LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 2 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/567

Séptimo informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial

[Original: inglés]
[7 de marzo de 2006]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		4
Obras citadas en el presente informe		4
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-7	6
Capítulo		
I. EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS	8-92	7
A. Artículo 1	8-21	7
Protección diplomática y asistencia consular	15-21	8
B. Artículo 2	22-24	11
C. Artículo 3	25-27	11
D. Artículo 4	28-30	12
E. Artículo 5	31-47	12
F. Artículo 6	48	16
G. Artículo 7	49	16
H. Artículo 8	50-51	16
I. Artículo 9	52-55	17
J. Artículo 10	56-59	18
K. Artículo 11	60-68	19
L. Artículo 12	69	21
M. Artículo 13	70-71	21
N. Artículo 14	72-74	21
O. Artículo 15	75	22
P. Artículo 16	76-81	22
1. Apartado *a*	77-78	22
2. Apartado *c*	79	23
3. Apartado *d*	80-81	23
Q. Artículos 17 y 18	82-89	24
R. Artículo 19	90-92	25
II. EL DERECHO DEL NACIONAL LESIONADO A RECIBIR UNA INDEMNIZACIÓN	93-103	26
Anexo. Bibliografía sobre la protección diplomática posterior a 2000		30

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	Enrique Díaz Retg, *Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania*, Barcelona, ALSA, 1919.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 189, n.º 2545, pág. 151.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C325, 24 de diciembre de 2002.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., n.º 8640, pág. 487.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20378, pág. 70.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (Roma, 29 de octubre de 2004)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 310, 16 de diciembre de 2004.

Obras citadas en el presente informe

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix

«The local remedies rule in appropriate perspective», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 36 (1976), págs. 727 a 759.

AMERICAN LAW INSTITUTE

Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute, 1987.

BARBER, Nick

«Citizenship, nationalism and the European Union», *European Law Review* (Londres), vol. 27 (2002), págs. 241 a 259.

BEDERMAN, David J.

«Interim report on 'lump sum agreements and diplomatic protection'», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 26 April 2002*, Londres, ADI, 2002, págs. 230 a 258.

BERLIA, Georges

«Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», AFDI, vol. III (1957), págs. 63 a 72.

BOLLECKER-STERN, Brigitte

Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale, París, Pedone, 1973.

BORCHARD, Edwin M.

The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claim, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1919.

«Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, sesión de Cambridge, julio de 1931, vol. I, págs. 256 a 435.

«The protection of citizens abroad and change of original nationality», *Yale Law Journal*, vol. XX, n.º 4 (enero de 1934), págs. 359 a 392.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

CAFLISCH, Lucius

«La pratique suisse de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 73 a 86.

CARREAU, Dominique

Droit International, 7.ª ed., París, Pedone, 2001.

CONDORELLI, Luigi

«L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 3 a 28.

DENZA, Eileen

Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998.

DOMINICÉ, Christian

«La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États», *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 729 a 745.

«Regard actuel sur la protection diplomatique», Liber Amicorum *Claude Reymond: Autour de l'arbitrage*, París, Éditions du Juris-Classeur, 2004, págs. 73 a 81.

DUBOUIS, Louis

«La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt

rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», *Revue critique de droit international privé* (París), 1978, págs. 615 a 640.

DUCHESNE, Matthew S.

«The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», *George Washington International Law Review*, vol. 36, n.º 4 (2004), págs. 783 a 815.

DUNN, Frederick Sherwood

The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1932.

FELLER, A. H.

The Mexican Claims Commissions, 1923-1934: A Study in the Law and Procedure of International Tribunals, Nueva York, Macmillan, 1935.

FERIA TINTA, Monica

«Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case», *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), págs. 363 a 366.

FLAUSS, Jean-François

«Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 29 a 62.

«Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», *Libertés, Justice, Tolérance: Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2004, págs. 813 a 838.

FORCESE, Craig

«Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», *George Washington International Law Review*, vol. 37, n.º 2 (2005), págs. 469 a 500.

GAJA, Giorgio

«Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 63 a 69.

«Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed?», en Lal Chand Vorah y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer, 2003, págs. 373 a 382.

GARCÍA-AMADOR, F. V., Louis B. SOHN y R. R. BAXTER

Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana, 1974.

GECK, Wilhelm Karl

«Diplomatic protection», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, págs. 1045 a 1067.

HACKWORTH, Green Haywood

Digest of International Law, vol. V, Washington D. C., United States Government Printing Office, 1943.

HURST, Cecil J. B.

«Nationality of claims», BYBIL 1926, vol. 7, págs. 163 a 182.

JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, introducción y parte 1, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

KOOIJMANS, Pieter H.

«Is the right to diplomatic protection a human right?», *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 1975 a 1984.

KÜNZLI, Annemarieke

«Case concerning Mexican nationals», *Leiden Journal of International Law*, vol. 18 (2005), págs. 49 a 64.

«Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66 (2006), págs. 321 a 350.

LEE, Luke T.

Consular Law and Practice, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1991.

LILLICH, Richard B.

«The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973», AJIL, vol. 69 (1975), págs. 534 a 559.

LILLICH, Richard B. y Burns H. WESTON

International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.

MILANO, Enrico

«Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXV (2004), págs. 85 a 142.

MOORE, John Bassett

A Digest of International Law, vol. VI, Washington D. C., Government Printing Office, 1906.

MUMMERY, David R.

«The content of the duty to exhaust local judicial remedies», AJIL, vol. 58 (1964), págs. 389 a 414.

NIELSEN, Fred K.

American and British Claims Arbitration: under the Special Agreement concluded between the United States and Great Britain (18 August 1910), Washington D. C., Government Printing Office, 1926.

PASTOR RIDRUEJO, José

«La pratique espagnole de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 109 a 113.

PAULSSON, Jan

Denial of Justice in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

PINTO, Monica

«De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme», RGDIP, vol. CVI (2002), págs. 513 a 547.

RALSTON, Jackson H.

The Law and Procedure of International Tribunals, ed. rev., Palo Alto, Stanford University Press, 1926.

SANTULLI, Carlo

«Travaux de la Commission du droit international», AFDI, vol. XLVII (2001), págs. 369 a 378.

SCHERMERS, Henry G.

«Exhaustion of domestic remedies», en Nisuke Ando y otros (eds.), Liber Amicorum: *Judge Shigeru Oda*, vol. 2, La Haya, Kluwer, 2002, págs. 947 a 975.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law, 3.ª ed., vol. 1, Londres, Stevens, 1957.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 5.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SIMPSON, J. L. and Hazel FOX

International Arbitration: Law and Practice, Londres, Stevens, 1959.

SPIERMANN, Ole

«The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law», *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 58 (2003), págs. 197 a 221.

STEIN, Torsten

«Interim report on 'diplomatic protection under the European Union Treaty'», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2–6 April 2002*, Londres, ADI, 2002, págs. 277 a 289.

STOROST, Christian

Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, Berlín, Duncker & Humblot, 2005.

WARBRICK, Colin y Dominic MCGOLDRICK (eds.)

«Current developments: public international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, parte 3 (julio de 2002), págs. 723 a 733.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vol. 8, Washington D. C., United States Government Printing Office, 1967.

ZOUREK, Jaroslav

«Quelques problèmes théoriques du droit consulaire», *Journal du droit international* (París), vol. 90, n.º 1 (1963), págs. 4 a 66.

Introducción[1]

1. La Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura un total de 19 proyectos de artículos sobre la protección diplomática en su 56.º período de sesiones, celebrado en 2004[2]. La Comisión decidió seguidamente, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1.º de enero de 2006. La Secretaría, mediante nota de 19 de octubre de 2004, invitó a los gobiernos a presentar sus comentarios y observaciones por escrito antes del 1.º de enero de 2006. Al 26 de enero de 2006 se habían recibido comentarios por escrito de los 11 Estados que se mencionan seguidamente: Austria, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Marruecos, México, Noruega en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), Países Bajos, Panamá, Qatar y Uzbekistán[3].

2. Desde 2000, cuando la Comisión aprobó los primeros proyectos de artículos sobre protección diplomática, se han publicado constantemente libros (tanto monografías como nuevas ediciones de tratados generales) y artículos especializados sobre la protección diplomática, con especial referencia a la labor de la Comisión. En el anexo al presente informe figura una bibliografía que recoge esas obras.

3. Muchas de las publicaciones posteriores a 2000, que se refieren a la naturaleza de la protección diplomática, analizan la cuestión relativa a saber si la protección diplomática es un procedimiento para la protección de los derechos humanos de las personas o un mecanismo para la protección del interés del Estado que ejerce la protección diplomática. En algunas se pone seriamente en tela de juicio la validez de la norma dimanante del asunto Concessions Mavrommatis en Palestine de que:

> Al asumir la causa de uno de sus súbditos y al poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial internacional, un Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar las normas del derecho internacional en la persona de sus súbditos[4].

Esos críticos aducen con acierto que varios de los recaudos para el ejercicio de la protección diplomática —tales como la continuidad de la nacionalidad, el agotamiento de los recursos internos y la determinación del perjuicio— indican que, en realidad, la reclamación corresponde a la persona natural y no al Estado. Este argumento, sin embargo, no tiene en cuenta la distinción entre las normas primarias y secundarias del derecho internacional, distinción que es fundamental a los efectos del presente proyecto de artículos. La persona natural tiene derecho a que no se la torture o a que no se la prive de sus bienes sin indemnización. Esos derechos no son, a todas luces, derechos de un Estado. Estos derechos individuales, cuya violación puede dar nacimiento al ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del cual la persona sea nacional, corresponden a la categoría de normas primarias del derecho internacional. Sin embargo, el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática ante la violación de una de esas normas primarias del derecho internacional, mediante el patrocinio de la reclamación, es una norma secundaria del derecho internacional[5]. Por cuanto la personalidad jurídica internacional de la persona natural es incompleta, debido a su limitada capacidad para hacer valer sus derechos, la ficción inherente al caso Mavrommatis es el medio que emplea el derecho internacional —una norma secundaria— para hacer valer la norma primaria que protege el derecho indubitado de la persona natural. A la luz de la circunstancia de que los proyectos de artículos se sustentan en la validez (aunque

[1] El Relator Especial desea reconocer, con gratitud, la ayuda de Annemarieke Künzli, becaria de doctorado de la Universidad de Leiden, y Alex Smithyman, antiguamente de la New York University y actualmente de Chen Palmer, Wellington, que se desempeñó como pasante del Relator Especial en 2005.

[2] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 59. El proyecto de artículos con sus comentarios figura en ibíd., párr. 60.

[3] Dichas observaciones, así como las observaciones recibidas de Bélgica, Italia y el Reino Unido, figuran en el documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen. Las observaciones de Kuwait, recibidas con posterioridad a la aprobación del proyecto de artículos en segunda lectura, figuran en el documento A/CN.4/575, también reproducido en el presente volumen.

[4] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, *1924, C.P.J.I. série A n.º 2*, pág. 12.

[5] Véase Dominicé, «La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États» y «Regard actuel sur la protection diplomatique».

no en la precisión) de la norma Mavrommatis (véase, en particular, el artículo 1), de poco serviría examinar las críticas de la norma en este estadio. Los escritos de esos tratadistas, con todo, sirven para destacar que la protección diplomática es un instrumento por medio del cual el Estado interviene en la protección de la persona natural y que el objetivo último de la protección diplomática es la protección de sus derechos humanos. En este sentido, la protección diplomática y el derecho de los derechos humanos se complementan[6]. Los Países Bajos, que apoyan vigorosamente esa tesis, instaron a la Comisión a prestar una atención más estrecha a la posición de las personas naturales en la formulación de sus proyectos de artículos[7].

4. Una parte de la doctrina critica las decisiones de la Comisión de no incluir ciertas propuestas. Por ejemplo, se ha criticado a la Comisión por no haber impuesto a los Estados la obligación de ejercer la protección diplomática por medio del desarrollo progresivo[8]. En el presente informe no se examinarán esas cuestiones, cuya discusión no puede, ni debe, reabrirse.

5. En varias recensiones doctrinales se critica la redacción o el contenido de ciertas disposiciones del proyecto de artículos. Se hará referencia a esas críticas —y a las observaciones de los Estados— al volver sobre esas disposiciones.

6. En el presente informe no se tratará de formular proyectos de artículos relativos a cuestiones que necesariamente habrá que incluir si los proyectos de artículos pasan a ser un tratado, a saber, las cuestiones vinculadas con la firma, la ratificación y la solución de diferencias. A este respecto, se seguirá el precedente del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[9]. El destino del presente proyecto de artículos está estrechamente vinculado con el del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Si se adopta la decisión de convertir en tratado al proyecto de artículos, es probable y deseable que el presente proyecto de artículos se incorpore en un tratado de esa índole. Por otra parte, si el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos conserva su condición actual de codificación del derecho, parece inevitable que el presente proyecto de artículos sirva a los mismos fines.

7. En el presente informe se examinarán los proyectos de artículos aprobados por la Comisión en primera lectura en el contexto de las observaciones, críticas y sugerencias hechas por los gobiernos y los tratadistas respecto de esos artículos. Cuando sea necesario, se propondrá una disposición nueva o enmendada en lugar del proyecto de artículo anterior. Solamente se propondrá una innovación importante. Algunos miembros de la Comisión, algunos Estados y algunos tratadistas han instado a la Comisión a incluir una disposición relativa al pago a un nacional de la indemnización recibida con motivo de un perjuicio causado a ese nacional por el Estado de la nacionalidad. A ese efecto se incluirá una propuesta tras el examen de los 19 proyectos de artículos.

[6] Véanse Condorelli, «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique»; Flauss, «Vers un aggiornamento des conditions d'exercise de la protection diplomatique»; Kooijmans, «Is the right to diplomatic protection a human right?»; Feria Tinta, «Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case», y Pinto, «De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme».

[7] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, Observaciones generales.

[8] Milano, «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», págs. 94 a 97, y Kooijmans, *loc. cit.*

[9] *Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

Capítulo I

Examen del proyecto de artículos

A. Artículo 1

Definición y alcance

La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

8. Las observaciones relativas al artículo 1 se pueden clasificar en tres categorías: las que recomiendan una aclaración en la redacción o proponen cambios en el texto, las que sugieren adiciones al comentario y las que aconsejan que se haga una clara distinción entre protección diplomática y asistencia consular. La tercera categoría, ciertamente la de más importancia, será objeto de un examen a fondo. Las demás observaciones y sugerencias no requieren un examen de igual profundidad.

9. Uzbekistán sugiere que en el proyecto de artículos se incluya una disposición que indique cómo se han de entender términos como «nacionalidad de una persona jurídica», «constitución» y «perjuicio a la propiedad»[10]. También critica el uso del término «nacionalidad» aplicado a las personas jurídicas por cuanto la nacionalidad es atributo de las personas naturales y no de las personas jurídicas[11]. Cabe formular dos observaciones. Primera, las definiciones son peligrosas, y muchas veces crean más problemas de los que resuelven[12]. Más atinado es explicar el significado de los términos en el contexto de cada norma, que es lo que el proyecto de artículos trata de hacer. Segunda, en derecho, el término «nacionalidad»

[10] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, Otros comentarios y propuestas. Las observaciones completas de Uzbekistán elucidan mejor la naturaleza de su sugerencia.

[11] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 1.

[12] «Una definición [...] muchas veces crea más problemas de los que resuelve» (Lord Reid en *Brutus* v. *Cozens*, *Weekly Law Reports*, vol. 3 (1972), págs. 525 y 526).

se emplea con tanta frecuencia respecto de las personas jurídicas que es imposible prescindir de ese uso.

10. Los Países Bajos sugieren que se aclare que el artículo 1 abarca a apátridas y refugiados en la acepción del proyecto de artículo 8[13]. Se propone que esa sugerencia se plasme en una enmienda al texto.

11. Guatemala propone una adición al párrafo 7 del comentario del proyecto de artículo 1 para aclarar que los diplomáticos y cónsules pueden beneficiarse de la protección diplomática cuando actúan fuera del ejercicio de sus funciones oficiales[14]. Así se hará.

12. El proyecto de artículo 1 establece claramente que para que pueda haber protección diplomática se requiere «un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado». Ello no impide que un Estado adopte medidas para proteger a sus nacionales antes de que se haya producido un acto ilícito, pero esas medidas no constituyen un ejercicio de la protección diplomática[15]. Los Países Bajos han sugerido atinadamente que el asunto se aclare en el comentario[16].

13. El comentario también debiera dejar en claro que la referencia a «nacionales» en el proyecto de artículo 1 abarca la protección de grupos de nacionales, como lo sugirió Condorelli[17].

14. Varios Estados han sugerido que en el proyecto de artículo 1 y su comentario se aclare mejor el significado de los términos «acción diplomática» y «otros medios de solución pacífica» y que se haga una clara distinción entre la protección diplomática y la asistencia consular[18]. Los tratadistas recomiendan lo mismo. El asunto, por lo tanto, requiere un examen cuidadoso.

Protección diplomática y asistencia consular

15. El derecho internacional reconoce dos tipos de protección que los Estados pueden ejercer en nombre de sus nacionales: la asistencia consular y la protección diplomática[19]. Existen, con todo, diferencias fundamentales entre ambas, y un tema persistente de debate y controversia es la cuestión relativa a saber qué actividades de los gobiernos entran en la categoría de la protección diplomática y cuáles quedan excluidas. Ese debate se alimenta de un malentendido igualmente persistente de la definición del término «acción» a los efectos de la protección diplomática que se plasma en medidas que erróneamente se clasifican como ejercicio de la asistencia consular. El problema no radica tanto en saber qué constituye asistencia consular, sino en la definición de acción a los efectos de la protección diplomática que excluye la asistencia consular.

16. A menudo se considera que la protección diplomática implica actuaciones judiciales. Las intervenciones ajenas al proceso judicial en nombre de los nacionales no se consideran a veces actos de protección diplomática, estimándose, en cambio, que corresponden a la categoría de asistencia consular. Esta, sin embargo, es una interpretación muy restrictiva de la protección diplomática. Toda intervención, incluida la negociación, entre Estados en nombre de un nacional de cara a un Estado extranjero se debe clasificar como protección diplomática (y no como asistencia consular), siempre que se hayan satisfecho los requisitos generales de la protección diplomática, a saber, que haya habido una violación del derecho internacional por la cual se pueda responsabilizar al Estado demandado, que se hayan agotado los recursos internos y que la persona natural en cuestión posea la nacionalidad del Estado que ejerce la acción diplomática. Que se justifica esa interpretación amplia del término «acción» en el contexto de la protección diplomática encuentra sustento en la doctrina[20] y en las decisiones judiciales tanto internacionales[21] como nacionales[22]. El proyecto de artículo 1 y su comentario dan un claro respaldo a esa interpretación amplia del concepto de acción diplomática. El proyecto de artículo 1 dispone que la protección diplomática abarca «el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica» y el párrafo 5 del comentario señala:

> 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 reconciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial[23].

Es difícil redactar una disposición y un comentario más amplios respecto del significado de la «acción» diplomática en el contexto de la protección diplomática. Por

---

[13] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 1.

[14] Ibíd.

[15] Condorelli discrepa con esta tesis («L'évolution du champ d'application…», pág. 7).

[16] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 1.

[17] «L'évolution du champ d'application…», págs. 6 y 7.

[18] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 1 (Austria, Países Bajos y Panamá) y sobre las Observaciones generales (El Salvador).

[19] Otra fuente de confusión se refiere a la representación diplomática y la protección diplomática. Sin embargo, son de naturaleza muy distinta pues, como dicen Warbrick y McGoldrick: «La representación diplomática abarca una amplia gama de comunicaciones de un gobierno a otro, en las cuales uno de esos gobiernos expresa su desaprobación respecto de la acción o inacción del otro. No necesariamente imputan un conflicto ilícito al otro Estado», requisito que se precisa para el ejercicio de la protección diplomática («Current developments: public international law», pág. 724).

[20] Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claim*, pág. 439; Dunn, *The Protection of Nationals*, págs. 18 y 19, y Condorelli, «L'évolution du champ d'application…», págs. 5 y 6.

[21] En el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, la CPJI declaró que los Estados pueden asumir la causa de un nacional «recurriendo a la acción diplomática *o** a acciones judiciales internacionales en su nombre» (véase la nota 4 *supra*). Véanse también los casos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939, C.P.J.I. série A/B n.º 76*, pág. 16; *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 24, y *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 177. Para estos dos últimos casos véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 46 y 10, respectivamente.

[22] En la causa *Rudolf Hess*, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal estimó que las gestiones diplomáticas del Gobierno de la República Federal de Alemania eran prueba de que había cumplido sus obligaciones conforme a la Constitución alemana, que otorga a los ciudadanos alemanes un derecho a la protección diplomática (ILR, vol. 90 (1992), pág. 396). Véase también *Kaunda and others* v. *President of the Republic of South Africa and Others, South African Law Reports* (2005 (4)), pág. 235; e ILM, vol. 44 (enero de 2005), pág. 173.

[23] *Anuario… 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 60.

lo tanto, convendría abstenerse de volver a redactar el presente proyecto de artículo. La disposición, con todo, no excluye expresamente la asistencia consular, y este aspecto requiere más atención.

17. Infortunadamente, ni los funcionarios de los gobiernos ni los tratadistas[24] distinguen claramente entre protección diplomática y asistencia consular. Sin embargo, se constatan tres diferencias estructurales que debieran servir de guía para distinguir entre ambas instituciones. Primera, la limitada naturaleza de las funciones previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (en adelante, la Convención de Viena de 1963), por oposición a la función menos limitada de los diplomáticos legislada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; segunda, la diferencia en el nivel de representación entre la asistencia consular y la protección diplomática; y, tercera, la naturaleza preventiva de la asistencia consular, por oposición a la naturaleza paliativa de la protección diplomática. Los cónsules tiene una limitación mucho mayor respecto de la acción que pueden emprender para proteger a sus nacionales en virtud del artículo 55, párr. 1, de la Convención de Viena de 1963, a tenor del cual los cónsules «estarán obligad[o]s a no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado». Ello significa, según Shaw, que «[d]esempeñan una función especial para prestar ayuda a los nacionales en condiciones difíciles respecto, por ejemplo, de ponerse en contacto con abogados, visitar prisiones y establecer contacto con las autoridades locales, pero no pueden intervenir en el proceso judicial o los asuntos internos del Estado receptor ni brindar asesoramiento jurídico o investigar un delito»[25]. Es decir, los cónsules pueden representar los intereses de un nacional, pero no los intereses del Estado en la protección de ese nacional. Esa función corresponde al servicio diplomático. Hay otro elemento de distinción entre la protección diplomática y la asistencia consular. La asistencia consular, de naturaleza fundamentalmente preventiva, se brinda antes de que se hayan agotado los recursos internos o de que se haya producido una violación del derecho internacional. En consecuencia, la asistencia consular es simultáneamente menos formal y más aceptable para el Estado anfitrión[26]. La asistencia consular, que se interesa primordialmente en la protección de los derechos de la persona natural, requiere el consentimiento del interesado[27]. En verdad, a tenor de la Convención de Viena de 1963 (art. 36, párr. 1, apdo. *b*), la asistencia consular se prestará únicamente si el interesado lo solicita. Una gestión diplomática, por otra parte, tiene por objeto elevar el asunto a la instancia internacional o interestatal que, en definitiva, puede culminar en un litigio internacional. Además, el interesado no puede impedir que el Estado de su nacionalidad asuma la reclamación o continúe las actuaciones.

18. A este respecto cabe mencionar, en especial, los casos *LaGrand* y *Avena et autres ressortissants mexicains*[28], pues ambos involucran tanto la asistencia consular como la protección diplomática. En esas causas, Alemania y México respectivamente entablaron acción contra los Estados Unidos por violación de la Convención de Viena de 1963, por propio derecho y por su derecho al ejercicio de la protección diplomática, pues sus nacionales habían sufrido perjuicio a causa de la inobservancia de la Convención. El fondo de ambas causas ante la CIJ versó, pues, sobre el ejercicio de la asistencia consular, en tanto que el mecanismo empleado para interponer la reclamación fue, en ambos casos, el ejercicio de la protección diplomática. En el asunto *LaGrand*, la Corte aceptó (en parte) la reclamación de Alemania como ejercicio de su derecho a la protección diplomática y determinó que tanto el Estado de Alemania como sus nacionales habían sufrido perjuicio por falta de asistencia consular[29]. Sin embargo, en la causa de México, la Corte adoptó una decisión diferente y determinó que las violaciones de la Convención constituían un perjuicio directo para México, con el resultado de que la protección diplomática era innecesaria como instrumento para interponer la reclamación. El asunto *LaGrand* es particularmente importante. La reclamación que Alemania presentó ante la CIJ se fundó en que los Estados Unidos no habían notificado sin demora a los LaGrand acerca de su derecho a la asistencia consular y no habían informado a las autoridades alemanas del arresto y la detención de dos nacionales alemanes, obligaciones ambas dimanantes del artículo 36, párr. 1, de la Convención de Viena de 1963. Alemania adujo que habría podido, mediante el ejercicio de la asistencia consular, brindar asistencia letrada adecuada e información pertinente que, a su vez, quizás, hubieran impedido que los LaGrand fueran condenados a muerte[30]. Alemania presentó la reclamación por propio derecho y por su derecho al ejercicio de la protección diplomática en nombre de sus nacionales[31]. Los Estados Unidos impugnaron la reclamación de Alemania a título de protección diplomática y trataron de persuadir a la Corte de que Alemania confundía la protección diplomática con la asistencia consular y que la CIJ, por lo tanto, debía declarar inadmisible la reclamación. Sostuvieron que la Convención no se aplicaba a la protección diplomática y sólo se refería a la asistencia consular. Además, afirmaron que, contrariamente al argumento de Alemania, la Convención no protegía los derechos individuales y, por ende, no debía aceptarse el ejercicio de la protección diplomática[32]. La Corte desestimó las excepciones presentadas por los Estados Unidos y decidió que tenía competencia para entender en la reclamación fundada en el perjuicio tanto directo como indirecto. Dijo claramente que la cláusula general de jurisdicción del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias no impedía «que un Estado parte en un tratado, que crea derechos individuales, [asumiera] la causa de uno de sus nacionales y [entablara]

[24] Véanse Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, pág. 33, y Lee, *Consular Law and Practice*, págs. 138, 148 a 151, 155 y 167. Véase, en general sobre el tema, Künzli, «Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation démarches and consular assistance».

[25] Shaw, *International Law*, pág. 688.

[26] Véase Caflisch, «La pratique suisse de la protection diplomatique», pág. 77.

[27] Zourek, «Quelques problèmes théoriques du droit consulaire», pág. 54.

[28] *LaGrand* (Alemania *c.* Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 466 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 200), y *Avena et autres ressortissants mexicains* (México *c.* Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 12.

[29] *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 494, párr. 77.

[30] Ibíd., pág. 491, párr. 71.

[31] Ibíd., pág. 381, párr. 38, y pág. 489, párr. 65.

[32] Ibíd., pág. 482, párr. 40.

actuaciones judiciales internacionales en nombre de ese nacional»[33]. La Corte distinguió claramente entre asistencia consular y protección diplomática, aceptando que los derechos individuales dimanados de un tratado sobre relaciones consulares se podían hacer valer por conducto de la protección diplomática[34]. La protección diplomática es un mecanismo al que se puede recurrir después de que se ha producido un hecho internacionalmente ilícito que cause perjuicio a un extranjero. Por cuanto la inobservancia de la Convención de Viena de 1963 por los Estados Unidos había causado perjuicio a los nacionales alemanes de resultas de la violación de sus derechos individuales al amparo de dicha Convención, Alemania había invocado el procedimiento correcto para reclamar la reparación del perjuicio.

19. Una causa especial de confusión entre la protección diplomática y la asistencia consular es el artículo I-10 (Ciudadanía de la Unión) del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que corresponde al artículo 46 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea[35] y al artículo 20 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El artículo I-10, párr. 2, apdo. *c*, dispone:

> Los ciudadanos de la Unión [...] [t]ienen 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[36].

A primera vista, la disposición no parecería discutible. Es la expresión del principio de la no discriminación, que es fundamental en la UE. Por cuanto dentro de la UE se prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, no ha de sorprender que los ciudadanos de la UE tengan también derecho a disfrutar de igual protección fuera de la Unión. Sin embargo, al abarcar tanto la asistencia consular como la protección diplomática, la disposición hace caso omiso de las diferencias fundamentales entre ambos mecanismos. Además, es particularmente problemática a la luz de los criterios para la protección diplomática.

La objeción principal que puede hacerse a esta disposición es que es contraria al principio *pacta tertii nec nocent nec prosunt*. Los tratados europeos son tratados de derecho internacional y, por lo tanto, están regidos por el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que establece que los tratados son aplicables únicamente entre las partes en un tratado y no son vinculantes para terceros Estados. En consecuencia, toda disposición contenida en un tratado, carta o constitución de la UE no es vinculante para los Estados que no son miembros de la UE. Los terceros Estados no están obligados a respetar las disposiciones contenidas en los tratados y convenios vigentes dentro de la UE ni están obligados —y con respecto a la protección diplomática presumiblemente no estarán obligados— a aceptar la protección por parte de Estados que no sean el Estado de la nacionalidad de un ciudadano de la UE[37].

Un «ciudadano» de la UE no es un nacional de todos sus Estados miembros, lo que significa que la ciudadanía de la UE no cumple el requisito de nacionalidad de las reclamaciones a los efectos de la protección diplomática. Las disposiciones de los tratados de la UE que pretenden conferir el derecho a la protección diplomática a todos los ciudadanos de la UE por parte de todos los Estados miembros de la UE son, por lo tanto, defectuosas, a menos que se interprete que se aplican en forma exclusiva a la asistencia consular. Se aduce que esa es, en verdad, su intención[38]. Aunque por lo común la asistencia consular se ejerce únicamente en nombre de un nacional, el derecho internacional no prohíbe que se brinde asistencia consular a nacionales de otro Estado. Por cuanto la asistencia consular no es un ejercicio de protección de los derechos de un Estado ni el patrocinio de una reclamación, es innecesario aplicar el criterio de la nacionalidad de manera tan estricta como en el caso de la protección diplomática. No hay, pues, necesidad de que exista un interés jurídico por medio del vínculo de la nacionalidad.

20. En teoría, la distinción entre protección diplomática y asistencia consular es clara. La primera es una intervención entre Estados realizada por funcionarios diplomáticos o representantes del gobierno adscritos al ministerio de asuntos exteriores que se produce cuando un nacional se ve perjudicado por un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado y ha agotado los recursos internos. Se trata de una intervención con objeto de reparar un hecho ilícito internacional, que puede adoptar muchas formas, incluida la protesta, la negociación y la solución judicial de controversias. La asistencia consular, por otra parte, entraña la asistencia prestada a los nacionales (y posiblemente a los que no lo sean) que se encuentran en dificultades en un Estado extranjero, y corre por cuenta de cónsules de carrera o cónsules honorarios que no tienen una representación política. Esa asistencia es preventiva en el sentido de que tiene por objeto prevenir la comisión de un hecho ilícito internacional. Se brinda al nacional asesoramiento consular y asistencia letrada a fin de que pueda disfrutar de un juicio imparcial (si se le acusa de un delito penal) o de proteger sus intereses personales o patrimoniales en el Estado anfitrión. A pesar de la clara distinción teórica entre ambas instituciones, se observan yuxtaposiciones (como la ilustrada por los casos *LaGrand* y *Avena*) o casos en que no se distingue entre ellas (como lo demuestran los tratados de la UE). En esas circunstancias, parecería atinado aclarar en el artículo 1 que la Comisión tiene presente la distinción y desea mantenerla. En el comentario también se abordará esa cuestión.

21. Se propone que se enmiende el proyecto de artículo 1 para que rece como sigue:

---

[33] Ibíd., pág. 483, párr. 42; véase también Spiermann, «The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law».

[34] *C.I.J. Recueil 2001*, págs. 492 a 494, párrs. 75 a 77.

[35] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 43, n.º C 364 (18 de diciembre de 2000), pág. 1.

[36] Aunque la Constitución no ha entrado (todavía) en vigor y, por lo tanto, no es aún un instrumento vinculante, se trata del documento más reciente en el que se dispone sobre el derecho a la protección diplomática. Se debe tener en cuenta que esta disposición es idéntica a la contenida en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que, claro está, es vinculante para los Estados miembros de la UE.

[37] Véase Storost, *Diplomatischer Schutz durch EG und EU?*, págs. 148 y 149.

[38] Stein, «Interim report on ‘diplomatic protection under the European Union Treaty’», págs. 278, 283 y 284.

«1. La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática o a otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales *o de una persona mencionada en el artículo 8* en razón de un perjuicio sufrido *por ese nacional o esa persona* como resultado de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

2. *No se interpretará que la protección diplomática abarca el ejercicio de la asistencia consular de conformidad con el derecho internacional*.»

B. 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.

22. Son pocos los comentarios relativos a esta disposición. Los Países Bajos sugieren que se omita o aclare el párrafo 3 del comentario[39]. Bien parece en verdad superfluo y debiera omitirse.

23. El párrafo 2 del comentario dice que el Estado tiene el derecho a ejercer la protección diplomática, pero no tiene el deber ni la obligación de hacerlo. La cuestión ha sido objeto de varias decisiones nacionales desde que la Comisión decidió abstenerse de imponer a los Estados la obligación de ejercer la protección diplomática: *Abbasi and another* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and another*[40]; *Kaunda and Others* v. *President of the Republic of South Africa and Others*[41] y *Van Zyl and Others* v. *Government of the Republic of South Africa and Others*[42]. Esas decisiones, que dan algún sustento a la existencia de una obligación de ejercer la protección diplomática en virtud del derecho nacional, se debieran tener en cuenta en el comentario.

24. En una observación general sobre el proyecto de artículos, Austria dice así:

> Al parecer, la Comisión se concentró únicamente en un aspecto de la protección diplomática, a saber, la protección diplomática como derecho del Estado de interponer reclamaciones en nombre de sus nacionales. Ese derecho, con todo, encuentra su contrapartida en la correspondiente obligación de los demás Estados de aceptar esas reclamaciones de un Estado. El régimen jurídico de la protección diplomática estatuye también las condiciones en las cuales un Estado debe aceptar esas intervenciones de otro Estado. Ese enfoque indudablemente en cierta medida arroja nueva luz sobre este régimen jurídico y pone de manifiesto diferentes aspectos de él, que no se tienen suficientemente en cuenta en el texto de la Comisión[43].

Se sugiere que el proyecto de artículo 2 es el lugar apropiado para incorporar el reconocimiento de esa obligación por parte de los Estados. En consecuencia, podría enmendarse el proyecto de artículo 2 para que rece como sigue:

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

2. *El Estado tiene obligación de aceptar una reclamación de protección diplomática hecha de conformidad con el presente proyecto de artículos.*»

C. 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 lo dispuesto en el párrafo 1, la protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el proyecto de artículo 8.

25. Los Países Bajos proponen que la disposición rece del siguiente modo: «El Estado de la nacionalidad es el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática». Es difícil entender de qué manera se hace así más hincapié, como lo sugieren los Países Bajos, en la «perspectiva de la persona natural»[44]. Es, sin embargo, una formulación más elegante que la del actual proyecto de artículo 3 y debiera adoptarse.

26. Los Países Bajos dicen también, sin dar una explicación, que esta disposición se ha de considerar a la luz de la ciudadanía europea. Como se explicó más arriba, existe una distinción entre «ciudadanía» europea y nacionalidad de los Estados miembros. En la Directiva 2004/38/CE[45] se define el concepto de ciudadanía de la UE. Aunque la Directiva se refiere primordialmente a la circulación y la residencia de personas naturales con derecho a la ciudadanía de la UE *dentro* de la UE, algunas de sus disposiciones tienen relación con la cuestión de la protección *fuera* de la UE. Aunque en el preámbulo (punto 3) se dice que «[l]a ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia», en la parte dispositiva se entiende por ciudadano de la UE a «toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro» (art. 2, párr. 1), con lo cual la nacionalidad pasa a ser un requisito esencial de la ciudadanía de la UE. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa dice, en el artículo I-10, párr. 1, que «la ciudadanía de la Unión [...] se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla»[46]. Estas disposiciones claramente demuestran que la ciudadanía no es idéntica a la nacionalidad y que la ciudadanía de la UE no se ha de interpretar en el sentido de excluir

---

[39] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 2.

[40] [2002] EWCA Civ. 1598; [2002] All ER (D) 70; ILM, vol. 42, n.º 2 (marzo de 2003), pág. 358.

[41] Véase la nota 21 *supra*.

[42] Fallo de 20 de julio de 2005, caso n.º 20320/2002 [2005] 4 All SA 96 (T).

[43] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, Observaciones generales.

[44] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 3.

[45] Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, vol. 47, n.º L 158 (30 de abril de 2004), pág. 77.

[46] Véase Barber, «Citizenship, nationalism and the European Union», que dice que «[l]a ciudadanía europea tenía por objeto complementar y no sustituir la ciudadanía nacional» (pág. 241).

la nacionalidad de los Estados individuales o la facultad de los Estados miembros de la UE de establecer sus propias leyes de nacionalidad y criterios de naturalización. En esas circunstancias, es difícil percibir en qué forma la ciudadanía de la UE puede incidir en la nacionalidad.

27. Se propone que se enmiende el proyecto de artículo 3 para que rece como sigue:

«1. *El Estado de la nacionalidad es el Estado que tiene derecho a ejercer la protección diplomática.*

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, la protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el proyecto de artículo 8.»

D. Artículo 4

Estado de la nacionalidad de una persona natural

A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona objeto de protección en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la sucesión de Estados, la naturalización o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

28. Se ha criticado el proyecto de artículo 4 porque no dice con claridad que la nacionalidad esté determinada por el derecho nacional o interno, a reserva de que no esté en contradicción con el derecho internacional[47]. La Comisión evidentemente estimó que ello estaba implícito en la formulación de la norma y así lo dejó indudablemente establecido en el párrafo 1 del comentario. Con todo, ese aspecto se podría aclarar en el texto mismo del proyecto de artículo 4.

29. Austria objeta la formulación del proyecto de artículo 4 en razón de que «la nacionalidad no se adquiere por sucesión de Estados, sino como consecuencia de la sucesión de Estados»[48] y sugiere que se reformule el proyecto de artículo en ese sentido.

30. Para atender a esas críticas, el proyecto de artículo 4 se podría reformular del siguiente modo:

«A los efectos de la protección diplomática de las personas naturales, se entiende por Estado de la nacionalidad un Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona objeto de protección en razón del lugar de nacimiento, la filiación *o la naturalización o como consecuencia de la sucesión de Estados, o de cualquier otro modo reconocido por el derecho de ese Estado, a reserva de que no esté en contradicción con el derecho internacional.*»

[47] Véanse las observaciones de Uzbekistán (documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 4). Santulli sugiere que se reformule el artículo para que rece como sigue: «El Estado de la nacionalidad es el Estado cuya nacionalidad la persona [objeto de la protección diplomática] posee de buena fe conforme a su derecho interno» («Travaux de la Commission du droit international» (2001), pág. 371).

[48] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 4.

E. Artículo 5

Continuidad de la nacionalidad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

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 el momento del perjuicio siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la formulación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

3. El Estado de la nacionalidad actual no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente al Estado de la nacionalidad anterior de esa persona en razón de un perjuicio sufrido cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual.

31. El proyecto de artículo 5 es el que más observaciones y críticas ha suscitado por parte de los Estados. Las críticas principales corresponden al *dies ad quem* (la fecha de presentación oficial de la reclamación) y al párrafo 2. Aunque se examinarán cabalmente ambas críticas, primero se deben tener en cuenta diversas sugerencias relativas a su redacción.

32. Austria opone reparo a las palabras «la presentación oficial de la reclamación» en el párrafo 2 en razón de que indicarían un procedimiento judicial y, por lo tanto, más limitado que las formas de protección diplomática descritas en el proyecto de artículo 1[49]. Se sugiere que en el comentario, si se conserva el párrafo 2, se aclare que esa no es la intención que se persigue.

33. Los Países Bajos sugieren que en el párrafo 3 se reemplacen las palabras «no ejercerá» con las palabras «no podrá ejercer» porque ello está más en consonancia con la naturaleza discrecional de la protección diplomática[50]. En inglés, «*may not*» no es más discrecional que «*shall not*» y, por ende, no debiera aceptarse esa sugerencia. Los Países Bajos sugieren asimismo, para armonizar el párrafo 3 del proyecto de artículo 5 con otras disposiciones, que en la versión inglesa se use la palabra «*caused*» en lugar de la palabra «*incurred*», sugerencia que se considera atinada.

34. Los Estados Unidos sugieren que se inserte la palabra «sólo» en el primer renglón del párrafo 1 («Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática sólo con respecto a»), con objeto de aclarar que el párrafo tiene por finalidad limitar el derecho a la protección diplomática consignado en los proyectos de artículos 2 y 3 a las personas naturales que reúnan el requisito de la

[49] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 5.

[50] Ibíd.

continuidad de la nacionalidad[51]. Se recomienda que se acepte esa sugerencia.

35. Varios Estados han hecho objeciones al párrafo 2[52]. La crítica más útil es la de los Estados Unidos, que aducen que el propósito principal del párrafo 2 es proteger a la persona natural cuya nacionalidad se ha modificado de resultas de la sucesión de Estados. Los Estados Unidos cuestionan que haya leyes que impongan un cambio de nacionalidad en el supuesto del matrimonio y la adopción. En verdad, los Estados Unidos bien podrían haber añadido que la prohibición del cambio automático de nacionalidad de la mujer en caso de matrimonio contenida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[53] restringe aún más la probabilidad de que se produzcan esos cambios. Los Estados Unidos estiman que el derecho de la protección diplomática se transmite en la sucesión de Estados y que el derecho a ejercer la protección diplomática en esa situación no se ha de considerar como una excepción a la norma general. Por lo tanto, sugieren que la cuestión se encare mediante la adición de una referencia al «Estado predecesor» en el párrafo 1 del proyecto de artículo 5. Se recomienda que se adopte esa propuesta.

36. Virtualmente no hay una práctica de los Estados que pueda sustentar el requisito de que la nacionalidad se debe mantener en forma continua desde el momento en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación o resolución de la reclamación[54]. Sin embargo, como señalan los Estados Unidos[55], es incongruente redactar una norma sobre la continuidad de la nacionalidad que no tenga en cuenta el lapso entre el *dies a quo* y el *dies ad quem*. Se sugiere que se ajuste el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 en ese sentido. Aunque éste acaso sea un ejercicio de desarrollo progresivo, parece justificado.

37. El aspecto más controvertido de la regla de la continuidad de la nacionalidad se refiere al *dies ad quem*, esto es, la fecha o etapa final de las actuaciones en la cual la persona natural que ha sufrido el perjuicio debe todavía ser nacional. La Comisión, basada en su interpretación de la práctica de los Estados, ha escogido la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esta posición cuenta con el apoyo de varios Estados[56]. Por otra parte, esa decisión suscita una enérgica oposición de los Estados Unidos, que se pronuncian en favor de la fecha de la resolución de la reclamación, esto es, la fecha del laudo[57].

38. Los Estados Unidos se basan fundamentalmente en el laudo de un tribunal arbitral del CIADI en la causa *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen* v. *United States of America* con arreglo al cual,

> [e]n el vocabulario del derecho internacional, 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*[58].

A juicio de los Estados Unidos, ese laudo está corroborado por otros laudos y reclamaciones presentadas por vía diplomática en las cuales la persona natural en cuyo nombre se presentó la reclamación cambió de nacionalidad *después* de que se había presentado oficialmente la reclamación, pero antes de su resolución definitiva. En cada uno de esos casos, la reclamación internacional se desestimó o retiró cuando se supo que la reclamación se estaba presentando en nombre del nacional de un Estado distinto del Estado reclamante. Los Estados Unidos sostienen que en esos casos se plasma una práctica congruente entre los Estados que equivale a una norma consuetudinaria. Desde el punto de vista sustantivo, esta norma es preferible, pues evita una situación en la cual el Estado demandado tiene una obligación para con el Estado reclamante por un perjuicio causado a una persona que ya no es de interés jurídico para ese Estado.

39. La doctrina no resulta útil respecto de este tema. Algunos tratadistas se inclinan en favor de la fecha de presentación de la reclamación[59] y otros, en cambio, propugnan la fecha de resolución de la reclamación[60]. Muchos tratadistas, sin embargo, reconocen que el *dies ad quem* es incierto por cuanto existe apoyo para ambas posiciones[61]. La práctica de los Estados tampoco resulta útil, pues se verifican diferencias en la formulación del *dies ad quem*[62]. Aunque a menudo se cita la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930 en sustento del criterio de la fecha del laudo[63], se ha de recordar que este «apoyo» se basa exclusivamente en una encuesta de la opinión de los Estados y que de los 20 Estados que respondieron al cuestionario, ¡8 rechazaron la norma de

---

[51] Ibíd.

[52] El Salvador, los Estados Unidos y Qatar (ibíd.).

[53] Art. 9, párr. 1.

[54] Véase *Anuario… 2000*, vol. II (primera parte), págs. 255 y 256, párrs. 200 a 205.

[55] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 5.

[56] Austria, Noruega (en nombre de los países nórdicos) y los Países Bajos (ibíd.).

[57] Ibíd.

[58] *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen* v. *United States of America* (CIADI), n.º ARB(AF)/98/3, laudo (26 de junio de 2003), *ICSID Reports*, vol. 7, pág. 485, párr. 225; véase también ILM, vol. 42, n.º 4 (julio de 2003), pág. 811.

[59] Borchard, *op. cit.*, pág. 666.

[60] Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 512; Hurst, «Nationality of claims», pág. 163; García-Amador, Sohn y Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, pág. 82.

[61] Jennings y Watts (*op. cit.*, pág. 512, nota 6) matizan el apoyo a favor de la fecha del laudo, cuando dicen que, en algunos casos, bastará la fecha de presentación de la reclamación. Véanse, asimismo, Schwarzenberger, *International Law*, pág. 597; Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 461; Feller, *The Mexican Claims Commission, 1923-1934*, págs. 86, 96 y 97; la opinión separada del magistrado Jessup en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, *C.I.J. Recueil 1970*, págs. 202 y 203 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104); Borchard, «The protection of citizens abroad and change of original nationality», págs. 377 y 378, y «Protection diplomatique des nationaux à l'étranger», págs. 256 y 284; Hurst, *loc. cit.*, págs. 179 y 180; Duchesne, «The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», págs. 799 a 802, y Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, pág. 183.

[62] Véase el comentario del árbitro Parker en *Administrative Decision No. V*, Naciones Unidas, RSA, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 143. Véanse también Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, págs. 164 y 165, y Hackworth, *Digest of International Law*, págs. 807 y 808.

[63] Véase el caso *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain)* v. *United Mexican States* (24 de junio de 1931), Naciones Unidas, RSA, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), págs. 210 y 211.

la continuidad de la nacionalidad, 3 se abstuvieron y 9 se manifestaron a favor de ella (incluidos el Reino Unido y cuatro de sus dominios)![64].

40. Las decisiones judiciales sobre el tema son también demasiado inciertas para evidenciar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. En gran parte, las divergencias en la jurisprudencia se pueden imputar a divergencias en los tratados aplicables a esas reclamaciones. Como dijo el árbitro Parker en *Administrative Decision No. V*:

> Cuando se analizan las decisiones mayoritarias en estas causas, se pone de manifiesto que en cada caso estuvieron determinadas por el texto de los protocolos que regían la actuación de los tribunales que conocían de ellas, texto que limitaba su jurisdicción a las reclamaciones que ostentaban la nacionalidad del Estado que las presentaba, no sólo en el momento en que había nacido el derecho a la reclamación, sino en forma continua, en algunos casos hasta la fecha de la *interposición* de la reclamación, en otros hasta la fecha de su *presentación* al tribunal, en otros hasta la fecha del *fallo* y en otros, por fin, hasta la fecha de la *resolución*. Esa falta de uniformidad en cuanto al período de continuidad de la nacionalidad requerido a los efectos de la jurisdicción se debe a que cada caso estaba determinado por el texto del convenio aplicable[65].

En esas circunstancias no ha de sorprender que algunas decisiones prefieran la fecha de la presentación[66], y otras la fecha del laudo[67] y que otras no se decidan en uno u otro sentido[68]. Es significativo que muchas de las decisiones en favor de la fecha de la resolución de la reclamación, en las que se sustentan los Estados Unidos, corresponden a asuntos en los cuales el nacional cambió su nacionalidad, después de la presentación de la reclamación y antes del laudo, por la nacionalidad del Estado demandado. En ese supuesto ciertamente no cabía esperar que la reclamación prosperara, ¡porque el Estado demandado hubiera tenido entonces que pagar una indemnización a otro Estado respecto de un perjuicio causado a su propio nacional![69]. Así ocurrió en el asunto *Ebenezer Barstow*[70], la reclamación de los albaceas de *F. Lederer*[71], y los casos *Hawaiian Claims*[72], *Chopin*[73], *Gribble*[74] y, naturalmente, *Loewen*[75].

41. Aunque los Estados Unidos se basan fundamentalmente en la decisión en el asunto *Loewen*, esa decisión — en este aspecto del caso— adolece de graves defectos. Si bien la mayor parte de la decisión trasluce un raciocinio y una investigación cuidadosos (por ejemplo en cuanto a los recursos internos), la cuestión crucial que tiene ante sí el tribunal, esto es, la del *dies ad quem*, se despacha en una forma que no indica que éste haya reflexionado sobre ella en absoluto. Se limita a afirmar, sin ningún estudio de los precedentes (a pesar de que los abogados mencionaron los precedentes pertinentes ante el tribunal), que conforme al derecho internacional consuetudinario «debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación […] hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive»[76]. El tribunal observa que «la Comisión de Derecho Internacional publicó un informe en el que propuso eliminar la regla de la continuidad de la nacionalidad incluso en los casos de protección diplomática», que «el informe mismo fue objeto de críticas de diversos sectores» y que «la [Comisión] está lejos de aprobar una recodificación basada en el informe»[77]. Si hubiera leído el informe[78] el tribunal se habría enterado de la controversia respecto del *dies ad quem*, a la que el informe atribuye lugar prominente. Además, si antes de dictar el laudo el 26 de junio de 2003, hubiera investigado la labor de la Comisión respecto de este tema, el tribunal se habría enterado de que, en 2002, la Comisión había aprobado un proyecto de artículos sobre la continuidad de la nacionalidad que consagraba como *dies ad quem* la fecha de la presentación oficial de la reclamación[79]. Sin embargo, no hizo tentativa alguna a ese respecto. Si el tribunal sí se hubiera tomado la pena de investigar la controversia en torno del *dies ad quem* en el contexto de la continuidad de la nacionalidad, es de presumir que habría tratado de formular una norma más restrictiva que hubiera tenido en cuenta los hechos que había tenido ante sí, a saber, una norma que se limitara a impedir que un Estado presentara una reclamación en nombre de un nacional cuando éste, luego de la presentación de la reclamación, hubiera adquirido la nacionalidad del Estado demandado.

42. El laudo *Loewen*, con razón, ha sido vigorosamente criticado. Según Paulsson[80]:

> El trato que el tribunal dio a la regla de la continuidad de la nacionalidad, cuando se considera su resultado, esto es, un efecto determinativo, fue sorprendente por su concisión.

---

[64] Véase el historial de esta encuesta de opinión en Duchesne, *loc. cit.*, págs. 794 a 797.

[65] *Administrative Decision No. V* (nota 62 *supra*).

[66] *Casos Captain W. H. Gleadell (Great Britain)* v. *United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. V (n.º de venta 1952.V.3), pág. 44, reseñado en Hackworth, *op. cit.*, pág. 805, y *F. W. Flack, on behalf of the estate of the Late D. L. Flack (Great Britain)* v. *United Mexican States* (1929), Naciones Unidas, RSA, vol. V, pág. 61, reseñado en Feller, *op. cit.*, pág. 96.

[67] Casos *Eschauzier*, Naciones Unidas, RSA, vol. V, pág. 207; *Benchiton (Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne* c. *Royaume-Uni)*, Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 615) (véase también *Annual Digest of Public International Law Cases, years 1923 to 1924* (London, Longmans, Green, 1933), pág. 189); *Maria Guadalupe A. Vve. Markassuza* (sentencia n.º 38, Comisión de reclamaciones franco-mexicana reorganizada, 1931, inédito), reseñado en Feller, *op. cit.*, pág. 97, y *Loewen* (véase la nota 58 *supra*).

[68] *Exors. of F. Lederer (deceased)* v. *German Government* (Tribunal Arbitral Mixto Anglo-Alemán, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, París, Sirey, 1921, t. III, pág. 762) (fundamentalmente una cuestión de interpretación de tratados); *F. H. Redward and Others (Great Britain)* v. *United States (Hawaiian Claims)* (10 de noviembre de 1925), Naciones Unidas, RSA, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), también reseñado en Nielsen, *American and British Claims Arbitration under the Special Agreement concluded between the United States and Great Britain, August 18, 1910*, pág. 30 (reclamaciones retiradas); *Chopin*, Naciones Unidas, RSA, vol. X (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 68, y *French and American Claims Commission, 1880-1884*, vol. 60, Registro de reclamaciones (reclamación retirada); *Maud T. de Gennes*, reseñado en Ralston, *op. cit.*, pág. 165; y reclamación *Kren*, ILR, vol. 20 (1953), pág. 234.

[69] Véase la observación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en ese sentido en la causa *Burthe* v. *Denis*, 133 U.S. (1890), págs. 520 y 521.

[70] Véase Hackworth, *op. cit.*, pág. 805.

[71] Véase la nota 68 *supra*.

[72] Véase la nota 68 *supra*.

[73] Véase la nota 68 *supra*.

[74] *Papers relating to the Treaty of Washington*, Washington, Government Printing Office, 1874, informe del abogado Robert S. Hale, vol. V, pág. 14.

[75] *ICSID Reports*, vol. 7, párr. 225.

[76] Ibíd.

[77] Ibíd., párr. 236.

[78] Véase la nota 54 *supra*.

[79] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 280.

[80] «Continuous nationality in *Loewen*», pág. 214.

Nada indica en el laudo que los árbitros hayan tenido en cuenta la adición especial sobre «nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones», preparada por el profesor Dugard, Relator Especial de la CDI sobre protección diplomática, a principios de 2000. Los árbitros se limitaron a decir que Loewen había *mencionado* que se había publicado ese informe y que había sido objeto de algunas críticas. Sin embargo, quienquiera lea el informe verá que el amplio examen que Dugard hizo de los precedentes le llevó a la conclusión de que no existía una norma establecida en la materia. El requisito del *dies ad quem* que captó el favor de los árbitros en *Loewen* era quizás el menos plausible de una larga serie de candidatos[18].

[18] Entre esos se contaban los siguientes: i) la fecha en que un gobierno hace suya la reclamación de un nacional; ii) la fecha de las negociaciones diplomáticas iniciales; iii) la fecha de interposición de la reclamación; iv) la fecha de la firma del tratado de remisión de la reclamación a la instancia pertinente; v) la fecha de ratificación de ese tratado; vi) la fecha de su entrada en vigor; vii) la fecha de presentación de la reclamación […]; viii) la fecha en que concluyeron las vistas orales; ix) la fecha del fallo (esto es, la solución *Loewen*), y x) la fecha más extrema, la de la resolución.

Sin ninguna indicación de que estuvieran enterados al respecto, los árbitros en *Loewen* adoptaron el razonamiento de la causa *Minnie Stevens Eschauzier (Great Britain)* v. *United Mexican States*, 24 de junio de 1931, Naciones Unidas, RSA, vol. V, pág. 207; cuya reclamación fue desestimada porque la reclamante había perdido su nacionalidad británica por matrimonio con un nacional de los Estados Unidos entre la fecha de conclusión de las vistas orales y la fecha del fallo. Como el árbitro (Edwin P. Parker) observó en el laudo mucho más importante dictado en *Administrative Decision No. V*, 31 de octubre de 1924, Naciones Unidas, RSA, vol. VII, pág. 119: A) la adquisición de la nacionalidad transfiere la lealtad para con el Estado, pero no traslada las obligaciones existentes del Estado, y B) en todo caso, la mayor parte de las decisiones se fundan en la *lex specialis* del tratado pertinente y, por lo tanto, no reflejan un principio general; bien puede dudarse de que la presunta norma [de la continuidad de la nacionalidad] haya sido acogida con un reconocimiento tan universal que justifique la afirmación amplia de que constituye una norma establecida del derecho internacional[81].

Con un criterio similar, Duchesne sostiene que «hay buenas razones para descontar el peso» de *Loewen* y añade:

Con prescindencia de otras reacciones que pueda suscitar la decisión del tribunal en *Loewen*, su análisis de la «regla» de la continuidad de la nacionalidad fue, si no superficial, por lo menos concluyente. [...] [E]l análisis por el tribunal de la cuestión de la continuidad de la nacionalidad se limita a afirmar la existencia de una norma sin cita de doctrina o jurisprudencia o incluso análisis. El tribunal llega incluso a decir lo siguiente: «Sólo existe una controversia *restringida* en cuanto a la historia del requisito de la continuidad de la nacionalidad *hasta el fin* de una actuación internacional». Sin embargo [...] incluso los precedentes que apoyan el carácter «normativo» de la continuidad de la nacionalidad como requisito establecido por tratado han reconocido que existe gran confusión y exiguo consenso en cuanto al momento hasta el que se ha de mantener la nacionalidad original. La circunstancia de que el tribunal en *Loewen* no reconoció, ni mucho menos examinó, los precedentes contrarios, particularmente después de la sustancial información allegada por las partes en litigio y una entera vista oral sobre el asunto, sugiere firmemente que [...] encaró la cuestión con una tesis preconcebida de derecho internacional consuetudinario y sintió exigua necesidad de someter esa tesis a la prueba de un examen cuidadoso[82].

En esas circunstancias, no ha de sorprender que los Países Bajos estimen que «no se ve con claridad si el asunto *Loewen* plasma auténticamente el derecho vigente»[83].

43. A la luz de la incertidumbre que gira en torno del *dies ad quem*, la Comisión tiene que escoger entre la fecha de la presentación de la reclamación y la fecha de la resolución de ésta. Los precedentes no son concluyentes y la respuesta de los Estados, aunque restringida, se inclina en favor de la fecha de presentación de la reclamación. En esas circunstancias, en el ejercicio de su elección, la Comisión se ha de guiar por cuestiones de principio y de política. Las cuestiones de principio sustentan la fecha de presentación de la reclamación, pues es la que más favorece los intereses de la persona natural. Lo propio ocurre con las cuestiones de política, si por tales se entienden cuestiones de equidad. Pueden transcurrir muchos años entre la presentación de una reclamación y su resolución final, y es injusto denegar a la persona natural el derecho a cambiar su nacionalidad, por matrimonio o naturalización, durante ese período. Además, la fecha de la presentación es significativa, pues se trata de la fecha en la cual el Estado de la nacionalidad manifiesta su clara intención de ejercer la protección diplomática, circunstancia que hasta entonces era incierta. Quizás la manifestación más firme en cuanto a los aspectos de política es la que se consigna en la causa *Eschauzier* (en la que los Estados Unidos basan su posición):

Bien podría decirse que la jurisdicción internacional sería considerablemente menos compleja si el tribunal hubiera tenido en cuenta los cambios sucedidos en el período entre la interposición de la reclamación y la fecha del laudo. Esos cambios pueden ser numerosos e incluso, neutralizarse. La naturalización puede solicitarse, obtenerse e incluso perderse voluntariamente. Se pueden contraer nupcias y disolver matrimonios. En la mayoría de los casos, los cambios en la identidad o la nacionalidad escaparán al conocimiento del tribunal y muchas veces también de los agentes. Será sumamente difícil, incluso cuando sea viable, determinar si al tiempo de la decisión todos los elementos personales siguen siendo idénticos a los que existían cuando se presentó la reclamación. A no dudarlo, la jurisdicción se simplificaría si se aceptara como decisivo el criterio de la fecha de interposición de la reclamación, sin ninguno de los hechos que, con mucha frecuencia, pueden ocurrir después de esa fecha y que se deben proyectar hasta la fecha del fallo.

Por lo tanto, no ha de sorprender que tanto Borchard ([*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claim*,] págs. 664 y 666) como Ralston ([*The Law and Procedure of International Tribunals*, pág. 161] sección 293) declaren que se ha establecido un largo historial de laudos arbitrales en el sentido de que una reclamación debe haber permanecido en forma continua en las manos de un ciudadano del gobierno reclamante hasta el *momento de su presentación*[84].

44. Son diferentes las consideraciones de política que se aplican cuando el nacional en cuyo nombre se presenta la reclamación adquiere la nacionalidad del Estado demandado después de la presentación de la reclamación, como ocurrió en la causa *Loewen* y en muchos de los asuntos en los cuales se sustentan los Estados Unidos. En esas circunstancias, la equidad exige que se escoja la fecha del laudo como el *dies ad quem*, pues la posición contraria, como se dice en el laudo *Loewen*, «produce un resultado tan injusto que sólo se podría sustentar en una lógica irrefutable o en un precedente ineludible, y ninguno de ellos existe»[85].

45. Por lo tanto, se propone que la Comisión conserve la fecha oficial de presentación de la reclamación como *dies ad quem* a los efectos de la regla de la continuidad de la nacionalidad, pero que haga una excepción para el supuesto en que el nacional en cuyo nombre se presenta la reclamación adquiera la nacionalidad del Estado

[81] Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, págs. 183 y 184.

[82] Duchesne, *loc. cit.*, págs. 808 y 809. El lector debe saber que el autor intervino en la causa *Loewen*.

[83] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 5.

[84] Naciones Unidas, RSA, vol. V, pág. 209.

[85] ILM, vol. 42, n.º 4 (julio de 2003), pág. 848, párr. 232.

demandado después de la presentación de la reclamación. En ese caso, el *dies ad quem* será la fecha de resolución de la reclamación.

46. Puede sostenerse que el párrafo 3 del proyecto de artículo 5 es superfluo a la luz del abandono del párrafo 2 de ese proyecto de artículo. Por otra parte, se sugiere que acaso sea pertinente, en el supuesto de un cambio de nacionalidad que se derive de la sucesión de los Estados. Esa es la razón por la cual se lo conserva.

47. Se propone que el proyecto de artículo 5 estipule lo siguiente:

«1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática *sólo* con respecto a una persona que era nacional suyo *o de un Estado predecesor en forma continuada desde el momento del perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación*.

2. *Un Estado no tiene derecho a ejercer la protección diplomática respecto de una persona que adquiera la nacionalidad del Estado contra el cual se presenta la reclamación después de la presentación de la reclamación.*

3. El Estado de la nacionalidad actual *no podrá* ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente al Estado de la nacionalidad anterior de dicha persona en razón de un perjuicio *causado* cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior y no del Estado de la nacionalidad actual.»

F. 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.

48. A juicio de Austria, el párrafo 2 es innecesario, «pues ciertamente no cabe duda de que dos o más Estados pueden actuar conjuntamente cuando ejercen el derecho de la protección diplomática». Aunque se omitiera esa cláusula, «el Estado al cual se presente esa reclamación debe aceptar esa presentación conjunta»[86]. Austria advierte que dicho párrafo inevitablemente planteará problemas difíciles en cuanto a la forma en que se han de conducir las acciones conjuntas o a qué Estado ha de tener prioridad en presentar la reclamación. Que esta observación de Austria es atinada se pone de manifiesto en las observaciones de El Salvador, Guatemala, Qatar y Uzbekistán[87]. En estas circunstancias, lo mejor parecería retener solamente el párrafo 1 del artículo 6.

[86] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 6.

[87] Ibíd.

G. 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 el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

49. Esta disposición ha suscitado poca crítica de los tratadistas[88] o de los Estados. Austria y Noruega (en nombre de los países nórdicos) la acogen con beneplácito[89]. Aunque algunos Estados la cuestionan *qua* norma de derecho internacional consuetudinario[90]; Noruega, en nombre de los países nórdicos, afirma que «codifica el derecho internacional consuetudinario en vigor»[91]. Algunos Estados insisten en que se aclare el término «predominante»[92]—que se explica en el comentario—, en tanto que Marruecos prefiere «efectiva» en lugar de «predominante»[93]. La Comisión, sin embargo, ha dejado en claro, en el comentario, su preferencia por 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[94]. Se sugiere que se conserve el proyecto de artículo 7 en su redacción actual.

H. Artículo 8

Apátridas y refugiados

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

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.

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.

50. Existe un apoyo general, en diversos grados, a favor del proyecto de artículo 8, que es un transparente

[88] Véase Santulli, «Travaux de la Commission du droit international» (2001), págs. 369 a 378.

[89] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 7.

[90] Ibíd., Qatar y posiblemente Marruecos.

[91] Ibíd.

[92] Ibíd., El Salvador y Uzbekistán.

[93] Ibíd.

[94] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 5 del comentario al proyecto de artículo 7.

ejercicio de desarrollo progresivo[95]. Por cuanto se trata de un desarrollo progresivo, es atinado ser prudentes, acaso estrictos, cuando se prescriben las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática. Se recomienda, pues, que la Comisión no recoja la sugerencia de Austria de que un refugiado pueda acogerse a la protección diplomática si, tras el reconocimiento de la condición de refugiado en un Estado europeo, adquiere residencia legal en otro Estado europeo[96]. Por igual razón, se recomienda que no se acoja la propuesta de los países nórdicos[97] de que el requisito de la «residencia legal y habitual» se sustituya por el de que «se encuentren legalmente en el territorio». A la recíproca, la propuesta de Uzbekistán[98] de que se exija que la persona «resida en forma legal y permanente» va muy lejos en sentido opuesto y no se debiera aceptar.

51. Hay controversia en cuanto a la decisión de la Comisión de adoptar un enfoque flexible del significado de la palabra «refugiado» y de no limitarlo a los refugiados según se definen en la Convención sobre el estatuto de los refugiados[99]. Austria aduce que no se puede esperar que un Estado demandado acepte una reclamación de protección diplomática en nombre de una persona calificada de refugiado por el Estado demandante sin atenerse estrictamente a la definición internacional[100]. Los países nórdicos, por otra parte, sostienen que

> el Estado puede ejercer la protección diplomática en nombre de personas que reúnan los requisitos del vínculo territorial con el Estado que la ejerce y que, a juicio de ese Estado, tengan una clara necesidad de protección aunque no reúnan necesariamente los requisitos formales para que se las considere refugiados[101].

Aunque la cuestión atañe más al comentario que a la formulación del proyecto de artículo 8, es una cuestión de principio importante. Los países nórdicos encaran la cuestión enteramente desde la perspectiva del Estado reclamante; Austria, en cambio, advierte con razón que el Estado demandado puede rehusarse a reconocer el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática en nombre de un refugiado que no reúna estrictamente las condiciones exigidas para que se le considere refugiado. El Relator Especial acogería con beneplácito que la Comisión le diera orientación respecto de este tema.

I. Artículo 9

Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de las sociedades, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con el cual tiene un vínculo análogo.

52. Las observaciones sobre esta disposición plantean dos problemas importantes. En primer lugar, las palabras finales, «o con el cual tiene un vínculo análogo» pueden ser interpretadas en el sentido de que exigen un vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado que ejerce la protección diplomática. En segundo lugar, está el problema de la sociedad «fundada» (constituida) en un Estado pero que tiene un domicilio social en otro Estado. ¿Qué Estado puede ejercer la protección diplomática?

53. En su comentario al artículo 9, la Comisión indica que

> el domicilio social, la sede de la administración de la sociedad «o [...] un vínculo análogo» no debían considerarse […] como formas de […] vínculo efectivo.
>
> Las palabras «o [...] un vínculo análogo» deben leerse en el contexto «su domicilio social o la sede de su administración», de conformidad con la regla de interpretación *ejusdem generis*, que requiere que una proposición general de esa índole se interprete restrictivamente para que concuerde con la que la antecede. Eso significa que no tendrá vida propia. Debe necesariamente designar un vínculo análogo al del «domicilio social» o la «sede de su administración»[102].

A pesar de esta explicación, parece seguro que las palabras «o [...] un vínculo análogo» se interpretarán en el sentido de que exigen algún tipo de vínculo efectivo, como queda demostrado por las observaciones de Austria, los Países Bajos y Qatar[103]. Se recomienda suprimirlas, puesto que por más que se explique en el comentario, no se logrará impedir que se interpreten como sinónimas del requisito de un vínculo efectivo.

54. Varios Estados plantean la pregunta de si una sociedad puede estar protegida diplomáticamente si tiene su domicilio social en un Estado distinto del Estado en el que se funda (constituye)[104]. Es una pregunta razonable, ya que la redacción actual del artículo 9 parece indicar que sólo puede ejercer la protección diplomática el Estado en el cual se funda la sociedad *y* en cuyo territorio «ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración o con el cual tiene un vínculo análogo». Esta interpretación se ve confirmada por el hecho de que en el artículo 9 se habla de «el» Estado de la nacionalidad y en el párrafo 7 del comentario se indica que «[e]sa fórmula sirve para evitar toda sugerencia de que una sociedad podría tener doble nacionalidad»[105]. Eso constituye un error que debe rectificarse. Como señalan con razón los Países Bajos[106], a menudo las sociedades

---

[95] Los Estados Unidos (documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, Otros comentarios y propuestas) piden que se deje en claro en los comentarios que se trata de un ejercicio de desarrollo progresivo, y así se hace en el comentario (*Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 2 del comentario).

[96] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 8.

[97] Ibíd.

[98] Ibíd. La otra sugerencia de Uzbekistán de añadir las palabras «y le haya concedido asilo» después de las palabras «condición de refugiado» en el párrafo 2 es innecesaria, pues la cuestión ya ha sido atendida por el requisito del reconocimiento de la calidad de refugiado que se consigna en ese párrafo.

[99] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 8 del comentario al proyecto de artículo 8.

[100] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 8. Véanse también las observaciones de El Salvador y Qatar.

[101] Ibíd.

[102] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 5 y 6 del comentario del proyecto de artículo 9.

[103] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 9.

[104] El Salvador, Guatemala, Marruecos y los Países Bajos (ibíd.).

[105] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte).

[106] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 9.

se fundan en más de un Estado y tienen domicilios sociales en más de un Estado. Ese es un hecho de la vida comercial que no se puede ignorar ni desaparece sólo con desearlo. El artículo 9 necesita una revisión importante y se hace notar que la propuesta de Guatemala podría brindar la solución[107]. Ello exigiría reconocer la posibilidad de la doble nacionalidad de las sociedades y adoptar el criterio del «vínculo más estrecho», la «nacionalidad efectiva» o la «nacionalidad predominante» (por seguir el artículo 7) como indicación de qué Estado puede ejercer la protección diplomática. (La sugerencia de Guatemala de que se deje claro que el término «*corporation*» significa «*limited liability company*» ya queda recogida en el párrafo 2 del comentario.)

55. Se propone enmendar el artículo 9 para que estipule lo siguiente:

«1. Un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática cuando se ha causado un perjuicio a una sociedad que tiene la nacionalidad de ese Estado.

2. A los efectos de la protección diplomática de las sociedades, una sociedad tiene la nacionalidad del Estado con arreglo a cuya legislación se ha fundado la sociedad y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social o la sede de su administración.

3. Cuando sean dos los Estados facultados para ejercer la protección diplomática con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, la ejercerá el Estado cuya nacionalidad sea predominante.»

J. 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 en el momento del perjuicio y tenga esa nacionalidad en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. No obstante 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 el momento del perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, ha dejado de existir según la legislación de ese Estado.

56. La norma de la continuidad de la nacionalidad ya se ha tratado en extenso con respecto al artículo 5. Por ello resulta innecesario repetir los argumentos en favor de una modificación del párrafo 1 para incluir los términos «sólo» y «en forma continua» y prever el caso del Estado predecesor[108]. Tampoco es necesario repetir los argumentos a favor de conservar la fecha de la presentación oficial de la reclamación como *dies ad quem* excepto cuando la sociedad nacional que se quiera proteger adquiera la nacionalidad del Estado demandado después de la presentación de la reclamación.

57. Sin embargo, los Estados Unidos se oponen al párrafo 2 del artículo 10[109], aduciendo que la protección de las sociedades que han dejado de existir no debería constituir una excepción a la norma de la continuidad de la nacionalidad. Afirman que

> un Estado puede seguir ejerciendo la protección con respecto a las reclamaciones de una sociedad mientras dicha sociedad conserve una personalidad jurídica, la que puede ser tan mínima como el derecho a entablar acción judicial y a ser procesada en virtud del derecho interno. Muchos sistemas jurídicos nacionales permiten que las sociedades continúen entablando y defendiendo reclamaciones que tuvieron su origen durante la vida de la sociedad por un período limitado después de la disolución de ésta, lo que significa que la personalidad jurídica de la sociedad persiste hasta que expira ese plazo. Así pues, el problema de patrocinar las reclamaciones de sociedades extinguidas se presentaría con poca frecuencia, ya que la gran mayoría de las reclamaciones pueden ser consideradas mientras la sociedad mantenga una personalidad jurídica[110].

Los Estados Unidos añaden que, en el derecho interno, la existencia de sólidas razones de política permite la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades:

> Las leyes internas sobre supervivencia y liquidación de las sociedades establecen un período de liquidación limitado para permitir que los interesados en una sociedad obtengan los beneficios derivados del carácter definitivo de la liquidación, sabiendo que una vez que termine el período de liquidación las reclamaciones entabladas por la sociedad o en contra de ésta cesarán[111].

En apoyo de sus argumentos, los Estados Unidos mencionan leyes de su país, el Canadá, Francia y el Reino Unido, que permiten a las sociedades entablar acciones judiciales y ser objeto de las mismas varios años después de su disolución.

58. Lamentablemente, los Estados Unidos no toman en consideración las preocupaciones planteadas al respecto por diversos magistrados (en particular, el magistrado estadounidense Jessup en el caso *Barcelona Traction*[112]), tribunales y la doctrina, preocupaciones mencionadas en el comentario y en el cuarto informe sobre la protección diplomática[113]. Habida cuenta que estas fuentes no se refutan (ni siquiera se examinan), y a falta de un estudio comparativo más amplio de la legislación y la práctica sobre sociedades que demuestre que muchos ordenamientos jurídicos permiten a las sociedades entablar acciones judiciales y ser objeto de las mismas después de la disolución, el Relator Especial se inclina por conservar el párrafo 2, si bien *ex abundanti cautela*.

59. Por consiguiente, la nueva redacción del artículo 10 debería ser la siguiente:

«1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática *sólo* con respecto a una sociedad *que tenía su nacionalidad o la de un Estado predecesor, en forma continua desde el momento* del perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

---

[107] Ibíd.

[108] Ibíd. La inquietud de Austria (ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 10) de que el artículo 10 deja fuera el caso de la sucesión de Estados queda resuelta con la inclusión de una referencia al «Estado predecesor».

[109] Ibíd.

[110] Ibíd.

[111] Ibíd.

[112] *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 193. Véanse igualmente las opiniones de los magistrados Gros (pág. 277), Fitzmaurice (págs. 101 y 102) y Riphagen (ibíd. pág. 345).

[113] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 4 del comentario al proyecto de artículo 10, notas 106 a 108, y *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), págs. 26 a 29, párrs. 93 a 105.

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.*

3. No obstante 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 el momento del perjuicio y que, de resultas de ese perjuicio, haya dejado de existir según la legislación de ese Estado.»

K. Artículo 11

Protección de los accionistas

El Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en favor de 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 de constitución por algún motivo no relacionado con el perjuicio, o**

***b*) La sociedad tenga, en el momento del perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por dicho perjuicio se invoca, 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 ese Estado.**

60. Con el apartado *a* del artículo 11 se busca dar efectos al *dictum* del caso *Barcelona Traction*, en el cual la CIJ reconoció la existencia de una excepción a la norma general de que sólo el Estado de constitución podrá proteger a una sociedad (y a sus accionistas) cuando la sociedad haya dejado de existir[114]. La Comisión restringió el alcance de esta excepción al exigir que la sociedad deba haber dejado de existir «por algún motivo no relacionado con el perjuicio». Austria indica, acertadamente, que esta restricción «no tiene mucho sentido, ya que el Estado en que la empresa deja de existir es diferente del Estado que causa el perjuicio»[115]. El Relator Especial comparte esa opinión y propone que se suprima esa frase.

61. La otra sugerencia de Austria, a saber, que se modifique el apartado *a* del artículo 11 sustituyendo «Estado de constitución» por «Estado de la nacionalidad»[116] no puede ser aceptada, ya que la intención del apartado es recalcar que debe aplicarse la legislación del Estado de constitución. Normalmente, será el mismo que el Estado de la nacionalidad, pero no siempre ha de ser así, habida cuenta del proyecto de revisión del artículo 9.

62. Los Estados Unidos proponen que se suprima el apartado *a* del artículo 11, porque crea la situación anómala de otorgar a los Estados de los accionistas un mayor derecho a patrocinar las reclamaciones de una sociedad que el propio Estado de constitución[117]. Afirman que en el comentario no se brinda ninguna justificación para esa excepción. Sin embargo, los Estados Unidos no tienen en cuenta el razonamiento de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* a favor de esa excepción[118]. El objeto del artículo 11 es codificar el derecho establecido en el caso *Barcelona Traction*, razón por la que ha sido celebrado por otros Estados[119]. En estas circunstancias se sugiere conservar el apartado *a* del artículo 11, con la supresión propuesta por Austria.

63. Los Estados Unidos se oponen al apartado *b* del artículo 11 por motivos de derecho y de política pública. En cuanto al derecho, aducen que los casos citados por la Comisión como prueba de esta excepción se basan en

> un acuerdo especial entre dos Estados por el que se otorgaba a los accionistas el derecho a pedir indemnización, o un acuerdo entre el Estado que causaba el perjuicio y su sociedad nacional por el que se otorgaba indemnización a los accionistas. Como resultado de esos acuerdos, los casos anteriormente mencionados prestan muy poco apoyo a la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que permite a los Estados patrocinar las reclamaciones presentadas por los accionistas contra el Estado de constitución en los casos en que la constitución era requisito obligatorio para realizar actividades empresariales en el Estado[120].

En cuanto a la política, los Estados Unidos alegan que

> la excepción crearía un régimen en que los accionistas de sociedades constituidas en un Estado tendrían mayor derecho a pedir la protección diplomática de sus reclamaciones en ese Estado que los accionistas de empresas de propiedad extranjera, los que tendrían que recurrir al Estado de constitución para entablar reclamaciones. No está claro si ese es un resultado justo[121].

64. El Relator Especial no está de acuerdo con estas críticas por las siguientes razones:

a) El hecho de que los casos en que se basa esa excepción provengan de acuerdos especiales no les priva de valor en el proceso de formación del derecho. Los dos requisitos gemelos para la creación de una norma consuetudinaria son el *usus* y la *opinio juris*. El arreglo de las reclamaciones en virtud de un acuerdo especial entre el Estado de constitución y el Estado de la nacionalidad de los accionistas constituye una prueba de práctica de los Estados (*usus*) y de un sentimiento de obligación por parte del Estado demandado de llegar a un arreglo sobre la reclamación (*opinio juris*);

b) Los Estados Unidos no tienen en cuenta las abundantes opiniones judiciales a favor de esa excepción, por ejemplo, los votos particulares de los magistrados Wellington Koo[122], Jessup[123], Tanaka[124] y Fitzmaurice[125]

---

[114] *C.I.J. Recueil 1970*, págs. 40 y 41, párrs. 64 a 68.

[115] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 11, apdo. *a*.

[116] Ibíd.

[117] Ibíd.

[118] Véase la nota 113 *supra*.

[119] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 11 (países nórdicos) y el apartado *b* (Países Bajos).

[120] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 11, apdo. *b*.

[121] Ibíd.

[122] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, pág. 58, párr. 20. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 93.

[123] *Barcelona Traction*, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, págs. 191 a 193.

[124] Ibíd., pág. 134.

[125] Ibíd., págs. 72 a 75.

en el caso *Barcelona Traction*. Tampoco sopesan la posibilidad de que el caso *ELSI*[126] preste o no apoyo a la excepción, como se sugirió en el comentario[127] y en el cuarto informe sobre la protección diplomática[128];

c) Aunque la doctrina está dividida sobre esta cuestión, la excepción propuesta cuenta con un apoyo importante;

d) El propósito de los proyectos de artículo 9, 11 y 12 es codificar el derecho expuesto por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*. Esa excepción es parte de los principios sobre esa cuestión expuestos por la Corte;

e) La mayor debilidad de la comunicación de los Estados Unidos reside posiblemente en lo que se refiere a la política. Como indica Noruega (en nombre de los países nórdicos):

> No debería permitirse a un Estado exigir a una empresa extranjera que se constituya con arreglo al derecho local como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado, y luego invocar dicha constitución como justificación para rechazar el ejercicio de la protección diplomática de la empresa extranjera contra el Estado de la nacionalidad[129].

Esa opinión coincide con la respuesta del Reino Unido al argumento de México en el asunto de la *Mexican Eagle* de que un Estado (*in casu*, el Reino Unido) 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 les asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero[130].

Las sociedades obligadas a constituirse en un Estado como condición previa para realizar actividades empresariales en él han sido descritas como «sociedades Calvo» ya que la constitución de esa sociedad protege al Estado de acogida con la misma firmeza que la cláusula Calvo. De ahí el siguiente comentario de los Países Bajos: «el Estado de la nacionalidad del accionista, cuando se trata de una sociedad Calvo, tendría derecho a ejercer la protección diplomática»[131]. Las consideraciones de política de este tipo son más convincentes que las aducidas por los Estados Unidos;

f) Una última debilidad en la postura de los Estados Unidos es que no se hace ningún esfuerzo por distinguir entre las sociedades que se constituyen libre y voluntariamente en un Estado y las que se ven obligadas a constituirse en ese Estado como consecuencia de la legislación o de la presión política. Los Estados Unidos no toman en consideración esta distinción, fundamental en el apartado *b* del artículo 11[132].

65. Al formular el presente proyecto de artículos, el Relator Especial se ha guiado en gran medida por la práctica de los Estados, la jurisprudencia y diversos principios generales. En el caso del apartado *b* del artículo 11, han influido claramente en él a favor de esa excepción, la práctica de los Estados Unidos (*Delagoa Bay Railway*[133], *El Triunfo*)[134]), algunas decisiones judiciales que afectaron a los Estados Unidos (el caso *ELSI*[135]), una opinión judicial (magistrado Jessup en el caso *Barcelona Traction*[136]) y ciertos principios generales (oposición a la cláusula Calvo y las «sociedades Calvo»). Por ello, al Relator Especial le parece extraño que los Estados Unidos denuncien una excepción que cuenta con un apoyo tan firme en la doctrina legal estadounidense. En resumen, se hace notar que las razones esgrimidas para suprimir el apartado *b* del artículo 11 son poco convincentes y se propone que se conserve.

66. Los países nórdicos se oponen al requisito del apartado *b* del artículo 11 de que, para que tenga éxito la excepción, debe demostrarse que la constitución «de conformidad con la legislación» del Estado autor del hecho lesivo se exigía como condición previa para realizar actividades empresariales en ese Estado. Hacen notar que

> como parte del desarrollo progresivo del derecho internacional, hay buenas razones para hacer extensiva esta excepción también a aquellos casos en que el requisito de constitución no es un requisito formal, sino que es resultado de las presiones de carácter informal o político ejercidas sobre la empresa extranjera[137].

Los países nórdicos proponen que esta cuestión quede recogida en los comentarios. Sin embargo, se recomienda que quede recogida en el propio texto del apartado *b* del artículo 11. En la mayoría de los casos, el gobierno del caso ejercerá presión política sobre los inversores extranjeros para que constituyan la sociedad en los Estados de acogida sin el respaldo del derecho interno. Inevitablemente, esa presión será tan efectiva como la letra de la ley.

67. Se debe acceder a las sugerencias presentadas por los Países Bajos[138] en favor de la coherencia del texto y por Austria[139] acerca de que se explique en el comentario el significado de «perjuicio» en el contexto del apartado *b* del artículo 11.

68. Se propone revisar el artículo 11 para que rece como sigue:

«El Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad no tendrá derecho a ejercer la protección

---

[126] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 252.

[127] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 10 del comentario al proyecto de artículo 11.

[128] *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), pág. 23, párrs. 81 y 82.

[129] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 11, apdo. *b*.

[130] Whiteman, *Digest of International Law*, págs. 1273 y 1274.

[131] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 11, apdo. *b*.

[132] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 8 del comentario al proyecto de artículo 11.

[133] Moore, *Digest of International Law*, pág. 647.

[134] *Claim of the Salvador Commercial Company («El Triunfo» Company)* (2 y 8 de mayo de 1902), Naciones Unidas, RSA, vol. XV (n.º de venta: 1966.V.3), pág. 467.

[135] Véase la nota 126 *supra*.

[136] *C.I.J. Recueil 1970*, págs. 191 a 193.

[137] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 11, apdo. *b*.

[138] Ibíd.

[139] Ibíd.

diplomática en favor de 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 de constitución [por algún motivo no relacionado con el perjuicio], o

b) La sociedad tenga, en el momento del perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por dicho perjuicio se invoca, 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 ese Estado.»

L. 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.

69. Los Estados Unidos hacen notar que esta disposición está de más puesto que los derechos de los accionistas ya se han recogido en los artículos 2 y 3[140]. Tienen razón. No obstante, con el objeto de que el proyecto de artículos codifique plenamente los principios expuestos en el caso *Barcelona Traction*[141], la disposición debe conservarse. Otra ventaja de conservarla es que el comentario sobre esta disposición garantiza que los comentarios (y el proyecto de artículos sobre la protección de las sociedades y los accionistas) proporcionen un panorama exhaustivo de la legislación sobre este aspecto de la protección diplomática. El Relator Especial no formula ninguna recomendación a la Comisión sobre esta cuestión, pero manifiesta una ligera preferencia por que se conserve la disposición.

M. Artículo 13

Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en los proyectos de artículos 9 y 10 con respecto a las sociedades serán aplicables, en cuanto sea apropiado, a la protección diplomática de otras personas jurídicas.

70. El propósito del artículo 13 es ampliar a otras personas jurídicas los principios relativos a la protección diplomática de las sociedades. No se pretende incluir entre esas otras personas jurídicas a las personas naturales[142]. En cambio, como indicó Guatemala[143], puede haber personas jurídicas o entidades distintas de las sociedades (es decir, empresas con fines de lucro de responsabilidad limitada cuyo capital está representado por acciones) que tengan accionistas que solamente respondan de las deudas de la entidad hasta concurrencia de sus aportes. Los principios de los artículos 11 y 12 les son aplicables. Por consiguiente, la referencia a los artículos 9 y 10 debe ampliarse para incluir los artículos 9 a 12. El Relator Especial no entiende de qué forma la protección diplomática podría poner en peligro la independencia de las organizaciones no gubernamentales, como indica Qatar[144].

71. Por ello, se debe revisar el artículo 13 para que rece como sigue:

«Los principios enunciados en los proyectos de artículos *9 a 12* con respecto a las sociedades serán aplicables, en cuanto sea apropiado, a la protección diplomática de otras personas jurídicas.»

N. Artículo 14

Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá formular 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 que la persona lesionada haya agotado todos los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 16.

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

72. Aparte de las sugerencias relativas a una nueva redacción del comentario formuladas por los Países Bajos[145], la única observación que afecta al párrafo 1 del artículo 14 es la planteada por los Estados Unidos. En ella se indica que en el caso *ELSI*, la CIJ «reconoció que una reclamación podría agotarse a los efectos del derecho internacional si los tribunales nacionales consideraban el fondo de la reclamación, con independencia de si la misma persona o entidad que formulaba la reclamación interna gozaba de protección diplomática»[146]. En consecuencia, sugieren que se reformule el párrafo 1 para excluir la prescripción de que la persona lesionada sea la parte que haya de agotar los recursos internos. El Relator Especial agradece sobremanera a los Estados Unidos por esta provechosa sugerencia que, en consecuencia, se recomienda a la Comisión.

73. Los Países Bajos han propuesto una modificación menor del párrafo 2 para que éste coincida con el apartado *b* del artículo 11[147].

74. Se propone revisar el artículo 14 para que rece así:

---

[140] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 12.

[141] *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 36, párrs. 46 y 47.

[142] Véase la propuesta al efecto de El Salvador (documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 13).

[143] Ibíd.

[144] Ibíd.

[145] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 14.

[146] Ibíd., párr. 4. En relación con la postura pertinente respecto de los tratados de derechos humanos, véase Schermers, «Exhaustion of domestic remedies», págs. 954 a 958.

[147] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 11, apdo. *b*.

«1. *Un Estado no podrá formular 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 que se hayan agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 16.*

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

O. Artículo 15

Tipo de reclamaciones

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.

75. La decisión de la CIJ en el caso *Avena*[148] añade mucho al derecho con respecto a la distinción entre los perjuicios directos e indirectos en el contexto de la regla del agotamiento de los recursos internos pero no afecta a la validez de la formulación del principio que figura en el artículo 15. Evidentemente, deberá analizarse en el comentario. Austria plantea una duda en cuanto al título del artículo 15[149]. «Reclamaciones mixtas» podría ser un título más apropiado. No se recomienda ninguna modificación del artículo 15 en sí.

P. Artículo 16

Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

***a*) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz;**

***b*) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;**

***c*) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca, o de otro modo, dadas las circunstancias del caso, no resulte razonable tener que agotar los recursos internos;**

***d*) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.**

76. México formula dos observaciones generales sobre el artículo 16[150]. En primer lugar, destaca la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos en caso de una probable repetición del daño. Aunque Amerasinghe se ocupa de esta excepción por separado[151], parece haberse recogido en el apartado *a* y será abordada en el comentario del apartado *a*. México también propone que se incluya una disposición sobre la carga de la prueba con respecto a la regla de los recursos internos. Cabe recordar que la Comisión decidió no incluir ninguna disposición de ese tipo[152]. Sin embargo, posiblemente sea aconsejable ocuparse de la cuestión en el comentario.

1. Apartado *a*

77. Cabe recordar que cuando la Comisión debatió el apartado *a*, tenía tres opciones ante sí: inutilidad manifiesta; ninguna perspectiva razonable de éxito, y ninguna posibilidad razonable de obtener un remedio eficaz[153]. Manifestó preferencia por la tercera opción, que ahora figura en el apartado *a*. Los Estados Unidos[154] instan a la Comisión a reconsiderar su decisión y adoptar la norma de la inutilidad basándose en que refleja con mayor fidelidad el derecho internacional consuetudinario[155] y está respaldada por consideraciones de política que exigen que «en todas las circunstancias, excepto las más extremas, un Estado tenga la oportunidad de rectificar dentro de su propio sistema jurídico las violaciones del derecho internacional»[156]. Por ello, los Estados Unidos proponen la siguiente disposición:

> No habrán de agotarse los recursos internos cuando éstos sean manifiestamente inútiles o ineficaces. El agotamiento de los recursos internos no es manifiestamente inútil ni ineficaz si existe la posibilidad razonable de disponer de un foro que ofrezca una reparación eficaz[157].

Si bien el Relator Especial no es partidario de volver a examinar cuestiones ya decididas, cabe recordar que, de hecho, la norma de la inutilidad recibió cierto apoyo dentro de la Comisión. Se propone, por ello, que la Comisión vuelva a examinar la cuestión, pero teniendo en cuenta los argumentos planteados en contra de la norma de la inutilidad mencionados en el comentario[158] y en el tercer informe sobre la protección diplomática[159]. Como se pone de manifiesto en el tercer informe, el criterio de la «inutilidad manifiesta», expuesto por primera vez en el arbitraje

[148] *C.I.J. Recueil 2004*, esp. págs. 35 y 36, párr. 40. Véanse también las opiniones disidentes de los magistrados Parra-Aranguren (págs. 90 y 91, párrs. 27 y 28) y Vereshchetin (págs. 81 a 83, párrs. 7 a 11). Veánse, además, Künzli, «Case concerning Mexican nationals», y Milano, *loc. cit.*, págs. 128 a 130.

[149] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 15.

[150] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 16.

[151] *Local Remedies in International Law*, pág. 212.

[152] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 67, párr. 252.

[153] Ibíd., pág. 58, párr. 178.

[154] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 16, apdo. *a*.

[155] Véase Amerasinghe, *op. cit.*, pág. 206: «La prueba es la inutilidad evidente o la inefectividad manifiesta, y no la falta de una perspectiva razonable de éxito o la improbabilidad del éxito, que son pruebas menos estrictas».

[156] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 16, apdo. *a*.

[157] Ibíd.

[158] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 2 y 3 del comentario al proyecto de artículo 16.

[159] *Anuario… 2002*, vol. II (primera parte), págs. 59 y ss., párrs. 18 a 45.

Finnish shipowners[160], no se aplicó en el caso *ELSI*[161] y ha sido criticado por la doctrina[162]. La principal objeción a ese criterio es que sugiere que la inefectividad del recurso interno debe ser *ex facie* «inmediatamente aparente». A fin de superar esa objeción, Lauterpacht propuso introducir en el criterio el elemento de lo «razonable»[163], que permite al tribunal examinar si, en las circunstancias del caso de que se trate, un «remedio eficaz» constituye o no una posibilidad razonable. Ese fue el texto que prefirió la Comisión en 2002 y el que sigue propugnando el Relator Especial.

78. Si la Comisión decidiese no aceptar la propuesta de los Estados Unidos, debería considerar la posibilidad que figura en la propuesta de Austria, a saber, incorporar el término «disponibles» en el apartado *a* para ponerlo en conformidad con el artículo 44[164] del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[165].

2. Apartado *c*

79. Hay dos propuestas muy diferentes con respecto al apartado *c*. Austria propone eliminar la primera parte del apartado y limitar lo dispuesto en él a la situación en que las circunstancias del caso hacen que el agotamiento de los recursos internos no resulte razonable[166]. Los Estados Unidos, en cambio, proponen que sólo se conserve la primera parte del apartado, redactada nuevamente en los términos siguientes:

No habrán de agotarse los recursos internos cuando no exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca[167].

El Relator Especial coincide con la propuesta de los Estados Unidos. El principal objetivo del apartado *c* era establecer una excepción a la regla de los recursos internos cuando la persona lesionada no tuviera ninguna conexión voluntaria con el Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca, como en el caso de una contaminación transfronteriza o de aeronaves extraviadas[168]. Algunos miembros de la Comisión plantearon después otras situaciones en las cuales tal vez no fuera necesario agotar los recursos internos, como la denegación de la entrada en el territorio del Estado demandado o unos costos prohibitivos[169]. La segunda parte del apartado *c* fue adoptada para atender a esas situaciones. Sin embargo, como señalan los Estados Unidos, esas situaciones ya están abarcadas por el apartado *a*. Se propone por ello que se apruebe la propuesta de los Estados Unidos, a condición de que se incorpore una frase que deje claro que la falta del vínculo pertinente debe darse en el momento del perjuicio, como propone Austria[170].

3. Apartado *d*

80. En el apartado *d* no se hace una distinción entre renuncias expresas e implícitas. Sin embargo, en el comentario se deja claro que la renuncia puede deducirse cuando esté clara la intención de renunciar a los recursos internos[171]. Se modificará la redacción de este comentario para tener en cuenta la valiosa sugerencia de Guatemala al respecto[172].

81. Se propone que se examine el artículo 16 con la siguiente redacción:

«No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

a) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación *disponible* y eficaz;

O

a) *Los recursos internos sean manifiestamente inútiles o ineficaces. El agotamiento de los recursos internos no es manifiestamente inútil ni ineficaz si existe una posibilidad razonable de disponer de un foro que ofrezca una reparación eficaz;*

b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;

c) *No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado cuya responsabilidad se invoca, en el momento del perjuicio;*

d) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos.»

---

[160] *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war* (1934), Naciones Unidas, RSA, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1504.

[161] *C.I.J. Recueil 1989*, págs. 46 y 47, párrs. 59 y 62.

[162] Amerasinghe, «The local remedies rule in appropriate perspective», pág. 752; Simpson y Fox, *International Arbitrations: Law and Practice*, pág. 114, y Mummery, «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», pág. 401.

[163] *Certains emprunts norvégiens*, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 39. Véase también C.*I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 55.

[164] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 16, apdo. *a*.

[165] El artículo 44 estipula:

«La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

[…]

b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recursos internas disponibles y efectivas.»

(*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 29, párr. 76.)

[166] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 16, apdo. *c*.

[167] Ibíd.

[168] Los Estados Unidos proponen que en el comentario se den más detalles sobre la ausencia de un «vínculo pertinente» en el caso de sobrevuelo (ibíd.).

[169] Para otros ejemplos, véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 11 del comentario al proyecto de artículo 16.

[170] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 16, apdo. *c*.

[171] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 16 del comentario al proyecto de artículo 16. Por esta razón, no es necesario incluir una disposición expresa sobre las renuncias implícitas, como sugiere Uzbekistán en el documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones a la cuarta parte.

[172] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 16, apdo. *d*.

Q. Artículos 17 y 18

Artículo 17

Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados, las personas naturales 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.

Artículo 18

Disposiciones especiales de tratados

Los presentes artículos no se aplican en los casos y en la medida en que sean incompatibles con disposiciones especiales de tratados, incluidas las relativas a la solución de controversias entre sociedades o los accionistas de una sociedad y Estados.

82. Uzbekistán propone que el encabezamiento de esta parte sea «Otras disposiciones» y no «Disposiciones varias»[173]. Esa propuesta debería tomarse en consideración.

83. Como se han formulado propuestas para que se fusionen los artículos 17 y 18[174], estas dos disposiciones se examinarán conjuntamente. Los artículos 17 y 18 tienen el mismo propósito: aclarar que el presente proyecto de artículos no afecta a otros procedimientos ni mecanismos, en virtud del derecho internacional consuetudinario o el derecho de los tratados, que establezcan métodos para asegurar derechos o solventar reclamaciones, ni se ve directamente afectado por ellos. A primera vista, podría parecer acertado fusionar las dos disposiciones. De hecho, en el quinto informe sobre la protección diplomática se recomendaba esa fusión en un artículo del siguiente tenor:

> Lo dispuesto en los presentes artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados o de las personas a invocar procedimientos distintos de la protección diplomática para reparar el daño sufrido de resultas de un hecho internacionalmente ilícito [ello podría también dar lugar a una reclamación de protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad de la persona lesionada][175].

Sin embargo, pensándolo mejor, y teniendo en cuenta los muy diferentes intereses a que obedecen los artículos 17 y 18, lo más acertado parece ser conservar las dos disposiciones por separado.

84. El artículo 17 está concebido fundamentalmente para lograr que la institución de la protección diplomática no interfiera ni obstruya la protección de los derechos humanos por otros medios. La Comisión reconoce que la protección diplomática es sólo uno de los diversos medios para proteger los derechos humanos y que tiene un alcance muy limitado, visto que se circunscribe a proteger los derechos humanos de los nacionales. Hay otros procedimientos de protección de los derechos humanos que no acusan limitaciones a este respecto. Los tratados de derechos humanos confieren derechos y brindan recursos a todos los seres humanos cuyos derechos humanos sean conculcados, con independencia de su nacionalidad. Además, los avances producidos en el derecho internacional permiten que un Estado proteja (mediante protesta, negociación, arbitraje o proceso judicial[176]) tanto a los nacionales como a los no nacionales que hayan sufrido una violación de las normas de derechos humanos (con rango de *jus cogens*[177] o que puedan considerarse obligaciones *erga omnes*[178]) en países extranjeros[179]. Así lo puso de relieve recientemente el magistrado Simma en el caso *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo* c. *Ouganda)*[180], en la cual sostuvo que los avances de este tipo producidos en el derecho internacional habrían permitido que Uganda protegiera a nacionales y no nacionales cuyos derechos humanos eran amenazados por el ejército de la República Democrática del Congo en el aeropuerto de Kinshasa.

85. Infortunadamente, el propósito del artículo 17 no se ha entendido cabalmente. Milano ha interpretado la relación entre los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 y el proyecto de artículos sobre la protección diplomática de 2004 en el sentido de que el derecho de un Estado a intervenir en virtud del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en nombre de no nacionales cuyos derechos de *jus cogens* hayan sido conculcados está limitado por el proyecto de artículos sobre la protección diplomática, que exigen la prueba de nacionalidad[181]. Llega a esta conclusión al interpretar que el artículo 48 está sujeto al artículo 44, que estipula que la responsabilidad del Estado no podrá ser invocada «si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones», como se explica ahora con mayor detalle en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática. Eso le lleva a concluir que «en virtud del derecho sobre la responsabilidad del Estado, se da prelación a los mecanismos de la protección diplomática sobre los de las normas de derechos humanos, incluso cuando el perjuicio a la persona es causa por una conculcación de sus

[173] Ibíd., observaciones a la cuarta parte.

[174] El Salvador (ibíd., observaciones al proyecto de artículo 18) y Qatar (ibíd., observaciones al proyecto de artículo 17). Véase igualmente Países Bajos (ibíd., Otros comentarios y propuestas).

[175] *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), cap. IV, secc. B.

[176] A condición, claro está, de que exista un vínculo jurisdiccional. Sin embargo, esta condición es igualmente aplicable a la protección diplomática.

[177] Véanse los artículos 40, 41 y 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y 30, párr. 77.

[178] *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 32.

[179] Véanse más detalles acerca de esta cuestión en Gaja, «Is a State specially affected when its national's human rights are infringed?» y «Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique»; Condorelli, «L'évolution du champ d'application…», y Forcese, «Shelters from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», págs. 497 y 498.

[180] Fallo, *C.I.J. Recueil 2005*, opinión separada del magistrado Simma, págs. 339 a 350, párrs. 17 a 41. Véase también la opinión en disidencia del magistrado *ad hoc* Kateka, ibíd., pág. 381, párr. 69.

[181] Milano, *loc. cit.*, págs. 103 a 108.

derechos humanos»[182]. Añade que

de una lectura cotejada de los artículos sobre responsabilidad de 2001 y el proyecto de artículos sobre la protección diplomática de 2004, el espacio que se deja para la exigencia de cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos *erga omnes* más allá de los mecanismos tradicionales de la protección diplomática parece ser mínimo[183].

86. El artículo 17 debe disipar las dudas de ese tipo dejando claro que el proyecto de artículos no pretende obstaculizar de ningún modo otros procedimientos para proteger los derechos humanos. El mejor modo de alcanzar ese objetivo es adoptar una disposición independiente, como el artículo 17. No obstante, a juzgar por la monografía de Milano[184], parece que dicho artículo no ha logrado ese resultado. En esas circunstancias, tal vez conviniera redactar de nuevo el artículo 17 para aclarar aún más su propósito, aunque al Relator Especial le parece difícil expresar esa intención con aún mayor claridad. Tal vez se pudiera lograr esto con la nueva formulación ofrecida por los Países Bajos:

El derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir 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[185].

87. Se propone, por consiguiente, mantener el artículo 17 como disposición independiente y con una de las dos redacciones siguientes:

«El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir (¿de conformidad con el derecho internacional?[186]] a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.»

O

«*El derecho de los Estados, las personas naturales u otras entidades a recurrir 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.*»

88. La intención del artículo 18 es dejar claro que el proyecto de artículos no interfiere con los tratados bilaterales y multilaterales de inversiones que pueden incluir normas diferentes en relación con el tratamiento de los inversores (particulares y sociedades). Puesto que esos tratados difieren considerablemente en el fondo y en la forma de los contemplados en el artículo 17, es aconsejable ocuparse de ellos por separado.

89. Austria y Marruecos se oponen a la redacción del artículo 18, en particular con respecto a los términos «disposiciones especiales de tratados»[187]. Marruecos señala, atinadamente, que en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, no se reconoce el concepto de «tratados especiales». Por ello sugiere, y el Relator Especial recomienda que así se haga, que se formule de nuevo con el siguiente tenor:

«Los presentes artículos no se aplican en los casos y en la medida en que sean incompatibles con *los regímenes especiales previstos en los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones*.»

R. Artículo 19

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 en favor de ellos no resulta afectado por el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.

90. La mayoría de los Estados que han formulado observaciones han reaccionado favorablemente al artículo 19[188], pero han hecho varias sugerencias. Austria señala que la condición impuesta al ejercicio de la protección por el Estado del pabellón podría interpretarse como aplicable al derecho del Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación a ejercer la protección diplomática. Ese problema se podría superar dividiendo la disposición en dos frases, como se propone más abajo. México pide a la Comisión que resuelva la cuestión de la concurrencia de reclamaciones. La Comisión se ha resistido a ello con respecto a las reclamaciones de las personas de doble nacionalidad, de modo que parecería igualmente poco aconsejable o innecesario resolverla en este contexto. Los Países Bajos proponen que el artículo 19 se incorpore en el artículo 8 ya que parecen estar ligados entre sí. Sin embargo, eso no es así. El artículo 8 se ocupa de la ampliación de la protección diplomática a los apátridas y refugiados, mientras que en el artículo 19 se reconoce el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, pero no a ejercer la protección diplomática.

91. Los Estados Unidos no ponen reparos a los principios expuestos en el artículo 19. Sin embargo, sostienen que, puesto que el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación queda fuera del ámbito de la protección diplomática, no debería incluirse[189]. La Comisión debería estudiar esta cuestión. Pero, por otra parte, cabe recordar que la Comisión decidió incluir el artículo 19 porque la protección ofrecida por el Estado del pabellón es análoga a la protec-

[182] Ibíd., pág. 106.

[183] Ibíd., pág. 107. Milano apunta que la extraña relación entre el artículo 44 y el artículo 48 puede ser consecuencia de un descuido cometido por la Comisión al no especificar que el artículo 44 se aplica sólo a las reclamaciones de protección diplomática y no al artículo 48. ¡Quizá tenga razón!

[184] Ibíd. A Milano sigue sin convencerle el artículo 17.

[185] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, observaciones sobre el proyecto de artículo 17.

[186] Los Países Bajos sugieren suprimir esta frase basándose en que el derecho de los Estados a presentar un escrito *amicus curiae* en las actuaciones ante tribunales nacionales, como lo ha hecho la UE en causas judiciales de los Estados Unidos, debe mantenerse invariable (ibíd.).

[187] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 18.

[188] Ibíd., observaciones sobre el proyecto de artículo 19: Austria, México, Noruega (en nombre de los países nórdicos) y los Países Bajos.

[189] Ibíd.

ción diplomática, como reconoció el TIDM en el asunto *Navire «Saiga» (n.º 2)*[190], y hay razones de política por las que se deberían reafirmar ambos métodos de protección, ya que las tripulaciones de los buques son vulnerables y necesitan toda la protección que puedan obtener[191].

92. Se propone que, si la Comisión elige conservar el artículo 19, mantenga su forma actual. Otra posibilidad podría ser dividir la disposición en dos frases para responder a la crítica de Austria. De esa forma, podría rezar como sigue:

«El Estado de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque tiene el derecho a ejercer la protección diplomática en favor de ellos. El Estado de la nacionalidad de un buque [¿El Estado del pabellón?] puede exigir reparación [¿de modo similar?] en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de la nacionalidad de éstos, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito.»

El Relator Especial prefiere el texto original ya que duda que pueda interpretarse como lo ha indicado Austria.

[190] *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas *c.* Guinea), fallo, *TIDM Recueil 1999*, párrs. 103 a 107.

[191] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), comentario al proyecto de artículo 19.

Capítulo II

El derecho del nacional lesionado a recibir una indemnización

93. El presente proyecto de artículos abarca sólo la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos. No se ocupa de las normas básicas de la protección diplomática, es decir, las normas que regulan el tratamiento de los extranjeros. Tampoco se ocupa de las consecuencias de la protección diplomática. Los estrechos límites del proyecto de artículos han sido debatidos y aprobados por la Comisión en sus períodos de sesiones 56.° y 57.°, en 2004 y 2005. La decisión de no ocuparse de las consecuencias de la protección diplomática se puede justificar porque el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, junto con sus amplios comentarios, abarca la mayoría de los aspectos de la cuestión[192]. No obstante, hay un aspecto de las consecuencias de la protección diplomática que no se examina en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, a saber, la cuestión de si el Estado que haya tenido éxito en su demanda tiene una obligación de pagar al nacional lesionado el importe de la indemnización que haya recibido. El proyecto de artículos ha sido criticado por haber desaprovechado la oportunidad de reconocer esa norma, si bien es cierto que animado por el desarrollo progresivo[193]. En una intervención ante la Sexta Comisión el 24 de octubre de 2005, Francia afirmó que los argumentos esgrimidos por el Relator Especial para dejar de lado el tratamiento de las consecuencias de la protección diplomática no eran del todo convincentes. Aunque la protección diplomática constituía una excepción con respecto al derecho general de la responsabilidad, era fundamental determinar si un Estado estaba obligado o no a pagar a la persona lesionada el importe de la indemnización que había percibido en el ejercicio de la protección diplomática[194].

Austria expresó algo parecido en las observaciones que dirigió a la Comisión:

Otra cuestión que merece ser objeto de particular atención es el problema de la relación entre la persona natural cuyos derechos se protegen y el Estado que ejerce el derecho a la protección diplomática. Se podría considerar que se abordaría también el problema que se deriva del ejercicio de la protección diplomática y del acceso de la persona natural a dicho resultado. Naturalmente, por un lado, se podría aducir que se trata de la relación entre un Estado y sus nacionales; por el otro, con todo, se debiera velar por que la persona que sufrió el perjuicio y en cuyo nombre se interpuso la reclamación se beneficie del ejercicio de la protección diplomática[195].

Tras reflexionar al respecto, el Relator Especial cree que la Comisión debería examinar esta cuestión, incluso a última hora.

94. El fallo *Mavrommatis* parecería dictaminar que un Estado demandante tiene absoluta discreción en cuanto al desembolso de cualquier indemnización que reciba por una reclamación presentada en beneficio de un nacional lesionado. Si, como reza el fallo, «al asumir la causa de uno de los suyos […] ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho» y se convierte en «el único demandante»[196], es difícil sostener, por lógica, que el Estado tenga limitación alguna, en interés de la persona natural, en cuanto al arreglo de la reclamación o el pago de la indemnización recibida. Puesto que el Estado tiene «total libertad de acción»[197], no está obligado a exigir la plena indemnización de los daños sufridos por el nacional lesionado. En cambio, puede aceptar un arreglo parcial, fenómeno que ocurre con frecuencia. Esto significa que, en la práctica, la persona puede recibir incluso tan sólo el 10% del valor de la reclamación[198]. En el acuerdo franco-ruso celebrado en 1999, se renunció al 99% de los

[192] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 28 y 29, arts. 28 a 39.

[193] Milano, *loc. cit.*, pág. 108. Véase también Gaja, «Droits des États…», pág. 69.

[194] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 11.ª sesión (A/C.6/60/SR.11), párr. 73.

[195] Documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, reproducido en el presente volumen, Observaciones generales.

[196] Véase la nota 4 *supra*.

[197] En el caso *Barcelona Traction* (*C.I.J. Recueil 1970*, pág. 44), la CIJ declaró:

«Es preciso considerar que el Estado es el único que puede decidir si otorgará su protección, en qué medida la otorgará, y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto una facultad discrecional cuyo ejercicio puede quedar determinado por consideraciones políticas o de otra índole que no guardan relación con el asunto de que se trata. Como la reclamación del Estado no es idéntica a la de la persona o la sociedad cuya causa defiende, el Estado goza de *total libertad de acción**.»

[198] Geck, «Diplomatic protection», pág. 1058; Bederman, «Interim report on ‘lump sum agreements and diplomatic protection’»; Lillich, «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973», y

derechos pecuniarios de las personas físicas y jurídicas[199]. En 1994, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la reclamación de un nacional contra el acuerdo para el pago de una suma alzada concertado entre España y Marruecos, alegando que la práctica internacional permitiría la concesión de indemnizaciones inferiores al importe del daño[200].

95. La Comisión ha aceptado el fallo *Mavrommatis* como fundamento para su proyecto de artículos. En deferencia a esta decisión, rechazó la propuesta de que un Estado estuviese obligado a ejercer la protección diplomática a favor de un nacional lesionado como consecuencia de la infracción de una norma de *jus cogens*. Por otra parte, no siempre prevalece la lógica del asunto *Mavrommatis*. La norma de la continuidad de la nacionalidad y el requisito del agotamiento de los recursos internos contrarrestan la lógica del asunto *Mavrommatis*, ya que demuestran que un perjuicio infligido a un nacional no confiere automáticamente al Estado demandante el derecho a la protección diplomática. Tampoco el fallo *Mavrommatis* se aplica de modo lógico y coherente para determinar los daños que se reclaman, ya que la indemnización generalmente se calcula sobre la base del perjuicio sufrido por la persona. Así lo reconoció la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*[201] y ahora se tiene por norma del derecho internacional consuetudinario[202]. La anomalía de esta situación jurídica fue reconocida por el magistrado Morelli en el caso *Barcelona Traction*, cuando indicó:

> La compensación internacional siempre se debe al Estado y no a la persona privada, aún en el caso de indemnización y a pesar de que el importe de la indemnización debe determinarse sobre la base del daño sufrido por el particular[203].

Si el daño sufrido se ha de «determinar sobre la base del daño sufrido por el particular», parece que el Estado demandante está obligado a consultar al respecto a la persona lesionada, lo cual indica que el Estado no tiene total libertad de acción para formular la reclamación.

96. La práctica de los Estados en esta materia es contradictoria. Si bien las decisiones judiciales internacionales y nacionales recalcan que el nacional lesionado no tiene derecho a reclamar ninguna indemnización recibida por el Estado, otros mecanismos nacionales sugieren que los Estados reconocen que tienen cierta obligación de entregar la indemnización recibida al nacional lesionado.

97. En *Administrative Decision No. V*, la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania afirmó la amplia facultad discrecional del Estado:

> Al ejercer ese control [la nación] se rige no sólo por el interés del demandante particular, sino por el interés más amplio de todo el pueblo de la nación y debe ejercer una discreción ilimitada para determinar cuándo y de qué manera se presentará la reclamación y se insistirá en ella, o se retirará y se transigirá, y el particular quedará obligado por lo que se haya hecho. *Aunque se efectúe un pago a la nación patrocinadora en cumplimiento de la indemnización acordada, la nación tiene un control absoluto sobre los fondos que le hayan sido pagados y tenga en su poder y, según le parezca, podrá, para impedir el fraude, corregir un error o proteger el honor nacional, devolver los fondos a la nación que los haya pagado o disponer de ellos de otro modo**[204].

Diversos tribunales nacionales han adoptado una postura similar[205].

a) *Reino Unido*

En el asunto *Civilian War Claimants Association*[206], los demandantes solicitaron a la Corona una participación en las indemnizaciones pagadas por Alemania al Gobierno del Reino Unido de conformidad con el Tratado de Versalles por los daños causados durante la Primera Guerra Mundial. Se sostuvo que cuando la Corona negociaba un tratado con otro jefe de Estado, contradecía su posición soberana si actuaba como fideicomisaria o agente de sus nacionales salvo que declarase expresamente que actuaba en esa calidad. Nada había en el tratado que indicase eso. Más bien, el tratado dejaba que los Gobiernos determinaran cómo se habría de distribuir el dinero entre ellos y sus nacionales. Esa decisión fue recientemente confirmada en el asunto *Lonrho Exports Ltd* v. *Export Credits Guarantee Department*[207].

Lillich y Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements*.

[199] Carreau, *Droit International*, pág. 462, párr. 1118.

[200] Pastor Ridruejo, «La pratique espagnole de la protection diplomatique», pág. 112.

[201] *Usine de Chorzów*, fondo, fallo n.º 13, *1928, C.P.J.I. série A n.º 17*, pág. 28: «El daño sufrido por el particular jamás es idéntico en el fondo al que ha de sufrir el Estado; lo único que hace es servir de medida conveniente de la reparación debida al Estado». Dubouis ha comentado este *dictum* en «La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (à propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», pág. 624.

[202] Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, pág. 98.

[203] *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 223.

[204] *Administrative Decision No. V* (véase la nota 62 *supra*), pág. 152.

[205] Véase Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 539.

[206] *Civilian War Claimants Association* v. *The King*, Cámara de los Lores, *Law Reports* (1932), pág. 14. Véase también *Rustomjee* v. *The Queen* (1876) 1 Q.B.D., pág. 487.

[207] *All England Law Reports* [1996] 4 All ER, pág. 687:

«3) Cuando la Corona patrocina reclamaciones (por ejemplo, de nacionales que son acreedores de Estados o nacionales extranjeros) y concede protección diplomática (por ejemplo, negociando un tratado en el que se disponga el pago a la Corona para que lo distribuya a sus nacionales), conforme al derecho internacional la Corona hace valer su propio derecho, en su propio nombre, a esa protección de sus nacionales.

[…]

4) A reserva de lo dispuesto en el numeral 5, al asumir y cumplir sus obligaciones conforme a ese tratado, la Corona no actúa como agente o fideicomisaria de los nacionales; y con independencia de los términos del tratado y (a mi juicio) del carácter que se dé a los pagos del tratado, los pagos efectuados al Reino Unido de conformidad con esos tratados son recibidos por la Corona en su capacidad soberana y son propiedad absoluta del Estado.

[…]

6) El derecho que asiste a la Corona a conservar los pagos que se le hayan efectuado no se ve afectado, en el derecho inglés, por los términos del tratado o por lo que el tratado pueda disponer con respecto a su distribución. Tampoco pueden los términos del tratado afectar al carácter soberano de la recepción de esos pagos por parte de la Corona ni condicionarlo. […] Conforme al derecho inglés, la Corona no tiene ninguna obligación, basada en la ley o en la equidad, de cumplir esos términos, sino en el mejor de los casos, una obligación moral a ese respecto. Si la Corona no lo hace, el único recurso reside en el Parlamento o (a petición del gobierno extranjero) en procedimientos internacionales.

[…]

7) La Corona, al distribuir los pagos recibidos de conformidad con un tratado, puede determinar qué carácter tendrán los pagos que haga y decidir el destino de esos pagos.»

b) *Estados Unidos*

En el derecho de los Estados Unidos, «el dinero recibido de un Gobierno extranjero como consecuencia de una indemnización internacional o en un arreglo pertenece a los Estados Unidos de América»[208], y la distribución de las indemnizaciones se deja a la buena voluntad del Congreso:

> En virtud de los casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, parece haber quedado establecido que los fondos recibidos de gobiernos extranjeros en arreglos de reclamaciones de ciudadanos estadounidenses son fondos nacionales de los Estados Unidos; que, desde un punto de vista estricto del derecho, ningún demandante tiene ningún derecho de preferencia sobre los fondos obtenidos; y que el Congreso no tiene ninguna obligación jurídica de pagar ninguna reclamación con el dinero de los fondos, aunque sin duda el Gobierno tiene una obligación *moral** de remitir fondos a las personas que han sufrido pérdidas[209].

c) *Francia*

En Francia, la protección diplomática sigue siendo un «acto de gobierno», el último bastión donde no se aplica el imperio de la ley, y tradicionalmente los procedimientos para la atribución de indemnizaciones no han sido susceptibles de revisión judicial[210].

98. A pesar de las aseveraciones anteriores sobre el derecho absoluto de un Estado a distribuir la indemnización recibida como le parezca, no es infrecuente encontrar afirmaciones de que la práctica normal de un Estado en ese caso es pagar el dinero recibido a la persona lesionada. Geck, por ejemplo, sostiene que «el Estado demandante habitualmente remite a las personas lesionadas las indemnizaciones pagadas por el Estado demandado»[211]. El comentario del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros preparado por la Facultad de Derecho de Harvard va en el mismo sentido: «la práctica normal [es] que el Estado demandante transfiera a la persona demandante cualquier indemnización que obtenga»[212]. A fin de comprender las afirmaciones de este tipo es necesario examinar las medidas que han adoptado los Estados para limitar su facultad discrecional.

99. A partir del decenio de 1950, los Estados comenzaron a implantar revisiones judiciales de las indemnizaciones. Los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido establecieron comisiones para la distribución de las indemnizaciones recibidas de los Estados de Europa Oriental después de la Segunda Guerra Mundial. Este fenómeno surgió como consecuencia del elevado número de demandantes que competían por una porción de las devoluciones efectuadas, por un importe muy inferior, del valor cumulativo de la propiedad privada confiscada o nacionalizada. La distribución de las indemnizaciones se convirtió en un asunto particularmente delicado y resultó sensato crear organismos especializados al respecto. Cada Estado concibió un procedimiento diferente.

a) *Estados Unidos*

Después de la Segunda Guerra Mundial, varios arreglos en bloque se tradujeron en la creación, en 1949, de la Comisión de Reclamaciones Internacionales, en virtud de la Ley de Arreglo de las Reclamaciones Internacionales de 1949, para que se ocupara de distribuir las sumas alzadas obtenidas en los acuerdos celebrados con Yugoslavia y luego Panamá y otras democracias populares que habían empezado a llevar a cabo nacionalizaciones. En 1982, se rebautizó como Comisión de Arreglo de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos. Su función es distribuir los fondos recibidos de gobiernos extranjeros entre los diversos demandantes, después de examinar cada reclamación por separado y decidir sobre su validez y el importe debido a cada demandante y basándose, en primer lugar, en el acuerdo concreto de que se trate y, en segundo lugar, empleando «los principios aplicables de derecho internacional, justicia y equidad»[213]. Esa comisión tiene un carácter cuasijudicial. Sus decisiones son inapelables. Hay un crédito permanente para la distribución de los fondos recibidos por los Estados Unidos de gobiernos extranjeros. De ese modo, aunque el dinero recibido por los arreglos es dinero que pertenece al Gobierno de los Estados Unidos, el Congreso normalmente ha dispuesto su pago a los demandantes particulares, especialmente a aquellos cuyas reclamaciones se resuelven de acuerdo con decisiones de la comisión especial de reclamaciones de los Estados Unidos por las que se divide la suma alzada correspondiente a un arreglo[214].

b) *Reino Unido*[215]

La Comisión de Indemnizaciones Extranjeras se estableció con arreglo a la Ley de Indemnizaciones

---

[208] American Law Institute, *Restatement of the Law Third: Foreign Relations Law of the United States*, párr. 902, págs. 348 y 349.

[209] *Distribution of Aslop Award by the Secretary of State* (1912), opinión de J. Reuben Clark, abogado del Departamento de Estado, citado en Hackworth, *op. cit.*, pág. 766.

[210] Bollecker-Stern, *op. cit.*, pág. 108.

[211] Geck, *loc. cit.*, pág. 1057.

[212] García-Amador, Sohn y Baxter, *op. cit.*, pág. 151. En *Administrative Decision No. V*, el árbitro de la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania que se estableció en virtud del acuerdo de 10 de agosto de 1922, dijo:

«Pero cuando la demanda se interpone en nombre de un nacional concreto y se obtiene una indemnización y un pago sobre 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 responder ante el demandante privado, en cuyo nombre hizo valer y se pagó la reclamación y que es el verdadero propietario de ellos. Se pueden encontrar declaraciones amplias y engañosas susceptibles de esa interpretación en casos en los que se otorgó a la nación demandante indemnizaciones de sumas alzadas y pagos que abarcaban numerosas reclamaciones presentadas por ella y el tribunal que concedía la indemnización no entró en decidir sobre cada reclamación ni en asignar un importe concreto a cada reclamación concreta. No se cree que se pueda citar ningún caso en el cual un tribunal internacional haya concedido una indemnización a favor de la nación demandante en nombre de un nacional concreto en el cual la nación receptora del pago de esa indemnización, no habiendo fraude o error, haya dudado en responder ante el nacional concreto, o quienes reclamaban por él, por el importe completo de la indemnización recibida. Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, parecería que el Congreso ha considerado los fondos pagados a la nación para liquidar reclamaciones específicas como fondos 'mantenidos en fideicomiso para los ciudadanos de los Estados Unidos de América u otros'.»

(Naciones Unidas, RSA, vol. VII, pág. 152.)

[213] *Restatement of the Law Third* (véase la nota 208 *supra*), págs. 228 y 229, párr. 713.

[214] Ibíd., pág. 349, párr. 902.

[215] Berlia, «Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique», págs. 66 a 68.

Extranjeras de 1950, con miras a distribuir las indemnizaciones obtenidas como consecuencia de los acuerdos celebrados con Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia. Esa comisión funciona como un tribunal ordinario, aplicando el derecho interno. La legislación que se ha de aplicar está determinada por reales decretos, que a su vez frecuentemente reflejan los términos del acuerdo en cuestión. Sus decisiones no pueden ser objeto de recurso.

c) *Francia*[216]

En Francia, el sistema ha venido funcionando desde 1951, caso por caso con comisiones creadas para distribuir las indemnizaciones respecto de cada uno de los acuerdos ejecutados. Tan sólo en 1998 se creó una comisión para que se ocupara de los acreedores del desastre de los empréstitos rusos contratados desde la época de la Rusia zarista[217]. No hay un derecho general de apelación. Aunque no esté especificado, las comisiones tienden a aplicar el derecho internacional, tanto de tratados como consuetudinario.

100. No se puede asignar demasiada importancia a estos elementos, pues son reflejo de instituciones jurídicas nacionales[218]. A pesar de ello, algunos comentaristas insisten en que han tenido consecuencias en el derecho internacional[219].

101. Otra prueba de la erosión de la facultad discrecional del Estado son los fallos de tribunales arbitrales que prescriben cómo se ha de dividir la indemnización[220]. Además, en 1994, en el caso *Beaumartin*[221], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que un acuerdo internacional en el que se estableciese una indemnización podía generar en favor de las personas lesionadas un derecho exigible a la indemnización.

102. Aunque en la legislación interna, las decisiones judiciales y la doctrina se observa cierto apoyo a la idea de restringir el derecho absoluto del Estado a negarse a pagar las indemnizaciones recibidas al nacional lesionado, difícilmente se puede sostener que constituya una práctica establecida o que los Estados sientan que existe una obligación que limita su libertad de disposición. La política de interés general, la equidad y el respeto de los derechos humanos pueden apoyar la restricción de la facultad discrecional del Estado en el desembolso de las indemnizaciones, pero ello no constituye una norma del derecho internacional consuetudinario.

103. En esas circunstancias, se sugiere que la Comisión estudie seriamente la posibilidad de aprobar una disposición sobre la cuestión como parte del desarrollo progresivo del derecho. El presente proyecto de artículos contiene poco desarrollo progresivo. De hecho, varios de los Estados que respondieron lo han criticado precisamente por ese motivo. Aprobar una disposición sobre esta cuestión sería eliminar una de las mayores injusticias de la protección diplomática. Se presenta a la Comisión la siguiente propuesta:

«1. Al cuantificar su reclamación en virtud de la protección diplomática, un Estado tendrá en cuenta las consecuencias materiales y morales del daño sufrido por el nacional con respecto al cual ejerce la protección diplomática. [A tal fin, celebrará consultas con el nacional lesionado.]»

Comentario: En gran medida, esta disposición sencillamente codifica la práctica en vigor.

«2. Cuando un Estado reciba una indemnización como satisfacción completa o parcial de una reclamación que se derive de la protección diplomática, transferirá [deberá transferir] esa suma al nacional con respecto al cual haya presentado la reclamación [después de deducir los costos que le haya acarreado interponer la reclamación].»

Comentario: En el párrafo 2 la Comisión tal vez prefiera usar los términos «deberá transferir» en lugar de «transferirá». Con ello se crearía una obligación imperfecta para los Estados, fenómeno que no es nuevo en el derecho internacional. Por ejemplo, en el artículo 3 de la Convención sobre la alta mar, se preveía lo siguiente: «Para gozar de la libertad del mar en igualdad de condiciones con los Estados ribereños, los Estados sin litoral *deberán** tener libre acceso al mar». (En el artículo 125 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se indica que «Los Estados sin litoral *tendrán** el derecho de acceso al mar y desde el mar».)

[216] Ibíd.

[217] Carreau, *op. cit.*, págs. 484 y 485, párr. 1172.

[218] Ibíd., pág. 485, párr. 1173; opinión de J. Reuben Clark, en Hackworth, *op. cit.*, pág. 763.

[219] Véase, por ejemplo, Berlia, *loc. cit.*, pág. 70.

[220] Bollecker-Stern, *op. cit.*, pág. 109.

[221] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Beaumartin* c. *France*, sentencia de 24 de noviembre de 1994, *série A n.º 296-B*, pág. 50. Véase además, sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Flauss, «Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», págs. 829 y 830.

ANEXO

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA POSTERIOR A 2000

Libros

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix

Local Remedies in International Law, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

FLAUSS, Jean-François (ed.)

La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales, Bruselas, Bruylant, 2003.

PAULSSON, Jan

Denial of Justice in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

STOROST, Christian

Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, Berlín, Duncker & Humblot, 2005.

TIBURCIO, Carmen

The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001.

Artículos

CAFLISCH, Lucius

«La pratique suisse de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 73 a 86.

CONDORELLI, Luigi

«L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 3 a 28.

«La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXVI (2003), págs. 5 a 26.

DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna

«Diplomatic protection and the *LaGrand* case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 87 a 103.

DOMINICÉ, Christian

«La prétention de la personne privée dans le système de la responsabilité internationale des États», *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 729 a 745.

«Regard actuel sur la protection diplomatique», Liber Amicorum *Claude Reymond: Autour de l'arbitrage*, París, Éditions du Juris-Classeur, 2004, págs. 73 a 81.

«L'arrêt AVENA et le sort judiciaire des droits individuels», en Jürgen Bröhmer y otros (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress*, Carl Heymanns, 2005, págs. 55 a 62.

DUCHESNE, Matthew S.

«The continuous-nationality-of-claims principle: its historical development and current relevance to investor-State investment disputes», *George Washington International Law Review*, vol. 36, n.º 4 (2004), págs. 783 a 815.

DUGARD, John

«Diplomatic protection and human rights: the draft articles of the International Law Commission», *Australian Year Book of International Law* (Canberra), vol. 24 (2005), págs. 75 a 91.

ERASMUS, Gerhard y Lyle DAVIDSON

«Do South Africans have a right to diplomatic protection?», *South African Yearbook of International Law*, vol. 25 (2000), págs. 113 a 130.

FERIA TINTA, Monica

«Due process and the right to life in the context of the Vienna Convention on Consular Relations: arguing the *LaGrand* case», *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), págs. 363 a 366.

FERRARI BRAVO, Luigi

«La pratique italienne de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 87 a 91.

FLAUSS, Jean-François

«Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et européen* (Zurich), vol. 13 (2003), págs. 1 a 37.

«Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 29 a 62.

«Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique», *Libertés, Justice, Tolérance: Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 2004, págs. 813 a 838.

«Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X *c.* Conseil fédéral (1re Cour civile)», RGDIP, vol. CIX (2005), págs. 407 a 419.

FORCESE, Craig

«Shelter from the storm: rethinking diplomatic protection of dual nationals in modern international law», *George Washington International Law Review*, vol. 37, n.º 2 (2005), págs. 469 a 500.

GAJA, Giorgio

«Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 63 a 69.

«Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed?», en Lal Chand Vorah y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, Kluwer, 2003, págs. 373 a 382.

HOPKINS, Kevin

«Diplomatic protection and the South African Constitution: does a South African citizen have an enforceable constitutional claim against the government?», *SA Public Law*, vol. 16, n.os 1–2 (2001), págs. 387 a 395.

IOVANE, Massimo

«The activity of the International Law Commission during its 55th session», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XIII (2003), págs. 171 a 188.

KOOIJMANS, Pieter H.

«Is the right to diplomatic protection a human right?», *Studi di Diritto Internazionale in Onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2004, págs. 1975 a 1984.

KÜNZLI, Annemarieke

«Case concerning Mexican nationals», *Leiden Journal of International Law*, vol. 18 (2005), págs. 49 a 64.

«Exercising diplomatic protection: the fine line between litigation, démarches and consular assistance», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 66 (2006), págs. 321 a 350.

MALENOVSKY, Jiri

«La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tchèque en particulier», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 93 a 107.

MILANO, Enrico

«Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXV (2004), págs. 85 a 142.

PASTOR RIDRUEJO, José

«La pratique espagnole de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 109 a 113.

PAULSSON, Jan

«Continuous nationality in *Loewen*», *Arbitration International*, vol. 20, n.º 2 (2004), págs. 213 a 215.

PELLET, Alain

«'Human rightism' and international law», *Italian Yearbook of International Law*, vol. X (2000), págs. 3 a 16.

PINTO, Monica

«De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme», RGDIP, vol. CVI (2002), págs. 513 a 547.

PUISSOCHET, Jean-Pierre

«La pratique française de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 115 a 120.

RESS, Georg

«La pratique allemande de la protection diplomatique», en Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, Bruylant, 2003, págs. 121 a 151.

SANTULLI, Carlo

«Travaux de la Commission du droit international», AFDI, vol. XLVI (2000), págs. 424 a 427; vol. XLVII (2001), págs. 369 a 378; vol. XLVIII (2002), págs. 561 a 564, y vol. XLIX (2003), págs. 442 a 446.

«Entre protection diplomatique et action directe – La représentation: éléments épars du statut international des sujets internes», *Colloque du Mans: Le Sujet en Droit International*, París, Pedone, 2005, págs. 85 a 98.

SCHERMERS, Henry G.

«Exhaustion of domestic remedies», en Nisuke Ando y otros (eds.), Liber Amicorum*: Judge Shigeru Oda*, vol. 2, La Haya, Kluwer, 2002, págs. 947 a 975.

SPIERMANN, Ole

«The *LaGrand* case and the individual as a subject of international law", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 58 (2003), págs. 197 a 221.

STOROST, Christian

«Der Fall Abbasi: Wegbereiter eines gemeineuropäischen Anspruchs auf diplomatischen Schutz?», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 42 (2004), págs. 411 a 424.

WARBRICK, Colin y Dominic MCGOLDRICK (eds.)

«Current developments: public international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, parte 3 (julio de 2002), págs. 723 a 733.

WITTICH, Stephan

«Direct injury and the incidence of the local remedies rule», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 5 (2000), págs. 121 a 187.

ZIECK, Marjoleine

«Codification of the law on diplomatic protection: the first eight draft articles», *Leiden Journal of International Law*, vol. 14 (2001), págs. 209 a 232.