principio que el derecho que el juez deberá aplicar no puede sino llevar a desestimar el recurso: hipótesis de un recurso contra una medida conforme a una ley que no admite invalidación; de un juez obligatoriamente constreñido por una sentencia precedente que rechazó un recurso análogo o por una jurisprudencia desfavorable ya arraigada; de parcialidad probada de los jueces, etc.”, RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, op. cit. La Corte en el caso ya citado de *Ahmadou Sadio Diallo* (1998), amplió las excepciones a la regla, cuando el particular damnificado ha sido objeto de una detención arbitraria y su expulsión inmediata, le han impedido activar los recursos internos del Estado; recordó para fundamentar la excepción, una frase del profesor Anzilotti: “*Un reclamante, en un Estado extranjero, no está obligado a agotar la justicia cuando no hay justicia que agotar*”.

⁴³ Un caso interesante de la excepción de la regla del agotamiento de los recursos internos en aquellos casos en que éstos resulten inútiles o insuficientes para reparar el daño sufrido es la existencia de la regla de *procedural default* objetada por los reclamantes en los casos *La Grand* y *Avena* citados, que impide alegar en instancias superiores derechos individuales que no hubieren presentado en primera instancia. La doctrina del *Procedural default* para la Corte no constituye un impedimento insalvable para la aplicación de la CV63, ya que consideró que EE.UU. puede aplicar otras medidas destinadas a la revisión de las sentencias. Lo que la Corte no puede es obligar a un Estado a cambiar su legislación interna.

⁴⁴ Ejemplos de un ostensible impedimento podrán ser: el impedimento a la persona perjudicada a ingresar al territorio del Estado infractor para ejercer los recursos; la denegación de justicia; la imposición desmesurada de tasas de justicia o costos procesales; etc..

⁴⁵ Puede constar en un tratado o bien en un contrato entre el nacional y el Estado reclamado, incluso celebrados con posterioridad a que se haya originado la controversia o causado el perjuicio.

⁴⁶ Puede inferirse de un comportamiento del Estado en el sentido que demuestre su clara intención de renunciar a este requisito, aplicándose la teoría de los actos propios y el *estoppel*.

⁴⁷ La C.D.I. cita, entre otros, el caso de la *Fundición Trail* (1935, UNRIAA, vol. III) relativo a una contaminación transfronteriza en que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial (en este caso, Canadá no insistió en la aplicación del requisito del agotamiento de los recursos internos), como sustento de la excepción por la inexistencia de un vínculo voluntario de aceptación de la jurisdicción entre las partes.

⁴⁸ Cita como ejemplo, los laudos arbitrales internacionales de *McCready (Estados Unidos c/ México)* (MOORE, J.B., *Internacional arbitrations*, vol. 3); el asunto *I'm Alone (Canadá c/ Estados Unidos)* (A.J.I.L., vol. 29 (1935)). En el asunto del buque "*Saiga*" (N° 2) (*San Vicente y las Granadinas c/ Guinea*), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar sostuvo el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros extranjeros de la tripulación (sentencia, I.T.L.O.S., *Reports*, 1999).

⁴⁹ Tribunal Internacional del Derecho del Mar, caso *Saiga*, cit..

⁵⁰ Aunque no se pueda considerar con precisión que se trata de acción de protección diplomática por la inexistencia del vínculo de nacionalidad entre el Estado del pabellón y los miembros de su tripulación, existe una gran similitud entre esta acción y la protección diplomática.

⁵¹ Son diferentes los modos de invocación de la responsabilidad cuando se violan obligaciones individuales, con relación a un grupo de Estados con el objeto de proteger un interés colectivo de éstos, u obligaciones derivadas de normas de derecho internacional con relación a la comunidad internacional. En las obligaciones individuales, el Estado directamente lesionado es el legitimado para reclamar la responsabilidad. En el caso de obligaciones con relación a un grupo de Estados que protege un interés colectivo de éstos, cualquiera de los Estados de dicho grupo se encuentran legitimados para interponer la reclamación. En el supuesto de violación de obligaciones *erga omnes*, se encuentra legitimado cualquier Estado de la comunidad internacional. También debe considerarse a estos efectos, la responsabilidad individual o colectiva de los responsables y la eventual pluralidad de Estados lesionados.

⁵² Art. 32, en concordancia con el art. 3° en cuanto a la calificación del hecho ilícito. Este principio, también receptado en la CV69 (art. 27), se encuentra ampliamente confirmado por la práctica de los Estados y por la jurisprudencia internacional.

⁵³ Las seguridades y garantías de no repetición pueden traducirse en una "satisfacción" (por ej., la revocación de un acto legislativo). Estas garantías pueden ser solicitadas por un Estado distinto al Estado lesionado. En cuanto a la clase de garantías que pueden solicitarse la práctica internacional no es uniforme; el Estado lesionado las puede solicitar sin especificar la forma, pero también puede pedir medidas concretas. En definitiva, su solicitud y aplicación dependen de las circunstancias del caso, la naturaleza de la obligación y la violación misma.

⁵⁴ La cuestión de si las seguridades de no repetición pueden ser una consecuencia de un hecho ilícito fue debatida en el caso *La Grand*. Las solicitó Alemania para el cumplimiento futuro de la CV63. Los EE.UU. sostuvieron que no estaban previstas en la Convención, carecían de precedentes y que la Corte no era competente para exigirlos. Sobre este último punto -competencia- la Corte lo desestimó, pero sobre la cuestión de fondo no hizo lugar a la solicitud de Alemania, por considerar que el compromiso asumido por EE.UU. de cumplir en el futuro con las disposiciones respectivas, era suficiente.

⁵⁵ La restitución puede adoptar la forma de una reintegración de territorio, personas o bienes, la revocación de un acto jurídico o una combinación de algunas de ellas.

⁵⁶ Se encuentra limitada por dos circunstancias: que sea materialmente imposible o que signifique una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de sustituirla por una indemnización.

⁵⁷ Los daños que pueden dar lugar a indemnización son de distintos tipos según el contenido y naturaleza de la obligación violada y las circunstancias de cada caso.

⁵⁸ Tales son los ejemplos derivados de la práctica judicial, Tribunal Internacional de Derecho del Mar, tribunales de reclamaciones Irán-EE.UU., los tribunales de derechos humanos y el CIADI (Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, 1965).

⁵⁹ En el monto de la indemnización se tiene en cuenta: a) El capital (varios métodos: valor de mercado, valor contable neto, valor de liquidación, flujo de efectivo actualizado); b) El lucro cesante; c) Los gastos accesorios.

⁶⁰ Ha motivado discusiones en la doctrina, la validez de la renuncia a la protección diplomática por parte del nacional afectado, circunstancia íntimamente vinculada a la denominada cláusula Calvo. Los autores llegan en este punto a conclusiones opuestas. Para unos, la "cláusula Calvo" es nula porque un particular no puede renunciar al derecho del Estado de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Es decir que para una parte de la doctrina, al ser la

protección diplomática un derecho del Estado, no tiene validez la renuncia del particular por no ser éste el titular de ese derecho. Frente a esta postura se ha alegado que a lo que renuncia el extranjero, no es al derecho de protección diplomática del Estado de su nacionalidad, sino a su propia facultad para pedir el ejercicio de ese derecho a su favor. En verdad, lo que pone en marcha la protección diplomática es generalmente la solicitud del particular al Estado de su nacionalidad, por lo que la renuncia a tal solicitud, hace difícil admitir la procedencia de la protección diplomática. Sin embargo, esta posición también es rebatible, ya que el Estado puede ejercer la acción diplomática por iniciativa propia y sin solicitud del particular. La jurisprudencia tampoco ha dado una solución uniforme al problema. Aunque generalmente los laudos se han inclinado por la validez de la cláusula, algunos fallos han limitado su operatividad para determinados supuestos. En efecto, la decisión dictada en 1926 por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos - México, en el asunto *North American Dredging Co (North American Dredging Co. of Texas c/ México)*, 1926 (RIAA, IV, 26). En igual sentido, *Mac Neil* (comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña, 1931 (RIAA, V, 136), estableció que la cláusula únicamente operará respecto de las reclamaciones derivadas de las relaciones contractuales, pero no para otras violaciones del derecho internacional. En efecto, la Comisión sostuvo que la renuncia tiene efectos sólo en materias relacionadas con el contrato, no así en los casos en que se ha producido una retardada o denegación de justicia, ya que en estos supuestos no se cuestionaría la validez del contrato mismo, sino que significaría una denegación de justicia.

⁶¹ Sin embargo, parte de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que también la persona como nacional de un Estado tiene derecho a recibir su protección; de existir este derecho a favor del particular, nacería la correspondiente obligación por parte del Estado para asistirlo. Tal parece haber sido el criterio del relator en el proyecto anterior sobre esta materia, que si bien resaltaba el derecho a ejercer la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad y que éste tenía facultades discrecionales en el ejercicio de este derecho, establecía que el Estado tenía el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de ésta, si el daño se debía a una violación grave de una norma *ius cogens* atribuible a otro Estado. Como se observa, se introducía una excepción a la facultad discrecional del Estado: Cuando el daño se hubiera producido por una violación grave de una norma *ius cogens*. Pero, esta excepción a su vez aceptaba excepciones que desobligaban al Estado del deber de ejercer la protección: a) Cuando la persona perjudicada pudiera presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional; b) Si el ejercicio de la acción pudiera poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o de su población; c) Cuando otro Estado pudiera ejercer la protección; d) Cuando la persona no tuviera su nacionalidad efectiva.

⁶² La Corte en el asunto indicado, cita como antecedentes jurisprudenciales, que el principio de las “manos limpias” fue invocado en el asunto *Ben Tillet* de 1899 que enfrentó a Gran Bretaña contra Bélgica, y fue reiterado en el asunto del buque *Virginus* en el que el juez internacional acordó aplicar circunstancias atenuantes a España puesto que los marineros ingleses y americanos ejecutados se dedicaban a un tráfico ilícito internacional.

⁶³ “La conducta correcta del particular tiene incidencia sobre el fondo de la reclamación y sobre el monto de la reparación. Sobre el fondo de la reparación porque un acto presuntamente ilícito podría estar justificado por el comportamiento ilegal o fraudulento del particular. Y también sobre la cuantía de la reparación, porque si una parte de los daños derivan de la conducta del particular y no del acto ilícito internacional, tales daños deberían ser descontados de la reparación” (PASTOR RIDRUEJO, ob. cit., p.4).

⁶⁴ De esta norma resulta, que aquí sí se consigna claramente que para determinar la naturaleza y cuantía de la reparación se debe tener en cuenta, no sólo el comportamiento intencional y negligente del Estado, sino también influye la calificación de la conducta de toda persona en relación con la cual se exija la reparación.

⁶⁵ En el caso *La Grand* se expuso un supuesto como el previsto en esta disposición. Alemania denunció tardíamente el incumplimiento de EE.UU. La Corte sostuvo que en caso de que Alemania hubiera solicitado una indemnización, dicho factor debía tener en cuenta.

⁶⁶ En el caso *Beaumartin c/ Francia* (Asunto N° 15287/89, 1994, ECHR 40), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que un acuerdo internacional en el que se preveía una indemnización podía generar en favor de las personas perjudicadas un derecho a indemnización exigible ante los tribunales.

⁶⁷ Discutible es el uso de la fuerza para ejercerla, teniendo en cuenta el principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, y que en su momento dio origen a la conocida doctrina Drago (1902) que invocaba que no era admisible la utilización de la fuerza armada para el cobro de la deuda pública de los Estados. Sin embargo, en el anterior proyecto de artículos de la C.D.I. sobre la protección diplomática se admitía esta posibilidad. En efecto, sin perjuicio de afirmar el principio de que *queda prohibida la amenaza o el uso de la fuerza como medio de protección diplomática*, establecía la excepción en caso de *rescate de sus nacionales* cuando: a) El Estado *no haya conseguido* por medios pacíficos, que se *garantice la seguridad* de sus nacionales; b) El Estado responsable, *no quiera o no pueda garantizar la seguridad* de los nacionales; c) Que los nacionales estén expuestos a un *peligro inminente*. En estos casos, la fuerza utilizada deberá ser *proporcionada a las circunstancias* de la situación y, *cesará en forma inmediata al rescate* de sus nacionales.

⁶⁸ Comprende todos los procedimientos lícitos de solución de controversias de esta naturaleza como negociación, mediación, conciliación, investigación, etc..

⁶⁹ Tal lo acontecido, por ejemplo, en los casos *La Grand* y *Avena*.

⁷⁰ En los casos *La Grand* y *Avena*, los Estados reclamantes (Alemania y México, respectivamente) fundaron su reclamación en la violación por parte de EE.UU. de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963.

⁷¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea sobre Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, etc..

⁷² En su comentario al artículo, la C.D.I. señala la importancia cuantitativa de esta clase de acuerdos ya que se estima que existen más de 2.000 en vigor en la actualidad. Estos tratados atenúan los requisitos de la acción diplomática (tanto en materia de nacionalidad de la reclamación como de agotamiento de los recursos internos) proporcionando un acceso directo al arbitraje internacional.

⁷³ Un ejemplo moderno de esta clase de tratados sobre inversiones, lo constituye el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI) que representa en la actualidad, uno de los foros de resolución de controversias más solicitado (más de cien casos resueltos y más otro centenar pendientes de resolver). Los árbitros o tribunales arbitrales son jueces de su propia competencia (aunque existe la posibilidad de que la Corte Internacional de Justicia cumpla con una función de interpretación del Convenio de Washington). Las partes involucradas son: por un lado, el inversor (sea persona física o jurídica) cuya nacionalidad sea del Estado parte, y del otro, el Estado receptor del capital extranjero.