



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.692/Add.1
16 de junio de 2006

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
58º período de sesiones
Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y
3 de julio a 11 de agosto de 2006

**PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL SOBRE LA LABOR REALIZADA
EN SU 58º PERÍODO DE SESIONES**

Relatora: Sra. Hanqin XUE

Capítulo IV

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Adición

ÍNDICE

- E. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática
 - 2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

E. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática

...

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

1. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1) La redacción de los artículos sobre la protección diplomática se consideró inicialmente como parte del estudio sobre la responsabilidad de los Estados. En efecto, el primer Relator sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. F. V. García Amador, incluyó una serie de proyectos de artículo sobre el particular en los informes que presentó en 1956 y 1961¹. En la codificación posterior de la responsabilidad de los Estados se prestó poca atención a la protección diplomática y en el texto definitivo del proyecto de artículos sobre el tema se afirma expresamente que los dos elementos centrales de la protección diplomática -la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos- serían examinados en detalle por la Comisión en otro marco². No obstante, hay una estrecha conexión entre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado y el presente proyecto de artículos. Muchos de los principios que figuran en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado guardan relación con la protección diplomática y, por consiguiente, no se repetirán en esta ocasión. Esto se aplica en particular a las disposiciones que tratan de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. El Estado responsable del daño causado a un nacional extranjero está obligado a poner fin al comportamiento ilícito y a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Esta reparación puede adoptar la forma de restitución, de indemnización o de satisfacción, de un modo separado o conjuntamente. Todas estas

¹ *Anuario...*, 1956, vol. II, págs. 171 a 227, *Anuario...*, 1957, vol. II, págs. 113 a 140, *Anuario...*, 1958, vol. II, págs. 51 a 79, *Anuario...*, 1959, vol. II, págs. 1 a 39, *Anuario...*, 1960, vol. II, págs. 40 a 66, y *Anuario...*, 1961, vol. II, págs. 1 a 60.

² *Ibíd.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, comentario al artículo 44, notas de pie de página 722 y 726.

cuestiones se tratan en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos³.

2) La protección diplomática pertenece al tema del "Trato de los extranjeros". Sin embargo no se intenta abordar las normas primarias a este respecto, es decir, las que rigen el trato de la persona y los bienes de los extranjeros, cuya violación da lugar a la responsabilidad para con el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada. En lugar de ello, el presente proyecto de artículos se limita solamente a las normas secundarias, a saber, las que se refieren a las condiciones que deben satisfacerse para presentar una petición de protección diplomática. En general, se trata de las normas que rigen la admisibilidad de las reclamaciones. El artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado establece lo siguiente:

"La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas."

El presente proyecto de artículos da contenido a esa disposición al tratar con detalle las normas relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y al agotamiento de los recursos internos.

3) El presente proyecto de artículos no se ocupa de la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes, generalmente denominada "protección funcional". Si bien hay semejanzas entre la protección funcional y la protección diplomática, existen también importantes diferencias. La protección diplomática es un mecanismo concebido para obtener reparación por un perjuicio sufrido

³ Artículos 28, 30, 31 y 34 a 37. Gran parte del comentario sobre la indemnización (art. 36) está dedicado a un examen de los principios que se aplican a las reclamaciones relativas a la protección diplomática.

por el nacional de un Estado, sobre la base en buena parte del principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado. La protección funcional, en cambio, es una institución destinada a favorecer el buen funcionamiento de una organización internacional garantizando el respeto a sus agentes y su independencia. Esas diferencias, han hecho que la Comisión llegara a la conclusión de que la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes no debe formar parte de un proyecto de artículos sobre la protección diplomática. La cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que es agente de una organización internacional fue resuelta por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*: "En ese caso, no existe una norma jurídica que asigne prioridad a una reclamación o a la otra, o que obligue al Estado o a la organización a abstenerse de entablar una reclamación internacional. La Corte no ve por qué razón las partes interesadas no podrían hallar soluciones inspiradas por la buena voluntad y el sentido común..."⁴.

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Definición y alcance

A los efectos del presente proyecto de artículos, la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.

⁴ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174, especialmente págs. 185 y 186.

Comentario

- 1) En el artículo 1 no se pretende en absoluto dar una definición completa y general de la protección diplomática. En cambio, esa disposición describe las características principales de la protección diplomática en el sentido en que se emplea la expresión en los presentes artículos.
- 2) En derecho internacional, un Estado es responsable del daño que cause a un extranjero por una acción o una omisión ilícitas. La protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada para garantizar la protección de esa persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El presente proyecto de artículos se ocupa sólo de las normas que regulan las circunstancias en que puede ejercerse la protección diplomática y las condiciones que deben darse para ejercerla. No trata de definir ni describir los hechos internacionalmente ilícitos que dan origen a la responsabilidad del Estado por un perjuicio causado a un extranjero. El proyecto de artículos, lo mismo que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁵, mantiene la distinción entre normas primarias y secundarias y trata sólo de estas últimas.
- 3) La protección diplomática se considera a veces como un derecho exclusivo del Estado, en el sentido de que un Estado ejerce la protección diplomática por derecho propio por estimarse que el daño causado a uno de sus nacionales es un daño causado al Estado mismo. Este planteamiento se deriva, en primer lugar, de la afirmación hecha en 1758 por el jurista suizo Emmerich de Vattel según la cual "quien maltrate a un ciudadano lesiona indirectamente al Estado, el cual debe protegerlo"⁶ y, en segundo lugar, de un pronunciamiento jurisdiccional emitido por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924 en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, según el cual "al asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el

⁵ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 77, comentario general, párrs. 1) a 3).

⁶ *El derecho de gentes* (1758), cap. VI, pág. 136.

derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional"⁷. Obviamente es una ficción -y una exageración⁸- afirmar que un daño causado a un nacional es un daño causado al Estado mismo. Muchas de las normas de la protección diplomática contradicen la exactitud de esa ficción, en especial la regla de la continuidad de la nacionalidad que exige que un Estado pruebe que el nacional lesionado sigue siendo su nacional después del perjuicio mismo y hasta la fecha de la presentación de la reclamación. "En realidad" -para citar el asunto *Mavrommatis*-, el Estado no hace valer sólo su propio derecho. "En realidad" hace valer también el derecho de su nacional lesionado. Aunque esto se aprecia claramente hoy en día, puesto que existen muchas normas e instrumentos de derecho internacional que confieren derechos primarios al individuo, no fue siempre así.

4) En los primeros años del derecho internacional el individuo no tenía cabida ni derechos en el orden jurídico internacional. No existían normas primarias que protegieran al individuo, excepto tal vez las emanadas de la prohibición de la esclavitud. Por consiguiente, el único modo de proteger a un nacional lesionado en el extranjero era sólo mediante una ficción, la ficción de que un perjuicio causado al nacional era un perjuicio al Estado mismo. Sin embargo, esa ficción no era más que un medio para alcanzar un fin, el fin de la protección de los derechos de un nacional lesionado. En la actualidad, la situación ha cambiado radicalmente. El individuo, aunque no es todavía sujeto pleno de derecho internacional, es sujeto de muchas normas primarias de derecho internacional, de carácter tanto consuetudinario como convencional, que lo protegen en su país contra su propio gobierno y en el extranjero contra los gobiernos extranjeros. Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en los asuntos *La Grand*⁹ y *Avena*¹⁰. Esta protección no se limita a los derechos personales. Los tratados bilaterales sobre

⁷ (*Grecia c. Reino Unido*) *P.C.I.J. Reports 1924, Series A*, N° 2, pág. 12. La Corte Permanente de Justicia Internacional reiteró ese pronunciamiento jurisdiccional en el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, (*Estonia c. Lituania*), *P.C.I.J. Reports 1939, Series A/B*, N° 76, pág. 16.

⁸ J. L. Brierly, *The Law of Nations* (1963), págs. 276 y 277.

⁹ (*Alemania c. Estados Unidos*) *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, especialmente párrs. 76 y 77.

¹⁰ (*México c. Estados Unidos*) *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, especialmente párr. 40.

inversiones confieren derechos y protección a las personas tanto naturales como jurídicas con respecto a sus derechos patrimoniales. Esto no significa que se pueda prescindir de la ficción creada en el asunto *Mavrommatis*. El individuo puede ser titular de derechos en virtud del derecho internacional, pero las vías de recurso son pocas. La protección diplomática ejercida por un Estado en el plano interestatal sigue siendo una importante vía de recurso para la protección de las personas cuyos derechos humanos han sido violados en el extranjero.

5) El artículo 1 está redactado de manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional, o ambas cosas. Considera la protección diplomática desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado y subraya que es un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el perjuicio causado al nacional de resultas de un hecho internacionalmente ilícito.

6) El artículo 1 se ajusta deliberadamente a la terminología de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹¹. Describe la protección diplomática como la invocación de la responsabilidad de un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito con respecto a un nacional de otro Estado por el Estado del que esa persona es nacional, con miras a hacer efectiva la responsabilidad. En cuanto reclamación presentada en relación con la responsabilidad del Estado, es una reclamación interestatal aunque pueda tener como resultado hacer valer los derechos de que goza el nacional lesionado en virtud del derecho internacional.

7) Como el artículo 1 tiene, por naturaleza, carácter definitorio, no comprende excepciones. Por consiguiente, esta disposición no menciona los apátridas y refugiados, a los que se refiere el artículo 8. No obstante, el artículo 3 deja bien sentado que la protección diplomática se puede ejercer con respecto a esas personas.

¹¹ Véase el capítulo I de la tercera parte, titulado "Invocación de la responsabilidad del Estado" (arts. 42 a 48). La tercera parte se titula "Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado".

8) La protección diplomática debe ejercerse por medios legítimos y pacíficos. Varias resoluciones judiciales distinguen entre la "acción diplomática" y los "procedimientos judiciales" al describir las medidas que puede adoptar un Estado cuando recurre a la protección diplomática¹². El artículo 1 mantiene esa distinción, pero va más allá al subsumir el procedimiento judicial en "otros medios de solución pacífica". La "acción diplomática" comprende todos los procedimientos legítimos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de controversias. "Otros medios de solución pacífica" abarcan todos los modos lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial. El uso de la fuerza, prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no es un método permisible para hacer valer el derecho de protección diplomática.

9) La protección diplomática se puede ejercer mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica. Se distingue de la asistencia consular en que es ejercida por los representantes políticos del Estado -el embajador, un agente diplomático, el ministro de relaciones exteriores o el ministro de justicia- en nombre del Estado, conforme a una norma de derecho internacional general, mientras que, en la mayoría de los casos, la asistencia consular es prestada por funcionarios consulares que velan por los intereses de particulares, conforme a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La protección diplomática es fundamentalmente compensatoria y tiene por objeto reparar el hecho internacionalmente ilícito cometido, mientras que la asistencia consular es en gran parte preventiva y tiene como fin impedir que el nacional sea víctima de un hecho internacionalmente ilícito.

10) Aunque es posible en teoría distinguir entre protección diplomática y asistencia consular, en la práctica ello resulta difícil. El requisito del agotamiento de los recursos internos lo pone claramente de manifiesto. Es evidente que no hay necesidad de agotar los recursos internos en el caso de la asistencia consular, puesto que esa asistencia tiene lugar

¹² Asunto *The Mavrommatis Palestine Concessions*, ibíd.; asunto *Panevezyś-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J. Reports, Series A/B*, N° 76, pág. 4, especialmente pág. 16; asunto *Nottebohm*, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 24.

antes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Lógicamente, como la protección diplomática se plantea sólo después de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, parecería que es necesario agotar siempre los recursos internos, sin perjuicio de las excepciones enumeradas en el artículo 15, antes de ejercer la protección diplomática. En la práctica, sin embargo, no siempre ocurre así. A veces, los Estados interceden en favor de nacionales respecto de los cuales se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito antes de que se hayan agotado los recursos internos¹³.

Esto parece indicar que hay una zona poco definitiva entre la protección diplomática y la asistencia consular¹⁴. Ello no es sorprendente puesto que el fin de ambos mecanismos es ofrecer protección a los nacionales en el extranjero. Además, la distinción entre las

¹³ Véase *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law the United States* (1987), párr. 703 d).

¹⁴ Los asuntos *La Grand (Alemania c. Estados Unidos)* I.C.J. Reports 2001, pág. 466, párrs. 75 a 77 y *Avena (México c. Estados Unidos)* I.C.J. Reports 2004, pág. 12, párr. 40, en los cuales se invocaron tanto la asistencia consular como la protección diplomática, pone de manifiesto que la distinción entre protección diplomática y asistencia consular no está clara. En los dos asuntos, el Estado demandante, Alemania y México, respectivamente, presentaron su demanda contra los Estados Unidos en razón de que este último país no había informado a sus nacionales de los derechos que les correspondían en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963, pero en ambos asuntos el Estado demandante exigió reparación por medio de la protección diplomática por el daño causado por un hecho internacionalmente ilícito. Otro ejemplo de la confusión que rodea a la distinción entre la protección diplomática y la asistencia consular es una disposición del artículo I-10 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (*Diario Oficial de la Unión Europea*, vol. 47 N° C 310, de 16 de diciembre de 2004, especialmente págs. 13 y 14), que en el apartado c) del párrafo 2 dispone: "Los ciudadanos de la Unión [...] tienen el derecho [...] de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado." Si bien este artículo se refiere a la vez a la asistencia consular y la protección diplomática, se deduce claramente de la naturaleza y las condiciones de la protección diplomática que esa disposición tiene por objeto conferir sólo un derecho de asistencia consular. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado miembro de la Unión Europea en nombre de un nacional de otro Estado miembro de dicha Unión frente a un Estado no miembro de la Unión Europea no sería oponible a este último Estado. Además, la ciudadanía de la Unión Europea no tiene la misma naturaleza jurídica que la nacionalidad, como se ha señalado en diversos documentos de la Unión (véase la Directiva 2004/38/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2005, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión. *Diario Oficial de la Unión Europea*, vol. 47, N° L 158, de 30 de abril de 2004, especialmente págs. 77 a 123) y, por consiguiente no se cumple el requisito de la nacionalidad, que es una condición del ejercicio de la protección diplomática.

funciones diplomáticas y las funciones consulares en el servicio exterior de muchos países no está clara.

11) En vista de lo que antecede, el artículo 1 no trata de distinguir entre protección diplomática y asistencia consular. El proyecto de artículos establece las condiciones del ejercicio de la protección diplomática que no son aplicables a la asistencia consular. Esto quiere decir que deben considerarse las circunstancias de cada caso para determinar si se trata de la protección diplomática o de asistencia consular.

12) El artículo 1 deja en claro la cuestión, ya planteada en el comentario general¹⁵, de que los presentes artículos se ocupan sólo del ejercicio de la protección diplomática por un Estado y no de la protección dada por una organización internacional a sus agentes, reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*¹⁶.

13) La protección diplomática comprende principalmente la protección de los nacionales que no se ocupan de asuntos internacionales oficiales en nombre del Estado. Esos funcionarios están protegidos por otras normas e instrumentos de derecho internacional, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961¹⁷, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963¹⁸. Ahora bien, las normas relativas a la protección diplomática se aplican a los agentes diplomáticos o a los funcionarios consulares que sufran un daño en relación con actividades realizadas fuera de sus funciones oficiales, como, por ejemplo, en el caso de la expropiación sin indemnización de bienes que son de propiedad privada de un agente diplomático en el país ante el que está acreditado.

14) En la mayoría de los casos, el vínculo de nacionalidad entre el Estado y la persona lesionada es el que da origen al ejercicio de la protección diplomática, cuestión que se trata

¹⁵ Véase el comentario general *supra*, párr. 3).

¹⁶ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174.

¹⁷ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, pág. 162.

¹⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, pág. 392.

en los artículos 4 y 9. El término "nacional" de este artículo comprende tanto las personas físicas como las jurídicas. Más adelante en el proyecto de artículos se hace una distinción entre las normas por que se rigen las personas físicas y las jurídicas y, en caso necesario, los dos conceptos se tratan por separado.

Artículo 2

Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) El artículo 2 se basa en la idea de que la protección diplomática supone la invocación -en el plano interestatal- por un Estado de la responsabilidad de otro Estado por un daño causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a un nacional del primer Estado. Reconoce que es el Estado el que inicia y ejerce la protección diplomática; que el Estado es la entidad a la que corresponde el derecho a presentar la reclamación. Ello sin perjuicio de quien sea el titular de los derechos que el Estado pretende hacer valer en el proceso, bien su propio derecho, o bien los derechos del nacional lesionado en cuyo nombre actúa. Como el artículo 1¹⁹, es neutral a este respecto.

2) El Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, pero no tiene el deber ni la obligación de hacerlo. El derecho interno de un Estado puede obligarlo a prestar protección diplomática a un nacional, pero el derecho internacional no impone esa obligación. La tesis fue claramente expuesta por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*:

"... dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado está haciendo valer.

Si las personas naturales o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus

¹⁹ Véase el comentario al artículo 1, párrs. 3) a 5).

derechos no están suficientemente protegidos, no existe recurso en el derecho internacional. Todo lo que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para ello, con objeto de promover su causa y obtener desagravio... El Estado debe ser considerado como único juez para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede estar determinado por consideraciones políticas o de otra índole, que no guardan relación con el caso en particular."²⁰

3) La opinión según la cual incumbe al Estado, en virtud del derecho interno o el derecho internacional, algún tipo de obligación, por limitada que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando han sido víctimas de una violación grave de sus derechos humanos encuentra cierto apoyo en las leyes nacionales²¹ y en las resoluciones judiciales²². Por consiguiente, el artículo 19 establece que un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática "*debería...* [considerar] debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave" (la cursiva es nuestra). Así pues, el derecho discrecional de un Estado a ejercer la protección diplomática debería interpretarse en relación con el artículo 19, que trata de atenuar el carácter absoluto del derecho del Estado a este respecto.

4) El artículo 2 versa sobre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. No pretende describir la correspondiente obligación del Estado demandado a examinar el ejercicio de la protección diplomática por un Estado de conformidad con los presentes artículos. Sin embargo, esto se debe considerar implícito.

²⁰ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 44.

²¹ Véase el primer informe del Relator Especial para el tema de la protección diplomática, documento A/CN.4/506, párrs. 80 a 87.

²² Asunto *Rudolf Hess*, *I.L.R.*, vol. 90, pág. 387; *Abbasi v. Secretary of State Foreign and Commonwealth Affairs* [3003] EWCA Civ. 1598; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC), *I.L.M.*, vol. 44 (2005), pág. 173.

Segunda Parte

NACIONALIDAD

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3

Protección por el Estado de la nacionalidad

1. El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad.
2. No obstante en lo dispuesto en el párrafo 1, la protección diplomática podrá ejercerla un Estado con respecto a una persona que no sea nacional del mismo, de conformidad con el proyecto de artículo 8.

Comentario

- 1) Mientras que el artículo 2 afirma el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática, el artículo 3 deja bien sentado el principio de que el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada tiene derecho, aunque no está obligado, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. El acento en este artículo se carga en el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el nacional, que da derecho al Estado a ejercer la protección diplomática. Este vínculo difiere según se trate de personas naturales o personas jurídicas. Por consiguiente, se dedican capítulos distintos a estos diferentes tipos de personas.
- 2) El párrafo 2 reconoce que en algunas circunstancias la protección diplomática puede ser ejercida con respecto a los no nacionales. El artículo 8 prevé esa protección en el caso de los apátridas y los refugiados.

Capítulo II

PERSONAS NATURALES

Artículo 4

Estado de la nacionalidad de una persona natural

A los efectos de la protección diplomática de una persona natural, se entiende por Estado de la nacionalidad un Estado cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona, de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la naturalización, la sucesión de Estados o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Comentario

- 1) El artículo 4 define el Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de las personas naturales. Esta definición se basa en dos principios: en primer lugar, que corresponde al Estado de la nacionalidad determinar, de conformidad con su derecho interno, quién reúne los requisitos para obtener su nacionalidad; en segundo lugar, que hay límites impuestos por el derecho internacional para la concesión de la nacionalidad. El artículo 4 ofrece también una lista no exhaustiva de elementos de conexión que suelen constituir motivos válidos para conceder la nacionalidad.
- 2) El principio de que incumbe a cada Estado decidir quiénes son nacionales suyos ha sido respaldado por la jurisprudencia y la práctica convencional. En 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró en el asunto de los *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*:

"en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad corresponden... en principio, a la esfera de competencia exclusiva."²³

²³ *P.C.I.J. Reports, Series B*, Nº 4, 1923, pág. 24.

Ese principio fue confirmado por el artículo 1 del Convenio de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad:

"Incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos."²⁴

En fecha más reciente, el principio ha sido respaldado por el Convenio Europeo sobre la nacionalidad, de 1997²⁵.

3) Los elementos de conexión para conferir la nacionalidad que se enumeran en el artículo 4 son ilustrativos pero no exhaustivos. No obstante, incluyen los elementos de conexión que los Estados aplican más comúnmente para conceder la nacionalidad: el nacimiento (*jus soli*), la filiación (*jus sanguinis*) y la naturalización. No se incluye el matrimonio con un nacional ya que, en la mayoría de los casos, el matrimonio es insuficiente *per se* para la concesión de la nacionalidad; requiere además un período de residencia, después del cual se confiere la nacionalidad por naturalización. Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición por un cónyuge de la nacionalidad del otro cónyuge pueden surgir problemas con respecto a la compatibilidad de esa adquisición con el derecho internacional²⁶. La nacionalidad también puede adquirirse como consecuencia de la sucesión de Estados²⁷.

4) Los elementos de conexión enumerados en el artículo 4 son los utilizados con más frecuencia por los Estados desarrollados para determinar la nacionalidad. En algunos países, en donde los nacimientos no son inscritos sistemáticamente en el registro, quizá sea

²⁴ *L.N.T.S.*, vol. 179, pág. 89.

²⁵ *E.T.S.*, N° 166, art. 3.

²⁶ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, pág. 13, y el artículo 1 de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, *ibíd.*, vol. 309, pág. 65, que prohíbe la adquisición de la nacionalidad en esos casos. Véase *infra*, párr. 6).

²⁷ Véase los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/54/10)*, párr. 47.

difícil probar la nacionalidad. En esos casos, la residencia puede proporcionar una prueba de nacionalidad aunque no constituya la base para la nacionalidad misma. Sin embargo, un Estado podrá conferir la nacionalidad a esas personas por medio de la naturalización.

5) El artículo 4 no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo o auténtico entre él y su nacional, en el sentido indicado en el asunto *Nottebohm*²⁸, como factor adicional para ejercer la protección diplomática, incluso cuando el nacional sólo posea una nacionalidad. A pesar de la división de opiniones en cuanto a la interpretación de ese asunto, la Comisión estimó que había determinados factores que limitaban la posición adoptada en el asunto *Nottebohm* a los supuestos de hecho de ese asunto, especialmente el de que los vínculos entre el Sr. Nottebohm y Liechtenstein (el Estado demandante) eran "extremadamente tenues"²⁹, en comparación con los estrechos vínculos entre el Sr. Nottebohm y Guatemala (el Estado demandado) durante un período de más de 34 años, lo que llevó a la Corte Internacional de Justicia a afirmar reiteradamente que Liechtenstein "no estaba legitimado para dispensar a Nottebohm protección contra Guatemala"³⁰. Esto indica que la Corte no tenía intención de enunciar una norma general³¹ aplicable a todos los Estados sino sólo una norma según la cual un Estado en la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el Sr. Nottebohm para poder hacer suya su causa frente a Guatemala, con la que

²⁸ En el asunto *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia declaró: "Según la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales y la opinión de los tratadistas, la nacionalidad es el lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social que constituye un vínculo, una comunidad auténtica de vida, intereses y sentimientos, así como la existencia de derechos y deberes mutuos. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a quien se le otorga, bien directamente por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, en la práctica, ligada más estrechamente con la población del Estado otorgante de la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado. Al ser otorgada por un Estado, sólo legitima a éste para ejercer la protección frente a otro Estado si constituye la traducción, en términos jurídicos, de la conexión que tiene con aquél la persona y que lo convierte en nacional suyo" (*I.C.J. Reports 1955*, pág. 23).

²⁹ *Ibíd.*, pág. 25.

³⁰ *Ibíd.*, pág. 26.

³¹ Esta interpretación fue la que dio al asunto *Nottebohm* la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en el asunto *Flegenheimer, I.L.R.* (1958), vol. 25, pág. 148.

el Sr. Nottebohm tenía lazos sumamente estrechos. Además, es necesario tener en cuenta el hecho de que si el requisito del vínculo auténtico propuesto en el asunto *Nottebohm* se aplicara estrictamente, excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, hay millones de personas que han dejado sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquieren, o bien que han adquirido la nacionalidad, por nacimiento o filiación, de Estados con los que tienen una conexión tenue³².

6) Al final del artículo 4 se subraya que la adquisición de la nacionalidad no debe estar en contradicción con el derecho internacional. Aunque un Estado tiene derecho a decidir quiénes son sus nacionales, ese derecho no es absoluto. El artículo 1 del Convenio de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, de 1930, lo confirmó así, matizando la disposición de que "[i]ncumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quiénes serán nacionales suyos" con la salvedad de que "[o]tros Estados reconocerán ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad"³³. Hoy en día, en los convenios, y sobre todo en materia de derechos humanos, se exige a los Estados que observen las normas internacionales al conceder la nacionalidad³⁴. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

³² Véase una argumentación más completa en favor de una limitación del alcance del asunto *Nottebohm* en el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática, documento A/CN.4/506, párrs. 106 a 120.

³³ Véase también el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad.

³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en ello en la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984), en la que dijo que era necesario conjugar armoniosamente, por un lado, la consideración de que la determinación y regulaciones de la nacionalidad eran competencia de cada Estado y, por el otro, "que las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos" (*I.L.R.*, vol. 79, pág. 296).

"Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge."³⁵

7) El artículo 4 reconoce que un Estado contra el que se formule una reclamación en nombre de un nacional extranjero lesionado puede impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad en contra del derecho internacional. El artículo 4 requiere que la nacionalidad se adquiriera de un modo que "no esté en contradicción con el derecho internacional". Esa afirmación subraya que la carga de probar que la nacionalidad se ha adquirido en violación del derecho internacional recaerá sobre el Estado que impugne la nacionalidad de la persona lesionada. El hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el Estado que impugne la nacionalidad es consecuencia del reconocimiento de que debe darse al Estado que confiere la nacionalidad un "margen de apreciación" al decidir la concesión de la nacionalidad³⁶ y de que existe una presunción a favor de la validez de la concesión de la nacionalidad por el Estado³⁷.

8) Cuando una persona adquiere la nacionalidad involuntariamente de una manera que esté en contradicción con el derecho internacional, como en el supuesto de una mujer que al contraer matrimonio adquiere automáticamente la nacionalidad de su marido, en principio debería permitirse que esa persona sea protegida diplomáticamente por su

³⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, pág. 13. Véanse también el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, pág. 123, el artículo 5 d) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Naciones Unidas, *ibíd.*, vol. 660, pág. 195, y el artículo 1 de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, *ibíd.*, vol. 309, pág. 65.

³⁶ Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *I.L.R.*, vol. 79, págs. 302 y 303.

³⁷ R. Y. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, novena edición (1992), pág. 856.

anterior Estado de nacionalidad³⁸. No obstante, si la adquisición de la nacionalidad en ese supuesto da lugar a la pérdida de la nacionalidad anterior de la persona, razones de equidad exigen que el nuevo Estado de la nacionalidad tenga derecho a ejercer la protección diplomática. Esto estaría de acuerdo con la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1971 sobre *Namibia*³⁹ según la cual los derechos personales no deberían resultar afectados por un hecho ilícito cometido por el Estado del que depende la persona.

Artículo 5

Continuidad de la nacionalidad de una persona natural

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que haya sido nacional suyo de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que produjo el perjuicio, siempre que esa persona tuviera la nacionalidad de un Estado predecesor o hubiera perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del primer Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.
3. El actual Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un anterior Estado de la nacionalidad de ésta en razón

³⁸ Véase el artículo 2 de la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 309, pág. 65.

³⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental) no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad), *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, especialmente pág. 56 (párr. 125).

de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del anterior Estado de la nacionalidad y no del actual Estado de la nacionalidad.

4. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que adquiriera la nacionalidad del Estado contra el cual se haya presentado la reclamación después de la fecha de la presentación oficial de ésta.

Comentario

1) Aunque la norma sobre la continuidad de la nacionalidad es una norma bien arraigada⁴⁰, ha sido objeto de abundantes críticas⁴¹ por el motivo de que puede plantear grandes dificultades en los casos en que una persona cambie de nacionalidad por razones que no guarden relación con la presentación de una reclamación diplomática. No se han atendido las sugerencias de que se abandonara esa norma, por temor a que se produjeran abusos y a que ello condujera a la búsqueda de la nacionalidad más favorable o conveniente a los efectos de la protección diplomática ("*nationality shopping*")⁴². Por eso, el artículo 5 mantiene la norma de la continuidad de la nacionalidad, aunque prevé excepciones para los casos en que el resultado de su aplicación sería contrario a la equidad.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en la fecha en que se produjo el perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados y la doctrina no indican claramente que el nacional debe conservar la nacionalidad del Estado demandante entre esas dos fechas, en gran parte

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión de Reclamaciones Internacionales de los Estados Unidos (1951-1954) en el asunto *Kren, I.L.R.*, vol. 20, pág. 233, especialmente pág. 234.

⁴¹ Véase las observaciones del magistrado Sir Gerald Fitzmaurice en el asunto de la *Barcelona Traction, I.C.J. Reports 1970*, págs. 101 y 102; véase asimismo E. Wyler, *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990).

⁴² Véase el pronunciamiento del Superárbitro Parker en *Administrative Decision N° V (United States v. Germany)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 7, pág. 119, especialmente pág. 141 (1925): "Cualquier otra norma abriría la puerta de par en par a los abusos y quizás convertiría a una nación poderosa en una agencia de reclamaciones en beneficio de quienes, tras haber sufrido un perjuicio, cedieran sus reclamaciones a los nacionales de ese Estado o se aprovecharan de sus leyes de naturalización para lograr que se hiciera cargo de sus reclamaciones".

porque en la práctica rara vez se plantea el problema⁴³. Por esas razones el Instituto de Derecho Internacional no se pronunció en 1965 sobre la cuestión de si la continuidad de la nacionalidad era necesaria entre esas dos fechas⁴⁴. Ahora bien, exigir que se pruebe que se tiene la misma nacionalidad en la fecha en que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación sin exigir que esa nacionalidad continúe entre esas dos fechas constituiría una incongruencia. Por eso, como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional, se ha elaborado la norma según la cual la persona perjudicada debe ser nacional de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Se establece, sin embargo, la presunción simple de que la nacionalidad existía en ambas fechas.

3) El primer requisito es que el nacional lesionado sea nacional del Estado demandante en la fecha en que se produjo el perjuicio. No es necesario que la fecha en que se produjo el perjuicio sea una fecha concreta, sino que puede abarcar un lapso de tiempo si el perjuicio consiste en varios actos o en un acto continuo cometido durante un período de tiempo.

4) El segundo requisito temporal que figura en el párrafo 1 es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Hay cierto desacuerdo en la jurisprudencia sobre la fecha hasta la cual se requiere la continuidad de la nacionalidad de la reclamación. Esta incertidumbre procede en gran parte del hecho de que las convenciones que establecieron comisiones mixtas de reclamaciones han utilizado diferente terminología para designar la fecha de la reclamación⁴⁵. La expresión "presentación de la reclamación" es la que se usa con más frecuencia en los tratados, las decisiones judiciales y la doctrina para indicar el último día del plazo o *dies ad quem* requerido para el ejercicio de la protección diplomática. Se ha añadido a esa expresión el término "oficial" para indicar que la fecha

⁴³ H. Briggs "La Protection Diplomatique des Individus en Droit International: La Nationalité des Réclamations", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1965-I), págs. 72 y 73.

⁴⁴ Período de sesiones de Varsovia, 1965, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 51 (1965-II), págs. 260 a 262.

⁴⁵ Véase el pronunciamiento del Superárbitro Parker en *Administrative Decisions N° V (United States v. Germany)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 7, pág. 119, especialmente pág. 143.

de la presentación de la reclamación es la fecha en que se haga la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerce la protección diplomática, en contraposición a los contactos diplomáticos oficiosos y las peticiones informales de información a este respecto.

5) El *dies ad quem* para el ejercicio de la protección diplomática es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, la opinión según la cual la persona deja de ser nacional a los efectos de la protección diplomática si cambia de nacionalidad entre esa fecha y aquella en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia judicial no carece de apoyo⁴⁶. En 2003, un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) resolvió en el asunto *Loewen Group Inc. c. los Estados Unidos*⁴⁷ que "debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación, que es la fecha denominada *dies a quo*, hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive, que es la fecha denominada *dies ad quem*". En cuanto a los hechos, el asunto *Loewen* versaba sobre la situación en que la persona que había pedido la protección cambió de nacionalidad después de la presentación de la reclamación para adquirir la del Estado demandado, supuesto en el cual evidentemente no es posible admitir una petición de protección diplomática, como se establece claramente en el párrafo 4 del artículo 5. Sin embargo, la Comisión no estaba dispuesta a seguir el criterio del tribunal del asunto *Loewen* y adoptar una norma genérica según la cual la nacionalidad debiera mantenerse hasta la fecha en que se resolviese la reclamación⁴⁸. Cabe que una norma de esa índole fuera contraria a los intereses de la persona, puesto que podrían pasar muchos años entre la presentación de la reclamación y su resolución definitiva y quizás fuera injusto penalizar a la persona por el cambio de nacionalidad, por matrimonio o naturalización, durante este período. Al contrario, se da preferencia a la fecha de la presentación oficial de la reclamación como *dies ad quem*.

⁴⁶ *Oppenheim's International Law*, R. Y. Jennings y A. Watts (eds.), novena edición (1992), pág. 512. Asunto *Eschauzier (Great Britain v. Mexico)*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. 5, pág. 207.

⁴⁷ *I.L.M.*, vol. 42 (2003), pág. 811, especialmente párr. 225.

⁴⁸ Para una crítica del asunto *Loewen*, véase J. Paulsson, *Denial of Justice* (2005) págs. 183 y 184.

Esta fecha es significativa por ser la fecha en que el Estado de la nacionalidad manifiesta claramente su intención de ejercer la protección diplomática, un hecho que hasta ese momento era incierto. Además, es la fecha en que debe determinarse la admisibilidad de la reclamación. Esa determinación no podría dejarse hasta la fecha posterior de la resolución de la reclamación, la del pronunciamiento del laudo.

6) El término "reclamación", que figura en los párrafos 1, 2 y 4, comprende tanto una reclamación presentada por conducto diplomático como una reclamación presentada ante un órgano jurisdiccional. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación. Esta cuestión se trata más detenidamente en el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, y en su comentario⁴⁹.

7) Aunque la Comisión decidió que era necesario mantener la norma de continuidad de la nacionalidad, convino también en que era preciso hacer excepciones a esa norma. En consecuencia, el párrafo dispone que un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación aunque no lo era en el momento del perjuicio, siempre que se den tres condiciones: en primer lugar, que la persona que solicite la protección diplomática tenga la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior; en segundo lugar, que la persona haya adquirido la nacionalidad de otro Estado por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación; y, en tercer lugar, que la adquisición de la nueva nacionalidad se haya producido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

8) El párrafo 2 versa sobre los supuestos en que la persona lesionada ha perdido su nacionalidad anterior, voluntaria o involuntariamente. En el caso de la sucesión de Estados y, posiblemente, de la adopción y el matrimonio cuando el cambio de nacionalidad sea obligatorio, la nacionalidad se perderá involuntariamente. En el de otros cambios de

⁴⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, pág. 327.

nacionalidad, el elemento de la voluntad no resulta tan claro. Por razones de esta índole, el párrafo 2 no requiere que la pérdida de la nacionalidad haya sido involuntaria.

9) En el caso de la sucesión de Estados, este párrafo se limita a la cuestión de la continuidad de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. No pretende regular la sucesión en materia de nacionalidad, cuestión a la que se refieren los artículos de la Comisión relativos a la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados⁵⁰.

10) Como se ha indicado anteriormente⁵¹, el temor de que una persona pueda cambiar deliberadamente de nacionalidad a fin de adquirir la de un Estado más dispuesto y capaz para interponer una reclamación diplomática en su nombre es la base de la norma sobre la continuidad de la nacionalidad. La segunda condición que figura en el párrafo 2 tiene en cuenta ese temor al determinar que la persona respecto de la cual se ejerza la protección diplomática debe haber adquirido su nueva nacionalidad por alguna razón no relacionada con la presentación de la reclamación. Esta condición tiene por objeto limitar las excepciones a la norma de la continuidad de la nacionalidad a los casos que implican la imposición forzosa de la nacionalidad, como los de que la persona haya adquirido la nueva nacionalidad como consecuencia necesaria de factores como el matrimonio, la adopción o la sucesión de Estados. La excepción que establece el párrafo 2 no se aplicará cuando la persona haya adquirido una nueva nacionalidad por razones comerciales relacionadas con la presentación de la reclamación.

11) La tercera condición que debe cumplirse para que la norma de la continuidad de la nacionalidad no se aplique es que la nueva nacionalidad se haya adquirido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. Esta condición debe leerse conjuntamente con el artículo 4.

12) El párrafo 3 añade otra salvaguardia contra el abuso de la suspensión de la norma de la continuidad de la nacionalidad. La protección diplomática no podrá ejercerse por el

⁵⁰ Aprobados por la Comisión en 1999, véase *Anuario...*, 1999, vol. II (segunda parte), párr. 47.

⁵¹ Véase el párrafo 1) del comentario a este proyecto de artículo.

nuevo Estado de la nacionalidad frente al Estado de la nacionalidad anterior de la persona lesionada en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de la nacionalidad.

13) El párrafo 4 dispone que si una persona respecto de la cual se presente una reclamación pasa a ser nacional del Estado demandado después de la presentación de la reclamación, el Estado demandante pierde su derecho a seguir adelante con la reclamación, ya que en tal caso se requeriría en realidad al Estado demandado que pagara una indemnización a su propio nacional. Esa fue la situación en el asunto *Loewen Group Inc c. Estados Unidos de América*⁵² y en varios otros asuntos⁵³; en los que se resolvió que un cambio de nacionalidad producido después de la presentación de la reclamación impedía su continuación. En la práctica, en la mayoría de casos de este tipo el Estado demandante retirará su reclamación, a pesar de que, con arreglo a la ficción proclamada en el asunto *Mavrommatis*, la reclamación es del Estado y el fin de la reclamación es obtener reparación por el perjuicio causado al Estado en la persona de su nacional⁵⁴. El Estado demandante también puede decidir retirar su reclamación cuando la persona lesionada llega ser nacional de un tercer Estado después de la presentación de la reclamación. Si la persona lesionada ha conservado de mala fe la nacionalidad del Estado reclamante hasta la fecha de la presentación de la reclamación y después adquiere la nacionalidad de un tercer Estado, será necesario por equidad dar por terminada la reclamación, pero la carga de la prueba recaerá en el Estado demandado.

14) El artículo 5 deja abierta la cuestión si los herederos de un nacional lesionado, que muera como consecuencia del perjuicio o a raíz del mismo, pero antes de la presentación oficial de la reclamación, pueden ser protegidos por el Estado de la nacionalidad de la

⁵² *I.L.M.*, vol. 42 (2003), pág. 811.

⁵³ Asunto *Ebenezer Barston*, en G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5 (1943), pág. 805; asunto *Executors of F. Lederer*, en *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol. 3, pág. 763; asunto *Hawaiian Claims*, en F. K. Nielson, *America and British Claims Arbitration* (1926), pág. 30; asunto *Chopin* en *French and American Claims Commission, 1880-1884*, vol. 60, Records of Claims; asunto *Gribble*, Report of Robert S. Hale Esq. [1873, part. II, vol. III] U.S. Foreign Relations 14 (1874).

⁵⁴ Véase el comentario al artículo 1, párr. 3).

persona lesionada si tienen la nacionalidad de otro Estado. Las decisiones judiciales sobre esta cuestión, aunque no son concluyentes puesto que la mayoría de ellas versan sobre la interpretación de tratados determinados, tienden a respaldar la posición según la cual el Estado de la nacionalidad de la persona fallecida no puede presentar una reclamación si el heredero tiene la nacionalidad de un tercer Estado⁵⁵. Cuando el heredero tiene la nacionalidad del Estado demandado es evidente que no se puede presentar tal reclamación⁵⁶. La opinión según la cual si el nacional lesionado muere antes de la presentación oficial de la reclamación ésta puede continuar por haber adquirido carácter nacional cuenta con cierto apoyo⁵⁷. Aunque podía parecer que razones de equidad apoyan esa posición, a veces ha sido rechazada⁵⁸. La actitud poco concluyente de la doctrina hace que sea desaconsejable proponer una norma sobre este punto.

Artículo 6

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional.
2. Dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad.

⁵⁵ Asunto *Eschauzier*, U.N.R.I.A.A., vol. V, pág. 207; asunto *Kren*, I.L.R., vol. 20, pág. 233; asunto *Gleadell (Gran Bretaña c. México)*, U.N.R.I.A.A., vol. V, pág. 44; pero véase en sentido contrario, asunto *Straub*, I.L.R., vol. 20, pág. 228.

⁵⁶ Asunto *Stevenson (Gran Bretaña c. Venezuela)*, U.N.R.I.A.A., vol. IX, pág. 494; asunto *Bogovic*, I.L.R., vol. 21, pág. 156; asunto *Executors of F. Lederer (deceased) v. German Government*, *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol. 3, pág. 762.

⁵⁷ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (1919), pág. 628; asunto *Straub*, I.L.R., vol. 20, pág. 228.

⁵⁸ Asunto *Eschauzier (Great Britain v. Mexico)* U.N.R.I.A.A., vol. V, pág. 207, especialmente pág. 209.

Comentario

1) La doble o múltiple nacionalidad es un hecho de la vida internacional. Una persona puede adquirir más de una nacionalidad como consecuencia de la aplicación paralela de los principios del *jus soli* y del *jus sanguinis* o de la obtención de la nacionalidad mediante naturalización, o de cualquier otro modo conforme a lo dispuesto en el artículo 4, que no implique la renuncia a la nacionalidad anterior. Aunque la legislación a algunos Estados no permite que sus nacionales sean nacionales de otros Estados, el derecho internacional no prohíbe la doble o múltiple nacionalidad: de hecho tal tipo de nacionalidad fue aprobada en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1930 concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, que dispone que:

"... una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea."

Por consiguiente, es necesario abordar la cuestión del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad respecto de la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad. El artículo 6 se limita al ejercicio de la protección diplomática por uno o por todos los Estados del que la persona lesionada es nacional frente a un Estado del que esa persona no es nacional. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad se rige por el artículo 7.

2) El párrafo 1 permite a un Estado de la nacionalidad ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, incluso cuando esa persona sea nacional de uno o varios otros Estados. Al igual que en el artículo 4, no se exige un vínculo auténtico o efectivo entre el nacional y el Estado que ejerce la protección diplomática.

3) Aunque existe apoyo a la exigencia de un vínculo auténtico o efectivo entre el Estado de la nacionalidad y la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad en el caso del ejercicio de la protección diplomática frente a un Estado del que la persona lesionada no sea nacional, tanto en las decisiones arbitrales⁵⁹ como en las codificaciones⁶⁰ no se exige

⁵⁹ Véase la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral Mixto yugoslavo-húngaro en el asunto *de Born*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, asunto N° 205, de 12 de julio de 1926.

mayoritariamente tal condición. En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral sostuvo que Egipto no podía aducir el hecho de que la persona lesionada tuviese efectivamente la nacionalidad persa frente a una reclamación de los Estados Unidos, otro Estado de la nacionalidad. El tribunal afirmó que:

"La norma de derecho internacional [es la de que] en el caso de doble nacionalidad una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso remitiéndose a la nacionalidad de la otra Potencia."⁶¹

Esta norma se ha seguido en otros casos⁶² y ha sido reafirmada en época más reciente por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁶³. La decisión de la Comisión de no exigir un vínculo auténtico o efectivo en esas circunstancias es razonable. A diferencia de la situación en la que un Estado de la nacionalidad formula una reclamación contra otro Estado de la nacionalidad respecto de una persona que tenga doble nacionalidad, no hay un conflicto de nacionalidades cuando un Estado de la nacionalidad trata de proteger a una persona que tenga doble nacionalidad frente a un tercer Estado.

⁶⁰ Véase el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930 concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad; la resolución sobre "*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*" (El carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado en razón de un daño sufrido por un individuo) adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Varsovia en 1965: *Résolutions de l'Institut de Droit International, 1957-1991* (1992), pág. 56 (art. 4 b)); 1960 *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, art. 23 3), en L. B. Sohn y R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens" *A.J.I.L.* (1961), vol. 55, pág. 548; y García Amador, tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, en *Anuario...*, 1958, vol. II, pág. 66, documento A/CN.4/111 (art. 21 3)).

⁶¹ Laudo de 8 de junio de 1932, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1165, especialmente pág. 1188.

⁶² Véanse las decisiones de la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en la reclamación *Mergé* de 10 de junio de 1955, *I.L.R.* (1955), vol. 22, pág. 443, especialmente pág. 456, la reclamación *Vereano*, decisión N° 172, de 17 de mayo de 1957, *I.L.R.* (1957), vol. 24, págs. 464 y 465; y la reclamación *Stankovic*, de 26 de julio de 1963, *I.L.R.* (1963), vol. 40, pág. 155.

⁶³ Véase *Dallal v. Iran*, *I.U.S.C.T.R.* (1983), vol. 3, pág. 23.

4) En principio, no hay motivo para que dos Estados de la nacionalidad no puedan ejercer conjuntamente un derecho atribuido a cada uno de ellos. Por consiguiente, en el párrafo 2 se reconoce que dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a un Estado del que esa persona no sea nacional. Si bien el Estado responsable no puede oponerse a tal reclamación presentada por dos o más Estados que actúan simultáneamente y de concierto, puede suscitar objeciones cuando los Estados reclamantes formulan reclamaciones separadas bien ante el mismo foro o ante foros diferentes o cuando un Estado de la nacionalidad formula una reclamación después de que otro Estado de la nacionalidad haya recibido ya satisfacción respecto de esa reclamación. También pueden surgir problemas cuando un Estado de la nacionalidad renuncia al derecho a la protección diplomática mientras que otro Estado de la nacionalidad persevera en su reclamación. Es difícil codificar las normas que regulan diversas situaciones de este tipo. Dichas situaciones deben tratarse de conformidad con los principios generales del derecho reconocidos por los tribunales nacionales e internacionales concernientes a la satisfacción de las reclamaciones conjuntas.

Artículo 7

Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

El Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Comentario

1) El artículo 7 trata del ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad ante otro Estado de la nacionalidad. Mientras que el artículo 6, que se refiere a una reclamación con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad contra un Estado del que dicha persona no es nacional, no requiere que haya un vínculo

efectivo entre el Estado reclamante y el nacional de ese Estado, el artículo 7 exige que el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es predominante, tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2) Hubo un tiempo en que los partidarios de la norma de la no responsabilidad, según la cual un Estado de la nacionalidad no puede presentar una reclamación con respecto de una persona que tenga doble nacionalidad contra otro Estado de la nacionalidad, eran numerosos. En 1930, el Convenio de La Haya concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad decía en su artículo 4:

"Un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea."⁶⁴

En posteriores propuestas de codificación se adoptó un enfoque similar⁶⁵ y también se apoyó esa posición en laudos arbitrales⁶⁶. En 1949, en su opinión consultiva acerca del asunto relativo a la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la

⁶⁴ Véase también el artículo 16 a) del proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de extranjeros, *A.J.I.L.* (1929), vol. 23, *Special Supplement* 22.

⁶⁵ Véase el párrafo 5 del artículo 23 del proyecto de convención de Harvard de 1960 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los intereses económicos de los extranjeros, *A.J.I.L.* (1961), vol. 55, pág. 545; el apartado a) del artículo 4 de la resolución sobre "*Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu*" aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia de 1965, *Résolutions de l'Institut de Droit International*, 1957-1991 (1992), pág. 56; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1985 (II), págs. 260 a 262.

⁶⁶ Véase el asunto *Alexander* (1898) Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, pág. 2529 (Comisión de Reclamaciones Británico-estadounidense); el asunto *Oldenbourg*, *Decisions and Opinions of Commissioners*, 5 de octubre de 1929 a 15 de febrero de 1930, pág. 97, y el asunto *Honey*, *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, posteriores al 15 de febrero de 1930, pág. 13 (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana) citados en Z. R. Rode, "Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality", *A.J.I.L.* (1959); vol. 53, págs. 140 y 141; y asunto *Adams and Blackmore*, decisión N° 64, de 3 de julio de 1931, *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, págs. 216 y 217 (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana).

Corte Internacional de Justicia calificó de "práctica corriente" la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran⁶⁷.

3) Sin embargo, incluso antes de 1930 había decisiones arbitrales que sostenían otra posición, a saber que el Estado de la nacionalidad dominante o efectiva podía emprender acciones legales con respecto a un nacional frente a otro Estado de la nacionalidad⁶⁸. Esta jurisprudencia sirvió de base a la Corte Internacional de Justicia en otro contexto en el asunto *Nottebohm*⁶⁹ y recibió la aprobación explícita de la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en el asunto *Mergé* en 1955. En este caso esa Comisión de Conciliación afirmó lo siguiente:

"El principio basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en caso de doble nacionalidad, debe dar precedencia al principio de la nacionalidad efectiva siempre que esa nacionalidad sea la del Estado reclamante. Pero no se dará la precedencia cuando no se demuestre ese predominio, porque el primero de estos dos principios es generalmente reconocido y puede

⁶⁷ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 186.

⁶⁸ Asunto *James Louis Drummond Knapp*, *P.C. Rep.*, vol. 2, pág. 295, *Eng. Rep.*, vol. 12, pág. 492; asuntos *Milani*, *Brignone*, *Stevenson* y *Mathinson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-venezolana) en Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, págs. 429 a 438, 710, 754 a 761 y 438 a 455, respectivamente; asunto *Carnevaro* (Tribunal Permanente de Arbitraje, 1912) en Scott, *The Hague Court Reports*, vol. 1, en pág. 284; asunto *Hein*, de 26 de abril y 10 de mayo de 1922 (Tribunal Mixto de Arbitraje Anglo-alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 1, 1919-1922, asunto N° 148, pág. 216; asunto *Blumenthal* (Tribunal Mixto de Arbitraje Franco-alemán), *Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes*, vol. 3 (1924), pág. 616; asunto *de Montfort*, de 10 de julio de 1926 (Tribunal Mixto Franco-alemán), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 3, 1925-1926, asunto N° 206, pág. 279; y asunto *Pinson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-mexicana), *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, 1927-1928, asuntos Nos. 194 y 195, de 19 de octubre de 1928, págs. 297 a 301; y asunto *Tellech*, de 25 de mayo de 1928 (Comisión Tripartita de Reclamación de los Estados Unidos, Austria y Hungría) *U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 248.

⁶⁹ *I.C.J. Reports 1955*, págs. 22 y 23. El asunto *Nottebohm* no guardaba relación con la doble nacionalidad pero la Corte basó su conclusión de que *Nottebohm* no tenía ningún vínculo efectivo con Liechtenstein en asuntos que se referían a la doble nacionalidad. Véanse también las resoluciones judiciales mencionadas en la nota 65.

constituir un criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible incertidumbre."⁷⁰

En su opinión, la Comisión de Conciliación sostuvo claramente que el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante eran simplemente dos caras de la misma moneda. La norma así adoptada fue aplicada por la Comisión de Conciliación en más de 50 asuntos posteriores que afectaban a personas de doble nacionalidad⁷¹. Basándose en estos asuntos, el Tribunal de Reclamaciones de Estados Unidos-Irán ha aplicado el principio de la nacionalidad dominante y efectiva en varios asuntos⁷². Otra institución que apoya el principio de la nacionalidad dominante es la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas establecida por el Consejo de Seguridad para la indemnización de los daños causados por la ocupación de Kuwait por el Iraq. La condición exigida por esa Comisión para examinar las reclamaciones de personas con doble nacionalidad que poseen la nacionalidad iraquí es que tengan de buena fe la nacionalidad de otro Estado⁷³. En recientes propuestas de codificación se ha aprobado este enfoque. En su tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados presentado a la Comisión, García Amador propuso lo siguiente:

⁷⁰ *I.L.R.* (1955), vol. 22, pág. 443, especialmente pág. 455 (párr. V.5). Véase también el asunto *de León*, N° 218 y 227, de 15 de mayo de 1962 y 8 de abril de 1963. *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVI, pág. 239, especialmente pág. 247.

⁷¹ Véase, por ejemplo, la reclamación *Spaulding*, decisión 149, *I.L.R.* (1957), vol. 24, pág. 452; la reclamación *Zangrilli*, de 21 de diciembre de 1956, *I.L.R.* (1957), vol. 24, pág. 454; la reclamación *Cestra*, decisión 165, de 28 de febrero de 1957, *I.L.R.* (1956), vol. 24, pág. 454; la reclamación *Puccini*, decisión 173, de 17 de mayo de 1957, *I.L.R.* (1957), vol. 24, pág. 454; la reclamación *Salvoni Estate* decisión 169, de 9 de mayo de 1957, *I.L.R.* (1957), vol. 25, pág. 455; la reclamación *Ruspoli* decisión 170, de 15 de mayo de 1957, *I.L.R.* (1957), vol. 25, pág. 457; la reclamación *Ganapini*, decisión 196, de 30 de abril de 1959, *I.L.R.* (1959), vol. 30, pág. 366; la reclamación *Turri*, decisión 209, de 14 de junio de 1960, *I.L.R.* (1960), vol. 30, pág. 371; la reclamación *Graniero*, decisión 186, de 20 de enero de 1959, *I.L.R.* (1959), vol. 30, pág. 451; y la reclamación *Di Cicio*, decisión 226, de 9 de noviembre de 1962, *I.L.R.* (1962), vol. 40, pág. 148.

⁷² Véase, en particular, *Esphahanian v. Bank Tejarat I.U.S.C.T.R.* (1983), vol. 2, pág. 166; asunto N° A/18 *I.U.S.C.T.R.* (1984), vol. 5, pág. 251; *Ataollah Golpira v. Government of the Islamic Republic of Iran*, *I.U.S.C.T.R.* (1983), vol. 2, pág. 174 y *I.L.R.*, vol. 72, pág. 493.

⁷³ Documento de las Naciones Unidas S/AC.26/1991/Rev.1, párr. 11.

"En los casos de doble o múltiple nacionalidad, el derecho a reclamar solamente podrá ejercitarlo el Estado con el cual el extranjero tenga mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole."⁷⁴

Orrego Vicuña expuso una opinión análoga en su informe de 2000 a la Asociación de Derecho Internacional⁷⁵.

4) El principio según el cual un Estado de la nacionalidad dominante o efectiva puede presentar una reclamación frente a otro Estado de la nacionalidad refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario. El artículo 7 enuncia esa conclusión.

5) La doctrina utiliza los términos "efectivo" o "dominante" para describir el vínculo necesario entre el Estado reclamante y su nacional en situaciones en las que un Estado de la nacionalidad presenta una reclamación frente a otro Estado de la nacionalidad. En el artículo 7 no se utiliza ninguna de esas palabras para describir el vínculo necesario sino el término "predominante", ya que da una idea de relatividad e indica que la persona mantiene vínculos más estrechos con un Estado que con otro. Los tribunales que examinen esta cuestión tendrán que ponderar la fuerza respectiva de las nacionalidades concurrentes y esa comparación se define con mayor precisión mediante el término "predominante" aplicado a la nacionalidad que con las palabras "efectiva" o "dominante". Además, es el término utilizado por la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos en el asunto *Mergé*, que puede considerarse el punto de partida para el desarrollo de la actual norma consuetudinaria⁷⁶.

6) No se intenta describir los factores que deben tenerse en cuenta al decidir cuál es la nacionalidad predominante. Según la doctrina, esos factores comprenden la residencia habitual, el tiempo pasado en cada país de nacionalidad, la fecha de naturalización (es

⁷⁴ A/CN.4/111, en *Anuario...*, 1958, vol. II, pág. 66, proyecto de artículo 21, párr. 4.

⁷⁵ "Interim Report on the 'The Changing Law of Nationality of Claims'" en *International Law Association, Report of the 69th Conference* (2000), pág. 646 (párr. 11), confirmado en el informe definitivo aprobado en la Conferencia de Toronto de la Asociación de Derecho Internacional en 2006.

⁷⁶ *I.L.R.* (1995), vol. 22, pág. 455.

decir, el tiempo durante el cual la persona era nacional del Estado protector antes de que se presentara la reclamación); el lugar, los programas de estudio y el idioma de la enseñanza recibida; el empleo y los intereses financieros; el lugar de la vida familiar; los vínculos familiares en cada país; la participación en la vida pública y social; la utilización del idioma; la tributación, las cuentas bancarias, la seguridad social; las visitas al otro Estado de la nacionalidad; la posesión y utilización del pasaporte del otro Estado; y el servicio militar. Ninguno de esos factores es decisivo y el peso que debe atribuirse a cada factor variará según las circunstancias del caso.

7) El artículo 7 está formulado de manera negativa: "Un Estado de la nacionalidad *no* podrá ejercer la protección diplomática... *a menos que*" su nacionalidad sea predominante. Eso es para poner de manifiesto que las circunstancias previstas en el artículo 7 deben considerarse excepcionales. También se deja claro que la carga de la prueba recae sobre el Estado reclamante, que debe demostrar que su nacionalidad es la predominante.

8) La principal objeción a la presentación de una reclamación por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad es que eso podría permitir a un Estado a cuya nacionalidad hubiese dado predominancia la persona después de haber sufrido un perjuicio infligido por el otro Estado de la nacionalidad presentar una reclamación contra este Estado. Esta objeción queda salvada mediante el requisito de que la nacionalidad del Estado reclamante sea predominante tanto en la fecha en que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Aunque esta exigencia refleja el principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 5 sobre la cuestión de la continuidad de la nacionalidad, no es necesario en el presente caso probar la continuidad de la nacionalidad predominante entre esas dos fechas. Las expresiones "en la fecha en que se produjo el perjuicio" y "en la fecha de la presentación oficial de la reclamación" se explican en el comentario al artículo 5. La excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad que figura en el párrafo 2 del artículo 5 no se aplica en este caso, ya que la persona lesionada a la que se refiere el artículo 7 no habrá perdido su otra nacionalidad.

Artículo 8

Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado.

Comentario

1) La norma general era que un Estado sólo podía ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. En 1931, la Comisión de Reclamaciones de Estados Unidos-México sostuvo, en el asunto *Dickson Car Wheel Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, que los apátridas no podían beneficiarse de la protección diplomática, al afirmar que:

"Un Estado... no infringe las leyes internacionales cuando cause un perjuicio a una persona sin nacionalidad y, en consecuencia, ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en nombre de esa persona antes o después de que se haya causado el daño."⁷⁷

Este pronunciamiento ya no refleja exactamente la situación de los apátridas y los refugiados ante el derecho internacional. El derecho internacional contemporáneo recoge una preocupación por la condición jurídica de esas dos categorías de personas, como

⁷⁷ U.N.R.I.A.A., vol. IV, pág. 669, especialmente pág. 678.

demuestra la existencia de convenios como la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, de 1961⁷⁸ y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951⁷⁹.

2) El artículo 8, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho⁸⁰, se aparta de la norma tradicional según la cual sólo los nacionales pueden beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática y permite que un Estado ejerza esa protección con respecto a una persona que no sea nacional suyo, cuando esa persona sea apátrida o refugiado. El artículo 8, aunque tiene que leerse en el contexto de las normas que rigen la condición de apátrida o de refugiado, no pretende pronunciarse sobre la condición de esas personas. Se ocupa sólo de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática de esas personas.

3) El párrafo 1 se refiere a la protección diplomática de los apátridas, aunque sin definir a esa categoría de personas. Esa definición figura en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954⁸¹, en la que se define como apátrida "a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación"⁸². Cabe considerar sin duda que esa definición ha adquirido carácter consuetudinario. Un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona, independientemente de cómo haya llegado a ser apátrida, siempre que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. A estos efectos se entiende por residencia habitual la residencia continuada.

⁷⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, pág. 221.

⁷⁹ *Ibid.*, vol. 189, pág. 151.

⁸⁰ En el asunto *Al Rawi & Others, R (on the Application of) v. Secretary of State for Foreign Affairs and Another* [2006] EWHC (Admin), un tribunal inglés sostuvo que el artículo 8 tenía que considerarse *lex ferenda* y "no formaba parte todavía del derecho internacional" (párr. 63).

⁸¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 360, pág. 174.

⁸² Art. 1.

- 4) La exigencia de la residencia tanto legal como habitual fija un umbral elevado⁸³. Aunque este umbral sea alto y pueda llevar a que ciertas personas carezcan de protección efectiva, la combinación de la residencia legal con la residencia habitual está justificada en el caso de una medida excepcional introducida *de lege ferenda*.
- 5) Los criterios temporales para formular una reclamación figuran en el párrafo 1. La persona apátrida debe ser residente legal y habitual del Estado reclamante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.
- 6) El párrafo 2 trata de la protección diplomática de los refugiados por su Estado de residencia. La protección diplomática por parte del Estado de residencia es especialmente importante en el caso de los refugiados, ya que éstos no pueden o no quieren "acogerse a la protección [del Estado de la nacionalidad]"⁸⁴ y, si lo hacen, corren el peligro de perder su condición de refugiados en el Estado de residencia. El párrafo 2 es un reflejo del párrafo 1. Las importantes diferencias entre los apátridas y los refugiados, puestas de manifiesto en el párrafo 3, explican por qué se ha asignado un párrafo separado a cada categoría.
- 7) La residencia legal y la residencia habitual son condiciones necesarias para el ejercicio de la protección diplomática de los refugiados, como en el caso de los apátridas⁸⁵, pese a que el artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fija el umbral más bajo de que "se encuentren legalmente"⁸⁶ en lo que respecta a la expedición de documentos de viaje a los refugiados por los Estados Contratantes. Dos factores justifican

⁸³ Los términos residencia "legal y habitual" se basan en el apartado g) del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 1997, en el que se emplean en el contexto de la adquisición de la nacionalidad. Véase también el proyecto de Convención de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por los Daños Causados a Extranjeros, de 1960, en el que se incluye a efectos de la protección con arreglo a esa Convención a "una persona apátrida que tenga su residencia habitual en ese Estado", art. 21 3) c).

⁸⁴ Artículo 1 A) 2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

⁸⁵ En este contexto por residencia habitual se entiende residencia continuada.

⁸⁶ De los trabajos preparatorios de la Convención se desprende claramente que el criterio de la estancia ("encontrarse", "*stay*") es menos estricto que el de la residencia habitual.

esta posición. En primer lugar, el hecho de que la expedición de documentos de viaje, según los términos de la Convención, no da al titular derecho alguno a la protección diplomática⁸⁷. En segundo lugar, la necesidad de fijar un umbral elevado al introducir una excepción de *lege ferenda* a una norma tradicional⁸⁸.

8) La palabra "refugiado", en el párrafo 2, no se limita a los refugiados según se definen en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y su Protocolo de 1967, sino que abarca también a personas que no responden estrictamente a esa definición.

La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la expresión "refugiados reconocidos", que figura en el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 1997⁸⁹, lo que habría ampliado el concepto para incluir en él a los refugiados reconocidos por instrumentos regionales, como la Convención de la OUA que rige los Aspectos Inherentes a los Problemas de los Refugiados de África, de 1969⁹⁰, que se considera en general como un modelo en materia de protección internacional de los refugiados⁹¹, y la Declaración de Cartagena de 1984 sobre la protección internacional de los refugiados en Centroamérica, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1985⁹². Sin embargo, la Comisión prefirió no poner límites al término para que cualquier Estado pudiera otorgar la protección diplomática a

⁸⁷ Véase el párrafo 16 del anexo a la Convención.

⁸⁸ Véase el párrafo 4) del comentario al presente proyecto de artículo.

⁸⁹ Artículo 6 4) g).

⁹⁰ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, pág. 45. Dicha Convención amplía la definición de refugiado para incluir "a toda persona que, a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o de su país de nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o de su país de nacionalidad".

⁹¹ Nota sobre Protección Internacional presentada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones*, documento A/AC.96/830, pág. 20, párr. 35.

⁹² Asamblea General de la OEA, 15º período ordinario de sesiones (1985), resolución aprobada por la Comisión General en su quinta sesión, celebrada el 7 de diciembre de 1985.

cualquier persona a la que considerase y tratase como refugiado⁹³. Ahora bien, ese reconocimiento debe basarse en las "normas internacionalmente aceptadas" relativas al reconocimiento de los refugiados. Esa expresión pone de relieve que serán aplicables las normas enunciadas en diferentes convenciones y no las normas jurídicas enunciadas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y su Protocolo de 1967.

9) Los requisitos temporales para presentar una reclamación se repiten en el párrafo 2. El refugiado debe ser un residente legal y habitual del Estado reclamante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

10) El párrafo 3 dispone que el Estado de refugio no podrá ejercer la protección diplomática respecto de un refugiado contra el Estado de la nacionalidad del refugiado. Haberlo permitido hubiere significado ir contra el criterio básico de los presentes artículos, según el cual la nacionalidad es la base predominante para el ejercicio de la protección diplomática. Este párrafo responde también a consideraciones de orden práctico. La mayoría de los refugiados tienen serias quejas sobre la manera en que han sido tratados por su Estado de la nacionalidad, del que han huido para evitar la persecución. Si se autorizara la protección diplomática en esos casos, se abrirían las compuertas a la litigación internacional. Además, el temor a que los refugiados les exijan que ejerciten una acción de esa índole podría disuadir a los Estados de aceptar refugiados.

11) Tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 disponen que un Estado de refugio "*podrá* ejercer la protección diplomática". Esto pone de relieve el carácter discrecional del derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de un nacional⁹⁴. *A fortiori*, puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado.

⁹³ Por ejemplo, un Estado podría ejercer la protección diplomática en favor de una persona a la que se hubiera concedido asilo político a tenor de lo dispuesto en la Convención sobre Asilo Territorial, celebrada en Caracas en 1954, *OAS Treaty Series*, N° 19.

⁹⁴ Véanse artículos 2 y 19 y los comentarios correspondientes.

12) El artículo 8 se ocupa sólo de la protección diplomática de los apátridas y refugiados. No se ocupa de la concesión de la nacionalidad a esas personas. No puede ni debe considerarse que el ejercicio de la protección diplomática respecto de un apátrida o refugiado cree una expectativa legítima de que se le va a conceder la nacionalidad. El artículo 28 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, junto con el párrafo 15 de su anexo, ponen en claro que la expedición de un documento de viaje a un refugiado no afecta a la nacionalidad del titular. *A fortiori*, el ejercicio de la protección diplomática respecto de un refugiado, o de un apátrida, no debe en absoluto interpretarse en el sentido de que afecte a la nacionalidad de la persona protegida.

Capítulo III

PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 9

Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad.

Comentarios

1) El artículo 9 reconoce que la protección diplomática puede hacerse extensiva a las sociedades. La primera parte del artículo se inspira en la misma fórmula utilizada en el artículo 4 con respecto a la protección diplomática de las personas naturales. La disposición deja en claro que, para tener la condición de Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de una sociedad, deben reunirse ciertos requisitos, lo mismo que en el caso de la protección diplomática de las personas naturales.

2) La práctica de los Estados gira en gran parte en torno de la protección diplomática de las sociedades de capitales, empresas con un fin lucrativo que adoptan la forma de sociedades anónimas, cuyo capital está dividido en acciones, y no de otras personas jurídicas. Ello explica por qué el presente artículo y los artículos siguientes tratan de la protección diplomática de esas sociedades y de sus accionistas. El proyecto de artículo 13 versa sobre la situación de las personas jurídicas que no son sociedades de capitales.

3) Como en el caso de las personas naturales, la concesión de la nacionalidad a una sociedad pertenece al "dominio reservado" o esfera de competencia exclusiva de un Estado⁹⁵. Como declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*:

"[...] el derecho internacional ha debido reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se plantean problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernen al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas."⁹⁶

Aunque el derecho internacional no tiene normas propias sobre la creación, administración y disolución de una sociedad o sobre los derechos de los accionistas y su relación con la sociedad, y, por consiguiente, debe acudir al derecho interno para obtener orientación a este respecto, incumbe al derecho internacional determinar las circunstancias en que un Estado puede ejercer la protección diplomática en favor de una sociedad o de sus accionistas. La Corte Internacional de Justicia abordó esta cuestión en el asunto de la *Barcelona Traction* cuando resolvió que el derecho internacional "atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado con arreglo a cuyas

⁹⁵ *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, P.C.I.J. Reports, Series B, Nº 4, pág. 24.

⁹⁶ *The Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (en adelante asunto de la *Barcelona Traction*), I.C.J. Reports 1970, pág. 3, especialmente págs. 33 y 34, párr. 38.

leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su domicilio social"⁹⁷. En su resolución la Corte estableció dos condiciones para la adquisición de la nacionalidad por una sociedad a los efectos de la protección diplomática: constitución de la sociedad y presencia de su domicilio social en el Estado en que se ha constituido. Como las leyes de la mayoría de los Estados exigen que una sociedad constituida de conformidad con su legislación mantenga un domicilio social en su territorio, aunque sea mera ficción, la constitución de la sociedad es el criterio más importante a los efectos de la protección diplomática. Sin embargo, la constitución como único criterio para el ejercicio de la protección diplomática no satisfizo a la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*. Aunque se negó a exigir una "relación auténtica" o vínculo efectivo de la misma naturaleza que el que había sido admitido en el asunto *Nottebohm*⁹⁸, y reconoció que "en lo que concierne concretamente a la protección diplomática de las personas jurídicas, ningún criterio absoluto aplicable al vínculo efectivo ha sido aceptado de una manera general"⁹⁹, sugirió que, además de la constitución y un domicilio social, era necesario algún "vínculo estrecho y permanente" entre el Estado que ejercía la protección diplomática y la sociedad¹⁰⁰. En el asunto de que se trata, la Corte declaró que tal vínculo existía en virtud de la constitución de la sociedad en el Canadá y su permanencia en el país durante más de 50 años, la celebración allí durante muchos años de las reuniones del Consejo de Administración, su inclusión en los registros de las autoridades fiscales del Canadá y el reconocimiento general por otros Estados de la nacionalidad canadiense de la sociedad¹⁰¹. Todo ello significaba, dijo la Corte, que "[l]as relaciones entre la *Barcelona Traction* y el Canadá son, pues, múltiples"¹⁰². En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte no se encontraba ante una situación en la que una sociedad se hubiera constituido en un Estado pero mantuviera un "vínculo estrecho y

⁹⁷ Ibid., pág. 42, párr. 70.

⁹⁸ Ibid., pág. 42, párr. 70. Asunto *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* I.C.J. Reports 1955, pág. 4.

⁹⁹ I.C.J. Reports 1970, pág. 42, párr. 70.

¹⁰⁰ Ibid., pág. 42, párr. 71.

¹⁰¹ Ibid., págs. 42 y 43, párrs. 71 a 76.

¹⁰² Ibid., pág. 42, párr. 71.

permanente" con otro Estado. Sólo se puede especular acerca de lo que podría haber resuelto la Corte en una situación de esa índole. Sin embargo, el artículo 9 tiene en cuenta esos supuestos.

4) El artículo 9 acepta el postulado básico del asunto de la *Barcelona Traction*, es decir, que es la constitución de la sociedad la que confiere a ésta la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. No obstante, dispone que cuando no exista ningún vínculo o relación entre la sociedad y el Estado en que ésta se ha constituido, distinto de la constitución misma, y cuando exista una relación o vínculo con otro Estado, ese otro Estado se considerará Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. Esta solución viene dictada por razones prácticas y de equidad. Es erróneo hacer que el derecho exclusivo a ejercer la protección diplomática corresponda a un Estado con el cual la sociedad mantiene la relación más tenue, ya que, en la práctica, pocas veces ese Estado estará preparado para proteger a dicha sociedad. Desde el punto de vista del Estado demandado es erróneo también permitir que el Estado en el que se ha constituido una sociedad ejerza la protección diplomática en favor de ésta cuando la sociedad mantiene un vínculo más estrecho con otro Estado.

5) El artículo 9 dispone en primer lugar que el Estado en que se ha constituido la sociedad es el Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección diplomática. Sin embargo, cuando las circunstancias indiquen que la sociedad mantiene un vínculo más estrecho con otro Estado, un Estado en el que estén situados la sede de la administración y el control financiero de la sociedad, se considerará a ese Estado como Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección diplomática. Ahora bien, para que esto ocurra es preciso que se cumplan algunas condiciones. En primer lugar, la sociedad debe estar controlada por nacionales de otro Estado. En segundo lugar, no debe desarrollar actividades mercantiles de importancia en el Estado en el que se constituyó. En tercer lugar, tanto la sede de su administración como el control financiero de la sociedad deben estar situados en otro Estado. Sólo cuando se han cumplido esas condiciones acumulativas puede considerarse al Estado en el que la sociedad tenga la sede de su administración y en el que esté controlado financieramente como el Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática.

6) En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia advirtió que la concesión del derecho de protección diplomática a los Estados de la nacionalidad de los accionistas podría dar lugar a una multiplicidad de acciones que "podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales"¹⁰³. La misma confusión podría resultar de la concesión del derecho a ejercer la protección diplomática a varios Estados con los que la sociedad goce de un vínculo o relación. El artículo 9 no permite esa multiplicidad de acciones. El Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección diplomática es *bien* el Estado en el que se constituyó la sociedad, *o bien*, si se reúnen las condiciones precisas, el Estado de la sede de la administración y el control financiero de la sociedad. Si la sede de la administración y el lugar de control financiero están situados en Estados diferentes, el Estado en que se constituyó la sociedad sigue siendo el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática.

Artículo 10

Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad, o la de su Estado predecesor, de modo continuo desde la fecha en la que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiriera después de la presentación de la reclamación la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación.

3. No obstante a lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir según la legislación del Estado en el que se constituyó.

¹⁰³ Ibid., pág. 49, párr. 96.

Comentario

1) Los principios generales relativos al requisito de la continuidad de la nacionalidad se examinan en el comentario al artículo 5. En la práctica se plantean menos problemas de continuidad de la nacionalidad en el caso de las sociedades que en el de las personas naturales. Mientras que las personas naturales cambian fácilmente de nacionalidad como consecuencia de naturalización, matrimonio o adopción y de sucesión de Estados, las sociedades sólo pueden cambiar de nacionalidad volviendo a ser fundadas o constituidas en otro Estado, en cuyo caso asumen una nueva personalidad, con lo que se rompe la continuidad de la nacionalidad de la sociedad¹⁰⁴. Sólo en un caso puede quizá una sociedad cambiar de nacionalidad sin cambiar de personalidad jurídica, y es el de la sucesión de Estados.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenga su nacionalidad tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Requiere asimismo la continuidad de la nacionalidad entre la fecha en la que se produjo el perjuicio y la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esos requisitos, que también se aplican a las personas naturales, se examinan en el comentario al artículo 5. La fecha de la presentación oficial de la reclamación se prefiere a la de la fecha del laudo por las razones expuestas en el comentario al artículo 5. No obstante, en el párrafo 2 se incluye una excepción para abarcar los supuestos en que la sociedad adquiriera la nacionalidad del Estado contra el cual se reclame después de la presentación de la reclamación.

¹⁰⁴ Véase Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, constituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903, asunto *Orinoco Steamship Company, U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 180. En este caso, una sociedad constituida en el Reino Unido transfirió su reclamación contra el Gobierno de Venezuela a una sociedad sucesora, constituida en los Estados Unidos. Debido a que el tratado por el que se estableció la Comisión permitía a los Estados Unidos presentar una reclamación en nombre de su nacional en esas circunstancias, se admitió la reclamación. Sin embargo, el superárbitro Barge dejó en claro que, de no haber sido por ese tratado, la reclamación no se habría admitido; *ibíd.*, especialmente pág. 192. Véase también *Loewen Group Inc v. USA, I.L.M.* (2003), vol. 42, pág. 811, especialmente párr. 220.

- 3) El requisito de la continuidad de la nacionalidad se cumple cuando una sociedad cambia de nacionalidad como resultado de la sucesión de Estados¹⁰⁵. Se trata, en efecto, de una excepción a la regla de la continuidad de la nacionalidad. Este aspecto se regula mediante la referencia al "Estado predecesor" que figura en el párrafo 1.
- 4) La palabra "reclamación" del párrafo 1 comprende tanto la presentada por cauces diplomáticos como la interpuesta ante un órgano judicial. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación¹⁰⁶.
- 5) A tenor de lo dispuesto en el párrafo 2, un Estado no tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiera la nacionalidad del Estado contra el cual se reclame después de la presentación de la reclamación. Este párrafo tiene por objeto tener en cuenta el tipo de situación que surgió en el asunto *Loewen*¹⁰⁷ en el que una sociedad había dejado de existir en el Estado en el que se entabló la reclamación (el Canadá) y fue reorganizada en el Estado demandado (los Estados Unidos). Este aspecto se examina con más detalle en el comentario al artículo 5¹⁰⁸.
- 6) Surgen dificultades cuando se trata del ejercicio de la protección diplomática de una sociedad que ha dejado de existir según el derecho del Estado en el que se constituyó y de la que era nacional. Si se adopta la postura de que el Estado de la nacionalidad de esa sociedad no podrá interponer una reclamación, ya que la sociedad ya no existe en

¹⁰⁵ Véase asimismo sobre esta cuestión el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway, P.C.I.J. Reports* (1939), *Series A/B, N° 76*, pág. 4, especialmente pág. 18. Véase también el cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, documento A/CN.4/489, que subraya las dificultades que se plantean en relación con la nacionalidad de las personas jurídicas en materia de sucesión de Estados.

¹⁰⁶ Véase, además, el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, y el comentario correspondiente, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10* (A/56/10), párr. 77.

¹⁰⁷ *I.L.M.* (2003), vol. 42, pág. 811, párr. 220.

¹⁰⁸ Párrafos 5) y 13).

el momento de la presentación de la reclamación, ningún Estado podrá ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a esa sociedad. El Estado no podrá hacer valer la nacionalidad de los accionistas con objeto de entablar esa reclamación, ya que no podrá demostrar que tenía el interés necesario en el momento en que se produjo el perjuicio a la sociedad. Esta cuestión preocupó a varios magistrados en el asunto de la *Barcelona Traction*¹⁰⁹ y ha preocupado a ciertos tribunales judiciales y arbitrales¹¹⁰ y a los tratadistas¹¹¹. El párrafo 3 adopta un enfoque pragmático y permite al Estado de la nacionalidad de una sociedad ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por la sociedad cuando tenía su nacionalidad, aunque haya cesado de existir -y por consiguiente haya dejado de tener esa nacionalidad- como resultado del perjuicio. A fin de poder hacerlo, el Estado demandante deberá probar que fue el perjuicio en razón del cual se formula la reclamación el que hizo que la sociedad dejara de existir. El párrafo 3 debe leerse conjuntamente con el apartado a) del artículo 11, que deja en claro que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad que llevó a su desaparición.

¹⁰⁹ Los magistrados Jessup, (*I.C.J. Reports* 1970, pág. 193), Gros (ibíd., pág. 277) y Fitzmaurice (ibíd., págs. 101 y 102), y el juez ad hoc Riphagen (ibíd., pág. 345).

¹¹⁰ Véase la reclamación *Kunhardt* (los votos particulares emitidos en la Comisión Estados Unidos-Venezuela de 1903), *U.N.R.I.A.A.*, vol. IX, pág. 171, y en especial el voto particular disconforme del Comisionado de Venezuela, Sr. Paúl, especialmente pág. 180; *F.W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain) v. United Mexican States*, decisión N° 10, de 6 de diciembre de 1929, *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, pág. 61, especialmente pág. 63.

¹¹¹ L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969), págs. 206 y 207; W. E. Beckett, "Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies", *Transactions of the Grotius Society* (1932), vol. XVII pág. 158, especialmente pág. 191; E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990), págs. 197 a 202.

Artículo 11

Protección de los accionistas

Un Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a esos accionistas en caso de perjuicio causado a la sociedad, a menos que:

- a) La sociedad haya dejado de existir, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, por algún motivo no relacionado con el perjuicio; o
- b) La sociedad tenga, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad en ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado.

Comentario

1) El principio más fundamental de la protección diplomática de las sociedades es que una sociedad debe ser protegida por el Estado de su nacionalidad y *no* por el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad. Este principio fue ratificado con firmeza por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*. En este caso, la Corte subrayó desde el principio que sólo le interesaba la cuestión de la protección diplomática de los accionistas de "una sociedad anónima, cuyo capital está dividido en acciones"¹¹². Este tipo de sociedades se caracteriza por una clara distinción entre la sociedad y los accionistas¹¹³. Cuando los intereses de un accionista son lesionados por un perjuicio causado a la sociedad, es a la sociedad a la que el accionista debe dirigirse para que ésta ejercite la acción correspondiente, dado que "aunque dos entidades distintas puedan sufrir el mismo perjuicio, sólo una de ellas ha visto vulnerados sus derechos "¹¹⁴. Sólo en el caso de que el acto por el que se presente la reclamación vulnere directamente

¹¹² *I.C.J. Reports 1970*, pág. 34, párr. 40.

¹¹³ *Ibíd.*, pág. 34, párr. 41.

¹¹⁴ *Ibíd.*, pág. 35, párr. 44.

los derechos de los accionistas tiene un accionista un derecho de accionar independiente¹¹⁵. Los principios que rigen la distinción entre la sociedad y los accionistas, dijo la Corte, se derivan del derecho interno y no del derecho internacional¹¹⁶.

2) Para llegar a la decisión de que corresponde al Estado de constitución de la sociedad ejercer la protección diplomática en caso de perjuicio causado a una sociedad, y no al Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas, la Corte se guió, en el asunto de la *Barcelona Traction*, por una serie de consideraciones de principio. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que realiza negocios en el extranjero, asumen riesgos, incluido el de que el Estado de la nacionalidad de la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional, ejercer la protección diplomática con respecto a ellos¹¹⁷. En segundo lugar, si se permitiese al Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, ello podría llevar a una multiplicidad de reclamaciones por diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades¹¹⁸. En relación con esta cuestión, la Corte señaló que si el Estado de la nacionalidad del accionista tenía competencia para actuar por cuenta de éste, no había razón para que cada accionista no gozara de ese derecho¹¹⁹. En tercer lugar, la Corte se mostró renuente a aplicar por analogía las normas relativas a la doble nacionalidad a las sociedades y a los accionistas y a permitir que los Estados de la nacionalidad de ambos ejerciesen la protección diplomática¹²⁰.

3) En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte aceptó la posibilidad de que el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas pudieran ejercer la protección diplomática en favor de éstos en dos supuestos: en primer lugar, cuando la sociedad

¹¹⁵ Ibid., pág. 36, párr. 47.

¹¹⁶ Ibid., pág. 37, párr. 50.

¹¹⁷ Ibid., pág. 35 (párr. 43), pág. 46 (párrs. 86 y 87) y pág. 50 (párr. 99).

¹¹⁸ Ibid., págs. 48 y 49, y párrs. 94 a 96.

¹¹⁹ Ibid., pág. 48, párrs. 94 y 95.

¹²⁰ Ibid., pág. 38 (párr. 53), pág. 50 (párr. 98).

hubiera dejado de existir en su lugar de constitución¹²¹ (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*); en segundo lugar, cuando el Estado de constitución fuera el responsable de los perjuicios causados a la sociedad y el único medio de defensa de que dispusieran los accionistas extranjeros en el plano internacional fuera recurrir a su Estado o Estados de la nacionalidad¹²² (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*). Esas dos excepciones, que no fueron detenidamente examinadas por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction* porque no eran pertinentes, se reconocen en los apartados a) y b) del artículo 11. Como los accionistas de una sociedad pueden ser nacionales de Estados diferentes, varios Estados de la nacionalidad pueden ejercer la protección diplomática de acuerdo con esas excepciones. En la práctica, sin embargo, los Estados coordinarán, y deberían coordinar, sus reclamaciones y se asegurarán de que los Estados cuyos nacionales son titulares de la mayor parte del capital social formen parte de los reclamantes.

4) El artículo 11 sólo se refiere a los intereses de los accionistas de una sociedad porque las decisiones judiciales sobre la materia, en particular la dictada en el asunto *Barcelona Traction*, han tratado principalmente de la cuestión de los accionistas. La doctrina no es clara en lo que concierne al derecho del Estado de la nacionalidad de proteger a inversionistas distintos de los accionistas, como los obligacionistas, los mandatarios y los administradores fiduciarios. En principio, sin embargo, no parece que haya ningún motivo válido para que el Estado de la nacionalidad no proteja a esas personas¹²³.

5) El apartado a) del artículo 11 requiere que la sociedad "haya dejado de existir" para que el Estado de la nacionalidad de los accionistas tenga derecho a intervenir en favor suyo. Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la mayor parte de la doctrina estaba a favor de un criterio menos estricto, que permitiera la intervención en favor de los

¹²¹ *Ibíd.*, págs. 40 y 41, párrs. 65 a 68.

¹²² *Ibíd.*, pág. 48, párr. 92.

¹²³ Este es el planteamiento adoptado por el Reino Unido. Véase Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, "Normas aplicables a las reclamaciones internacionales", reproducido en el documento A/CN.4/561/Add.1, anexo.

accionistas cuando la sociedad estuviera "prácticamente extinta"¹²⁴. En el asunto de la *Barcelona Traction*, sin embargo, la Corte fijó un umbral más alto para determinar la desaparición de una sociedad. Las expresiones "parálisis" o "situación financiera precaria" se desecharon por estimarlas inadecuadas¹²⁵. El criterio de que la sociedad estuviera "prácticamente extinta" se rechazó igualmente por considerar que "carece de toda precisión jurídica"¹²⁶. Considerando que "sólo la situación jurídica de la sociedad es pertinente", la Corte declaró que: "Sólo la desaparición jurídica de la sociedad priva a los accionistas de la posibilidad de un recurso por intermedio de la sociedad; únicamente cuando se les cierra toda posibilidad en ese sentido podría plantearse la cuestión de un derecho de acción independiente para ellos y para su gobierno"¹²⁷. Ulteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apoyado este criterio¹²⁸.

6) En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte no declaró expresamente que la sociedad debía haber dejado de existir *en el lugar de su constitución* como requisito previo para la intervención de los accionistas. No obstante, parece deducirse claramente del asunto sometido a la Corte que, a su parecer, la sociedad debía haber dejado de existir en el Estado de constitución y no en el Estado en que la sociedad había resultado perjudicada. La Corte estaba dispuesta a aceptar que la sociedad había cesado de existir en España¹²⁹, pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, el Estado de constitución: "En el presente caso, la sociedad *Barcelona Traction* está sujeta a administración judicial (*receivership*) en el país en que ha sido constituida. Esta situación,

¹²⁴ *Delagoa Bay Railway Co. Case*, B. J. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, (1906), pág. 648; reclamación *El Triunfo*; B. J. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, (1906), pág. 649; y reclamación *Baasch & Romer*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. X, pág. 713, especialmente pág. 723.

¹²⁵ *I.C.J. Reports 1970*, págs. 40 y 41, párrs. 65 y 66.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 41, párr. 66.

¹²⁷ *Ibid.*; véanse también los votos particulares de los magistrados Nervo (*ibid.*, pág. 256) y Ammoun (*ibid.*, págs. 319 y 320).

¹²⁸ Asunto *Agrotexim*, *E.C.H.R., Series A*, N° 330-A, pág. 25, párr. 68.

¹²⁹ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 40, párr. 65. Véase también los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice (*ibid.*, pág. 75) y Jessup (*ibid.*, pág. 194).

lejos de significar que la persona jurídica o sus derechos se han extinguido denota más bien que esos derechos subsistan mientras no se produzca la liquidación. Aunque sujeta a administración judicial (*receivership*), la sociedad continúa existiendo"¹³⁰. Una sociedad "nace" en el Estado de constitución cuando se funda o constituye allí. Por el contrario, "muere" cuando se disuelve en el Estado en que ha sido constituida, el Estado que le dio existencia. En consecuencia, parece lógico que la cuestión de si una sociedad ha dejado de existir y ya no está en condiciones de funcionar como persona jurídica deba decidirse con arreglo al derecho del Estado en que la sociedad fue constituida.

7) Las palabras "por algún motivo no relacionado con el perjuicio" tienen por objeto asegurar que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no pueda iniciar un procedimiento con respecto al perjuicio causado a la sociedad que sea la causa de la desaparición de ésta. Este derecho, de conformidad con el artículo 10, sigue correspondiendo al Estado de la nacionalidad de la sociedad. Por consiguiente, el Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas que hayan sido lesionados de resultados de los daños sufridos por la sociedad sin relación con el perjuicio que pudiera haber dado lugar a la desaparición de ésta. La finalidad de esa puntualización es limitar los casos en que el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir a favor de éstos por un perjuicio causado a la sociedad.

8) El apartado b) del artículo 11 da efecto a la excepción que permite al Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad ejercer la protección diplomática en favor de éstos cuando sea el propio Estado de constitución el responsable del perjuicio causado a la sociedad. Sin embargo, la excepción se limita a los casos en que la constitución fuera exigida por el Estado que haya causado el perjuicio a la sociedad como condición previa para realizar negocios en ese Estado.

¹³⁰ Ibid., pág. 41, párr. 67.

9) Una excepción de esta índole encuentra apoyo, en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales¹³¹ y la doctrina. Resulta significativo, que el apoyo más decidido en favor de la intervención del Estado de la nacionalidad de los accionistas se encuentre en tres reclamaciones en que la sociedad perjudicada había sido *obligada* a constituirse en el Estado autor del hecho lesivo: *Delagoa Bay Railway*¹³², *Mexican Eagle*¹³³ y *El Triunfo*¹³⁴. Aunque en el texto de esas reclamaciones no hay ninguna indicación de que la intervención haya de limitarse a esos casos, no cabe duda de que es en ellos cuando es más necesaria. Como respondió el Gobierno del Reino Unido al argumento de México en el asunto de la *Mexican Eagle* de que un Estado no podría intervenir en favor de sus accionistas en una sociedad mexicana:

"Si se aceptara la doctrina de que un gobierno puede decidir que una sociedad extranjera sólo puede realizar actividades en sus territorios si se constituye de conformidad con la legislación local, y desde luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar la intervención diplomática extranjera, es evidente que jamás faltarían medios para impedir a los gobiernos extranjeros el ejercicio del indudable derecho que los asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero."¹³⁵

¹³¹ *Delagoa Bay Railway Company*, J. B. Moore, *Digest of International Law* (1906), vol. VI, pág. 648; *Mexican Eagle (El Águila)*, M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, págs. 1272 a 1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, pág. 841; *El Triunfo*, laudo de 8 de mayo de 1902, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 467; *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, laudo de 5 de agosto de 1926, *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 779, especialmente pág. 790. Véase un amplio examen de la doctrina en L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public* (1969); M. Jones, "Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies" *B.Y.I.L.* (1949), vol. 26, pág. 225. Véase también E. Jiménez de Aréchaga "International Responsibility", en Max Sørensen (ed.) *Manual of International Law*, (1968), pág. 531, especialmente págs. 580 y 581.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, págs. 1273 y 1274.

10) En el asunto de la *Barcelona Traction*, España, el Estado demandado, no era el Estado de la nacionalidad de la sociedad que había sufrido el perjuicio. Por consiguiente, la excepción que se examina no se adujo ante la Corte. No obstante, la Corte se refirió de pasada a esa excepción:

"Es exacto que se ha sostenido que, por motivos de equidad, un Estado debería poder asumir en ciertos casos la protección de sus nacionales accionistas de una sociedad que hubiera sido víctima de una violación del derecho internacional. Es así como se ha desarrollado una teoría según la cual el Estado de los accionistas tiene derecho a ejercer su protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Cualquiera que sea la validez de esta teoría, ciertamente no se aplica en el caso que nos ocupa, pues España no es el Estado de la nacionalidad de la sociedad *Barcelona Traction*."¹³⁶

En sus votos particulares relativos a la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, los magistrados Fitzmaurice¹³⁷, Tanaka¹³⁸ y Jessup¹³⁹ se pronunciaron sin reserva a favor del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir cuando el perjuicio a la sociedad es causado por el Estado de constitución¹⁴⁰. Aunque tanto Fitzmaurice¹⁴¹ como Jessup¹⁴² reconocieron que la necesidad de esa norma era especialmente grande cuando la condición previa para realizar actividades empresariales en un Estado era que la sociedad se hubiera constituido con arreglo a la legislación de ese Estado, ninguno de los dos estaba dispuesto a admitir que la norma se limitara a esos casos.

¹³⁶ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 48, párr. 92.

¹³⁷ *Ibid.*, págs. 72 a 75.

¹³⁸ *Ibid.*, pág. 134.

¹³⁹ *Ibid.*, págs. 191 a 192.

¹⁴⁰ El magistrado Wellington Koo apoyó igualmente esta posición en el asunto de la *Barcelona Traction (Preliminary Objections)*, *I.C.J. Reports 1964*, pág. 58, párr. 20.

¹⁴¹ *I.C.J. Reports 1970*, pág. 73, párrs. 15 y 16.

¹⁴² *Ibid.*, págs. 191 y 192.

En cambio, los magistrados Padilla Nervo¹⁴³, Morelli¹⁴⁴ y Ammoun¹⁴⁵ se opusieron enérgicamente a esa excepción.

11) En el período posterior al asunto de la *Barcelona Traction* se han producido algunos cambios en lo que concierne a la excepción propuesta, principalmente en el contexto de los tratados. De ellos no obstante se desprende una tendencia favorable a la idea de que los accionistas de una sociedad pueden intervenir frente al Estado en que se ha constituido la sociedad cuando éste es responsable del perjuicio causado a esa sociedad¹⁴⁶. En el asunto de la *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*¹⁴⁷, una sala de la Corte Internacional de Justicia permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses. La Corte evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del asunto de la *Barcelona Traction*, a pesar de que Italia opuso la objeción de que la sociedad cuyos derechos presuntamente se habían violado se había constituido en Italia y que los Estados Unidos trataban de proteger los derechos de los accionistas de esa sociedad¹⁴⁸. Ese silencio podría explicarse por el hecho de que la Sala no se ocupaba de la evaluación del derecho internacional consuetudinario sino de la interpretación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación bilateral, en que se preveía la protección de los accionistas estadounidenses en el extranjero. Por otra parte, es

¹⁴³ *Ibíd.*, págs. 257 a 259.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, págs. 240 y 241.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 318.

¹⁴⁶ Véase *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, asunto N° 129, de 24 de octubre de 1985, *I.L.R.*, vol. 84, págs. 484 y 496 (interpretación del artículo VII 2) de la Declaración de Argel relativa a la solución de las reclamaciones); *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia* *I.L.M.*, vol. 26 (1987), págs. 647 y 652 a 654 (interpretación del artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados).

¹⁴⁷ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, págs. 64 (párr. 106) y 79 (párr. 132).

evidente que la excepción propuesta se había planteado ante la Sala¹⁴⁹. Por consiguiente, puede inferirse un apoyo a la excepción en favor del derecho del Estado de los accionistas de una sociedad a intervenir frente al Estado de constitución si éste es responsable del perjuicio causado a la sociedad¹⁵⁰.

12) Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la excepción propuesta gozaba de cierto apoyo, pero las opiniones estaban divididas en cuanto a si la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales la reconocían, y hasta qué punto. Si bien las decisiones arbitrales afirmaban el principio enunciado en la excepción, esas decisiones a menudo se basaban en acuerdos especiales entre Estados en los que se reconocía a los accionistas el derecho a reclamar una indemnización y, por consiguiente, no eran necesariamente indicativas de una norma general de derecho internacional consuetudinario. El *obiter dictum* emitido por la Corte en su sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* y los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka han conferido incontestablemente mayor peso a los argumentos a favor de la excepción. La evolución posterior, aunque sólo sea en el contexto de la interpretación de los tratados, han confirmado esta tendencia¹⁵¹. En esos casos sería posible defender una excepción general basada en la jurisprudencia.

Sin embargo, el apartado b) del artículo 11 no va tan lejos. En lugar de ello, limita la excepción a la que se ha denominado una "sociedad Calvo", es decir, una sociedad cuya constitución, al igual que la cláusula Calvo, tiene por objeto preservarla de las normas de derecho internacional relativas a la protección diplomática. Limita la excepción al supuesto en que la sociedad, *en la fecha en la que se produjo el perjuicio* (otro rasgo

¹⁴⁹ Esto se deduce claramente del intercambio de opiniones al respecto entre los magistrados Oda (ibíd., págs. 87 y 88) y Schwebel (ibíd., pág. 94).

¹⁵⁰ Opinión expresada por Yoram Dinstein en "Diplomatic Protection of Companies under International Law", en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice* (1988) pág. 505, especialmente pág. 512.

¹⁵¹ De conformidad con sus Normas aplicables a las reclamaciones internacionales, aprobadas por el Reino Unido en 1985, "en los casos en que un nacional del Reino Unido tenga intereses, como accionista o en otra calidad, en una sociedad constituida en otro Estado y del cual es, por consiguiente, nacional, y ese Estado cause un perjuicio a la sociedad, el Gobierno de Su Majestad podrá intervenir para proteger los intereses del nacional del Reino Unido". (Regla VI), reimpresas en *I.C.L.Q.* (1988), vol. 37, pág. 1007 y reproducidas en el documento A/CN.4/561/Add.1, anexo.

restrictivo) tenga la nacionalidad del Estado supuestamente responsable de haber causado el perjuicio y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar actividades empresariales en él. No es necesario que la legislación de ese Estado exija la constitución. Otras formas de coerción también podrían tener como resultado que se "exija" a una sociedad que se constituya en ese Estado.

Artículo 12

Perjuicio directo a los accionistas

En la medida en que un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cause un perjuicio directo a los derechos de los accionistas como tales, distintos de los derechos de la propia sociedad, el Estado de la nacionalidad de cualquiera de esos accionistas tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a sus nacionales.

Comentario

1) La Corte reconoció en el asunto de la *Barcelona Traction* que los accionistas podían acogerse a la protección diplomática cuando sus propios derechos resultaban afectados:

"... un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que sólo lesiona esos derechos no implica responsabilidad alguna hacia los accionistas, aunque sus intereses resulten afectados. ... La situación es diferente si el acto objeto de reclamación está dirigido contra los derechos propios de los accionistas como tales. Es bien sabido que el derecho interno confiere a los accionistas derechos distintos de los de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho de asistir a las juntas generales y votar en ellas y el derecho a una parte del haber social existente en el momento de la liquidación. Si se vulnera uno de sus derechos propios, el accionista tiene un derecho de accionar independiente."¹⁵²

¹⁵² *I.C.J. Reports 1970*, pág. 36, párrs. 46 y 47.

No obstante, la Corte no tuvo que examinar más a fondo esta cuestión porque Bélgica había indicado claramente que no basaba su reclamación en una vulneración directa de los derechos de los accionistas.

2) La cuestión de la protección de los derechos propios de los accionistas se planteó ante la Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la sociedad *ELSI*¹⁵³. Sin embargo, en este caso, los derechos en cuestión, como los derechos de los accionistas de organizar, controlar y administrar la sociedad, figuraban en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que se pedía a la Sala que interpretara, y ésta no expuso en detalle las normas de derecho internacional consuetudinario sobre esta materia. En el asunto *Agrotexim*¹⁵⁴, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*, reconoció el derecho de los accionistas a gozar de protección con respecto a la violación directa de sus derechos, pero falló que en el caso considerado no se había producido tal violación¹⁵⁵.

3) El artículo 12 no intenta ofrecer una relación exhaustiva de los derechos de los accionistas como derechos distintos de los de la propia sociedad. En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte mencionó los derechos más evidentes de los accionistas -el derecho a los dividendos declarados, el derecho a asistir a las juntas generales y a votar en ellas y el derecho a una parte del haber social existente en el momento de la liquidación-, pero dejó en claro que la lista no era exhaustiva. Ello significa que incumbirá a los tribunales determinar, sobre la base de los hechos de cada caso, los límites de esos derechos. Sin embargo, será preciso cuidar de delimitar claramente los derechos de los accionistas y los derechos de la sociedad, especialmente en lo que respecta al derecho a participar en la gestión de las sociedades. Que el artículo 12 debe interpretarse restrictivamente se subraya con las fórmulas "los derechos de los accionistas como tales" y "distintos de los derechos de la propia sociedad".

¹⁵³ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15.

¹⁵⁴ *Series A*, N° 330-A.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 23, párr. 62.

4) El artículo 12 no especifica qué ordenamiento jurídico determinará cuáles son los derechos que corresponden a los accionistas distintos de los derechos de la sociedad. En la mayoría de los casos, la cuestión deberá decidirse por el derecho interno del Estado de constitución. Sin embargo, si la sociedad ha sido constituida en el Estado autor del hecho lesivo, tal vez se justifique invocar los principios generales del derecho de sociedades a fin de asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un trato discriminatorio¹⁵⁶.

Artículo 13

Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en el presente capítulo serán aplicables, según proceda, a la protección diplomática de otras personas jurídicas que no sean sociedades.

Comentario

1) Las disposiciones de este capítulo han versado hasta ahora sobre un tipo particular de persona jurídica, la sociedad. Ello se explica por dos motivos. En primer lugar, las sociedades, a diferencia de otras personas jurídicas, tienen ciertas características comunes y uniformes: son empresas con un fin lucrativo cuyo capital generalmente está dividido en acciones y en las que se hace una clara distinción entre la sociedad como entidad separada y los accionistas, a quienes incumbe una responsabilidad limitada. En segundo lugar, es principalmente la sociedad, y no la empresa pública, la universidad, el municipio, la fundación y otras personas jurídicas del mismo género la que participa en el comercio exterior y las inversiones extranjeras y la que con sus actividades no sólo anima la economía internacional, sino también el mecanismo de solución de las controversias internacionales. La protección diplomática de las personas jurídicas atañe principalmente a la protección de las inversiones extranjeras. De ahí que la sociedad sea la persona jurídica

¹⁵⁶ En su voto particular emitido en el asunto de la sociedad *ELSI*, el magistrado Oda habló de "los principios generales de derecho relativos a las sociedades" en el contexto de los derechos de los accionistas; *I.C.J. Reports 1989*, págs. 87 y 88.

de mayor importancia en el ámbito de la protección diplomática y que sea y deba ser el principal objeto del presente proyecto de artículos.

2) En su sentido ordinario, la palabra "persona" denota un ser humano. Sin embargo, en un sentido jurídico, una "persona" es cualquier ente, objeto, asociación o institución a quien la ley otorga capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Un sistema jurídico puede conferir la personalidad jurídica a cualquier objeto o asociación que le plazca. No existe coherencia ni uniformidad entre los distintos sistemas jurídicos a la hora de conferir la personalidad jurídica.

3) Se debate entre los juristas la naturaleza de la personalidad jurídica y, en particular, la manera en que nace una persona jurídica. Según la teoría de la ficción, una persona jurídica sólo puede comenzar a existir mediante un acto formal de constitución dimanante del Estado. Esto quiere decir que un ente que no sea una persona física puede adquirir los atributos de la personalidad por un acto del Estado que lo asimile en virtud de una ficción jurídica a una persona física, con sujeción a las limitaciones que la ley imponga. Por otra parte, según la teoría realista, la existencia de la personalidad jurídica es un hecho y no depende del reconocimiento del Estado. Si una asociación o ente actúa de hecho como una entidad jurídica separada, se convierte en una persona jurídica con todos sus atributos, sin necesidad de que el Estado le otorgue la personalidad jurídica. Independientemente de los méritos de la teoría realista, está claro que, para poder existir, una persona jurídica debe gozar de cierto reconocimiento jurídico, es decir, en un ordenamiento jurídico nacional, como han subrayado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁵⁷ y la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁸.

4) Puesto que las personas jurídicas son creación del derecho interno, es lógico que hoy exista una gran variedad de personas jurídicas con características diferentes, entre ellas las sociedades, las empresas públicas, las universidades, las escuelas, las fundaciones, las

¹⁵⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 81/87 *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust*, [1988] ECR 5483, en el párr. 19.

¹⁵⁸ *Barcelona Traction, I.C.J. Reports 1970*, págs. 34 y 35 (párr. 38).

iglesias, los municipios, las asociaciones sin ánimo de lucro, las organizaciones no gubernamentales e incluso (en algunos países) las sociedades personalistas (*partnerships*). La imposibilidad de encontrar rasgos comunes y uniformes en todas esas personas jurídicas explica que los estudiosos del derecho internacional público y privado, a la hora de examinar las personas jurídicas en el marco del derecho internacional, se limiten principalmente a la sociedad. No obstante, es necesario tener en cuenta las personas jurídicas distintas de las sociedades en el contexto de la protección diplomática. La jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional demuestra que en determinados casos un municipio¹⁵⁹ (comuna) o una universidad¹⁶⁰ puede ser considerado como una persona jurídica y como nacional de un Estado. No hay motivo para que dichas personas jurídicas no puedan acogerse a la protección diplomática si resultan lesionadas en el extranjero, a condición de que sean entidades autónomas que no formen parte del aparato del Estado protector¹⁶¹. Las fundaciones con fines no lucrativos, cuyos bienes han sido destinados por un donante o testador a un fin caritativo, constituyen personas jurídicas sin miembros. Actualmente muchas fundaciones financian proyectos en el exterior para promover la salud, el bienestar, los derechos de la mujer, los derechos humanos y el medio ambiente en los países en desarrollo. Si una persona jurídica de esa índole es víctima de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado anfitrión, es probable que goce de protección diplomática por parte del Estado en virtud de cuyo ordenamiento jurídico ha

¹⁵⁹ En el asunto *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, la Corte Permanente estatuyó que el municipio de Ratibor pertenecía a la categoría de "nacional alemán" en el sentido del Convenio germanopolaco de 1922 relativo a la Alta Silesia, *P.C.I.J. Reports, Series A*, Nº 7, págs. 73 a 75.

¹⁶⁰ En *Appeal from a Judgement of the Czechoslovak-Hungarian Mixed Arbitral Tribunal (Peter Pázmány University v. Czechoslovakia)*, la Corte Permanente declaró que la Universidad Peter Pázmány era de nacionalidad húngara, a tenor del artículo 250 del Tratado de Trianón y que, por lo tanto, tenía derecho a la restitución de bienes de su propiedad, *P.C.I.J. Reports, Series A/B*, Nº 61, págs. 208 y 227 a 232.

¹⁶¹ Si la protección diplomática es un proceso reservado para la protección de personas naturales o jurídicas que no forman parte del Estado, se deduce que, en la mayoría de los casos, el municipio, como subdivisión de la administración local, y la universidad, financiada y en última instancia controlada por el Estado, no tienen derecho a la protección diplomática aunque pueden ser protegidos por otras normas relativas al problema de los órganos del Estado. Sin embargo, las universidades privadas tendrían derecho a la protección diplomática, al igual que las escuelas privadas, si gozan de personalidad jurídica en virtud del derecho interno.

sido creada. Podría parecer que las organizaciones no gubernamentales que realizan actividades en el exterior en favor de una buena causa pertenecen a la misma categoría que las fundaciones¹⁶².

5) La diversidad de metas y estructuras de las distintas clases de personas jurídicas que no son sociedades hace imposible elaborar disposiciones separadas e independientes relativas a su protección. La única opción realista, y la más sensata, es elaborar una disposición que haga extensivos los principios de la protección diplomática adoptados para las sociedades a otras personas jurídicas, con sujeción a los cambios necesarios en función de las distintas características de cada persona jurídica. La disposición propuesta, que apunta a ello, establece que los principios que rigen el Estado de la nacionalidad de las sociedades y la aplicación a estas últimas del principio de la continuidad de la nacionalidad se aplicará, "según proceda", a la protección diplomática de las personas jurídicas que no sean sociedades. Para eso será necesario que un tribunal examine la naturaleza y las funciones de la persona jurídica de que se trate a fin de determinar si sería "procedente" aplicar con respecto a ello cualquiera de las disposiciones del presente capítulo. La mayoría de las personas jurídicas que no son sociedades no tienen accionistas, de suerte que sólo será procedente aplicarles los artículos 9 y 10. No obstante, si una persona jurídica de ese género tiene accionistas, también se le podrán aplicar los artículos 11 y 12¹⁶³.

¹⁶² Véase además K. Doehring, "Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations" en *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga* (1994), págs. 571 a 580.

¹⁶³ Esto se aplicaría a la sociedad de responsabilidad limitada de los países de tradición jurídica romanista, que es una mezcla de sociedades de capitales (*corporation*) y sociedad personalista (*partnership*).

Tercera parte

RECURSOS INTERNOS

Artículo 14

Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 15.

2. Por "recursos internos" se entienden los recursos legales que puede interponer una persona perjudicada ante los tribunales u órganos, sean éstos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad por causar el perjuicio se invoca.

3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8.

Comentario

1) El artículo 14 trata de codificar la norma de derecho internacional consuetudinario que requiere el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para la presentación de una reclamación internacional. Esta norma fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Interhandel* como principio "bien establecido en el derecho internacional consuetudinario"¹⁶⁴ y por una Sala de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Elettronica Sicula (ELSI)* como "importante principio de derecho

¹⁶⁴ *Interhandel case (Switzerland v. United States of America)*, excepciones preliminares, *I.C.J. Reports 1959*, pág. 6, especialmente pág. 27.

internacional consuetudinario"¹⁶⁵. El agotamiento de los recursos internos garantiza que "el Estado en que se causó la lesión pueda repararla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno"¹⁶⁶. La Comisión de Derecho Internacional ha examinado ya el agotamiento de los recursos internos en el contexto de su labor sobre la responsabilidad de los Estados, llegando a la conclusión de que es un "principio de derecho internacional general" apoyado por la jurisprudencia, la práctica de los Estados, los tratados y la doctrina¹⁶⁷.

2) Tanto las personas naturales como las personas jurídicas están obligadas a agotar los recursos internos. Una sociedad extranjera financiada en parte o principalmente con fondos públicos también debe agotar los recursos internos cuando realiza *acta jure gestionis*. Igualmente, los no nacionales del Estado que ejerce la protección, con derecho a protección diplomática en los supuestos excepcionales previstos en el artículo 8, deben agotar los recursos internos.

3) La expresión "todos los recursos internos" debe entenderse sin perjuicio del artículo 15, que enuncia los supuestos excepcionales en que no es preciso agotar los recursos internos. Las sugerencias de que se aludiera en esta disposición a la necesidad de agotar sólo los recursos internos "adecuados y eficaces"¹⁶⁸ no se recogieron por dos razones. En primer lugar porque esa excepción al requisito del agotamiento de los recursos internos requiere que se regule especialmente en una disposición separada, como se hace en el artículo 15. En segundo lugar, el hecho de que recaiga generalmente en el Estado demandado la carga de probar que existen recursos internos adecuados, mientras que

¹⁶⁵ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, sentencia, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente pág. 42, párr. 50.

¹⁶⁶ Asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1959*, pág. 6, especialmente pág. 27.

¹⁶⁷ Artículo 22 en primera lectura, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento N° 10 y Corr. (A/51/10 y Corr.1)*, cap. III D 1; *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), págs. 30 a 50; comentario del artículo 44 en segunda lectura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, págs. 331 a 334.

¹⁶⁸ Este criterio se aprobó en el asunto *Loewen Group Inc. v. USA, J.L.M.* vol. 42 (2003), pág. 811, párrs. 154 y 168.

incumbe generalmente al Estado demandante la de probar que la persona lesionada no tiene a su disposición vías de recurso efectivas¹⁶⁹, requiere tratar por separado estos dos aspectos de la regla de los recursos internos.

4) Los recursos disponibles para un extranjero, que deben ser agotados antes de interponer una reclamación internacional, varían inevitablemente según los Estados. Por ello, ninguna codificación puede ofrecer una norma absoluta por la que se rijan todas las situaciones. El párrafo 2 trata de describir, en términos generales, las principales clases de recursos que deben agotarse¹⁷⁰. En el primer caso, es evidente que el nacional extranjero debe agotar todos los recursos judiciales disponibles en el derecho interno del Estado demandado. Si ese derecho autoriza a recurrir en las circunstancias del caso ante el más alto órgano jurisdiccional, habrá que interponer ese recurso a fin de obtener una decisión firme sobre la cuestión. Aun si no existe el derecho a recurrir ante un tribunal superior, pero éste discrecionalmente puede admitir a trámite el recurso, el nacional extranjero deberá todavía solicitar la admisión a trámite del recurso ante ese tribunal¹⁷¹. A ese respecto, por tribunales se entiende tanto los ordinarios como los especiales, porque

¹⁶⁹ La cuestión de la carga de la prueba fue examinada por el Relator Especial en su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), párrs. 102 a 118. La Comisión decidió no incluir un proyecto de artículo sobre ese tema: *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10)*, párrs. 240 a 252. Véase también el asunto *Elettronica Sicula (ELSI)*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente págs. 46 a 48 (párrs. 59 a 63).

¹⁷⁰ En el asunto *Ambatielos*, de 6 de marzo de 1956, el tribunal arbitral declaró que "se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección jurídica previsto en el derecho interno": *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 83, especialmente pág. 120. Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2004), segunda edición.

¹⁷¹ Esto incluiría el recurso de *certiorari* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

"la cuestión esencial no es saber si se trata de un recurso ordinario o extraordinario, sino si ofrece un remedio eficaz y suficiente"¹⁷².

5) Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero lesionado sólo está obligado a agotar los recursos que pueden llevar a una decisión vinculante. No está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de su poder discrecional. Los recursos internos no incluyen los recursos a título de gracia¹⁷³ ni aquellos "cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho"¹⁷⁴. Las peticiones de indulto y el recurso a un *ombudsman* generalmente pertenecen a esta categoría¹⁷⁵.

6) Para fundar convenientemente una reclamación internacional en el motivo de que se han agotado los recursos internos, el litigante extranjero debe plantear los argumentos básicos que se propone utilizar en el procedimiento internacional ante los órganos jurisdiccionales internos. En el asunto *ELSI*, la Sala de la Corte Internacional de Justicia declaró:

"para que una demanda internacional sea admisible, basta que se haya sometido el fondo de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya

¹⁷² *B. Schouw Nielsen v. Denmark*, Application No. 343/57, (1958-1959) *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, pág. 412, especialmente pág. 438 (en relación con las consideraciones expuestas por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1954) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, vol. 46, pág. 364). Véase también el asunto *Lawless*, Application No. 332/57 (1958-1959), *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, pág. 308, especialmente págs. 318 a 322.

¹⁷³ *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finnish Ships Arbitration)*, 1934, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1479.

¹⁷⁴ *De Becker v. Belgium*, Application No. 214/56 (1958-1959), *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, pág. 214, especialmente pág. 238.

¹⁷⁵ Véase *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Corte Internacional de Justicia, fallo de 31 de marzo de 2004, párrs. 135 a 143.

perseverado hasta donde lo permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin éxito."¹⁷⁶

Este criterio es preferible al criterio más estricto enunciado en el *Arbitraje relativo a los buques finlandeses*, según el cual:

"[t]odos los argumentos de hecho y de derecho aducidos por el gobierno demandante [...] deben haber sido examinados por los tribunales internos, que deben haber estatuido al respecto."¹⁷⁷

7) Por consiguiente, el litigante extranjero debe presentar todas las pruebas de que disponga en apoyo del fondo de su demanda durante el proceso de agotamiento de los recursos internos¹⁷⁸. No puede acogerse a la vía de recurso internacional que le ofrece la protección diplomática para compensar la mala preparación o la mala presentación de su demanda en el ámbito interno¹⁷⁹.

8) El artículo 14 no tiene en cuenta la "cláusula Calvo"¹⁸⁰, un medio utilizado principalmente por los Estados latinoamericanos a fines del siglo XIX y comienzos del XX para constreñir a un extranjero a las vías de recurso locales obligándole a renunciar a las vías de recurso internacionales con respecto a las controversias surgidas en relación con un contrato concertado con el Estado de acogida. La validez de esa cláusula ha sido cuestionada enérgicamente por los Estados exportadores de capitales¹⁸¹ por el motivo de que el extranjero no tiene derecho, de conformidad con la regla

¹⁷⁶ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente párr. 59.

¹⁷⁷ *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, especialmente pág. 1502.

¹⁷⁸ *Ambatielos claim, U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 83, especialmente pág. 120.

¹⁷⁹ D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, pág. 1059.

¹⁸⁰ Que lleva el nombre del distinguido jurista argentino Carlos Calvo (1824-1906).

¹⁸¹ Véase, en general, D. R. Shea *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy* (1955).

establecida en el asunto *Mavrommatis*¹⁸², a renunciar a un derecho que pertenece al Estado y no a su nacional. A pesar de ello, la "cláusula Calvo" se consideraba como una costumbre regional de América Latina y formaba parte de la identidad nacional de muchos Estados. Es difícil conciliar la "cláusula Calvo" con el derecho internacional si se interpreta como una renuncia completa del recurso a la protección diplomática. No obstante, se puede interpretar en consonancia con el derecho internacional -como resolvió la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México en el asunto *North American Dredging Company*¹⁸³- si se limita a la renuncia a la protección diplomática con respecto a controversias contractuales, pero no con respecto a una actuación del Estado de acogida que constituya un hecho internacionalmente ilícito (como la denegación de justicia) o cuando el perjuicio causado al extranjero interese directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero¹⁸⁴.

9) El párrafo 3 dispone que el agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en los casos en que el Estado demandante ha sido perjudicado "indirectamente", es decir, en la persona de su nacional. No se aplica cuando el Estado autor de la reclamación es perjudicado directamente por el hecho ilícito de otro Estado, por cuanto en ese caso el Estado tiene claramente una razón propia para presentar una reclamación internacional¹⁸⁵.

10) En la práctica, es difícil decidir si la reclamación es "directa" o "indirecta" cuando es "mixta", en el sentido de que contiene elementos tanto de perjuicio para el Estado como de perjuicio para los nacionales del Estado. Muchas controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia corresponden al fenómeno de la reclamación mixta. En el asunto

¹⁸² *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.) P.C.I.J. Reports 1924*, Series A, N° 2, pág. 12.

¹⁸³ (*Estados Unidos c. México*), *U.N.R.I.A.A.*, vol. IV, pág. 26.

¹⁸⁴ La propuesta de incluir una disposición de ese tipo, que hizo el Relator Especial en una adición a su tercer informe (A/CN.4/523/Add.1 (2002)), no fue aprobada por la Comisión.

¹⁸⁵ A este respecto, véase en general C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2004), segunda edición, págs. 145 a 168.

de los *Rehenes*¹⁸⁶ hubo una violación directa por parte de la República Islámica del Irán de la obligación de proteger a los diplomáticos y cónsules de los Estados Unidos de América, pero al mismo tiempo hubo un perjuicio para la persona de los nacionales (diplomáticos y cónsules) retenidos como rehenes; y en el asunto *Interhandel*¹⁸⁷, Suiza alegó haber sido lesionada directamente, por la violación de un tratado, y también indirectamente, por el perjuicio causado a una sociedad suiza. En el asunto de los *Rehenes*, la Corte trató la reclamación como una violación directa del derecho internacional; y en el asunto *Interhandel* decidió que la reclamación era preponderantemente indirecta y que *Interhandel* no había agotado los recursos internos. En el asunto *Orden de detención de 11 de agosto de 2000*, la República Democrática del Congo y su nacional (el entonces Ministro de Relaciones Exteriores) habían sufrido un perjuicio directo, pero la Corte decidió que la demanda no se había presentado en relación con la protección de un nacional por lo que no era necesario que la República Democrática del Congo agotara los recursos internos¹⁸⁸. En el asunto *Avena*¹⁸⁹ México trató de proteger a sus nacionales condenados a muerte en los Estados Unidos amparándose en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y adujo que "había sufrido él mismo, directamente y a través de sus nacionales" por cuanto los Estados Unidos de América no habían concedido el acceso consular a sus nacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención. La Corte estimó ese argumento a causa de la "interdependencia de los derechos del Estado y los derechos individuales".

11) En caso de una reclamación mixta, incumbe al tribunal examinar los diferentes elementos de la reclamación y decidir si es el elemento directo o el elemento indirecto es

¹⁸⁶ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 3. Véase también el asunto *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, párr. 40, en el que la Corte Internacional de Justicia resolvió que México había sido lesionado directamente al haber sufrido un perjuicio a sus nacionales en virtud del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

¹⁸⁷ *I.C.J. Reports 1959*, pág. 6.

¹⁸⁸ *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3, párr. 40.

¹⁸⁹ *I.C.J. Reports 2004*, pág. 12, párr. 40.

preponderante. En el asunto *ELSI*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia rechazó el argumento de los Estados Unidos de que parte de su reclamación se basaba en la violación de un tratado y, por lo tanto, era innecesario agotar los recursos internos, sosteniendo que:

"la Sala no duda que la cuestión que predominantemente influye en la demanda de los Estados Unidos en su conjunto es el presunto perjuicio sufrido por Raytheon y Machlett [sociedades estadounidenses]."¹⁹⁰

Muy próximo al criterio de la preponderancia, el criterio de la condición *sine qua non*, o "a falta de", según el cual hay que preguntarse si la reclamación que comprende elementos de perjuicio tanto directo como indirecto se habría presentado si no fuera por la demanda por cuenta del nacional lesionado. Si la respuesta es negativa, la reclamación es indirecta y deben agotarse los recursos internos. No es mucho, sin embargo, lo que distingue el criterio de la preponderancia del criterio "a falta de". Si una reclamación se basa preponderantemente en el perjuicio sufrido por un nacional, ello indica que la reclamación no se habría presentado a falta de ese perjuicio. En vista de eso, el párrafo 3 establece un solo criterio, es decir, el de la preponderancia.

12) Los otros "criterios" invocados para determinar si la reclamación es directa o indirecta no son tanto criterios como factores que deben considerarse al decidir si la reclamación se inclina predominantemente en el sentido de una reclamación directa o de una reclamación indirecta, o si no se habría presentado a falta del perjuicio causado al nacional. Los principales factores que deben considerarse para hacer esa determinación son el objeto de la controversia, la naturaleza de la reclamación y la reparación exigida. Así, cuando el objeto de la controversia sea un funcionario diplomático¹⁹¹ o un bien del Estado¹⁹², la reclamación será normalmente directa, y si el Estado trata de obtener una indemnización por cuenta de su nacional, la reclamación será indirecta.

¹⁹⁰ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15, especialmente pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1980*, pág. 28.

¹⁹¹ *Hostages case*, *I.C.J. Reports 1959*, pág. 3.

¹⁹² *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania)*, fondo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 4.

13) El párrafo 3 deja en claro que los recursos internos deben agotarse no sólo con respecto a una reclamación internacional sino también con respecto a una petición de sentencia declarativa que se base predominantemente en un perjuicio causado a un nacional. Aunque se pueda considerar que si el Estado no pide una indemnización de daños y perjuicios para un nacional lesionado, sino simplemente una decisión sobre la interpretación y aplicación de un tratado, no hay necesidad de agotar los recursos internos¹⁹³, hay casos en que se ha exigido a un Estado que agote los recursos internos cuando pedía una sentencia declarativa relativa a la interpretación y aplicación de un tratado supuestamente violado por el Estado demandado en relación o con ocasión del trato ilícito dado a un nacional¹⁹⁴.

14) El artículo 14 dispone que la persona lesionada misma debe haber agotado todos los recursos internos. Ello no impide que una persona distinta de la persona lesionada pueda cumplir el requisito del agotamiento de los recursos internos al agotar el fondo de la misma reclamación ante un tribunal del Estado demandado¹⁹⁵.

Artículo 15

Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

- a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;

¹⁹³ Asunto relativo al *Air Services Agreement of 27 March between the United States of America and France*, decisión de 9 de diciembre de 1978, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 415; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 29, párr. 41.

¹⁹⁴ Véase el asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1959*, págs. 28 y 29; y el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 43.

¹⁹⁵ Véase el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 35, especialmente pág. 46, párr. 59.

- b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;
- c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca;
- d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos; o
- e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos.

Comentario

1) El artículo 15 versa sobre las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. Los apartados a) y b), que tratan de los supuestos en que los tribunales internos no ofrecen ninguna perspectiva de reparación, y los apartados c) y d), que versan sobre los supuestos que hacen injusto o poco razonable exigir a un extranjero perjudicado que agote los recursos internos como condición previa para la presentación de una reclamación, son claras excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. El apartado e) trata de un caso diferente, que se produce cuando el Estado demandado ha renunciado a exigir la observancia de esa regla.

Apartado a)

2) El apartado a) versa sobre la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que a veces se denomina, en términos generales, excepción de "inutilidad" o de "ineficacia". Hay que considerar tres opciones para la formulación de una regla que recoja las circunstancias en que no es necesario agotar los recursos internos a causa de las deficiencias de la administración de justicia:

- i) Los recursos internos son manifiestamente inútiles;
- ii) Los recursos internos no ofrecen ninguna perspectiva razonable de éxito;

- iii) Los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de reparación efectiva.

Las tres opciones cuentan con cierto apoyo entre la doctrina.

3) El criterio de la "inutilidad manifiesta", expuesto por el árbitro Bagge en el *Arbitraje relativo a los buques finlandeses*¹⁹⁶ fija un umbral demasiado alto. En cambio, el criterio de la "falta de perspectiva razonable de éxito", aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones¹⁹⁷, es demasiado generoso para el demandante. Esto deja la tercera opción, que evita los términos rigurosos de "inutilidad manifiesta", pero impone sin embargo una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva. Este criterio tiene su origen en el voto particular de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto de los *Empréstitos noruegos*¹⁹⁸ y es apoyado por una parte de la doctrina¹⁹⁹. Sin embargo, el criterio no incluye el elemento de la disponibilidad de los recursos internos que apoyó la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado²⁰⁰ y que los tribunales²⁰¹ y los

¹⁹⁶ U.N.R.I.A.A., vol. III, especialmente pág. 1504.

¹⁹⁷ *Retimag S.A. v. Federal Republic of Germany*, Application N° 712/60, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 4, pág. 385 especialmente pág. 400; *X, Y and Z v. UK*, Application Nos. 8022/77, 8027/77, pág. 18, *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports*, pág. 66, especialmente pág. 74. Véase también el comentario al artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado aprobado por la Comisión en primera lectura: *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), pág. 47, párr. 48.

¹⁹⁸ *I.C.J. Reports 1957*, especialmente pág. 39.

¹⁹⁹ Véase el Tercer informe sobre la protección diplomática, de 2002 (A/CN.4/523 y Add.1), párr. 35.

²⁰⁰ El artículo 44 dispone que las vías de recurso internas han de ser "disponibles y efectivas".

²⁰¹ En el asunto *Loewen Group Inc v. USA, I.L.M.* (2003) vol. 42, pág. 811, el tribunal estatuyó que la regla del agotamiento de los recursos internos obliga a la persona lesionada "a agotar los recursos que sean efectivos y adecuados y estén razonablemente disponibles" (especialmente párr. 168).

tratadistas²⁰² consideran a veces parte integrante de esta regla. Por esta razón se ha ampliado el criterio del apartado a) para exigir que no haya "razonablemente disponibles recursos internos" que provean una reparación efectiva o que los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación. De ese modo, el criterio encuentra apoyo en las resoluciones judiciales que han mantenido que no han de agotarse los recursos internos cuando el tribunal interno no sea competente para conocer de la controversia de que se trate²⁰³, cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no estén sujetos al control jurisdiccional de los tribunales internos²⁰⁴, cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia²⁰⁵, cuando haya una serie constante y bien establecida de precedentes contrarios al extranjero²⁰⁶, cuando los tribunales internos no sean competentes para ofrecer al extranjero

²⁰² C. F. Amerasinghe *Local Remedies in International Law* (2004) págs. 181 y 182, 203 y 204.

²⁰³ Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J. Series A/B*, 1939, N° 76, pág. 4, especialmente pág. 18; *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, recogido en *A.J.I.L. (1934)*, vol. 28, pág. 760, especialmente pág. 789; reclamaciones de R. Gelbtrunk y "Salvador Commercial Co." y otros, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 467, especialmente págs. 476 y 477; "*The Lottie May*" Incident, arbitraje entre Honduras y el Reino Unido de 18 de abril de 1899, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XV, pág. 29, especialmente pág. 31; voto particular del magistrado Lauterpacht en el asunto *Norwegian Loans*, *I.C.J. Reports 1957*, especialmente págs. 39 y 40; *Finnish Ships Arbitration*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1535.

²⁰⁴ *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *A.J.I.L. (1934)*, vol. 28, pág. 789. Véase también *Affaire des Forêts du Rhodope Central (Fond)*, 1933, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1405; reclamación *Ambatielos*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 119; y asunto *Interhandel*, *I.C.J. Reports 1959*, especialmente pág. 28.

²⁰⁵ *Robert E. Brown Claim*, de 23 de noviembre de 1923, *U.N.R.I.A.A.*, vol. VI, pág. 120; asunto *Velásquez Rodríguez*, *I.L.M. (1989)*, vol. 28, pág. 291, especialmente págs. 304 a 309.

²⁰⁶ Asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, *P.C.I.J. Series A/B*, 1939, N° 76, pág. 4, especialmente pág. 18; "*S.S. Lisman*", 1937, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1769, especialmente pág. 1773; "*S.S. Seguranca*" 1939, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1861, especialmente pág. 1868; *Finnish Ships Arbitration*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, especialmente pág. 1495; *X v. Federal Republic of Germany*, 1956, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 1, pág. 138; *X v. Federal Republic of Germany*, 1958-1959, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 2, pág. 342, especialmente pág. 344 y *X v. Austria*, 1960, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 3, pág. 196, especialmente pág. 202.

una vía de recurso apropiada y suficiente²⁰⁷ o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de tutela judicial²⁰⁸.

4) Para cumplir los requisitos del apartado a) no es suficiente que la persona perjudicada pruebe que las posibilidades de éxito son escasas o que nuevos recursos son difíciles o costosos. El criterio no es si son probables o posibles unos resultados positivos, sino si el sistema jurídico interno del Estado demandado es razonablemente capaz de proporcionar una reparación efectiva. Esto debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias existentes. Es una cuestión que decidirá el tribunal internacional competente encargado de examinar la cuestión de si se han agotado los recursos internos. La decisión en esta materia debe tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada²⁰⁹.

Apartado b)

5) La posible exención del requisito de agotar los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una demora excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en los intentos de codificación²¹⁰, los instrumentos

²⁰⁷ *Finnish Ships Arbitration*, U.N.R.I.A.A., vol. III, págs. 1496 y 1497; asunto *Velásquez Rodríguez*, 1989, I.L.M., vol. 28, págs. 304 a 309; *Yağci and Sargin v. Turkey*, sentencia de 8 de junio de 1995, *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 319, pág. 3, especialmente pág. 17, párr. 42; *Hornsby v. Greece*, sentencia de 19 de marzo de 1997, 1997-II, *European Court of Human Rights, Reports and Decisions*, N° 33, pág. 495, especialmente pág. 509, párr. 37.

²⁰⁸ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, 9 de abril de 1996, I.L.R., vol. 107, pág. 457, especialmente pág. 460. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades intrínsecas de los procedimientos jurídicos de la justicia militar obviaban la necesidad de agotar los recursos internos; resolución 1a/88, asunto 9755, *Ann.Rep I A Com HR* 1987/88.

²⁰⁹ *Finnish Ships Arbitration*, U.N.R.I.A.A., vol. III, pág. 1504; reclamación *Ambatielos*, U.N.R.I.A.A., vol. XII, págs. 99 y 119 y 120.

²¹⁰ Véase el análisis de los primeros intentos de codificación por F. V. García Amador en su primer informe, *Anuario...*, 1956, vol. II, pág. 171, especialmente págs. 219 a 222; art. 19, 2) del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1960 por Harvard Research on International Law y reproducido en *A.J.I.L.* 1961, vol. 55, pág. 545, especialmente pág. 577.

de derechos humanos y la práctica en esta materia²¹¹, las decisiones judiciales²¹² y la doctrina. Es difícil dar un contenido objetivo al significado de "dilación indebida", o de tratar de establecer un plazo fijo para hacer efectivos los recursos internos. Cada asunto debe juzgarse por separado. Como declaró la Comisión de Reclamaciones Británico-Mexicana en el asunto *El Oro Mining*:

"La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el plazo en que se supone que el tribunal dicte sentencia. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso."²¹³

6) El apartado b) deja en claro que la demora en la tramitación del recurso debe ser atribuible al Estado presuntamente responsable de un perjuicio causado a un extranjero. Se prefiere la expresión "tramitación del recurso" a "recursos internos" para incluir todo el proceso mediante el cual se ejercitan y hacen efectivos los recursos internos y a través del cual se encauzan esos recursos.

Apartado c)

7) La excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que figura en el apartado a) del artículo 15, según la cual no es necesario agotar los recursos internos cuando no estén razonablemente disponibles o no "ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener [una] reparación [efectiva]", no incluye los supuestos en que esos recursos

²¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1, apartado c)); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46, párr. 2, apartado c)); *Weinberger v. Uruguay*, comunicación N° 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de decisiones*, vol. 1, pág. 57, especialmente pág. 59; *Las Palmeras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, *Resoluciones y sentencias*, N° 67, párr. 38 (4 de febrero de 2000); *Erdoğan v. Turkey*, Application N° 19807/92, N° 84 A, Comisión Europea de Derechos Humanos (1996), *Decisions and Reports*, pág. 5, especialmente pág. 15.

²¹² *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, decisión N° 55 de 18 de junio de 1931, *U.N.R.I.A.A.*, vol. V; pág. 191, especialmente pág. 198. *Administration of the Prince von Pless*, *P.C.I.J. Series A/B*, 1933, N° 52, pág. 11, especialmente pág. 16.

²¹³ *U.N.R.I.A.A.*, vol. V, especialmente pág. 198.

internos están disponibles y podrían ofrecer una posibilidad razonable de reparación efectiva, pero sería poco razonable o causaría grandes dificultades al extranjero lesionado agotar los recursos internos. Por ejemplo, aunque existan vías de recurso internas efectivas, sería poco razonable e injusto exigir a una persona lesionada que agotase los recursos internos cuando sus bienes hubieran sufrido daños ambientales causados por la contaminación, la lluvia radiactiva o la caída de objetos espaciales procedentes de un Estado en el que no estuvieran situados sus bienes; o si se encuentra a bordo de una aeronave derribada por un Estado cuyo espacio aéreo haya sido violado accidentalmente; o cuando el Estado demandado u otro órgano pone graves obstáculos para utilizar sus recursos internos. Se ha sugerido que en tales casos no será necesario agotar los recursos internos, por la falta de un vínculo voluntario o conexión territorial entre el individuo lesionado y el Estado demandado.

8) Hay apoyo en la doctrina para la tesis de que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha habido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como por ejemplo la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con ese Estado²¹⁴. Los que defienden este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática se caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba negocios en un país extranjero era perjudicado por la actuación de ese Estado y, por consiguiente, cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que debe considerarse que el nacional que se traslada al extranjero aceptará normalmente el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia, en la actualidad puede ocurrir que un particular resulte perjudicado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por algún acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos los daños ambientales

²¹⁴ Véase Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2004), pág. 169; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", *B.Y.I.L.* 1959, vol. 35, pág. 83, especialmente pág. 94.

transfronterizos (como la explosión de la central nuclear de Chernobyl cerca de Kiev, en Ucrania, que causó una lluvia radiactiva que llegó hasta el Japón y Escandinavia) y el hecho de derribar una aeronave que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como el asunto del *Incidente aéreo*, en el que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que había penetrado por accidente en su espacio aéreo). La base de esa norma del vínculo voluntario o conexión territorial es que el extranjero asume el riesgo en un Estado extranjero. Sólo cuando se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado cabe esperar de él que agote los recursos internos.

9) Ni la jurisprudencia ni la práctica de los Estados ofrecen una orientación clara sobre la existencia de esa excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. Aunque hay pronunciamientos jurisdiccionales que se inclinan a favor de la existencia de una excepción en los asuntos *Interhandel*²¹⁵ y *Salem*²¹⁶, en otros asuntos²¹⁷, los tribunales han mantenido la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos internos a pesar de la ausencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado demandado. Tanto en el asunto de los *Empréstitos noruegos*²¹⁸ como en el asunto del *Incidente aéreo (Israel c. Bulgaria)*²¹⁹ se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la Corte Internacional de Justicia adoptó una decisión al respecto. En el asunto de la *Fundición de Trail*²²⁰, relativo a una contaminación transfronteriza en

²¹⁵ En este asunto, la Corte Internacional de Justicia declaró: "[...] se ha considerado en tal caso necesario que el *Estado en que tuvo lugar la infracción* tenga también una oportunidad de subsanarla por sus propios medios", *I.C.J. Reports 1959*, especialmente pág. 27. La cursiva es añadida.

²¹⁶ En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral declaró que "por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona", *U.N.R.I.A.A.*, vol. II, pág. 1165, especialmente pág. 1202.

²¹⁷ *Finnish Ships Arbitration*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1504; reclamación *Ambatielos*, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, pág. 99.

²¹⁸ Alegaciones orales de Francia, *I.C.J. Pleadings 1957*, vol. I, pág. 408.

²¹⁹ *Case concerning the Aerial incident of 27 July 1955 (Israel v. Bulgaria)*, Excepciones preliminares, Alegaciones orales de Israel, *I.C.J. Pleadings 1959*, págs. 531 y 532.

²²⁰ 1935, *U.N.R.I.A.A.*, vol. III, pág. 1905.

que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto y otros²²¹, en que se prescindió de los recursos internos por no haber ningún vínculo voluntario, se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya una aceptación voluntaria de la jurisdicción como condición previa para que se aplique la regla del agotamiento de los recursos internos. La falta de insistencia en la aplicación de esa regla en estos casos, sin embargo, puede explicarse con base en que constituyen ejemplos de daño directo, por lo que no es necesario que se agoten los recursos internos, o en que en el compromiso arbitral de que se trataba no se exigía ese agotamiento.

10) En el apartado c) no se emplea la expresión "vínculo voluntario" para describir esa excepción, pues esta expresión subraya la intención subjetiva de la persona perjudicada y no la falta de una conexión objetivamente determinable entre el particular y el Estado de acogida. En la práctica, sería difícil probar ese criterio subjetivo. De ahí que el apartado c) exija la existencia de un "vínculo pertinente" entre el extranjero lesionado y el Estado que lo acoge. Ese vínculo debe ser "pertinente" en el sentido de que debe referirse de algún modo al perjuicio sufrido. El tribunal no sólo tendrá que examinar si el particular perjudicado estaba presente, residía o realizaba negocios en el territorio del Estado de acogida, sino también si, dadas las circunstancias, el particular, con su conducta, había asumido el riesgo de que, de sufrir un perjuicio, quedaría sometido a la jurisdicción de ese Estado. La palabra "pertinente" es la que mejor permite a un tribunal examinar los elementos esenciales de la relación entre el extranjero perjudicado y el Estado de acogida en el contexto del perjuicio, a fin de determinar si hubo una asunción del riesgo por parte de ese extranjero perjudicado. No tiene que haber "vínculo pertinente" entre la persona perjudicada y el Estado demandado en la fecha en que se produjo el perjuicio.

Apartado d)

11) El apartado d) tiene por objeto dar a un tribunal la potestad de prescindir del requisito del agotamiento de los recursos internos cuando, dadas las circunstancias del caso, sería

²²¹ Asunto *Virginus*, recogido en J. B. Moore, *A Digest of International Law*, 1906, vol. II, pág. 895, especialmente pág. 903; y asunto *Jessie*, recogido en *A.J.I.L.* 1922, vol. 16, págs. 114 a 116.

manifiestamente irrazonable esperar la observancia de esa regla. Este párrafo, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo, debe interpretarse estrictamente, y recaerá en la persona lesionada la carga de probar, no sólo que existen obstáculos y dificultades graves para agotar los recursos internos, sino también que está "manifiestamente" impedida de ejercer tales recursos. No se intenta proporcionar una lista completa de factores que podrían justificar esa excepción. Las circunstancias que manifiestamente pueden impedir el agotamiento de los recursos internos incluyen posiblemente el supuesto en que el Estado demandado impida a la persona perjudicada la entrada en su territorio, sea por ley o mediante amenazas contra su seguridad personal, y deniegue de ese modo la posibilidad de entablar una acción judicial ante los tribunales internos. O cuando sindicatos del crimen del Estado demandado le impidan emprender esas acciones legales. Aunque se supone que la persona perjudicada debe sufragar los gastos del proceso instruido ante los tribunales del Estado demandado, puede haber casos en que tales gastos sean prohibitivamente elevados e impidan "manifiestamente" el cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos²²².

12) Las circunstancias que manifiestamente impiden a una persona ejercer los recursos internos se traducirán a menudo en una situación en la que los recursos internos no estén disponibles o no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de reparación efectiva. En estos supuestos, habría que invocar el apartado a). El apartado d) sólo podrá invocarse en los casos en que los recursos internos estén realmente disponibles u ofrezcan una posibilidad razonable de reparación efectiva pero haya circunstancias especiales de la índole mencionada en el párrafo 11) que manifiestamente impidan a la persona lesionada acogerse a esas vías de recurso internas.

²²² Por lo que respecta a las consecuencias de los gastos del agotamiento de los recursos internos, véase *Loewen Group Inc. v. USA, I.L.M. (2004)*, vol. 42, pág. 811, especialmente párr. 166.

Apartado e)

13) Un Estado puede estar dispuesto a renunciar al requisito del agotamiento de los recursos internos. Como la finalidad de esa regla es proteger los intereses del Estado acusado de tratar indebidamente a un extranjero, se deduce que el Estado puede renunciar a esa protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado:

"En este caso, según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se la ha considerado así un medio de defensa y, como tal, renunciable, aun de modo tácito."²²³

14) La renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos puede revestir muchas formas distintas. Puede aparecer en un tratado bilateral o multilateral concertado antes o después de que se suscite la controversia; puede aparecer en un contrato entre el extranjero y el Estado demandado; puede ser expresa o tácita; o puede inferirse del comportamiento del Estado demandado en circunstancias en que pueda ser calificado de *estoppel* (regla de los actos propios) o de caducidad o pérdida de derechos.

15) Se puede incluir una cláusula expresa de renuncia en un compromiso de arbitraje especialmente concertado para dirimir una controversia que ya existe o en un tratado general que disponga que las controversias que se susciten en el futuro se dirimirán mediante arbitraje o alguna otra forma de solución de controversias internacionales. También puede incluirse en un contrato entre un Estado y un extranjero. Hay acuerdo general en que la renuncia expresa a la regla del agotamiento de los recursos internos es válida. La renuncia es común en la práctica estatal contemporánea y muchos convenios

²²³ Asunto del *Gobierno de Costa Rica* (Asunto de *Viviana Gallardo y otras*), de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.L.R.*, vol. 67, pág. 578, especialmente pág. 587, párr. 26. Véase asimismo *I.L.M.* (1981), vol. 20, pág. 1057. Véase también el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 42, párr. 50 y los asuntos *De Wilde, Ooms y Versyp* ("*Belgian vagrancy cases*"), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1971, *I.L.R.*, vol. 56, pág. 337, especialmente pág. 370, párr. 55.

arbitrales contienen cláusulas de renuncia. Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, según el cual:

"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes en el procedimiento de arbitraje conforme al Convenio se considerará como consentimiento en ese arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento en el arbitraje conforme a este Convenio."²²⁴

Se reconoce generalmente que la renuncia expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y un extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la legislación del Estado de acogida²²⁵.

16) No se puede interpretar con demasiada facilidad que haya una renuncia tácita al agotamiento de los recursos internos. En el asunto de la sociedad *ELSI*, una Sala de la Corte Internacional de Justicia declaró a este respecto que no podía:

"aceptar que se considere tácitamente excluida la aplicación de un principio importante de derecho internacional consuetudinario, sin que se haya precisado verbalmente la intención de excluirla."²²⁶

17) Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de renunciar al agotamiento de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión es corroborada tanto

²²⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

²²⁵ Asunto del *Gobierno de Costa Rica*, 67 *I.L.R.* 140, pág. 587, párr. 26; "*Belgian vagrancy cases*", 56 *I.L.R.* 140, pág. 370, párr. 55.

²²⁶ *I.C.J. Reports 1989*, especialmente pág. 42, párr. 50.

por la jurisprudencia²²⁷ como por la doctrina²²⁸. No es posible enunciar una norma general que establezca los supuestos en que se puede inferir tácitamente la intención de renunciar al agotamiento de los recursos internos. Cada caso deberá resolverse conforme a los términos del instrumento y las circunstancias de su aprobación. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter al arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cabe considerar que ese acuerdo "no implica la renuncia a exigir el agotamiento de todos los recursos internos cuando una de las partes contratantes hace suya la demanda de su nacional"²²⁹. La Sala de la Corte Internacional de Justicia confirmó en el asunto de la sociedad *ELSI* que había una fuerte presunción contra la renuncia implícita o tácita en un caso de esa índole²³⁰. Es sin duda más fácil admitir una renuncia implícita en el caso de un compromiso de arbitraje concertado después de haber surgido la controversia. En tal caso, se puede sostener que la renuncia puede ser considerada implícita si el Estado demandado concertó un convenio arbitral con el Estado demandante para resolver las controversias relativas al trato de los nacionales después de haber causado al nacional el perjuicio que es objeto de la controversia, y si el convenio no dice nada acerca del mantenimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

18) Aunque la idea de que el comportamiento observado por el Estado demandado en un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado, en virtud de la regla de los actos propios, no pueda exigir que se agoten los recursos internos no carece de cierto

²²⁷ Véase, por ejemplo, *Steiner and Gross v. Polish State*, de 30 de marzo de 1928, 1927-1928, *Annual Digest of Public International Law Cases*, vol. 4, pág. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Laudo N° 93-2-3, (1983) 4 *Iran-US CTR*, pág. 96.

²²⁸ Véase, por ejemplo, S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987), págs. 117 a 121.

²²⁹ F. A. Mann, "State contracts and international arbitration", *B.Y.I.L.* 1967, vol. 42, pág. 1, especialmente pág. 32.

²³⁰ *I.C.J. Reports 1989*, pág. 15. En el asunto *Panevezys-Saldutiskis Railway*, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa a tenor del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte no constituía una renuncia implícita a la regla del agotamiento de los recursos internos, *P.C.I.J. Series A/B, 1939*, N° 76, pág. 19 (como había sostenido el magistrado van Eysinga en su voto particular disconforme, *ibíd.*, págs. 35 y 36).

apoyo²³¹, el apartado e) no menciona el *estoppel* o regla de los actos propios en su formulación de la norma relativa a la renuncia, a causa de la incertidumbre que rodea a esa doctrina en derecho internacional. Es más prudente permitir que el comportamiento del que podría inferirse una renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos se trate como una renuncia implícita.

Cuarta parte

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 16

Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la protección diplomática que han venido desarrollándose a lo largo de varios siglos y los principios más recientes que rigen la protección de los derechos humanos se complementan y, en última instancia, tienden a un objetivo común: la protección de los derechos humanos²³². Por lo tanto, los presentes artículos no tienen por objeto excluir ni dejar sin efecto el derecho de los

²³¹ Véase el asunto *ELSI*, *I.C.J. Reports 1989*, especialmente pág. 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo de 30 de noviembre de 1992 (Tribunal arbitral), *I.L.R.*, vol. 102, pág. 216, especialmente pág. 285, párr. 6.33; *Foti and others*, sentencia de 10 de diciembre de 1982 (fondo), *I.L.R.*, vol. 71, pág. 366, especialmente pág. 380, párr. 46.

²³² Véase el primer informe sobre la protección diplomática, de 7 de marzo de 2000, A/CN.4/506, especialmente párrs. 22 a 32.

Estados, bien el Estado de la nacionalidad o bien Estados que no son el Estado de la nacionalidad de una persona perjudicada, a proteger a esa persona en virtud del derecho internacional consuetudinario, o un tratado multilateral o bilateral de derechos humanos o de cualquier otro tratado. Tampoco tienen por objeto obstaculizar el derecho de las personas naturales o jurídicas o de otras entidades, que intervienen en la protección de los derechos humanos, a recurrir de conformidad con el derecho internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

2) Un Estado puede proteger a una persona que no es nacional suyo frente al Estado de la nacionalidad de una persona perjudicada o frente a un tercer Estado en el marco del procedimiento entre Estados establecido a tenor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³³, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²³⁴, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²³⁵, la Convención Europea sobre Derechos Humanos²³⁶, la Convención Americana de Derechos Humanos²³⁷, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²³⁸. Las mismas convenciones permiten que un Estado proteja a sus propios nacionales en el marco de procedimientos interestatales. Además, el derecho internacional consuetudinario autoriza a los Estados a proteger los derechos de no nacionales mediante protesta, negociación y, si un instrumento jurisdiccional lo permite, en el marco de un proceso judicial. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos del *África Sudoccidental*²³⁹ de 1966, a tenor de la cual un Estado no podría incoar un procedimiento judicial para proteger los derechos de no nacionales, se considera hoy no

²³³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 41.

²³⁴ Art. 11.

²³⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85, art. 21.

²³⁶ Art. 24.

²³⁷ Art. 45.

²³⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, pág. 217, arts. 47 a 54.

²³⁹ *Segunda fase*, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 6.

ajustada a derecho y fue repudiada expresamente por la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²⁴⁰. Además, el apartado b) del párrafo 1 del artículo 48 de ese proyecto de artículos autoriza a un Estado que no sea un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto²⁴¹, aunque no se cumplan los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática²⁴².

3) El individuo también puede ejercitar derechos y recursos para protegerse frente al Estado autor del hecho lesivo, sea su Estado de la nacionalidad u otro Estado, a tenor de lo dispuesto en las convenciones internacionales de derechos humanos. Ese ejercicio suele adoptar la forma de una petición dirigida a un órgano internacional de vigilancia de los derechos humanos²⁴³.

4) En el derecho internacional, también pueden surgir derechos individuales fuera del marco de los derechos humanos. En el asunto *La Grand*, la Corte Internacional de Justicia determinó que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares "crea derechos individuales que, en virtud del artículo 1 del Protocolo de firma facultativa,

²⁴⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, comentario al artículo 48, nota de pie de página 766.

²⁴¹ *Ibíd.* Véase además el voto particular del Magistrado Simma en el *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, *I.C.J. Reports 2005*, párrs 35 a 41.

²⁴² El apartado b) del párrafo 1 del artículo 48 no está sujeto al artículo 44 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que exige que el Estado que invoque la responsabilidad de otro Estado cumpla las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones y agote los recursos internos. Tampoco está sujeto al presente proyecto de artículos (Cf. E. Milano, "Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition", *Netherlands Yearbook of International Law* (2005), pág. 85, especialmente págs. 103 a 108).

²⁴³ Véase, por ejemplo, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 171; el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 195; y el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.

pueden ser invocados ante la Corte por Estado del que la persona detenida es nacional"²⁴⁴; en el asunto *Avena* la Corte señaló además "que toda violación de los derechos de que es titular el individuo en virtud del artículo 36 puede dar lugar a una violación de los derechos del Estado que envía, y que toda violación de los derechos de éste puede dar lugar a una violación de los derechos del individuo"²⁴⁵. En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se incluyó una cláusula de salvaguardia -el artículo 33- para tener en cuenta esta evolución del derecho internacional²⁴⁶.

5) Entre las acciones o procedimientos a que se refiere el artículo 16 se encuentran los que ofrecen tanto los tratados de derechos humanos de ámbito universal y regional como cualquier otro tipo de tratado pertinente, por ejemplo diversos tratados sobre la protección de las inversiones. Sin embargo, el artículo 16 no se refiere a las vías de recurso internas.

6) Este proyecto de artículo concierne principalmente a la protección de los derechos humanos por medios distintos de la protección diplomática. Con todo, abarca también los derechos de los Estados, las personas naturales y jurídicas y otras entidades conferidos por tratados y normas consuetudinarias en relación con otras materias, como la protección de las inversiones extranjeras.

7) El derecho a ejercer recursos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito corresponderá normalmente a un Estado, una persona natural o una persona jurídica, expresión esta última que designa tanto a las sociedades como a otras personas jurídicas a las que se refiere el artículo 13. Sin embargo, puede haber "otras entidades" que no gozan

²⁴⁴ *La Grand (Germany v. United States of America)*, Fondo, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 466, especialmente pág. 494, párr.77.

²⁴⁵ *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentencia de 31 de marzo de 2004, pág. 12, especialmente pág. 26, párr. 40.

²⁴⁶ Este artículo dice: "La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado", *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 76.

de personalidad jurídica y a las que se confiere el derecho a presentar reclamaciones por los perjuicios sufridos como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

Las asociaciones de víctimas escasamente estructuradas son un ejemplo de "otra entidad" de esta naturaleza a las que alguna vez se ha reconocido legitimación procesal ante órganos internacionales encargados de la tutela de los derechos humanos. Ciertos organismos intergubernamentales también pueden, en determinados supuestos, entrar a formar parte de esta categoría de entidades, al igual que los movimientos de liberación nacional.

8) El artículo 16 deja bien sentado que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tengan los Estados, las personas naturales y jurídicas u otras entidades a obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito mediante procedimientos distintos de la protección diplomática. No obstante, un Estado, cuando recurre a esos procedimientos, no abandona su derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona si ésta tiene su nacionalidad o es una de las personas a las que se refiere el artículo 8²⁴⁷.

Artículo 17

Normas especiales de derecho internacional

El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

Comentario

1) Las inversiones extranjeras se encuentran reguladas y protegidas por los tratados bilaterales sobre inversiones²⁴⁸. En los últimos años ha crecido considerablemente

²⁴⁷ En el asunto *Selmouni c. France*, demanda N° 25803/94, sentencia de 28 de julio de 1999, ECHR, 1999-V, pág. 149, los Países Bajos intervinieron para apoyar la demanda individual interpuesta por uno de sus nacionales contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eso no habría impedido a los Países Bajos formular una reclamación en ejercicio de la protección diplomática con respecto a la persona lesionada, si así lo hubiera decidido.

²⁴⁸ Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction, I.C.J. Reports 1970*, págs. 3 a 47, párr. 90.

el número de esos tratados bilaterales. Hoy se estima que hay en vigor cerca de 2.000 acuerdos de ese tipo. Una característica importante de esos tratados es el procedimiento de solución de las controversias en materia de inversiones. Algunos de ellos permiten dirimir directamente la controversia en materia de inversiones entre el inversor y el Estado receptor sometiéndola, bien a un tribunal especial, o bien a un tribunal establecido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a tenor del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados²⁴⁹. Otros prevén resolver las controversias sobre inversiones por medio de un arbitraje entre el Estado de la nacionalidad del inversor (sociedad o accionista) y el Estado receptor acerca de la interpretación o la aplicación de la disposición pertinente del tratado bilateral sobre inversiones de que se trate.

Los procedimientos de solución de controversias establecidos en los tratados bilaterales sobre inversiones y en el Convenio del CIADI ofrecen mayores ventajas al inversor extranjero que el sistema de la protección diplomática regido por el derecho internacional consuetudinario, ya que le proporcionan acceso directo al arbitraje internacional y permiten evitar la incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática.

2) Cuando se invocan los procedimientos de solución de controversias previstos en un tratado bilateral sobre inversiones o en el Convenio del CIADI, la protección diplomática quede excluida en la mayoría de los casos²⁵⁰.

3) El artículo 17 indica claramente que el presente proyecto de artículos no se aplica al régimen especial alternativo de protección de los inversores extranjeros establecido en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones. El texto de la disposición dice que el proyecto de artículos no se aplica "*en la medida en que*" sea incompatible con las

²⁴⁹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

²⁵⁰ El artículo 27 (1) del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados dispone lo siguiente: "Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo".

disposiciones de un tratado bilateral sobre inversiones. En la medida en que el proyecto de artículos sea compatible con el tratado de que se trate, continúa aplicándose.

4) El artículo 17 se refiere a las "disposiciones de tratados" y no a los "tratados" porque tratados distintos de los destinados específicamente a la protección de las inversiones pueden regular la protección de inversiones, como los tratados de amistad, comercio y navegación.

Artículo 18

Protección de la tripulación de un buque

El derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un perjuicio en relación con un daño causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.

Comentario

1) El artículo 18 tiene por objeto afirmar el derecho del Estado o los Estados de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática, y reconocer al mismo tiempo que el Estado de la nacionalidad del buque tiene también derecho a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de su nacionalidad, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito. Ha sido necesario afirmar el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática en favor de los miembros de la tripulación de un buque para excluir totalmente la idea de que ese derecho quedaba sustituido por el del Estado de la nacionalidad del buque. Al mismo tiempo, es preciso reconocer el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación. Aunque ello no se puede considerar protección diplomática a falta del vínculo de la nacionalidad entre el

Estado del pabellón del buque y los miembros de su tripulación, existe con todo una gran semejanza entre ese tipo de protección y la protección diplomática.

2) La tesis de que el Estado de la nacionalidad de un buque (el Estado del pabellón) puede exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad encuentra apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina²⁵¹. También hay consideraciones de orden práctico a favor de esa tesis.

3) La práctica de los Estados proviene fundamentalmente de los Estados Unidos de América. En el derecho de los Estados Unidos, se ha reconocido tradicionalmente a la gente de mar extranjera el derecho a la protección de los Estados Unidos durante su servicio a bordo de buques estadounidenses. Desde el punto de vista de los Estados Unidos, desde que un marinero se enrolaba en un buque, la única nacionalidad pertinente era la del Estado del pabellón²⁵². Este estatuto singular de los extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses fue reafirmado tradicionalmente en las comunicaciones diplomáticas y los reglamentos consulares de los Estados Unidos²⁵³. No obstante, se ha puesto en duda que esta práctica constituya la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria²⁵⁴.

4) Los laudos arbitrales internacionales no son concluyentes en cuanto al derecho de un Estado a hacer extensiva su protección diplomática a la gente de mar que no tenga su nacionalidad, pero tienden a inclinarse más bien a favor que en contra. En *McCready (Estados Unidos) c. México*, el árbitro Sir Edward Thornton sostuvo que "la gente de mar que preste sus servicios en la armada o la marina mercante bajo un pabellón que no sea el suyo tiene derecho, durante la duración de ese servicio, a la protección del pabellón bajo el

²⁵¹ H. Myers, *The Nationality of Ships* (1967), págs. 90 a 108; R. Dolzer, "Diplomatic Protection of Foreign Nationals", en *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, pág. 1068; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed. (2003), pág. 460.

²⁵² *Ross v. McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891).

²⁵³ G. H. Hackworth, *Digest of International Law* (1942), vol. 3, pág. 418, vol. 4, págs. 883 y 884.

²⁵⁴ Véase Arthur Watts, "The Protection of Alien Seamen", *I.C.L.Q.* (1958), vol. 7, pág. 691.

que sirve"²⁵⁵. En el asunto *I'm Alone*²⁵⁶, que tuvo su origen en el hundimiento de una nave canadiense por un buque guardacostas de los Estados Unidos, el Gobierno del Canadá reclamó con éxito indemnización en favor de tres miembros de la tripulación que no eran nacionales suyos, alegando que, cuando la reclamación se formulaba con respecto a un buque, había que considerar, a los efectos de la reclamación, que los miembros de la tripulación tenían la misma nacionalidad que el buque. En la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Reparación por daños*, dos magistrados, en sus votos particulares, reconocieron el derecho de un Estado a ejercer la protección en favor de miembros extranjeros de la tripulación²⁵⁷.

5) En 1999, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar dictó una decisión en el asunto *del buque "Saiga" (Nº 2) (San Vicente y las Granadinas c. Guinea)*²⁵⁸ que sostiene, aunque no sin ambigüedad, el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros extranjeros de la tripulación. El litigio se había planteado en este caso por el apresamiento e inmovilización del *Saiga* por Guinea cuando el buque estaba abasteciendo de combustible a barcos de pesca frente a la costa de Guinea. El *Saiga* estaba matriculado en San Vicente y las Granadinas ("San Vicente") y su capitán y tripulación eran nacionales de Ucrania. En el momento del apresamiento había también a bordo tres trabajadores senegaleses. Después del apresamiento del buque, Guinea lo inmovilizó y sometió a detención cautelar a su tripulación. En el procedimiento incoado ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Guinea impugnó la admisibilidad de la demanda de San Vicente aduciendo, entre otras cosas, que los miembros de la tripulación perjudicados no eran nacionales de San Vicente. El Tribunal desestimó las excepciones de inadmisibilidad de la demanda y falló que Guinea había violado los derechos de San Vicente al apresar e inmovilizar el buque y al someter a la tripulación a detención

²⁵⁵ J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, pág. 2536.

²⁵⁶ *A.J.I.L.* (1935), vol. 29, pág. 326.

²⁵⁷ *I.C.J. Reports 1949*, pág. 174, especialmente págs. 202 y 203 (magistrado Hackworth) y págs. 206 y 207 (magistrado Badawi Pasha).

²⁵⁸ Sentencia, *I.T.L.O.S. Reports 1999*, pág. 10.

cautelar. Ordenó a Guinea que pagara una indemnización a San Vicente en reparación de los daños causados al *Saiga* y del perjuicio sufrido por la tripulación.

6) Aunque el Tribunal consideró que el litigio versaba fundamentalmente sobre un perjuicio causado directamente a San Vicente²⁵⁹, de su razonamiento se puede inferir que también trató la cuestión como algo afín a la protección diplomática. Guinea se opuso claramente a la admisibilidad de la demanda respecto de la tripulación alegando que constituía un ejercicio de la protección diplomática con respecto a personas que no eran nacionales de San Vicente²⁶⁰. San Vicente, con igual claridad, sostuvo que le asistía el derecho de proteger a la tripulación de un buque que enarbolaba su pabellón, "independientemente de su nacionalidad"²⁶¹. Al desestimar la excepción de Guinea, el Tribunal afirmó que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar²⁶², en varias disposiciones pertinentes, entre ellas el artículo 292, no distinguía entre nacionales y no nacionales del Estado del pabellón²⁶³. Subrayó que "el buque, todas las cosas que en él se encuentran y todas las personas implicadas o interesadas en su explotación son consideradas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. La nacionalidad de esas personas no es pertinente"²⁶⁴.

7) Hay razones prácticas que abogan de modo convincente por que se permita al Estado del pabellón exigir reparación en favor de la tripulación del buque. Así lo reconoció el Tribunal del Derecho del Mar en el asunto del *Saiga* cuando destacó "la composición cambiante y plurinacional de las tripulaciones de los buques" y dijo que los buques de gran tonelaje "podían tener una tripulación compuesta de personas de nacionalidades diversas. Si cada una de las personas que hubiera sufrido un perjuicio estuviera obligada a recabar la

²⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 98.

²⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 103.

²⁶¹ *Ibíd.*, párr. 104.

²⁶² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3.

²⁶³ Sentencia, *I.T.L.O.S. Reports 1999*, pág. 10.

²⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 106.

protección del Estado de su nacionalidad, ello daría lugar a dificultades injustificadas"²⁶⁵. No deben pasarse por alto las consideraciones prácticas relativas a la formulación de las reclamaciones. Es mucho más fácil y eficiente que un Estado exija reparación en favor de todos los miembros de la tripulación que obligar a los Estados de la nacionalidad de todos los miembros de la tripulación a formular por separado reclamaciones en favor de sus nacionales.

8) El derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de la tripulación del buque cuenta con un apoyo importante y justificado. No puede, con todo, calificarse de protección diplomática, como tampoco debería considerarse que la ha sustituido. Tanto la protección diplomática ejercida por el Estado de la nacionalidad como el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de la tripulación deberían reconocerse sin otorgar prioridad ni a una ni al otro. Las tripulaciones de buques están expuestas con frecuencia a dificultades emanadas del Estado del pabellón, en forma de malas condiciones de trabajo, o de terceros Estados, en caso de apresamiento del buque. En estos casos deberían gozar de la máxima protección que pueda ofrecerles el derecho internacional.

9) El derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de la tripulación del buque no se limita a la reparación de los daños sufridos durante el perjuicio causado al buque o con ocasión del mismo, sino que abarca también los daños sufridos en relación con un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito, que es consecuencia del perjuicio causado al buque. Nacería, pues, ese derecho cuando los miembros de la tripulación del buque son detenidos y sometidos ilegalmente a detención cautelar después del apresamiento ilegal del buque mismo.

Artículo 19

Práctica recomendada

Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos debería:

²⁶⁵ Ibid., párr. 107.

- a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;
- b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y la reparación que deba tratarse de obtener; y
- c) Transferir a la persona perjudicada toda reparación que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, sujeto a cualesquiera deducciones razonables.

Comentario

1) Hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la protección diplomática que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del derecho. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la protección diplomática y refuerzan a ésta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera. En el artículo 19 se recomienda a los Estados que tengan en cuenta esas prácticas en el ejercicio de la protección diplomática; esa disposición recomienda que los Estados "deberían" observar determinadas prácticas. El uso de un lenguaje de esa índole, de carácter recomendatorio y no imperativo, no es desconocido en materia de tratados, aunque no pueda decirse que constituya una característica común a todos ellos²⁶⁶.

²⁶⁶ Por ejemplo, el párrafo 3 del Artículo 36 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que, al recomendar los procedimientos de solución de controversias que sean apropiados, "[e]l Consejo de Seguridad *deberá* [*should* en la versión inglesa] tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, *deben* [*should* en la versión inglesa] ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte" (la cursiva es añadida). Las Convenciones sobre el derecho del mar también emplean el condicional *should* en vez del futuro de mandato o de obligación *shall*. El artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958, *Treaty Series*, vol. 450, pág. 11, dispone que "[p]ara gozar de la libertad del mar en igualdad de condiciones con los Estados ribereños, los Estados sin litoral *deberán tener* [en nota de pie de página se señala que las palabras "deberán tener" equivalen a *should have* en inglés] libre acceso al mar" (la cursiva es añadida). Véase también artículos 27, 28, 43 y 123 de la Convención de

2) En el apartado a) se recomienda a los Estados que consideren debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática en favor de un nacional que sufre un perjuicio grave. La protección de los seres humanos por medio del derecho internacional constituye hoy uno de los principales objetivos del orden jurídico internacional, como reafirmó la Asamblea General en su resolución sobre el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 aprobada el 24 de octubre de 2005²⁶⁷. Esta protección se puede conseguir de muchas maneras, entre otras la protección consular, el recurso a los mecanismos internacionales de los tratados sobre derechos humanos, la persecución en el fuero penal o la intervención del Consejo de Seguridad u otros órganos internacionales -y la protección diplomática. Qué procedimiento o recurso es más eficaz para lograr el objetivo de la protección efectiva dependerá, inevitablemente, de las circunstancias de cada caso. Cuando de lo que se trata es de la protección de nacionales extranjeros, la protección diplomática constituye un remedio jurídico evidente que los Estados deberían tomar seriamente en consideración. A fin de cuentas es el remedio jurídico más antiguo y su eficacia está más que demostrada. El apartado a) del artículo 19 tiene por objeto recordar a los Estados que deberían considerar la posibilidad de servirse de esa vía de recurso.

3) Un Estado no está obligado en derecho internacional a ejercer la protección diplomática en favor de un nacional que ha sufrido un perjuicio como resultado de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a otro Estado. El carácter discrecional del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se enuncia en el artículo 2 del presente proyecto de artículos y ha sido corroborado por la Corte Internacional de Justicia²⁶⁸ y los tribunales internos²⁶⁹, como se señala en el comentario al artículo 2. A pesar de ello, la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta

las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3.

²⁶⁷ A/RES/60/1, párrs. 119 y 120, y 138 a 140.

²⁶⁸ Asunto de la *Barcelona Traction*, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 44.

²⁶⁹ Véase, por ejemplo, *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] EWCA Civ. 1598; *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC), *I.L.M.* (2005), vol. 44, pág. 173.

que sea, en virtud del derecho internacional o del derecho interno de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctima de violaciones graves de los derechos humanos encuentra cada vez mayor apoyo. Muchos Estados reconocen en su constitución el derecho de la persona a recibir protección diplomática por los perjuicios sufridos en el extranjero²⁷⁰, que debe entrañar la obligación correspondiente del Estado de ejercer la protección. Por otra parte, varias decisiones de los tribunales internos indican que, si bien un Estado puede decidir discrecionalmente si va a ejercer o no la protección diplomática, dicho Estado tiene la obligación, sujeta a control jurisdiccional, de hacer algo para ayudar a sus nacionales, lo que puede incluir la obligación de considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática²⁷¹. En el asunto *Kaunda y Otros c. el Presidente de la República de Sudáfrica*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica dijo lo siguiente:

"El Estado, de conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional, puede estar obligado a tomar medidas para proteger a uno de sus ciudadanos contra una violación manifiesta de las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Sería difícil, y en casos extremos hasta imposible, rechazar una petición de ayuda al gobierno en circunstancias en que los hechos fueran indisputables. No es probable que una petición de esa naturaleza fuera nunca rechazada por el gobierno, pero si lo fuese, la decisión sería justiciable y un tribunal ordenaría al gobierno tomar las medidas apropiadas."²⁷²

En vista de ello, es posible indicar seriamente que el derecho internacional reconoce ya la existencia de la obligación que incumbe hasta cierto punto al Estado de considerar la posibilidad de ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que ha sufrido un perjuicio grave en el extranjero. Si se entiende que el derecho internacional

²⁷⁰ Véase el Primer informe del Relator Especial para el tema de la protección diplomática, A/CN.4/506, pág. 30.

²⁷¹ Asunto *Rudolf Hess, I.L.R.*, vol. 90, pág. 387, especialmente págs. 392 y 396; *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598 y *I.L.R.*, vol. 125, pág. 685, párrs. 69, 79, 80, 82 y 83, 107 y 108. Véase, en general, A. Vermeer-Künzli, "Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection", *Nordic Journal of International Law*, vol. 75 (2006).

²⁷² 2005 (4) South African Law Reports 235 (CC); *I.L.M.* (2005), vol. 44, pág. 173, párr. 69.

consuetudinario no ha llegado todavía a esta fase de desarrollo, el apartado a) del artículo 19 debe considerarse como un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho.

4) El apartado b) dispone que un Estado "debería", en el ejercicio de la protección diplomática, "[t]ener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener". Como el apartado a) de este mismo artículo, esta disposición se sitúa en ese terreno poco definido que existe entre la codificación y el desarrollo progresivo. En la práctica, los Estados que ejercen la protección diplomática tienen en cuenta las consecuencias morales y materiales de un daño causado a un extranjero al evaluar la indemnización de daños y perjuicios que debe reclamarse²⁷³. Para ello es necesario evidentemente consultar a la persona perjudicada. Lo mismo cabe decir de la decisión de si hay que pedir satisfacción, restitución o indemnización a título de reparación. Esto ha llevado a algunos tratadistas a sostener que la exhortación que figura en el apartado b) del artículo 19 constituye ya una norma de derecho internacional consuetudinario²⁷⁴. De no ser así, el apartado b) del artículo 19 debe considerarse también como un producto de la labor de desarrollo progresivo.

5) El apartado c) establece que los Estados deberían transferir toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio causado a un nacional al nacional perjudicado. Esto contradice la idea muy extendida de que los Estados pueden actuar con total discrecionalidad en tales cuestiones y que no están obligados a transferir al nacional perjudicado las sumas recibidas en virtud de una reclamación basada en protección diplomática. Esta idea se deriva de la regla *Mavrommatis* y de una serie de resoluciones judiciales. A tenor del pronunciamiento jurisdiccional emitido en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, el Estado hace valer su propio derecho al ejercer

²⁷³ *Chorzow Factory case (Merits)*, P.C.I.J. Reports, Series A, N° 17, pág. 28; voto particular del magistrado Morelli en el asunto *Barcelona Traction case*, I.C.J. Reports 1970, pág. 223.

²⁷⁴ B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale* (1973), pág. 98; L. Dubois "La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique" (1978) *Revue critique de Droit International Privé*, págs. 615 y 624.

la protección diplomática y se convierte en "el único demandante"²⁷⁵. Por consiguiente, lo lógico es que no se imponga al Estado, en beneficio del individuo, ninguna limitación con respecto a la satisfacción de la demanda o el pago de la indemnización recibida. El asunto de la *Barcelona Traction*²⁷⁶ viene a corroborar que el Estado goza de "plena libertad de acción" en el ejercicio de la protección diplomática. A pesar de que la lógica del asunto *Mavrommatis* resulta debilitada por la práctica de calcular la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios reclamada basándose en el perjuicio sufrido por el individuo²⁷⁷, que se asegura que constituye una norma de derecho internacional consuetudinario²⁷⁸, persiste la opinión de que el Estado puede actuar con total discrecionalidad para disponer de la indemnización recibida. Así lo pone de manifiesto la opinión emitida por el superárbitro Parker en la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania en la *Decisión administrativa V*:

"Al ejercer ese control, [la nación] se rige no sólo por el interés del particular requirente sino también por los intereses más amplios de todo el pueblo de la nación y debe ejercer una potestad discrecional ilimitada al determinar cuándo y cómo se presentará y defenderá, o se retirará o será objeto de transacción, la reclamación, y el propietario privado quedará obligado por la acción ejercitada. *Incluso si se paga a la nación que ha hecho suya la reclamación una suma de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la nación conserva el dominio absoluto sobre los fondos que se le han pagado y tiene en su poder y podrá, para prevenir cualquier fraude, corregir un error o proteger el honor nacional, obtener o devolver los fondos a la nación que los ha pagado o disponer de ellos de otro modo.*"²⁷⁹

²⁷⁵ P.C.I.J. Reports 1924, Series A, N° 2, pág. 2.

²⁷⁶ I.C.J. Reports 1970, pág. 3, especialmente pág. 44.

²⁷⁷ Chorzow Factory Case (Fondo), P.C.I.J. Reports 1928; Series A, N° 17, pág. 28.

²⁷⁸ Véase los tratadistas citados *supra*, nota 273.

²⁷⁹ U.N.R.I.A.A., vol. VII, pág. 119, especialmente pág. 152 (1925) (la cursiva es añadida).

En varias decisiones judiciales inglesas se hacen declaraciones análogas²⁸⁰, que algunos consideran una exposición fiel del derecho internacional²⁸¹.

6) No es evidente en absoluto que la práctica de los Estados concuerde con estos pronunciamientos jurisdiccionales. Por un lado, los Estados acuerdan fórmulas de indemnización global con respecto a reclamaciones individuales múltiples, lo que en la práctica redunde en que las distintas reclamaciones reciben cantidades considerablemente inferiores a las reclamadas²⁸². Por otro lado, algunos Estados han promulgado disposiciones legales para garantizar que las indemnizaciones otorgadas se distribuyan equitativamente entre los distintos requirentes. Por otra parte, existen claros indicios de que, en la práctica, los Estados pagan las sumas recibidas en las reclamaciones diplomáticas a sus nacionales perjudicados. En la *Decisión administrativa V*, el superárbitro Parker declaró:

"[...] pero cuando se presenta una demanda por cuenta de un nacional legitimado, y se dicta un laudo y se efectúa un pago con arreglo a esa demanda concreta, los fondos así pagados no son fondos nacionales en el sentido de que la titularidad pase a la nación que los recibe totalmente libre de cualquier obligación de informar al respecto al particular requirente, por cuenta del cual se hizo valer y pagó la reclamación y que es su propietario real. Se pueden encontrar declaraciones generales y engañosas susceptibles de ser interpretadas de ese modo en los asuntos

²⁸⁰ *Civilian War Claimants Association c. R.* [1932] AC pág. 14; *Lonrho Exports Ltd. v. Exports Credits Guarantee Department* [1996] 4 All E.R., pág. 673, especialmente pág. 687.

²⁸¹ American Law Institute, en *Restatement of the Law*, Third, Foreign Law of the United States (1987), en §902, págs. 348 y 349; *Distribution of the Aslop Award*, Opinión de J. Reuben Clark, Departamento de Estado, citado en Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, pág. 766; B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale* (1973), pág. 108.

²⁸² W. K. Geck, en "Diplomatic Protection" en *Encyclopaedia of Public International Law* (1992), vol. 1, especialmente pág. 1058; D. Bederman "Interim Report on Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection" Asociación de Derecho Internacional, informe de la 70ª Conferencia, Nueva Delhi (2002), pág. 230; R. Lillich "The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973" (1975) *A.J.I.L.*, vol. 69, pág. 534; R. Lillich and B. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements* (1975).

en que se otorgó y pagó a la nación demandante una suma global que abarcaba múltiples reclamaciones presentadas por ella y en que el tribunal que dictó el laudo no decidió pronunciarse sobre cada una de las reclamaciones ni atribuir una suma determinada a cada reclamación. No se cree que exista ningún caso en el que, después del laudo dictado por un tribunal internacional a favor de una nación que había presentado una reclamación por cuenta de un nacional legitimado, la nación que recibió ese pago haya dudado, salvo fraude o error, en informar a dicho nacional o a sus derechohabientes del monto íntegro de la indemnización de daños y perjuicios percibida. En lo que concierne a los Estados Unidos, parece que el Congreso ha tratado los fondos pagados a la nación para satisfacer reclamaciones concretas como si estuvieran guardados "en depósito por cuenta de ciudadanos de los Estados Unidos o de otros países".²⁸³

La doctrina confirma que ésta es la práctica de los Estados²⁸⁴. Se encuentran otras pruebas de la erosión de la potestad discrecional del Estado en las decisiones de tribunales arbitrales, que establecen cómo debe repartirse la indemnización de daños y perjuicios²⁸⁵. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en 1994, en el asunto *Beaumartin c. Francia*²⁸⁶, que un acuerdo internacional en el que se preveía una indemnización podía generar a favor de las personas perjudicadas un derecho a indemnización exigible ante los tribunales.

7) Aunque la legislación interna, la jurisprudencia y la doctrina apoyan hasta cierto punto la limitación del derecho absoluto del Estado a negarse a pagar la indemnización recibida al nacional perjudicado, esto no constituye probablemente una práctica arraigada. Tampoco los Estados se sienten en absoluto obligados a limitar su libertad de disposición

²⁸³ U.N.R.I.A.A., vol. VII, pág. 119, especialmente pág. 152.

²⁸⁴ W. K. Geck, "Diplomatic Protection" en *Encyclopedia of Public International Law* (1992), vol 1, especialmente pág. 1057; F. V. García-Amador, Louis B. Sohn & R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of the State Responsibility for Injuries to Aliens* (1974), pág. 151.

²⁸⁵ Véase B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale* (1973), pág. 109.

²⁸⁶ Asunto N° 15287/89, [1994] ECHR 40.

de las indemnizaciones otorgadas. Por otra parte, el orden público, la equidad y el respeto a los derechos humanos apoyan la restricción de la potestad discrecional del Estado en el desembolso de las indemnizaciones. El apartado c) del artículo 19 se ha aprobado teniendo en cuenta lo que antecede. Aunque corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, no carece de apoyo en la práctica de los Estados y la equidad.
