

LA «PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA» DE LOS «DERECHOS HUMANOS» DE LOS NACIONALES EN EL EXTRANJERO: ¿SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS EN TENSIÓN?

HELENA TORROJA MATEU ¹

Profesora de Derecho Internacional Público
Universidad de Barcelona

SUMARIO

I. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y DERECHOS HUMANOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. *En la Comisión de Derecho Internacional.* 2. *En la jurisprudencia internacional reciente. Efectos externos.* 3. *En las reacciones doctrinales recientes y anteriores.*—II. PROBLEMAS DEL DISCURSO JURÍDICO: 1. *Historia y mitos de la construcción jurídica tradicional de la protección diplomática.* 2. *Internacionalización de los derechos humanos: nociones esenciales.* 3. *Problemas del discurso jurídico y propuesta de aproximación.*—III. EL FUNDAMENTO DE LA RECLAMACIÓN: EL HECHO ILÍCITO: 1. *La norma jurídica internacional violada. Estándar mínimo de trato y derechos humanos fundamentales.* 2. *Derechos subjetivos lesionados: A. El derecho subjetivo lesionado del particular subyacente. B. El derecho subjetivo lesionado del Estado: los daños indirectos y la fuerza de una ficción.*—IV. LA RECLAMACIÓN O DERECHO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: SU TITULARIDAD ESTATAL: 1. *Titularidad propia del Estado.* 2. *La doctrina de la representación del particular por el Estado.* 3. *Las obligaciones erga omnes: planteamiento del problema.*—CONCLUSIÓN: CONFLUENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y EL RÉGIMEN INTERNACIONAL GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A raíz de los recientes trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en materia de Protección Diplomática, así como de alguna jurisprudencia internacional (en especial, casos *LaGrand* y *Avena* ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se ha generado un debate doctrinal sobre las relaciones entre la clásica institución, formulada doctrinalmente desde mediados del siglo XVIII y la internacionalización de los derechos humanos iniciada en 1945. No es en realidad un problema nuevo. Se planteó desde los años cincuenta a raíz de los primeros intentos de codificación de la Respon-

¹ Este estudio se enmarca en el proyecto sobre «La incidencia de la mundialización en los procedimientos de creación y aplicación del Derecho Internacional Público» (BJU2003-04240). Por razón de espacio, se hace notar que las citas de documentos de la CDI se abrevian señalando sólo la signatura del documento, salvo la primera vez que se citan en la que se indicará el tipo de documento [Informe del Relator especial, Informe a la Asamblea General (AG)...] y el año de publicación.

sabilidad internacional por daños causados en la persona o bienes del extranjero. Hoy el debate está planteado en términos algo complejos y confusos, entrelazándose argumentos paralelos, solapados o imprecisos en la argumentación doctrinal. De entre todos estos problemas, surge la siguiente pregunta: ¿Qué repercusiones jurídicas tiene afirmar que la protección diplomática la puede ejercer un Estado para exigir el respeto de los *derechos humanos* de sus nacionales? Para alguna doctrina (estadounidense especialmente) que la protección diplomática pueda utilizarse cuando los daños al nacional son consecuencia de la violación de un derecho humano es una obviedad. Sin embargo, influidos por la práctica de la CIJ reciente, algunos autores se *sorprenden* de que ello pueda ser así. Otros se muestran *reacios* a tal posibilidad. Otros proponen de *lege ferenda* relecturas de la institución. Y por último, algunos pretenden hacerla pasar de mecanismo de aplicación del derecho internacional a un *nuevo* instrumento del sistema –si existe– de protección internacional de los derechos humanos, como parece propone el Relator Especial (RE) John Dugard.

La autora no comparte esta última posición. Pero tampoco se considera reacia a que la protección diplomática pueda servir de cauce para proteger los derechos humanos de los nacionales (u otros como refugiados y apátridas), lo que no es lo mismo. Y no se sorprende de ello porque una mirada al pasado demuestra que ya estaba intrínsecamente reconocido en el Derecho internacional tradicional aunque no se utilizase la expresión *derechos humanos* en el plano internacional al referirse a ella. Por último, no se acaba de convencer de la viabilidad de algunas de las propuestas de *lege ferenda* porque no respetan la lógica jurídica esencial del derecho consuetudinario en la materia.

Dado el espacio limitado con el que se cuenta, este trabajo limita su objeto a una tarea previa al estudio sobre la relación entre la protección diplomática y los derechos humanos: deslindar los problemas del discurso jurídico que las compara a fin de poner de manifiesto que no hay ningún obstáculo del razonamiento jurídico para considerar que la protección diplomática puede servir de canal para proteger los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero; así como demostrar que el régimen general de los derechos humanos no quiebra o rompe la ficción jurídica que sustenta la protección diplomática. En esta argumentación surgirán problemas concretos que sólo se dejan planteados. Éstos y las razones por las cuales considero que se ha tener cautela al afirmar que la protección diplomática sea un *mecanismo de protección internacional de los derechos humanos*, serán expuestas en otro lugar².

I. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y DERECHOS HUMANOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El problema se plantea en los trabajos de codificación pasados y actuales en el marco de la CDI. La jurisprudencia internacional reciente ha avivado el debate, dando

² La autora remite a un siguiente estudio pendiente de publicación sobre *La naturaleza y finalidad del derecho subjetivo de protección diplomática*, donde se abordarán otros problemas esenciales como: las relaciones entre la protección diplomática y mecanismos particulares de protección de los derechos humanos, los límites a la naturaleza discrecional del derecho subjetivo de protección diplomática, la posición de los terceros estados a consecuencia de la naturaleza de obligaciones *erga omnes* y la finalidad última de la institución.

lugar a múltiples preocupaciones doctrinales. Veamos el estado de la cuestión en estos tres ámbitos.

1. En la Comisión de Derecho Internacional

Cuando se reabre el estudio de la codificación y desarrollo progresivo de la protección diplomática en 1996, se plantea si «habida cuenta del desarrollo de los derechos de la persona, a la que se reconoce cada vez más la calidad de sujeto de derecho internacional, la Comisión tendría que reconsiderar el derecho clásico en la materia»³. Los dos Relatores Especiales que han participado en su estudio han dado una importancia al mismo desde dos perspectivas de análisis: la del enfrentamiento o conflicto y la de su complementariedad o sinergia⁴.

La perspectiva del enfrentamiento es la postura del primer RE Mohamed Benouna, cuya tarea, ceñida a un Informe preliminar –dejó la CDI al ser nombrado juez del Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia– estuvo enfocada a tratar de quebrar o romper la ficción jurídica que sustenta a la institución, que considera anacrónica. Para él, «lo que está en juego en el actual debate jurídico sobre la protección diplomática» es si «al interponer una reclamación internacional, el Estado ¿hace valer su propio derecho o el de su nacional perjudicado?»; en este último caso el Estado no sería más que su representante⁵. Esta postura ha gustado a algunos por ser más progresista y recomendable frente a la calificada de más *conservadora* del Relator Especial John Dugard⁶.

Para éste la protección diplomática y los principios que rigen la protección de los derechos humanos se «*complementan* y, en última instancia, *tienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos*»⁷. Su intención es sugerir «la forma en que el derecho a la protección diplomática puede utilizarse como medio de promover la protección de los derechos humanos de conformidad con los valores del ordenamiento jurídico contemporáneo»⁸. Pues la institución «sigue siendo un arma importante en el arsenal de la protección de los derechos humanos». Esta posición le había llevado a afirmar que «[m]ientras el Estado siga siendo el protagonista principal de las relaciones internacionales, el hecho de que los Estados hagan suyas las reclamaciones de transgresión de los derechos de sus nacionales sigue siendo el recurso *más eficaz para la promoción de los derechos humanos*. En vez de intentar debilitar este recurso despreciándolo como una ficción obsoleta que ya ha dejado de ser útil, hay que hacer todo lo posible por fortalecer las normas que integran el derecho a la

³ Informe preliminar, A/CN.4/484, 1998, párr. 2, p. 2.

⁴ Afirma CONDORELLI, L., «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», Flauss, J. F. (dir.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques*, Bruylant, Bruselas, 2003, p. 20; FLAUSS, J. F., «Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique», en Flauss, J. F., (dir), *op. cit.*, pp. 32-33.

⁵ A/CN.4/484, p. 9.

⁶ PINTO, M., «De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme», *RGDIP*, 106, 2002, pp. 537-538.

⁷ Informe de la CDI a la AG, A/59/10, pp. 95-95, énfasis añadido.

⁸ *Ibidem*, párr. 9, p. 4.

protección diplomática»⁹. Pero esto le lleva a afirmar que «la legislación internacional relativa a los derechos humanos no está integrada únicamente por las convenciones sobre derechos humanos. Hay todo un cuerpo de convenciones y costumbres, incluida la *protección diplomática*, que en conjunto integran el derecho internacional en materia de derechos humanos»¹⁰. Quizás esto es ya ir demasiado lejos. En general, esta postura es criticada por Allain Pellet calificándola de un claro reflejo de la visión de «*human rightism*»/ «*droits de l'hommisme*» de John Dugard¹¹. Desde esta perspectiva, tal postura más que conservadora parece *aventurada* y ha motivando posturas distintas entre la doctrina¹².

Tal planteamiento merece una atención pormenorizada pues podría estar mezclando o confundiendo algunos planos del debate. De hecho así lo han puesto de manifiesto algunos Estados ante la Asamblea General en sus comentarios al *proyecto* de 19 artículos sobre la *Protección Diplomática* aprobado en primera lectura en 2004¹³. Se ha indicado el «solapamiento» entre los derechos humanos y protección diplomática y que «era importante no anticipar conclusiones sobre esos temas»¹⁴. El problema, en su plano general de momento tampoco ha sido objeto de demasiada atención entre los Estados que han presentado comentarios por escrito al proyecto en 2006¹⁵. Sí han habido críticas y comentarios centrados en el único artículo que trata el tema, el artículo 17 (y se discute si también el art. 18), y que se ciñe a la cuestión concreta de la relación entre los *mecanismos particulares convencionales* de protección de los derechos humanos y el régimen general de la protección diplomática. Hay que señalar que el Proyecto final es menos progresista en materia de derechos humanos que lo que el Relator Especial había pretendido, al no ser aceptadas algunas de sus propuestas de *lege ferenda* por el resto de miembros de la CDI (como las limitaciones al carácter discrecional cuando se violaban normas de *ius cogens*). Por otra parte, sí deja su influencia en la extensión de la protección diplomática a refugiados y apátridas, o en los cambios de nacionalidad o la protección de la tripulación del buque por el Estado del pabellón incluso a favor de no nacionales.

⁹ Primer informe, A/CN.4/506, 2000, párr. 31-32, pp. 10-11, énfasis añadido.

¹⁰ A/CN.4/506, párr. 31, p. 10, énfasis añadido.

¹¹ PELLET, A., «“Human Rightism” and International Law», en Conforti, B. et al, *The Italian Yearbook of International Law*, 2000, X, en especial pp. 10 y ss. Para Pellet «human rightism» es un término con una connotación peyorativa que él define como aquella «posture which consists in wanting at all costs to confer “autonomy” (which, in my opinion, it does not possess) to a “discipline” (which, in my opinion, does not exist as such): the protection of human rights» (ibídem, p. 3).

¹² Entre otros, no la comparte por ejemplo FERIA TINTA, M., «Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the *LaGrand* Case», *EJIL*, vol. 12, núm. 2, punto 5 «Diplomatic Protection», consultable en: <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No2/sr2-04.html#P411100011>. Ver también GAJA, G., «Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique», Flauss, J. F., (Dir), *op. cit.*, pp. 66-67; CONDORRELLI, L., *op. cit.*, p. 20; FLAUSS, J. F., *op. cit.*, pp. 32-33.

¹³ Informe de la CDI a la AG, A/59/10, 2004, párr. 59, pp. 20-26. Comentario a algunos de sus artículos entre la doctrina española en: CRESPO NAVARRO, E., «El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. LVII (2005), 1, pp. 221-238.

¹⁴ Informe de la CDI, Resumen de los debates de la Sexta Comisión de la AG, A/CN.4/549/Add.1, 2005, p. 2.

¹⁵ CDI, Comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, A/CN.4/561, y Add.1 y Add.2, 2006.

Dejando a un lado los problemas concretos, en síntesis, el tema global de fondo es si de *mecanismo de aplicación forzosa del derecho internacional* se estaría pasando mediante un desarrollo progresivo a un *mecanismo de protección de los derechos humanos*. Ésta sería la evolución propugnada por esta visión de la protección diplomática. El mismo Jhon Dugard ha señalado en su último informe esta tensión al constatar que «[m]uchas de las publicaciones posteriores a 2000, que se refieren a la naturaleza de la protección diplomática, analizan la cuestión relativa a saber si la protección diplomática es un procedimiento para la protección de los derechos humanos de las personas o un mecanismo para la protección del interés del Estado que ejerce la protección diplomática»¹⁶. El tema está centrado en el marco de las normas secundarias, que son a las que se ciñe el mismo proyecto de artículos.

No fue esta la línea del Relator Especial F. V. García-Amador en los primeros intentos de codificación de la protección diplomática (llevados a cabo de 1956 a 1961 y que se tradujo en seis informes), que trató tanto las normas primarias como las secundarias que están en juego en la institución. Ha de tenerse presente que a la doctrina no se le pasó por alto las implicaciones que podía tener la internacionalización de los derechos humanos en la institución. Indicaba el profesor Jessup ya en 1946 que «[t]he embodiment in international law of the principle of the duty to respect the rights of man suggests new complications. The topic formerly know in international law as “the responsibility of states for injuries to *aliens*” might be transformed into “the responsibility of states for injuries to *individuals*”»¹⁷. En la misma línea de argumentación, reconociendo que «[a]vec cette nouvelle notion juridique, [la reconnaissance internationale des droits fondamentaux de l’homme], la distinction entre nationaux et étrangers perd toute raison d’être ...», F. V. García Amador consideraba que algunos de los elementos de la protección diplomática quedaban «dépassés par le droit international contemporain»¹⁸.

Esta perspectiva le llevó a tratar de introducir en los trabajos de codificación una posición del individuo que no sería aceptada por todos los miembros de la Comisión. Principalmente fue la *entrada* en las *normas primarias* configurando una categoría de «derechos humanos esenciales» (junto a las de «derechos adquiridos», «derechos contractuales»...) como normas cuya violación podía dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Ello fue visto como el obstáculo que impedía avanzar en el tema de la codificación entonces titulado «Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros», dentro del Tema más amplio de «Responsabilidad de los Estados». Roberto Ago, el siguiente Relator Especial sobre el tema, adoptaría una postura drástica excluyendo estos aspectos de su estudio, para dirigirse a desarrollar una teoría de la responsabilidad internacional, que no por ello deja de ser deudora de las normas y principios de la protección diplomática¹⁹.

¹⁶ Séptimo informe, A/CN.4/567, 2006, pág. 3, pp. 3-4.

¹⁷ JESSUP, Ph. C., «Responsibility of States for Injuries to individuals», *Columbia Law Review*, vol. XLVI, 1946, núm. 26, p. 907.

¹⁸ Informe preliminar, A/CN.4/96, 1956, pág. 135, p. 200.

¹⁹ Así lo reconoce el Relator Roberto Ago (Primer informe, A/CN.4/217 y add. 1, 1970, pág. 5, p. 132).

2. En la jurisprudencia internacional reciente. Efectos externos

El debate actual en la CDI tiene también sus fuentes en la práctica estatal²⁰ e internacional. En la jurisprudencia internacional destacan los casos recientes planteados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación a nacionales detenidos, juzgados y sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos sin haber visto garantizado su derecho a la información y goce de la asistencia consular [art. 36, 1.b) de la Convención de Viena de 1963]. En su nombre propio y en el *de su derecho a ejercer la protección diplomática*, Paraguay en el asunto *Breard*, Alemania el caso *LaGrand* y México en el caso *Avena* llevan esta situación ante la Corte, recayendo sentencia en los dos últimos casos. En éstos la Corte evita pronunciarse sobre la naturaleza o calificación de *derecho humano*²¹, del derecho a la información de la asistencia consular; elude la argumentación y prefiere hablar de *derecho individual*. Los problemas principales que plantean estos casos recaen en ámbitos más allá del de la protección diplomática²² (como la aplicación de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 y la naturaleza del conjunto de derechos que encierra su art. 36, o la naturaleza y efectividad de las medidas provisionales de la Corte). No es este el lugar de estudiar estos casos ni toda doctrina que los ha analizado. Pero bien es cierto que, posiblemente como efecto externo de este silencio de la Corte, alguna doctrina se ha dedicado a estudiar esta jurisprudencia, al menos en algún punto de su análisis, desde el ángulo de la protección de los *derechos humanos* de los extranjeros.

Hay planteados hoy otros casos interesantes ante la CIJ que abordan el problema de un modo u otro. Destaca por hacerlo de forma directa el caso de Ahmadou Sadio Diallo, originario de Guinea. La República de Guinea ha demandado a la República Democrática del Congo por los daños causados a la persona y bienes del Sr. Sadio

²⁰ Por ejemplo, ante tribunales nacionales, vide FLAUSS, J. F., «Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique. A propos de l'arrêt du Tribunal Fédéral Suisse du 2 juillet 2004, Groupement X C./Conseil Fédéral (1.^{er} Cour Civile)», *RGDIP*, 2005-2, pp. 407-417. Los artículos sobre la práctica española, francesa y alemana en Flauss, J. F., (dir), *op. cit.*

²¹ Pese a la postura de Alemania y México, la opinión consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos («El derecho a la información sobre la asistencia consular en el contexto de las garantías del derecho a un juicio justo», OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, su inclusión en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (AG, Res.40/144, de 13 de diciembre de 1985, art. 10), así como en la postura de la Comisión de Derechos Humanos [AZNAR, M., «El asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América) ante el Tribunal Internacional de Justicia», *REDI*, vol. LIV, 2002, 2, pp. 742-745].

²² Sobre la que casi no se pronuncia la Corte en el caso *LaGrand* (Cf. DEEN-RACSMÁNY, Z., «Diplomatic Protection and the *LaGrand* Case», 15 *LJIL*, 2002, pp. 87-103; DOMINICÉ, Ch. «Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt *LaGrand*», en VV.AA., *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI-Homenaje al profesor Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trotta, 2002, pássim). Y poco y no demasiado claro en el asunto *Avena* que es tratado para rechazar una de las causas de inadmisibilidad planteadas por EEUU (no haber agotado los recursos internos), declarando innecesario que se agotasen por derivarse de la violación del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 también un perjuicio directo al Estado; interpretación de la reclamación mixta que no gustó a todos los jueces [entre otros, vide, REQUENA CASANOVA, M., «La protección efectiva de los derechos consulares en el plano judicial: a propósito de la sentencia *Avena* (México c. Estados Unidos de América)», *REDI*, vol. LVI (2004), 2, en especial pp. 782-783; KÜNZLI, A., «Case Concerning Mexican Nationals», *LJIL*, 18, 2005, pp. 49-64; ORAKHELASHVILI, A., «Judicial Competence and Judicial Remedies in the *Avena* Case», *LJIL*, 18, 2005, pp. 31-48].

Diallo, en ejercicio de la protección diplomática, ya que el Congo, entre otros, ha violado «le principe de traitement des étrangers selon le *standard minimum* de civilisation», así como múltiples convenciones internacionales relativas a la condición del extranjero; se trata, afirma Guinea, de «diferentes violations des droits de l'homme» que afectan a la Declaración universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, al Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 así como a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 [sic], y pidiendo que se analicen tales violaciones «comme des atteintes a normes du *jus cogens*»²³. Esta vez a los jueces se les ha planteado en términos muy claros el ejercicio de la protección diplomática por violación de *derechos humanos*. Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca el caso relativo a la justiciabilidad del ejercicio o no del derecho de protección diplomática y por ende, cuál es la posición del individuo (¿tiene un *derecho humano* a que el Estado de su nacionalidad ejerza la protección diplomática en beneficio suyo?)²⁴.

3. En las reacciones doctrinales recientes y anteriores

Por los motivos anteriores el tema está cobrando relevancia entre la doctrina reciente. Actuales trabajos de codificación privada lo reflejan en su argumentación, como el Informe sobre Protección Diplomática presentado en el marco de la Asociación de Derecho Internacional. Ésta consideraba como uno de los puntos esenciales a estudiar: «the relation between these ruelas and the general law of human rights»²⁵. Paralelamente, tienen lugar las reacciones doctrinales a los casos LaGrand y Avena. De entre éstas, Mónica Pinto destaca por decidir enfocar su estudio desde un prisma de cambio: «*De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*»²⁶. Más allá de los autores ceñidos al estudio de estas sentencias²⁷, con carácter más general se plantean la relación entre los derechos humanos y la protección diplomática otros autores. Jean-François Flauss ofrece un estudio amplio sobre «Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme», poniendo desde un

²³ CIJ, Requête introductive d'instance, 29 décembre 1998, Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), pp. 28, 30, 32.

²⁴ Sentencia, Asunto AL-Adsani c. Royaume-Uni (*Requête núm. 35763/97*), 21 de noviembre de 2001. Al Adsani ciudadano británico y kwaití, demandó a RU ante el TEDH quejándose de haber sido torturado y argumentando que había una obligación especial de su gobierno de intervenir en el caso (WARBRICK, C., «Diplomatic representations and diplomatic protection-Current Developments Public International Law», *ICLQ*, vol. 51, 2002, p. 725. DE VITTOR, F., «Inmunità degli statu dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali», *RDI*, 2002-3, pp. 594-601.

²⁵ Puntos identificados y propuestos por James Crawford (ILA, Informe, *Toronto Conference (2006)*, *Diplomatic Protection of Persons an property*, Chair Prof. Francisco Orrego Vicuña, párr. 1, p. 1).

²⁶ *Doc. cit.*

²⁷ Entre otros autores, parece calificar de novedad esta posibilidad: PINTO, M., *op. cit.*, pp. 513-547; Se plantea por qué la CIJ no reconoció que se hubiesen violado derechos humanos y los avances de la jurisprudencia a pesar de ello: MILANO, E., «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition», *Netherlands Yearbook of International Law*, 35, (2004), pp. 85-142. Plantea el problema de la distinción entre «derechos individuales» y «derechos humanos»: VIERUCCI, L., «La tutela di diritti individuali in base alla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari: in margine al caso *LaGrand*», *RDI*, vol. LXXXIV, 2001, 3, en especial pp. 701-707.

principio de manifiesto que aunque «cette fonction ne lui soit pas unanimement reconnue, la protection diplomatique constitue un instrument au service de la sauvegarde des droits de l'homme internationalement protégés»²⁸. Destacan en el mismo sentido los autores que consideran que la institución se ha de adaptar o perder gran parte de su razón de ser como señala F. Javier Quel López²⁹, para lo que es necesario ponerla al día³⁰ y darle un «regard actuel»³¹, siempre poniéndola en relación con los derechos humanos³². Para Giorgio Gaja aparecen dudas sobre si se puede hablar de protección diplomática cuando se trata de derechos humanos de los nacionales, negando que tenga lógica denominar «protección diplomática» a tales supuestos³³. Pero la norma general es que se acepte esta posibilidad, sin negarla³⁴ aun poniendo de manifiesto los problemas y la necesidad de actualizarla. Ello ha llevado a algunos a querer romper con la ficción jurídica, como el RE Mohamed Bennouna, haciendo propuestas de *lege ferenda*. Así teniendo en cuenta la influencia del carácter de *ius cogens* y la naturaleza *erga omnes* de las disposiciones de derechos humanos, plantean si el individuo tendría un derecho a la protección diplomática preguntándose: «Is the right to Diplomatic protection a Human Right?»³⁵. En el mismo sentido, si el individuo es titular directo de derechos por el Derecho internacional, entonces el Estado sería mas bien un agente del particular, ya que aquél no sería el titular del derecho³⁶. Es la naturaleza de obligaciones *erga omnes* y el carácter de *ius cogens* lo que está detrás de estas argumentaciones, afectando ello también al carácter discrecional de la protección diplomática.

En el fondo hay una tensión doctrinal, motivada por las nociones del discurso jurídico de los derechos humanos y las incoherencias que surgen al ponerlo en relación con el régimen tradicional de la protección diplomática. Un rasgo de la doctrina contemporánea es que busca abordar el problema desde las normas secundarias. Doctrina anterior lo hecho desde las normas primarias de forma exhaustiva, a raíz de los

²⁸ *Revue Suisse de droit international et de droit européen/RSDIE*, 1/2003, pp. 1-36, y p. 2.

²⁹ QUEL LÓPEZ, F. J., «Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, UPV, 2004, pp. 339-383, en especial p. 343.

³⁰ FLAUSS, J. F., «Vers un aggiornamento des conditions d'exercice...», *op. cit.*, pp. 20-69.

³¹ DOMINICÉ, C., «Regard actuel sur la protection diplomatique», *Liber Amicorum Claude Raymond*, 2004, pp. 73-81.

³² DUGARD, J., «Diplomatic protection and human rights; the draft articles of the International Law Commission», *Australian Yearbook of International Law*, 24, 2005, pp. 75-91.

³³ GAJA, G., «Is a State specially affected when its nationals human rights are infringed», Vorah et al (coor), *Mans Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honor of Antonio Cassese*, 2003, en especial, pp. 380-382; y GAJA, G., «Droits des États...», *op. cit.*, pp. 63-69.

³⁴ Cf. CONDORELLI, L., *op. cit.*, *pássim*.

³⁵ KOIJMANS, P. H., en *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Es.Scientifi, Napoli, 2004, pp. 1975-1984. Lo que guarda relación con la posibilidad que tiene el individuo de exigir el ejercicio de la protección, al menos en el plano del Ordenamiento jurídico interno FLAUS, J. F., «Les contentieux des...», *op. cit.*, pp. 407-419. O, desde otra perspectiva se ha planteado el problema en el marco de la Unión Europea: JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión Europea», *RIE*, 1, 1993, pp. 9-53.

³⁶ BENNOUNA, M., «La protection diplomatique, un droit de l'État?», *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber. Paix, développement, démocratie*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 245-250.

trabajos del RE F.V. García Amador³⁷. De hecho, que la protección diplomática puede ser utilizada cuando en la base están violaciones de derechos humanos parece una obviedad para autores estadounidenses. Porque los *daños a extranjeros* se pueden basar en violaciones de derechos humanos, como afirma el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*³⁸ y es la perspectiva de algunos manuales de Derecho Internacional en Estados Unidos³⁹. Ante ello, algo lleva a intuir que no hay tanta contradicción entre el régimen tradicional de la protección diplomática y el derecho internacional de los derechos humanos como se presenta en el *discurso jurídico doctrinal*. Para lo que es necesario ahondar algo más en éste.

II. PROBLEMAS DEL DISCURSO JURÍDICO

Es necesario pues, acudir a la historia y buscar los rasgos esenciales de la protección diplomática que pudieran estar en tensión con nociones elementales de la internacionalización de los derechos humanos. De esta forma se podrán identificar problemas comunes del discurso jurídico que los compara.

1. Historia y mitos de la construcción jurídica tradicional de la protección diplomática

El derecho del Estado a la protección de sus nacionales en el extranjero, mediante la acción diplomática o judicial tiene arraigados orígenes históricos. Con la aparición del Estado moderno, la práctica medieval de las *cartas de represalias* (*letters of reprisals*) cayó en desuso, pasando los Estados a proteger directamente a aquellos ciudadanos que habían sufrido un perjuicio en su persona o sus bienes en un Estado extranjero⁴⁰. El dere-

³⁷ FREEMAN, A. H. «Human Rights and the Rights of Aliens», 45, *A Soc'y Int'l L. Proc.*, 1951, pp. 120-129, y WRIGHT, Q., ibídem, pp. 130-131; WEISS, P., «Diplomatic protection of nationals and International protection of human rights», *Human Rights Journal/Revue des droits de l'homme*, 4, 1971, p. 645 y ss.; MCDUGAL, Lasswell and Chen, «The protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights», 70 *AJIL*, 1976, pp. 432-469; LILLICH, R. B., «Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens», *RCADI*, 1978-III, pp. 329-443 y *The human rights of aliens in contemporary international law*, Manchester University Press, Manchester, 1984, pássim; CHANDRA, S., *Civil and Political Rights of the Aliens*, Deep & Deep Pub., New Delhi, 1982, pp. 169-170. Hoy parecería no ser abandonada por algún autor: TIBURCIO, C., *The human rights of aliens under international and comparative law*, 2001. Sin olvidar todos los desarrollos doctrinales que estudian hoy los derechos de los extranjeros.

³⁸ *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, 1987, parte VII, en especial puntos 711-713, sin negar que la violación de normas no relativas a derechos humanos fundamenten el daño al extranjero.

³⁹ Por ejemplo, DAMROSCH, L. F. et al., *International Law Cases and Materials*, 4th ed., West Group, St. Paul, 2001, pp. 742-775.

⁴⁰ Muy comunes en Inglaterra a finales del siglo XIII, consistían en la emisión por el príncipe o el soberano de una autorización (la carta o patente) al comerciante desplazado a otro feudo o localidad para emprender medidas coercitivas de autodefensa a fin de obtener reparación de daños, siempre que antes hubiese intentado obtenerla por todos los medios legales locales disponibles. Más en LILLICH, R. B., *The human rights...*, op. cit., p. 9.

cho del Estado se fundamentó en la ficción jurídica que formulara en 1758, Emmerich de Vattel en su obra *El derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los negocios de las naciones y de los soberanos*: quien maltrata a un ciudadano, indirectamente ofende al Estado, el cual debe proteger a tal ciudadano. Pese a que él habló de *deber*, los Estados en la práctica lo dejaron en *derecho*. La institución nace pues, por oposición a la idea de *intervención*, buscando hacerse un lugar en el Ordenamiento jurídico a través de su configuración como excepción al principio de no intervención; esto es, construyéndose como un *derecho del Estado*, cuyos límites se habrán de ir acotando⁴¹. Desde finales del siglo XVIII, a raíz del modelo de la primera comisión de reclamación mixta establecida por el Tratado de amistad, comercio y navegación entre Estados Unidos y Gran Bretaña, de 19 de noviembre de 1794 (Tratado de Jay), se generalizará esta forma como medio para arreglar las diferencias entre Estados, incluidas las relativas a reclamaciones de particulares. Así, la celebración de *tratados de amistad, comercio y navegación* y el establecimiento de *comisiones de arbitraje* será una práctica profusamente seguida durante todo el siglo XIX⁴², contribuyendo a la formación de las reglas jurídicas que forman la institución. El contexto histórico de la revolución industrial y el correlativo incremento del comercio habían potenciado las inversiones en los países de reciente independencia de la primera descolonización, siendo causa directa de esta práctica.

Aunque los Estados no ejercían este derecho siempre, ya que era discrecional, destacó el hecho de que cuando lo hicieron en no pocas ocasiones fue de forma abusiva y desproporcionada, incluso mediante el uso de la fuerza armada (*diplomacia de las cañoneras*). Por la naturaleza de las cosas, se trataba de un derecho alegado por Estados fuertes frente a Estados más débiles económica y políticamente, en su mayoría del continente latinoamericano⁴³. Esto conllevó a que a finales del siglo XIX, principios del XX hubiese un movimiento por parte de estos Estados dirigido a *limitar* el alcance y contenido de este *derecho* que ellos percibían como una *intervención*. Figura destacada fue la del jurista argentino Carlos Calvo quien trató doctrinalmente —ya en una publicación de 1868— de desmontar las bases de la institución misma por diversas vías, alegando siempre un derecho de no intervención en los asuntos internos del Estado. Especialmente destaca su defensa del principio de la *igualdad de trato nacional* a todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado, frente a la aplicación de *estándar mínimo* de trato al extranjero (también denominado como una *norma internacional de justicia* por influencia estadounidense) defendido por los países más poderosos como criterio para determinar cuándo habían daños al extranjero en su persona o sus bienes; esta tensión enfrenta-

⁴¹ Claramente este enfoque en PETIT DE GABRIEL, E., *Las exigencias de humanidad en el Derecho Internacional tradicional (1789-1939)*, Tecnos, Madrid, 2003, en especial, pp 84-86.

⁴² Vide STUYT, A. M., *Survey of International Arbitrations 1794-1970*, Sitjhoff, Leiden, 1972, *pássim*.

⁴³ Casos mayormente citados por la doctrina consultada son: el ocasionado por la destrucción de los bienes del ciudadano británico David Pacifico en 1847, que llevó al bloqueo de varios puertos griegos por la flota inglesa, acción defendida vehementemente por Lord Palmerston ante la Cámara de los Comunes en 1850 (DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la “protección diplomática”», AA.VV., *Pensamiento jurídico y sociedad internacional-Libro-homenaje al profesor D. Antonio Truyol y Serra*, vol I, CED, Madrid, 1986, p. 380); o el envío de dos buques alemanes a Puerto Príncipe, Haití, en 1897, a fin de bombardear la ciudad si el Gobierno no sancionaba a dos funcionarios que habían arrestado ilegalmente a un ciudadano alemán (SEFERIADES, S., «Le problème de l'accès des particuliers à des Juridictions Internationales», *RCADI*, T. I., 1935, p. 26); o el caso aún más conocido, del bloqueo a la costa venezolana en 1902-1903 por Reino Unido, Alemania e Italia, para exigir el cobro de deudas debidas a sus nacionales.

rá a países europeo-occidentales y a países latinoamericanos durante largo tiempo⁴⁴. Una forma de concretar tal igualdad era el sometimiento del particular extranjero únicamente a los tribunales internos, renunciando a la protección diplomática de su Estado a través de diversas formas (en un tratado, en las Constituciones internas o en una *cláusula* en el contrato celebrado entre el particular y el Estado)⁴⁵. Pero esta *doctrina Calvo* recibió la oposición de los Estados más fuertes, alegándose que la protección diplomática era un derecho del Estado y no del individuo⁴⁶. Otro tipo de limitación que sí prosperó fue la lograda con la adopción de la Segunda Convención relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, el 18 de octubre de 1907, durante la Conferencia de Paz de La Haya. La fuerza armada dejaba de ser una forma de ejercer el derecho de protección de nacionales en el extranjero para el cobro de deudas contractuales. La publicación de la obra de Brochard en 1916 titulada *The Diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, dejaba claramente de manifiesto que la materia era considerada como un ámbito separado e importante del derecho internacional a principios del siglo XX⁴⁷.

Tras la Primera Guerra Mundial, tuvo lugar otro auge del establecimiento de comisiones mixtas de reclamaciones⁴⁸. El arbitraje seguirá siendo posteriormente a esos años una forma para canalizar el ejercicio del derecho de protección diplomática. En ese contexto, la Sociedad de Naciones, teniendo presentes importantes trabajos de codificación privados, en la Conferencia de codificación de la Haya de 1930, intentó sin éxito codificar sus normas. El establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1923, permitió que el ejercicio del derecho llegará hasta tal instancia judicial y en su sentencia de 30 de agosto de 1924, relativa al asunto de las concesiones *Marovmmatis*, la CPJI afirmó que «Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado hace valer su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional respecto de la persona de sus nacionales»⁴⁹, *dictum* al que recurre la doctrina para definir la institución de forma generalizada. Tras la Segunda Guerra Mundial aún se establecieron algunas comisiones de reclamación para solucionar problemas derivados de la contienda, pero pronto esta forma de canalizar la protección de los nacionales cayó en desuso⁵⁰. Los Estados

⁴⁴ Claramente expuesta la tensión en CHANDRA, S., *op. cit.*, en especial pp. 169-170.

⁴⁵ SHEA, D. R., *The Calvo Clause-A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, en especial, pp. 9-32.

⁴⁶ Tal enfrentamiento perduró y fue una de las causas del fracaso de la codificación en 1930 en la Sociedad de Naciones.

⁴⁷ Así lo afirma Dunn, señalando también la obra de Decencière-Ferrandière, *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, París, 1925, o la de Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, NY, 1928 (DUNN, F. S., *The Protection of Nationals-A Study in the Application of International Law*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932, pp. 60-61).

⁴⁸ Algunas a fin de solucionar problemas resultantes de la guerra, otras fundamentadas en otras causas, como por ejemplo la revolución mexicana y su política de expropiación que llevo al establecimiento de la Comisión General de Reclamaciones entre Méjico-Estados Unidos por tratado bilateral de 1923.

⁴⁹ CPJI, serie A, núm. 2, Asunto de las concesiones *Marovmmatis*, sentencia de 30 de agosto de 1924. Traducción tomada de A/CN.4/484, párr. 15.

⁵⁰ Señala LILLICH varias razones: reacciones contrarias de los países soviéticos, africano-asiáticos, y la complejidad de las reclamaciones masivas, que llevaron a potenciar el recuso a *lump-sum agreements-national claims commissions* (LILLICH, R. B., «Duties of States...», *op. cit.*, pp. 358-359).

seguirán ejerciendo este derecho por los distintos medios de arreglo pacífico, llegando algunos casos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Otros, probablemente en su mayoría, permanecen en los archivos de las asesorías jurídicas de los Ministerios de asuntos exteriores, siendo allí donde se encuentra una parte esencial de la materia.

En síntesis, en su sentido estricto tradicional el ejercicio de la protección diplomática implicaba una *reclamación* formal, un acto jurídico dirigido al Estado que ha causado los daños y por lo tanto mediante ésta se está atribuyendo una conducta ilícita de acción u omisión al otro Estado, que éste tenderá a negar. Y como el ejercicio de este derecho debía conciliarse con la soberanía del Estado territorial, se consolidó que éste tenía derecho a que el individuo agotara las vías internas bajo su jurisdicción, como elemento esencial para que su responsabilidad internacional se pudiese invocar. Se discutió si este agotamiento era necesario para poder hablar de responsabilidad internacional o si ésta nacía ya con la violación de la norma siendo éste únicamente un requisito procesal. No quedó siempre claro este punto. Otro medio para limitar el número de reclamaciones fue exigir un vínculo de nacionalidad entre el Estado reclamante y el extranjero lesionado. Nacionalidad que conoció ya en la doctrina tradicional algunas excepciones. Un último intento para limitar el derecho del Estado fue el de la doctrina de las manos limpias que tendría que tener el particular, no pudiendo exigirse al Estado territorial que aceptase una reclamación por el trato que había dado a un particular que no había tenido una conducta correcta. Siempre fue controvertida su admisión. Es importante tener presente que estos presupuestos o requisitos para poder *invocar la responsabilidad internacional* (noción más amplia que la de admisibilidad de reclamaciones ante instancias jurisdiccionales) son límites que nacen de la tensión entre el Estado reclamado y el reclamante.

En 1945 son estos elementos los que toma el Relator Especial F. V. Garcia Amador cuando inicia sus trabajos de codificación, refiriéndose a la construcción jurídica *tradicional* de la protección diplomática, a la que trata de aportar nuevos aspectos para su *desarrollo progresivo*. Hoy se da el mismo fenómeno en la CDI, el estudio de cuyos rasgos no es objeto aquí de análisis. Pero interesa identificar algunos *mitos* o *lugares comunes* entre los Estados y por ende, la doctrina relativos a la percepción y/o calificación de la institución.

Primero: Se afirma que se trata de una institución donde los *factores políticos* y *económicos* jugaron una función *decisiva* en su formulación. Con nítido realismo, afirma Manuel Díez de Velasco esta influencia política, señalando además que los «países más poderosos, conscientes de lo que representaban para sus intereses las inversiones y las actividades de sus súbditos en el extranjero, afirmaron su propósito de defenderlas»⁵¹. La observación de este dato ha llevado a una percepción peyorativamente crítica por parte de la doctrina tanto clásica como contemporánea⁵². Reticencias que llevaron incluso a plantear su consideración como Derecho internacional

⁵¹ DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la...», *op. cit.*, pp. 380-383. Y afirma también que estas relaciones de fuerza seguirán presentes en la redacción de los compromisos de arbitraje, otra forma de pensar «serait naïf» (DÍEZ DE VELASCO, M., «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *RCADI*, 1974, I, pp. 94-96 especialmente).

⁵² Entre otros, SEFERIADES, S., *op. cit.*, pp. 25-30; DUNN, F. S., *op. cit.*, pássim; VISSCHER, Ch. de. *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 299; JESSUP, Ph. C., *op. cit.*, pp. 905-906 (quien habla del *dollar diplomacy*).

general y a constantes ataques por los países más débiles⁵³. Bien, frente a ello, otra perspectiva es la de autores que piden moderación y más objetividad como forma de favorecer la institución y sus posibilidades⁵⁴. Parecería ésta en el fondo la posición del RE John Dugard, tratando de reforzar la institución y superar su visión imperialista o del *dollar diplomacy*.

Segundo: Se critica que la institución se basa en una *ficción jurídica* anacrónica, abstracta (no basada en normas jurídicas concretas sino en ideas), que habría configurado un estándar de trato al extranjero bien definido, de contenido esencialmente económico. De esta manera la protección diplomática servía esencialmente para reclamaciones basadas en daños económicos, esto es únicamente al derecho a la propiedad. Veremos más tarde que no era necesariamente así.

Tercero: Se observa a la institución de la protección diplomática únicamente en la lógica de las relaciones interestatales, donde el individuo no tienen ningún lugar, siendo un mero objeto para el derecho internacional tradicional. Este es otro mito que convendrá precisar. Baste señalar ahora que la construcción tradicional estaba claramente formada por un conjunto de normas relativas al trato debido al extranjero (normas primarias), cuya violación fundamentaba el derecho de protección diplomática o reclamación internacional (normas secundarias)⁵⁵.

2. Internacionalización de los derechos humanos: nociones esenciales

La doctrina especializada suele calificar a la protección diplomática como un antecedente de la internacionalización de los derechos humanos en 1945⁵⁶. La influencia es clara. En el marco de las normas secundarias, el principio consuetudinario del agotamiento de los recursos internos se incorporará en los procedimientos de protección de los derechos humanos⁵⁷. En el marco de las normas primarias, también hay influencias (como en la identificación del contenido de la denegación de justicia o de otros derechos que constituirían en estándar mínimo de trato al extranjero). Pero es evidente que hay una lógica nueva y distinta que incorpora la internacionalización que va a conllevar una serie de innovaciones en el Ordenamiento Jurídico internacio-

⁵³ ROY, G., «Is the Law of Responsibility of Status for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law», 55 *AJIL* 863, 1961; y ante los ataques de los países en vías de desarrollo en el marco del Nuevo Orden Económico Internacional, LILICH, R. B., «The Diplomatic protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack, 69», *AJIL*, núm. 2, 1975, pp. 359 y ss.

⁵⁴ Pues los abusos fueron más la excepción que la regla afirma: MCDUGAL, Lasswell and Chen, *op. cit.*, pássim, LILICH, R. B., «Duties of States...», p. 348 y *The human rights...*, pássim.

⁵⁵ Es lo que en la literatura anglosajona se estudiaba como la *protección de los nacionales en el extranjero*, o desde la perspectiva opuesta como la *responsabilidad internacional del Estado por daños en la persona o bienes del extranjero* (JESSUP, Ph., *op. cit.*, p. 906).

⁵⁶ Entre otros, STEINER, H. & ALSTON, Oh., *International Human Rights in context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 73.

⁵⁷ AMERASINGHE, C. F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publications LTD., 1990, pp. 1, 3; cf. con 2.^a ed. de 2004. Sobre la interrelación específicamente: FLAUSS, J. F., «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique» en Condorelli, L. (coord.), *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 813-838.

nal como ha puesto de manifiesto destacada doctrina a la que me remito⁵⁸. Rasgos que interesan destacar del discurso de los derechos humanos son los siguientes.

La noción de *derechos humanos y libertades fundamentales del ser humano* sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión u otros, encierra detrás la idea de borrar la distinción *nacional/extranjero* como criterio para reconocer derechos al particular desde el Derecho internacional. A partir de ahora el Estado tendrá obligaciones internacionales de respeto de los derechos humanos de todas las *personas bajo su jurisdicción*, fuesen nacionales, extranjeros, apátridas...

Estas obligaciones para el Estado se irán concretando en diversos instrumentos jurídicos internacionales (desde la Carta de las Naciones Unidas, pasando por múltiples tratados internacionales, hasta resoluciones de la Asamblea General u otros). Hoy un sector doctrinal importante considera que puede hablarse de un sector normativo relativo al Derecho internacional de los derechos humanos, si bien hay doctrina que se opone a ello⁵⁹. Sin entrar en este debate, conviene precisar que las obligaciones en materia de derechos humanos se encuentran en diferentes fuentes del derecho, llevando a poder distinguir entre un régimen internacional convencional y un régimen internacional general. El primero estaría formado por tratados internacionales tanto universales como regionales que pueden contener tanto normas primarias como secundarias. Sería un *sistema jurídico internacional particular*, que por contar con sus propios mecanismos de aplicación del derecho daría también lugar a regímenes auto contenidos o auto suficientes (*self-contained regimes, régime auto-suffisant*)⁶⁰. Mecanismos que, entre otros, permiten tanto la exigencia de responsabilidad mediante reclamaciones interestatales como reclamaciones del particular.

Junto a éste, coexiste un régimen internacional general de los derechos humanos, sobre el que no hay un claro consenso doctrinal. Ni sobre sus fuentes, que según la doctrina serían la costumbre internacional, los principios generales del derecho o ambos⁶¹. Ni sobre su contenido, pues es una tarea controvertida la identificación de aquel *núcleo duro* de derechos humanos fundamentales que formarían este derecho internacional general⁶². Pese a la falta de consenso, sí es un dato que los Estados han

⁵⁸ Vide CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2001, pássim; CASANOVAS y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público», *CEBDI*, vol. II, 1998, pp. 177-191, autores en los que nos basamos ahora.

⁵⁹ Vide PELLET, A., «“Human Rightism” and ...», *op. cit.*, pássim.

⁶⁰ MARIÑO MÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetiva constitucionales en Derecho internacional», *CEBDI*, vol. III, 1999, p. 330. Apoyándose en el propuesta de SIMMA, B., «Self-contained regimes», *NYIL*, 1985, pp. 111 y ss. En el mismo sentido: FLAUSS, J. F., «*Protection Diplomatique et ...*», *op. cit.*, pp. 10-11.

⁶¹ Uno puede buscar su fuente jurídica en la costumbre internacional [DAMROSCH, L. F. *et al.*, *International Law Cases and Materials*, 4th ed., West Group, St. Paul, 2001, p. 602. Y así el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, 1987, párrs. 701-702]. O, dados los límites de esta posición, tratar de identificar un principio general del derecho en la materia, o atribuir a este núcleo duro la función de servir de interpretación autoritaria de obligaciones asumidas en la Carta de las Naciones Unidas (arts. 1.3, 55, 56), como proponían Bruno Simma y Philip Alston (SIMMA, B., & ALSTON, Ph., «The Sources of Human Rights Law: Custom, *jus cogens*, and General Principles», *AYBIL*, 12, 1988-1989, pp. 82-108).

⁶² Que serían normas que tendrían un carácter de *jus cogens*, sobre lo que se volverá más abajo. Su delimitación es una controversia clásica, que generó disputas entre la doctrina en los años ochenta. *Ad ex.*, vide WEIL, P., «Towards relative normativity in International Law», *AJIL*, 77, 1983, pp. 413 y ss.; y MERON, Th., «On a hierarchy of International human rights», *AJIL*, 80, 1986, pp. 1-23.

decidido añadir a la lista de principios estructurales del derecho internacional mencionada en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, el «respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» y «el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»⁶³, en la línea ya adoptada en la Declaración del Milenio.

Sin ahondar más en ello hay otras dos nociones esenciales en este discurso jurídico, que afectan a la naturaleza de las obligaciones en materia de derechos humanos y al carácter o rango de las normas que las configuran y en su relación a otras.

Por el objeto protegido ya son diferentes a otras obligaciones internacionales, en la medida en que el Estado asume obligaciones con respecto a las personas bajo su jurisdicción (relación vertical), lo que las diferencia de otras obligaciones que generarían obligaciones únicamente con respecto a otros Estados (relación horizontal). Este dato junto al interés jurídico protegido que es un interés general (la dignidad humana) explica que se considere que estas obligaciones tienen una naturaleza *erga omnes*, por oposición a *erga singulos*; ello significa que las asume el Estado frente al resto de Estados, bien de un tratado (*erga omnes contractantes*) o bien de la comunidad internacional en el caso del Derecho internacional general (*erga omnes*). De esta manera, quedan sobrepasadas las obligaciones recíprocas, que son las que fundamentan relaciones de Estado a Estado, y en este sentido, puede entenderse la afirmación de que los derechos humanos desplazan la lógica interestatal. A la noción se refirió expresamente la jurisprudencia internacional de la CIJ en un famoso *dictum* del asunto de la *Barcelona Traction*, de 5 de febrero de 1970 precisamente en el marco de una acción de protección diplomática. Hay consenso en reconocerle su lugar en el Ordenamiento Jurídico internacional, que va más allá del derecho de los derechos humanos. Pero no hay acuerdo sobre la identificación de qué obligaciones tienen tal carácter en el marco del Derecho internacional general ni, sobre todo, las consecuencias que en el plano de las normas secundarias se derivan de la violación de una obligación de tal naturaleza⁶⁴.

También por proteger intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, algunas de estas obligaciones tienen un rango de normas imperativas, perentorias o normas de *ius cogens*, que no admiten acuerdo en contrario sino por otra norma considerada como tal por la comunidad internacional en su conjunto (delimitación no del todo precisa contenida en los arts. 53 y 64 del Convenio de Viena de 1969). Pero en este punto vuelven a darse posiciones encontradas, pues tampoco hay consenso en la identificación de los derechos humanos que tendrían tal carácter. Serían en el fondo los *derechos humanos fundamentales* del Derecho internacional general *en cuya* identificación no entramos ahora⁶⁵. En el discurso jurídico en general y en especial en el de los dere-

⁶³ AG, Res. 60/1, «Documento Final de la Cumbre Mundial 2005», 24 de octubre de 2005, pág. 5.

⁶⁴ Existe una extensa bibliografía sobre el tema. Véase RAGAZZI, M., «The concept of international obligations *erga omnes*», Clarendon Press, Oxford, 1997, y la recensión realizada por CARRILLO SALCEDO, J. A., 92 AJIL, 1998, p. 791, y referencias bibliográficas allí citadas. Recientemente el debate sobre las consecuencias de la violación de estas normas se ha generado por su inclusión en los artículos 42 y 48 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de la CDI, de 2001 (AG, Res. 56/83, de 12 de diciembre de 2001). Entre otros, ver las contribuciones del Symposium: Assessing the work of the International Law Commission on State Responsibility, en *EJIL*, vol. 13, núm. 5, 2002.

⁶⁵ Suele dirigirse la doctrina para su delimitación a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, a los derechos inderogables según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Convención inte-

chos humanos, las nociones de *ius cogens*, *erga omnes*, derecho internacional general se confunden en ocasiones; parece consensuado que las normas perentorias (*ius cogens*) generan obligaciones *erga omnes*, pero no necesariamente viceversa ⁶⁶.

3. Problemas del discurso jurídico y propuesta de aproximación

Cuando los autores recientes tratan de conciliar el derecho internacional de los derechos humanos con las normas de la protección diplomática, surgen una multiplicidad de problemas. Su lectura pone de manifiesto que en gran número de ocasiones la falta de distinción entre normas primarias y secundarias y entre los derechos subjetivos implicados en cada ámbito, es la causa de argumentos paralelos, solapados, imprecisos o erróneos. Como forma de deslindar los problemas implicados se propone recurrir a la teoría general de las *situaciones jurídicas subjetivas* ⁶⁷.

Hay que partir de dos errores bastante generalizados. Uno consiste en introducir en la argumentación que tiene por fin exigir una revisión de la institución de la protección diplomática, elementos propios del sistema jurídico particular de los derechos humanos, especialmente sus normas secundarias. Otro consiste en confundir o mezclar en la misma argumentación los planos de las normas primarias y secundarias.

El primer error viene por olvidar que las normas secundarias del *derecho particular de los derechos humanos* vienen a configurar algo así como una *lex specialis* frente al régimen internacional general de responsabilidad internacional ⁶⁸. Precisamente, la ficción jurídica que se busca quebrar o romper doctrinalmente, *ya está rota en este régimen particular*. Es en éste donde los Estados permiten acceso al individuo dándole un derecho subjetivo de protección, y permiten que presente una reclamación un Estado distinto de la nacionalidad. Uno no puede ponerse a argumentar sobre la lógica o no de la ficción en comparación con este régimen, porque precisamente los Estados admiten el paso a una nueva lógica que va a regir sus relaciones. El problema de la relación entre estos mecanismos particulares y el régimen general de la protección diplomática (concretamente si son ciertamente *lex specialis* que deroga al régimen general, si son únicamente prioritarios ante un régimen que sigue vigente de

americana de Derechos Humanos, o a destacada jurisprudencia internacional de la CIJ. Cómo mínimo serían: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad en su dimensión de prohibición de detenciones arbitrarias y de la esclavitud, el derecho a la integridad física y mental, en su dimensión de prohibición de tortura y otros tratos humillantes o degradantes, el derecho a un juicio justo, pudiéndose añadir el principio de no discriminación.

⁶⁶ BYERS, M., «Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules», *NYIL*, 66, 1997, pp. 211-139.

⁶⁷ Se ha tomado como base conceptual el estudio de MARIÑO MÉNDEZ, F., «Situaciones jurídicas subjetivas...», *op. cit.*, Es determinante distinguir entre las normas primarias (que «regulan las relaciones sustantivas o materiales entre sus destinatarios») y las secundarias (que «regulan las relaciones nacidas entre los indicados destinatarios tras la violación de las normas primarias por alguno o algunos de ellos») (ibídem). Es en el ámbito de las primeras donde encaja la noción de derechos subjetivos lesionados (son derechos sustantivos o materiales lesionados); siendo en el ámbito de las normas secundarias, donde se atribuye al titular de tal derecho lesionado un derecho subjetivo de protección (una reclamación).

⁶⁸ Hoy en el artículo 55 del proyecto sobre Responsabilidad del Estados por hechos ilícitos de la CDI, de 2001, *doc. cit.*

forma subsidiaria, u otras posibilidades) lo ha planteado el artículo 17 del proyecto de 2004 de la CDI sobre Protección Diplomática, no con demasiada claridad, y no será objeto de estudio aquí.

Deslindado este problema, aspecto distinto es partir de la perspectiva del *derecho internacional general* que regula el respeto y protección de los derechos humanos. Esta perspectiva es la que proponía James Crawford como uno de los problemas a estudiar por el grupo de trabajo sobre protección diplomática de la Asociación de Derecho Internacional, como ya apuntamos. Es la perspectiva que se toma en este estudio pese a sus dificultades al no estar este régimen internacional general en materia de derechos humanos claramente delimitado entre la doctrina. En este punto, puede tenerse también presente el conjunto de tratados internacionales que protegen derechos humanos con respecto a los cuales no se establece ningún mecanismo de protección particular o que, a pesar de hacerlo, por ser opcionales, hay un número de Estados que no los han adoptado. Las distintas relaciones jurídicas pueden ser múltiples, por lo que para simplificar tómesese el derecho internacional general como perspectiva de análisis, sin matizar más.

Desde este ángulo, la doctrina se ha preguntado en qué medida este régimen general incide en las condiciones para invocar la responsabilidad internacional por la vía de la protección diplomática (en la nacionalidad de la reclamación, en el agotamiento de los recursos internos, en la cuestionada doctrina de las manos limpias). Es un problema con entidad en sí mismo y la doctrina que lo estudia señala una influencia clara en alguno de estos puntos⁶⁹. Este estudio no sigue esta línea, sin perjuicio de algunas referencias indirectamente.

Otro problema distinto consiste en preguntarse en qué medida el régimen general de protección de los derechos humanos se relaciona con los elementos esenciales de la lógica jurídica de la protección diplomática. ¿Hay una relación de enfrentamiento, que lleva a una incompatibilidad entre ambos y que sea un sin sentido mantener la ficción jurídica? ¿Hay una relación de complementariedad o sinergia entre ambos, hasta el punto de convertir la protección diplomática en un mecanismo de protección de los derechos humanos? Son los dos puntos extremos del debate, tal como lo plantearon los dos RE Mohamed Bennouna y John Dugard entre los cuales se sitúa una amplia gama doctrinal. En estos planteamientos puede situarse el otro error común que consiste en no distinguir entre las normas primarias y secundarias en los elementos de la argumentación. De tal manera que se afirma que la lógica interestatal de la protección diplomática (Estado-Estado) se enfrenta a la lógica de los derechos humanos (Estado-individuo)⁷⁰. Pero, ¿es que las normas de derechos humanos por ser *erga omnes* no dan lugar a relaciones interestatales? Claro que dan lugar a este tipo de

⁶⁹ Esta perspectiva de análisis parece ser la seguida en parte por QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, pássim. También la analiza FLAUSS, J. F., «Protection Diplomatique et...», *op. cit.*, pp. 16-22; o MILANO, E., *op. cit.*, pp. 97-101.

⁷⁰ Por tomar un ejemplo de una argumentación que se repite: ... «premier jugement chevauchant les deux domaines celui du droit international applicable aux rapports interétatiques et celui du droit international des droits de l'homme» (PINTO, M., *op. cit.*, p. 547). Otra argumentación que desde esta misma lógica, niega la existencia de derechos del individuo frente al Estado atribuidos por el derecho internacional es la que afirma que en el Derecho tradicional «non si dubitava che non esistessero diritti dello straniero, bensì soltanto "rights of his State to insist that its nationals should be treated in accordance with certain principles"» (VIERUCCI, L., «La tutela di...», *op. cit.*, p. 701). O misma lógica de argumentación en MILANO, E., *op. cit.*, p. 103.

relaciones. También se ha afirmado que se contraponen la lógica de la distinción *nacional/extranjero* con la lógica del *ser humano*, respectivamente. Pero, ¿es que en el marco de las normas en materia de derechos humanos no puede resurgir esta distinción entre ciudadano y extranjero en función del carácter particular del individuo cuyo derecho está lesionado? Claro que sí⁷¹.

Esta autora considera que, en abstracto, estas comparaciones no conducen a ningún lugar. La comparación no tiene sentido si no se precisa de *qué tipo de normas* se está hablando, si primarias o secundarias. De manera que, las *normas primarias* relativas a los derechos humanos pueden ponerse en comparación con las normas primarias relativas al trato de los extranjeros en el derecho internacional tradicional de la protección diplomática. Y después, las normas secundarias, las relativas al ejercicio del *derecho de protección* del Estado de los nacionales en el extranjero (*protección diplomática* en sentido estricto) son comparables con las normas secundarias homólogas en el marco del derecho internacional general de los derechos humanos. Ello permite considerar que detrás de esta interrelación (protección diplomática/régimen general de los derechos humanos), sobre lo que se está cuestionando la doctrina es sobre la posibilidad o la lógica de ejercer la *protección diplomática ante la violación de los derechos humanos de los nacionales en el extranjero*. De ahí el título de este estudio, que así expresado no parece que encierre ningún problema en sí mismo.

Con estas bases, a continuación se tratará de poner de manifiesto que no han ningún obstáculo del razonamiento jurídico para considerar que la «protección diplomática» puede servir de canal para proteger los «derechos humanos» de los nacionales en el extranjero. Demostrando paralelamente que el régimen general de los derechos humanos no quiebra o rompe la ficción jurídica de la protección diplomática. Para ello, se estudia primero, el fundamento de la reclamación, esto es el derecho subjetivo lesionado. Y en segundo lugar, se delimitará el derecho subjetivo de protección, esto es el derecho a reclamar internacionalmente o derecho a ejercer la protección diplomática. Por falta de espacio, alguno de los problemas que surgen al hilo de esta argumentación se dejarán solo planteados, remitiendo su estudio a otro lugar.

III. EL FUNDAMENTO DE LA RECLAMACIÓN: EL HECHO ILÍCITO

El fundamento de la protección diplomática se encuentra en la comisión de un hecho ilícito que produce *daños indirectos* al Estado (por oposición a los *daños directos*) por estar causados en la persona o bienes de sus nacionales (o refugiados o apátridas). Interesa ahora centrarse en el elemento objetivo de este hecho ilícito, desglosándolo en dos planos: la norma jurídica internacional que contiene obligaciones con respecto al *trato al extranjero* y la titularidad del *derecho subjetivo lesionado* por dicha norma⁷². El problema de

⁷¹ Por ejemplo, en el ámbito interno y en otro contexto, un ejemplo evidente es la distinta argumentación del Tribunal Supremo de EEUU en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, muy claramente expuesto en FLETCHER, G. P., «Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of war-Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo Bay», 2 *J. Int'l Crim. Jus.* 2004, pássim.

⁷² Distinción que sigue Díez de Velasco, basándose en Anzilotti (DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la...», *op. cit.*, p. 386).

fondo es identificar las repercusiones del régimen internacional general de los derechos humanos en cada uno de estos planos. ¿Sigue sosteniéndose la ficción jurídica o es imposible mantenerla como señalaba Mohamed Bennouna y otra doctrina?

1. La norma jurídica internacional violada. Estándar mínimo de trato y derechos humanos fundamentales

¿Puede la violación de una norma jurídica relativa a derechos humanos fundamentar el ejercicio de la protección diplomática? Esta duda o sorpresa parecería surgir entre alguna doctrina a raíz de los casos *Breard*, *LaGrand* y *Avena*, posiblemente por la reticencia de la CIJ a calificar como *derecho humano*, y dejándolo en un *derecho individual*, al derecho de información y disfrute de la asistencia consular⁷³. Una mirada a la práctica y alguna doctrina anterior, llevan a contestar con otra pregunta: ¿Y por qué no? ¿Cuál es ciertamente el problema de reconocer que la violación de normas relativas a obligaciones en materia de derechos humanos pueda fundamentar la reclamación por el Estado de la nacionalidad? No veo ningún motivo para sorprenderse de tal posibilidad⁷⁴. La jurisprudencia *LaGrand* y *Avena* puede ser un punto de apoyo más a esta afirmación y concretamente cuando la protección se canaliza por una acción judicial ante la CIJ⁷⁵. Pero esta posibilidad era algo ya antes reconocido al menos doctrinalmente.

Uno de los mitos del derecho internacional tradicional dijimos que era considerar que la institución se basa en una *ficción jurídica* anacrónica, abstracta (no basada en normas jurídicas concretas sino en ideas), que habría configurado un estándar de trato al extranjero bien definido, de contenido esencialmente económico, y que por tanto servía esencialmente para reclamaciones basadas en daños económicos. Pero si se observa de cerca esta ficción se puede afirmar lo siguiente. En primer lugar, la ficción no se basaba en ideas abstractas únicamente sino que en la práctica interestatal habían relaciones convencionales entre los Estados que regulaban el trato al extranjero (tratados de amistad, comercio y navegación, práctica que sigue aún celebrándose hoy). Incluso este trato llegó a estar regulado directamente por el derecho internacional general. La identificación del contenido y alcance de estas obligaciones de trato al extranjero fue una cuestión controvertida y nunca claramente definida, debido al enfrentamiento entre el Estado reclamante y reclamado, dando lugar a la ya mencio-

⁷³ Como ya apuntamos. La causa se ha visto en la falta de consenso sobre tal naturaleza de estos derechos (PINTO, M., *op. cit.*, p. 547). Califica a las decisiones de la CIJ en este punto de un caso de ver la botella medio llena/medio vacía, y ve sus argumentos extensibles a la violación de tratados de derechos humanos: MILANO, E., *op. cit.*, pp. 123 *in fine*.

⁷⁴ Además de alguna doctrina citada, GIORGIO GAJA es quizás exponente de esta postura al preguntarse sobre las «implications de l' existante de droits individuels dans le cadre de la protection diplomatique», lo que parece el reflejo de una falta de distinción entre derechos subjetivos lesionados y derecho de protección (GAJA, G., «Droits des Etats...», *op. cit.*, p. 68).

⁷⁵ Condorelli señala que «le droit d' un Etat de s' inquiéter des violations des droits de l' homme infligées à ses citoyens par un autre Etat est incontestable» y se apoya en esta jurisprudencia para afirmar esta posibilidad (CONDORELLI, L., *op. cit.*, pp. 22-23).

nada tensión entre el estándar mínimo de trato (o norma internacional de justicia) y el principio de igualdad de trato nacional. En esta línea si bien uno de los derechos subjetivos lesionados solía ser el de propiedad, éste no fue el único de los derechos cuyo respeto se imponía al Estado. Basta analizar los casos para ver como bien se trató además de otros derechos: daños físicos y mentales, daños a la vida, denegación de justicia...⁷⁶. Pero el mito de la *finalidad únicamente económica* de la institución ha pervivido hasta hoy siendo uno de los argumentos de EEUU para negar la competencia de la CIJ en el asunto *LaGrand*⁷⁷.

Conviene insistir en ello porque la lectura de los *daños a la persona y bienes del extranjero* en clave de *violaciones de derechos humanos* de los extranjeros no es una novedad. La doctrina estadounidense no veía problema en ello. Antes bien, consideraba que los gobiernos tendrían en cuenta el concepto de derechos humanos contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los procedimientos usuales para otorgar protección diplomática a sus nacionales en el extranjero⁷⁸. Esta línea de pensamiento era acorde con las propuestas codificadoras en la CDI por F. V. García Amador a mediados de los años cincuenta. Éste había distinguido la categoría de «*derechos humanos esenciales*» junto a otras posibles normas primarias. El problema de fondo es en qué medida la internacionalización de los derechos humanos superaba la tensión estándar mínimo/trato nacional. Esta era la idea que perseguía García Amador, para quien ambas doctrinas conflúan en los derechos humanos pues «la distinción, que en el primer caso se admitía y en el segundo se negaba, entre dos categorías de sujetos de derechos y entre dos clases de protección», desaparecía al reconocerse «derechos humanos y libertades fundamentales sin hacer distinción de ningún género entre nacionales y extranjeros»⁷⁹. Su propuesta inicial consistía en combinar ambas doctrinas, estableciendo que el trato de los nacionales no debería ser nunca menor que los «derechos humanos esenciales», tal como se reconocían en los tratados internacionales; lo que completaba con una lista no exhaustiva de éstos⁸⁰. La propuesta no gustó a todos los miembros de la CDI, por seguir dando primacía a la doctrina del estándar mínimo, por lo que fue sintetizada en un artículo en el proyecto revisado de convención final con menores derechos⁸¹. El proyecto no se llegó a adoptar y el

⁷⁶ Clara muestra de estos tipos de daños en WHITEMAN, *Dammages in International Law*, vol. 1 y 2., 1937, USA, Government Printing Office, Washington, 1937, pássim.

⁷⁷ Como señala y también trata de desmontar el mito al comentar esta Sentencia: DEEN-RACSMÁNY, Z, «Diplomatic Protection and the *LaGrand Case*», 15 *LJIL*, 2002, pp. 95-95.

⁷⁸ FREEMAN, A. H., *op. cit.*, pp. 120-129; y la respuesta de WRIGHT, Q., *ibidem*, pp. 130-131.

⁷⁹ Segundo Informe, A/CN.4/106, 1957, p. 123.

⁸⁰ Incluía el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal; derecho a la inviolabilidad de la vida privada de las personas, su domicilio y su correspondencia, y al respeto a su honra o a su reputación; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; derecho de propiedad; derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a acudir a los tribunales de justicia o a órganos competentes del Estado (...); derecho a ser oído en audiencia pública y con las debidas garantías en los órganos competentes del Estado, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal o en la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil; en materia penal, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser informado en el idioma que comprenda de la acusación, derecho a defenderse personalmente o a ser asistido, principio de la irretroactividad de la ley penal, derecho a que se juzgue sin demora o a que se le ponga en libertad (art. 5 y 6), A/CN.4/106, p. 122.

⁸¹ Sexto Informe, A/CN.4/134 y Add.1, 1961, art. 1. Más detalle en LILLICH, R. B., «Duties of States...», *op. cit.*, pp. 373-377.

siguiente relator Roberto Ago abandonó esta perspectiva de análisis. Lo que no se logró entonces en la CDI, parece se logró años más tarde, con la elaboración en la entonces Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías de una *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, finalmente aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1985⁸².

Hoy la doctrina considera que el contenido del estándar de trato mínimo se encuentra hoy delimitado por el derecho internacional de los derechos humanos⁸³. Aunque no parece tan claro que de esta manera quede del todo superado el clásico enfrentamiento; hoy éste cobraría otras formas, especialmente cuando se piensa en el debate sobre la universalidad o no de los derechos humanos, detrás del que se encuentran distintas tradiciones y formas de entender el contenido de los derechos humanos. En este punto, el discurso sobre las normas de derecho internacional general y de *ius cogens* en materia de derechos humanos cobra todo su sentido. El problema sigue siendo hoy delimitar cuál sería el contenido o núcleo de este conjunto de derechos humanos esenciales, de todo ser humano, incluido el extranjero. Este es un debate abierto doctrinalmente al que nos referimos y que no se va a cerrar aquí. Baste señalarse que los trabajos realizados por la doctrina en este punto ilustrarán este aspecto.

Luego, entre el régimen internacional general de los derechos humanos y el régimen de la protección diplomática hay una clara confluencia en este ámbito de las normas primarias. No hay enfrentamiento sino interrelación y complementariedad mutua. Lo que tampoco ha de llevar a considerar que puede reconducirse el fundamento de la reclamación por la vía de la protección diplomática únicamente a violaciones de normas de derechos humanos. No parece que sea forzosamente así⁸⁴.

Con todo el Derecho tradicional tiene su fuerza y pese a las novedades introducidas por la internacionalización de los derechos humanos, Alemania prefirió no olvidar la mención del *estándar mínimo* en sus alegaciones ante la Corte Internacional de Justicia; como no lo ha hecho en el caso Sadio Diallo, Guinea en su demanda contra la RDC, aunque luego recurra a mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados; ni, más recientemente, tampoco lo olvida Uganda en su segunda contra demanda a la República Democrática del Congo también ante la CIJ⁸⁵.

2. Derechos subjetivos lesionados

¿Pueden coexistir dos derechos subjetivos lesionados, del Estado y del particular, derivados de una misma violación? La existencia de derechos subjetivos lesionados

⁸² *Ibidem*, pp. 379-389.

⁸³ Entre otros, LILLICH, R. B., *The human rights...*, *op. cit.*, pássim; MCDUGAL et al, *op. cit.*, en especial, pp. 467-469; CONDORELLI, L., *op. cit.*, pp. 20-21, QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, p. 344; JIMÉNEZ PIERNAS, C. B., «El particular ante el derecho de la responsabilidad internacional: los problemas previos del “Standard” mínimo y la protección diplomática», Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Bilbao, 1988, en especial, pp. 74-85.

⁸⁴ Como señala CONDORELLI, L., *op. cit.*, p. 19.

⁸⁵ CIJ, Asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo (Republica Democrática del Congo contra Uganda), Sentencia, 19 de diciembre de 2005, pár. 329.

del particular, sus derechos humanos *directamente* atribuidos por el Derecho Internacional, causa problemas a la doctrina, en una visión de que el derecho tradicional no atribuía derechos al particular, lo que no era necesariamente así. Además, tratándose de derechos humanos, sólo el individuo sería titular, se dice, y así se plantea si en estos casos deja el Estado de estar lesionado.

A) EL DERECHO SUBJETIVO LESIONADO DEL PARTICULAR SUBYACENTE

La construcción tradicional de la protección diplomática nunca negó la existencia de un derecho subjetivo lesionado del particular (un *derecho individual*), pese a la sorpresa generada por algunos tras los casos LaGrand y Avena. Paralelamente, se argumenta que la existencia de derechos humanos, e incluso de derechos individuales *directamente* atribuidos por el ordenamiento internacional, viene a transformar el paradigma de Mavrommatis⁸⁶. Es este otro mito de la protección diplomática que se ha de desmontar. Uno puede afirmar que en el Derecho internacional clásico y en concreto en el marco de la protección diplomática, el individuo desaparecía, era un mero objeto, *sin derecho alguno* reconocido por el Derecho internacional. Bien, esta afirmación es cierta pero se ha de matizar porque es propia únicamente del marco de las normas secundarias de la responsabilidad internacional canalizada a través de la protección diplomática⁸⁷. Porque en el marco de las normas primarias, el Derecho internacional clásico atribuía derechos subjetivos sustantivos o materiales al particular, incluso *directamente*⁸⁸. No cabe duda⁸⁹. Negarlo deja vacío de contenido al estándar mínimo y a la regla del agotamiento de los recursos internos. Cuestión distinta es que desde una perspectiva dualista del Ordenamiento Jurídico Internacional se

⁸⁶ Por todos, este argumento lo expresa así PIETER H. KOOIJMANS: «the Mavrommatis paradigm is basically transformed. If the individual is holder of the material right, it can no longer be maintained that in exercising diplomatic protection the national State is merely asserting its own right, since it is the right under international law of its national that is trying to uphold» (KOOIJMANS, P., *op. cit.*, p. 1977). La confusión entre derecho subjetivo lesionado y derecho subjetivo de protección es evidente.

⁸⁷ Y con excepciones pues en el Derecho tradicional sí hubieron casos de derecho subjetivo de protección (acceso a tribunales internacionales) del particular. Entre otros, vide SEFERIADES, S., *op. cit.*, pássim.

⁸⁸ CASANOVAS y LA ROSA, Oriol, señala tal posibilidad, basándose en el clásico DESENCIERRE-FERRANDIÈRE, *La responsabilité des États à raison des dommages subis par des étrangers*, París, Rousseau, 1926, (CASANOVAS y LA ROSA, O., «Unidad y pluralismo en Derecho internacional Público, *CEBDI*, vol. II, 1998, p. 179).

⁸⁹ Baste un ejemplo de una disposición del Tratado entre USA y Japón de 5 de abril de 191: «The citizens or subjects of each of the High Contracting Parties shall have liberty to enter, travel and reside in the territories of the other to carry on trade, wholesale and retail, to own or lease and occupy houses, manufactories, warehouses and shops, to employ agents of their choice, to lease land for residential and commercial purposes, and generally to do anything incident too necessary for trade upon the same terms as native citizens or subjects, submitting themselves to the laws and regulations there established (...)», (en «Chapter 12 Law of the United States», en BLAKESLEY, C. L., FIRMAGE, E. B., SCOTT, R. F., WILLIAMS, S.: *The International Legal System: Cases and Materials*, fifth edition, Foundation Press, New York, 2001, p. 958. La jurisprudencia estadounidense de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se enfrentó profusamente al problema de la aplicación directa de derechos individuales atribuidos por tratados internacionales. De ahí surge la distinción entre normas self-executing y non self-executing que fue una creación jurisprudencial para evitar el sistema de recepción automática de los tratados en el ordenamiento interno (art. VI de la Constitución de EE.UU.) (vide PAUST, J. J., *International Law as Law of the United States*, 2nd ed., Carolina Academic Press, Durham, 2003, pp. 67 y ss.).

afirmase que el Derecho internacional no reconocía derechos subjetivos al individuo, sino que éstos provenían del Ordenamiento interno. Desde una perspectiva monista este argumento se rompe fácilmente⁹⁰.

Bien es cierto que en términos del ejercicio de la protección diplomática (normas secundarias), estos derechos del particular eran *borrados* hasta del discurso jurídico. Y en la práctica, la jurisprudencia señalaba que la reclamación privada, la del individuo, desaparecía⁹¹. Pero en realidad era tal existencia de derechos subjetivos lesionados del particular un presupuesto necesario, en *principio*, para configurar la existencia de un derecho subjetivo lesionado del *Estado*. Esto es, sin estos derechos subjetivos del particular en la base, salvo excepciones⁹², no hay derecho subjetivo de protección del Estado. Determinar su existencia fue precisamente el problema en el asunto de la *Barcelona Traction*, en relación al derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática de sus nacionales, accionistas de la empresa. Sus argumentos dan lugar a problemas de mayor tecnicidad relativos a la distinción entre *derecho e interés* y cuál de ellos es suficiente como base del prejuicio que configura un derecho subjetivo lesionado del Estado y por tanto, fundamentalmente el ejercicio de la protección diplomática⁹³. Sin entrar en este debate, es suficiente ahora retener la evidencia de la existencia de los *derechos subjetivos del individuo* que subyacen en la institución. Las posiciones de los jueces fueron muy ricas en este tema. Un problema planteado fue si estos derechos subjetivos del particular existían frente al orden interno o frente al internacional. Mientras el Juez Ago prefirió ceñirse al plano interno, el Juez Jessup, al que se sumaron la mayoría, afirmó que es en la norma internacional donde se fundamentan estos derechos subjetivos del particular, aún habiendo silencio en el orden interno⁹⁴.

A priori, no hay problema teórico de la coexistencia del derecho subjetivo lesionado del particular y del derecho subjetivo lesionado del Estado. La clave es entender que el derecho subjetivo lesionado no conlleva siempre automáticamente un derecho subjetivo de protección. En el actual régimen internacional general de los derechos humanos, lo que no tiene el particular es el *derecho subjetivo de protección*. Esta es la diferencia. Todo intento de atribuir al particular un derecho subjetivo de protección fundamentado en este derecho subjetivo lesionado, es en el fondo salir del marco de la protección diplomática en su construcción *tradicional*⁹⁵. Es precisamente una quie-

⁹⁰ PAUST, J. J., *ibídem*.

⁹¹ Así en el asunto *Mavommatis*: «Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esa jurisdicción» (CPJI, serie A, núm. 2, sentencia de 30 de agosto de 1924, *doc. cit.*).

⁹² Es este un punto que merece precisión, pues plantea el problema de la responsabilidad estatal que surgiría por la adopción de una ley que atenta contra los derechos humanos, sin necesidad de tener que demostrarse una lesión directa en el derecho subjetivo del particular; o de la delimitación y ampliación de la noción de *victima a víctima potencial*, como ha desarrollado la jurisprudencia del TEDH.

⁹³ Cf. BOLLECKER-STERN, B., *Le prejudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, pp. 113-122.

⁹⁴ Cf. BOLLECKER-STERN, *op. cit.*, pp. 117-120.

⁹⁵ Por eso tampoco convenció a los miembros de la CDI el artículo 19 del proyecto de García Amador en el que dedicado a la «Presentación de la reclamación internacional», incluía en primer lugar la posibilidad de que fuera el extranjero, cuando tuviese tal derecho subjetivo de protección atribuido (Tercer informe, A/CN.4/111, 1958, pp. 66 y ss.).

bra de la ficción que hace entrar en el régimen particular de los derechos humanos o en otros regímenes particulares. En este punto entraría el debate sobre cuál es la relación entre el derecho subjetivo del particular y el derecho subjetivo de protección del Estado. En éste se encuentra el clásico problema del carácter procesal o sustantivo de la regla del agotamiento de los recursos internos, y que es determinante para fijar el momento en el que nace la responsabilidad internacional como relación jurídica nueva. El actual proyecto de la CDI sobre Protección Diplomática resuelve decantándose por su carácter procesal, sin poder detenernos más en ello ahora⁹⁶.

Un último aspecto es el relativo a si el hecho de que este derecho subjetivo lesionado sea un *derecho humano*, y no solo un mero *derecho individual*, modifica lo dicho hasta aquí. La naturaleza *erga omnes* y el carácter de *ius cogens* de los derechos humanos han llevado a gran parte de la doctrina a plantear la posición de los «terceros estados», y los límites a la discrecionalidad del derecho subjetivo de protección del Estado. Pero en cuanto a su incidencia en la configuración del derecho subjetivo lesionado del Estado no parece que tenga que haber demasiada trascendencia, lo que pasamos a ver.

B) EL DERECHO SUBJETIVO LESIONADO DEL ESTADO: LOS DAÑOS INDIRECTOS Y LA FUERZA DE UNA FICCIÓN

En el ámbito de derechos humanos ¿puede hablarse de derechos lesionados de la titularidad del Estado (*directa* o *indirectamente*)? La pregunta parece retórica si se acude a los sistemas jurídicos particulares y se observa como el mecanismo de las demandas interestatales, que incluye al Estado de la nacionalidad, se basa precisamente en este presupuesto. Sin embargo, situados en el marco de la protección diplomática, la duda surge entre la doctrina, llevando a algunos a dar una respuesta negativa, tratando de romper la ficción jurídica. En mi opinión poco importa que sea en términos de derechos humanos o de otros derechos subjetivos individuales, la construcción tradicional de los daños indirectos al Estado sigue vigente hoy. Los *derechos humanos* no tienen porqué conllevar una desaparición de la titularidad estatal del derecho subjetivo lesionado por lo siguiente.

La construcción tradicional de la protección diplomática se basa en la ficción jurídica *vattelliana* que consiste en convertir el *daño causado a los bienes o la persona extranjera* como en un *daño causado al Estado de la nacionalidad*. Esta ficción es la esencia o la piedra angular de la protección diplomática: si el Estado no tiene un *derecho subjetivo lesionado*, difícilmente podría tener un *derecho subjetivo de protección*⁹⁷. En este sentido la postura tradicional es claramente una *ficción necesaria*: «Le droit que l'Etat fait valoir lorsqu'il affirme la responsabilité d'un Etat étranger à raison des dommages soufferts par ses nationaux n'a donc pas son fondement dans les dommages éprouvés par les individus, mais dans la violation du droit de l'Etat sur

⁹⁶ Sobre este problema, vide Segundo Informe, A/CN.4/514, 2001, en especial, pp. 16 y ss. Y comentario al artículo 14 del Proyecto adoptado en 2004 (A/59/10, *doc. cit.*, pp. 77 y ss.).

⁹⁷ «Al hecho ilícito (...) va unido (...) el nacimiento de una nueva relación jurídica entre el Estado (...) que viene obligado a la reparación y el Estado (...) que puede exigir la reparación» (ANZILOTTI, D., *Curso de Derecho Internacional*, T. 1, 1.ª ed., Madrid, 1935, traducción edición italiana de 1927, p. 408).

ceux-ci»⁹⁸. Es decir, en el caso de daños a nacionales no hay «violation d'un droit de l'individu, mais bien violation du droit de l'Etat à ce que l'individu sois traité conformément au droit international»⁹⁹. La ficción se manifiesta porque cuando se examina la existencia y la cuantificación del perjuicio se hace en base al daño del particular y no del Estado; o porque se exige además un vínculo continuo de la nacionalidad, por ejemplo. Muchas son las críticas que se han formulado al respecto¹⁰⁰. Algunos, sin embargo, han puesto de manifiesto el realismo material de la ficción y sus razones de ser¹⁰¹. Pero este no es el debate aquí planteado. Lo que interesa es ver en qué medida el Derecho internacional general de los derechos humanos la rompe o incide en la misma.

Para ello recuérdese que la ficción jurídica se construye con una finalidad: legitimar y dar un fundamento jurídico al derecho subjetivo de protección del Estado. Esto explica que el derecho subjetivo lesionado del particular quede *borrado* de la argumentación legal, como se ve. Pero no niega su existencia, como se señaló. Sino que sobre su existencia se crea un nuevo derecho subjetivo lesionado para el Estado: el derecho de que *se respete el derecho internacional en la persona de sus nacionales*, de una interpretación del famoso *dictum* de la CPJI en el asunto *Mavommatis*¹⁰². En este *dictum* se habla, como se verá, del derecho subjetivo de protección (derecho de *hacer respetar*). Ha de entenderse pues que el Estado tiene un *derecho al respeto del derecho internacional de los nacionales* (derecho subjetivo lesionado).

Partamos de la visión más progresista que llevaría a hacer desaparecer este derecho subjetivo lesionado del Estado. F. Javier Quel sostiene una postura crítica contra una ficción jurídica que, en su opinión, no se sustenta en un Ordenamiento jurídico internacional que reconoce derechos humanos al individuo¹⁰³. Sin embargo hacer desaparecer la ficción, como propuesta de *lege ferenda*, no parece muy realista. Si el Estado no tiene derecho subjetivo lesionado no puede tener derecho subjetivo de protección. En este punto surgen las posturas de la *representación* del Estado del particular, sobre lo que se incidirá más adelante. El problema viene en el fondo por que la

⁹⁸ ANZILOTTI, D., *Cours de Droit International Public*, 1927, p. 518, citado por Bollecker-Stern, B., *op. cit.*, p. 97.

⁹⁹ ANZILOTTI, D., «La responsabilité internationale des Etats, à raison des dommages soufferts par les étrangers», *RGDIP*, 1906, p. 10, énfasis añadido, citado por BOLLECKER-STERN, B., *op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁰ Vide Informe Preliminar, A/Cn.4/484, p. 5. y doctrina citada.

¹⁰¹ Por ejemplo, Brigitte Stern afirmaba que detrás de esta asimiliación había una tendencia a considerar al Estado en tanto que «nation organisée formée de l'ensemble de ses citoyens» más que una «personne morale de droit public distincte de ses membres», de tal forma que «un dommage causé à un membre du Tout sois un préjudice causé au Tout», en una visión vatteliana. A su vez, la ficción coincidía con la realidad en términos del patrimonio económico que para el Estado suponen las grandes empresas inversoras en el extranjero (BOLLECKER-STERN, B., *op. cit.*, pp. 100-115).

¹⁰² CPJI, serie A, núm. 2, sentencia de 30 de agosto de 1924, *doc. cit.*

¹⁰³ Desde esta perspectiva, el derecho de protección diplomática no haría referencia a «un derecho propio lesionado, sino a la capacidad procedimental de defender un derecho del particular para lo que el Estado estaría habilitado merced al vínculo de nacionalidad. (...)». La afirmación es cierta, porque la protección diplomática es un derecho subjetivo de protección, pero ¿por qué hacer desaparecer el derecho subjetivo lesionado? Más tarde el mismo autor tiene que recurrir de un modo u otro a la ficción al afirmar que «... el derecho del Estado de activar la protección diplomática como cauce procesal añadido y subsidiario de defensa de un derecho ajeno. En este contexto, el ejercicio del derecho del Estado a iniciar la protección en nombre de sus nacionales no deja de ser una ficción útil ...» (QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 347-348).

lógica del derecho internacional de los *derechos humanos* lleva a considerar rápidamente que en este ámbito *solo* son titulares los particulares y no los Estados¹⁰⁴. Siendo derechos de naturaleza *erga omnes* se está ante un interés común, cuya protección podría llegar a poner en duda que pueda hablarse aquí de protección diplomática. Se volverá sobre este argumento al estudiar el *derecho subjetivo de protección*. Pero indíquese que hay doctrina que no ve problema alguno que impida afirmar que se ejerce un derecho de protección diplomática en estos casos, pero han de recurrir a una argumentación externa, apoyada en la jurisprudencia LaGrand de la CIJ¹⁰⁵, en la línea de una mayoría de autores.

Puede acudirse al propio derecho internacional general de los derechos humanos para responder. ¿Es que no hay derecho subjetivo lesionado del Estado cuando se violan los derechos humanos de los nacionales en el extranjero? Para empezar, esta lesión *indirecta* al Estado es un principio reconocido por el derecho internacional tradicional. Este legado de la protección diplomática, que es parte del régimen general de la responsabilidad internacional cuando hay daños a los nacionales en el extranjero (incluidos los basados en violaciones de sus derechos humanos) no tendría porqué desaparecer por la existencia de normas primarias de derechos humanos. Como criterio de interpretación analógica, en el plano convencional, la existencia de obligaciones *erga omnes*, que van más allá de la reciprocidad, no niega la lesión indirecta del Estado de la nacionalidad, al que, además, se le atribuye en ocasiones un derecho subjetivo de protección (sistema de reclamaciones interestatales). Hay que recordar como señala Juan Antonio Carrillo Salcedo que en estos tratados de derechos humanos la *dimensión contractualista* «se atenúa –aunque no desaparece–»¹⁰⁶. Ello es extensible al plano del derecho internacional general. Con estas bases, a mayor abundamiento pueden servir los casos LaGrand y Avena en los que los Estados se sienten lesionados por los daños indirectos que alegan se basan en violación de derechos individuales que ellos consideran derecho humano, y lo fundamentan en el régimen de la protección diplomática. El caso de Sadio Diallo y más recientemente de República del Congo contra Uganda (contra demanda de Uganda), también lo ponen de manifiesto.

Por último, la naturaleza *erga omnes* y el rango de *ius cogens*, en su caso, ¿en qué medida afecta al derecho subjetivo lesionado del Estado? Ciertamente es que en el Derecho internacional tradicional la norma jurídica violada solía estar contenida en tratados

¹⁰⁴ Ejemplos de esta argumentación: «les titulaires des droits de l'homme sont les particuliers: il ne s'agit pas, autrement dit, des droits "propres" des Etats» (CONDORDELLI, L., *op. cit.*, p. 21). O también, «Sustantivamente parece fuera de toda duda que los derechos atribuidos por la norma internacional constituyen derechos subjetivos individuales, y no derechos del Estado del que son nacionales» (QUEL LÓPEZ, F. J., *op. cit.*, p. 344). Y continúa «Así, en la relación jurídica entre un Estado y los no nacionales es incuestionable que será el ciudadano extranjero el destinatario directo del estándar de trato debido derivado de la cantidad y calidad de los derechos del particular destinatario de las normas de atribución» (ídem).

¹⁰⁵ Así CONDORDELLI que sin llegar a afirmar claramente que el Estado tenga derechos subjetivos lesionados en estos casos, afirma que «un tel droit [de protección] de l'Etat n'est absolument pas incompatible avec un éventuel véritable droit au traitement en question que des normes internationales peuvent conférer directement aux particuliers». Esta afirmación denota que parte de que podría haber incompatibilidad y para apoyar su argumento se apoya en el asunto LaGrand, de tal manera que «on ne voit pas pourquoi, conceptuellement, ce qui est vrai pour le droit à la protection consulaire ne serait pas vrai pour les droits de l'homme» (CONDORDELLI, L., *op. cit.*, pp. 21-22, y nota 20).

¹⁰⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A., *op. cit.*, p. 112.

bilaterales, en su mayoría, (de libre amistad, comercio y navegación, u otros) y/o en el Derecho internacional general. En materia de derechos humanos ahora se estará generalmente ante tratados multilaterales, pero no exclusivamente; y, lo que interesa ahora, en base también al Derecho internacional general. Un problema nuevo que puede surgir, más allá de los apuntados anteriormente (relativos a la posición de los terceros Estados y a los límites a la discrecionalidad) es en qué medida cuando las *violaciones son graves y sistemáticas*, se pasa de daños indirectos a daños directos al Estado¹⁰⁷. Tal podría ser el caso de las demandas de Croacia y Bosnia-Herzegovina contra la República Federativa de ExYugoslavia por violación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio¹⁰⁸. Propio de la protección diplomática es la base particularizada del derecho subjetivo lesionado, aspecto que aquí parece ser sobrepasado, junto al carácter de «violación grave» de una norma de *ius cogens*.

IV. LA RECLAMACIÓN O DERECHO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: SU TITULARIDAD ESTATAL

El derecho subjetivo lesionado del Estado que se acaba de delimitar es el que fundamenta la reclamación internacional, cuando se dan las condiciones para su invocabilidad. Situados en el plano de las normas secundarias, se trata ahora de delimitar este derecho subjetivo de protección y ver en qué medida el régimen internacional general de los Derechos humanos lo modifica o afecta. Surge en aquí un punto clave en todo este debate: ¿cuáles son las *normas secundarias* del Derecho internacional general de los derechos humanos? Esto es, ¿qué normas regulan los *derechos de protección (la reclamación)* ante violaciones individualizadas de los derechos humanos, normas recuérdese de naturaleza *erga omnes* y rango de *ius cogens*? La primera inclinación es acudir al régimen general de la responsabilidad internacional del Estado. Precisamente el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado de 2001, en fase final de su codificación, ha tenido en cuenta la existencia de obligaciones *erga omnes* y de

¹⁰⁷ Lo plantea el RE Dugard (A/CN.4/506, p. 19). No se trata de la cuestión concreta de si en los daños indirectos se han de agotar siempre los recursos internos del Estado. Por ejemplo, en el marco del TEDH, excepciones a este agotamiento surgen cuando la demanda es interestatal y la violación consiste en una evidencia *prima facie* de una práctica administrativa en violación de la Convención. Estas cuestiones merecen más precisión (vide entre otros, SHERMERS, H. G., «Exhaustion of Domestic Remedies», Ando, N. *et al* (edit.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, Kluwer Law International, vol. 2, 2002, p. 957; WITTECH, S., «Direct injury and the incidence of the local remedies rule», *Austrian Review of International and European Law*, 2000, pp. 177-180).

¹⁰⁸ Tanto Croacia como Bosnia y Herzegovina han demandado a Serbia y Montenegro por su violación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio, y piden reparaciones «in its own right and as *parens patriae* for its citizens» (vide Aplicación de la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio, Croacia v. Yugoslavia, Application, instituting proceedings, filed in the Registry of the Court on 2 July 1999. p. 36; (http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icry/icry_orders/icry_application_19990702.PDF). Y *final submissions* de Bosnia y Herzegovina, *final submissions*, en, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 9 May 2006, parr. 6.b). J. F. Flauss parece referirse a éstas como un ejemplo de protección diplomática (FLAUSS, J. F., «Protection diplomatique et...», *op. cit.*, pp. 3-4, nota 6).

normas *imperativas*, entre las que se encuentran las del ámbito de los derechos humanos. Régimen que *bebe* directamente del régimen de la protección diplomática, como se desprende de su articulado. En el fondo es de esto de lo que se está hablando, pues el régimen general de responsabilidad internacional del Estado cuando hay violaciones *particularizadas* de *derechos humanos*, contiene la institución de la protección diplomática, entre otros. En ese caso, no es que se esté comparando dos ámbitos distintos, sino que se ha llegado al mismo punto por caminos distintos. Por tanto, vuelve a haber una relación más que de complementariedad, de confluencia entre la protección diplomática y el régimen internacional general de protección de los derechos humanos.

Parece haber consenso sobre el carácter de *derecho subjetivo de protección* al que se refiere la doctrina como derecho procesal, derecho de protección... Es éste el que define la CPJI en su *dictum* del asunto Mavommatis, ya citado en varias ocasiones: «Al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, en realidad este Estado *hace valer su propio derecho*, el derecho que tiene de *hacer respetar el derecho internacional* respecto de la persona de sus nacionales»¹⁰⁹. Es de este *hacer valer* de lo que se trata ahora centrándonos en dos aspectos brevemente por razón de espacio: su carácter privativo o propio del Estado y la doctrina de la teoría de la representación del particular; se deja planteado el problema de la naturaleza de obligaciones *erga omnes* de los derechos humanos y su incidencia en la protección diplomática.

1. Titularidad propia del Estado

Es un rasgo esencial de la institución en su construcción *tradicional*. Es así porque los Estados así lo decidieron pues históricamente hubo un derecho subjetivo de protección del particular, al que la doctrina se refiere como un antecedente. Fue la práctica gestada durante la Edad Media, conocida como las *cartas o patentes de represalias* (*letters of reprisal*), que ya se definieron. Con la aparición y fortalecimiento del Estado moderno, y la subsiguiente concentración de poder en el soberano, la práctica de conceder tales cartas al particular cayó en desuso¹¹⁰. En coherencia con la lógica *westphaliana* de la sociedad y Derecho internacionales y con esta concentración del poder en el Estado-Soberano, difícilmente podía pensarse en una legitimación procesal activa del individuo.

En este punto es donde surge el problema del presupuesto de la nacionalidad del Estado como requisito para poder invocar la responsabilidad internacional (su efectividad, problemas de doble nacionalidad, etc.). Nacionalidad que adquiere excepciones

¹⁰⁹ Y continúa: «Según este punto de vista, no procede preguntarse si el litigio tiene su origen en un interés privado, cosa que por lo demás ocurre en un gran número de controversias entre estados. El Estado, desde el momento en que asume la causa de uno de sus nacionales ante una jurisdicción internacional, es el único demandante ante esa jurisdicción» (CPJI, serie A, núm. 2, sentencia de 30 de agosto de 1924, *doc. cit.*).

¹¹⁰ VISSCHER, Ch., «Le deni de justice en droit international», *RCADI*, T. 52, vol. 52, 1935, p. 373 ; y en Teorías y Realidades, *op. cit.*, p. 298; FREEMAN, *op. cit.*, p. 120.

(refugiados y apátridas) y otros matices en el proyecto de 2004 de la CDI. Pero estas cuestiones no son objeto de estudio aquí. Interesa insistir en el dato de que el Estado ejerce o hace valer un «*su propio derecho*». Ya se ha visto que este *derecho subjetivo de protección propio* del Estado está vinculado al derecho subjetivo lesionado del particular, lo que es «sa caractéristique» se ha dicho¹¹¹. De esta relación, la doctrina concluye que la protección diplomática es un derecho procesal, residual, supletorio del derecho subjetivo del particular. Tal es la posición de Christian Dominicé que afirma que «l'individu a la priorité, et celle de l'Etat reste en retrait, suspendue, si l'on peut dire, tant que l'individu dispose de possibilités de recours. Des recours internes tout d'abord, lorsque la règle de l'épuisement des ceux-ci est applicable, puis des procédures internationales, le cas échéant»¹¹². Pero esta posición es la de quien está comparando el régimen internacional general con el régimen internacional particular; así como las normas primarias y las secundarias, perspectiva que tiene sus límites.

Otro problema que plantea la doctrina es el de la posición de los intereses del particular. La jurisprudencia internacional ha utilizado la expresión del endoso para explicar el «*propio derecho*» del Estado. Éste mediante este derecho «*hace suya la causa*» o «*asume la causa*» de uno de sus nacionales. Es aquí donde se plantea si en el ejercicio de este derecho propio, «el Estado debía tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejercía la protección diplomática»¹¹³. La construcción *tradicional* no lo exigía, pero tampoco lo impedía. En todo caso se consideraba una cuestión que regulaba cada Estado con sus nacionales. Se trata de determinar en qué medida desde el derecho internacional general de los derechos humanos se podría incidir y limitar esta posición. Una forma son las propuestas de *lege ferenda* que defienden la doctrina de la *representación del particular por el Estado*.

2. La doctrina de la representación del particular por el Estado

En este punto vuelve a resurgir el argumento de los derechos humanos, que siendo *directamente* atribuidos al individuo y siendo de su *titularidad*, su protección por la vía de la protección diplomática debería llevar a una revisión de la misma. Esta revisión consistiría en afirmar que el Estado ya no actuaría ejerciendo su «propio derecho», sino que lo haría en *nombre* del particular lesionado. Así, el RE Mohamed Bennouna, afirma que el «Estado ya no puede pretender que el individuo quede encerrado en el ámbito exclusivo de su competencia nacional porque el orden internacional le confiere *directamente* derechos e impone a todos los Estados la obligación de respetarlos»¹¹⁴. Lógicamente la doctrina que niega que el Estado tenga un derecho

¹¹¹ DOMINICÉ, Ch., «Responsabilité internationale et...», *op. cit.*, p. 240.

¹¹² DOMINICÉ, Ch., «Responsabilité internationale et...», *op. cit.*, p. 241; y también en DOMINICÉ, Ch., «La préntention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des Etats», en *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, pp. 729-745, en especial pp. 742-744; DOMINICÉ, Ch., «Regard actuel sur la protection diplomatique», *Liber Amicorum Claude Raymond*, 2004, pp. 73-81. Esta posición es seguida por QUEL, F. J., *op. cit.*, p. 347.

¹¹³ RE Dugard en su Primer Informe (A/CN.4/506, pp. 3-4).

¹¹⁴ A/CN.4/484, p. 9, pár. 35, *énfasis añadido*. Sobre lo que insiste en BENNOUNA, M., «La protection diplomatique...», *op. cit.*, pp. 245-250.

subjetivo lesionado *proprio*, o que de prioridad al derecho subjetivo lesionado del particular, tenderá a sostener esta posición ¹¹⁵.

Las implicaciones prácticas de esta postura pueden verse en las *consecuencias jurídicas* de la protección diplomática, esto es en la reparación. Si el Estado es un mero representante, el particular tiene derecho directo a la indemnización. Pero el tema de las *consecuencias jurídicas* lo decide excluir de su estudio el RE John Dugard, pese a quejas de algunos miembros de la Comisión ¹¹⁶, por considerar que ya lo trataba el proyecto de la Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de 2001 ¹¹⁷. Este punto ha sido en parte rectificado, ante las críticas de algún Estado y doctrina, y se debate en estos momentos si debería incluirse algo sobre las consecuencias de la reclamación que ha tenido éxito en lo que al derecho del particular a la indemnización respecta. Se ha propuesto el considerar aprobar una disposición de desarrollo progresivo que tienda a restringir el derecho absoluto del Estado sobre las indemnizaciones. Precisamente, reconociendo que no es el estado actual del derecho consuetudinario, la idea se apoya en la «política del interés general, la equidad y el *respeto de los derechos humanos*» ¹¹⁸.

En la práctica, nada impide a un Estado derogar este régimen general y considerarse mero representante del particular. Tendencias en este sentido existen ¹¹⁹. Pero será ya un régimen particular y no el régimen internacional general de la protección diplomática.

3. Las obligaciones *erga omnes*: planteamiento del problema

La incidencia de la naturaleza de obligaciones *erga omnes* de los derechos humanos y el carácter de *ius cogens* que predica de los derechos humanos fundamentales, ¿en qué medida incide en el derecho de la protección diplomática? Díez de Velasco señalaba ya en 1986 que la existencia de «obligaciones *erga omnes*» era una de las causas de erosión más graves a la concepción clásica de la protección diplomática ¹²⁰.

¹¹⁵ Parecería que así lo señala Christian Dominicé al afirmar que «si l'on n'admettait pas que l'Etat national fait valoir son droit propre il faudrait alors considérer qu'il ne serait que le représentant, le mandataire de son ressortissant», pero se está refiriendo al derecho subjetivo de protección, no al sustantivo o material (DOMINICÉ, Ch., «La prétention de...», *op. cit.*, pp. 743). Parece que también seguiría esta postura Javier Quel López (*op. cit.*, pp. 347-348); así como Orrego-Vicuña en el Informe sobre Protección diplomática de la ILA (ILA, *Sixty Ninth Conference*, 2000, p. 633).

¹¹⁶ Cf. A/59/10, p. 27.

¹¹⁷ Como señala el Relator Especial Dugard cuando presenta el proyecto de artículos (A/59/10, p. 27). Se trata de las disposiciones relativas a las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito o al contenido de la responsabilidad internacional (arts. 28, 30, 31 y 34-37 del proyecto de 2001; y especialmente véase el comentario al artículo 36, relativo a la indemnización que dedica gran parte a los principios aplicables a reclamaciones relativas a protección diplomática (ídem).

¹¹⁸ Séptimo informe, A/CN.4/567, 2006, pp. 40 y ss., especial, p. 46, *Énfasis añadido*

¹¹⁹ Como señala Christian Dominicé y continua que «Il y aurait de graves objections à l'égard d'un tel système, quand bien même, dans certains cas spécifiques, l'Etat se borne à présenter la réclamation de son ressortissant» (como en el Tribunal Iran-EEUU para el caso de pequeñas reclamaciones, o en la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, nota 43) (DOMINICÉ, Ch., «La prétention de...», *op. cit.*, pp. 743).

¹²⁰ Díez de VELASCO, M., «Reflexiones sobre ...», *op. cit.*, p. 390; y también en su estudio sobre las empresas, p. 104-105, como elemento de revisión de la concepción tradicional y clásica.

La CIJ en el asunto de la Barcelona Traction afirma que «...una distinción esencial debe establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas otras que surgen en relación con otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En función de la importancia de los derechos en causa, todos los estados pueden considerarse como poseedores de un interés jurídico a que sus derechos sean protegidos; las obligaciones de que aquí se trata son obligaciones *erga omnes*»¹²¹. Sin detenernos ahora más en su análisis, dejándolo para otro lugar, señálese una crítica general a este *dictum* que es fácilmente observable desde la delimitación propuesta en este estudio. La CIJ está mezclando claramente en su argumentación las normas primarias (relativas a las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto) y las normas secundarias (obligaciones que surgen en el ejercicio de la protección diplomática). Es otra de las imprecisiones de esta jurisprudencia. Se destaca aquí porque no tiene por qué haber contradicción entre la protección diplomática y las obligaciones *erga omnes*¹²², como parecería a simple vista de tal *dictum*.

Este tipo de obligaciones *objetivas* (cuya protección o garantía es colectiva), que generan relaciones comunitarias plantean dos tipos de problemas, que sólo se enuncian ahora. Primero, en el ámbito del Estado de la nacionalidad, en la medida en que se afirma que éste no actúa por un interés subjetivo basado únicamente en el vínculo de la nacionalidad, sino en defensa de un *interés colectivo*. A ello nos referimos ya *supra* al analizar la titularidad estatal del derecho subjetivo lesionado, indicando la postura de algunos autores a negar que en estos casos se pueda hablar de protección diplomática en sentido estricto. Tal es la posición particular de Giorgio Gaja que niega que convenga denominar «protección diplomática» a la acción de protección que realizaría el Estado de la nacionalidad cuando en la base se encuentra la violación de derechos humanos. La razón de ser es que en este caso estamos ante un «interés común», que llevaría a afirmar que el Estado no es el único titular del derecho lesionado, y por tanto, no está «*spécialement atteint*»¹²³.

El segundo ámbito es el relativo a la posición de los *terceros Estados*, si cabe esta expresión aquí. El tema se desplaza al análisis de los artículos implicados del Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos ilícitos de 2001 de la CDI. No es evidente que se atribuya un *derecho subjetivo de protección* que pueda llevar a exigir responsabilidad internacional en sentido estricto a los terceros Estados lesionados en el Derecho Internacional general. Este debate merece un estudio detenido, que se realiza en otro lugar. Pero se adelanta que si se abandona el vínculo de la nacionalidad, difícilmente se estará ante el régimen general de la protección diplomática, sino ante otra institución.

¹²¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, sentencia, CIJ, Recueil, 1970, párr. 33.

¹²² Como también señala MILANO, E., *op. cit.*, p. 137.

¹²³ Afectado especialmente en el sentido 42 del Proyecto de artículos de la Responsabilidad del Estado de 2001. GAJA, FLAUSS, pp. 66-67. Ídem en GAJA, «Is a State...», *op. cit.*, El debate se planteó en el marco de la CDI. A Luigi Condorelli la posición de Gaja no le parece una objeción pertinente (CONDORRELLI, *op. cit.*, p. 21).

CONCLUSIÓN: CONFLUENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y EL RÉGIMEN INTERNACIONAL GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este estudio demuestra que la relación entre la tradicional institución de la protección diplomática y el régimen internacional general de los derechos humanos es de confluencia y complementariedad. No hay óbice alguno para considerar que la protección diplomática puede servir para proteger a los nacionales de violaciones de derechos humanos en un Estado extranjero. Gran parte de los enfrentamientos y dudas que surgen en el debate doctrinal tiene su origen en la falta de distinción entre normas primarias y secundarias, y entre los derechos subjetivos lesionados y el derecho subjetivo de protección que es la protección diplomática. Una comparación coherente y concreta (no abstracta) entre protección diplomática/derechos humanos debería recurrir a comparar los planos normativos respectivos (normas primarias y normas secundarias). Como método de aproximarse al problema, este estudio propone recuperar la línea de García Amador y observar la institución de la protección diplomática de los nacionales en el extranjero en todo su conjunto: normas primarias y normas secundarias. De esta forma se pone de manifiesto que en el Derecho tradicional la institución abarcaba ambos tipos de normas, y conllevaba tanto una lógica interestatal, como una lógica de relaciones Estado-individuo. Ya entonces habían rasgos que hoy se predicen como grandes novedades de la internacionalización de los derechos humanos. En este sentido, es determinante acudir a las normas primarias relativas al trato al extranjero (hoy derechos humanos de los extranjeros) porque gran parte del problema está en la ficción jurídica y ésta se encuentra construida en tal ámbito. De esta manera se observa como la protección diplomática lleva en su interior ya la huella de los derechos humanos. En este sentido el régimen de los derechos humanos completa y refuerza estas obligaciones. Precisiones se habrán de hacer, pues aunque se pueda afirmar que los derechos humanos fundamentales vienen a reemplazar al estándar mínimo internacional, éste sigue teniendo su fuerza en la práctica estatal y además contiene elementos más allá del derecho de los derechos humanos. En cuanto a las normas secundarias, la protección diplomática, como uno de los medios del régimen internacional general de la responsabilidad internacional, se encuentra o confluye con las normas secundarias del régimen internacional general de los derechos humanos. La relación en este punto vuelve a ser de confluencia y complementariedad. Cuestión distinta es considerar que hoy este mecanismo es una institución propia y específica del Derecho internacional de los derechos humanos. Esta propuesta del RE John Dugard quizás vaya demasiado lejos y ello merece un estudio detenido en otro lugar. De momento, queda demostrado que las situaciones jurídicas subjetivas que están detrás de la protección diplomática y de la internacionalización de los derechos humanos más que en tensión se encuentran en una relación de confluencia y complementariedad.

ABSTRACT

«DIPLOMATIC PROTECTION» OF THE «HUMAN RIGHTS» OF NATIONALS ABROAD: LEGAL SUBJECTIVE SITUATIONS IN TENSION?

Following the recent work of the ILC on diplomatic protection, as well as the CIJ case law on the issue (*LaGrand* case, *Avena* case), a debate has emerged (mainly among European scholars) on the rela-

tionship between human rights and diplomatic protection. This paper focuses on one problem, namely the legal consequences of assuming that diplomatic protection can be a used to protect against human rights violations of nationals. From an analysis of the legal subjective situations in tension – State’s rights, individual rights – the author argues that there is no legal reason in terms of logic to prevent this possibility, considering the difficulty to break down the legal fiction behind the institution. Also, it would be difficult for States to accept some of the *lege ferenda* doctrines put forward by commentators. In any case, to accept that diplomatic protection can be used to protect human rights does not mean that we are facing a new human rights protection mechanism, which is what seems to suggest John Dugard, Special Rapporteur of the ILC.

RÉSUMÉ

LA «PROTECTION DIPLOMATIQUE» DES «DROITS DE L’HOMME» DES NATIONAUX À L’ÉTRANGER: SITUATIONS JURIDIQUES SUBJECTIVES EN TENSION ?

Suivant les récents travaux de la CDI en matière de protection diplomatique, ainsi que la jurisprudence de la CJI (affaire *LaGrand*, affaire *Avena*), la doctrine (notamment européenne) s’est interrogée sur la relation entre la protection diplomatique et les droits de l’homme. Cette étude aborde un des problèmes soulevés, à savoir les conséquences juridiques découlant du fait d’admettre que la protection diplomatique puisse être un moyen pour protéger les droits humains des nationaux. Selon une analyse des situations juridiques des sujets impliqués –droits de l’Etat, droits de l’individu– nous prétendons qu’il n’y aucun obstacle de logique juridique pour nier cette possibilité, considérant les difficultés de casser la fiction juridique qui est à la base de l’institution. En plus, il serait difficile pour les Etats d’accepter certaines des propositions doctrinales de *lege ferenda*. En tout cas, accepter que la protection diplomatique puisse être utilisée quand les droits de l’homme des nationaux sont violés ne veut pas dire qu’il existe un nouvel élément dans le système international de protection des droits de l’homme, ce que semble suggérer John Dugard, Rapporteur spécial de la CDI.