teniendo en cuenta que está en juego un concepto bien establecido.

66. Más importante es determinar, en el caso de la protección diplomática de los refugiados, si el Estado de refugio puede ejercer la protección frente al Estado de nacionalidad del refugiado. El Relator Especial señala acertadamente en el párrafo 184 que sería inadecuado que el Estado de refugio ejerciera la protección diplomática en favor del refugiado que haya huido para evitar la persecución. A su modo de ver, no sólo en el comentario sino también en el propio artículo 8 debería figurar la idea de que, independientemente de las circunstancias que se contemplen, el Estado de refugio no puede ejercer la protección diplomática en favor de un refugiado frente al Estado de nacionalidad de éste. Dicho esto, se plantea la cuestión de la finalidad de la protección diplomática, y al orador le resulta difícil imaginar en tal caso que la protección diplomática pueda ejercerse frente a un Estado que no sea el Estado de nacionalidad, o sea, el Estado del que huyó el refugiado, salvo que se considere que dicho refugiado era, por ejemplo, un hombre de negocios que podía hacer operaciones internacionales desde el Estado de refugio. Por una parte, la situación de los refugiados suele considerarse temporal y por otra los refugiados están sometidos a una serie de restricciones que no les permiten trabajar en otro país o gozar de dicha protección. Así pues, aunque evidentemente se trata de hacer progresar el derecho, hay que ofrecer mejores ejemplos y, si se retiene la idea, es menester que del artículo 8 se infiera claramente que la protección no puede ejercerse frente al Estado de nacionalidad del refugiado.

67. El Sr. LUKASHUK expresa sus dudas respecto de un punto. Aunque los beneficiarios de la protección diplomática son personas, el proyecto de artículos no menciona los derechos de la persona. La persona que reside en otro Estado decide cuál de sus dos pasaportes ha de presentar. En otras palabras, decide cuál es su condición jurídica. ¿Tiene derecho a hacerlo? ¿Tiene la persona derecho a rechazar la protección diplomática de un determinado Estado? No está seguro de que ello sea así, pero le parece que debería prestarse atención a los derechos de la persona.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2626.ª SESIÓN

Miércoles 24 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1[1])

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GALICKI observa que en su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1), el Relator Especial afirma que el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se basa en el vínculo de nacionalidad entre el perjudicado y el Estado. Este planteamiento parece justificado, porque da cuenta de un modo bastante claro y, en gran medida, exhaustivo del efecto de la institución de la nacionalidad de las personas en el alcance y el ámbito concreto de la protección diplomática.

2. En el artículo 5 el Relator Especial define, a los efectos de la protección diplomática, el sentido de la expresión «Estado de la nacionalidad» en relación directa con los medios por los cuales la persona protegida puede adquirir la nacionalidad. Se mencionan tres criterios para la adquisición de la nacionalidad a saber, el nacimiento, la nacionalidad de los padres o la naturalización de buena fe, respecto de los cuales el Relator Especial señala en el párrafo 101 de su informe que son vínculos que se reconocen generalmente en el derecho internacional. En el curso del debate se propuso añadir al artículo 5 otros factores de vinculación reconocidos por el derecho internacional en general, como por ejemplo la residencia habitual, pero el Sr. Galicki no cree que deba agregarse ningún otro vínculo a los enumerados en el artículo 5. En realidad, hay otros muchos medios de adquirir la nacionalidad. Esto puede decirse en especial de la naturalización, que la doctrina divide en involuntaria y voluntaria; otra distinción es que también la nacionalidad se haya adquirido por adopción, legitimación, reconocimiento, matrimonio u otro medio. Aunque el Relator Especial limita la naturalización a la buena fe, es una noción de amplio alcance que reviste formas distintas en función de diferentes causas. Entre estas últimas, la residencia habitual suele revestir importancia, aunque generalmente se la asocie a otros factores de vinculación. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, que concierne a las clases de personas a las que los Estados Partes facilitan, en su derecho interno, la adquisición de su nacionalidad, vincula tres de las siete categorías mencionadas a la residencia legal y habitual. No obstante, el Sr. Galicki estima que, si se deja de lado la situación excepcional prevista en el proyecto de artículo 8, en ningún caso la residencia habitual puede sustituir al vínculo de nacionalidad como factor de vinculación necesario del perjudicado a un Estado habilitado para ejercer la protección diplomática en favor de esta persona.

[1] Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).

3. En cuanto al término «naturalización», el Relator Especial lo acompaña de una calificación precisa, «de buena fe». Como ha señalado el Sr. Simma (2625.ª sesión), la expresión «de buena fe» deberá examinarse más adelante. El propio Relator Especial admite que el derecho internacional no reconoce la naturalización en todas las circunstancias. El Relator Especial da ejemplos de naturalizaciones fraudulentas, concedidas de modo discriminatorio, forzadas y concedidas sin que hubiera ninguna clase de vínculo. Estos ejemplos de naturalizaciones «de mala fe» no agotan desde luego la lista de situaciones en las cuales la negativa a reconocer la naturalización puede estar justificada. Esta negativa puede deberse a la mala fe del Estado interesado o a la de la persona de que se trate. Por ejemplo, el Convenio europeo sobre la nacionalidad prevé en el apartado b del párrafo 1 de su artículo 7 la pérdida de la nacionalidad en caso de «adquisición de la nacionalidad del Estado Parte como consecuencia de una conducta fraudulenta, falsa información o disimulación de un hecho pertinente por parte del solicitante». No obstante, aunque una naturalización de mala fe sea posible, cabe observar que, como se señala en el párrafo 105 del informe, se presume que el Estado Parte ha obrado de buena fe. A este respecto, diríase que no hay razón para limitar exclusivamente a los Estados esta presunción de buena fe sino que debería hacerse extensiva a las personas.

4. Aunque el artículo 5 no previese la exigencia de la buena fe para la naturalización, al Sr. Galicki le resultaría muy difícil sumarse a la opinión del Sr. Momtaz (ibíd.), según el cual es imposible impugnar la nacionalidad adquirida sobre la base del jus soli o del jus sanguinis. Si ello fuera así, el artículo 6 perdería gran parte de su razón de ser. Como se recordará, el apartado e del párrafo 1 del artículo 7 del Convenio europeo sobre la nacionalidad prevé la posibilidad de la pérdida de la nacionalidad en caso de «ausencia de todo vínculo efectivo entre el Estado Parte y un nacional que resida habitualmente en el extranjero».

5. Poniendo fin a sus comentarios sobre el artículo 5, el Sr. Galicki dice que la propuesta del Sr. Kamto (ibíd.) de abreviar este artículo de modo que se termine después de la palabra «proteger», sin mencionar los criterios para la adquisición de la nacionalidad, no deja de ser interesante. Teniendo en cuenta las discrepancias manifestadas durante el debate, en el que se criticó la ausencia de algunos criterios para la adquisición de la nacionalidad —como, por ejemplo, la repatriación—, esta solución de avenencia parece la mejor. Bastaría una redacción más concisa y condensada del artículo 5 para expresar el vínculo necesario entre la nacionalidad del perjudicado y el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer su protección diplomática en favor de esta persona.

6. En lo tocante al artículo 6, que se refiere al problema mucho más complejo de la nacionalidad múltiple en relación con el derecho a ejercer la protección diplomática, el Relator Especial está dispuesto a reconocer a un Estado del que sea nacional la persona perjudicada el derecho a ejercer su protección diplomática frente a otro Estado cuya nacionalidad posea también esta persona. Para ello debe cumplirse la condición de que la nacionalidad del Estado que ejerce la protección sea la nacionalidad dominante o efectiva. No ha sido fácil llegar a esta conclusión, ya que el punto de partida del análisis, que es el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930, es bastante desalentador por cuanto dispone que «un Estado no puede ejercer su protección diplomática en favor de uno de sus nacionales frente a otro Estado del que esta persona sea también nacional». Todavía quedan partidarios de este principio.

7. Sin embargo, como ha demostrado el Relator Especial, al tiempo que aparecía el principio de la nacionalidad dominante o efectiva el planteamiento de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática en favor de personas con doble o múltiple nacionalidad ha evolucionado considerablemente. El Relator Especial ofrece un gran número de ejemplos —principalmente de decisiones judiciales que van desde el asunto Nottebohm a la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos— de la aplicación del principio de la nacionalidad dominante o efectiva en los casos de doble nacionalidad. En el párrafo 160 de su informe, el Relator llega a la conclusión de que el principio enunciado en el artículo 6 refleja la posición actual en el derecho internacional consuetudinario y es compatible con la evolución de las normas internacionales de derechos humanos, que conceden la protección jurídica a las personas incluso frente al Estado del cual son nacionales. Sin embargo, la situación no parece tan sencilla. En primer lugar, la evolución de las normas internacionales de los derechos humanos se ha originado exclusivamente, hasta ahora, en disposiciones de los tratados, y es limitada porque sólo atañe a los Estados que están obligados por estas disposiciones y por los derechos y libertades que enuncian. Además, el Relator Especial admite honradamente en el párrafo 146 de su informe que los juristas están divididos en cuanto a la aplicabilidad del principio de la nacionalidad dominante. El Relator ofrece muchos ejemplos, sacados de la práctica, de Estados que se niegan a ejercer su protección diplomática en favor de sus nacionales frente a otro Estado del que también sean nacionales, y cita la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto Réparation, en el cual se describe como «práctica ordinaria» la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran [véase pág. 16].

8. Según el Relator Especial, el Convenio europeo sobre la nacionalidad no se pronuncia al respecto. Esto es exacto, pero hay que saber que el proyecto de convenio redactado en 1995 contenía una disposición especial que preveía la posibilidad de que el Estado de nacionalidad ejerciera su protección diplomática en favor de una persona determinada frente a otro Estado del que esta persona fuera también la nacional por motivos humanitarios u otros motivos análogos. Empero, ante las fuertes críticas y la enérgica oposición expresada por numerosos Estados, entre ellos Polonia, esta disposición se suprimió finalmente del texto definitivo del Convenio. Hay que recordar también que, aunque hoy día los Estados toleran mejor la multiplicidad de nacionalidades que hace treinta o cincuenta años, muchos Estados consagran en su derecho interno la norma enunciada en el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1930, según la cual «una persona que posea dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados del que posea la nacionalidad», y parece que incluso hoy los

Estados no están verdaderamente deseosos de renunciar a este derecho.

9. Concluyendo sus observaciones acerca del artículo 6, el Sr. Galicki estima necesario subrayar que el principio de la nacionalidad dominante o efectiva puede ser aplicable en los casos de doble nacionalidad cuando la protección diplomática es ejercida por uno de los Estados del que la persona interesada es nacional frente a un tercer Estado. No obstante, cuando se trata de aplicar este principio contra otro Estado cuya nacionalidad posee también el interesado, no parece que la codificación de esta norma esté suficientemente justificada por el estado actual del derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, considerando el proyecto de artículo 6 a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional, diríase que la posibilidad de que un Estado de nacionalidad ejerza su protección diplomática frente a otro Estado de nacionalidad no debería depender del criterio de la nacionalidad dominante, que será la del Estado que desee ejercer su protección, sino más bien de la ausencia de un vínculo auténtico y efectivo entre el interesado y el otro Estado del que sea nacional.

10. El artículo 7, que se refiere a la protección diplomática ejercida en favor de una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a terceros Estados, deja un poco perplejo al Sr. Galicki. En efecto, en este artículo el Relator Especial parece rechazar el principio de la nacionalidad dominante o efectiva, que ha tratado de aplicar en el artículo 6. En el párrafo 173 de su informe, el Relator Especial reconoce que el Estado demandado tiene derecho a presentar objeciones en los casos en que la nacionalidad del Estado demandante se haya adquirido de mala fe. El Sr. Galicki entiende que el vínculo de la nacionalidad adquirida de buena fe no puede sustituir por completo al principio de la nacionalidad dominante o efectiva tal y como se expresa en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1930, y se confirma en la jurisprudencia posterior, incluida la decisión de la CIJ en el asunto Nottebohm. Se plantea desde luego el problema de saber si a la noción de buena fe debe dársele una interpretación lata o restrictiva; por ejemplo ¿necesita un vínculo efectivo? En este mismo artículo 7 el Relator Especial adopta un planteamiento puramente formal de la nacionalidad, sin preocuparse de que exista un vínculo efectivo entre la persona interesada y los Estados de que se trata. A este respecto el Sr. Galicki estima que, si bien puede dejarse de lado el principio de la nacionalidad dominante, convendría no obstante insertar en el artículo 7 una cláusula de salvaguardia que impida que los Estados puedan invocar este artículo para ejercer su protección diplomática en favor de una persona con múltiples nacionalidades en ausencia de un vínculo efectivo con esta persona.

11. Por último, el Sr. Galicki apoya plenamente el texto del artículo 8 propuesto que, como han señalado numerosos miembros de la Comisión, posee dos méritos indiscutibles. En primer lugar, refleja la tendencia de las normas jurídicas internacionales a humanizarse y a tener en cuenta el factor humanitario. En segundo lugar, muestra de modo ejemplar cómo la Comisión puede cumplir, en el momento oportuno y en el sector adecuado, una de sus principales funciones, a saber, el desarrollo progresivo del derecho internacional. Este artículo 8 deberá afinarse sin duda, pero ello no merma en nada su validez.

12. El Sr. KABATSI, tras rendir tributo al ingente trabajo realizado por el Relator Especial en la elaboración de los proyectos de artículos propuestos, como demuestra el número de decisiones de la jurisprudencia y de obras citadas en las notas de pie de página, dice que, en términos generales, el artículo 5 no le plantea ningún problema, aunque considera que el Relator Especial corre riesgos inútiles y se expone a críticas al desarrollar excesivamente la noción de nacionalidad. En efecto, no es necesario saber cómo se ha adquirido la nacionalidad ni considerar su validez a los efectos del artículo 5. Este artículo es una continuación natural del artículo 1, que se refiere al campo de aplicación de la protección diplomática, y del artículo 3, que trata del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. No se discute que, a reserva de los límites fijados por el derecho internacional, incumbe a cada Estado determinar quiénes son nacionales suyos en virtud de su derecho interno. Normalmente, siempre que un Estado declara que una persona tiene su nacionalidad, se supone que esta persona es desde luego nacional de este Estado. Esto significa que el Estado no tiene que probar que esta nacionalidad es válida para ejercer su protección diplomática. Corresponde al Estado demandado, como indica el Relator Especial en el párrafo 118 de su informe, demostrar que la nacionalidad no es válida por las razones enumeradas en el párrafo 104 del mismo informe, a las cuales puede añadirse una naturalización que vulnere las disposiciones de derecho interno del Estado demandante. Si, según el principio enunciado en el artículo 5, a los efectos de la protección diplomática de las personas naturales el Estado de la nacionalidad es el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la persona a quien se pretende proteger, ¿por qué socavar este principio indicando las circunstancias en las que puede impugnarse la validez de la nacionalidad? Parece que la Comisión se esté aventurando en la esfera de las reglas primarias, mientras que el tema pertenece a las secundarias. Sobre este punto el Sr. Kabatsi piensa, como algunos miembros de la Comisión que ya han intervenido respecto de este asunto, que el artículo 5 no debe mencionar los criterios para la adquisición de la nacionalidad.

13. En lo tocante al artículo 6, el Sr. Kabatsi está satisfecho del texto propuesto, pese al principio tradicional de la no responsabilidad del Estado frente a sus nacionales, por los motivos indicados en el informe del Relator Especial. Aunque, como el Relator Especial señala en el párrafo 153, la determinación de la nacionalidad efectiva o dominante puede plantear un problema, no por ello es menos posible. En la práctica, entre dos Estados cuya nacionalidad posea la persona interesada, la cuestión de la nacionalidad efectiva o dominante tendrá preeminencia si la valoración de la fuerza respectiva de los vínculos se inclina claramente en favor del Estado que reivindica a la persona como nacional suyo. Como se desprende del párrafo 158 del informe, esta no es una cuestión que deba resolverse positiva o negativamente. Toda duda acerca de la existencia de un vínculo de nacionalidad efectiva o dominante entre el Estado demandante y el Estado demandado deberá zanjarse en favor de este último. Se trata de una disposición muy útil de lege ferenda, y el Sr. Kabatsi es partidario de ella.

14. El orador aprueba también el proyecto de artículo 7, que no le plantea ningún problema, y el proyecto de ar-

tículo 8, tanto más cuanto que el antiguo artículo 4 se ha suprimido, supresión que el Sr. Kabatsi aprobó en su día. No aprobaría el artículo 8 si se considerase que la protección diplomática es un derecho de la persona que puede oponerse al Estado protector, ya que ello impondría una obligación adicional hacia los refugiados y los apátridas por parte de los Estados de asilo o de acogida. Sin embargo, como el ejercicio de la protección diplomática corresponde a las facultades discrecionales del Estado, esta disposición no impone ninguna carga adicional al Estado en relación con los refugiados y los apátridas que puedan encontrarse en su territorio. Se trata de una disposición perteneciente a la esfera de los derechos humanos, que es útil en la medida en que prevé una protección para personas que de todos modos se encuentran en situación precaria. Es fuerte la tentación de rechazar este proyecto de artículo alegando que no corresponde al tema, en la medida en que éste se circunscribe a los artículos 1 y 3 y quizás al artículo 5, pero, teniendo presente que encuentra justificaciones en la doctrina y en algunos convenios y responde a motivos humanitarios, el artículo consagra un desarrollo progresivo del derecho y por consiguiente es válido. Probablemente hay un tercer tipo de personas que podrían gozar de protección a tenor de este artículo, sobre todo si se acepta el principio de residencia habitual defendido por algunos en relación con el artículo 5; se trata de las personas que no son refugiados ni apátridas propiamente dichos pero son residentes habituales, y posiblemente permanentes, del Estado de acogida. Este Estado debería estar en condiciones de ejercer su protección diplomática en favor de estas personas, especialmente cuando, por diversas razones, el Estado de nacionalidad nominal no esté en condiciones de hacerlo evidentemente frente a terceros Estados. Esto significaría quizás llevar demasiado lejos el concepto del desarrollo progresivo del derecho, pero es una idea que merece la pena considerar.

15. El Sr. KATEKA hace suyos los principios que informan el artículo 5, que se basa en una aplicación liberal, en interés de las personas, del principio del vínculo efectivo enunciado en el fallo correspondiente al asunto Nottebohm. Con todo, hay que guardarse de cualquier disposición abierta que pueda prestarse a interpretaciones equivocadas y proponer por el contrario criterios concretos, evitando por ejemplo la imprecisa fórmula «cualquier otro vínculo reconocido por el derecho internacional». En cuanto al criterio de la «residencia habitual», que algunos miembros de la Comisión proponen añadir, sólo sería pertinente si la residencia habitual es resultado de la libre elección y de la voluntad del interesado. Ello sin embargo no siempre es así y la Comisión ha de dar prueba de circunspección.

16. El artículo 6 codifica el principio de la nacionalidad dominante o efectiva en los casos de nacionalidad doble o múltiple. Se trata de un principio controvertido que divide a los expertos y a los tribunales internacionales. El hecho de que el Estado de la nacionalidad activa pueda ejercer su protección diplomática frente al Estado de la nacionalidad inactiva socavaría el principio de la igualdad de los Estados. Conviene pues revisar el artículo 6 para evitar todo litigio entre Estados de los que el interesado sea nacional.

17. El artículo 8 tiene que ver con el desarrollo progresivo del derecho internacional y se aparta evidentemente de la sabiduría tradicional, que reserva el ejercicio de la protección diplomática al Estado de nacionalidad. A este respecto se ha preguntado si una persona que satisfaga el criterio de la residencia habitual podría beneficiarse de la protección diplomática. A esto se ha respondido que si el interesado es apátrida o refugiado, corresponde al país de acogida ejercer esta protección. Pero la realidad no es tan sencilla. Por ejemplo, la República Unida de Tanzanía ha acogido a casi un millón de refugiados procedentes de países vecinos. Algunos de estos refugiados residen en ese país desde hace más de 30 años conservando la nacionalidad de su país de origen desde el punto de vista técnico, aunque no tengan ningún contacto práctico con él. El ACNUR asegura su protección, en el sentido previsto en la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Si se aprobara el artículo 8 con la redacción propuesta, la República Unida de Tanzanía debería ejercer su protección diplomática en favor de refugiados que tienen su residencia habitual en su territorio. Es completamente legítimo preguntarse, en este caso, si el país de acogida debe soportar esta carga adicional, siendo así que ya sufre las consecuencias de la falta de asistencia de la comunidad internacional. El Sr. Kateka no acepta el argumento según el cual el artículo 8 prevé que el ejercicio de la protección diplomática quede a la discreción del Estado. Asimismo, a su modo de ver la idea expuesta de que un tercer Estado podría ejercer su protección diplomática en favor de los refugiados y apátridas frente al Estado de acogida si se diera un hecho internacionalmente ilícito va demasiado lejos. Si este último Estado incumpliera una obligación erga omnes correspondería al ACNUR, en su calidad de potencia «protectora», resolver el problema con el gobierno del país interesado. De hecho, si una organización internacional puede ejercer una protección funcional en favor de su personal, no hay motivo para que las Naciones Unidas o el ACNUR no puedan hacerlo con refugiados que están bajo su «protección». Esto aliviaría la carga de los Estados de acogida, que en su mayor parte son países en desarrollo enfrentados a graves problemas que afectan no sólo a la vida económica sino también al medio ambiente y al orden público. Así pues, el Sr. Kateka pide encarecidamente a la Comisión que en este asunto proceda con prudencia.

18. Sr. HAFNER hace suyo en general el criterio propuesto por el Relator Especial para las situaciones contempladas en los artículos 5 a 8.

19. El artículo 5, además de requerir sin duda alguna modificaciones de forma, plantea otro problema, ya aludido anteriormente: el de la naturalización de «buena fe». La «buena fe» es un criterio subjetivo, muy difícil de aplicar. En el contexto actual no es, desde luego, conveniente, como tampoco lo es la noción de «nacionalidad efectiva», que limitaría el derecho de un Estado a ejercer su protección diplomática, lo que iría en contra del objetivo perseguido, o sea, el interés bien entendido de las personas afectadas. Por todo ello el Sr. Hafner preferiría la propuesta del Sr. Kamto de suprimir del artículo 5 las palabras «por razón del lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe». Sin embargo, a modo de compromiso entre la posición del Sr. Kamto y la del Relator Especial, propone que se conserven los útiles criterios del jus solis y el jus sanguinis y

también el de la naturalización, acompañado de la cláusula «de conformidad con el derecho internacional», en la inteligencia de que la naturalización abarca todos los demás medios de adquirir la nacionalidad además de los dos mencionados en primer lugar.

20. El artículo 6 se refiere a un caso particular en el contexto de la disposición del artículo 7 y por consiguiente debería ir detrás de éste y no delante. Este artículo plantea un problema de forma derivado de la falta de una definición del término «perjudicado», que el Comité de Redacción debería probablemente considerar. Frente a la mundialización y a libre circulación de las personas a través de las fronteras, conviene definir con precisión las condiciones en que puede ejercerse el derecho a que se refiere este artículo. Se prevén dos criterios, el de la nacionalidad dominante y el de la nacionalidad efectiva. Se trata de saber si son diferentes o sinónimos. La jurisprudencia parece basarse en la hipótesis de que son equivalentes. Pero si se añade, como se ha propuesto, la conjunción «y» entre los adjetivos «dominante» y «efectiva», esto significaría que la noción de la nacionalidad dominante es distinta de la de nacionalidad efectiva. Esto contradeciría la jurisprudencia y modificaría el derecho del Estado a ejercer su protección diplomática. Personalmente el Sr. Hafner prefiere el concepto de «nacionalidad dominante», ya que presupone que uno de los dos vínculos de nacionalidad es más poderoso que el otro. En cambio, la expresión «nacionalidad efectiva» hace pensar que ninguno de los vínculos de nacionalidad bastaría para confirmar el derecho de un Estado a ejercer su protección diplomática, ya que podría sostenerse igualmente, en el caso de una persona con dos nacionalidades por ejemplo, que ninguno de los vínculos de nacionalidad es efectivo. De ello se sigue que ningún Estado podría ejercer su protección diplomática.

21. En lo referente al artículo 7, el Sr. Hafner observa que el párrafo 1 no hace más que reproducir el contenido del artículo 5, sin añadir nada. En cuanto al párrafo 2, cabe preguntarse no sólo si hay casos en los cuales puede aplicarse en la práctica, sino incluso si existe un nexo entre estos ejercicios de la protección diplomática. Por ejemplo, si un Estado de nacionalidad renuncia a ejercer su protección diplomática o se declara satisfecho de la respuesta del Estado demandado, ¿surtirá esto efecto sobre otro u otros Estados de nacionalidad que pueden ejercer su protección diplomática? La protección diplomática no se presta a un ejercicio conjunto y no hay ninguna necesidad de prever este caso particular.

22. En cuanto a la regla enunciada en el artículo 8, el Sr. Hafner admite que guarda relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y acepta el objetivo previsto. No obstante, el problema es intrincado y convendría distinguir, para facilitar la aplicación, entre el caso de los apátridas y el de los refugiados, que no son el mismo. Por ejemplo, en lo relativo a los refugiados ¿es pertinente la condición exigida, esto es, la residencia legal en el territorio del Estado demandante? El Sr. Hafner, al igual que otros miembros de la Comisión, piensa que es el Estado que ha concedido el estatuto de refugiado, y no el Estado de residencia, el que debería estar habilitado para ejercer la protección diplomática. En efecto, si un Estado miembro de la Unión Europea, de conformidad con la política general de la Unión, concede el derecho de asilo a una persona o le reconoce el estatuto de refugiado, esta persona tendría derecho a residir legalmente en otro país de la Unión Europea. En este caso no es necesario transferir al Estado de residencia legal del interesado el derecho a ejercer la protección diplomática: esta protección debería ejercerla el Estado que ha reconocido la condición de refugiado. La situación sería desde luego distinta si se añadiese el criterio del vínculo dominante o del vínculo efectivo al de la residencia legal habitual con carácter de criterio subsidiario. En efecto, puede ocurrir —y ha ocurrido— que personas instaladas en otro país donde han adquirido el estatuto de refugiado regresen a su país de origen cuando mejora la situación en éste. En tal caso, sólo el Estado de origen debería estar habilitado a ejercer su protección diplomática. El proyecto de artículos debe contener una disposición específica que se refiera a este problema. Por último, convendría prever también el caso en que el refugiado haya sufrido un perjuicio antes de salir de su país de origen.

23. El Sr. SIMMA, refiriéndose al análisis y las hipótesis del Sr. Hafner acerca del artículo 8, observa que es muy frecuente que una persona que ha adquirido el estatuto de refugiado en el primer país miembro de la Unión Europea en el que ha entrado se instale en otro país miembro y resida en él muchos años. Si esta persona necesitara protección diplomática, ¿debería limitarse el derecho a ejercer esta protección, como sugiere el Sr. Hafner, al país en cuyo territorio haya entrado por primera vez la persona, con el que quizás ya no tendría ningún vínculo efectivo?

24. El Sr. HAFNER admite que sería razonable que en el caso expuesto por el Sr. Simma el país de residencia legal fuera el que estuviera habilitado para ejercer la protección diplomática. Pero el problema consiste en determinar el momento a partir del cual debe reconocerse este derecho: ¿cuántos años de residencia debería justificar el refugiado para que el Estado de residencia tuviera el derecho a ejercer la protección diplomática en favor de esta persona? El problema es insoluble y por ello el Sr. Hafner ha previsto que se conceda el derecho a ejercer la protección diplomática al Estado que haya otorgado el estatuto de refugiado, por analogía con el Estado de nacionalidad, quedando entendido que este derecho no es más que un derecho y no una obligación. El Estado de referencia puede siempre negarse a ejercerlo cuando su ejercicio constituya una carga para él en el sentido de lo expuesto por el Sr. Kateka.

25. El Sr. KUSUMA-ATMADJA se pregunta también si lo que se debate es la protección diplomática o la nacionalidad, tanto si es única como si es doble o múltiple.

26. En tal caso el problema, aunque quizás sea fácil de resolver en un marco regional bien integrado como el de la Unión Europea, no lo sería tanto en un marco regional poco integrado como el de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental y aún menos en el marco de una comunidad internacional compuesta de Estados soberanos. La solución quizás consistiera, como se ha propuesto ya, en una cuidadosa delimitación del campo de aplicación de la protección diplomática, sobre la base de la teoría clásica del derecho de la nacionalidad.

27. El Sr. Kusuma-Atmadja está persuadido de que el Relator Especial tendrá debidamente en cuenta las observaciones formuladas en sus trabajos futuros.

28. El Sr. KAMTO dice que el compromiso propuesto en el artículo 5 es sorprendente, puesto que no se ve la necesidad de indicar algunos criterios para la adquisición de la nacionalidad y no otros. Sería preferible pues suprimir la frase «por razón del lugar de nacimiento, nacionalidad de los padres o naturalización de buena fe» y sustituirla por la fórmula propuesta por el Sr. Hafner, añadiendo las palabras «de conformidad con el derecho internacional».

29. En lo referente al proyecto de artículo 8, el Sr. Hafner llevaba razón al afirmar, como otros miembros, que debe distinguirse entre la cuestión de los apátridas y la de los refugiados. Sin embargo, el ejemplo que ha expuesto de la Unión Europea no es muy convincente, por cuanto las reglas que regulan la circulación de personas en la Unión ya no son las mismas que en el resto de mundo. Cualquier país miembro de la Unión Europea en el que resida un titular de un pasaporte Schengen que goce del estatuto de refugiado en el sentido de la Convención sobre el estatuto de los refugiados podría conceder a éste la protección diplomática. En cambio, la propuesta de habilitar al Estado que ha concedido el estatuto de refugiado a los efectos de la protección diplomática parece adecuada, ya que por lo menos crearía un vínculo y no solamente fáctico sino también jurídico. Por este medio el Estado habría tratado de reconocer su estatuto específico para los refugiados.

30. Por último, el Sr. Kamto comparte la preocupación legítima expuesta por el Sr. Kateka en sus últimas observaciones acerca de los países que acogen a un gran número de refugiados. La respuesta jurídica acertada consistiría en estipular que la protección diplomática no es una obligación internacional sino un derecho subjetivo del Estado, que éste es libre de ejercer o no.

31. El Sr. CRAWFORD señala que en el marco de la protección funcional parece razonable conceder o reconocer a un Estado que ha otorgado el estatuto de refugiado el derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a las pérdidas sufridas después de la concesión del estatuto. Esta restricción le parece intrínseca al debate; ello significa que, cuando los acontecimientos fueran anteriores a la concesión del estatuto, la protección diplomática quedaría totalmente excluida. Sin embargo, a riesgo de parecer retrógrado siente una cierta reluctancia a llegar incluso a este punto.

32. En efecto, en lo tocante a la protección de los refugiados lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Si un Estado llegara a suponer que la concesión del estatuto de refugiado es como un primer paso hacia la concesión de la nacionalidad, y que todo ejercicio de protección diplomática equivale de hecho a declarar al individuo interesado que la concesión del estatuto de refugiado entraña la de la nacionalidad, esto sería un nuevo elemento disuasivo que delimitaría la concesión del estatuto de refugiado. Ahora bien, para el Sr. Crawford el estatuto de refugiado en el sentido clásico de la palabra es un medio sumamente importante de proteger a los individuos contra la persecución o un temor fundado a ésta. Si la Comisión carga demasiado la barca, las graves dificultades con que ya se tropieza para mantener el sistema clásico podrían empeorar aún más.

33. El Sr. GAJA, refiriéndose al proyecto de artículo 6, se suma a la opinión de los miembros que prefieren la palabra «dominante» a la palabra «efectivo», puesto que se trata de comparar los vínculos de una persona con uno u otro Estado. Sin embargo, los motivos que se han expuesto para esta elección no le parecen del todo aceptables. La nacionalidad adquirida por el nacimiento puede muy bien ser la nacionalidad efectiva. Todo depende del sentido, más o menos amplio, que se dé a la palabra «efectivo». Parece ser que los miembros preferirían utilizar este término en un sentido que sólo permita al Estado de nacionalidad ejercer la protección diplomática solo en casos extremos.

34. El Relator Especial y el Sr. Hafner se inclinan a dar el sentido más amplio posible a la noción de protección diplomática, porque ello responde al interés de la persona. Conviene esclarecer el campo de aplicación del proyecto de artículos, que todavía no ha sido definido. Hay que saber si la protección diplomática pertenece en exclusiva a las reglas relativas al trato de los extranjeros o si abarca también la protección de los derechos humanos en general y, en tal caso, si para esa protección el Estado de nacionalidad tiene la posibilidad de hacer valer reclamaciones que otros Estados no están habilitados a presentar. Este es el fondo de la cuestión. Si la respuesta es negativa, el vínculo de nacionalidad pierde todo sentido y no es necesario ampliar la noción de protección diplomática. Si es afirmativa, se regresa a la situación prevaleciente antes de la segunda guerra mundial, cuando los Estados sólo procuraban proteger los intereses de sus nacionales.

35. El Sr. SIMMA, refiriéndose a las observaciones relativas al proyecto de artículo 8, en las que se establece una distinción entre los que interpretan que la protección diplomática es una facultad discrecional y no una obligación del Estado y los que ven aparecer en el debate una tendencia a transformar un derecho del Estado en un derecho de la persona, estima que debe encontrarse un equilibrio entre los trabajos relativos a la protección diplomática y los referentes a la responsabilidad de los Estados. En efecto, la defensa de los derechos individuales puede preverse en relación con el marco del tema de la responsabilidad de los Estados.

36. En lo relativo al proyecto de artículo 5, la propuesta del Sr. Kamto de que el artículo se termine después de la frase «la persona a quien se pretenda proteger» parece haber suscitado el consenso de numerosos miembros. No obstante, la expresión «de conformidad con el derecho internacional» que se propone agregar sigue estando asociada, en la práctica de la Comisión, a una acción de los Estados. Así pues, en el curso de los trabajos sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados se ha afirmado que los Estados pueden otorgar la nacionalidad «de conformidad con el derecho internacional»[2]. Al declarar que una persona adquiere una nacionalidad «de conformidad con el derecho internacional», se corre el

[2] Véase el párrafo 2 del comentario al artículo 3 [Anuario... 1999, vol. II (segunda parte), cap. IV].

riesgo de dar la impresión de que, al elegir la mala nacionalidad, esta persona podría infringir el derecho internacional. Conviene pues actuar con extremada prudencia en la elección de los términos empleados.

37. El Sr. ECONOMIDES estima que hay que descartar del campo de aplicación del artículo 8 a los refugiados económicos que trabajan en un país extranjero pero conservan relaciones totalmente normales con su propio país. El Estado de nacionalidad está en condiciones de ejercer la protección diplomática de estas personas si es necesario. Según el orador, el artículo 8 se aplica a los refugiados políticos. A diferencia del refugiado económico, el refugiado político no mantiene ninguna relación con su país de origen ni busca su protección; necesita pues la protección de otro país. Para beneficiarse de esa protección no basta con que resida en el país que ejerce la protección diplomática, sino que además debe haber sido reconocido legalmente como refugiado, en el sentido de lo dispuesto en la Convención sobre el estatuto de los refugiados, por el Estado en cuyo territorio resida. Esta situación es un poco más restrictiva que la prevista en el proyecto de artículo 8, pero el Sr. Economides entiende que deberían exigirse las dos condiciones.

38. El Sr. GALICKI expresa su satisfacción general por el proyecto de artículo 8, del que ha observado el carácter humanitario. Sin embargo, no cree que la razón de ser jurídica de este artículo guarde relación alguna con los derechos humanos; su objetivo son los casos en que una determinada persona, en una situación determinada, se encuentra privada de la posibilidad de pedir la protección diplomática. El proyecto de artículo 8 ofrece un sucedáneo del Estado de nacionalidad a los efectos de la protección diplomática para el apátrida, que no puede recurrir a ningún Estado, y para el refugiado, que no puede dirigirse al Estado del que es nacional. No hay en este caso ninguna concurrencia ni confusión con la protección de los derechos humanos. Este proyecto de artículos se sitúa en un plano completamente distinto.

39. El Sr. KAMTO es sensible a los argumentos expuestos por el Sr. Crawford, cuyo punto de vista no tiene nada de retrógrado. Sin embargo, la situación de los refugiados es de carácter esencialmente temporal y debe seguirlo siendo. Si bien los refugiados políticos pueden continuar siendo refugiados mientras el régimen que les ha expulsado siga instalado en el poder, puede pensarse que las otras categorías de refugiados —no los refugiados económicos, que no entran en el ámbito de la disposición y constituyen una categoría controvertida, sino los que han sido desplazados como consecuencia de guerras o de catástrofes— regresarán rápidamente a sus países de origen. Estos refugiados conservan la nacionalidad de su país. Más concretamente, la estancia del refugiado en el extranjero dura de dos a cinco años por término medio, e incluso para un período más largo, el tiempo por sí solo no debería implicar consecuencias jurídicas sin la voluntad del Estado de acogida. La protección que le confiere el estatuto de refugiado es suficiente, en espera de que a su regreso pueda solicitar eventualmente la protección diplomática. En todo caso, la observaciones del Sr. Crawford merecen ser tomadas en consideración en el examen futuro de este proyecto de artículo.

40. El Sr. SIMMA observa que la palabra «refugiado», en el proyecto de artículo 8, no puede interpretarse en modo alguno en el sentido de que comprenda a los que el Sr. Economides llama refugiados económicos, sino que designa únicamente a los refugiados en el sentido de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados. La expresión «refugiado económico» debe evitarse, porque en sentido estricto no es jurídica.

41. El Sr. MOMTAZ dice que es muy sensible a las preocupaciones del Sr. Kateka ya que, según las estadísticas del ACNUR, su país, la República Islámica del Irán, es el que acoge actualmente el mayor número de refugiados, pero no las comparte por cuanto el proyecto de artículo 8 confiere simplemente un derecho al Estado y no le impone ninguna obligación. El Estado de acogida sigue en libertad de conceder o no su protección diplomática a las personas que se refugien en él.

42. Además de los refugiados políticos y los económicos antes mencionados, existe una tercera categoría de refugiados, que se compone de las personas desplazadas por conflictos armados o catástrofes naturales. Quizás convendría reflexionar más detenidamente sobre la propuesta del Sr. Economides de que sólo se conceda la protección diplomática en virtud del artículo 8 a las personas que hayan obtenido el estatuto de refugiado propiamente dicho, sea o no por razones políticas.

43. El Sr. HAFNER precisa ante todo que la noción de interés de la persona es de alcance más amplio que la de derechos humanos. Al igual que el Sr. Simma, piensa que la noción de refugiado económico carece de toda realidad y que las dos palabras son términos contradictorios. La palabra «refugiado» debe utilizarse en el sentido que le atribuyen las convenciones internacionales pertinentes.

44. El argumento del Sr. Crawford tiene sus puntos válidos, pero el problema consiste precisamente en determinar a partir de qué momento es legal la residencia. Por otra parte, si sólo se concede el derecho a ejercer la protección diplomática al Estado donde reside legalmente el refugiado, se priva a éste del derecho a gozar de la protección diplomática de otro Estado. Ahora bien, los casos de perjuicio de la persona se registrarían sin duda con más frecuencia en el país donde la persona tenga su residencia legal, porque allí es donde se supone que pasa la mayor parte de su tiempo. Si se otorgara solamente a este Estado el derecho a ejercer la protección diplomática, no estaría desde luego habilitado para ejercerla contra él mismo. En tal caso, otro Estado debería tener la posibilidad de ejercer esta protección, y sería ciertamente el Estado que haya otorgado en primer lugar el estatuto de refugiado. Como puede verse, se trata de una cuestión compleja que justifica la distinción entre la situación de los apátridas y la de los refugiados, y que se les dediquen dos párrafos —o incluso dos artículos— separados.

45. El Sr. SEPÚLVEDA desea hacer observaciones generales sobre todos los proyectos de artículos presentados, y dice que el Relator Especial ha conseguido sistematizar con talento una serie de conceptos jurídicos que permitirán definir la naturaleza y el campo de aplicación de la protección diplomática en el mundo contemporáneo. En esta esfera, la Comisión puede conferir credibi-

lidad y respetabilidad a un proceso que en América Latina ha provocado mucha hostilidad. Este antagonismo es producto de casi dos siglos de amargas experiencias de intervenciones armadas y presiones de todo tipo que han acabado deformando el sentido mismo del concepto de protección diplomática. Ahora se ofrece la oportunidad de establecer sobre bases distintas principios que, negociados de común acuerdo, servirán para satisfacer los intereses de todos los Estados. El Sr. Sepúlveda prefiere no pronunciarse por ahora sobre la oportunidad de dedicar un capítulo a las definiciones y piensa que es imperativo determinar antes el campo de aplicación de la protección diplomática; propone que se adopte a este respecto un cierto número de criterios esenciales.

46. Ante todo, hay que considerar la protección diplomática como un procedimiento —no una medida ni una acción— que adoptaría un Estado respecto de otro Estado, excluyendo así los procedimientos que pueda emprender una persona privada frente a un Estado en el caso, por ejemplo, de que exista un acuerdo en materia de inversiones o comercio para someter los litigios al arbitraje internacional. Esta protección se origina en un acto o una omisión que constituye un acto internacionalmente ilícito, lo que significa que se ejerce cuando un Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales. Esta protección presupone igualmente la existencia de un daño causado a una persona privada extranjera o a sus bienes o de una relación de causalidad entre el daño sufrido y el acto u omisión ilícitos. Es un principio de imputabilidad o atribución que puede poner en marcha el procedimiento de la protección diplomática. Para que el daño sea atribuible al Estado es indispensable que exista una denegación de justicia, es decir que no haya ninguna posibilidad de obtener reparación o satisfacción del Estado al que es imputable el hecho. Una vez que se hayan agotado todos los recursos administrativos o judiciales internos y si el daño producido por el incumplimiento de la obligación internacional no ha sido reparado, podrá ponerse en marcha el procedimiento de protección diplomática. El ejercicio de este procedimiento tiene una naturaleza potestativa, esto es, que el Estado de la nacionalidad tiene un poder discrecional que no engendra una obligación automática e ineluctable en derecho internacional. Por lo demás, es preferible que el proyecto de artículos se refiera en lo esencial al trato de los nacionales y más particularmente de las personas naturales. Parece conveniente, en efecto, descartar a las personas jurídicas habida cuenta de las evidentes dificultades que entrañaría la determinación de su nacionalidad: ésta podría ser la del Estado de sede o de registro, la de los accionistas o incluso quizá la del centro principal de decisiones. Por último, la protección diplomática no debe comprender en ningún caso el uso o la amenaza del uso de la fuerza. Sólo pueden emplearse medios pacíficos para obtener la reparación de los daños causados a una persona privada extranjera que haya sido víctima de un acto internacionalmente ilícito y recurra al Estado de su nacionalidad para pedirle la protección diplomática después de que se hayan agotado todos los demás recursos disponibles.

47. Así pues, el artículo 2 debería rehacerse por completo, ya que en el marco de la protección diplomática la prohibición del recurso a la fuerza debería ser tajante y no admitir ninguna excepción. El Sr. Sepúlveda recuerda que la interpretación demasiado generosa del párrafo 4 del Artículo 2 y del Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas ha dado lugar a numerosos abusos de poder y que a menudo los hechos han demostrado a posteriori que la invocación a la legítima defensa no estaba justificada. En un artículo de este tipo, cuando están en juego la vida o la seguridad de nacionales de un Estado, prever que la comunidad internacional pueda adoptar medidas colectivas eficaces sería más razonable que autorizar un recurso unilateral a la fuerza.

48. La cuestión central planteada por el artículo 3 es la de saber quién es el titular de los derechos reivindicados cuando el Estado de la nacionalidad imputa a otro Estado la responsabilidad de los daños causados a uno de sus nacionales. No hay que olvidar que la que sufre el daño es la persona y no el Estado y que ésta tiene a su disposición recursos para obtener reparación que no son la protección diplomática. El perjudicado no sólo puede elevar el caso a una instancia judicial o a un tribunal administrativo interno, sino que además puede dirigirse a un tribunal arbitral internacional o a un órgano de protección de los derechos humanos, según la naturaleza del litigio y el perjuicio sufrido. El Estado que presenta una reclamación en su nombre sólo ejerce una función supletoria y no un derecho exclusivo o absoluto. Además, esta función la ejerce de manera discrecional y no existe una correlación automática y necesaria entre el daño causado al nacional y la protección diplomática. Por otra parte, el artículo 3 plantea un problema de formulación: cuando dice que «el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado* por otro Estado», debe recordarse que el artículo 1 prevé que el perjuicio en cuestión ha de estar causado «por un acto o una omisión internacionalmente ilícitos atribuibles al segundo Estado». Si la condición sine qua non para ejercer el derecho de protección diplomática es que el perjuicio sea causado por un acto internacionalmente ilícito, quizás convendría precisarlo también en el artículo 3 o en un capítulo dedicado a las definiciones.

49. El artículo 4 plantea varias cuestiones importantes y, ante todo, la de saber si el Estado tiene verdaderamente «la obligación jurídica» de ejercer la protección diplomática, como prevé el párrafo 1. Es cierto que es deber moral del Estado proteger los intereses de sus nacionales, pero más que de una obligación jurídica en el sentido estricto de la palabra se trata de una obligación política y por consiguiente de alcance limitado. Presentar la protección diplomática como un medio de reaccionar ante una violación grave de una norma del jus cogens tampoco es una idea muy buena. Estas violaciones requerirían más bien la adopción, por la comunidad de los Estados, de medidas coercitivas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Por último, el artículo 4 prevé un número tan elevado de excepciones y de cláusulas de salvaguardia que en la práctica será inaplicable.

50. En lo relativo al artículo 5, el Sr. Sepúlveda propone la siguiente modificación de la parte final: «…por Estado de la nacionalidad se entenderá el Estado que haya otorgado su nacionalidad a la persona a quien se pretenda proteger, por razón de lugar de nacimiento, nacionalidad de cualquiera de los padres o naturalización efectiva», e insiste en la expresión «cualquiera de los

padres», ya que las legislaciones varían a este respecto. En efecto, parece justificado establecer como condición previa para que un Estado ejerza la protección diplomática que dicho Estado haya reconocido efectivamente que la persona que desea proteger posee su nacionalidad. En caso de naturalización, el Estado sólo aceptará ejercer la protección diplomática si el solicitante tiene con dicho Estado un vínculo auténtico y efectivo.

51. El problema planteado por el artículo 6 es complejo, porque muchos Estados establecen que la nacionalidad de origen no se puede perder aunque el nacional adquiera después otra nacionalidad, lo que podría entenderse en el sentido de que el Estado de origen (el primer Estado de nacionalidad) conserva en todos los casos la facultad de ejercer su protección diplomática en favor de uno de sus nacionales frente al Estado cuya nacionalidad haya adquirido esta persona (el segundo Estado de nacionalidad). A este respecto sería preferible atenerse al principio enunciado en el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1930, según el cual «un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también posea esa persona». No es legítimo que gracias a la protección diplomática una persona en posesión de la doble nacionalidad pueda ejercer (o hacer ejercer) un recurso contra un país al que debe lealtad y fidelidad.

52. Otra cuestión esencial que habrá que reconsiderar es la de la denegación de justicia, que reviste gran importancia en el marco de la protección diplomática.

53. El Sr. Sepúlveda ha apreciado la referencia del Relator Especial, en su informe, a los trabajos de dos grandes juristas latinoamericanos, García Amador y Orrego Vicuña, pero desea señalar que otros varios autores de América Latina han escrito también acerca del tema de la protección diplomática: además del imprescindible Carlos Calvo, piensa en particular en Podestá Costa, Jiménez de Aréchaga y César Sepúlveda. Tendrá mucho gusto en proporcionar al Relator Especial la bibliografía pertinente.

54. El Sr. LUKASHUK está preocupado por el hecho de que el proyecto de artículos no contiene ninguna disposición relativa a los derechos del ciudadano o del nacional. Es cierto que el derecho a ejercer la protección diplomática es un derecho del Estado y no de la persona. Pero a fuerza de hablar de la persona como «objeto» de la protección se acabará estableciendo sin querer analogías con los convenios para la protección de los pájaros migratorios u otras especies amenazadas. Como ha subrayado el Sr. Simma, el proyecto debería mantener el equilibrio entre los derechos del Estado, por una parte, y los del ciudadano, por la otra. En esta óptica, el Sr. Lukashuk propone que se introduzcan en el proyecto tres disposiciones, que podrían enunciarse del modo siguiente: primero, «el ciudadano tiene derecho a pedir al Estado del que es nacional que le conceda la protección diplomática»; segundo, «el ciudadano tiene derecho a rechazar la protección diplomática de un Estado del que tenga la ciudadanía» y, tercero, «toda persona que posea la nacionalidad de dos o más Estados tiene derecho, durante su estancia en el territorio de un tercer Estado, a expresar su opinión cuando se trata de declarar cuál es su nacionalidad efectiva. Esta opinión debe ser tomada en consideración por el tercer Estado». Estas disposiciones no constituyen quizá un avance considerable en materia de desarrollo progresivo del derecho, pero corresponden a una realidad concreta y deberían suscitar una acogida favorable de los Estados.

55. El Sr. HERDOCIA SACASA, refiriéndose a los comentarios del Sr. Sepúlveda, dice que la cuestión del agotamiento de los recursos internos (o de la denegación de justicia) es, en efecto, muy importante. Debe tenerse en cuenta que las vías y procedimientos de los recursos internos son muy diferentes en cada país; no conviene hacer de la protección diplomática un mecanismo automático, corriendo con ello el riesgo de inmiscuirse en las prerrogativas de los Estados y atentar contra su soberanía.

56. Comparte plenamente la opinión del Sr. Sepúlveda sobre la necesidad de excluir categóricamente y en todos los casos el uso o la amenaza del uso de la fuerza. La Comisión debe procurar, con una labor de codificación, fortalecer la credibilidad del principio de la protección diplomática, a veces controvertido, pero también debe establecer claramente que el derecho a la protección diplomática sólo puede ejercerse por medios pacíficos. Convendría que este enunciado figurara expresamente en un artículo.

57. El Sr. GOCO observa que la cuestión de la denegación de justicia, mencionada por el Sr. Sepúlveda, es especialmente vidriosa en el contexto de la protección diplomática. Como ha subrayado el Sr. Herdocia Sacasa, cada tribunal tiene sus propias reglas de procedimiento, criterios de admisibilidad, etc., y cuando un Estado considera que uno de sus nacionales ha sido víctima de una denegación de justicia, la parte contraria (el Estado que se le opone) puede sostener una opinión totalmente distinta. ¿Cómo zanjar la cuestión en tal caso?

58. Es cierto que las denegaciones de justicia son muy frecuentes y que convendría establecer al respecto una norma internacional mínima, un precepto moral en materia de derechos de la defensa que deberían respetar todas las sociedades civilizadas; con todo, a los efectos del tema que se está considerando la Comisión debería iniciar su examen en el momento en que los recursos internos de que dispone el nacional perjudicado ya se han agotado. Tratar de remontarse a un momento anterior haría que la Comisión se saliera forzosamente del marco de su mandato.

59. El Sr. DUGARD (Relator Especial) agradece sinceramente al Sr. Sepúlveda su propuesta de facilitarle una bibliografía de autores latinoamericanos, que le será sin duda de gran utilidad. En lo que se refiere al problema de la denegación de justicia, hace observar modestamente que esta cuestión pertenece al ámbito de las reglas primarias. Si la Comisión se dedicara al estudio de este tema, necesitaría probablemente varios decenios para concluirlo. Se contentará pues con examinar más adelante la cuestión del agotamiento de los recursos internos, que de por sí ya es suficientemente enrevesada.

60. El Sr. TOMKA recuerda que la principal razón de que la Comisión no consiguiese, en los años cincuenta y sesenta, codificar las reglas de la responsabilidad de los

Estados fue que el Relator Especial se concentró excesivamente en la cuestión del «trato de los extranjeros». Desearía que, ahora que se está estudiando la protección diplomática, la Comisión no tropiece de nuevo con el problema de los derechos y de las obligaciones de los Estados frente a los extranjeros y renuncie a examinar la denegación de justicia, que constituye, evidentemente, una regla primaria.

61. El Sr. ROSENSTOCK comparte por entero la opinión del Sr. Tomka. La Comisión ha decidido no aventurarse en el terreno de las reglas primarias y debe atenerse a esta decisión. El problema de la denegación de justicia no tiene que considerarse en relación con el tema que se está estudiando.

62. Los artículos 5 a 8 le parecen globalmente satisfactorios y se limitará pues a hacer unas breves observaciones al respecto. La expresión «naturalización de buena fe» empleada en el artículo 5 es en efecto discutible y quizás pudiera suprimirse pura y simplemente la última parte de la frase, después de las palabras «la persona a quien se pretenda proteger»; cabe preguntarse, en efecto, si la enumeración que sigue a esta frase no complica las cosas más que aclararlas. La observación del Sr. Brownlie sobre la necesidad de tener en cuenta las realidades del mundo actual atribuyendo más importancia al lugar de residencia le parece pertinente, pero las preocupaciones expuestas por el Sr. Kateka también merecen ser tenidas en cuenta. No hay que agravar aún más la carga que pesa sobre los países de acogida, a los que podría desalentarse de conceder asilo a los refugiados.

63. El artículo 6 refleja adecuadamente las preocupaciones del mundo moderno, que atribuye cada vez más importancia a la persona, como demuestran, por ejemplo, los esfuerzos actuales para eliminar las consecuencias de la apatridia. El enfoque adoptado por el Relator Especial en este artículo coincide también con la jurisprudencia internacional reciente.

64. El artículo 7 no le plantea ningún problema y podría remitirse directamente al Comité de Redacción. No obstante, el Sr. Rosenstock comparte la opinión de los miembros que han propuesto que se invierta el orden de los artículos 6 y 7. Los párrafos 175 y siguientes del informe contienen argumentos muy convincentes en favor del artículo 8, que también debería remitirse al Comité de Redacción.

65. El Sr. Rosenstock espera con impaciencia los próximos informes del Relator Especial, a quien invita a no reaccionar de manera excesivamente pavloniana a las nociones de «violación de una norma de jus cogens» o «violación de una obligación erga omnes». Estas dos cuestiones podrían hacer que la Comisión se saliera de su mandato y provocar enfrentamientos inútiles.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2627.ª SESIÓN

Jueves 25 de mayo de 2000, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Chusei YAMADA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Goco, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Herdocia Sacasa, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Lukashuk, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka.

Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/506 y Add.1[1])

[Tema 6 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El Sr. TOMKA dice que el artículo 5 es una definición del «Estado de la nacionalidad». La necesidad de esa definición es clara, pues según el artículo 3 el Estado de la nacionalidad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado por otro Estado. Pero la colocación del artículo en el proyecto es poco usual, pues un término utilizado en el artículo 3 sólo se define en el artículo 5. En realidad, el artículo 1, titulado «Alcance», es un intento de definir la protección diplomática y por lo tanto podría ser útil, como se hace con frecuencia en esos casos, dedicar un artículo exclusivamente a las definiciones de los términos, que va inmediatamente seguido por el artículo 1.

2. Si bien la adquisición de la nacionalidad jure sanguinis o jure soli no plantea ningún problema particular en el contexto de la protección diplomática, la adquisición de la nacionalidad por naturalización podría hacerlo. El Relator Especial señala acertadamente en el párrafo 104 de su primer informe (A/CN.4/506 y Add.1) que el derecho internacional puede no reconocer las naturalizaciones en todas las circunstancias. Parece deducirse de la labor del Relator Especial que, desde un punto de vista jurídico mayoritario, el caso de la concesión de la nacionalidad por naturalización exige una vinculación más estrecha entre un individuo y un Estado, que usualmente se califica de «vínculo efectivo o auténtico». Ahora bien, el Relator Especial no hace suya esa posición, principalmente por el argumento, expresado en el párrafo 117, de preocuparle los millones de personas que en teoría quedarían excluidas del beneficio de la protección diplomática si se aplicase estrictamente el requisito del vínculo efectivo o auténtico propuesto en el fallo de la CIJ en el

[1] Reproducido en Anuario... 2000, vol. II (primera parte).