

La protección diplomática y la nacionalidad de las personas

*Luis Alberto Varela Quirós**

Resumen

El instituto de la protección diplomática se ha desarrollado como un instrumento fundamental en el Derecho Internacional, mediante el cual un Estado defiende los derechos de uno de sus ciudadanos, ante los abusos o violaciones de un segundo Estado. En el presente artículo se analizan los principales puntos de discusión con respecto a este tema. En primer lugar se aborda la problemática de la determinación de la naturaleza jurídica de éste instituto, la cual ha oscilado en la doctrina entre considerarse como un derecho subjetivo del nacional por algunos, y una potestad del Estado por otros. Además, se analiza el tema en el que se ha centrado la discusión de la protección diplomática, el cual consiste en la determinación de cuando una persona, ya sea física o jurídica, puede considerarse como nacional de un Estado para efectos de que éste pueda ejercer la protección diplomática ante las acciones de otro.

*El autor es catedrático Asociado de la Universidad de Costa Rica y actualmente titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Escuela Libre de Derecho. Ha sido Embajador Alterno de Costa Rica en Naciones Unidas, Embajador en Colombia y ante los Organismos Europeos de Naciones Unidas en Ginebra, Suiza.



Abstract

The concept of diplomatic protection has been developed as a key instrument in international law, by which a State defends the rights of one of its citizens, from abuse or violations of a second State. This article analyzes the main points of discussion regarding this topic. First, it addresses the problem of the determination of the legal nature of this concept, which has been analyzed in doctrine in some cases as a subjective right of some national, but in others as a State power. It also discusses the issue on which the discussion of diplomatic protection has been focused, which consists in determining when a person, whether natural or legal, can be regarded as a national of a State so that it may enforce diplomatic protection before the actions of another State.

del Estado o incurrir en conductas contrarias a sus deberes como extranjero.

En el presente artículo analizaremos, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial si la protección diplomática es un derecho subjetivo del nacional de un Estado, o una potestad de aquél, la diferencia entre la nacionalidad de las personas físicas y la de las personas jurídicas, y la efectividad de renuncia a la protección diplomática, por parte de los particulares.

¿Qué es la Protección Diplomática?

Se entiende por Protección diplomática

“...la acción que un Estado lleva a cabo, frente a otro Estado o una Organización Internacional, reclamando la debida aplicación del derecho internacional, bien en relación con un hecho ilícito del que han sido víctimas sus nacionales e imputable a las autoridades del Estado o la Organización frente a la cual se reclama, bien para asegurar el respeto de sus propios derechos”¹.

Ciertamente, y aunque fuertemente criticado por parte de la doctrina moderna, en especial la latinoamericana, el instituto de la Protección Diplomática, surge a finales del siglo XIX, como solución jurídica ante el repudio de la comunidad internacional a la vieja práctica de la intervención o del desembarco protector, que usaron las Potencias para disuadir a un Estado a comportarse de una manera determinada o para cobrar deuda pública o privada en caso de incumplimiento, lo que tantos atropellos produjo

Introducción

La llamada Protección Diplomática es el acto por el cual un Estado decide amparar a uno de sus nacionales cuando el mismo sufre perjuicio en sus derechos o en su patrimonio, a consecuencia de una acción u omisión de otro Estado violatorio de las normas internacionales, tanto de derecho internacional general como de derecho internacional particular.

La doctrina general y la jurisprudencia son contestes en que para que un Estado pueda otorgar dicha protección es esencial que se cumplan varios requisitos: a) Que la persona física o jurídica afectada por el hecho tenga un vínculo jurídico real y efectivo con el Estado que le brinda su protección; b) Que la parte afectada haya interpuesto y agotado todos los recursos judiciales sin lograr la reparación del daño causado y ; c) Que el afectado haya actuado transparentemente y no haya incurrido en un acto ilícito que pudiera justificar en alguna forma una represalia legítima de parte del Estado. En síntesis que haya actuado de buena fe y sin violentar el ordenamiento legal

¹ González Campos, Julio D; Sánchez Rodríguez Luis I; Sáenz de Santamaría, Paz Andrés, “Curso de Derecho Internacional Público, Segunda Edición Revisada, Editorial Civitas, Madrid 2002, página 385.

e ingratas memorias dejó a muchas de las naciones de nuestra región.

Se pasó así del uso de la fuerza y de la arbitraria práctica de la autoayuda a la del uso de una institución revestida de ciertos requisitos formales y de un examen objetivo por parte de tribunales arbitrales o de Cortes Internacionales competentes y que con el tiempo ha dado origen a nuevas y creativas doctrinas y a la elaboración de una vasta jurisprudencia en el ámbito internacional.

Como lo sostiene Santiago Benadava: *“...Actualmente están jurídicamente prohibidas todas las medidas de autotutela que impliquen la amenaza o el uso de la fuerza armada, como la guerra, el bloqueo, las represalias armadas y las intervenciones armadas”*².

A pesar de que también la protección diplomática, pueda usarse como amenaza abierta o velada de un Estado poderoso contra otro, no legitima en ningún caso el uso de la fuerza armada, lo cual de todas maneras está expresamente prohibido por las disposiciones de la Carta de San Francisco (Artículo 2) y sólo puede ejercerse con autorización o por mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La denominación de Protección Diplomática obedece al hecho de que la misma se ejerce por medio de las misiones diplomáticas y mediante acciones de carácter diplomático por parte de las Cancillerías, recurriendo primeramente a instancias amistosas de solución del conflicto, y solamente cuando ello no se logra, procediendo mediante el llamado endoso a plantear las acciones de carácter judicial que correspondan y que salen entonces del ámbito diplomático para pasar al campo contencioso, por el llamado amparo judicial. Es decir que el reclamo se inicia por la vía diplomática y se continúa mediante el

recurso judicial, en caso de que no produzca resultados, sea por falta de cooperación del Estado ante el que se interponen las gestiones amigables, sea por su oposición decidida. Pero el uno como el otro no son sino momento distintos del mismo instituto de la protección diplomática.

Ello en no pocas ocasiones -sobre todo para quienes no son especialistas o estudiosos de la materia- puede dar lugar a que se confunda el amparo diplomático con la inmunidad diplomática, que son dos institutos totalmente ajenos y separados, unidos sólo por el uso del mismo término, por lo que algunos prefieren hablar de la protección de los nacionales por hechos contrarios al derecho internacional. Pero dicha confusión no tiene razón alguna de ser.

Ya la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la Corte Internacional de Justicia estableció que es “un principio elemental de derecho internacional el que autoriza al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al derecho internacional y cometidos por otro Estado, del que no se ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias”³.

Cabe preguntarse, si cuando hablamos de protección diplomática estamos hablando de un derecho subjetivo que el nacional de un determinado Estado puede exigir, o si más bien se trata de una potestad del Estado que actúa o se inhibe de hacerlo por consideraciones ajenas al interés individual de la persona afectada por el hecho ilícito. En otros términos si estamos en presencia de un hecho reglado que el privado puede exigir, o se trata de un acto discrecional de Estado sujeto solo a consideraciones de oportunidad por parte de la autoridad pública.

La doctrina es de la tesis de que la protección diplomática nace del ejercicio de una potestad

² Benadava, Santiago, Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, página 333.

³ C.P.J.I. Serie A, número 2, p.12

pública. Que el Estado no está obligado a prestar tal asistencia en ningún caso, y que aun habiendo ejercido ya la misma puede ponerle término, sin responsabilidad, no importa el estado en que se encuentre la reclamación, sea que tan sólo se hayan iniciado gestiones diplomáticas, o se esté en fase judicial.

Razones de interés nacional existentes o sobrevinientes, por encima de los intereses particulares, pueden ser tenidos en cuenta por el Estado para decidir si interpone o no la protección. Imaginemos un escenario en el cual las relaciones diplomáticas entre dos Estados son ya lo suficientemente tensas, como para abrir un flanco innecesario, o por el contrario son tan amistosas que el Estado prefiera hacer gestiones informales y discretas, pero sin plantear un reclamo formal que pudiera incidir en una desmejora de las mismas.

Se trata, como sostenemos, de un acto discrecional y no de un derecho subjetivo pues el Estado, al hacerlo, actúa en el ejercicio de sus derechos como sujeto activo de Derecho Internacional y de sus atribuciones soberanas. Como lo dicho la C.P.J.I “Al hacerse cargo de la causa de uno de sus nacionales, al poner en movimiento a su favor la protección diplomática o la acción judicial internacional, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus nacionales”⁴.

Aunque en algunos países, y concretamente en España se ha desarrollado la teoría de que la omisión de la misma o su deficiente ejercicio podría generar responsabilidades de derecho interno, por cuanto con su omisión el Estado de alguna manera ayuda a perpetuar el daño causado, creemos que esa tesis es contraria a la práctica mayoritaria que sigue considerando la misma

como un acto de Estado, totalmente discrecional, que no debería generar responsabilidad alguna. Sin embargo sabemos que en las ciencias sociales, y en el derecho en particular no hay verdades absolutas y que ante un caso particular, puede que la propia práctica llegara a cambiar.

Es interesante destacar una resolución dictada por el Tribunal Federal Suizo, en el caso Gschwind. Se trató de un ciudadano suizo que era propietario de una empresa de exportación de maquinaria textil en la ciudad de Manchester, Inglaterra. El Gobierno británico adoptó, con ocasión de la Primera Guerra Mundial, algunas disposiciones sobre comercio con países neutrales (Suiza era entonces, y sigue siendo aún un país neutral) que causaron perjuicios económicos al señor Gschwind. Al término de la Guerra y considerando el afectado que tales acciones violaban el Tratado de Amistad y Comercio Suizo-Británico de 1855, demanda una compensación de guerra, que es desestimada por el Tribunal de Indemnizaciones. El afectado solicita al Consejo Federal Suizo la interposición de la protección diplomática y la misma es presentada al Gobierno Británico mediante un memorándum de la Legación Suiza en Londres.

Dicho Gobierno responde rechazando la gestión interpuesta por el Gobierno Suizo en el sentido de que no podía satisfacer su petición, porque en su criterio dicha acción no violaba el referido Tratado, pues había sido tomada con ocasión de una situación de calamidad pública en razón de la Guerra. Enterado de ello el Gobierno Suizo, muy a pesar del ruego del perjudicado, decide darse por satisfecho con la respuesta recibida y no continuar sus gestiones diplomáticas.

El afectado decide entonces demandar a la Confederación Suiza ante el Tribunal Federal, sosteniendo que al haber Suiza iniciado el reclamo por la vía diplomática, se había establecido una relación jurídica similar a la del mandato entre él y

⁴ Ibid, p.12

que el Gobierno Suizo al abandonar el reclamo, a pesar de su oposición, había incurrido en responsabilidad por falta de diligencia.

El Tribunal Federal Suizo rechazó el reclamo y sostuvo que “Un Estado que reclama a otro Estado por una violación del Derecho Internacional –ya sea convencional o consuetudinario- y en consecuencia solicita reparación, efectúa una reclamación propia en virtud del incumplimiento de una convención o del desconocimiento de derechos que surgen del Derecho consuetudinario reconocido en materia de relaciones internacionales. Es irrelevante que el Estado actúe en la práctica en defensa del interés de sus nacionales en aquellos casos en que la violación del Derecho internacional haya sido en perjuicio de la propiedad individual...En este último caso, el individuo tal vez pueda demandar al Estado extranjero ante los propios tribunales de éste, siempre que el derecho interno lo permita...La violación simultánea del Derecho Internacional, no puede en principio originar reclamaciones del individuo directamente afectado sino por parte del Estado del cual es nacional...La autoridad estatal competente debe estar capacitada para adoptar decisiones independientemente de los deseos del nacional perjudicado, tanto con respecto a si debe tener lugar protección diplomática como con relación a cuán lejos deberá irse, por ejemplo planteando el arbitraje en caso de una actitud negativa del Estado extranjero...Lo que decimos con respecto a la iniciación de la acción diplomática cabe también aplicarlo al alcance de la continuidad de las medidas tomadas en aquellos casos en que el Gobierno extranjero adopta una actitud negativa. Siendo esta la situación, son aplicables las mismas consideraciones que rigen el comienzo de la actuación...Es cierto que el actor recibió una comunicación de las autoridades suizas por la cual declaraban su voluntad de adoptar medidas en su favor. Sin embargo, esa promesa sólo puede

interpretarse como una simple declaración por parte de las autoridades competentes de que están dispuestas a hacer lo que les permite el Derecho existente.

Es imposible interpretar esa relación como el establecimiento de una relación contractual con el reclamante; una relación de tipo representativa que impondría a la Confederación el deber de proteger los intereses del representado o mandante apoyando su reclamación frente a otro Estado⁵.

Lo anterior debemos tenerlo muy presente al discutir infra, si el sujeto privado puede renunciar anticipadamente a la posibilidad de la protección diplomática, y si tal renuncia paraliza toda posibilidad de que el Estado interponga acciones diplomáticas en beneficio de sus nacionales, cuando tal renuncia haya sido aceptada por este en sus relaciones contractuales con las entidades públicas, o impuesta por la legislación interna.

La nacionalidad como un requisito

Para que el Estado pueda interponer su protección es necesario, como lo indicamos supra, que se cumpla con determinados requisitos, en ausencia de los cuales dicha protección, aunque se otorgue, corre el riesgo de ser rechazada.

El primer requisito consiste en que la persona física o jurídica a favor de la cual se interpone la protección diplomática tenga la nacionalidad del Estado que le presta su protección.

El tema de la nacionalidad tiene una trascendencia fundamental, porque la misma es un vínculo jurídico que une a una persona a un determinado

⁵ Annual Digest of Public International Law Cases (1931/32), caso 120, citado por Puig, Juan Carlos “Derecho de la Comunidad Internacional”, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986.

Estado y que se regula tanto por el derecho interno como por el Derecho Internacional Privado, pero tiene efectos ante el Derecho Internacional Público.

Se es nacional de un Estado por haber nacido en su territorio (*ius soli*), o porque uno o ambos padres ostentan dicha nacionalidad y la transmiten a sus descendientes inmediatos (*ius sanguinis*). En la mayor parte de las legislaciones se reconoce ambas formas de adquisición de la nacionalidad aunque algunas son más severas en el caso de que un hijo de padres extranjeros nazca en el territorio de un Estado, exigiendo que aunado a ese hecho se dé también un plazo de residencia efectiva. Otras legislaciones, como la costarricense, otorgan automáticamente la nacionalidad por cualquiera de ambas vías sin otro requisito⁶. A ello se le denomina nacionalidad de origen.

Existe sin embargo la posibilidad de que una persona que es nacional de un Estado pueda adquirir la de otro Estado perdiendo, en algunos casos y en otros manteniendo su nacionalidad de origen, dando lugar a la existencia de dos o más nacionalidades que subsisten, por lo que la persona es súbdito de varios Estados a la vez. Esa nacionalidad se obtiene de acuerdo con lo que dispongan las leyes internas de cada Estado y cumpliendo con los requisitos que se fijen en cada caso particular. Este tipo de nacionalidad se denomina nacionalidad adquirida y en algunos casos puede ser también otorgada graciosamente por una disposición del Poder Ejecutivo o del Legislativo, lo cual no es una práctica muy extendida y sólo se otorga en casos muy señalados. Es la llamada nacionalidad honorífica.

Cuando un sujeto goza de doble nacionalidad no puede pedir el amparo diplomático de uno de los Estados que reconocen su nacionalidad para demandar al otro, pero si puede escoger a cual

Estado pedir la interposición contra un tercer Estado.

Respecto de las personas jurídicas la práctica más generalizada es la de que gozan de un estatus especial de derecho, que las vincula al Estado en que están inscritas, o donde está su sede principal lo que bien puede equipararse, para efectos jurídicos, a las reglas aplicables a la nacionalidad desde el punto de vista de los requisitos de inscripción y funcionamiento, de carácter tributario, y desde luego en lo que corresponda a poder recibir la protección diplomática. Gozan entonces de una condición paritaria con las personas físicas aunque no se equiparan en forma alguna a estas.

Para efectos jurídicos, lo que interesa es la nacionalidad de la persona jurídica, sin que en ello influya el hecho de que los socios, asociados, o de cualquier otra forma que se les denomine, puedan ostentar la misma o diversas nacionalidades. Porque la persona jurídica tiene una personalidad distinta e independiente a las de sus miembros y sus propios órganos de gestión y representación.

De estos dos tipos de nacionalidades se ha ocupado la Corte Internacional de Justicia, en dos sentencias que han marcado la pauta, una para determinar con precisión cuál es el efecto real del vínculo de la nacionalidad de las personas físicas en el ámbito internacional y la otra para determinar cuál es la nacionalidad de las personas jurídicas. Se trata de las ya clásicas resoluciones dictadas en los casos *Nottebohm* (Liechtenstein contra Guatemala) y *Barcelona Traction Light and Power* (Bélgica contra España).

Haremos, respecto de cada caso una breve síntesis de los hechos que dieron lugar a la disputa entre Estados que, una vez agotada la fase diplomática, fueron llevados a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia y de las respectivas sentencias.

⁶ Artículos 13 y 14 de la Constitución Política de 7 de Noviembre de 1949.

A. Caso Nottebohm

Friederich Nottebohm había nacido en Alemania en el año 1881. Desde 1905 se había trasladado de su país de origen a Guatemala donde residía desde entonces y se dedicaba a realizar negocios entre ambos países, lo que le permitió amasar una considerable fortuna. El señor Nottebohm realizaba visitas periódicas a su país de origen y conservó la nacionalidad Alemana hasta el año 1939, cuando ya era evidente que se estaba a las puertas de un conflicto internacional entre Alemania y el resto de Europa, en que amparándose a una Ley interna de Liechtenstein, decide solicitar y obtiene la nacionalidad de dicho Estado, mediante un trámite rápido y sin que tuviera vínculos afectivos o de residencia con éste. Una vez obtenida la misma regresa a Guatemala.

En 1943 el Gobierno de Guatemala le declara la guerra a Alemania, y el señor Nottebohm, por considerarse súbdito de un Estado enemigo, es detenido y enviado a los Estados Unidos e internado en un campo de detención, permaneciendo allí hasta después de terminada la guerra. Sus propiedades son incautadas por el Gobierno de Guatemala, por considerarse propiedad del enemigo conforme a las leyes de la guerra.

El señor Nottebohm alegó siempre que no era ciudadano Alemán sino de Liechtenstein desde 1939. Que su país era neutral, y que en consecuencia los actos del Gobierno de Guatemala eran violatorios de las normas del Derecho Internacional, por lo que debería indemnizársele por la privación ilegítima de su libertad, la incautación de sus propiedades y la decisión de impedirle el regreso a Guatemala.

El Gobierno de Guatemala rechaza los reclamos hechos por los apoderados del señor Nottebohm

y la posterior gestión diplomática del gobierno de Liechtenstein, alegando que la nacionalidad adquirida por él era una nacionalidad de conveniencia, y que en consecuencia la interposición de la protección diplomática no era procedente. Ante ello el Gobierno de Liechtenstein decide llevar el diferendo a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia.

Guatemala rechaza la gestión de dicho Gobierno considerando que el reclamo carecía de un requisito esencial para ser admitida por parte de la Corte, interponiendo una excepción preliminar para que la Corte determinara si la protección brindada por Liechtenstein era válida frente al Derecho Internacional.

El 6 de Abril de 1955, la Corte Internacional de Justicia se pronuncia respecto de la excepción preliminar de Guatemala, acogiendo la excepción opuesta por Guatemala, haciendo un riguroso análisis de lo que debe entenderse por nacionalidad efectiva frente al Derecho internacional.

Destacó la Corte, entre otros aspectos, lo siguiente:

“... Corresponde a Liechtenstein, como Estado soberano, reglamentar por su propia legislación la adquisición de su nacionalidad, así como conferirla por naturalización otorgada por sus propios órganos con arreglo a esta legislación. No cabe determinar si el Derecho internacional establece algunos límites a la libertad de sus decisiones en ese campo. Por otra parte, los efectos más inmediatos de la nacionalidad, los más amplios y, para la mayoría de las personas, los únicos que pueden darse se verifican en el orden jurídico del Estado que la confirió. La nacionalidad sirve ante todo para

determinar que quien la ostenta goza de los derechos y es pasible de las obligaciones que la legislación de ese Estado acuerda o impone a sus nacionales. Esto está contenido implícitamente en la noción más amplia, según la cual la nacionalidad pertenece a la jurisdicción interna del Estado. Pero la cuestión que debe resolver esta Corte no pertenece al orden jurídico de Liechtenstein. No depende de la Ley ni de las decisiones de Liechtenstein establecer si este Estado tiene derecho a ejercer su protección en el caso en cuestión. Ejercer la protección, dirigirse a la Corte, es colocarse en el plano del Derecho internacional. Es el Derecho internacional el que determina si un Estado tiene personería para ejercer su protección y recurrir ante la Corte.....Estos hechos demuestran por una parte, la ausencia de toda vinculación entre Nottebohm y Liechtenstein, y por otra la existencia de una antigua y estrecha vinculación con Guatemala; vinculación que su naturalización no disminuye en absoluto. Esta naturalización no se basa en un vínculo real con Liechtenstein anterior a ella y en nada tuvo la virtud de cambiar el género de vida de quien la obtuvo en condiciones excepcionales de rapidez y benevolencia...Esta naturalización fue solicitada no para obtener la consagración en el Derecho de la integración real de Nottebohm a la población de Liechtenstein, sino que se la buscó como un medio para lograr la sustitución de su cualidad de nacional de un Estado beligerante por la de nacional de un Estado neutral, con el único objeto de colocarse así bajo la protección de Liechtenstein...Guatemala no está obligada a reconocer una nacionalidad así adquirida. En consecuencia Liechtenstein

no puede legalmente proteger diplomáticamente a Nottebohm con respecto a Guatemala y por este motivo se declara inadmisibile su demanda”⁷.

La Corte sentó así un principio fundamental, el de que la nacionalidad debe ser real y efectiva para que un Estado pueda proteger a sus nacionales, y que aunque esa nacionalidad le fuera otorgada y Nottebohm posteriormente a la guerra se fuera a residir a Liechtenstein, el efecto de la misma es puramente interno, pero no tiene efectos frente al Derecho Internacional.

B. La protección de las personas jurídicas y el caso de Barcelona Traction

La segunda cuestión que examinaremos es la de la protección diplomática por parte de un Estado a una persona jurídica. Sin duda, aunque el vínculo entre un Estado y una persona jurídica es por muchas razones distinto al de las personas físicas, no cabe duda que las personas jurídicas, sean estas de carácter civil, comercial o de derecho público son establecidas, funcionan y actúan de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado en que se constituyen, aunque las misma pueden, al igual que las personas cambiar su domicilio social o sede. Lo que cabe examinar entonces es a cuál Estado le corresponde prestar el amparo diplomático o judicial si respecto a ellas se da una violación de normas de tal derecho que afecten su patrimonio, su existencia o su funcionamiento en un Estado extranjero.

La nacionalidad de la persona jurídica no debe necesariamente confundirse con la de quienes la han creado o controlan sus cuotas o acciones. Es normal en el mundo globalizado de hoy, que incluso el control de la misma por adquisición de acciones o participaciones sea prácticamente

⁷ C.I.J., Recueil 1955, ps. 4 ss.

imposible de determinar debido a la flexibilidad y rapidez de las transacciones en el mercado bursátil lo que puede originar que de un día para otro estas cambien de propietario o que estén en manos de nacionales de muy diversos Estados o controladas por personas físicas o jurídicas de distinta nacionalidad a la del Estado en que están constituidas y reguladas jurídicamente, donde tienen su sede social y donde cumplen con sus obligaciones de carácter fiscal.

Barcelona Traction Light and Power Company fue constituida bajo las leyes de Canadá con el fin de operar una red de producción y distribución de energía eléctrica en Cataluña, España. Durante la Guerra civil española se establecieron restricciones cambiarias que hicieron imposible a la empresa el pago de algunas obligaciones contraídas en Libras esterlinas. Ante la cesación de pagos varios acreedores solicitaron y obtuvieron que se decretara la quiebra de la misma. Por esa razón los perjudicados con la quiebra de la empresa solicitan la protección diplomática tanto al Gobierno de Canadá como al de Bélgica.

El Gobierno de Canadá inició gestiones diplomáticas ante las autoridades españolas en protección de la empresa. Paralelamente a las mismas el Gobierno de Bélgica, en vista de que una importante parte del capital social pertenecía a ciudadanos belgas, intervino en favor de los mismos.

Canadá abandonó posteriormente las negociaciones, mientras que el Gobierno de Bélgica las mantuvo y continuó, pidiendo a España que sometieran el asunto a arbitraje, con base en un Tratado de Conciliación, Solución Judicial y arbitraje entre ambos países en vigor desde 1927, lo que el Gobierno español rechazó.

En 1955 al ingresar España a las Naciones Unidas, Bélgica decide llevar unilateralmente el

asunto a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia. España opuso excepciones preliminares a la acción establecida, siendo su principal argumento el que Barcelona Traction no era una sociedad belga, por lo que dicho Estado no estaba legitimado para otorgar el amparo judicial a su favor.

La Corte, en su fallo acogió la excepción de carencia de "*ius standi*" entre otras razones por los siguientes argumentos: "...En este caso, no se ha objetado que la sociedad se haya constituido en Canadá y que su sede social se encuentre allí. La constitución de la sociedad según el derecho canadiense fue el producto de una libre decisión. No sólo la sociedad se formó, como lo querían sus fundadores, en virtud del derecho canadiense, sino que ha sido regida por este derecho durante más de cincuenta años. Conservó en Canadá su sede, su contabilidad y el registro de sus accionistas. Durante muchos años allí tuvieron lugar las reuniones del Consejo de Administración. La sociedad figura en los registros del fisco canadiense. Así se ha establecido una vinculación estrecha y permanente que el transcurso de más de medio siglo no ha hecho más que reforzar. Esta vinculación de ninguna manera se debilitó porque la sociedad ejerció desde el comienzo sus actividades comerciales fuera de Canadá, puesto que tal era su fin declarado. Las relaciones entre Barcelona Traction y Canadá son múltiples...La Corte considera que la adopción de la tesis de la protección diplomática de los accionistas en cuanto tales, al abrir la puerta a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales."

El peligro sería tanto más grande cuanto que las acciones de las sociedades con actividad internacional son muy dispersas y cambian a menudo de manos...Conviene observar también que los fundadores de una sociedad orientada a

acciones internacionales deben tener en cuenta el hecho de que los Estados tienen el poder discrecional de acordar o rehusar la protección diplomática a sus nacionales...”⁸.

En síntesis la teoría que algunos países han querido hacer valer de que la protección diplomática puede interponerla bien el Estado donde la entidad jurídica tiene sus sede principal, bien el de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas, fue descartada por la Corte que fue muy clara en su posición.

Eso no excluye, desde luego, la posibilidad de que el Estado de los accionistas, sean mayoritarios o sean minoritarios, pueda prestar su protección diplomática cuando los derechos violados sean los de los accionistas en su condición de tales y no necesariamente el de la sociedad, pues acá actuaría el Estado en protección de los derechos de los individuos que sólo el Estado de su nacionalidad puede ejercer, incluso contra el Estado en que esté constituida la sociedad, pongamos por ejemplo, cuando sus acciones son confiscadas arbitrariamente y sin indemnización.

Ahora bien, en el desarrollo posterior se han impulsado acuerdos que obligan a los Estados partes a recurrir al arbitraje a solicitud del Estado del que la mayoría de los accionistas son nacionales suyos, en cuyo caso obviamente esa protección procede, pero no porque sea de derecho internacional general, sino por obedecer a normas del derecho internacional particular, que impone obligaciones sólo a los Estados partes en un acuerdo bilateral o multilateral.

Por otra parte el auge del Arbitraje internacional ha hecho posible que hoy, en muchos casos, en lugar de recurrirse al procedimiento de protección diplomática se sometan los diferendos comerciales entre Estados y particulares a este tipo de solución alternativa de conflictos y como ya sabemos la

cláusula arbitral es irrenunciable para las partes. Un ejemplo de ello es el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” que estableció el CIADI, cuyos laudos son obligatorios para las partes y no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso.

Los otros dos requisitos son, uno de mera constatación, consistente en el agotamiento de los recursos internos, que de acuerdo con cada sistema jurídico procedan contra el hecho dañoso, y el otro de prueba de que el afectado ha actuado de manera transparente y no se ha involucrado en conductas que pudieran justificar la actuación del Estado contra sus derechos como extranjero. Al decir de la doctrina que haya actuado con “manos limpias” (*clean hands*) sin incurrir, por ejemplo, en violación a su deber de abstención de participar en cuestiones políticas reservadas a los ciudadanos de cada Estado, o conductas delictivas, o que pongan en peligro la seguridad pública o las obligaciones internacionales del Estado.

En cuanto al agotamiento de los recursos ello debe entenderse de acuerdo con los parámetros racionalmente establecidos y aplicables de manera general. En caso de la denegación de justicia, bien porque en el sistema procesal no haya suficientes garantías de control de las actuaciones por autoridad judicial independiente, bien porque el propio sistema impida el ejercicio del derecho de defensa, se puede pedir y obtener dicha protección sin necesidad de demostrar dicho agotamiento. Pero desde luego todo ello podrá ser objeto de prueba por parte de quien lo alegue.

Cláusula Calvo

Finalmente, y aunque sea de manera muy breve debemos referirnos a la práctica latinoamericana conocida con el nombre de “cláusula Calvo” en

⁸ C.I.J., Recueil 1970, ps. 4 y ss.

reconocimiento a su inspirador, el jurista argentino Carlos Calvo. Consiste esta en la incorporación a los contratos firmados por personas o empresas extranjeras con el Estado, de sometimiento a las leyes y tribunales del mismo y de no recurrir en caso de controversia sobre el cumplimiento o ejecución del mismo o con ocasión de él, a la solicitud de protección diplomática por parte del Estado del que se es nacional. Simple y llanamente se trata de una renuncia, que bien puede ser contractual, o proceder como en la mayoría de los Estados de nuestra región de disposiciones legales e incluso constitucionales.

No es nuestra intención discutir aquí los orígenes ni la racionalidad de la llamada cláusula Calvo, que tiende a la protección de la potestad soberana de cada Estado y del deber de todos los habitantes de someterse a la jurisdicción local del Estado, así como a reafirmar el principio de igualdad entre Estados, lo que a nosotros nos parece encomiable. Esos principios están implícitos en los requisitos de la doctrina clásica de la protección diplomática conforme a la cual, para obtenerla, deben agotarse primero los recursos internos.

En buena doctrina, y siguiendo la teoría clásica, pareciera que dicha renuncia, como tal no es válida, pues si sostenemos, como lo hemos hecho acá, que la protección diplomática no es un derecho del individuo sino una potestad del Estado, no podría éste renunciar a algo que no tiene ni le corresponde a él ejercer. Esta tesis, desde luego no es aceptada por la mayoría de los autores latinoamericanos e incluso europeos, quienes se explayan en razones de carácter histórico y político en defensa de la validez de la cláusula Calvo.

Aunque por razones de espacio no podemos aquí desarrollar ampliamente el tema, cabe mencionar, apenas por vía de ejemplo las posiciones de Seara

Vásquez⁹, Sorensen¹⁰, o Sepúlveda Amor¹¹, que defienden arduamente dicha posición y a cuyos argumentos remitimos al lector.

A nuestro parecer, el hecho de que el afectado haya renunciado a la protección diplomática, debe interpretarse en el sentido estricto como el de no pedir a su Estado la protección, y en consecuencia tal renuncia constituye un factor de disuasión jurídico y moral para que aquél, en caso de pedírsela un nacional que haya aceptado tal renuncia, se la deniegue. En realidad lo que hace el sujeto al contratar con el Estado y comprometerse a no solicitar la misma, no es renunciar a la potestad del Estado sino a su propia facultad para pedir el ejercicio de dicho derecho a su favor y tal renuncia, en nuestra opinión es procedente.

⁹ Seara Vásquez Modesto, "Derecho Internacional Público" Editorial Porrúa S.A. México 1994, p. 355.

¹⁰ Sorensen, Max "Manual de Derecho Internacional Público" Fondo de Cultura Económica, México 1973, p.558.

¹¹ Sepúlveda César "Derecho Internacional" Editorial Porrúa, México, 1986, p. 248.