

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR EN LA ACTUALIDAD

A. EL MARCO TEÓRICO VIGENTE SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Desde principios del presente siglo, los autores europeos y norteamericanos de Derecho Internacional comenzaron a tratar el tema de la protección a partir de su contraparte: el principio de responsabilidad internacional del Estado. No es que ya no se reconociese el derecho de los Estados a proteger a sus nacionales e intereses en el exterior, pues éste continúa vigente hasta el presente. Más bien, todo parece indicar que dados los ataques y el desprestigio debido a las prácticas abusivas que le habían acompañado, se prefirió hacer énfasis en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por los daños que dentro de su jurisdicción territorial fuesen ocasionados a los extranjeros y sus intereses. De esta manera, al asegurar la responsabilidad de un Estado, se consolidaba también la posibilidad de reclamo de otro Estado y esto finalmente afirmaba la vigencia del derecho de protección.

El concepto de responsabilidad internacional del Estado se encuentra firmemente establecido en la actualidad, tanto en la teoría como en la práctica, de manera que sólo a partir de él puede explicarse el ejercicio de la protección a nacionales en el exterior por parte del Estado. Si se revisan los manuales más recientes sobre Derecho Internacional Público, se encontrará siempre un capítulo dedicado a la teoría de la responsabilidad internacional del Estado y su mención a la actividad de protección es únicamente dentro de este contexto y a partir de la existencia de dicha responsabilidad.

Por tal motivo, a fin de explicar al lector lo que hoy en día se entiende por protección diplomática y consular, se señalarán primero las ideas principales que se manejan en relación con el concepto de responsabilidad internacional del Estado. Para ello, se decidió presentar una síntesis de lo que al respecto señalan los manuales de Derecho

Internacional Público de Charles Rousseau y Max Sorensen; la Introducción al Derecho Internacional de Michael Akehurst; y los manuales de Derecho Internacional de César Sepúlveda y Carlos Arellano García. Esta selección que no deja de ser arbitraria, obedece simplemente al deseo de incorporar la visión que sobre el tema tienen dos connotados juristas mexicanos, y la que sostienen tres destacados autores extranjeros.

A fin de facilitar la lectura y dado que cada autor maneja una jerarquía diferente en la exposición de sus ideas, se decidió utilizar un ordenamiento propio que permita incluir los principales conceptos. Por otra parte, como resultaría complicado reproducir textualmente a cada autor, pues generalmente coinciden en sus señalamientos, sólo se hará una referencia especial cuando se trate de ideas que no comparten entre ellos.

a. Naturaleza de la responsabilidad internacional

La responsabilidad internacional es una institución jurídica del Derecho Internacional Público, que implica que todo Estado al que sea imputable un acto que el Derecho Internacional estime ilícito, debe una reparación al Estado en cuyo perjuicio se haya realizado dicho acto. La responsabilidad internacional puede configurarse tanto por la lesión directa de los derechos de un Estado, como por un acto u omisión ilegal que cause daños a un extranjero y, en este último caso, la responsabilidad es ante el Estado del cual el extranjero es nacional.

Por otra parte, si bien la responsabilidad internacional es una institución jurídica reconocida por el Derecho Internacional y los miembros de la comunidad mundial, su conformación es básicamente de tipo consuetudinario, pues la Organización de las Naciones Unidas no ha concluido sus trabajos de codificación de las normas correspondientes. Por lo tanto, la base de la aplicación de la responsabilidad internacional es la costumbre y para conformarla ha sido muy importante la jurisprudencia internacional.

La responsabilidad internacional puede ser directa o indirecta. La primera existe cuando es el propio Estado el que ha faltado a sus obligaciones internacionales. La segunda surge cuando un Estado asume la responsabilidad de una violación del derecho internacional cometida por otro Estado al cual se encuentra unido por un vínculo jurídico especial, como en el caso del Estado federal, del Estado protector o del Estado mandatario. Sin embargo, César Sepúlveda apunta que tal distinción carece de sentido, pues la separación de ambos conceptos "podría ser importante como materia procesal, pero no tiene la

menor relevancia para establecer las notas esenciales de la responsabilidad y carece además de consecuencias prácticas".¹

b. Fundamentos de la responsabilidad internacional

Se han identificado varias teorías que tratan de explicar los fundamentos de la responsabilidad internacional: la teoría de la falta; la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva; y la teoría ecléctica.

La teoría de la falta, formulada inicialmente por Hugo Grocio, explica que no es suficiente que un hecho sea contrario a una obligación internacional para engendrar la responsabilidad internacional del Estado que ha cometido este hecho, sino que además, el mismo ha de constituir una falta; es decir, haberse realizado con dolo o negligencia.

La teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, sostenida por Anzilotti, menciona que la responsabilidad del Estado tiene un carácter puramente objetivo, en el que no interviene la noción subjetiva de falta. De acuerdo con esta teoría, la responsabilidad sólo se funda en la relación de causalidad existente entre la actividad del Estado y el hecho contrario al derecho internacional.

Charles Rousseau² indica que la teoría del riesgo es más acorde con el verdadero fundamento de la responsabilidad internacional, que estriba en mantener la seguridad de las relaciones internacionales, la que rápidamente se convertiría en ilusoria si un Estado pudiera sustraerse la responsabilidad de los actos realizados por sus funcionarios, alegando que tales actos no fueron cometidos con dolo, con malicia o con una intención ilícita.

Otros teóricos del Derecho Internacional, como Triepel y Strupp, han formulado una tercera teoría, denominada ecléctica, que admite las dos nociones simultáneamente, colocando en primer lugar la idea de riesgo, y admitiendo la de falta sólo para las infracciones que se hayan configurado por una omisión, como por ejemplo, cuando un Estado no ha actuado con la debida diligencia para reparar una falta.

Segun Rousseau, sin embargo, el único fundamento de la responsabilidad internacional se halla en la infracción de una norma del Derecho Internacional y, de acuerdo con él, esta solución es la que ha prevalecido tanto en la doctrina como en la práctica.³

¹ Véase César Sepúlveda, *Derecho Internacional, op. cit.*, p. 237.

² En *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ariel, 1961, p. 351.

³ *Idem.*

c. Elementos esenciales para determinar la responsabilidad internacional

En la actualidad, y de acuerdo con lo apuntado por diversos autores, los elementos esenciales para el establecimiento de la responsabilidad internacional podrían resumirse en:

1. Que exista un acto u omisión que viole una obligación establecida por una regla de Derecho Internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión.
2. Que este acto ilícito sea imputable al Estado como persona jurídica.
3. Que se haya producido un perjuicio o un daño como consecuencia de este acto ilícito.

Siguiendo lo expresado por Max Sorensen,⁴ pueden existir casos en los que se produzcan actos que causen perjuicios, pero que sean justificables, como cuando el acto se realiza con consentimiento del Estado que pueda resultar perjudicado, cuando el acto se efectúa en legítima defensa, o cuando es el resultado de la aplicación de una sanción autorizada por el Derecho Internacional.

d. Diferentes clases de responsabilidad internacional

Uno de los elementos esenciales para determinar la responsabilidad internacional, es que el acto ilícito sea imputable al Estado como persona jurídica. Al respecto, todos los autores coinciden en mencionar que el Estado es responsable por los actos de sus órganos legislativos, ejecutivos o administrativos, y judiciales (sean éstos locales o centrales, según Michael Akehurst). Asimismo, Sorensen, Rousseau, Arellano García y Akehurst mencionan que el Estado puede ser responsable por actos cometidos por particulares dentro de su jurisdicción territorial; y además los tres primeros autores hablan de la responsabilidad en caso de guerra civil.

1. *Responsabilidad por actos legislativos.* La responsabilidad por actos de los órganos legislativos puede ser por acción, como en el caso de promulgar una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado; o por omisión, como por ejemplo cuando el órgano legislativo no dicta las leyes necesarias para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado o cuando no deroga una ley contraria a dichas obligaciones.

⁴ En *Manual de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 516.

Se considera responsabilidad por acción cuando la ley que se promulga causa daño directo a un Estado y su mera aprobación puede servir de base para una queja. Sin embargo, en el caso de daños causados a extranjeros, la sola promulgación de la ley no crea, necesariamente, la responsabilidad del Estado. En general, únicamente tiene lugar el daño que ocasiona la responsabilidad cuando la ley se aplica al extranjero.

La responsabilidad por omisión consiste en la responsabilidad internacional por dejar de aprobar una legislación, tan sólo en los casos en que se dispone específicamente que se ha de aprobar una ley especial como el único medio para cumplir una obligación contenida en un tratado.

Cabe señalar que Charles Rousseau agrega que “la responsabilidad del Estado a consecuencia de sus actos legislativos se extiende igualmente a los actos constitucionales, en base a la superioridad que se le confiere al derecho internacional sobre el derecho interno”.⁵ Consideramos, sin embargo, que probablemente en teoría tal afirmación no tenga objeción, pero en la práctica, puede resultar difícil de sostener, a menos que la disposición constitucional de que se trate haya sido expedida con posterioridad a una obligación internacional del Estado, contenida en un tratado firmado y ratificado por el mismo, y que se encuentre en vigor.

2. *Responsabilidad por actos ejecutivos o administrativos.* EN este caso, se considera que se engendra responsabilidad internacional a cargo del Estado por conducta ilícita del órgano administrativo. Este órgano, generalmente denominado Poder Ejecutivo, está representado internacionalmente por el Jefe de Estado, por el Secretario de Relaciones Exteriores, por un agente diplomático, por un agente consular, o por otro funcionario del poder ejecutivo que realiza funciones internacionales; y que cualquiera de ellos puede, por la comisión de actos contrarios al derecho internacional, ocasionar la responsabilidad de su Estado. Asimismo, agentes o funcionarios del poder ejecutivo que realicen funciones internas con repercusión internacional (como en el caso de las autoridades que tienen tratos con los extranjeros), pueden engendrar tal responsabilidad.

Tanto en el caso de los agentes que realizan funciones internacionales como en el de los que efectúan funciones internas con repercusión internacional, la práctica de los Estados ha establecido la existencia de responsabilidad internacional del Estado, aunque los actos cometidos por los mencionados agentes, se hayan efectuado fuera de los

⁵ Véase *Derecho Internacional Público, op. cit.*, p. 365.

límites de su competencia o contrariamente a las instrucciones recibidas. Sobre el particular, Max Sorensen explica⁶ que los laudos arbitrales existentes al respecto permiten concluir que el factor decisivo es determinar si el agente de que se trata, aunque actúe más allá de su competencia o de las órdenes recibidas, aparente ante otros tener la condición de órgano del Estado, se hace pasar como teniendo dicho carácter, o realiza el acto en el curso normal de sus funciones o atribuciones oficiales. Es necesario, además, que su actuación no sea tan notoriamente ajena a sus funciones, como para que la parte perjudicada pueda razonablemente eludir el perjuicio. No existe responsabilidad directa del Estado cuando el agente no ejercita ninguna de sus funciones o atribuciones oficiales, ni trata de establecer alguna relación ostensible entre su acción y su cargo oficial. Sin embargo, puede incurrir en responsabilidad por falta de represión del acto ilícito de su agente.

En resumen, podría decirse que para establecer la responsabilidad internacional del Estado por actos cometidos por sus agentes ejecutivos o administrativos, se debe determinar si tales agentes realizaron actos contrarios al propio derecho interno del Estado, que hayan perjudicado a un extranjero; o bien si han violado directamente una obligación internacional del Estado, y ello ocasiona daños a otro Estado.

3. *Responsabilidad por actos judiciales.* Los órganos del poder judicial de un Estado también pueden hacerlo incurrir en responsabilidad internacional si cometen actos contrarios a las obligaciones internacionales del mismo. En este sentido se apunta que la independencia del poder judicial, como principio fundamental del derecho constitucional, no tiene trascendencia en el derecho internacional.

Durante la Conferencia que intentaba codificar las normas relativas a la responsabilidad internacional, efectuada en La Haya en 1930, se reconoció expresamente la existencia de la responsabilidad de los Estados por las sentencias emitidas por sus órganos judiciales que resulten contrarias al derecho internacional. Sin embargo, todos los representantes presentes en dicha conferencia estuvieron de acuerdo en que para que se comprometa esta responsabilidad, tiene que existir un elemento de mala fe; debe ser evidente que el tribunal haya fallado con parcialidad, por fraude o por presiones externas; o la sentencia debe ser tal que ningún tribunal honrado o competente la hubiera pronunciado; configurándose así lo que se ha llamado una denegación de justicia. Lo anterior significa que el Estado no es responsable de algún error judicial cometido por sus tribunales, cuando

⁶ En *Manual de Derecho Internacional Público, op. cit.*, p. 519.

éste haya sido cometido de buena fe, ya que el derecho internacional —con base en la independencia y soberanía del Estado— deja a las jurisdicciones nacionales el cuidado de interpretar las leyes internas y, salvo en los casos mencionados, sus resoluciones no pueden ser revisadas por una jurisdicción internacional.

Debe señalarse además que el Estado incurre en responsabilidad internacional no sólo como resultado de las sentencias emitidas por sus órganos judiciales, sino también a consecuencia de un procedimiento judicial defectuoso, a lo que igualmente puede denominarse denegación de justicia. De esta manera, existirá responsabilidad por negársele al extranjero acudir a los tribunales nacionales para obtener justicia; por la negativa de un tribunal de dictar sentencia en un caso en que se encuentre involucrado un extranjero; o por cualquier retraso o entorpecimiento inexcusables en la administración de justicia cuando el extranjero es demandante. En sentido inverso, también puede darse por la insólita prisa en juzgar a un extranjero; por la condena de un extranjero por parte de un tribunal excepcional o por la no ejecución de una sentencia judicial dictada en favor de un extranjero.

4. *Responsabilidad por actos de particulares.* Dentro del territorio de un Estado, los individuos también pueden realizar actos que afecten adversamente los derechos de otros Estados, tales como delitos contra los soberanos o representantes extranjeros, o daños contra la persona o bienes de los extranjeros.

La Conferencia de codificación de La Haya de 1930, aclaró la manera como el Estado puede tener responsabilidad, al proclamar unánimemente que la responsabilidad del Estado no resulta comprometida por los actos de las personas privadas, sino únicamente por dejar de cumplir su deber internacional de impedir el acto ilícito, o de detener al ofensor y someterlo a la justicia.

Esta responsabilidad se deriva del deber del Estado de asegurar el mantenimiento del orden público en su territorio. El hecho generador de la responsabilidad reside en el incumplimiento del Estado de esta obligación primordial y no en el acto del individuo. En este sentido, el deber del Estado es doble, ya que consiste en el deber de prevenir y en el de reprimir. En cuanto al primero, el Estado ha de impedir, en lo posible, la perpetración de actos ilegítimos y, en su caso, debe proteger a los extranjeros amenazados de ellos. Por cuanto a lo segundo, el Estado se halla obligado a hacer lo posible para castigar a los autores del daño a un extranjero y asegurar una reparación a las víctimas. Puede surgir responsabilidad: por la negativa de perseguir

a los culpables; por la negativa de juzgarlos; por la negativa de castigarlos; por negligencias en la vigilancia; por la concesión prematura del indulto o amnistia a los culpables.

5. *Responsabilidad en casos de guerra civil.* Como ya se había mencionado, la cuestión de los daños sufridos por extranjeros en el transcurso de una guerra civil, produjo serias discusiones, principalmente durante el siglo XIX y principios del XX. Varios Estados presentaron reclamaciones importantes a otros afectados por insurrecciones y guerras civiles, especialmente en América Latina, y algunas se apoyaron incluso en la fuerza.

Como consecuencia de lo anterior, varios Estados latinoamericanos promulgaron leyes que excluían su responsabilidad por tales acontecimientos (cláusula Calvo legislativa); lo que suscitó controversia doctrinal, apareciendo autores que apoyaban el surgimiento de responsabilidad y otros que la negaban. Pese a esto, y según señala Max Sorensen,⁷ los laudos arbitrales han sido casi unánimes en mantener el principio de la no responsabilidad por los actos de grupos de revolucionarios o insurrectos, que se han descrito como “cierto grupo de hombres que provisional o permanentemente han escapado a los poderes de las autoridades”. Existe responsabilidad tan sólo si se alega y se prueba que las autoridades gubernamentales no actuaron con la diligencia debida para impedir que los revolucionarios causaran daños.

Sin embargo, el propio Sorensen y Charles Rousseau⁸ explican que hay una excepción general al principio de no responsabilidad por actos de los insurgentes y es cuando los revolucionarios se convierten en el gobierno del Estado. Como ejemplo se puede citar la resolución consagrada en 1928 por la Comisión de reclamaciones franco-mexicana, que declaró a México responsable de todos los actos cometidos por el ejército llamado “constitucionalista”, en el asunto G. Pinson, desde el 13 de febrero de 1913 (fecha de la caída del presidente Madero) hasta el 1 de mayo de 1917 (fecha del establecimiento definitivo del nuevo gobierno *de jure*). Cabe aclarar que en la práctica, por diversas razones, ha habido casos en que la mencionada excepción general no ha sido aplicada. De esta manera, hubo ausencia total de reparación de los daños ocasionados por la revolución rusa de 1917 y como consecuencia de la guerra civil española de 1936–1939.

⁷ *Ibid.*, pp. 533–534.

⁸ En *Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 372.

e. El agotamiento de los recursos locales y la denegación de justicia

En los puntos anteriores, se detallaron los motivos por los que se puede señalar la responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, estos diferentes tipos, en el caso de daños a extranjeros (y no en el de perjuicios ocasionados directamente a un Estado), sólo pueden establecerse formalmente y puede haber lugar entonces a una reclamación diplomática, después de haber agotado todos los recursos locales disponibles para remediar el daño. Esto se aplica tanto en el caso de actos cometidos por los órganos del Estado, sean estos legislativos, ejecutivos o judiciales, como en el caso de actos cometidos por particulares, a condición, por supuesto, de que tales recursos efectivamente existan y estén a disposición del extranjero. Dentro de esta regla de agotamiento de los recursos locales excluimos a los perjuicios ocasionados directamente a un Estado, como sería la violación a un tratado, porque las violaciones del derecho internacional no pueden someterse a la adjudicación por parte de los tribunales nacionales del Estado ofensor.

Como ya se había explicado, el agotamiento de los recursos locales es una vieja regla reconocida por el Derecho Internacional, que se encuentra estrechamente vinculada al concepto de denegación de justicia, pues ésta no puede establecerse si no se ha cumplido previamente con la mencionada regla. Así, en la actualidad se acepta que una declaración de responsabilidad internacional se haga sólo si el extranjero lesionado acudió al agotamiento de los recursos locales y si, en dicho proceso, hubo denegación de justicia. De lo contrario, los Estados suelen conformarse con la justicia que se imparte para todos los miembros de la población en el Estado donde se encuentra su nacional.

De acuerdo con las más recientes formulaciones de la regla del agotamiento de los recursos locales, su alcance incluye no sólo el sometimiento de la queja a los tribunales regulares, sino a todas las autoridades locales que tengan los medios de proporcionar una reparación efectiva y adecuada, aceptable en el plano internacional. Como apunta Max Sorensen, debe recurrirse “a la totalidad del sistema de protección jurídica, según se encuentre establecido en el cuerpo del derecho interno, sin diferenciar entre recursos ordinarios y extraordinarios. . . [puesto que]. . . el punto decisivo no es el carácter ordinario o extraordinario de un recurso legal, sino si éste ofrece o no la posibilidad de un medio efectivo y suficiente de reparación”.⁹

⁹ En *Manual de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 553.

Asimismo, Sorensen indica que en reciente jurisprudencia arbitral se ha decidido que, para agotar los recursos locales, el reclamante privado tiene que presentar ante los tribunales locales todo el material que razonablemente esté disponible y que pueda ser esencial para tener éxito en el caso. Cuando la parte reclamante ha dejado, en cualquier forma, de aducir los argumentos necesarios o de presentar las pruebas que sean esenciales a su caso, el Estado demandado puede alegar que los recursos locales no han sido agotados.

Por otro lado, también se ha indicado que si el extranjero deja de entablar procedimientos o de apelar dentro del tiempo requerido después del acaecimiento del mal alegado y, por consiguiente, tiene una decisión procesal adversa, no ha cumplido lo que debía hacer para obtener justicia del Estado demandado y está, por lo tanto, impedido de hacer que su caso se oiga y se decida por un tribunal internacional.

En cuanto al concepto de denegación de justicia, —sobre el que ya se había dicho que hubo diferentes interpretaciones en el pasado—, cabe mencionar que en la Conferencia de La Haya de 1930, cuando se trató de codificar una definición del mismo se convino en que significaría: “Que, de una manera incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, el extranjero ha sido obstaculizado por las autoridades judiciales en el ejercicio de su derecho a comparecer ante los tribunales, o su proceso ha empezado con obstáculos inexcusables o demoras que implican la denegación de justicia”.¹⁰

Sorensen y Arellano García explican que existe una definición más amplia de denegación de justicia (que según el primero es sostenida principalmente por autores ingleses y norteamericanos), y que además de incluir la negativa de acceso a los tribunales y los obstáculos y demoras inexcusables en su proceso, abarca también la emisión de un fallo manifestamente injusto. Por tal motivo, Carlos Arellano García¹¹ prefiere, para mayor claridad, “llamar denegación de justicia a la negativa de dar acceso a los extranjeros a la justicia local”. Al parecer, tal definición refleja mejor el espíritu de lo que actualmente quiere significarse por denegación de justicia. Además, está de acuerdo con lo que César Sepúlveda señala respecto a la denegación de justicia: “es una falta en la administración de justicia doméstica hacia un extranjero;... [o bien]... el fracaso en proporcionar al extranjero el mismo remedio que se proporciona al nacional, cuando

¹⁰ Citado en Max Sorensen, *op. cit.*, p. 528.

¹¹ En *Derecho Internacional Público, op. cit.*, p. 225.

tal recurso está a su disposición. Esto es, la falla en impartir la justicia sustancial propia de cada Estado, una vez que la haya invocado previamente".¹²

Sin embargo, estas definiciones no son suficientes para impedir que, en un caso específico, surjan diferencias de interpretación respecto a lo que pueda considerarse como un fallo manifiestamente injusto, pues tal calificación puede prestarse a consideraciones subjetivas. Como recomienda César Sepúlveda,¹³ lo más conveniente es medir siempre la denegación de justicia a un extranjero, por los valores locales; es decir, partir de que habrá responsabilidad de un Estado por denegación de justicia, cuando falle en proporcionar a un extranjero todos los beneficios que su organización judicial, considerada como un todo, concede a sus propios ciudadanos.

Así pues, para considerar que un fallo ha sido manifiestamente injusto, habría que compararlo con otros fallos emitidos en casos similares a nacionales del país en donde el extranjero ha sido juzgado. Y aunque ello no sería suficiente para evitar entrar en discusiones que podrían tomarse como intromisiones indebidas en la soberanía de los órganos judiciales del Estado para interpretar sus propias leyes, al menos permitiría partir de bases más objetivas para considerar la injusticia de un fallo.

f. Efectos de la responsabilidad internacional

Un principio fundamental que la jurisprudencia internacional ha enunciado reiteradamente es el de que la consecuencia esencial de la responsabilidad internacional es la obligación de reparar que pesa sobre el Estado responsable. La reparación es pues el término genérico que describe los diferentes métodos a disposición del Estado para cumplir o liberarse de su responsabilidad y que pueden ser la restitución, la indemnización y la satisfacción.

La Corte Permanente de Arbitraje ha declarado que la restitución en especie es la forma normal de reparación y su propósito es restablecer la situación que hubiera existido de no haber ocurrido el acto u omisión ilícitos, mediante el cumplimiento de la obligación que el Estado dejó de cumplir o la revocación del acto ilícito. Como ejemplo, se puede mencionar la anulación de una obligación impuesta indebidamente o la devolución de derechos cobrados ilegalmente.

¹² En *Derecho Internacional, op. cit.*, p. 242.

¹³ *Ibid.*, p. 241.

Por su parte, y según lo que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha declarado, la indemnización presupone el pago de una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie. De acuerdo con los laudos contemporáneos, esta indemnización se aplica tanto para daños directos como indirectos, siempre y cuando estos últimos tengan una conexión evidente con el acto ilícito.

La satisfacción es la forma de reparación adecuada para los casos de daño moral a la personalidad del Estado; es decir, cuando no existe un perjuicio material. Anteriormente se cometieron abusos en las exigencias de satisfacción, al pedirse por ejemplo al Estado, la designación de enviados especiales para el rendimiento de honores saludando a la bandera del Estado ofendido. En el derecho y la práctica contemporáneos, como expresa Max Sorensen,¹⁴ las formas de satisfacción se circunscriben a la presentación oficial de pesar y excusas, al castigo de funcionarios culpables de menor categoría y, especialmente, al reconocimiento formal del carácter ilícito del acto.

Por lo que se refiere a la amplitud de la reparación, el principio admitido por la práctica internacional es el de que la víctima ha de quedar en el mismo estado en que se encontraría si el acto perjudicial no se hubiera producido. Dentro de lo posible, la reparación debe ser idéntica al perjuicio. Así pues, la reparación debe cubrir todo el perjuicio y compensarlo en su integridad, sin llegar a ser mayor que aquel, ya que se entiende que el acto ilícito no puede ser fuente de enriquecimiento para la víctima.

B. EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y CONSULAR HOY EN DÍA

En la primera parte de esta obra se describió cómo fueron evolucionando el concepto y la práctica de la protección a nacionales en el exterior. Igualmente se reseñó el desarrollo de los derechos de los extranjeros, desde que a éstos se les incluía dentro de un régimen especial de leyes, pasando por que se les juzgaba conforme a las leyes de su país de origen por sus propios magistrados, hasta llegar finalmente a que cada Estado les aplica el mismo sistema jurídico vigente en la jurisdicción territorial del Estado, basándose en lo que señala su propio Derecho Interno y las disposiciones contenidas en su Derecho Internacional Privado.

¹⁴ En *Manual de Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 541.

También se mencionó que la institución consular y la diplomática no siempre evolucionaron en forma paralela, lo que se había reflejado en sus actividades de protección, principalmente durante la época de desarrollo de los Estados modernos, pues había declinado entonces la importancia de los cónsules como agentes protectores, a favor de los diplomáticos. Señalamos, asimismo, que todavía en el siglo XIX, no existían definiciones claras sobre los métodos y límites para ejercer la actividad de protección a los nacionales en el exterior, lo que aunado a la falta de condena al uso de la fuerza en las relaciones internacionales y a la legitimación de políticas intervencionistas de los Estados, había propiciado la comisión de abusos en contra de países débiles, en nombre de las actividades de protección.

Hoy podemos decir que tanto los cónsules como los diplomáticos tienen la función de proteger los intereses de sus connacionales, lo que ha quedado plasmado en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares, actualmente vigentes en la comunidad internacional. Sin embargo, como resultado del propósito de evitar en lo posible los conflictos entre los Estados y de la aceptación generalizada del principio de agotamiento de los recursos locales antes de proceder al ejercicio de la protección diplomática, la institución consular ha retomado la importancia que inicialmente tuvo como agente protector. Ahora, para impedir que las relaciones interestatales se vean constantemente dañadas, se apoya que sean los cónsules quienes lleven a cabo la mayoría de las actividades de asistencia y protección, dejando que los diplomáticos presenten reclamaciones a los Estados ante los que se encuentren acreditados, sólo en los casos en que efectivamente no existe otra opción. Este propósito puede verse claramente reflejado en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, donde se detallan más que en la de Relaciones Diplomáticas, los tipos de actividades de protección que pueden realizarse en favor de los nacionales.

Independientemente de la evolución en las reglas y procedimientos para proporcionar protección a los nacionales, no puede decirse aún que éstos estén completamente definidos y aceptados por la comunidad internacional. Las normas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados todavía están en proceso de codificación por parte de la ONU y sería necesario también que se realizaran otras convenciones internacionales para tratar de unificar, o por lo menos de hacer más compatible, el Derecho Internacional Privado de los Estados, de manera de facilitar la aplicación de la ley a los extranjeros en cada país. Todo esto, sin mencionar que los esfuerzos por preparar un proyecto de Convención para proteger los derechos de los trabajadores migratorios internacionales, están aún en una etapa inicial, y

que faltaría, además, incorporar la posibilidad específica de proteger a estos trabajadores, tanto en los trabajos relativos a la responsabilidad internacional de los Estados, como en las propias funciones de protección que se reseñan en las convenciones multilaterales y bilaterales que existen. Pese a lo anterior, a continuación se tratará de explicar lo que actualmente se entiende por protección consular y diplomática, a partir de lo que los autores en la materia manejan y que proviene de los principios y la costumbre más recientemente aceptados.

a. Similitudes y diferencias entre la protección diplomática y la protección consular

Si bien los manuales de Derecho Internacional Público dedican casi siempre un apartado a la protección diplomática —generalmente dentro del desarrollo del tema de la responsabilidad internacional del Estado— resulta casi imposible encontrar referencias en los mismos sobre la protección y asistencia consulares. Esto último debe buscarse en las obras especializadas en asuntos consulares y no siempre está descrito en forma que pueda vincularsele adecuadamente con la protección diplomática.

Adolfo Maresca¹⁵ es un autor que logra explicar con nitidez la protección y asistencia consulares, describiendo además las semejanzas y diferencias que existen entre este tipo de protección y la protección diplomática. Por tal motivo, se decidió reproducir en forma sintética las definiciones y explicaciones que dicho autor maneja, tratando de relacionarlas con lo que diversos manuales señalan sobre protección diplomática, e incluyendo además algunas nociones propias.

Tanto la protección consular como la protección diplomática deben entenderse como actividades que desarrolla el Estado en base al derecho de reclamar que se le reconoce en favor de los intereses del propio Estado y de sus nacionales. Así pues, el ejercicio de cualquiera de estos dos tipos de protección implica necesariamente que los nacionales a los que se representa, han recibido un trato contrario al debido.

La diferencia inmediata entre protección consular y protección diplomática radica en que la primera implica una reclamación dirigida a las autoridades locales o centrales, que se localicen en el distrito donde el cónsul está autorizado a ejercer sus funciones y que generalmente es sólo una porción del territorio del Estado donde está acreditado. La

¹⁵ En su obra *Las Relaciones Consulares*, *op. cit.*

protección diplomática se refiere a la presentación de reclamaciones ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado territorial, manejándose ya estas reclamaciones como un asunto de Estado a Estado.

Una segunda diferencia radica en las causas que las motivan y los efectos que provocan. De esta manera, la protección diplomática sólo puede ejercerse una vez que se han agotado todos los recursos internos disponibles en el Estado territorial y que a pesar de ello, se ha configurado una denegación de justicia, dando lugar a la necesidad de presentar una reclamación diplomática, para que sean las más altas autoridades del Estado las que revisen el caso y ofrezcan una reparación al daño. A su vez, la protección consular implica la reclamación de un representante consular a una autoridad con sede en el distrito consular que le compete, como resultado de un daño sufrido por uno de sus nacionales y que, sin haber agotado los recursos internos no ha obtenido aún reparación, pero que de no llegarse a un acuerdo, dicha reclamación puede ser presentada a otras instancias superiores locales e incluso federales o centrales, antes de que se convierta en un asunto de la relación de Estado a Estado.

Podría decirse que mientras la protección diplomática funda su reclamación en la violación de una norma internacional, que en este caso sería la falla en permitir a un extranjero el acceso al sistema de justicia existente en un Estado, la protección consular se basa únicamente en la violación de una norma del mismo Estado territorial, y que si se repara antes de agotar los recursos internos de justicia de ese Estado, no llegará a convertirse en violatoria de una norma internacional. Cabe señalar, sin embargo, que la distinción conceptual y práctica que existe entre protección diplomática y consular, no impide que ambas formen parte de un mismo conjunto de procedimientos. Es decir, no significa que los dos tipos de actividad no puedan en un cierto momento integrarse, de manera que al encontrar el cónsul un límite a su acción oficial, proceda a iniciarse la protección de la misión diplomática, complementándose así la acción iniciada a nivel consular.

Los supuestos básicos para el ejercicio de ambos tipos de protección, son los mismos para una y para otra. Por lo tanto, para llevar a cabo la protección consular o la protección diplomática, se requiere de las siguientes condiciones:

1. Que se efectúe el endoso; es decir, que el Estado decida hacerse cargo de la reclamación a plantear.

2. Que exista un vínculo jurídico entre la persona física o moral y el Estado reclamante y que debe ser el de la nacionalidad. Sobre el

particular, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha declarado: "A falta de acuerdos especiales, únicamente el vínculo de la nacionalidad otorga al Estado el derecho de protección diplomática"¹⁶ (lo que puede extenderse también a la protección y asistencia consulares). Este principio lleva entonces a la inadmisibilidad de las reclamaciones presentadas a nombre de los apátridas, ya que ningún Estado está calificado para representarlos.

En el caso de doble nacionalidad, el Estado reclamante rehusa generalmente proteger a un nacional suyo frente al otro país al que, asimismo, pertenece dicho individuo, pues no puede protegerse a un reclamante frente a su propio Estado. Sin embargo, para resolver el problema de la doble nacionalidad, el Tribunal Internacional de Justicia ha llegado a aplicar el principio de la nacionalidad activa o de hecho del interesado.

Otro elemento importante es la regla de la nacionalidad continua de las reclamaciones, que señala que es esencial que el individuo tenga la nacionalidad del Estado reclamante en el momento en que sufrió el daño, y que no puede dictarse laudo cuando el individuo no ha retenido la nacionalidad del estado reclamante, desde la fecha del daño hasta el momento de la demanda o, por lo menos, hasta la presentación de ella ante el tribunal.

3. La tercera condición para el ejercicio de la protección es que las reclamaciones no sean tardías. En el caso de las reclamaciones consulares, que éstas se presenten dentro del tiempo que marque para cada caso la legislación interna del Estado territorial y, en el caso de las reclamaciones diplomáticas, se estimarían como tardías las presentadas, por ejemplo, diez, quince o veinte años después de haberse producido el daño.

b. La asistencia consular

Dentro de la categoría general de actividades consulares de protección a nacionales en el exterior, se encuentra también la de asistencia consular. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares prevé específicamente la función consular de "prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas"

Como define Adolfo Maresca.

por asistencia consular se entiende aquel conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el Cónsul desarrolla en favor

¹⁶ Citado por Max Sorensen, *op. cit.*, p. 545.

de sus connacionales para facilitarles su permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales. Esta acción consular no presupone —a diferencia de la protección en sentido estricto— un comportamiento de las autoridades locales contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el Derecho Internacional o por el Derecho Interno, y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación. Se funda, en cambio, en el deber general de cooperación recíproca que la institución consular implica, naturalmente, entre las autoridades locales y los Cónsules extranjeros. La asistencia consular, entendida en sentido propio, se distingue no sólo de la protección consular, sino también de aquel conjunto de funciones de carácter administrativo que el Cónsul desarrolla en interés de cada uno de sus nacionales.¹⁷

De acuerdo con el mismo autor, la asistencia consular puede desarrollarse en tantas formas como situaciones jurídicas se presenten a los nacionales. Sin embargo, dentro de esta variedad de formas, la asistencia consular tiene dos aspectos básicos: el externo y el interno. La asistencia consular “externa”, está constituida por las diferentes acciones que puede desarrollar el Cónsul en favor de sus nacionales, frente a las autoridades del Estado territorial; mientras que la asistencia consular “interna” se ejercita directa y exclusivamente entre los nacionales y el Cónsul, y especialmente, pero no de forma exclusiva, en el Consulado.

Por lo general, la asistencia consular se funda tanto en la facultad reconocida por el Derecho Internacional a los nacionales de un Estado extranjero, para que puedan comunicarse con el Cónsul de su Estado y presentarse en su oficina consular; como en las facultades del Cónsul de comunicarse con sus nacionales, incluso visitándolos, y de dirigirse a las autoridades del Estado receptor.

1. *La asistencia consular “externa”*. Ésta puede tener las siguientes manifestaciones:

1.1 El Cónsul está facultado para solicitar y obtener de la autoridad competente información sobre cualquier incidente en el que puedan estar implicados y resulten perjudicados los intereses de sus nacionales.

1.2 También le está permitido asistir ante esas mismas autoridades (sean administrativas o judiciales) a sus connacionales, en las relaciones que éstos puedan tener con dichas autoridades. Esta asistencia puede adoptar diversas formas: correspondencia epistolar, gestiones personales, conversaciones telefónicas o presencia personal de un

¹⁷ En *op. cit.*, p. 221.

funcionario del Consulado junto al nacional, en el curso de las audiencias concedidas por la autoridad local.

1.3 En el caso de asistencia frente a autoridades judiciales, el cónsul puede designar a un abogado de confianza del consulado para la defensa del connacional que es parte en el procedimiento; puede promover la designación de un intérprete (o siempre que las leyes locales no se opongan, asumir esta tarea el propio cónsul); y puede representar legalmente a los connacionales ausentes o a aquellos otros que, por distintos motivos, se hallen imposibilitados de tutelar personalmente sus intereses. Esta representación, sin embargo, tiene límites determinados pues debe desarrollarse de conformidad con las normas procesales del Estado territorial, no se extiende a la posibilidad de alcanzar una transacción y menos a la facultad de decidir una renuncia, y cesa cuando el titular de los derechos y de los intereses esté en condiciones de defenderse personalmente, o cuando haya nombrado un procurador para la defensa de sus intereses y derechos.

1.4 La asistencia consular también puede darse a los nacionales que se encuentren sometidos a medidas restrictivas de su libertad personal, ya sea que estén detenidos temporalmente o se encuentren cumpliendo una condena impuesta en un juicio definitivo.

2. *La asistencia consular "interna"*. Como señala Adolfo Maresca, ésta "encuentra su manifestación más expresiva en el asesoramiento prudente que el cónsul puede dar a sus nacionales... [Esta labor de asesoramiento]... puede referirse a cualquier aspecto de la vida de sus connacionales y de su actividad en el Estado de residencia... [y]... puede brindarse tanto en situaciones normales como excepcionales de sus connacionales... [Igualmente puede implicar asesorar a sus compatriotas]... en forma individual o colectiva y hacerlo por medio de su palabra, de correspondencia individual o de un comunicado general a la colectividad."¹⁸

Esta asistencia puede asumir las siguientes formas generales:

2.1 El nacional del Estado que envía puede libremente visitar la oficina consular y exponer sus problemas a los funcionarios del consulado y el propio cónsul.

2.2 El cónsul no se limitará a recibir a sus nacionales en la oficina, sino que podrá comunicarse libremente con ellos y visitarlos en sus casas, en los hospitales, etcétera.

2.3 Además de escuchar a sus connacionales en la oficina y fuera de ella, el cónsul cumplirá su función de asistencia mediante la información que, de acuerdo con su experiencia y en relación con las

¹⁸ *Ibid.*, p. 231.

instituciones y posibilidades del país, considere adecuado suministrar a sus nacionales.

2.4 El cónsul podrá además proporcionar a sus compatriotas "auxilios materiales", que pueden consistir en: entrega de subsidios en dinero a nacionales indigentes; internamiento en un hospital de nacionales indigentes y enfermos; distribución de víveres en situaciones particularmente críticas, como las producidas por un estado de guerra; y repatriación consular, cuando el nacional sea indigente y se encuentre imposibilitado para trabajar en el lugar, o si cuenta con recursos en su país de origen, si se compromete a reintegrar los gastos de su repatriación.

En términos generales se puede señalar que si bien las labores de asistencia consular no implican una reclamación derivada de una falta de respeto a los derechos de un connacional o a una falla en el proceso de impartición de justicia al mismo, como sucede en los casos de protección diplomática o protección consular propiamente dichas, aquéllas constituyen la parte cotidiana de las actividades consideradas como de protección a nacionales en el exterior. Cabe destacar también que la asistencia consular, además de incluir funciones de asesoría sobre las relaciones con las autoridades del lugar —y que pueden tener o no que ver con un proceso de impartición de justicia—, implican en un sentido más amplio, actividades de asesoría sobre los derechos y deberes del extranjero en el lugar y sobre las repercusiones de tipo legal que pueda tener su presencia y sus diferentes actividades en o con el exterior, y que puedan vincularlo con más de un sistema jurídico nacional.

A diferencia de las actividades de protección diplomática, las de protección y asistencia consulares requieren que el cónsul conozca el conjunto de disposiciones que conformen el Derecho Internacional Privado del Estado donde se encuentra acreditado. Es decir, la manera como dicho Estado determina quiénes son sus nacionales; los derechos y obligaciones que concede a los extranjeros que se encuentran en su territorio y las disposiciones existentes en tal Estado sobre la manera de resolver los conflictos de leyes que presenten los extranjeros domiciliados en el mismo. También debe tener una noción de las principales disposiciones de Derecho Interno del Estado en donde se encuentre acreditado que, dependiendo de las características de la corriente migratoria y de la comunidad de sus nacionales en ese Estado, resulten de mayor importancia conocer. En síntesis, el representante consular debe haber estudiado —en forma más detallada que el representante diplomático—, el sistema de organización

política, jurídica y económica del Estado donde se encuentre, a fin de que esté en aptitud de proporcionar a sus connacionales asistencia en relación con su presencia y sus intereses en el exterior, y en caso de que deba presentar una reclamación, para que pueda hacerlo de manera expedita y adecuada ante las instancias correspondientes.

RESUMEN Y CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

Desde la antigüedad ha existido el fenómeno de la migración de personas fuera de su territorio original, que ha obedecido a muy diversas causas y que ha provocado diferentes consecuencias. Entre tales consecuencias ha estado la necesidad de proteger a los migrantes y sus intereses en el exterior, actividad que fue asumida primero por particulares y luego por el propio Estado, bajo las formas de protección diplomática y protección consular.

En general, las actividades de protección (tanto las ejercidas antes de la aparición del Estado moderno, como a partir del surgimiento de éste) han implicado, en esencia, una labor de representación que ha estado estrechamente relacionada con la impartición de justicia y el reconocimiento de derechos de los extranjeros en territorios diferentes del suyo.

Aunque en la actualidad el ejercicio de la protección por parte del Estado se entiende en un sentido amplio, que incluye desde actividades de simple asistencia hasta acciones de verdadero amparo, el tipo de protección que inicialmente surgió con la consolidación de los Estados y que se manifestó ampliamente en el siglo XIX, tuvo un sentido más restringido. Se entendió, generalmente, como el derecho de un Estado de reclamar a otro por daños ocasionados a nacionales o sus intereses en el territorio de este último, considerándose que la reparación a que había lugar podía exigirse incluso por medio del uso de la fuerza.

Este alcance más limitado de lo que ahora se reconoce a la actividad de protección del Estado, produjo, sin embargo, consecuencias negativas por la amplitud con que se manejó el derecho de reclamación y que se debió a la falta de una reglamentación específica sobre el particular.

De esta manera, con base en el principio enunciado por Emerich de Vattel de que un daño a un individuo es un daño a su Estado, los países poderosos (Europa y Estados Unidos) que eran los que más ejercían esta actividad de protección procedieron en numerosas ocasiones a presentar reclamaciones diplomáticas por cualquier queja que recibían de sus ciudadanos en el exterior, exigiendo a los Estados

supuestamente responsables, reparaciones que generalmente no tomaban en cuenta las disposiciones internas que para el efecto existían en estos últimos, lo que, por consiguiente, dio lugar a una llamada "protección diplomática" que bien puede calificarse de arrogante y abusiva, en el mejor de los casos. En el peor, la actividad de protección se ejerció por medio de la fuerza —que en el siglo pasado todavía no había sido condenada—, confundándose la mayoría de las veces con propósitos encubiertos de intervención en los asuntos internos del Estado afectado.

Esta actitud provocó fuertes reacciones entre los países latinoamericanos —que fueron los que más la sufrieron—, cuyo mejor exponente es Carlos Calvo, con su condena a la intervención armada con motivo de reclamos privados y su oposición a que los extranjeros demanden (principalmente en casos de guerra civil donde él no admite responsabilidad del Estado) mayores beneficios o derechos que los que la legislación local concede a los nacionales.

El apoyo de los países de América Latina a estas ideas (conocidas posteriormente como Doctrina Calvo), se reflejó en disposiciones legislativas internas que estos países adoptaron para especificar y/o limitar los derechos de los extranjeros, y en pronunciamientos y acuerdos a nivel regional que, en esencia, consolidaron la vigencia del principio de agotamiento de los recursos locales antes de hacer uso de la protección diplomática, y esto sólo en caso de una denegación de justicia.

Con posterioridad a esta reacción desencadenada por las ideas de Calvo, los autores europeos y norteamericanos que escriben sobre el tema, prefieren hacerlo a partir del concepto de responsabilidad internacional del Estado. La noción de responsabilidad de un Estado por lo que ocurre dentro de su jurisdicción territorial había estado presente desde los inicios del Derecho Internacional, ya que es inherente a la de soberanía territorial. Esto incluso justificó el derecho de protección en forma de reclamo por parte de los otros Estados, pues esa era la única vía para impedir que los derechos de los extranjeros fuesen violados dentro de cada una de las jurisdicciones territoriales de los Estados.

Sin embargo, este concepto de responsabilidad no se analizó detalladamente sino hasta principios del siglo XX, que es cuando varios autores se preocupan por establecer con mayor claridad las diversas causas por las que puede fincarse la responsabilidad internacional de un Estado y que básicamente se reducen a los casos en que las autoridades (del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) del Estado provocan un daño que no es adecuadamente reparado a un extranjero, o bien cuando un nacional del propio Estado lesiona la persona o los intereses de un extranjero y tampoco es debidamente sancionado.

Este nuevo enfoque, que parece haber sido la respuesta a los ataques a la práctica de la protección diplomática, se fue estableciendo firmemente entre la jurisprudencia y la doctrina internacionales, de manera que, en la actualidad, el tema de la protección sólo es tratado en los manuales de Derecho Internacional, en lo relativo a la responsabilidad internacional del Estado.

Hoy en día, la concepción prevaleciente en Derecho Internacional Público es que todos los Estados deben asumir una responsabilidad internacional por los actos que sus autoridades ejerzan dentro de su territorio y que conduzcan a una denegación de justicia a cualquier extranjero. Ya no se acepta que los Estados puedan reclamar por cualquier daño sufrido por sus nacionales en territorio extranjero, sino que ahora sólo se permite el ejercicio de la protección diplomática (la presentación de una reclamación formal por parte de una Embajada al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado donde esté acreditada), cuando el extranjero haya agotado todas las instancias de justicia del país donde se encuentre, para obtener reparación por un daño que le haya sido ocasionado, y que, a pesar de ello, la justicia le haya sido denegada por el hecho de ser extranjero.

Además de esta protección diplomática, se admite el ejercicio de la protección y asistencia consulares, para que cada Estado auxilie a sus nacionales en el exterior en la etapa de agotamiento de los recursos locales, así como en otros aspectos, y facilite a sus ciudadanos las relaciones con los habitantes y autoridades del lugar donde se encuentren. Pero, a diferencia de lo que ocurrió con los primeros cónsules, esta actividad consular debe constreñirse a lo que las leyes y reglamentos locales permitan. De ahí que actualmente sea muy importante que los representantes consulares conozcan el Derecho Internacional Privado del Estado donde ejerzan sus funciones y que tengan una noción general de cuáles otras disposiciones del Derecho Interno de ese Estado pueden afectar a sus conciudadanos. Es necesario que estén preparados para asesorarlos sobre las repercusiones de tipo legal que en general pueda tener su presencia y sus diferentes actividades en o con el exterior y que pudiesen generar conflicto entre lo dispuesto en el sistema jurídico de su Estado de origen y el del Estado extranjero con el que se encuentran vinculados.

Con base en lo anterior, puede decirse que en la actualidad la actividad de protección de un Estado implica, en su sentido más amplio, al conjunto de labores de asistencia, asesoría y representación que lleva a cabo tal Estado, a través de sus funcionarios diplomáticos y consulares, en favor de sus nacionales que se encuentran en territorios extranjeros o que tengan intereses en los mismos, con el fin de

facilitarles su estancia o el manejo de sus intereses; de informarles sobre los derechos y deberes que se les confieren; y, de ser necesario, para que en un caso de denegación de justicia, ésta les sea proporcionada conforme a las normas aplicables del Derecho Internacional y del Derecho interno del Estado transgresor.

En términos más específicos, la protección diplomática sigue implicando la presentación de un reclamo, pero ahora sólo se le considera procedente si previamente se agotan los recursos locales de justicia y, pese a ello, se estima que existe una denegación de justicia. La protección consular, por su parte, incluye tanto acciones de asistencia y asesoría a los nacionales en el exterior, como la presentación de reclamos, pero no a nivel del Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado responsable (como ocurre en el caso de la protección diplomática), sino únicamente a nivel de autoridades locales o federales, de la circunscripción del cónsul, para llamar la atención sobre un caso que no ha sido aún debidamente atendido y que, de continuar así, puede convertirse en un reclamo de Estado a Estado.

Cabe agregar que, a diferencia de lo ocurrido en muchos de los casos de protección suscitados durante el siglo XIX e incluso el XX, en la actualidad los Estados no pueden exigir supuestos “derechos de extranjería” (como se les llegó a denominar) para sus nacionales en el exterior, que les hagan gozar de prerrogativas o privilegios frente a los nacionales del Estado receptor. Tampoco pueden exigir que los extranjeros tengan exactamente los mismos derechos que los nacionales, pues la determinación de los derechos de los extranjeros es una facultad exclusiva de cada Estado, basada en el respeto a su soberanía territorial. Además, existen derechos que comprensiblemente no pueden extenderse a los extranjeros, como son los de tipo político.

Lo que sí reconocen los Estados —y en eso radica principalmente la evolución de los derechos de los extranjeros desde las épocas en que estaban sumamente constreñidos— es que debe permitírseles a los extranjeros el mismo acceso al sistema de justicia imperante en un Estado que a los nacionales. Es decir, no debe impedírseles gozar de los beneficios que su organización judicial, considerada como un todo, concede a sus propios ciudadanos. Podría decirse que éste es el derecho fundamental de que deben gozar los extranjeros en cualquier Estado, y su violación es, por lo tanto, la base principal de cualquier reclamo presentado por un Estado al hacer uso de su facultad de protección diplomática.

Además de partir de principios generales aceptados en Derecho Internacional, que se basan en la costumbre y la jurisprudencia que se han ido conformando, el marco normativo que actualmente rige la

protección diplomática y la de tipo consular, tiene su soporte principal en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares, así como en las diversas convenciones sobre Derecho Internacional Privado que se han suscrito, principalmente en América Latina, y en las convenciones consulares bilaterales que numerosos países han firmado entre sí.

Por lo que se refiere al ámbito interno, cada Estado cuenta con sus propias disposiciones sobre adquisición de la nacionalidad, que indican qué personas físicas y morales pueden ser consideradas sus nacionales y, por lo tanto, tienen el derecho de gozar de la protección diplomática y consular de su Estado. En este sentido, la nacionalidad es la condición de un individuo como miembro de una comunidad política independiente que, por un lado, le sujeta al mandato de su Estado y, por otro, a este mismo Estado le obliga a cumplir ciertos deberes para con él, como son el de garantizarle su seguridad personal y el respeto de sus derechos.

Sin embargo, cuando la persona sale de la jurisdicción territorial de su Estado de origen y entra en la de otro Estado, ingresa también en la esfera de gobierno de este último y, por consiguiente, pasa a formar parte de un nuevo esquema de derechos y obligaciones. Entre sus obligaciones se encuentra la de observar las leyes del Estado que lo recibe y entre sus derechos está el poder solicitar la protección de su Estado, tanto para propósitos de asesoría o asistencia, como para efectos de reclamarle al Estado de recepción una denegación de justicia.

No obstante, si bien un individuo tiene el derecho de solicitar la protección de su Estado y éste tiene la facultad de ejercer tal protección frente a otros Estados, dicha protección, como deber, generalmente sólo lo es de tipo moral y no legal, pues la mayoría de las veces los estatutos internos de los Estados no contemplan los medios de asegurar su cumplimiento. Puede encontrarse que la protección a los nacionales en el exterior se impone como obligación a los miembros de los Cuerpos Diplomático y Consular del Estado (que son sólo una parte de los poderes del mismo), pero difícilmente se encontrará que tal obligación se le impone al propio Estado como un todo. La razón de esto puede encontrarse en la necesidad de asegurar la supremacía del interés colectivo de la nación, sobre el interés particular de cada individuo que la compone, de manera que quede a discreción del poder supremo dentro del Estado decidir si, en un caso dado, ejerce la protección diplomática de uno de sus nacionales hasta sus últimas consecuencias o si, en función de otros intereses superiores, prefiere diferir o de plano renunciar al uso de tal facultad, para evitar poner

en riesgo esos intereses o incluso el prestigio y la seguridad mismos del Estado.

Por lo que respecta a la responsabilidad internacional de los Estados, ésta no cuenta aún con un cuerpo escrito de reglas aprobado por la comunidad internacional, pues este trabajo está en vías de realización en el seno de las Naciones Unidas. Su aplicación se basa actualmente en principios ya aceptados por la costumbre y la jurisprudencia internacionales, así como en la doctrina que sobre el particular han desarrollado diversos autores. Sin embargo, resulta de gran importancia apoyar los trabajos de codificación que se están realizando, ya que existen áreas que todavía están sujetas a controversia.

En resumen, podría señalarse que en el ejercicio de la asistencia y la protección a los nacionales en el exterior, concurren cuatro marcos jurídicos que dan el sustento legal necesario: el multilateral, el del Estado de origen de los nacionales, el del Estado de recepción de los mismos y el bilateral. El multilateral se refiere a las diversas convenciones internacionales vigentes, aplicables al tema que nos ocupa, que han sido suscritos por los Estados involucrados, así como a los principios generales de Derecho Internacional sobre el particular; el del Estado de origen de los nacionales se refiere a las disposiciones que éste determine con relación a quiénes se definen como nacionales y a las que regulen el ejercicio de la protección a sus nacionales en el exterior; el del Estado de recepción de los nacionales incluye las disposiciones legales respecto al trato de los extranjeros y sus intereses en su territorio y, en general, todas las que sean aplicables a tales extranjeros, aunque no estén expresamente dirigidas a ellos; el marco bilateral se refiere a los acuerdos que hayan pactado los dos Estados involucrados sobre la protección de sus nacionales en el territorio del otro.